



Università degli Studi Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze
Umane - DiGiES

Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia
XXXII ciclo

Curriculum: Diritto Pubblico dell'Economia
Settore scientifico-disciplinare: IUS/10
Diritto Amministrativo

***Contributo per un'analisi
giuseconomica e comportamentale
tra principi e regole nel diritto
amministrativo in transizione.
Profili scelti tra procedimento e
processo***

Tesi di Dottorato di: Giuseppina Lofaro

Coordinatore: Prof.ssa Carmela Salazar
Tutor: Prof. Antonino Mazza Labocetta

ANNO ACCADEMICO 2018-2019

Sommario

<i>Capitolo I:</i>	4
<i>Aspetti di interconnessione tra principi di analisi economica del diritto e abuso del processo amministrativo*</i>	4
1. Presentazione della tesi di ricerca: sua rilevanza, originalità e stato dell'arte.	5
2. Profili storico-ricostruttivi dell'abuso del diritto.	13
3. Giurisprudenza italiana e comunitaria rilevante ab initio.	16
4. Il bilanciamento fra il diritto fondamentale d'azione e l'interesse pubblico al giusto processo nella sua accezione economico-efficientistica.	17
5. Abuso del/nel processo e orientamenti dottrinali e giurisprudenziali di riferimento.	19
6. Meritevolezza della tutela, rimedio dell'exceptio doli generalis e divieto di venire contra factum proprium: dall'abuso del diritto all'abuso del processo.....	23
7. La nozione giuseconomica di giurisdizione: proporzionalità ed efficienza del processo anche in una prospettiva de iure condendo.....	26
8. L'abuso del processo amministrativo.	29
9. L'effettività della tutela ed il principio della ragione più liquida quale corollario del principio di economia processuale.	31
10. Giurisprudenza amministrativa e giurisprudenza comunitaria.	35
11. Ordinamenti di civil law e di common law a confronto, alla luce delle disposizioni costituzionali.	37
12. Possibili soluzioni.....	38
13. Considerazioni perplesse sull'art. 26 c.p.a.....	40
14. "L'abuso dell'abuso del processo" da parte del giudice amministrativo.....	42
15. Considerazioni di sintesi.....	44
16. Approccio metodologico.	45
17. Risultati scientifici attesi.....	47
<i>Capitolo II:</i>	49
<i>La certezza giuridica tra principi e regole nel passaggio dal "diritto amministrativo dell'emergenza" al "diritto amministrativo del rischio"</i>	49
1. Principio di legalità e giurisprudenza amministrativa.....	50
2. La quaestio dei rapporti tra sicurezza giuridica e legalità sostanziale: profili applicativi.....	55
3. La funzione impropria sovente esercitata dalla giurisprudenza ed il frequente rimando a precedenti inconferenti.	67
4. Considerazioni sintetico-ricostruttive propositive: il ruolo del giurista.	75

<i>Capitolo III:</i>	82
<i>La legittimazione di un ampliato potere della giurisprudenza nel progresso (id est: espansione) dell'ordinamento alla luce della dottrina del c.d. neo-costituzionalismo, fondante un nuovo ruolo dei principi costituzionali</i>	82
1. La dottrina del c.d. neo-costituzionalismo quale base tecnico-giuridica della nuova funzione conferita ai principi costituzionali.....	83
2. La differenza tra principi e regole e la derivante applicazione giudiziale rispettivamente mediante la tecnica del bilanciamento e della sussunzione.	85
3. Considerazioni critiche di sintesi in merito alla classificazione tra “principi” e “regole”, specie nel suo impiego da parte della dottrina “neo-costituzionalistica”.....	91
<i>Capitolo IV:</i>	101
<i>La disciplina dei limiti dimensionali e redazionali degli atti nel processo amministrativo, quale espressione del principio di sinteticità, alla luce dei principi generali in tema di nullità processuali</i>	101
1. Considerazioni preliminari.	102
2. Il dato normativo.....	105
2.1 Le modifiche codicistiche intervenute in seguito al secondo correttivo c.p.a., le misure urgenti orientate all'efficienza degli uffici giudiziari, le previsioni del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167/2016.	108
3. I primi orientamenti giurisprudenziali susseguenti al recente quadro normativo.....	114
4. Questioni problematiche dell'inosservanza dei limiti dimensionali: l'art. 13 ter dell'All. 2 al c.p.a. e l'ermeneusi fuorviante del principio di sinteticità.	127
5. Il sistema autorizzatorio ex D.P.C.S. n.167/2016, tra autorizzazione preventiva e successiva	139
6. Osservazioni conclusive.	143
Conclusioni	150
Bibliografia	164
Abstract.....	193

Capitolo I:

*Aspetti di interconnessione tra principi di
analisi economica del diritto e abuso del
processo amministrativo**

1. Presentazione della tesi di ricerca: sua rilevanza, originalità e stato dell'arte.

L'applicazione dei principi di analisi economica al diritto amministrativo *tout court* costituisce operazione ermeneutica valutata criticamente da buona parte della dottrina giuspubblicistica.

Nonostante tale scetticismo di fondo, sempre più frequenti appaiono gli usi in chiave strumentale delle argomentazioni di analisi economica¹ da parte della giurisprudenza (anche) amministrativista, sia con riferimento al procedimento che al processo².

Nell'ambito del processo amministrativo³, in particolare, a parere di

* Il presente capitolo costituisce la versione aggiornata ed integrata del progetto di ricerca presentato ai fini dell'ammissione al Corso di dottorato internazionale di ricerca in "Diritto ed Economia", ciclo XXXII, curriculum in Diritto pubblico dell'economia, presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze Umane (DiGiES) dell'Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria, con cui la candidata Lofaro Giuseppina si è classificata prima (a parità di punteggio) nella graduatoria generale di merito.

¹ Per una brillante disamina in merito a *The Economic Approach to Law* v. R. A. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard, 1990, 353-392.

² Nel procedimento amministrativo, la semplificazione è preferibile all'aggravamento solo "a parità di risultato"; pertanto non può stabilirsi a priori ed in assoluto se sia preferibile semplificare o aggravare poiché ciò dipende in concreto dai contesti nonché dai valori in gioco. Secondo il medesimo ragionamento, nel processo amministrativo, sarebbe errato propendere sempre ed in astratto per la celerità che può risultare in contrasto con altri rilevanti principi indefettibili quali il contraddittorio. Cfr. su tale assunto F. SAIITA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo* (Comunicazione al Convegno su: «Analisi economica e diritto amministrativo» - Venezia, 28-29 settembre 2006), in www.diritto-amministrativo.org; in *Dir. econ.*, 2006, 489 ss.; in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2006*, Milano, 2007, 281 ss., spec. par. 17.

³ Con riferimento alle "aspettative legislative deluse" nonché a "nuove speranze" in merito alla giustiziabilità ed effettività nel codice del processo amministrativo, F. SAIITA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in www.judicium.it, pubblicato anche in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 225 ss., ed in *Riv. dir. proc.*, 2012, 581 ss., rileva, in particolare al par. 11, che in Italia il processo amministrativo non è costruito sull'idea del rapporto amministrativo, bensì su quella della supremazia dell'amministrazione. Il c.p.a, anziché rivedere radicalmente l'impostazione di fondo del processo «per renderlo funzionale alle esigenze di piena ed effettiva giustiziabilità dell'attività amministrativa, si è limitato a contaminare con elementi del giudizio di spettanza uno schema

chi scrive, il costo sociale⁴ del processo, quale risorsa scarsa, ammantata la presente indagine di ricerca di indubbia attualità.

Inoltre, si ritiene di poter sostenere che l'argomento *de quo* non sia stato, ad oggi, trattato in chiave sistematica dalla dottrina amministrativista. Difatti, si riscontrano perlopiù appunti preliminari nonché brevi note nell'ambito del panorama dottrinario italiano.

Con riferimento alla più generale tematica dell'analisi economica del diritto⁵ pubblico⁶ si riscontra in dottrina una trattazione unitaria e ragionata relativamente recente⁷, caratterizzata da applicazioni della teoria dei giochi ed esemplificazioni di diritto positivo, anche in relazione alle principali questioni del costituzionalismo moderno, alla luce dei principi di efficacia, efficienza e benefica concorrenza.

Nella medesima opera, per quel che concerne l'analisi economica del diritto processuale, gli Autori evidenziano che gli studi di ricerca giuseconomica permettono di comprendere poiché il controllo

generale di ben diversa matrice ed ispirazione». L'ennesima delusione derivante dal legislatore non consente altra speranza se non quella di confidare, *more solito*, nella giurisprudenza affinché valorizzi le disposizioni codicistiche alla luce degli artt. 24 e 113 Cost.

⁴ «La pluralità e plurivocità dei discorsi che oggi si riconducono all'EAL, tuttavia, appare ai più il frutto di un processo di crescita, e non di dissoluzione: abbandonata (o meglio, integrata) l'originaria impostazione neoliberista, l'analisi economica del diritto sembra oggi avviarsi verso un ampliamento – qualitativo, prima che quantitativo – degli elementi della valutazione di efficienza allocativa, ampliamento cui funge da sostrato il concetto fondante di “costo sociale”». Estremamente attuali risultano le valutazioni di A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, in *Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007, 233 ss; cfr. altresì R. A. POSNER, *Economic Analysis of law*, 5th ed. Aspen Law & Business, 1998, *passim.*; F. G. SCOCA, *Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. Amm.*, 2014, 1414 ss.

⁵ F. FORTE, *Analisi economica del diritto. Le regole*, vol. I, Reggio Calabria, 2005, 1-210; F. FORTE, *Analisi economica del diritto. Le istituzioni*, vol. II, Reggio Calabria, 2006, 1-321.

⁶ Per il diritto pubblico dell'economia, anche sotto il profilo processuale, cfr. E. PICOZZA, V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, in *Trittico giuridico -sezione manuali -* diretto da Ugo De Siervo, Giovanni Iudica, Francesco Carlo Palazzo, Torino, 2013; v. altresì la recente nuova edizione 2017.

⁷ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, *passim.*

giurisdizionale possa aumentare la qualità delle decisioni amministrative.

Inoltre la teoria dei giochi⁸ consente di ricostruire le strategie processuali delle parti⁹, specie nei casi in cui si tratti di contestare le regole generali adottate dall'amministrazione. Si può altresì verificare *an* e *quantum* le azioni civili di danno contribuiscano ad incentivare la conformazione dell'amministrazione al mandato legislativo nonché a ridurre i costi degli "incidenti pubblici" che ricadono indirettamente sui contribuenti¹⁰. Probabilmente, anche a tale ultimo aspetto è connesso il criterio prudenziale seguito dal giudice amministrativo nel riconoscimento del risarcimento dei danni.

In relazione ai profili di collegamento tra giustizia amministrativa e crisi economica¹¹, si rileva nella dottrina recente¹² un volume collettaneo

⁸ Cfr. P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, 1950, 487.

⁹ «Già al momento di assumere la decisione in ordine all'opportunità di intraprendere un'azione legale, il danneggiato tiene conto, sul versante dei benefici, della prospettiva di ottenere ragione (pesata in base alle probabilità che la causa abbia esito a lui favorevole) e, sul versante dei costi, delle spese legali attese e delle altre spese (monetarie o anche psicologiche) che si aspetta di sostenere: l'azione viene, di regola (salvo, cioè che sulla decisione incidano altre motivazioni), esperita soltanto se i benefici eccedono i costi». Si esprime così F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., par. 9.

¹⁰ Decisioni politiche "non responsabili" (rappresentate dal c.d. "sistema della giuria", ovvero fondate sulla costituzione di un decidente cui appartiene una forte legittimazione soggettiva) determinano il coinvolgimento del partecipante in situazioni conflittuali caratterizzate da un'ampia incertezza circa l'esito finale (c.d. "costi kafkiani"). V. su tale aspetto A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, cit., spec. par. 8.

¹¹ Cfr. F. MATTASSOGLIO, G. TROPEA, *Crisi economico-finanziaria e tutela giurisdizionale: la legittimazione ad agire e la responsabilità delle autorità di vigilanza finanziaria*, in *Il Diritto dell'Economia*, 1, 2012, 129-142. Per una disamina della crisi economica alla luce dei principi costituzionali, v. per tutti C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2013, 1-38.

¹² AA. VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?* in *Quaderni dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio "Arturo Carlo Jemolo"*, Roma, 2014, contenente quale saggio di apertura uno scritto di A. PAJNO; con riferimento a quest'ultimo, cfr. perciò Id., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in www.irpa.eu; Id., *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2015, 952 ss.

che racchiude un approfondito dibattito incentrato sulla crescente centralità delle regole di concorrenza e sulle istanze di maggiore efficientamento della giustizia amministrativa¹³, sia pure in un contesto di ricorrenti incoerenti direttrici, in una sorta di “fisiologica contraddizione”.

Le ragioni della scelta della tematica oggetto della presente tesi di ricerca risiedono proprio nella mancanza di una recente ed aggiornata trattazione sistematica sul tema specifico individuato ed altresì, nella rilevata indubbia attualità che riveste l’argomento *de quo*, alla luce delle sempre più ricorrenti applicazioni giurisprudenziali dei suddetti principi anche, nello specifico, al processo amministrativo¹⁴, nonché del correlato fermento espresso perlopiù in chiave critica dalla recente dottrina. Si riscontra difatti un atteggiamento quasi di chiusura, di scetticismo da parte della dottrina maggioritaria, manifestatosi o esprimendosi, in linea generale, in maniera *tranchant* rispetto all’applicabilità dei principi di analisi economica del diritto al processo amministrativo¹⁵ o, ancora, non tentando affatto una ricostruzione dell’argomento in un’ottica riflessiva¹⁶.

¹³ Nell’attuale quadro storico, in cui l’efficienza è diventata uno tra i principali obiettivi perseguiti dal legislatore attraverso le riforme, «gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie esercitano un’attrattiva particolare. La giurisdizione tende ad essere concepita sia come una risorsa pubblica sia come un servizio pubblico. Pertanto si suggerisce “un impiego economico” della medesima, servendosi come *extrema ratio* e introducendo filtri per l’accesso». Tali lucide e veritiere considerazioni sono di M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 1 e 2, 2014, 1 ss. V. altresì F. G. COCA, *Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all’accesso*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2014, 1414 ss.

¹⁴ Per l’analisi della struttura del processo amministrativo sotto il profilo storico-ricostruttivo si v. F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987.

¹⁵ E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 490 ss.

¹⁶ Autorevole dottrina civilistica effettua *considerazioni sistematiche a carattere trasversale*, pertanto valide anche per l’ambito pubblicistico: «In Italia una pattuglia di giuristi fra i più preparati è orientata a favore del ricorso all’analisi economica. Fuori dalla loro cerchia, il metodo lascia freddi o viene frainteso. Taluni prendono come alibi la loro impressione che esso anteponga i valori patrimoniali agli altri valori, e lo stigmatizzano a questo titolo. Altri se ne tengono alla larga, messi in allarme dal suo argomentare rigoroso e formalizzato (o addirittura matematico), cui verrà

Tuttavia, un dato di conforto è rappresentato dal fatto che autorevole dottrina ha affrontato, sia pure in chiave meramente ipotetica, in via preliminare, per brevi note, la tematica, con un approccio positivo.

Ci si riferisce in particolare agli scritti del professore Antonio Romano Tassone nonché del professore Fabio Saitta, rispettivamente in tema di “Analisi economica del diritto e amministrazione di risultato”¹⁷ nonché di “Appunti preliminari per un’analisi economica del processo amministrativo”¹⁸.

Entrambi i saggi, pur contenendo sapienti riflessioni all’avanguardia, risalgono a circa un decennio fa.

preferita, perché conforme alle esigenze del pensiero italiano, una logica riluttanza alla quantificazione, più legata allo stato d’animo, orientata alla furbizia argomentativa e debitrice di sé alla commozione moralistica e alla teatralità». Cfr. R. SACCO, *L’interpretazione*, in G. ALPA – A. GUARNERI – P.G. MONATERI – G. PASCUZZI – R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano. II. Le fonti non scritte e l’interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, 178.

¹⁷ A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, cit., 233-246: In particolare, al par. 4, l’Autore evidenzia che se si collega il “risultato” al profilo teleologico dell’azione (e lo si concepisce, ad esempio, come “qualità dell’atto corrispondente all’attitudine dello stesso al raggiungimento dello scopo”), «allora è difficile evitare che la nozione finisca in qualche modo per ricadere all’ambito di categorie giuridiche già note, al cui interno, tutt’al più, essa porterebbe ad un’accentuazione del valore dell’efficienza (la coppia merito-discrezionalità, la nozione di legalità “sostanziale”)». Ancora, *in apicibus* al par. 5: l’analisi economica del diritto offre «una griglia di rilevanza sufficientemente circoscritta da renderla praticabile anche da parte degli operatori giuridici, in particolare da parte dei giudici di tradizione *civilian* (come dimostra la sempre più frequente comparsa di percorsi argomentativi di tipo analitico-economico nell’ambito della stessa giurisprudenza civile italiana, evidenziata nel ... volume di Roberto Pardolessi e Bruno Tassone)». «...Quella che si propone è una complicazione (nel senso di un’accentuazione della complessità) ed una concretizzazione dei fattori rilevanti per la risoluzione dei problemi giuridici, che non si ritiene possano desumersi esclusivamente dalla lettura della proposizione normativa, ma si sostiene vadano ricercati anche (e forse soprattutto) all’interno del contesto sociale su cui la norma interviene ed in cui è destinata ad operare».

¹⁸ F. SAITTA, *Appunti preliminari per un’analisi economica del processo amministrativo*, cit., 281 ss., in premessa, evidenzia che: “L’applicazione del ragionamento economico allo studio del processo amministrativo”...è certamente utile al fine di ricostruire in maniera corretta il profilo funzionale degli istituti e, di conseguenza, per ridurre il contenzioso nonché ottimizzare “la complessiva efficienza del sistema giudiziario”.

In particolare, il secondo scritto è *ante* riforma che ha determinato l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

Non pare a chi scrive che da allora vi siano stati contributi di dottrina a carattere sistematico sul tema specifico, se non sulla già evidenziata e più generale tematica dell'efficienza nel processo amministrativo¹⁹, anche in relazione al fenomeno della crisi economico-finanziaria²⁰.

Invece, "l'argomento" dell'abuso del processo è stato trattato di recente in un'opera monografica²¹, in chiave interdisciplinare e, *last but not least*, comparata. Si tratta di uno studio critico affrontato in un'ottica di completezza.

Con riferimento allo specifico profilo dell'applicabilità dei principi, regole e teoremi di analisi economica al processo amministrativo²², rispetto alla recente analisi critica di tale autorevole dottrina, si vorrebbe tentare, sia pure in via meramente ipotetica, nonché mediante applicazioni in concreto, di verificare la possibilità di una compatibilità di una ricostruzione in chiave

¹⁹ G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, in *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, collana studi diretta da F. G. Scoca, Torino, 2012, *passim*.

²⁰ Certamente meritevoli di un'analisi economica sono quegli istituti processuali che possono contribuire ad accelerare la definizione dei giudizi, ovvero a diminuire i costi transattivi, *lato sensu* intesi, ossia comprensivi dei costi per il funzionamento del sistema giudiziario, che gravano pur sempre sulla collettività. Cfr. a tal proposito F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., spec. par. 6.

²¹ G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, 1-690, a cui pare opportuno rinviare per le ulteriori indicazioni bibliografiche.

²² Specialmente nelle controversie attinenti a mercato e concorrenza, i modelli mentali del giudice amministrativo sono inevitabilmente influenzati dall'attuale «predominio dei valori economici su quelli tecnico-giuridici». Pertanto, i parametri economici vengono impiegati anche in sede giudiziaria sia per esercitare «un sindacato sulla discrezionalità tecnica più penetrante» e, allo stesso tempo, più attendibile. Inoltre, concetti giuridici indeterminati come, a titolo esemplificativo, «abuso di posizione dominante», «intese restrittive» *et similia* vengono interpretati grazie all'apporto di «criteri dotati di una maggiore validità tecnica rispetto a quelli derivanti dalla comune esperienza»: la teoria dei giochi, criteri del calcolo matematico, ecc. Pone in luce tali aspetti F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., spec. par. 13.

giuseconomica del processo amministrativo, sempre tenendo fermi, quali riferimenti costanti, i principi costituzionali.

In un'ottica di *favor* rispetto all'*Economic Analysis of Law*, si vorrebbe altresì sperimentare un'applicazione pratica, in tale fase in via esemplificativa, del teorema del *free rider* (*id est*: libero battitore) alla figura del ricorrente potenziale nel processo amministrativo, verificando altresì la compatibilità (*melius*: l'applicabilità) in concreto di altri teoremi dell'analisi economica al processo amministrativo. Ci si riferisce in particolare alla teoria della scelta pubblica (*Public Choice*)²³ che ha ad oggetto l'analisi dei processi politici finalizzati alle scelte pubbliche (*id est*: collettive)²⁴.

Pare a chi scrive che emergano *ictu oculi* profili di collegamento tra la teoria *de qua* e le acute riflessioni della dottrina²⁵ in tema di atto politico²⁶,

²³ La teoria *de qua* è stata elaborata negli Stati Uniti negli anni Sessanta e sviluppata negli anni Settanta, principalmente ad opera di James M. Buchanan che nel 1986, per tali studi, vinse il Premio Nobel per l'economia. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, cit., spec. par. 3, che intravede "la tendenziale convergenza tra analisi economica e teoria della scelta collettiva" e ritiene, pertanto, che sia nell'ambito della *public choice* che «i criteri euristici dell'analisi economica...siano destinati ad operare con maggiore efficacia».

²⁴ «...L'utilizzazione dei modelli analitico-economici in funzione di evidenza dell'efficienza allocativa delle decisioni pubbliche in generale – e tra loro, non ultime, quelle amministrative – può consentire una ricognizione più precisa dei "costi sociali" connessi a scelte di questo tipo ed una migliore comprensione dei meccanismi combinatori degli interessi in gioco...». Si esprime così A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*

²⁵ G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in www.giustamm.it, 2012.

²⁶ Il forte richiamo, tradizionalmente appartenente all'EAL, verso l'esigenza di dare spazio ai profili concreti che le questioni di composizione degli interessi sociali presentano, tende a manifestarsi quale "contestazione dell'adeguatezza dello strumentario legislativo" e nella «conseguente richiesta di una sostanziale *deregulation*» in contesti meramente privatistici, ovvero nei soli ambiti economici cui risulta totalmente applicabile il c.d. teorema di Coase. Invece, in un contesto di parziale indisponibilità dei valori in gioco, il richiamo *de quo* sposta l'attenzione dell'interprete verso il profilo di adeguatezza del contenuto della singola decisione pubblica. L'EAL si accosta per tale via alla teoria della decisione pubblica (*id est*: *populica*, politica). Diviene pertanto essenziale verificare l'attitudine delle categorie dell'EAL a razionalizzare le scelte dell'apparato pubblico, nell'ambito di "un'amministrazione orientata al risultato", tenuta a produrre, mediante la propria azione, "un'utilità sociale maggiore del costo sociale complessivo che questa stessa azione comporta". Cfr.

specie con riferimento all'evoluzione delle "politiche" giurisprudenziali del giudice amministrativo, alla luce di nuove chiavi di lettura quali l'effettività della tutela²⁷, la concorrenza, il mercato, la giustizia quale servizio pubblico, la sussidiarietà orizzontale nonché il rilievo sempre più intenso dei diritti fondamentali (ad. es. di azione, di difesa) negli ordinamenti multilivello²⁸.

Le politiche pubbliche attuate al fine di sostenere i costi del processo nonché le progressive applicazioni giurisprudenziali dell'"argomento" dell'abuso del processo costituiscono aspetti strettamente connessi tra loro.

I frequenti interventi legislativi finalizzati a contrastare l'abuso del processo amministrativo si sono concretizzati nelle modifiche dell'art. 26 c.p.a. nonché nel decreto del Presidente del Consiglio di Stato²⁹ che, nel rito in materia di appalti *ex art. 120 ss. c.p.a.*, ha normativizzato la dimensione dei ricorsi e degli altri scritti difensivi³⁰.

A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, cit., spec. par. 6 e 7.

²⁷ F. MANGANARO, *Effettività della tutela giurisdizionale e riammissione alla gara di un concorrente illegittimamente escluso*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, *passim*.

²⁸ Sulla cd. tutela multilivello dei diritti umani, connessa con i limiti al potere amministrativo cfr. ID., *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, *passim*.

²⁹ Decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 25 Maggio 2015, n. 40, pubblicato nella G.U. del 5 Giugno 2015.

³⁰ Cfr. inoltre la recente riforma sui principi di sinteticità e chiarezza degli atti nel processo amministrativo, in particolare la disciplina dei criteri di redazione e dei limiti dimensionali del ricorso e degli altri atti difensivi, contenuta nel c.d. Decreto "sinteticità" del 22 Dicembre 2016 (D.P.C.S. n. 167/2016), modificato dal Decreto 16 Ottobre 2017, n.127 nonché le regole per la redazione in forma sintetica delle pronunce del giudice amministrativo (Nota del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016).

Autorevole dottrina³¹ ha definito l'abuso del processo come un istituto del diritto vivente³², espressione di valori costituzionali, che si pone, in linea con la ragionevole durata del giudizio, quale canone di interpretazione delle norme processuali, nonché quale argomentazione utilizzata per suffragare la continua opera riformatrice delle regole codicistiche.

2. Profili storico-ricostruttivi dell'abuso del diritto.

La teoria dell'abuso del diritto³³, in chiave moderna, nasce in Francia alla fine del diciannovesimo secolo, senza alcun riferimento legislativo, quale istituto di origine giurisprudenziale finalizzato a convalidare una concezione relativistica della proprietà.

Nell'ambito della *quaestio* dei rapporti tra potere legislativo e quello giudiziario, in ossequio al principio di separazione dei poteri, le opinioni contrarie all'ammissibilità del principio del divieto dell'abuso del diritto hanno evidenziato il rischio di un *vulnus* alla "certezza del diritto"³⁴.

In Italia, dopo un lungo periodo caratterizzato da scetticismo e da ferma chiusura da parte di Autori come Scialoja e Santoro Passarelli, dalle

³¹ M.F. GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, *passim*.

³² Il riconoscimento al giudice di poteri officiosi, anche estesi e penetranti, nella trattazione della domanda, può avvenire nel nostro ordinamento qualora previsto *expressis verbis* dal legislatore mediante disposizione, comunque soggetta al sindacato di costituzionalità sotto il profilo della ragionevolezza con riferimento alle finalità perseguite. Anche questo aspetto contribuisce a rendere delicate certe fattispecie come il c.d. abuso del processo che non ha riferimenti diretti nel c.p.a. ma si fonda su "giudizi di bilanciamento/proporzionalità" effettuati dal g.a. nel processo amministrativo. V. su questo A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, Napoli, 2013, I, 464.

³³ M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, *passim*.

³⁴ Rispetto a tale principio cfr. A. RUGGERI, C. SALAZAR, voce *Certezza del diritto*, in AA. VV., *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 847-850.

imponenti note critiche di Rotondi³⁵, tra la fine degli anni Cinquanta e gli anni Sessanta, la tematica³⁶ viene riabilitata con saggi di grande rilievo quali l'opera di Ugo Natoli³⁷ e la voce enciclopedica di Salvatore Romano³⁸, nonché le monografie di Giorgianni e Rescigno³⁹.

Tra la fine degli anni Ottanta e la fine degli anni Novanta il tema dell'abuso ritorna alla ribalta nella riflessione della dottrina, specie in talune voci enciclopediche che ricostruiscono la questione in una prospettiva di aggiornamento, in linea con il progressivo rilievo nonché con l'affinarsi della clausola di buona fede e correttezza⁴⁰.

Anche nella fase *de qua* sono state rilevate note critiche, incentrate specialmente sulla sua inutilità alla luce dell'evoluzione che ha interessato la clausola di buona fede⁴¹.

La giurisprudenza italiana, a differenza di quella tedesca e francese, ha evitato inizialmente di ricorrere unicamente alla figura dell'abuso, utilizzando contestualmente clausole codificate e, pertanto, considerate

³⁵ Cfr. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, 105 ss., per cui l'abuso del diritto non è una categoria giuridica.

³⁶ Per il profilo ricostruttivo della tematica *de qua*, cfr. G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, I, Varese, 1958, 161 ss.; U. GUALAZZINI, *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Varese, 1958, *passim*.

³⁷ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, 37 ss.

³⁸ S. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Varese, 1958, 168 ss.

³⁹ La ricostruzione dottrinale è essenzialmente tratta da G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 1262 ss., spec. par. 3. Per una disamina approfondita e puntuale dell'aspetto storico-ricostruttivo dell'abuso del diritto, v. altresì G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2016, 18 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimediazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. Giur.*, 6, 2008, *passim*.

⁴⁰ Cfr. *ibidem*.

⁴¹ Autorevole dottrina civilistica ha rilevato che la necessità della figura dell'abuso del diritto è messa in discussione proprio per il suo apparire quale "duplicato" della buona fede. V. per tutti G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *I contratti*, 7, 2011, 653 ss.

quali saldi riferimenti. Difatti, nella giurisprudenza il divieto di abuso è stato ancorato al principio della buona fede.

Successivamente nell'ambito del panorama dottrinale è stata rilevata una nuova centralità della tematica, nell'ambito di un più ampio dibattito concernente il tema delle clausole generali⁴² -in particolare la buona fede-, discussione che ha coinvolto sia la dottrina civilistica⁴³ che quella amministrativistica⁴⁴.

Con riferimento al processo amministrativo, pare opportuno evidenziare che, a differenza di altre clausole generali o di altri principi, l'abuso del processo⁴⁵ agisca in compressione del diritto d'azione dell'individuo *ex art. 24, comma 1 Cost.*. A tal proposito, il principio di proporzionalità viene enucleato quale proporzionalità nel processo.

La tematica, altresì mediante i già citati rivolgimenti in tema di clausole generali⁴⁶, attrae l'attenzione dei filosofi del diritto, anche poiché, come testé evidenziato, è *quaestio* che naturalmente involge il c.d. diritto giurisprudenziale nonché il complesso rapporto fra il giudice e la legge che oggi pare riscontrarsi per di più in chiave critica specialmente nell'ambito del processo.

⁴² Nell'ambito della dottrina civilistica, v. per tutti i rilievi critici, ma al contempo costruttivi, di G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 2011, 7; ID., *Clausole generali e ragionevolezza*, in *Atti del II convegno nazionale della Società italiana degli studiosi del diritto civile*, Capri, 2008, *passim*; ID., *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989.

⁴³ A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Il Foro italiano*, n.1, 2010, *passim*.

⁴⁴ Cfr. per tutti F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, *passim*.

⁴⁵ Per un recente saggio sull'abuso del processo amministrativo, fra "tradizione" e "rifondazione", v. S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2015, 1203 ss.

⁴⁶ Cfr. F. PEDRINI, *Clausole generali e principi costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it, 2015.

Acuta dottrina⁴⁷ ha evidenziato che l'“argomento” dell'abuso vada inquadrato sul piano funzionale, quale forma di interpretazione teleologica che si sovrappone all'attività del legislatore⁴⁸.

L'abuso si contraddistingue altresì per la connessione a valori (*melius*: principi) quali la convenienza, l'equità, la ragionevolezza e la proporzionalità, nell'ambito di interpretazioni giurisprudenziali a protezione dell'interesse pubblico.

3. Giurisprudenza italiana e comunitaria rilevante ab initio.

Sotto il profilo giurisprudenziale la rinnovata attenzione per la tematica dell'abuso del diritto è di certo collegata al noto caso Renault⁴⁹ in cui la Corte di Cassazione⁵⁰ ha affermato l'abusività del recesso *ad nutum* contrattualmente attribuito alla Renault Italia s.p.a.⁵¹.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Per tale via, l'abuso diviene un «argomento con cui ottenere un risultato altrimenti precluso..., eversivo del giuspositivismo». «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 essa, riconducendo il caso ad una regola diversa derivante da un'altra norma». Il virgolettato è di G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 3.

⁴⁹ G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, Nota a Cass. Civ., Sez. III, 18 Settembre 2009, n. 20106, in *I contratti*, 1, 2010, 5-23, esamina acutamente il rapporto tra controllo dell'esercizio del diritto effettuato mediante “il criterio dell'abuso” e controllo attuato attraverso “il canone della buona fede”. A differenza della sentenza annotata, che sovrappone i due tipi di giudizio e di valutazione, l'Autore avanza la tesi per cui “abuso del diritto” e “buona fede” costituiscono nozioni differenti ed originano “tecniche di controllo degli atti di esercizio dei diritti diverse” sia per quel che concerne i presupposti che in relazione ai rimedi.

⁵⁰ Cass. civ., sez. III, 18 Settembre 2009 n. 20106.

⁵¹ Le argomentazioni conclusive della sentenza *de qua* vengono definite opinabili in G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 4, anche in base alla distinzione tra norme di validità e norme di comportamento. Tuttavia, in merito al superamento di tale dicotomia si cfr. G. PERLINGERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 18 ss., che già in premessa osserva come la distinzione fra regole di

Non pare opportuno, in tale sede, soffermarsi *funditus* sulla pronuncia *de qua*. Basti sinteticamente evidenziare come, a livello generale, essa è risultata in linea con la giurisprudenza comunitaria che, fondandosi sulla logica del bilanciamento, sottolinea il carattere relazionale dell'abuso che involge un giudizio di proporzionalità⁵².

A parere di chi scrive, l'impiego di strumenti di integrazione esterna del diritto come l'economia, la morale può *prima facie* determinare incertezza ed aleatorietà, mentre il richiamo ad altre clausole generali, quali la buona fede, la correttezza, rischia di configurare l'abuso come uno strumento inutile. Inoltre, non è certo che il richiamo a principi di diritto positivo possa rivelarsi determinante, qualora nell'opera di bilanciamento le regole disapplicate siano a loro volta estrinsecazione di altri principi.

4. Il bilanciamento fra il diritto fondamentale d'azione e l'interesse pubblico al giusto processo nella sua accezione economico-efficientistica.

Ad avviso di chi conduce la ricerca *de qua*, nell'ambito dell'abuso dei diritti fondamentali, con riguardo all'esercizio del diritto d'azione, è

comportamento e di validità si fondi più sulla forza della tradizione che su dati di diritto positivo e che pertanto essa risulti ormai estranea al piano giuridico dell'ordinamento, rimanendo confinata al mero profilo della tradizione concettuale. In merito alla monografia da ultimo citata, V. altresì S. POLIDORI, *Recensione a G. PERLINGERI, L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 128, in *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2/2014, 648 – 656 che rileva la netta critica dell'Autore dell'Opera recensita al c.d. principio di "non interferenza" tra regole di comportamento e regole di validità, mediante diverse figure sintomatiche nonché attraverso i profili contraddittori riscontrati nella giurisprudenza di legittimità, che inevitabilmente influenzano il controllo di proporzionalità, congruità e di ragionevolezza del rimedio prescelto.

⁵² Inoltre, essa appare suffragata da alcune sistemiche dinamiche generali: «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». Si esprime così G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 4.

necessario considerare “il valore delle regole processuali” nonché il loro *status* costituzionale con riferimento alla riserva di legge processuale *ex art.* 111 Cost..

In relazione al giudizio di bilanciamento che si realizza con riferimento all’art. 111 *de quo*, attenta dottrina⁵³ ha ribadito che all’interno della “clausola generale” del giusto processo⁵⁴ è doveroso far rientrare, in linea col dettato costituzionale, sia la ragionevole durata e l’uso efficiente di risorse scarse sia principi-valori come l’effettività⁵⁵ e la pienezza della tutela giurisdizionale, il contraddittorio⁵⁶ e la parità delle parti⁵⁷, l’imparzialità, l’indipendenza e la terzietà del giudice.

Nel contesto sin qui evidenziato, l’abuso del processo si manifesta come “clausola generale in potenziale violazione di diritti fondamentali” quali quelli sanciti agli artt. 24⁵⁸ nonché 113 Cost.. Mentre, alla luce

⁵³ G. TROPEA, *op. ult. cit.*

⁵⁴ Sul principio *de qua* la letteratura è vastissima: cfr. ad es. F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 4, 2011, 1353 ss; M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2011, 596 ss.

⁵⁵ M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e “civilizzazione”*, in www.judicium.it.

⁵⁶ Le voci di dottrina - e più in generale gli scritti - sul principio del contraddittorio sono molteplici: v. tra le altre F. BENVENUTI, *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961; A. CARACCIOLLO LA GROTTIERA, *Parti e contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993; L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del) – I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, VIII, 1988; E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, nota a Cons. St., Ad. plen., 29 dicembre 2004, n. 14, in *Dir. proc. amm.*, 2006; G. MARTINETTO, *Contraddittorio (principio del)*, in *Novissimo Digesto italiano*, II, App., Torino, 1981; A. NASI, *Contraddittorio (principio del)*, (*Dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.

⁵⁷ F. BENVENUTI, *Parte (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, *passim.*; V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 859 ss.

⁵⁸ Con riferimento ad un’ipotesi di giurisdizione condizionata, mediante un modello di mediazione pre-processuale obbligatoria, configurando così il tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, sia la Corte di giustizia che la Corte costituzionale hanno avallato la legittimità della conciliazione obbligatoria con la seguente motivazione: «ogni diritto, compreso il diritto di azione di cui all’art. 24 Cost., è assoggettabile a restrizioni per realizzare interessi generali, quali sono la riduzione del contenzioso e il *favor* verso una composizione

dell'angolo visuale della scrivente, il principio di proporzionalità si attua in chiave strumentale nella prospettiva “orizzontale” del contemperamento fra l'interesse sostanziale del cittadino (*ergo*: il diritto fondamentale d'azione) e l'interesse pubblico al giusto processo⁵⁹ nella sua accezione in termini economico-efficientistici.

Il quadro sinora delineato potrebbe compromettere il pieno rispetto del principio di certezza del diritto⁶⁰, propendendo verso un fulcro creativo giurisprudenziale in senso unidirezionale⁶¹.

5. Abuso del/nel processo e orientamenti dottrinali e giurisprudenziali di riferimento.

Autorevole dottrina facente parte della scuola pavese⁶² ha enucleato la distinzione fra abuso *del* e abuso *nel* processo⁶³, fondata sul dato per cui

preventiva della lite, a condizione tuttavia che il limite non sia sproporzionato rispetto all'obiettivo da perseguire». Cfr. Corte di giustizia, sez IV, 18 marzo 2010, in cause riunite C-317/08, C-318-08, C-319/08 e C-320/08, Alassini e altri; Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276; Corte cost., n. 272/2012; v. altresì il saggio di M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., spec. par. 5.

⁵⁹ Ma cfr. anche F. MANGANARO, *Equo processo e diritto ad un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Ius publicum*, 2011, *passim*.

⁶⁰ La crescente instabilità giurisprudenziale ha da tempo superato “la normale tollerabilità”. «A prescindere dal problema se sia più giusto un sistema di regole certe o incerte, si vive meglio in una società dove gli elementi di certezza sono quantomeno prevalenti e producono un legittimo affidamento nei confronti della collettività: la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell'agire, *ergo* della decisione giuridica, rappresenta, infatti, un presupposto necessario per l'esercizio della razionalità calcolante, che a sua volta tende ad assumere un ruolo predominante nella società capitalistica». V. sull'aspetto *de quo* F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., par. 14; *Id.*, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. Amm.*, 2005, 623 – 624, in cui si auspica un rafforzamento del precedente giudiziale al fine di assicurare una sia pur minimale stabilità giurisprudenziale.

⁶¹ Cfr. su tale assunto G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 5.

⁶² M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA. VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 435 ss.

⁶³ V. sulla contrapposizione *de qua* A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione*

non può ritenersi abusivo un comportamento obbligatorio, bensì soltanto qualora la parte abbia margini di discrezionalità.

Alla luce di un'indagine comparata, specialmente con riguardo ai Paesi di *common law*, la dottrina *de qua* si focalizza sull'abuso quale questione che dovrebbe gravare sul difensore, più che sulla parte, mediante l'applicazione di valide sanzioni disciplinari⁶⁴.

Tuttavia può ritenersi che l'abuso del processo costituisca uno strumento canonico nei sistemi giuridico-ordinamentali di *common law* in cui la giurisprudenza, tradizionalmente, rientra tra le fonti del diritto; mentre nei sistemi di *civil law* il processo è regolato per legge, come in Italia *ex art. 111 Cost.*.

L'opera corposa di taglio storico-ricostruttivo di Cordopatri ritiene l'abuso quale *quaestio* fondamentale connessa alle spese processuali e tale ricostruzione appare oggi in linea col nuovo art. 92 c.p.c..

La rinnovata attenzione della giurisprudenza sull'abuso del processo civile avviene con la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione del 15 Novembre 2007 n. 23726 sul frazionamento del credito⁶⁵, *revirement* della precedente sentenza n. 108/2000⁶⁶ nonché con le sentenze “gemelle” delle

giurisprudenziale del c.d. abuso del processo, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2016, 50-51.

⁶⁴ Si esprime così G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 6.

⁶⁵ G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 1457-1458, saggio pubblicato anche su www.judicium.it, rileva che la *quaestio* del “frazionamento del credito” avrebbe potuto essere risolta senza ricorrere alla figura dell'abuso del processo, bensì con la mera applicazione dei principi sul giudicato. Infatti, dedotto in giudizio un diritto inerente ad un rapporto giuridico, viene fatto valere l'intero rapporto, sia il dedotto che il deducibile. Cfr. la recente SS. UU., Cass. civ., 16 febbraio 2017, n. 4090, con cui la Suprema Corte ha circoscritto la figura dell'abuso del processo, ribaltando parzialmente il precedente orientamento sul tema.

⁶⁶ Nella giurisprudenza *de qua*, alla luce del principio di correttezza e di buona fede anche in ossequio al dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, nonché al canone del giusto processo *ex 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

Sezioni unite del 12 Dicembre 2014 nn. 26242 e 26243 in tema di impugnative negoziali, e, nello specifico, di rapporti tra «azioni di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione) e nullità contrattuale»⁶⁷.

Nell'ambito dell'*excursus* sull'oggetto del processo e sull'oggetto del giudicato⁶⁸, tematiche non sovrapponibili, considerata la facoltà dell'organo giudicante di definire il processo con celerità, alla luce del principio della ragione più liquida, nonché sulla opportuna demarcazione della nozione di giudicato implicito - di matrice giurisprudenziale -, la giurisprudenza *de qua* avvalora i principi che fungono da corollario all'osservanza della limitata "risorsa-giustizia" fra cui: il principio di corrispettività sostanziale; di stabilità delle decisioni giudiziarie; di armonizzazione delle decisioni, per evitare «la scomposizione delle unità della situazione sostanziale in un' indefinita molteplicità» costituita da "minime unità decisorie"; di concentrazione delle decisioni; di effettività della tutela, nel senso di

adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo».

Tale pronuncia ha rinnovato l'attenzione sulla tematica, essendosi tenuto ad Urbino il Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile sull'abuso del processo nel settembre 2011.

La motivazione della sentenza *de qua* richiama erroneamente in qualità di sinonimi buona fede e giusto processo, ponendo l'accento sull'aspetto della ragionevole durata.

Se si ragionasse solo sul 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».

In linea generale, la *quaestio* si sarebbe potuta dipanare alla luce della tesi della preclusione del dedotto e del deducibile, senza richiamare l'argomento dell'abuso. Su tali aspetti v. *amplius* G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 6.

⁶⁷ Tali sentenze si fondano sul dovere di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c., richiamano l'antica figura di tradizione romanistica dell'*exceptio doli* e sono orientate «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, arricchenti. Una sorta di strumento antiabusivo *ante litteram*». Cfr. G. TROPEA, *op. ult. cit.*

⁶⁸ F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, *passim*.

scongiurare interpretazioni di tipo formalistico che *inutiliter* aggravano i tempi di decisione della controversia; di giustizia concreta delle decisioni alla luce degli artt. 111 Cost. e 6 Cedu; di economia (extra)processuale, valorizzando il giusto processo, anche per evitare la moltiplicazione seriale dei processi. Vengono altresì esaltate le esigenze pubblicistiche del processo, che involgono un potenziale definitivo consolidamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio nonché «una decisione tendenzialmente caratterizzata da *stabilità, certezza, affidabilità temporale*, coniugate con valori della *celerità* e della *giustizia*. Un sistema che eviti di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito»⁶⁹.

Si prenda a riferimento anche l'ordinanza di Cass., sez. I, 3 Maggio 2010 n. 10634 in tema di equa riparazione, di cui alla legge n. 89/2001, che censura come abuso del processo la condotta di più soggetti, che dopo aver agito unitariamente nel processo protrattosi eccessivamente, senza operare alcuna diversificazione delle rispettive posizioni, avanzano alla Corte d'appello separate domande di indennizzo, con medesimo patrocinio legale, originando cause in concreto destinate alla riunione. Una simile condotta, secondo la Cassazione, provoca un danno allo "Stato debitore", generando l'aumento degli oneri processuali.

Pertanto, i Giudici di Piazza Cavour, utilizzando la nozione di abuso del processo, richiamando i principi di buona fede e correttezza e i

⁶⁹ Il virgolettato nonché l'enunciazione dei principi su citati sono tratti da G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 6; ID., *Il processo amministrativo in trasformazione, nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, a cura di F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, F. Saitta, N. Saitta, A. Tigano, *Volume III*, Napoli, 2017, spec. nota 127, che la scrivente ha avuto l'onore e l'opportunità di revisionare.

doveri di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, il giusto processo di ragionevole durata *ex art. 111 Cost.*, introducono un “filtro” alle domande di tutela, fondato sulla sua non meritevolezza nell’ambito di cause “bagatellari”⁷⁰.

Centrale risulta altresì la giurisprudenza amministrativa, specialmente Ad. Plen., Cons. St., 23 Marzo 2011, n. 3: «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*».

6. Meritevolezza della tutela, rimedio dell’exceptio doli generalis e divieto di venire contra factum proprium: dall’abuso del diritto all’abuso del processo.

Recentemente si è connesso il concetto di interesse ad agire al principio di buona fede nonché al divieto di abuso del diritto, nell’accezione di “meritevolezza della tutela richiesta”⁷¹.

⁷⁰ V. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 6. Cfr. altresì Cass., Sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228. In particolare la Corte ritiene di condividere, senza alcuna violazione dell’art. 24 Cost., recante il diritto d’azione, 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, innanzitutto economica e, quindi, anche giuridica» poiché la giurisdizione è, notoriamente, risorsa statale limitata. Inoltre, il numero delle azioni giudiziarie non può non influire, considerata la limitatezza delle risorse disponibili, sulla durata ragionevole dei giudizi, valore tutelato dall’art. 111 Cost. e dall’art. 6 della Cedu.

⁷¹ L’art. 100 c.p.c. esprime la necessità che «l’affermazione della lesione del diritto trovi soddisfazione nel provvedimento richiesto al giudice» ed anche permette, alla luce di un’interpretazione sistematica di tale norma con gli artt. 6 Cedu e 111 Cost., recanti i principi del giusto processo, di «scrutinare la “causa” della domanda giudiziale come concretamente proposta

La tesi *de qua* rende la categoria della meritevolezza della tutela⁷² come una nozione elastica e di difficile inquadramento.

Strettamente connessa ai sovente confusi rapporti fra buona fede ed abuso del diritto appare la tematica dell'*exceptio doli generalis*, di origine giurisprudenziale, che pare attualmente sovrapporsi a quella contestata concezione della buona fede quale clausola finalizzata a limitare le pretese del creditore nonché *ex art. 2 Cost.*, in generale, l'esercizio dei diritti.

Per di più, rischiano di mescolarsi anche *exceptio doli generalis* e abuso del diritto che abbraccia la critica «accezione valutativo/correttiva della buona fede»⁷³.

Deriva da qui il passaggio dall'abuso del diritto all'abuso del processo⁷⁴.

(ossia, appunto, la meritevolezza), sanzionando con l'inammissibilità le ipotesi in cui tale "causa" evidenzia che l'attore sta abusando del diritto d'azione». Cfr. G. TROPEA, *op. ult. cit.*

⁷² M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., spec. par. 7, saggiamente, rileva che: «Il diritto amministrativo è segnato da una crisi multipla, che si declina come crisi del legislatore nel dettare regole efficienti, crisi della pubblica amministrazione, ... crisi del procedimento amministrativo nell'essere la sede effettiva delle scelte di composizione degli interessi e nel decidere nei tempi assegnati dall'ordinamento e crisi della giustizia amministrativa, su cui si scaricano queste prevee duplici tensioni. Al punto che l'abnorme contenzioso diviene "alternativa al processo politico", nella misura in cui "è il giudizio chiamato a selezionare e a comporre gli interessi meritevoli di tutela più che a risolvere conflitti", con un'insoddisfazione e una diffidenza crescente nei suoi riguardi da parte degli operatori economici e della stessa amministrazione, nonché, da ultimo, da parte anche del legislatore».

⁷³ Le parole racchiuse tra virgolette sono tratte da G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 7.

⁷⁴ G. TROPEA, *op. ult. cit.*, delinea chiaramente questo passaggio: «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 italiana, 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*»; v. anche G. TROPEA, *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 685-739.

Una parte della dottrina ha altresì evidenziato la questione dell'«aleatorietà della clausola generale “abuso del processo”⁷⁵» e, perciò, il *vulnus* alla certezza del diritto, nonché al diritto di difesa, per esigenze strettamente collegate all'amministrazione della giustizia⁷⁶.

Preferibilmente, tali opzioni politico-“macrogiudiziarie” non dovrebbero essere effettuate dal singolo giudice⁷⁷.

Evidenti sono le intenzioni della giurisprudenza⁷⁸ di far prevalere, nell'opera di bilanciamento, «la versione efficientistica del giusto processo»⁷⁹.

Anche la più recente giurisprudenza amministrativa, nell'ambito degli elementi costitutivi dell'interesse a ricorrere, inizia ad esprimersi nel senso

⁷⁵ M. A. SANDULLI, *L'abuso di processo*, in *Diritto on line - Treccani*, www.treccani.it, classificatosi *Libro dell'anno del diritto 2013*.

⁷⁶ Per un'analisi filosofica del concetto di giustizia, v. E. OPOCHER, *Giustizia (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 557 ss.

⁷⁷ La ricostruzione *de qua*, fondata su un'interpretazione costituzionalmente orientata, pare evidenziare una sorta di strumentalità del processo rispetto al diritto privato sostanziale, «segnando così un'involuzione nello studio dell'azione e dei suoi rapporti con il processo». Cfr. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 7., a cui ci si permette di rinviare per le ulteriori note di dottrina.

⁷⁸ «Sempre in questa logica la giurisprudenza ha declinato il principio della ragionevole durata del processo come principio di leale collaborazione o di solidarietà in ambito processuale, non dissimile da quel dovere delle parti di comportarsi in giudizio con lealtà e probità previsto nel processo civile dall'art. 88 c.p.c.. Di qui la condanna di ogni condotta processuale integrante “abuso del diritto” di una parte in danno dell'altra, quale, ad esempio, il *venire contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche, come nel caso di eccezione di difetto di giurisdizione in sede di appello sollevata dalla parte che abbia adito la stessa giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado. Il disconoscimento della giurisdizione inizialmente invocata si traduce infatti in un prolungamento dei tempi di definizione del giudizio dettato da ragioni puramente utilitaristiche, in contrasto con la garanzia della ragionevole durata del processo». Cfr. M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2013, spec. par. 7 nonché nota 103 che evidenzia che è grazie alla giurisprudenza della Corte di Cassazione che è stata elaborata, partendo dal divieto di abuso del diritto, la figura 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». V. Cass., sez I, 3 maggio 2010, n. 10634.

⁷⁹ L'espressione racchiusa tra virgolette è tratta da G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 7.

che si debba «*escludere che l'utilizzo del processo amministrativo si traduca in un abuso del mezzo giurisdizionale*»⁸⁰.

Tale accezione dell'interesse a ricorrere pare riconnettersi alla questione dell'interesse c.d. "illegittimo", che è risultata centrale nel "passaggio" dall'abuso del procedimento all'abuso del processo amministrativo, nonché in certe opzioni giurisprudenziali incentrate su questioni processuali sensibili e dibattute, quali la tematica dell'ordine di esame dei motivi di ricorso⁸¹.

7. La nozione giuseconomica di giurisdizione: proporzionalità ed efficienza del processo anche in una prospettiva de iure condendo.

La giurisprudenza sin qui evidenziata pare richiamare, nel contesto giuridico, un'accezione della nozione di giurisdizione⁸² propria di alcuni studi di analisi economica del diritto.

⁸⁰ Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1606 per 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». Cfr altresì Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9 nonché Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3829, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸¹ A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2012, 803 ss.; G. TROPEA, L. R. PERFETTI, "Heart of darkness": *l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2016, 205 ss.

⁸² M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015, 481 ss., in *apicibus* al par. 2 rileva che: «Il cambiamento in atto in ordine al ruolo occupato dalla giurisdizione è percepibile dalle recenti riforme processuali adottate specialmente in ambito civilistico. La logica sottostante a questo processo di trasformazione è profondamente debitrice dell'impostazione europea di giustizia: la giurisdizione è concepita come una risorsa pubblica non illimitata; la sua scarsità porta a garantirne un impiego economico; l'utilizzo "parsimonioso" e "oculato" della giurisdizione è assicurato in diverse maniere, tra cui filtri di vario genere nell'accesso alla giustizia, ma anche la previsione di metodi alternativi di soluzione delle controversie».

L'affermarsi di tale proiezione economicistica determina il risalto di una visione "macrogiudiziaria" su quella "microgiudiziaria" in quanto, anche l'efficienza⁸³ nel singolo processo è influenzata dal *trend* generale.

Pertanto, l'interesse si traslerebbe "dall'astratta certezza del diritto alla certa definizione dei rapporti", che permetta di effettuare salde ponderazioni orientate alla produzione di beni o servizi finalizzati allo scambio⁸⁴.

La giurisdizione⁸⁵ è perciò da intendersi quale servizio pubblico orientato alla risoluzione delle controversie secondo giustizia, in modo tale che "la congruità della risposta al bisogno di tutela sia una variabile dipendente dalla necessità di assicurare l'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso"⁸⁶. Per tale via, si considera il principio di proporzionalità⁸⁷ come il mezzo sostanziale per contemperare la prospettiva del singolo processo che concerne "il fattore legislativo" e quella del complesso dei processi che riguarda l'aspetto delle risorse e il profilo culturale.

Il principio *de quo* sarebbe vigente qualora 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

⁸³ Cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.astrid-online.it.

⁸⁴ V. sul punto le chiare argomentazioni di G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 8.

⁸⁵ Per una critica disamina sulla giurisdizione ai tempi dell'abuso del processo, v. G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in www.judicium.it.

⁸⁶ La definizione *de qua* è tratta da G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 8.

⁸⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2016, 361 ss.

ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi»⁸⁸.

Alla luce di quanto sin qui esposto, emerge *ictu oculi* il nesso fra la definizione del processo come “servizio pubblico” ed il crescente uso dell’argomento dell’abuso del processo nonché fra l’obsolescenza di svariate norme processuali e l’intenso mutamento della nozione di “giurisdizione”, *ab origine* saldamente ancorata al concetto di sovranità statale.

Si evidenzia quindi il diffuso orientamento della Cassazione che, attraverso un’interpretazione costituzionalmente orientata fondata sulla ragionevole durata del giusto processo, disapplica parecchie regole processuali⁸⁹.

⁸⁸ A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, cit., 43, spec. nota 77.

⁸⁹ «Emblematico, anche per le connessioni con la giurisprudenza amministrativa in tema di abuso e difetto di giurisdizione (v. art. 9 c.p.a.), 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». Cfr. Ss. UU., Cass., 9 Ottobre 2008 n. 24883: 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, 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. V. altresì G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., *passim*.

8. *L'abuso del processo amministrativo.*

L'abuso del processo amministrativo⁹⁰ può essere ritenuto «proiezione» dell'abuso del procedimento e degli obblighi di collaborazione a carico sia della p.a., sia dei soggetti privati⁹¹.

In dottrina, il principio di collaborazione procedimentale è stato collocato nell'ambito dei principi di correttezza, buona fede oggettiva, solidarietà ed è stato, pertanto, impiegato per dipanare diverse questioni concrete quali quelle concernenti la responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione e la patologia del provvedimento amministrativo.

In giurisprudenza, si è altresì sostenuto che graverebbe un obbligo di non contraddizione in capo al privato, dato che il principio di autoresponsabilità è vigente in qualsiasi rapporto comunicativo che il cittadino instauri con l'amministrazione, «sicché esso può comportare l'inammissibilità del ricorso in sede giurisdizionale per acquiescenza preventiva al provvedimento impugnato»⁹².

In dottrina si è concluso 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»⁹³.

Nelle seguenti fattispecie è stata richiamata l'*exceptio doli generalis*, come già evidenziato, oggetto di una recente valorizzazione in

⁹⁰ N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 1, 2008, 1 ss.

⁹¹ Cfr. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., incipit par. 9.

⁹² Cfr. G. TROPEA, *op. ult. cit.*

⁹³ V. G. TROPEA, *op. ult. cit.*

giurisprudenza ma sovente affiancata alla buona fede ed all'abuso del diritto, senza concreti approfondimenti dottrinari sul dato normativo.

Per di più tali argomentazioni vengono quindi utilizzate dalla giurisprudenza per applicarle, partendo dal profilo dei rapporti fra procedimento e processo⁹⁴, alle sole questioni di carattere processuale. Ci si intende riferire alla disciplina del difetto di giurisdizione nel processo amministrativo⁹⁵, alla luce delle intervenute riforme nel C.p.a.

Nel giudizio amministrativo, come già rilevato, l'abuso del diritto diviene abuso del processo⁹⁶ a partire dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 2011⁹⁷, in tema di sindacabilità delle condotte processuali ai fini dell'evitabilità del danno di cui all'art. 1227, comma 2, c.c.⁹⁸. Come avvenuto nei rapporti fra diritto e processo⁹⁹ civile con «la svolta giurisprudenziale» in tema di frammentazione del credito, ciò determina

⁹⁴ E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986. 819 ss.

⁹⁵ Cfr. la recente Ad. Plen., Cons. St., ord., 28 luglio 2017, n. 4, in www.iurisprudenzia.it, per cui «la parte vittoriosa di fronte al tribunale amministrativo sul capo di domanda relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo»; v. altresì Ss. UU., Cass. civ., 20 Ottobre 2016, n. 21260, in www.giustizia-amministrativa.it, con cui le Sezioni Unite si uniformano alla posizione espressa dal Consiglio di Stato ed escludono la deducibilità (in appello) del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da parte dell'originario ricorrente che, adito il Tar, sia rimasto soccombente nel merito.

⁹⁶ N. PAOLANTONIO, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, in www.giustamm.it.

⁹⁷ Nella motivazione della sentenza si legge che: «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».

⁹⁸ L'art. 30, comma 3, c.p.a. prevede che il giudice, nel determinare il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, valuti tutte le circostanze di fatto ed il **comportamento** complessivo delle parti, escludendo il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. Cfr., in merito agli attuali profili problematici inerenti, sia d'ordine sostanziale che processuale, il recente saggio di M. RAMAJOLI, *Spunti per un dibattito in tema di risarcimento del danno e interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it, pubblicato il 27 Ottobre 2016.

⁹⁹ Per una storica e lucida analisi dei rapporti tra diritto e processo, v. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958.

delle complessità ulteriori ed uno specifico potere destabilizzante, in quanto concernente soltanto il settore processuale, proprio in linea con quanto accaduto in relazione al processo civile ed al processo penale¹⁰⁰.

Da quanto sin qui evidenziato 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»¹⁰¹.

9. L'effettività della tutela ed il principio della ragione più liquida quale corollario del principio di economia processuale.

Acuta dottrina¹⁰² ha rilevato che nel contesto della c.d. “procedimentalizzazione” del processo amministrativo, nonché di un utilizzo magari poco ortodosso del principio di effettività della tutela, si assiste ad un utilizzo eccessivo del principio di conversione delle azioni *ex art. 32, comma 2, c.p.a.*, anche quando esso sia previsto *expressis verbis* dal legislatore codicistico *ex art. 34, comma 3, c.p.a.*

Tutto ciò genera sovente il rischio di una violazione del principio della domanda¹⁰³ nonché del diritto costituzionale d'azione e della corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

A titolo esemplificativo, si fa riferimento a Cons. Stato, Sez. V, ord. 22 gennaio 2015, n. 284, con cui è stata rimessa alla Plenaria la facoltà, sulla base di principi di equità, quali la proporzionalità, la giustizia del caso concreto, la tutela effettiva o anche ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., di

¹⁰⁰ Cfr., anche per il virgolettato, G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 9.

¹⁰¹ La definizione *de qua* è sempre di G. TROPEA, *op. ult. cit.*

¹⁰² Cfr. per tutti G. TROPEA, *op. ult. cit.*

¹⁰³ M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2016, 1101 ss.

non stabilire l'annullamento - anche se per il vizio sostanziale di mancata predeterminazione dei criteri concorsuali - e di disporre in capo al ricorrente, senza sua previa richiesta, il mero risarcimento del danno, qualora la pronuncia giurisdizionale - in tema di concorsi - sopraggiunga a distanza di parecchi anni dall'approvazione della graduatoria e dalla nomina dei vincitori rispetto ai quali, l'annullamento causerebbe un effetto pregiudizievole sul già avvenuto consolidamento delle proprie scelte di vita.

Inoltre, la giurisprudenza amministrativa, alla luce di principi di giustizia del caso concreto, si fa carico dei costi sociali della decisione, richiamando la sentenza n. 2755/2011. Sovente l'argomentazione dell'abuso, pur senza essere menzionata in via diretta, risulta fondamentale nella ricostruzione giurisprudenziale di un istituto, soprattutto quando esso non sia stato disciplinato espressamente dal legislatore¹⁰⁴.

Attenta dottrina ha evidenziato la contraddittorietà di tali argomentazioni rispetto ai principi di economia, efficienza e concentrazione processuale, nonché «le confusioni giurisprudenziali tra litisconsorzio necessario e facoltativo», cui si associano ampie perplessità connesse all'oggetto del processo, auspicando sul punto un intervento legislativo,

¹⁰⁴ Cfr. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., evidenzia che «la presunta natura eccezionale e derogatoria dei ricorsi collettivi» ha portato la giurisprudenza ad enucleare due requisiti di ammissibilità del ricorso medesimo, «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)». Identità di *ratio* si riscontra nella giurisprudenza che «limita l'ambito di applicazione dei ricorsi cumulativi derivanti da connessione soggettiva», alla luce dell'esigenza di impedire l'elusione delle norme fiscali, dato che «con il ricorso cumulativo il ricorrente chiede più pronunce giurisdizionali provvedendo, però, una sola volta al pagamento dei relativi tributi». V. altresì Ad. plen., Cons. St., 27 Aprile 2015, n. 5, che fa riferimento *expressis verbis* all'«abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato», in www.giustizia-amministrativa.it; cfr. ancora Cons. Stato, Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537, *ibidem*.

altresì per scongiurare l'approccio casistico, generatore di ulteriore incertezza, rivelandosi insufficiente il rinvio esterno alle disposizioni del c.p.c. (in quanto compatibili o espressione di principi generali) *ex art. 39 c.p.a.* considerata la riserva di legge processuale di cui all'art. 111, comma 2, Cost.¹⁰⁵.

Pertanto, la giurisprudenza analizza la tutela giurisdizionale *ex art. 24 Cost.* in combinato disposto coi principi sanciti all'art. 97 Cost., in un'ottica relazionale, finalizzata a valorizzare la "meritevolezza" della tutela, l'uso attento delle risorse giurisdizionali, per evitare un «effetto di moltiplicazione delle azioni».

La giurisprudenza della Cassazione, alla luce dell'enucleato principio della ragione più liquida¹⁰⁶, afferma la necessità di una «verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello tradizionale della coerenza logico-sistematica, con una soluzione pienamente rispondente alle esigenze di economia processuale e di celerità di giudizio»¹⁰⁷.

Nella recente Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, la graduazione dei motivi da parte del ricorrente vincola il giudice

¹⁰⁵ V. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., *passim*.

¹⁰⁶ Cfr. M. RAGNI, *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. civ.*, 2, 2015, 647 ss.

¹⁰⁷ La metodologia *de qua* valorizza una nozione 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 ..."meritevolezza della tutela", "abuso del processo", esigenze di economia processuale e di celerità di giudizio». Tali super-interessi conducono ad «un'esaltazione eccessiva dei poteri del giudice», mentre «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)». Su questo e su altri aspetti correlati, v. *amplius* G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., *passim.*; ID., *Il processo amministrativo in trasformazione, nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone*, cit., spec. nota 123.

amministrativo nonostante il suo rispetto possa generare, sostanzialmente, un *vulnus* alla piena tutela dell'interesse pubblico o della legalità, specialmente nelle controversie relative a procedure competitive o selettive.

Nel caso di assenza della graduazione, nell'ambito di un giudizio orientato ad un pregnante controllo di legalità giudiziale sull'azione amministrativa, si richiama l'argomento dell'abuso del processo in relazione all'interesse pubblico, quale «interesse generale della collettività ad una corretta gestione della cosa pubblica» nonché come interesse alla gestione giusta del processo-risorsa scarsa, altresì per le ripercussioni finanziarie gravanti sulla collettività¹⁰⁸.

Le questioni di “economia processuale” legittimerebbero «una deroga all'ordine di esame delle censure¹⁰⁹, ammettendosi il rigetto del ricorso “in base alla ragione più liquida”, fatta salva soltanto la verifica della giurisdizione e della competenza»¹¹⁰.

¹⁰⁸ La dinamica *de qua* può essere agevolmente intesa facendo riferimento al pensiero di A. Romano Tassone, il quale, specialmente nelle Sue ultime Opere, ha delineato chiaramente il modo in cui la rimodulazione dell'interesse pubblico “concreto” spieghi i suoi effetti sull'accresciuto ambito dei poteri del giudice amministrativo, con conseguente attenuazione del principio della domanda, ancor di più nel c.p.a., che si riterrebbe, in base a diffusa opinione, fondato sui principi del processo soggettivo e di parti. Cfr. su tali profili 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 v. altresì G. TROPEA, *Il processo amministrativo in trasformazione, nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone*, cit., *passim*.

¹⁰⁹ Sul tema *de qua* cfr. S. BACCARINI, *Processo amministrativo e ordine di esame delle questioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2016, 770 ss., contenente la Relazione al convegno di studi “Sistema e metodo nello studio della giustizia amministrativa”, tenutosi a Milano il 9 Maggio 2016; *contra*, F. MANGANARO, A. MAZZA LABOCETTA, *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Urbanistica e appalti*, 8-9, 2015, 930.

¹¹⁰ I chiari passaggi logico-giuridici racchiusi tra virgolette sono di G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 10.

Alla luce di quanto sin qui analizzato, si assiste ad un'accresciuta rilevanza del principio della ragione più liquida quale corollario del principio di economia processuale¹¹¹, sia nel massimo consesso della recente giurisprudenza amministrativa che in quella civile¹¹², alla luce di esigenze organizzative strettamente connesse al carattere limitato della risorsa-giustizia.

10. Giurisprudenza amministrativa e giurisprudenza comunitaria.

Il giudice amministrativo, attraverso l'argomento formale dell'abuso, nel quadro di una giurisdizione sempre più oggettiva, agisce sovente in veste di "amministratore". Difatti, nel processo amministrativo, dato anche il carattere pretorio della giurisprudenza, la nozione di abuso permette al giudice «una valutazione pregiudiziale» in merito ad un «super-interesse pubblico» intrinseco al processo stesso: l'efficienza processuale¹¹³.

Intendendo oggi il giudizio amministrativo quale giudizio sul rapporto, il giudice, attraverso l'abuso del diritto, può variare l'intensità del suo sindacato al fine di assicurare «l'interesse generale all'effettività» ex art. 1 c.p.a. e, per tale via, altresì una «giustizia rapida, efficace e lineare», alla luce dell'art. 111 Cost. e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹⁴.

¹¹¹ Il principio di economia processuale costituisce "una direttiva di orientamento per il giudice" secondo L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982, 323 – 324. V. altresì per l'aspetto ricostruttivo del principio *de quo* il volume I del medesimo Autore.

¹¹² Ss. UU., Cass. civ., 12 dicembre 2014, n. 26242.

¹¹³ V. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit.

¹¹⁴ Invece, con riferimento alla C.G.C.E., si segnala che T.R.G.A., sez. Trento, ord. 29 gennaio 2014, n. 23 ha rimesso all'esame della Corte di giustizia europea la questione pregiudiziale di corretta interpretazione della normativa interna in relazione a quella comunitaria sovraordinata: se i principi

Significativa sotto tali profili appare, come già rilevato, Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011.

Nell'ambito della ricezione da parte del giudice amministrativo della giurisprudenza della Cassazione sull'abuso del processo, si assiste ad un ampio utilizzo di principi e categorie civilistiche da parte del giudice amministrativo, sovente al fine di accreditare una soluzione speciale.

L'interesse oggettivo che viene protetto non è quello "esterno" della concorrenza e del mercato ma quello "interno" dell'efficienza del processo e dell'uso proporzionale delle risorse¹¹⁵.

stabiliti 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 contributo 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 n. 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 giudiziari 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». Cfr. anche per il virgolettato G. TROPEA, *op. ult. cit.*

¹¹⁵ La connessa giurisprudenza in tema di abuso di posizione dominante sembra rientrare in quell'orientamento 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

11. Ordinamenti di civil law e di common law a confronto, alla luce delle disposizioni costituzionali.

Nell'ordinamento italiano, di *civil law*¹¹⁶, la giurisprudenza non rientra tra le fonti del diritto, come invece avviene nei Paesi di *common law*¹¹⁷.

Per di più, nel nostro ordinamento vige una riserva di legge processuale *ex art. 111 Cost.* che, come rilevato anche di recente dalla dottrina, è riserva altresì in relazione al principio della ragionevole durata del processo. I stringenti limiti inerenti alla tipicità della tutela *ex art. 113 Cost.* dovrebbero essere modificati solo dal legislatore¹¹⁸, soggetto al sindacato della Corte costituzionale.

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... ha confermato una sentenza del Tar Lazio, circa la legittimità del provvedimento con il quale l'A.g.c.m. accertava una situazione di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE.». Ma su questo, v. *funditus* G. TROPEA, *op. ult. cit.*

¹¹⁶ Cfr. F. SAIITA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., par. 1, significativamente, sottolinea che: «Tra le ragioni del progressivo affermarsi dell'ermeneusi giuseconomica – generalmente ricondotta al *genus* dell'argomentazione orientata alle conseguenze, criterio interpretativo tradizionalmente analizzato ed applicato anche nei sistemi di *civil law*, pur strutturalmente meno permeabili dalle logiche dell'EAL in considerazione sia del primato e della tendenziale "autosufficienza" delle fonti codificate, sia del diverso ruolo assegnato al giudice, meramente riproduttivo-interpretativo di scelte assunte dal legislatore – v'è sicuramente l'esigenza, in una società caratterizzata dal pluralismo etico, di giustificare le scelte assunte su basi oggettive, nonché il profondo mutamento dei rapporti tra giurisprudenza e legislazione, che frequentemente riserva al giudice, soprattutto mediante l'impiego di clausole generali, ampi margini di apprezzamento discrezionale, funzionali all'adeguamento della *regola iuris* alle peculiarità della fattispecie concreta»; ID., *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, cit., 585 ss.

¹¹⁷ Cfr. *The Constitutional Issue* trattato in R. A. POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard, 1981, 375-386.

¹¹⁸ M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2, 2016, 347 ss., effettua, nel recente saggio testé citato, lucide considerazioni con precipuo riferimento alla legislazione nel procedimento amministrativo ma che, a parere di chi scrive, sono dotate di valore universale e, pertanto, estensibili in un certo senso anche al processo, anche perché «...manca una chiara cesura tra procedimento e processo amministrativo, in quanto

Attenta dottrina rileva che l'assunto per cui il giudice sia soggetto soltanto alla legge ai sensi dell'art. 101 Cost. comporterebbe anche un limite alla libertà di interpretazione giudiziale.

12. Possibili soluzioni.

Rispetto alle applicazioni giurisprudenziali sin qui esaminate, la dottrina classica¹¹⁹ ha rilevato che l'organizzazione del servizio giudiziario ed il conseguimento della sua efficienza siano aspetti che debba mirare a perseguire il legislatore¹²⁰ e non i singoli giudici.

La «lotta all'abuso»¹²¹ è pertanto *in primis* un dovere del legislatore o, al limite, della Corte costituzionale. Un dato di fatto è però che il legislatore

il primo non si esaurisce mai ed è sempre in grado di sovrapporsi al secondo, doppiandolo e rendendolo inutile». In particolare, l'Autrice, esaminando il profilo storico-ricostruttivo, riprende, alla nota 23 del suo Saggio, le parole di M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, 522 ss., che ci si permette di riportare per la valenza dimostrativa che si ritiene esse abbiano ai fini del discorso che qui si sta conducendo, per cui: la giurisprudenza, «non potendo fare a meno delle norme sostanziali per poter decidere sulle controversie che le erano presentate, si trovò quindi in grande imbarazzo...». Fu perciò la giurisprudenza «a creare il corpo delle norme sostanziali generali del diritto amministrativo [...] perché il legislatore non si è mai occupato di fissarle». Con ciò, non vuole sostenersi che sia un bene che i giudici si sostituiscano al legislatore, ma non può sottacersi, nell'ambito delle considerazioni inerenti all'intervento giurisprudenziale con ruolo suppletivo del legislatore, che, purtroppo, questo è stato sovente necessitato.

¹¹⁹ *Ex multis*, v. M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 117 ss.

¹²⁰ M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, cit., *passim.*, rileva, in relazione ai codici di diritto amministrativo speciale ma altresì al progetto di riforma della P.A. di cui alla legge 7 agosto 2015, n. 124, come "l'attuale cammino riformatorio" utilizzi "la tecnica normativa della c.d. codificazione a diritto costante", di ispirazione francese, dal modello di "codificazione parziale" o *droit constant*, che risponde ad esigenze pratiche di conoscenza, chiarificazione, riordino, semplificazione normativa, fondandosi su equilibri provvisori, non aspirando alla stabilità, ma a soddisfare "l'intrinseca esigenza di frequente aggiornamento" nonché la necessità di razionalizzazione per "porre rimedio all'inflazione e al disordine normativo". Si tratta di una "codificazione dinamica", aderente alla medesima logica di frammentazione del sistema odierno.

¹²¹ L'espressione *de qua* la si trova in G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit.,

negli ultimi anni, specie con riferimento al processo civile, sia intervenuto troppo spesso e sovente contraddicendo o rendendo meno efficaci alcune norme¹²².

Ciò non vuol dire che il giudice non debba, ai sensi dell'art. 88 c.p.c., sanzionare l'abuso del processo, tuttavia dovrebbe farlo attraverso «sistemi di tutela risarcitoria» oppure basati sulla «ripartizione delle spese processuali», ai sensi degli artt. 92 e 96 c.p.c.¹²³, nonché dell'art. 26 c.p.a., per il processo amministrativo¹²⁴.

par.14.

¹²² «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». Si esprime così G. TROPEA, *op. ult. cit.*; ma v. altresì F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., par. 1, che evidenzia come l'analisi economica può apportare un contributo positivo allo studio del diritto poiché aiuta il giurista sia a capire in modo ottimale gli effetti delle norme sui comportamenti individuali sia a comprendere i costi dei diversi assetti giuridici, rimanendo il bene collettivo quale obiettivo ultimo.

¹²³ V. la recentissima Cass. Civ., Sez. III, ord. n. 24649, 3 ottobre 2019, per cui si configura abuso del processo per chi agisce contro la giurisprudenza dominante: agire o resistere in giudizio sostenendo tesi che contrastano con numerosi precedenti della Cassazione determina una condanna ex art. 96, co. 3, c.p.c.. Qualora la giurisprudenza di legittimità, in numerosi precedenti, abbia sostenuto un'interpretazione della legge di segno contrario rispetto a quella fatta valere dalla parte in giudizio, quest'ultima deve essere condannata per responsabilità processuale aggravata. Tale condotta processuale integra infatti un'ipotesi di colpa grave: agire o resistere in giudizio con mala fede o colpa grave significa agire o resistere essendo consapevoli che la propria domanda o la propria eccezione sia infondata o senza essersi adoperati con la normale diligenza per acquisire la coscienza che la propria posizione non abbia alcun fondamento. Nel caso di specie, la parte aveva persistito nella propria posizione nonostante la Corte di cassazione avesse già deciso numerosissimi giudizi, tutti identici e vertenti tra le stesse parti, in maniera differente. Per la Cassazione, condotte che si pongono in maniera così distante dai principi giuridici pacifici, risalenti e più volte affermati costituiscono “un'ipotesi (almeno) di colpa grave, consistente nel *non intelligere quod omnes intelligunt*”. Con questa severa critica, la Corte di cassazione ha perciò disposto la condanna d'ufficio della parte, ai sensi del comma 3 dell'articolo 96 c.p.c., a pagare in favore della controparte, a titolo di risarcimento danni, una somma equitativamente fissata, ai sensi dell'articolo 1226 c.c., in 2.500 euro.

¹²⁴ Cfr. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit.: «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

Pare altresì opportuno evidenziare che è sempre più frequente nella giurisprudenza il riferimento alla categoria nordamericana dei c.d. danni punitivi (*punitive damages*)¹²⁵, o, comunque, «un inquadramento ibrido e plurioffensivo, sia risarcitorio che, indirettamente, sanzionatorio e deterrente»¹²⁶.

13. Considerazioni perplesse sull'art. 26 c.p.a..

Oggetto di entrambi i correttivi al c.p.a. nonché di un'ulteriore recente modifica è l'art. 26 c.p.a. che al primo comma fa espresso riferimento al rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità *ex art. 3, comma 2, c.p.a.*¹²⁷, mentre al secondo comma stabilisce che il gettito della sanzione per lite temeraria¹²⁸ vada versato al bilancio dello Stato, al fine di essere riassegnato per spese di giustizia amministrativa.

La dottrina ha rilevato le permanenti criticità di queste norme, auspicandone un utilizzo secondo criteri prudenziali.

considerata giurisprudenza amministrativa fiorita sull'onda dei nuovi orientamenti della Cassazione».

¹²⁵ V. la recente **SS. UU. Cass. 5 luglio 2017 n. 16601** in merito alla compatibilità dei **danni punitivi** con l'ordinamento italiano. Tra i primi commenti cfr. V. AVENTAGGIATO, *Danni punitivi: il via libera delle Sezioni Unite*, in www.altalex.com; A. MATARRESE, E. NOTARANGELO, *Le SS.UU. accolgono i "danni punitivi" nell'ordinamento italiano*, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

¹²⁶ Le parole tra virgolette sono di G. TROPEA, *op. ult. cit.*

¹²⁷ Cfr. M. NUNZIATA, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2015, 1327 ss. V. altresì la recente riforma di cui all'**art. 13-ter dell'allegato II al c.p.a.**, introdotto attraverso la legge di conversione del "**Decreto giustizia**" d.l. 31 agosto 2016, n. 168.

¹²⁸ G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, cit., 16-17.

Pertanto, con riferimento alle sanzioni, al fine di scongiurare abusi e comportamenti scorretti può farsi riferimento agli artt. 88, 89, 91, 92 e 96 c.p.c., e, per quanto concerne il processo amministrativo, all'art. 26 c.p.a.¹²⁹

La giurisprudenza¹³⁰, anche con riferimento a tali disposizioni, va oltre il sia pur criticabile dato normativo¹³¹.

Essa genera un'estensione del concetto di abuso del processo, privilegiando l'esigenza che venga garantita l'integrità del sistema-giustizia e rispettato il principio di ragionevole durata quale corollario del giusto processo¹³².

L'impostazione *de qua* determina lo spostamento della questione dal profilo dell'esercizio della giurisdizione *ex artt. 103 ss. Cost.*, a quello

¹²⁹ La nuova problematica disciplina ai sensi del novellato art. 26 c.p.a., è stata da alcuni ritenuta costituzionalmente illegittima. Il recente decreto del Presidente del Consiglio di Stato disciplina la dimensione dei ricorsi e degli altri atti difensivi nel rito in materia di appalti, *ex 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». V. sul punto G. TROPEA, *op. ult. cit.*; cfr. la recente riforma di cui all'art. 13-ter dell'allegato II al c.p.a., introdotto attraverso la legge di conversione del "Decreto giustizia" d.l. 31 agosto 2016, n. 168, che ha previsto la modifica, a decorrere dall'entrata in vigore del decreto del Presidente del Consiglio di Stato, del comma 6 dell'art. 120 c.p.a., nel senso di eliminare il riferimento al principio di sinteticità disciplinato con Decreto del Presidente del Consiglio di Stato per i ricorsi soggetti al rito appalti, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³⁰ 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*.

¹³¹ Nello specifico, G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par. 15, evidenzia che: «Pur essendo ormai vigente la riforma dell'art. 26, comma 1, c.p.a., e pur ritenendosi sovrabbondanti gli atti processuali, si esclude che essi configurino ancora piena violazione del dovere di sinteticità, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale» sulla questione. Cfr. nota 26 del presente capitolo in merito alla recentissima riforma sui principi di sinteticità e chiarezza degli atti nel processo amministrativo, in particolare alla disciplina dei criteri di redazione e dei limiti dimensionali del ricorso e degli altri atti difensivi, contenuta nel c.d. Decreto "sinteticità" del 22 Dicembre 2016 (DPCS n. 167/2016), modificato dal Decreto 16 Ottobre 2017, n.127; v. altresì la recentissima riforma di cui all'art. 13-ter dell'allegato II al c.p.a., introdotto attraverso la legge di conversione del "Decreto giustizia" d.l. 31 agosto 2016, n. 168.

¹³² Cfr. A. GIUSTI, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, cit., *passim*.

dell'organizzazione del funzionamento dei servizi connessi alla giustizia, *ex* art. 110 Cost.

La giurisprudenza, nel riprendere l'argomentazione dell'abuso del processo, nella sua accezione in senso pubblicistico, nell'ambito della dicotomia ragionevole durata-risorsa scarsa, finisce per forzare il dato normativo letterale di cui all'art. 26 c.p.a., che riconnette la violazione dei doveri di sinteticità¹³³ e chiarezza al mero riparto delle spese di lite, senza alcun richiamo all'art. 26, comma 2, c.p.a..

La medesima pronuncia contiene un'interpretazione opinabile del carattere temerario della lite (azione o difesa) - richiesto ai sensi dell'art. 26, comma 2, per come sostituito dal primo correttivo al c.p.a. di cui al d. lgs. n. 195/2011 - che diventa per tale via una clausola generale con ampi margini di discrezionalità del giudice ed un conseguente rischio di violazione del principio di legalità¹³⁴.

14. “L’abuso dell’abuso del processo” da parte del giudice amministrativo.

I casi di “abuso” interpretativo del giudice risultano in concreto difficilmente sanzionabili con misure direttamente incidenti sul comportamento o sulla decisione¹³⁵.

¹³³ Sul principio *de qua* v. il recente scritto di R. DE NICTOLIS, *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, contenente la relazione al Convegno presso la Corte di Cassazione “Giornata europea della giustizia civile”, tenutosi a Roma il 26 ottobre 2016.

¹³⁴ Sul principio *de qua*, v. la recente analisi di C. SALAZAR, *Il principio di legalità*, in AA. VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura, A. Morelli, Milano, 2015.

¹³⁵ Si faccia riferimento alla questione dell'assorbimento c.d. improprio dei motivi, di mancato ossequio della disposizione in tema di chiarezza e sinteticità degli atti per cui l'art. 26, comma 1,

Difatti, non corredata di sanzione pare un'eventuale violazione dei doveri di chiarezza e specificità nell'opera di stesura del provvedimento giurisdizionale da parte del giudice¹³⁶.

Di certo, potrebbe sussistere una responsabilità sotto il profilo disciplinare, come nel caso di omesso deposito del dispositivo di decisione *ex art. 119 c.p.a.*, ovvero di mancata o tardiva produzione degli atti del procedimento amministrativo a causa di omissione del giudice *ex art. 46 c.p.a.*.

La tematica dell'“abuso dell'abuso del processo” da parte del giudice amministrativo concerne le pronunce del Consiglio di Stato che la dottrina recente ha ritenuto abnormi, poiché facenti «uso improprio dell'argomento dell'abuso», nonché i connessi possibili rimedi e sanzioni per l'eccesso di potere giurisdizionale, per censurare, nello specifico, «casi di uso abnorme, e *praeter legem*, di poteri giurisdizionali , o che comportino vanificazioni del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale, a causa di un uso 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»¹³⁷ .

c.p.a. rinvia alle norme in tema di spese del giudizio, che tuttavia non riguardano il giudice. Su tali aspetti, cfr. *funditus* G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., *passim*.

¹³⁶ V. G. TROPEA, *op. ult. cit.*: «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».

¹³⁷ Le parole racchiuse tra virgolette sono di G. TROPEA, *op. ult. cit.*; cfr. altresì le note critiche di G. VERDE, *Non disturbare il manovratore (a proposito di sospensione dell'espropriazione e di condanne punitive)*, in *Corr. giur.*, 2012, 815 – 818; v. anche la recente nota del Presidente del Consiglio di Stato del 22 Dicembre 2016 recante le regole per la redazione in forma sintetica delle pronunce del giudice amministrativo.

Acuta dottrina, in linea con la ricostruzione fondata sull'utilizzo da parte del giudice del principio di proporzionalità nel processo, ha rilevato che «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»¹³⁸.

Invece, in relazione alla giurisprudenza in tema di giurisdizione e abuso del processo per violazione del divieto di *venire contra factum proprium*, le Sezioni unite sono *naturalmente funzionalmente* competenti, essendo questione relativa al riparto di giurisdizione.

15. Considerazioni di sintesi.

Alla luce di quanto sin qui evidenziato, può affermarsi che l'argomentazione dell'abuso del processo è stata utilizzata dalla giurisprudenza¹³⁹ e dal legislatore nell'ambito di politiche pubbliche finalizzate al controllo ed alla riduzione dei costi del processo.

Lo sforzo interpretativo che appare necessario è di tipo sistematico, con un approccio metodologico che nell'opera di bilanciamento¹⁴⁰ col

¹³⁸ Cfr. sempre G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., spec. par. 15, nota 101 a cui si rinvia per ulteriori chiarimenti in tema di rapporti tra eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa, specialmente alla luce di recenti orientamenti giurisprudenziali.

¹³⁹ A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, cit., 48-49, alla luce del contesto attuale di situazione di crisi generale e di effettiva scarsità della risorsa giurisdizionale, giustifica l'utilizzo dell'abuso del processo «quale espressione di un diritto processuale dello "stato di eccezione" di matrice giurisprudenziale», figura che riflette le contraddizioni del quadro generale in cui è collocata.

¹⁴⁰ L'analisi economica del processo può essere utile al fine di individuare la soluzione più efficiente per le diverse questioni che si pongono, ma ragioni di opportunità impongono di tenere ben presente che «solo un attento bilanciamento tra i diversi valori in gioco può garantire che il processo sia, oltre che efficiente, anche "giusto"». Si esprime così F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., par. 17, nella parte conclusiva del suo Saggio.

principio della ragionevole durata del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., non trascuri la rilevanza del diritto fondamentale di azione e difesa ex art. 24 Cost., nonché della riserva di legge processuale ex art. 111 Cost. e della subordinazione del giudice alla legge ex art. 101 Cost.,¹⁴¹ pur nella consapevolezza dell'impossibilità di prescindere dal dato reale di necessità di gestione della giustizia¹⁴² quale risorsa scarsa.

16. Approccio metodologico.

La metodologia che pare utile seguire si fonda *ab initio* su un approccio storico-ricostruttivo, comparatistico, particolarmente attento al dato normativo sia in una prospettiva *de iure condito* che in quella *de iure condendo*, nonché all'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza¹⁴³,

¹⁴¹ «Lo scontro perenne tra certezza del diritto a garanzia delle parti in causa e semplificazione processuale», nell'ambito di una disciplina processuale in cui la scelta della forma sia rimessa al potere discrezionale del giudice è efficacemente sintetizzato da G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923 (rist. 1965), 664 ss. e sapientemente evidenziato da M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit., 100 ss.: «un grave problema di legislazione processuale è se le forme debbano essere predeterminate dalla legge o se debba essere lasciato all'arbitrio del giudice di regolarle volta a volta secondo le esigenze del caso concreto. Nella più parte delle leggi prevale il primo sistema, come quello che presenta maggiori garanzie ai litiganti. Certamente l'estensione dei poteri del giudice, anche nel campo delle forme, è un mezzo potente di semplificazione processuale».

¹⁴² Cfr. S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015, 797 ss.

¹⁴³ La comprensione in chiave giurisprudenziale dello Stato presuppone una visione ampia ed integrata del fenomeno indagato. Pertanto, appare positiva la «tendenziale convergenza, tematica e metodologica, di scienze che, a vario titolo, si occupano dei problemi dell'apparato istituzionale». Con riferimento alla confluenza dei nuovi filoni di ricerca dell'EAL con la tensione verso la c.d. «amministrazione di risultato», auspicando l'avvento di una nuova (non in senso meramente anagrafico) generazione di giuristi, si esprime così, nella parte conclusiva del suo Saggio, A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, cit., spec. par. 10.

specie con riferimento all'uso ricorrente delle tecniche di analisi economica del diritto¹⁴⁴.

Inoltre, si ritiene che costituisca corretta attività ermeneutica l'interpretazione svolta alla luce della tesi del c.d. giuspositivismo temperato¹⁴⁵ (*id est*: costituzionalismo garantista), metodo attento a non tradire la lettera della Costituzione¹⁴⁶ ma pronto ad utilizzarne, nel rispetto dei valori costituzionali, tutti gli spazi lasciati liberi all'interprete¹⁴⁷, nella piena consapevolezza dei mutamenti¹⁴⁸ del contesto storico-politico-economico e sociale che sembrano necessitare una particolare attenzione ai valori del dinamismo¹⁴⁹ e dell'efficienza in chiave giuseconomica¹⁵⁰, sia pure secondo criteri prudenziali.

¹⁴⁴ F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., spec. par. 1, in linea generale, rileva che l'analisi economica del diritto può acquisire il ruolo sia di «strumento di analisi critica delle fonti e di indice rilevatore di eventuali lacune del sistema» sia di «criterio di scelta tra le diverse possibili interpretazioni del testo normativo» poiché il «giuseconomista» ...concepisce l'ordinamento come un complesso di «incentivi e disincentivi rivolti ai consociati».

¹⁴⁵ A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, *passim*.

¹⁴⁶ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2010, 143 ss.

¹⁴⁷ L. SALVATO, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2015.

¹⁴⁸ V. a tal proposito F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 1, 2016, 115 ss.

¹⁴⁹ Cfr. F. SAITTA, *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, cit., spec. par. 1, che evidenzia come l'analisi economica «positiva» sia concentrata sul profilo statico, concernente «il grado di efficienza della singola norma», mentre l'analisi economica «normativa» sia orientata a sviluppare l'aspetto dinamico riguardante l'individuazione della regola più efficiente. Entrambi tali due tipi di analisi economica possono offrire un contributo sia agli interpreti (nello specifico i giudici) sia al legislatore al fine di implementare la complessiva efficienza del processo amministrativo, massimizzando «il rapporto tra i benefici ricevuti da tutte le parti nello stesso coinvolte, al netto dei costi sostenuti».

¹⁵⁰ L'analisi giuseconomica può essere di tipo «positivo» (*id est*: «descrittivo») e di tipo «normativo» (*id est*: «prescrittivo»): la prima si incentra sul tentativo di prevedere gli effetti delle norme giuridiche e di individuare le possibili conseguenze di differenti scelte normative applicate alle medesime questioni giuridiche; la seconda, avanzata rispetto alla precedente, mira ad individuare la soluzione più efficiente per i vari problemi giuridici al fine di offrirla ai diversi attori del diritto, a partire dal legislatore deputato a sancire la fattispecie astratta fino al giudice che si occupa invece

17. Risultati scientifici attesi.

In riferimento all'apporto che lo studio di ricerca *de quo*, potrebbe fornire alla riflessione scientifica nonché ai profili di originalità dei risultati attesi, si vorrebbe tentare di offrire un contributo di dottrina a carattere sistematico rispetto all'applicabilità di principi, regole e teoremi di analisi economica al processo amministrativo¹⁵¹, analizzando nello specifico i profili di interconnessione tra i principi di analisi economica del diritto ed alcune tematiche attuali individuate, profili scelti tra cui l'argomento dell'abuso del processo amministrativo, altresì ipotizzando, anche alla luce del principio del temperamento - *id est*: bilanciamento¹⁵²; *melius*: equilibrata ponderazione - dei contrapposti interessi¹⁵³, una compatibilità in

del caso concreto. Tali due tipi di analisi economica del processo possono essere impiegati proficuamente per effettuare una valutazione critica, sotto un angolo prospettico diverso da quello classico dell'interpretazione giuridica, dei risultati della giurisprudenza nonché al fine di una puntuale individuazione delle funzioni degli istituti, in tal modo essendo utili come «strumento di amministrazione professionale delle “parole” della legge». Cfr. per la distinzione *de qua* F. SAITTA, *op ult. cit.*, par. 1.

¹⁵¹ L'analisi economica può essere utile per lo studio del processo...in cui entrano in gioco diversi soggetti ... che devono assumere svariate decisioni (a titolo esemplificativo: le parti devono effettuare una serie di valutazioni inerenti alla scelta del difensore da nominare, delle prove da produrre in giudizio...) che possono rientrare in una “logica utilitaristica”, in cui il ricorrente mira ad ottenere il pieno riconoscimento delle proprie pretese mentre le controparti aspirano a far disconoscere tali pretese con il minimo costo possibile. Cfr. F. SAITTA, *op ult. cit.*, spec. par. 1.

¹⁵² A. SPADARO., *Bilanciamento*, in *Enciclopedia filosofica*, Vol. II, Milano, 2006, 1261-1262.

¹⁵³ “...L'interesse pubblico non può essere predeterminato in via astratta, ma è sempre frutto di un concreto e continuo processo di ponderazione dei numerosi interessi in gioco». Ancora: «...L'interesse pubblico concreto è in grado di racchiudere al suo interno anche il superamento del contenzioso...». Si esprime così M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., spec. par. 3, nonché nelle conclusioni del suo Saggio, auspicando un arricchimento del “catalogo” degli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento, all'insegna di «una maggiore adeguatezza e specificità nella risposta di giustizia, nonché di una certa *fairness*, intesa come leale collaborazione, tra le parti».

chiave giuseconomica¹⁵⁴ nonché, in una prospettiva *de iure condendo*, una composizione del conflitto¹⁵⁵ tra principi immanenti dell'ordinamento giuspubblicistico¹⁵⁶, sempre in ossequio al canone di ragionevolezza¹⁵⁷.

Pur nella piena consapevolezza che lo scritto *de quo* non costituisca esplicitazione di uno studio compiuto, ma rappresenti, al contrario, “una prima tappa” di un percorso *in itinere*, è parso comunque opportuno cristallizzare tali osservazioni, auspicando che possano fungere da ulteriore strumento di riflessione e confronto, ritenendosi realisticamente (*melius*: in concreto) l'intervento giurisprudenziale suppletivo necessario in carenza di azione legislativa utile.

¹⁵⁴ «Si tratta, insomma, della proposta-prospettazione di un cammino comune, che amministrativisti e giuseconomisti debbono intraprendere insieme...». Le parole racchiuse tra virgolette sono di A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, cit., spec. par. 7.

¹⁵⁵ A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, pubblicato anche in AA.VV., *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Soveria Mannelli, 2007, *passim*.

¹⁵⁶ A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. It. di Dir. Pub. Com.*, 2, 2015, *passim*.

¹⁵⁷ La possibilità di una piena applicazione del criterio valutativo fondato sulla “pura efficienza allocativa della decisione” può ipotizzarsi soltanto qualora si tratti di comporre interessi di tipo omogeneo e, perciò, i costi della decisione ricadenti sui *losers* (*perdenti*) siano trasferibili sui *winners* (vincitori), alla luce del c.d. “teorema di Kaldor-Hicks” (criterio di efficienza o di compensazione). Invece, qualora si tratti di comporre interessi eterogenei, ossia la decisione negativa aggravi (*id est*: carichi) i perdenti di costi non trasferibili, non pare attuabile una valutazione assoluta rispetto all'efficienza allocativa della decisione. Pertanto, l'utilizzo di categorie giuseconomiche permetterà un mero riscontro in chiave di ragionevolezza della soluzione adottata. Tuttavia, anche in questo secondo caso, «il richiamo all'EAL comporta un consistente arricchimento dello strumentario valutativo del giurista, e la controversa nozione di “ragionevolezza” viene a perdere gran parte della sua carica di sostanziale soggettività ed arbitrarietà, acquistando una più forte valenza oggettiva, ergo: un più intenso “potere predittivo”». Cfr. anche per il virgolettato A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, cit., spec. par. 9.

Capitolo II:

***La certezza giuridica tra principi e regole
nel passaggio dal “diritto amministrativo
dell’emergenza” al “diritto
amministrativo del rischio”***

1. Principio di legalità e giurisprudenza amministrativa.

La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione (in acronimo P.A.) rappresenta un baluardo irrinunciabile nell'ambito della civiltà giuridica e dello Stato di diritto.

Al giudice amministrativo viene conferito il ruolo fondamentale, magari in teoria improprio, di contemperamento dei contrapposti interessi, complice la crisi politica attuale che denota, sovente, una mancanza di consapevolezza nella gestione di problematiche e questioni che si pongono incessantemente all'attenzione del pubblico dibattito¹⁵⁸.

Tuttavia, il giudice amministrativo viene frequentemente lasciato senza pilastri di riferimento nello svolgimento di questo delicato compito di precisazione e/o identificazione delle regole del caso concreto.

Accade altresì di frequente che il g.a. venga frustrato nell'adempimento della sua articolata e delicata funzione conferitagli dalla Costituzione, a causa della necessità di pronunce *super* rapide e non adeguatamente motivate¹⁵⁹ che abbiano per effetto il blocco dell'esercizio

¹⁵⁸ Cfr. per tutti il commento critico di S. CASSESE, *I problemi irrisolti e le liti quotidiane*, 26 Aprile 2019, in www.corriere.it ed altresì pubblicato dal prestigioso Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione in www.irpa.eu. Lo scritto mette in particolare rilievo i nodi problematici scaturiti dalla situazione debitoria degli enti locali (specialmente delle città metropolitane) con le banche e la Cassa depositi e prestiti. Il celebre Giurista e Accademico italiano nonché Giudice emerito della Corte costituzionale propone un tentativo di rinegoziazione delle condizioni per scongiurare l'ipotesi di accollo da parte dello Stato, come accadde nella seconda metà degli anni '70. L'Autore evidenzia lucidamente la necessità di coordinamento delle attività di razionalizzazione, riqualificazione, revisione e tempestiva riduzione della spesa pubblica, per evitare che scatti la «clausola di salvaguardia» nonché un aumento dell'iva. Il Giurista rileva altresì le incertezze connesse alla questione del *regionalismo differenziato*, ossia della concessione ad alcune regioni di maggiore autonomia e dell'attuale e mai sopito conflitto Nord-Sud che essa ha sollevato, specialmente per la mancanza di uno studio ragionevole sottostante.

¹⁵⁹ M. RAMAJOLI, *Verso un declino della decisione motivata?*, Relazione a Seminari pisani di diritto amministrativo, Pisa, 2018, *passim*.

illegittimo dei pubblici poteri.

Per di più, quasi fosse un'applicazione della *teoria dei corsi e ricorsi storici*, periodicamente viene adombrato il rischio di soppressione del g.a., da cui scaturisce direttamente una sorta di effetto di soggezione, sia pure temporanea.

Autorevole dottrina ha reiteratamente rilevato che la progressione del sistema socio-economico, ancorata all'avanzare delle nuove tecnologie¹⁶⁰, comporta il superamento delle fonti classiche, ovvero le norme stabilite in maniera generale ed astratta dagli organi che rappresentano la volontà popolare. Ciò avviene al fine di lasciare spazio agli orientamenti giurisprudenziali nonché a regole più flessibili, tra cui linee guida e circolari, fissate dalle amministrazioni e dalle autorità amministrative indipendenti¹⁶¹.

È stato altresì posto l'accento sull'incapacità di alcuni principi radicati di interfacciarsi con questioni recenti e sulla conseguente necessità di

¹⁶⁰ V. per tutti G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015, *passim*.

¹⁶¹ Sulla tematica *de qua*, v. il recentissimo scritto di M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, contenente la Relazione per il corso di formazione per Magistrati amministrativi organizzato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa in collaborazione con il TAR Lombardia, svoltosi il 14 e 15 febbraio 2019 presso il TAR Lombardia, in www.giustizia-amministrativa.it, che si sofferma particolarmente sulla problematica atipicità del modello di riferimento e del connesso difetto di legalità sostanziale, concludendo che nonostante si supporti la loro azione con un'attività ermeneutica che colma in via interpretativa le lacune normative, alcuni nodi problematici che il modello porta con sé non possono mai ritenersi risolti in maniera definitiva; cfr. altresì la chiara ed equilibrata analisi ricostruttiva della *quaestio de qua* di A. MAZZA LABOCETTA, *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2015, 633-648; per quel che concerne la correlata questione inerente il penetrante sindacato giurisdizionale nelle controversie in materia di provvedimenti adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cfr. sempre *Id.*, *La giurisdizione debole sugli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, II, Napoli, 2017, spec. 1908, in cui l'Autore mette in luce che il sindacato giurisdizionale *de quo* si estende sino al "controllo dell'analisi economica compiuta dall'Autorità", potendo sia concernere una rivalutazione delle opzioni tecniche compiute da questa sia applicare la corretta attività ermeneutica di concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in analisi.

formulare principi ulteriori, attraverso queste nuove “fonti” leggere.

Illustri giuristi hanno anche messo in evidenza la necessità di modificare *il metodo di ricerca nel diritto amministrativo*, rendendolo *interdisciplinare*, anche attraverso utili riferimenti all’analisi economica, ancorandolo altresì alla giurisprudenza, disancorandolo, quando indispensabile, dai tradizionali riferimenti di diritto positivo¹⁶².

Pare a chi scrive che, in concreto, la nozione di certezza giuridica¹⁶³ non risulti più unicamente legata alla corretta declinazione della legge ma includa necessariamente l’ambito giudiziario, a dimostrazione della sua nuova valenza in chiave evolutiva.

Tuttavia, in astratto, nel sistema delle fonti del diritto, la legge risulta sovraordinata alla giurisprudenza anche al fine di assicurare un’applicazione uniforme e certa (*id est*: sicura) delle norme comportamentali¹⁶⁴, altresì allo

¹⁶² Cfr. la Relazione illuminata di S. CASSESE, “*Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo*”, tenuta al XXII Congresso Italo-Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo, presso l’Università degli Studi di Messina, 17-19 Maggio 2018, che rileva come anche l’insegnamento del diritto amministrativo debba seguire l’evoluzione *de qua*, non rimanendo unicamente ancorato al diritto nazionale, al metodo giuridico tradizionale, all’ordinamento positivo. L’illustre Giurista cita a titolo esemplificativo positivo l’Olanda, in cui hanno luogo corsi totalmente in inglese, senza alcun riferimento al diritto olandese. L’Autore altresì sostiene che sia opportuno partire dall’analisi delle questioni problematiche (e non dai principi, come tradizionalmente si ritiene) ai fini dell’individuazione di possibili soluzioni, in modo da far scaturire, da questo percorso di analisi, la costruzione di nuovi principi.

¹⁶³ V. sul concetto enciclopedico *de quo* M. CORSALE, voce *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, 1988, 5 ss.

¹⁶⁴ Per un’applicazione del behaviourismo alle decisioni amministrative, v. L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno Aipda su “*Decisioni amministrative e processi deliberativi*”, Bergamo 5-7 ottobre 2017, in www.irpa.eu, spec. par. 6; cfr. altresì G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Milano, 2017, II ed., *passim.*, evidenza in chiave critica ed al contempo ricostruttiva che il diritto amministrativo ed i suoi mutamenti sono regolati da ben precise esigenze funzionali e dalla logica dell’azione collettiva. In questa prospettiva, il diritto amministrativo, da un lato, mira ad affrontare i problemi strutturali dell’organizzazione e dell’azione pubblica; dall’altro, è l’esito, “mutevole e instabile”, di interazioni ripetute tra politici, burocrati, giudici e privati. Pertanto, l’analisi giuridica degli istituti e della normazione positiva, anche in chiave comparata con altri ordinamenti, è doverosamente integrata con quella economica e politologica, al fine di evidenziare i comportamenti strategici dei diversi soggetti operanti nella sfera pubblica,

scopo di sottrarle per tale via agli orientamenti interpretativi ondivaghi.

Allo stato attuale il nesso tra imparzialità, legalità¹⁶⁵ sostanziale e democraticità risulta a tratti sospeso, compromesso, allorquando l'amministrazione non è più tenuta ad adeguarsi all'indirizzo legislativo, diretta espressione della volontà popolare.

Alcuni recenti interventi legislativi, degli organi consultivi¹⁶⁶ e giurisdizionali¹⁶⁷ risultano significativi nel senso poc'anzi prospettato.

A parere di chi argomenta qui è opportuno riflettere sul modello di struttura istituzionale attuale in cui l'amministrazione appare ampiamente svincolata dalla legge.

Si denota altresì la sussistenza di un rapporto diretto tra i giudici ed i princìpi che sortisce l'effetto negativo - ed idealmente non auspicabile - di ridimensionare il valore delle regole, specie in assenza di una scienza che se ne occupi in maniera costante, sistematica, autonoma e *last but not least*

nonché per valutare gli effetti delle regole del diritto amministrativo sulle condotte individuali e sul benessere collettivo.

¹⁶⁵ In merito alla crisi di identità del principio di legalità, v. l'analisi ricostruttiva di M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VI, 2013, 402 ss. che avanza l'idea di un moderno concetto di legalità ibrida, non più pura, che risulti preminente sulla legalità democratica.

¹⁶⁶ Nel Parere n. 1623 reso il 26 Giugno 2018, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it, in tema di modifica del Regolamento per il rilascio dei pareri precontenzioso ANAC, la Commissione Speciale del Consiglio di Stato si è pronunciata in senso negativo su svariate norme elaborate dall'Autorità, poiché prive di legittimazione da parte della normativa primaria. Sull'istituto del precontenzioso ANAC per come riformato dal Codice del 2016, cfr. F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, 466 ss.

¹⁶⁷ Con le tre ordinanze gemelle nn. 374, 375, 376 del 29 Giugno 2018, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione siciliana ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale inerente all'art. 3, co.3, della legge regionale 11 Agosto 2016, n. 17, recante tra l'altro «Disposizioni in materia di elezione del sindaco e del consiglio comunale e di cessazione degli organi comunali», laddove prevede che «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche per le elezioni dei consigli circoscrizionali», in relazione agli artt. 3 e 101 co. 2 Cost., per la parte in cui, per la sua imprecisione e vaghezza, è in contrasto col principio di ragionevolezza e con la soggezione del giudice alla legge.

costruttiva.

In particolare, l'Adunanza plenaria, interpellata a pronunciarsi sulle nuove regole acceleratorie del rito super speciale sui contratti pubblici, nello specifico sulla loro idoneità a giustificare l'onere di impugnazione immediata del bando altresì per le clausole non immediatamente escludenti, nella sentenza n. 4 del 2018, disattendendo l'orientamento manifestato dalla III Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza n. 2014 del 2017¹⁶⁸, ha specificato che, in mancanza di norme chiare nel senso *de quo* «laddove venissero ravvisati così imperiosi motivi per ritenere che l'obbligo di impugnazione immediata delle prescrizioni non escludenti del bando si imponga, ciò probabilmente non potrebbe avvenire in via ermeneutica ma dovrebbe passare per il vaglio della Corte costituzionale sulla compatibilità (rispetto ai precetti di cui agli articoli 24 e 97 della Costituzione) dell'inciso del comma 5 dell'art. 120 “autonomamente lesivi”»¹⁶⁹.

Alla luce di quanto finora evidenziato, nell'ottica di chi riflette qui può affermarsi consapevolmente che trasparenza ed efficienza dovrebbero andare avanti di pari passo e che la legalità¹⁷⁰, anziché causare un

¹⁶⁸ Cfr. le chiare ed approfondite note di M. A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a «Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale» (federalismi.it, 6 Dicembre 2017)*, in *federalismi.it*, 23 Maggio 2018.

¹⁶⁹ M. A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 3, 2018, spec. 49.

¹⁷⁰ Per una disamina attuale sulla legalità amministrativa, sia in chiave ricostruttiva che in una prospettiva futura, feconda di spunti riflessivi originali, si v. l'opera monografica di F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro*, Napoli, 2016, spec. 42, 60-61,: in particolare, l'Autore rivaluta e riprende il pensiero di Romagnosi per cui la ricostruzione del diritto amministrativo deriva da un “fitto dialogo” con la giurisprudenza del contenzioso amministrativo, ossia con il Consiglio di Stato italiano e francese. Ancora, secondo F. Merusi, al legislatore può supplire l'integrazione dei principi generali “inverati” dalla giurisprudenza. Per cui, riprendendo un “sentiero interrotto”, attraverso un ritorno a Romagnosi, è opportuno «tessere le “istituzioni” sulla base delle sollecitazioni del contesto normativo e giurisprudenziale contemporaneo».

rallentamento dell'azione amministrativa, dovrebbe più opportunamente fungere da strumento per consentire di realizzare in concreto un'equilibrata gestione delle risorse umane e finanziarie disponibili¹⁷¹. Nello specifico, con riferimento al recente dato normativo, pare a chi scrive che con il nuovo Regolamento di cui al D.M. del 17 Gennaio 2018, n. 35, il Ministero dell'interno abbia inteso evidenziare che l'unione fra la legalità e la sicurezza possa determinare una reale prospettiva di liberazione delle amministrazioni locali da pressioni sia interne che esterne.

2. La quaestio dei rapporti tra sicurezza giuridica e legalità sostanziale: profili applicativi.

La legalità in concreto costituisce garanzia del cittadino a non doversi sottoporre a vincoli, limiti o a condizionamenti di varia natura, rispetto ai propri diritti e alle proprie azioni, che non discendano direttamente e *ictu oculi* dalle opzioni del legislatore in qualità di rappresentante della volontà popolare.

Il principio *de quo*, oltre all'interesse sotto l'aspetto formale, disvela risvolti sostanziali rilevanti¹⁷².

¹⁷¹ V. sotto il profilo *de quo* il D.M. del 17 Gennaio 2018, n. 35, contenente il «Regolamento sulle modalità di composizione e funzionamento dell'Osservatorio nazionale sul fenomeno degli atti intimidatori nei confronti degli amministratori locali» previsto dall'art. 6 della l. del 3 Luglio 2017, n. 105, in *Guida al diritto*, n. 23/2018.

¹⁷² Cfr. le Relazioni di F. FRANCIARIO, M. A. SANDULLI, *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa su Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Modanella (Siena), 8-9 Giugno 2018, Napoli, parzialmente reperibili anche su www.giustizia-amministrativa.it nonché su www.federalismi.it; v. altresì la lucida analisi di E. FOLLIERI, *Il deficit di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 505 ss.

Fra i valori formali di civiltà giuridica, come già rilevato, vi sono la separazione dei poteri¹⁷³ nonché il primato della legge che funge teoricamente anche da limite e criterio orientatore della funzione giurisdizionale.

Tuttavia, a parere di chi scrive, non può sottacersi che uno tra i più gravi fattori di rischio per l'economia di un Paese sia rappresentato dalla mancanza di certezza delle norme che esplicano il corretto esercizio dei pubblici poteri, siano essi amministrativi che giurisdizionali, con cui gli *stakeholders* (*id est*: operatori) si interfacciano.

Difatti, i soggetti investitori delle proprie risorse lavorative ed economiche in uno specifico settore o territorio necessitano di poter conferire fiducia al sistema di riferimento, senza essere costretti all'accettazione del rischio che i possessori dei pubblici poteri sottopongano a revisione, a titolo esemplificativo, le condizioni per la fruizione di benefici economici originariamente contrattualmente riconosciuti per incentivare l'attività intrapresa¹⁷⁴.

Secondo chi argomenta qui, può ritenersi che la mancanza di certezza - in merito alla stabilità o alla validità *ab origine* nonché alla sussistenza dei

¹⁷³ Sul principio di separazione dei poteri e sulle sue connessioni in ambito amministrativo cfr. F. CARINGELLA, *I principi del diritto amministrativo*, Roma, 2016, 149 – 161.

¹⁷⁴ Cfr. la c.d. legge “spalma incentivi”, ossia il d.l. 24 Giugno 2014 convertito nella l. 11 Agosto 2014, n. 116, con cui lo Stato italiano ha fissato la netta riduzione, a partire dall'1 Gennaio 2015, delle tariffe incentivanti precedentemente riconosciute tramite convenzioni ai produttori di energia fotovoltaica; pertanto, hanno subito una *reformatio in peius*, a decorrere dal mese di Luglio 2014, le connesse modalità di erogazione. La Corte costituzionale ha ritenuto tali previsioni conformi al canone di ragionevolezza in quanto contenenti misure giustificate dalle superiori esigenze dell'economia del Paese. Nello specifico, essa ha negato che l'impegno convenzionalmente assunto dallo Stato fosse idoneo a far sorgere negli operatori un legittimo affidamento alla stabilità delle tariffe per l'intera durata del contratto alle condizioni stabilite dalla legge che aveva esercitato la *vis attractiva* degli investimenti in Italia.

titoli abilitanti rispetto all'esercizio di un'attività d'impresa, professionale, economica in generale, o altresì delle condizioni di accesso a contratti pubblici o per giunta con riferimento all'aleatorietà della possibilità di godimento dei risultati d'investimento di risorse materiali e immateriali - rappresenti un fattore di rischio economico per il Paese.

Tale insicurezza risulta connessa all'incertezza delle norme che dovrebbero assicurare il corretto esercizio dei pubblici poteri, sia amministrativi che giurisdizionali, ai fini di un affidamento concreto rispetto alla prevedibilità delle azioni.

Oggi il quadro normativo risulta complesso e multilivello, considerate anche le fonti e la giurisprudenza sovranazionale. Sovente, la mancanza di chiarezza giuridica si ripercuote sull'azione dell'amministrazione che risulta esposta al rischio di applicare le regole in maniera errata, ad esempio imponendo sanzioni prive dei caratteri di giustizia e proporzione.

Per di più, per effetto della semplificazione dei controlli sulle attività economiche, la questione rischia di assumere un profilo allarmante, man mano che gli investitori acquisiscono consapevolezza, in seguito alla sostituzione dei provvedimenti autorizzatori *tout court* con titoli "virtuali" di assenso, che conseguono all'inerzia delle amministrazioni sulle connesse richieste.

A parere di chi scrive, la condizione di inoperosità *de qua* deriva altresì da una sorta di timore dei funzionari pubblici connesso ad un'eventuale assunzione di responsabilità rispetto ad opzioni ermeneutiche connotate da un elevato grado di complessità.

Le riforme normative che il legislatore ha ideato progressivamente per ridurre tali rischi, fissando oneri motivazionali e limiti temporali agli

interventi *ex post* su titoli già consolidati, sono state frequentemente sottoposte ad interpretazioni contrastanti che hanno avuto l'effetto di incrementare il grado di insicurezza giuridica.

Pertanto, secondo chi argomenta qui, in un complesso normativo già connaturato da incertezza oggettiva, i recenti istituti di semplificazione e liberalizzazione hanno causato una sorta di effetto di “danno di ritorno”, controproducente come un *boomerang* per i potenziali contraenti che si son ritrovati senza le garanzie derivanti dal controllo preventivo sulla legittimità dell'azione o dell'opera da intraprendere o realizzare ed altresì privati della certezza della validità e della stabilità del titolo, a causa dell'incapacità di tali istituti di conferire l'effetto *de quo*.

La chiara scelta del legislatore *ex art. 21 nonies* della l. 241/1990, come modificato dalla l. n. 124/2015, è di circoscrivere il potere di autoannullamento dei titoli autorizzatori e degli atti che hanno la capacità di conferire vantaggi economici entro 18 mesi dal loro rilascio o formazione, eccetto i casi in cui il beneficio o il titolo sia stato ottenuto mediante rappresentazioni della realtà o dichiarazioni false o mendaci accertate con sentenza penale di condanna passata in giudicato, secondo quanto prevede il comma 2 bis dell'articolo da ultimo citato¹⁷⁵.

Senonché si assiste ad uno scollamento tra la netta opzione legislativa e le applicazioni amministrative e giurisprudenziali - che tendono a ridimensionare la rilevanza dell'eccezione *de qua*, delimitando la necessità della condanna alle dichiarazioni ed escludendola per le false rappresentazioni della realtà, estese a loro volta alla rappresentazione errata

¹⁷⁵ V. per tutti F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in www.federalismi.it, n. 20/2015, spec. 4-5.

di qualità giuridiche o circostanze -, sovente discendente dal grado di incertezza e complessità del quadro di riferimento normativo e giurisprudenziale¹⁷⁶.

Per di più, nonostante il legislatore abbia chiaramente connesso il termine di diciotto mesi al «momento dell'adozione» del provvedimento - mentre con riferimento alla SCIA, al suo «consolidamento» ex d.lgs. del 25 Novembre 2016, n. 222 -, non fissando alcuna deroga per la fase transitoria, nonostante gli inviti in tal senso contenuti nei pareri del Consiglio di Stato sugli schemi dei decreti attuativi, la giurisprudenza ha creato la contrapposta massima per cui, in fase di prima applicazione, il termine debba farsi decorrere dall'entrata in vigore della legge.

¹⁷⁶ Cfr. a tal proposito Cons. Stato, sezione V, 27 Giugno 2018 n. 3940, in cui i giudici di Palazzo Spada hanno avanzato la proposta di una ricostruzione del sistema che contemperi l'esigenza di affidamento nella stabilità dei titoli autorizzatori o attributivi di vantaggi economici e la difficoltà oggettiva dell'amministrazione di adempiere allo svolgimento dei controlli necessari indicati dal legislatore, giungendo alla conclusione per cui: alla luce del dato letterale e teleologico nonché dell'osservazione per cui la negazione di un'autonomia nella valutazione all'autorità procedente sarebbe, in concreto, frutto dell'idea secondo cui «l'accertamento della falsità dei presupposti di fatto compete sempre e solo al giudice penale», la disposizione di cui all'art. 21 nonies, comma 2 bis, andrà interpretata nel senso che «il superamento del rigido termine di diciotto mesi è consentito: a) nel caso in cui la falsa attestazione, inerente i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante,... nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; b) sia nel caso in cui l'acclarata erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso – non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva – si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco». Tuttavia, la soluzione giurisprudenziale testé evidenziata, pur risultando conforme ad un canone di ragionevolezza in astratto, non pare, in concreto, rispondere all'opzione legislativa di offrire certezza effettiva di stabilità dei titoli contro interventi tardivi di autotutela non fondati su falsi oggettivamente dimostrati con le garanzie penalistiche (tra cui a titolo esemplificativo, il noto brocardo latino *in dubio pro reo*, ossia la presunzione di innocenza, l'onere della prova) ed avrebbe, per ragioni di opportunità, dovuto essere rimessa alla Corte costituzionale quale Giudice delle leggi. Per un'analisi tecnico-giuridica approfondita ed equilibrata della recente pronuncia, cfr. M. A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., spec. 56.

In relazione ai provvedimenti di autotutela non soggetti *ratione temporis o materiae* a questo limite temporale, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹⁷⁷ ha di recente sostenuto che, alla luce di un canone di ragionevolezza, «il termine decorre dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto».

Emerge *ictu oculi*, secondo chi scrive qui, come una simil prospettazione, - ancorata al dato di fatto dell'avvenuta conoscenza del vizio e non, invece, più correttamente, a quello della sua conoscibilità sia pure in astratto, considerata la diligenza che gli interessati hanno legittimamente diritto di pretendere da un'amministrazione che possa ritenersi “buona”¹⁷⁸, - risulta nettamente in opposizione alla *voluntas legislatoris*.

¹⁷⁷ Ad. Plen., Cons. Stato, 17 Ottobre 2017, n. 8. Per un commento sulla pronuncia *de qua*, v. le considerazioni perplesse di N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2017, spec. par. 5, 19 ss.

¹⁷⁸ S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *www.irpa.it*, Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25° anniversario della legge sul “Síndic de Greuges” della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009. Si v. altresì l'opera monografica di M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, spec. 273 ss. in cui l'Autore propone una lucida ed attuale visione armonizzata per cui il risultato, ossia un'utilità effettiva, è attratto ed inglobato nella funzione ed assurge a «parametro di verifica della legittimità dell'azione» che deve rendere conto della ragionevolezza delle scelte, della loro proporzionalità sotto il profilo quantitativo, nonché dell'adeguatezza sotto l'aspetto qualitativo rispetto al risultato prefigurato. Pertanto, il giudizio di legittimità si evolve, implicando, quale canone integrativo, «un giudizio di idoneità fra fatti reali, beni della vita coinvolti, diritti della persona, principi fondamentali, interessi (concreti) e misure adottate». Ancora: «la funzione che ingloba il risultato» rinviene la propria legittimazione nell'esigenza normativamente espressa dall'ordinamento di perseguire la giustizia tra i cittadini. «...L'amministrazione di risultato, fatta di uomini e cose concreti, presuppone lo sforzo di penetrazione della realtà attuale e di proiezione della stessa in quella futura, con una capacità di ponderazione di tutte le possibili implicazioni e ricadute del proprio intervento, avendo costantemente presente che scopo finale della sua azione sono i beni della vita sui quali incidere effettivamente». Pertanto, il risultato permea e connota l'esercizio della funzione ed il suo perseguimento rappresenta il più pieno e sostanziale rispetto del principio di legalità. In tale ottica, la funzione amministrativa ne risulta «nobilitata e vivificata» mediante «la compartecipazione creativa dell'amministrazione alla giustizia dell'ordinamento», in cui legalità e risultato si implicano vicendevolmente.

Tra l'altro, la pronuncia in analisi, in astratto si dissocia dall'orientamento giurisprudenziale che ammetteva casi di annullamento con motivazione *in re ipsa*, contrastando così l'obbligo motivazionale sancito *expressis verbis* dal legislatore all'art. 21 *nonies*, ma in concreto lo ripropone, ideando, in contrasto con lo spirito della riforma nonché con una sua interpretazione letterale, la nuova categoria dei “*preminenti valori pubblici di carattere autoevidente*”, ai quali riporta l'insieme di valori ed interessi sottesi alla normativa urbanistica ed edilizia.

La tematica dei limiti all'autotutela¹⁷⁹ risulta ancor più problematica con riferimento alle autodichiarazioni di conformità, in relazioni alle quali, nonostante il rinvio espresso alla disciplina generale sull'autoannullamento quale limite ai controlli postumi (*id est*: successivi) sulla legittimità dello strumento *de quo* ai sensi dell'art. 19, l. n. 241/1990, gli interpreti, specialmente la giurisprudenza, avanzano sempre nuove ipotesi di lettura per delimitarne il rilievo, in chiave significativa più o meno rigida per il soggetto segnalante privato.

Alla luce di quanto sin qui evidenziato, si ritiene che il meccanismo della semplificazione nonché della para-liberalizzazione delle attività produttive, mediante l'autodichiarazione della loro conformità al quadro normativo di riferimento, possa rappresentare uno strumento utile per il sistema di crescita del Paese e per il rinnovato ossequio dei principi

¹⁷⁹ Per una recente trattazione, in particolare rispetto alle questioni irrisolte ed ai nuovi aspetti problematici, v. C. CONTESSA, *L'autotutela amministrativa all'indomani della “legge Madia”*, in *Studi e lezioni di diritto amministrativo*, Piacenza, 2018, spec. par. 5 del capitolo di riferimento della *quaestio* evidenziata.

comunitari di libertà di circolazione e di stabilimento espressi dalla Direttiva Bolkestein del 2006¹⁸⁰.

Tuttavia, a parere di chi argomenta qui, il quadro *de quo* non può inficiare il legittimo affidamento degli operatori, esponendoli ad un livello di rischio maggiore rispetto a quello cui di norma risulta sottoposto il soggetto titolare di un provvedimento espresso.

Pertanto, la stabilità e la validità dei benefici e dei titoli connessi allo svolgimento di attività economiche d'impresa dovrebbe idealmente fondarsi su disposizioni chiare, generali, astratte, previamente stabilite dal legislatore quale organo espressivo della volontà popolare. Di regola, tale opzione non dovrebbe essere effettuata dall'amministrazione o dalla giurisprudenza, sulla base di canoni di opportunità, uguaglianza, ragionevolezza.

In concreto, come già rilevato, la questione di compatibilità della regola posta dal legislatore ed eventualmente ritenuta in contrasto con il principio di ragionevolezza dovrebbe essere rimessa alla Corte costituzionale, unico organo avente lo *status* (id est: il ruolo) di “Giudice delle leggi”.

In linea con le argomentazioni finora espresse, si sostiene che la c.d. flessibilità nonché la «liquidità» delle regole¹⁸¹ risulta nello specifico foriera

¹⁸⁰ La direttiva dell'Unione Europea 2006/123/CE, conosciuta come Direttiva Bolkestein, è una direttiva dell'U. E. relativa ai servizi nel mercato europeo comune, presentata dalla Commissione europea nel Febbraio 2004, ed approvata ed emanata nel 2006. Per un'analisi chiara e puntuale delle singole misure di semplificazione ivi contenute, v. M. A. SANDULLI, G. TERRACCIANO, *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, in *Monografie Aragonese Journal of public administration*, Governo di Aragona, 2010, 47 – 80.

¹⁸¹ Per un'analisi economica della scelta pubblica in una “società liquida”, v. C. ZUCHELLI, *Il “provvedere” ai tempi della globalizzazione. Riflessi sul rapporto autorità/libertà*, Relazione tenuta al Convegno: *Il provvedimento amministrativo tra forma e sostanza*, Consiglio di Stato, 4 luglio 2017, pubblicata il 29 luglio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it, spec. 11-12, secondo cui perdita di

di potenziali danni allorquando concerne i relativi divieti nella loro formulazione e la normazione delle conseguenze della connessa violazione.

Si intende qui fare riferimento al rischio di subire l'irrogazione di consistenti sanzioni amministrative, pecuniarie e/o interdittive, quali, a titolo esemplificativo, una pesante interdittiva a percepire incentivi economici sul cui riconoscimento l'operatore aveva effettuato un legittimo affidamento, fondando le proprie scelte d'impresa, basandosi sovente sullo strumento contrattuale, o ancora, al caso di applicazione di elevate sanzioni pecuniarie da parte dell'Antitrust, all'interdittiva a stipulare contratti con le Pubbliche Amministrazioni a causa della violazione di divieti oggettivamente incerti o contenuti in norme di complessa e/o nebulosa formulazione, che prestano il fianco a continui e costanti contrasti giurisprudenziali, come disvela anche la sconfinata casistica sull'art. 80, comma 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

In sintesi, pare a chi scrive qui che la ridotta chiarezza del sistema normativo, accompagnata da un elevato grado di confusione delle formule giuridiche impiegate che sovente non corrispondono alle categorie ed agli

identità sociale e riduzione della sovranità nazionale determinano *la liquidità della società e dell'etica* che significa in concreto mancanza di una qualsiasi forma. L'Autore denota la liquidità della società e perciò l'assenza di parametri culturali, sociali, etici connessi ai sistemi semplici nei quali la persona vive e realizza sé stessa.

«In un'ottica nazionale, la globalizzazione delle problematiche locali conduce all'accentramento statalista, in un'ottica internazionale, la globalizzazione conduce alla perdita di sovranità e al privilegio per il sistema complesso internazionale e mondiale ed i relativi interessi».

La P.A. si muove in una situazione liquida: «se in senso giuridico formalistico essa è ancora legata allo strumentario legislativo che ne disciplina l'attività, quanto ai contenuti del provvedere all'interpretazione degli obiettivi e alla scelta dei mezzi, essa si muove senza punti di riferimento locali (né territoriali né nazionali) e quindi si determina il fondato rischio che finisca per rispondere con il suo provvedere agli interessi globali e non a quelli nazionali».

istituti tradizionali¹⁸², non permette di prevedere con un sufficiente livello di plausibilità se un operatore potrà essere ammesso in concreto ad una pubblica selezione o potrà realmente ottenere i permessi oppure certificare o dichiarare la presenza dei presupposti indispensabili per l'avvio di un'attività imprenditoriale o per la realizzazione di un'opera ma, soprattutto, se potrà fare affidamento temporale in merito alla stabilità dei titoli o degli atti relativi.

Di fatto, lo stato di incertezza *de quo* si riverbera naturalmente sull'attività della giurisprudenza che viene, iniquamente e reiteratamente con consapevolezza di ciò, costretta a svolgere un ruolo creativo che formalmente non le apparterebbe, con il risultato, nonostante lo sforzo frequente di offrire un indirizzo univoco, di coniare sovente opzioni interpretative eterogenee¹⁸³, a causa della connaturata ed intrinseca difficoltà di offrire regole generali in fase di risoluzione di contrasti strettamente connessi alle particolarità della fattispecie concreta in esame¹⁸⁴.

Pertanto, spesso si contrappone la regola giurisprudenziale alla norma sancita dal legislatore.

La questione risulta ancor più grave quando viene attribuita una portata interpretativa retroattiva alla regola giurisprudenziale, in parte

¹⁸² Impropiamente, con riferimento ad un annullamento, si assiste all'uso del termine decadenza, revoca. Ancora, in relazione ad una SCIA, si utilizzano i termini provvedimenti, atti di autorizzazione.

¹⁸³ F. SAIITA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, cit., 651, effettua considerazioni tecnico-giuridiche critiche in merito all'effetto di incertezza scaturente dalle oscillazioni eccessive della giurisprudenza che giunge così ad una «sfrenata fantasia dell'interpretazione giuridica».

¹⁸⁴ Si esprime in tali termini, tra gli altri, M. MAZZAMUTO, *L'incertezza del diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in *L'incertezza delle regole. Annuario AIPDA 2014*, 301 ss.

attenuata dalla tecnica manipolativa del c.d. *prospective overruling*¹⁸⁵, riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità unicamente in ambito processuale, ma per cui l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁸⁶ pare nutrire maggiore attenzione.

¹⁸⁵ Tra le tecniche di manipolazione del precedente vi sono l'*anticipatory overruling* e il *prospective overruling*. Rispettivamente, mediante la prima modalità manipolativa, una corte inferiore si sottrae al rispetto del precedente di una corte superiore qualora risulti *ragionevolmente certo* che essa stessa non seguirà più quel particolare precedente; la tecnica *de qua* consente, in concreto, ai giudici inferiori di anticipare la futura decisione abrogativa di un precedente ormai obsoleto che ci si attende dalla corte superiore. Tuttavia, chi argomenta qui ritiene che il criterio della ragionevole certezza si discosti dalla possibilità di offrire le garanzie tipiche della legalità *tout court*. La finalità del *prospective overruling* è, invece, quella di abrogare il precedente limitando l'effetto retroattivo dell'abrogazione *de qua*. Attraverso questa tecnica, il giudice decide il caso di specie attenendosi al precedente vincolante, ma la regola da questo posta, ritenuta superata, viene modificata per tutti i casi che si presenteranno *ex nunc*. La teoria inglese afferma come regola generale che il precedente è strettamente vincolante non solo in senso verticale, ma anche in senso orizzontale; tuttavia, poi però si intravedono le possibilità che le tecniche del *distinguishing* e dell'*overruling* offrono al giudice per discostarsi da un precedente sgradito e che gli consentono di contemperare le esigenze di certezza e flessibilità interne al sistema. Pare utile rammentare che nel sistema inglese vige il c.d. *case law*, in cui le sentenze dei giudici hanno sia la funzione di dirimere la controversia concreta che quella di creare regole di diritto oggettivo valide per il futuro. Cfr. con riferimento alla tematica *de qua* Cass. Civ. SS. UU. 11 Luglio 2011 n. 15144, con cui si afferma in relazione alla tutela dell'affidamento, che nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata interpretazione di una regola, ritenuta fino a poco prima valida, non possa operare la preclusione introdotta dall'*overruling*.

Le Sezioni Unite chiariscono che il fenomeno del c.d. *overruling* ricorre soltanto quando si registra «una svolta inopinata e repentina rispetto ad un precedente diritto vivente consolidato che si risolve in una compromissione del diritto di azione e di difesa di una parte». Elementi costitutivi della fattispecie *de qua* sono perciò: l'aver ad oggetto una norma processuale, il rappresentare un mutamento imprevedibile, il determinare un effetto preclusivo del diritto di azione o difesa. In tali casi, alla luce della giurisprudenza di legittimità in funzione nomofilattica, si applica direttamente il valore del giusto processo mediante l'esclusione dell'operatività della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola medesima.

La tempestività dell'atto va valutata con riferimento alla giurisprudenza vigente al momento dell'atto stesso. Secondo le Sezioni Unite, «trattasi di soluzione confortata dall'esigenza di non alterare il parallelismo tra legge retroattiva e interpretazione giurisprudenziale retroattiva, per il profilo dei limiti, alla retroagibilità della regola, imposti dal principio di ragionevolezza: ciò che non è consentito alla legge non può similmente essere consentito alla giurisprudenza». Cfr. G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6 ss.; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1074 ss.

¹⁸⁶ V. Ad. Plen., Cons. St., 13 aprile 2015, n. 4 ed altresì la più recente Ad. Plen., Cons. St., 22 dicembre 2017, n. 13.

Chi conduce l'analisi *de qua* ritiene che la tematica di grande rilievo, chiamando in causa il principio del giusto processo¹⁸⁷ che dovrebbe esser regolato per legge, affinché il privato abbia il diritto di sapere con certezza quali siano le regole in vigore allorquando agisce, siano esse dettate dal legislatore sia che derivino dalla giurisprudenza.

Certamente, la funzione nomofilattica¹⁸⁸, riconosciuta alla Corte di Cassazione nel suo massimo consesso fin dal 1941 ai sensi dell'art. 65 contenuto nel r.d. n. 12 ed altresì estesa a partire dal 2010 all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato *ex art. 99 c.p.a.*, a fini di garanzia di uniforme interpretazione del diritto, ha acquisito una rilevanza ed un'utilità progressivamente crescente. Tuttavia, non pare idealmente auspicabile la prospettiva, che pure a tratti sostanzialmente si manifesta, di sostituzione della garanzia della legalità *tout court*, specialmente avuto riguardo ai parametri di prevedibilità e di certezza del diritto.

¹⁸⁷ Considerata la sconfinata letteratura sul principio *de quo*, peraltro in parte già citata nell'ambito della presente tesi di ricerca, ci si limita qui a riportare l'indicazione della voce enciclopedica di M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 595 ss.

¹⁸⁸ La bibliografia in tema di nomofilachia è vastissima. Pertanto, senza alcuna pretesa di esaustività, si richiamano S. MAZZAMUTO, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di enforcement del precedente*, in *Pol. dir.*, 2003, 157 ss.; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rass. for.* 2014, 641 e ss.; A. BARONE, *The european «nomofilachia» network*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 315 ss.; G. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2013, 976 ss.; si cfr. altresì i più recenti saggi di F. LIGUORI, *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 587 ss.; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 21 ss.; A. DE SIANO, *Il potere nomofilattico fra legislazione e giurisprudenza*, in *Precedente giudiziario e decisioni della P.A., Quaderni di Diritto e processo amministrativo*, 27, Febbraio 2018, 41 ss.

3. La funzione impropria sovente esercitata dalla giurisprudenza ed il frequente rimando a precedenti inconferenti.

Le questioni problematiche e disfunzionali originate dal diritto giurisprudenziale progressivamente si incrementano.

A titolo esemplificativo, si verifica che le Sezioni semplici del Consiglio di Stato¹⁸⁹ dichiarino di esprimersi in funzione “nomofilattica” al fine di sostenere la tesi impropria di una forza semi-vincolante delle proprie pronunce.

Accade altresì inspiegabilmente che le controversie, indipendentemente dalla complessità nonché dalla pregnanza delle questioni sollevate, vengano sovente decise in via semplificata, attraverso il mero richiamo *prima facie* a presunti precedenti¹⁹⁰ che, in seguito ad un’analisi più approfondita, risultano in realtà pronunciati su fattispecie e/o su domande e censure differenti sotto un profilo oggettivo. In tali casi, a parere di chi scrive qui, opportunamente, il giudice dovrebbe seguire la logica del c.d. *distinguishing*, tipica dei sistemi di *common law*.

Di frequente avviene anche che l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e la Corte di Giustizia dell’Unione europea siano investite di questioni connesse ad aspetti processuali, in cui il diritto alla sicurezza giuridica si

¹⁸⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 4077 del 2017 nonché la n. 3940 del 2018 in cui esso indica, alla luce del proprio percorso argomentativo, in quali termini la legge applicata «dovrà essere» interpretata.

¹⁹⁰ Sul tema *de quo v. amplius* il recentissimo lavoro di A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, cit., spec. 139 ss.; in un’ottica storico-ricostruttiva, cfr. G. GORLA, *Introduzione alla Raccolta di saggi sull’interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni de «Il Foro italiano»*, 1966, 8 ss.; la voce enciclopedica Id., *Precedente giudiziale in Italia*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, 1990; U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIV, 1996, 148 ss.; A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto. III) Profili applicativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, 1988; P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale: tra esercizi di disincanto*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto*, 2004, 75 ss.

manifesta in maniera particolarmente pregnante, incidendo sul diritto fondamentale all'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri.

Secondo chi argomenta la tesi *de qua*, per tale via, anziché crearsi un “circolo virtuoso”, si innesca un “circolo vizioso”: l'incerto quadro normativo e giurisprudenziale alimenta la necessità di accesso alla Magistratura giudicante, con l'auspicio di poter ottenere una pronuncia favorevole o una decisione che, a prescindere dal suo esito, sollevi l'attore o le amministrazioni resistenti dalla responsabilità della decisione assunta.

Tuttavia, le risorse del sistema giurisdizionale sono limitate e l'incremento del contenzioso, incidendo negativamente sul livello di approfondimento delle questioni affrontate, alimenta in tal modo la situazione di incertezza giuridica e, pertanto, in linea generale, lo stato di frustrazione in quanto pronunciarsi secondo giustizia equivale a risolvere la controversia in maniera tale che le parti e la collettività ne comprendano pienamente le ragioni e, auspicabilmente, le accettino pure. Il risultato *de quo* pare oggettivamente difficilmente raggiungibile mediante pronunce succintamente motivate che sovente non soddisfano un canone di adeguatezza nella parte motiva e che a volte tralasciano di considerare o di approfondire elementi essenziali di fatto o di diritto.

Ancor più grave appare a chi pondera qui la prassi invalsa in certa giurisprudenza di limitarsi a richiami/rimandi impropri a precedenti inconferenti oppure di contraddire più o meno apertamente precedenti giurisprudenziali su casi simili¹⁹¹.

¹⁹¹ Cfr. la recentissima Cass. Civ., Sez. Un., 3 maggio 2019, n. 11747, in tema di responsabilità del magistrato per grave violazione di legge da negligenza inescusabile, disallineamento dai precedenti

Accade altresì che i giudici, sia di prima che di ultima istanza, rifiutino indebitamente di entrare nel merito delle questioni sottoposte al loro vaglio, dichiarandole aprioristicamente inammissibili.

L'aspetto da ultimo citato risulta specialmente attuale sia per il dibattito aperto dalle recenti sentenze con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale hanno, mediante approdi differenti, trattato la tematica della sussumibilità nell'ambito dell'art. 111, comma 8,

e criticità motivazionali, alla luce di cui la grave negligenza inescusabile che determina responsabilità civile del magistrato viene integrata dall'errore del giudice che deve superare la soglia della negligenza inescusabile e deve vertere sull'individuazione della disposizione o del significante, sull'applicazione della disposizione, oppure sul significato della disposizione, ovvero l'attribuzione alla disposizione di un significante non compatibile con il significato, un non-significato. La negligenza inescusabile è in sostanza *una negligenza inesplicabile*, priva di razionalità e insindacabile poiché *l'interpretazione del giudice sconfina nell'invenzione*, nell'abnormità, nel "diritto libero". Il mero discostamento dal precedente, come pure l'assenza di motivazione, non sono *ex se* fonte di responsabilità del giudice, la quale non sussiste quando la scelta interpretativa sia riconoscibile, mentre viene integrata quando la *motivazione* sia *solo apparente*. Il *precedente giurisprudenziale*, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni Unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto e, pertanto, non è vincolante per il giudice; tuttavia, *in un sistema che valorizza l'affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l'adozione di una soluzione difforme dai precedenti non può essere né gratuita, né immotivata, né immeditata, ma deve essere frutto di una scelta interpretativa consapevole e riconoscibile come tale, ossia comprensibile, e ciò avviene più facilmente se esplicitata a mezzo della motivazione*. La presenza di una motivazione non è condizione necessaria e sufficiente ad escludere sempre l'ammissibilità di un'azione di responsabilità, ma è di certo un ausilio alla comprensibilità della decisione e perciò di regola è un elemento per escludere, alla luce del testo originario della legge 117/1988, la stessa sindacabilità della scelta decisionale, in quanto consapevole frutto del processo interpretativo; per contro, non tutti i casi di mancanza della motivazione, ancorché la pronuncia si ponga in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, sono fonte di responsabilità, purché la scelta interpretativa sia ugualmente riconoscibile. *La grave violazione di legge*, fonte di responsabilità ai sensi dell'art. 2, lett. a) della l. n. 117 del 1988, nel testo anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 18 del 2015, va individuata nelle *ipotesi in cui la decisione appaia non essere frutto di un consapevole processo interpretativo*, ma contenga affermazioni ad esso non riconducibili perché sconfinanti nel provvedimento abnorme o nel diritto libero, pertanto caratterizzate da una negligenza inesplicabile, prima ancora che inescusabile, restando pertanto sottratta all'operatività della clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, comma 2 della legge citata, ipotesi che può verificarsi in vari momenti dell'attività prodromica alla decisione, in cui la violazione non si sostanzia negli esiti del processo interpretativo, ma ne rimane concettualmente e logicamente distinta, ossia *qualora l'errore del giudice cada sull'individuazione, ovvero sull'applicazione o, infine, sul significato della disposizione, intesa quest'ultima quale fatto, come elaborato linguistico preso in considerazione dal giudice che non ne comprende la portata semantica*.

Cost., dei ricorsi diretti a contestare le sentenze con cui il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti esprimano un “aprioristico giudizio di inammissibilità della domanda in «abnorme» e «radicale» contrasto con le norme del diritto europeo unitario o convenzionale” per come risultanti dall’interpretazione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea o dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo¹⁹², sia per il «plurimo» rinvio all’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato della *quaestio* riguardante la precisa delimitazione dell’ambito applicativo dell’obbligo di rimessione al primo giudice previsto dall’art. 105 c.p.a. per violazione del diritto di difesa, con precipuo riferimento alla sua estensibilità a tutti i casi in cui i TAR definiscono ingiustamente le controversie in rito oppure omettono di pronunciarsi su una parte delle domande, sottraendo in tal modo alle parti la possibilità del doppio grado di giurisdizione sulle questioni sostanziali¹⁹³.

Tra l’altro, nel mentre si analizza qui, per la terza volta, i giudici amministrativi, stavolta l’Adunanza plenaria¹⁹⁴, hanno investito la Corte di

¹⁹² V. Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226 (cassatoria per diniego di giustizia della sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6284) e cfr. altresì C. Cost. 18 gennaio 2018, n. 6, commentata *amplius inter alia*, da M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. ital.*, n. 3/2018; P. TOMAIUOLI, *L’«altolà» della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *www.giurcost.org*, n. 1/2018; R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2018; ID., *Postilla a La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018. Sulla tematica si vedano altresì A. CARBONE, C. BELLESINI, *Riparto di giurisdizione e controversie di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa in Italia e in Germania*, Milano, 2017, 31 ss.

¹⁹³ Su tali questioni nonché su altri casi esemplificativi di incertezza delle regole processuali e di ruoli sovente confusi, si v. le chiare ed acute considerazioni di M. A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell’incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a «Principi e regole dell’azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale»*, cit., *passim*.

¹⁹⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., ord., 11 Maggio 2018, n. 6.

Giustizia della *vexata quaestio* dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale¹⁹⁵.

Pertanto, il principio costituzionale di legalità democratica risulta messo in crisi e gravemente in discussione, al punto di ritenersi a tratti sospeso, quasi superato.

Tuttavia, chi scrive ritiene che esso non possa aprioristicamente configurarsi quale valore rinunciabile, *tamquam* necessario e doveroso risulta il “servizio” legislativo in uno Stato di diritto in cui attualmente vi è l’esigenza di far ripartire l’economia nonché di riacquisire credibilità a livello internazionale e pertanto di trasmettere un senso di prevedibilità, stabilità e certezza a coloro che, nonostante la società attraversi una congiuntura sfavorevole, decidano di farvi affidamento, attraverso investimenti in termini di risorse materiali e immateriali, quali, a titolo esemplificativo lo studio, l’attività d’impresa.

Sarebbe assai pericoloso se si rinunciasse arbitrariamente al diritto sancito dal legislatore in favore di un “nuovo diritto giurisprudenziale”: ciò significherebbe tornare indietro al sistema dei “giudici sacerdoti” dell’antica Roma che risolvevano le controversie sulla base di regole segrete nonché annientare il valore della codificazione che, a partire dagli antichi codici romani, si è andato gradualmente sviluppando, fino a raggiungere, negli Stati moderni post illuministi, un ruolo indispensabile di garante della stabilità ed imparzialità dell’ordinamento¹⁹⁶.

¹⁹⁵ G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, *passim*.

¹⁹⁶ M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, cit., 347-366.

Per di più, la deriva rischiosa sin qui evidenziata comporterebbe altresì di rinunciare alle garanzie dello Stato costituzionale di diritto, che, mediante la tecnica di normazione per principi, segna una netta linea di demarcazione tra attuazione ed applicazione della Costituzione, con la riserva della prima al legislatore in qualità di titolare unico, in nome dell'investitura popolare, del potere di bilanciamento degli interessi sociali e l'affidamento della seconda all'amministrazione e alla giurisprudenza.

Certamente, risulta centrale il compito svolto dai giudici ai fini della formazione progressiva del c.d. diritto vivente e, nello specifico, di quelli amministrativi, nell'enucleazione di garanzie fondamentali dei cittadini in coerenza con il quadro costituzionale nonché comunitario.

Tuttavia, non si può sottacere che il ruolo della giurisprudenza dovrebbe concretarsi nell'applicazione ed interpretazione della legge, senza sconfinare in una costruzione o ricostruzione della medesima, invocando una presunta lettura "costituzionalmente orientata" del quadro normativo (che non potrebbe essere) fondata su un principio "liquido" quale quello di ragionevolezza¹⁹⁷ su cui è attualmente in discussione l'ambito del sindacato della Corte Costituzionale.

Pare opportuno ricordare l'effetto aggravante che ne consegue: trattandosi di interpretazione, la regola giurisprudenziale viene richiamata e qualificata come retroattiva.

Di certo, la questione *de qua* assume contorni più pericolosi quando la creazione giurisprudenziale causa la nefasta conseguenza di comprimere la

¹⁹⁷ La bibliografia sul canone *de quo* è chiaramente molto ampia ed anche risalente. Ci si limita in tale sede a richiamare, per tutti, il recente saggio di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it.

tutela degli interessi più deboli a vantaggio del potere pubblico. Casi esemplificativi in tal senso si verificano sovente in materia di contratti pubblici, in cui l'interpretazione etichettata come evolutiva - ma in realtà creativa - della giurisprudenza genera, come già evidenziato, nuove cause di inammissibilità dei ricorsi e/o avvalorando impropriamente l'introduzione di nuove cause di esclusione dalle gare¹⁹⁸.

La *regula iuris* dettata dalla giurisprudenza è necessariamente condizionata dalla fattispecie cui si riferisce, ancor di più se il giudice è, come nella congiuntura attuale che il nostro Paese sta attraversando, tra “società dell'emergenza” e “società del rischio”, sovente esposto alle pressioni connesse agli effetti delle sue decisioni sull'economia¹⁹⁹.

¹⁹⁸ V. le pronunce Cons. Stato, sez. V, n. 4425 del 2014 e Cons. Stato, sez. V, n. 828 del 2017, da cui derivano sanzioni interdittive dal potere di contrarre prive della necessaria base legale, spesso addirittura in contrasto con quella costituita dalle fonti UE. Cfr. altresì Cons. Stato, sez. III, Settembre 2017, n. 4192, che ha riconosciuto valenza interpretativa (e perciò retroattiva) all'individuazione, per la prima volta, da parte dell'ANAC (nelle Linee guida n. 6), delle sentenze penali non ancora definitive quali mezzi di prova per l'individuazione di eventuali illeciti professionali commessi dai concorrenti, idonei ad implicarne, in caso di omessa dichiarazione, l'esclusione dalle gare ex art. 80, comma 5, lett. c), del 18 aprile 2016, n. 50, per un periodo di tre anni decorrente dal deposito della sentenza, allorché l'art. 57 della direttiva 24/2014, come opportunamente segnalato dal parere del Consiglio di Stato n. 2286/2016 sulle stesse Linee guida, individua il *dies a quo* nella commissione del fatto, mentre il Codice aveva omesso di dare specifiche indicazioni a tal proposito.

¹⁹⁹ Cfr. R. DAGOSTINO, Giudice amministrativo, incertezza scientifica e urgenza decisoria, in R. MARTINO, F. ALICINO, A. BARONE (a cura di), L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto, Milano, 2017, *passim.*; v. altresì la recentissima ed innovativa opera di L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (a cura di), Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio, nella collana Contributi di Diritto amministrativo – I Classici, diretta da F. G. Scoca, G. Corso, M. D'Orsogna, L. Giani, M. Immordino, A. Police, M. A. Sandulli, M. Spasiano, Napoli, 2, 2018, 1-394: gli scritti raccolti nel volume de quo, nell'indagare le questioni connesse alla transizione dal “diritto dell'emergenza” al “diritto del rischio”, mettono centralmente in rilievo la riflessione sulla rilevanza sistemica dei principi generali quali precauzione, prevenzione, sostenibilità e, last but not least, etica della responsabilità dell'amministrazione e del decisore politico nel fornire una risposta alle molteplici sfide dettate dalla complessità.

Il percorso di ricerca *de quo* è poi proseguito anche nelle sedi internazionali, mediante la proposizione di uno specifico *panel*, a cura di Loredana Giani e Aristide Police, “Tecnica, diritto e rischio: spunti per la costruzione di un sistema istituzionale resiliente” nel contesto del Congresso organizzato dall'*International Institute of Administrative Science* (IIAS) che ha avuto luogo a Tunisi

Autorevole dottrina²⁰⁰, nell'enucleare i tratti salienti del principio di legalità sancito dalla nostra Costituzione, evidenzia *funditus* l'inconferenza e l'inefficacia delle tesi a favore della giurisprudenza creativa in virtù di un *misunderstanding* (*id est*: malinteso) rispetto ad un raffronto con il sistema di *common law* e pone l'accento sul valore inalienabile della garanzia che scaturisce dalle caratteristiche della legge "previa, generale ed astratta", "precondizione imprescindibile per una regola giusta", differente per natura rispetto alla decisione estemporanea connessa al caso concreto.

Alla luce di quanto sin qui rilevato, pare a chi scrive che sia opportuno analizzare con particolare attenzione le conseguenze derivanti dall'inerzia del legislatore a fronte delle c.d. sentenze additive di «principio» o di «meccanismo» della Corte Costituzionale: al fine di non far cadere nel vuoto un principio sancito rimasto "lettera morta" per tredici anni, il Giudice delle leggi²⁰¹ ha di recente invitato il giudice ordinario -che lo aveva interrogato *ex novo* in merito alla compatibilità costituzionale del contesto normativo-, a reperire direttamente la regola nell'ordinamento giuridico.

In un'ottica sintetico-ricostruttiva dell'analisi tecnico-giuridica sinora condotta, chi argomenta qui ritiene che sia opportuno operare una distinzione tra l'attività di ragionamento, in termini giuridici, rispetto alle possibilità di riforma del sistema, e, invece, l'applicazione *tout court* delle

dal 25 al 28 giugno 2018. Nell'opera sono inseriti alcuni dei contributi presentati nell'ambito del convegno tunisino, mentre la rimanente parte verrà raccolta, in ideale continuazione, in un volume successivo. Si segnala, specialmente, nel *corpus* dell'Opera, A. POLICE, *L'emergenza come figura sintomatica di sviamento della funzione pubblica*, 87 ss., per la particolare utilità che la trattazione della tematica, affrontata in chiave ricostruttiva originale, riveste.

²⁰⁰ G. CORSO, *Principio di legalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 39 ss.

²⁰¹ Cfr. C. Cost., 31 Maggio 2018, n. 115.

norme vigenti in quanto viene *ictu oculi* richiamato *le rôle de la loi* nonché l'aspetto interconnesso della prerogativa di indipendenza del giudice.

Certamente, secondo il parere di chi effettua il percorso di ricerca *de quo*, la giurisdizione può rispondere, nella fase socio-politico-economica attuale, all'emersione di nuovi bisogni e connesse istanze di protezione, può supplire a carenze del legislatore, specie allorquando quest'ultimo non riesca a trovare, in ambito politico, il punto di contemperamento in materie sensibili.

Nell'esercitare tale ruolo, la giurisprudenza si sovrappone chiaramente al legislatore; l'importante è che ciò avvenga meramente *pro tempore*.

Difatti, nel medio-lungo periodo sarebbe opportunamente auspicabile un ritorno alla "fisiologia" in cui la creazione (*id est*: elaborazione, formazione) del diritto spetta al legislatore.

4. Considerazioni sintetico-ricostruttive propositive: il ruolo del giurista.

A conclusione dell'analisi sin qui condotta, si ritiene preponderante la necessità di recuperare, accanto ad un profilo pratico equilibrato, una dimensione culturale della scienza giuridica.

Non è auspicabile una passiva rassegnazione rispetto a ruoli esercitati in maniera sovente confusa. Pertanto, la dottrina ma anche i *mass media* e l'opinione pubblica in generale, di frequente pronti a criticare l'operato della giurisprudenza, dovrebbero piuttosto segnalare con fermezza le inefficienze del legislatore, che si manifestano in inattività (inerzia, astensione), inefficacia, produttività inutile, incapacità, inadeguatezza, specie

allorquando creano disposizioni normative caratterizzate da un pessimo *drafting* legislativo.

Tutto ciò, unito alla mancanza di adeguata consapevolezza nel dibattito politico e nella società civile, sta causando un'alterazione dei valori di civiltà giuridica e del principio inalienabile di legalità costituzionale.

Il giurista non può assumere un atteggiamento di acquiescenza e rinuncia a principi quali quelli di prevedibilità, pubblicità ed imparzialità che discendono dalla primazia della legge poiché, così declinando di fatto il proprio ruolo, delega sia la giurisprudenza, con la creazione di soluzioni del caso concreto, sia le amministrazioni, attraverso l'elaborazione di regole flessibili, alla delimitazione del potere amministrativo²⁰².

Pare opportuno puntualizzare che la giurisprudenza comunitaria non deriva da decisioni improvvisate delle Corti europee che invece desumono

²⁰² Secondo chi argomenta qui, appare difatti significativo che nei sistemi di *common law* si stia conferendo una sempre maggiore rilevanza alle regole scritte. In particolare, con riferimento alla tematica del valore della *rule of law* nella formazione delle decisioni amministrative, risulta fondamentale l'apporto della legislazione anche in una prospettiva comparata, specialmente in relazione al *common law*: nel Regno Unito oltre alla disciplina derivante dalla giurisprudenza, vi sono codici dettagliati che disciplinano il procedimento in settori specifici (settore sanitario, tributario, dell'istruzione) e la normativa legislativa è il punto di riferimento del giudice nell'emanazione delle sue decisioni nonché *the point of start* della P.A. nella formazione delle proprie. Altresì la normativa di dettaglio è affidata alla disciplina secondaria, le c.d. «*regulatory legislations*», su cui si fondano le decisioni amministrative.

In relazione al sistema statunitense, in cui i giudici delle Corti federali e della Corte suprema sono nominati dal Presidente degli Stati Uniti con il consenso del Senato, la soluzione delle specifiche controversie non prescinde integralmente dalle regole scritte, vi è in genere un maturato e lento cambio di orientamento nella giurisprudenza in seguito ad un'opinione dissenziente, mentre il *revirement* improvviso dovrebbe avere unicamente valenza *ex nunc*.

I sistemi di *common law* sono tra loro estremamente diversi, quelli puri sono davvero pochi; ormai per *common law* si intende unicamente la teoria generale delle obbligazioni; il ruolo creativo del giudice è considerato in maniera critica anche nel Regno Unito persino dagli stessi giudici supremi; tra l'altro, rispetto agli atti approvati dal Parlamento («*laws of the land*»), le Corti inglesi hanno un potere interpretativo assai più ridotto rispetto a quello dei giudici italiani e le sentenze sono particolarmente estese. Per gli opportuni riferimenti dottrinali, si v. le puntuali indicazioni di M. A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., spec. 71-72.

le regole dalle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri e le offrono ai legislatori ed ai giudici nazionali quale “criterio prevalente”.

Chi scrive qui nutre scetticismo e perplessità rispetto alla propensione ad esaltare il valore di ogni precedente giurisprudenziale, tentando di legittimare, per tale via, mediante il rimando a preve decisioni di giudici di pari grado, la deroga all’onere di fornire, *in primis* alle parti ed *in secundis* alla collettività, una motivazione chiara e puntuale rispetto alle ragioni che hanno determinato il senso della risoluzione della questione nel caso concreto esaminato, nonché la possibilità, *ex art. 360 bis c.p.c.*, che il contrasto potenziale rispetto alle decisioni espresse dall’organo in funzione nomofilattica possa precludere l’accesso al giudice naturale della questione controversa, al fine di attuare il massimo filtro con la massima rapidità possibile.

Nell’ambito del processo amministrativo, la tematica del valore del precedente acquisisce profili maggiormente delicati poiché esso ha generalmente ad oggetto l’esercizio di poteri che incidono negativamente su posizioni giuridiche soggettive, specialmente in relazione alle controversie connesse a misure afflittive o, ancora, alle questioni la cui risoluzione deve fondarsi su una puntuale valutazione dell’elemento soggettivo – si faccia riferimento alle considerazioni inerenti al diritto alla tutela dell’affidamento –, in cui il precedente potrebbe utilizzarsi soltanto in *bonam partem*, ovvero a protezione dell’amministrato rispetto all’applicazione *ex tunc* di principi giuridici innovativi che opererebbero invece in senso a lui negativo, essendo retroattivi.

In considerazione del rilievo del fatto sia sotto l’aspetto sostanziale che processuale, pare a chi analizza qui che il giudice non possa uniformarsi

rispetto ad una decisione assunta con riferimento ad una diversa questione, poiché il fattore (di precedente) temporale non può produrre l'effetto di sovraordinare un caso concreto rispetto ad un altro solo perché il secondo risulta successivo sotto un profilo meramente diacronico. Pertanto, grava comunque sul giudice, chiamato a pronunciarsi successivamente, il generale dovere di esprimere una propria motivazione.

In considerazione di quanto sin qui evidenziato, i principi di effettività della tutela, di buona amministrazione - e perciò di giustizia nell'amministrazione medesima – appaiono *ictu oculi* compromessi.

Per di più, affinché il precedente possa rappresentare un'espressione legittima della *rule of law*, utile in astratto quale fonte produttiva di regole interpretative tendenzialmente retroattive, esso deve possedere alcune caratteristiche necessarie: - la chiarezza nell'individuazione dei suoi presupposti; - il carattere della stabilità: secondo Calamandrei, il valore del precedente era giustificato dall'idea di ritenere preferibile una giurisprudenza costante ad una giurisprudenza giusta, anche per ragioni di certezza del diritto, ma chi scrive qui ritiene che ciò non sia in assoluto apprezzabile e che il valore della giustizia e quello della costanza a fini di sicurezza giuridica andrebbero opportunamente temperati; certamente, il carattere semi-vincolante del precedente innovativo sul singolo caso concreto risulta sovente destabilizzante²⁰³, specie se impiegato per valutare

²⁰³ A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, cit., spec. 137 ss. ritiene che il precedente non rientri nella categoria delle fonti del diritto e che «l'incerta natura giuridica del precedente giudiziario, con la conseguente difficoltà di individuare il relativo regime giuridico, lo stia rendendo poco utile per la realizzazione di quegli interessi cui pare essere preordinato. Anzi, apportando un contributo piuttosto casuale (derivante sostanzialmente dal *self-restraint* dei destinatari delle disposizioni interpretate), esso potrebbe paradossalmente finire per accrescere il disordine, che, viceversa, sarebbe chiamato (perlomeno) a ridurre; in altre parole - al netto dell'oscurità della normazione, da un lato; dei limiti propri del potere di *ius dicere*, dall'altro e delle questioni di natura

comportamenti anteriori alla sua formazione²⁰⁴; - la pubblicità: il nodo problematico *de quo*, specialmente in relazione agli aspetti connessi alla questione della massimazione, è evidenziato altresì in saggi recenti come ad oggi ancora insoluto ed aperto²⁰⁵; - la prevedibilità: la sicurezza giuridica troverebbe il suo fondamento normativo nel combinato disposto degli artt. 2 e 3 Cost. e, specialmente, nell'art. 8 CEDU, che, riconoscendo ad ogni persona il «diritto al rispetto della propria vita privata», sancisce la necessità della predisposizione di una legge che preventivamente stabilisca i confini entro cui l'individuo stesso può aspettarsi di dover subire qualcosa da parte di chiunque, in particolare da parte dell'autorità e dei poteri pubblici²⁰⁶.

Alla luce della sia pur parziale rassegna sin qui effettuata della giurisprudenza nazionale, può ritenersi, secondo chi scrive qui, che tra il nostro sistema di *civil law* e quello anglosassone di *common law* fondato sul precedente sussistano e permangano delle differenze sostanziali.

culturale, da un altro ancora - il precedente giudiziario in Italia, nonostante sia indiscusso il suo ruolo (simile, sebbene non identico, a quello riconosciuto all'elaborazione giurisprudenziale) nella formazione del diritto, attualmente non sembra costituire quell'elemento ordinante che sarebbe auspicabile fosse».

²⁰⁴ Cfr. a titolo casistico la giurisprudenza sulle cause di esclusione dalle procedure selettive o quella sulle eccezioni processuali, delle cui questioni problematiche prospetta una netta descrizione l'ordinanza con cui la III Sezione del Consiglio di Stato aveva demandato all'Adunanza Plenaria una serie di note chiarificatrici in tema di *overruling* effettuato dalla medesima Sezione in merito ai termini di impugnazione del bando di gara. V. perciò Cons. Stato, sez. III, ordinanza 7 Novembre 2017, n. 5138: l'Adunanza plenaria, nella sentenza n. 4 del 2018, non ha tuttavia affrontato le questioni inerenti all'*overruling* in quanto ha respinto radicalmente l'orientamento che aveva anticipato con carattere d'innovatività l'onere di impugnazione del criterio di aggiudicazione. Per un'analisi chiara degli aspetti di instabilità conseguiti a tale *revirement* nonché per ulteriori indicazioni dottrinali di riferimento, si v. M. A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a «Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale»*, cit., *passim*.

²⁰⁵ Per le opportune indicazioni dottrinali, si rinvia opportunamente a M. A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., spec. 76.

²⁰⁶ A titolo comparato, giova ricordare che nel diritto statunitense si segue la già menzionata tecnica del c.d. *anticipatory overruling*, mentre nel Regno Unito, il *revirement* giurisprudenziale viene opportunamente evidenziato tramite pubblicità.

Tuttavia questo dato non deve esser valutato negativamente né tantomeno condurre il sistema italiano ad accantonare i propri tradizionali valori di democrazia e di libertà al fine precipuo di uniformarsi verso l'accoglimento di una logica di globalizzazione *tout court*.

I valori appena citati sono posti anche a presidio dei poteri dello Stato, in un'ottica di rispetto della loro separazione sia pure nella consapevolezza che esistano interferenze funzionali tra essi.

Ad ogni modo, senza tentare di ridimensionare o comprimere il ruolo esercitato dai giudici, la riappropriazione della funzione legislativa nonché l'implementazione della qualità delle fonti tradizionali rappresenta una necessità indefettibile ai fini della salvaguardia di principi di imparzialità ed indipendenza degli organi giurisdizionali.

Difatti, la Magistratura, a volte ingiustamente criticata, ha esercitato sovente il ruolo di garante della giustizia nell'amministrazione e dell'effettività della tutela degli amministrati nei confronti dei poteri pubblici, sanzionando la violazione delle norme sancite a protezione del corretto esercizio dell'azione amministrativa, nel rapporto tra poteri pubblici e poteri delle parti.

Chi argomenta qui ritiene che, alla luce del delicato ma necessario – poiché imposto dalla crisi politica attuale – ruolo suppletivo del giudice nell'esercizio della funzione regolatoria, il diritto ad una buona amministrazione si concretizzi oggi solo allorquando gli organi giurisdizionali possono svolgere pienamente il proprio ruolo, contrastando

per tale via anche la corruzione che tanto attanaglia l'opinione pubblica e la cronaca giudiziaria attuale²⁰⁷.

Certamente, fondamentale ed insostituibile rimane il doveroso ruolo del giurista e della dottrina in generale nella difesa dei principi democratici fondanti la preminenza della legge, anche per mitigare gli effetti negativi derivanti sotto il profilo della certezza giuridica nonché per tutelare gli affidamenti legittimi di *stakeholders*, altresì al fine di incentivare gli investimenti nell'economia italiana, per una ripresa effettiva.

²⁰⁷ M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico, Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, n. 1 - 2019, , 61-76, analizzano il sistema di prevenzione alla corruzione vigente in Italia, per avanzare alcuni rilievi critici rispetto alla capacità dello stesso di offrire un apporto al miglioramento dell'azione amministrativa. «La tendenza a enfatizzare la necessità di rigore e etica ed a introdurre regole, regolazioni o atti generali al fine di garantire l'assenza di corruzione e di rapporti o pressioni dall'esterno, dimentica o finisce per non approfondire le cause strutturali e organizzative che favoriscono il malfunzionamento dell'amministrazione, contribuendo anzi allo stesso. Se i fenomeni di corruzione sono certamente corresponsabili dell'attuale crisi dell'amministrazione, essi non sono gli unici». Effettuare l'operazione di concentrare la visuale meramente su di essi non è utile a realizzare il dettato costituzionale che nell'enunciare i principi dell'imparzialità e buon andamento aspira ad un'amministrazione democratica, capace di effettuare scelte ed assumere decisioni anche complesse.

Capitolo III:

La legittimazione di un ampliato potere della giurisprudenza nel progresso (id est: espansione) dell'ordinamento alla luce della dottrina del c.d. neo-costituzionalismo, fondante un nuovo ruolo dei principi costituzionali

1. La dottrina del c.d. neo-costituzionalismo quale base tecnico-giuridica della nuova funzione conferita ai principi costituzionali.

Con la locuzione “neo-costituzionalismo”²⁰⁸ si intende notoriamente una specifica dottrina fondata alla luce dell’esperienza delle democrazie costituzionali moderne qualificate da Costituzioni rigide e, pertanto, dalla perdita del ruolo centrale della legge ordinaria, considerata la preminenza della Costituzione come fonte (legge) di grado superiore.

L’espressione neo-costituzionalismo risulta diffusa, ma altresì criticata da una parte della dottrina poiché considerata equivoca e fuorviante. La dottrina *de qua* si contraddistingue nello specifico rispetto ad altre concezioni, fondate sul medesimo presupposto della superiorità gerarchica delle norme costituzionali, in quanto afferma il superamento della separazione tra diritto e morale. Difatti, le Costituzioni moderne avrebbero generato l’effetto poc’anzi menzionato, in seguito all’accoglimento al loro interno di istanze di natura etico-politica, nello specifico con riferimento al *leitmotiv* di libertà e di diritti fondamentali.

Altro tratto distintivo rilevante del neo-costituzionalismo è quello di sostenere la sussistenza di una differente modalità di applicazione dei principi rispetto alle regole, per alcuni autori qualitativa, per altri meramente quantitativa²⁰⁹.

²⁰⁸ La letteratura sulla dottrina *de qua* è sconfinata. Ci si limita, pertanto, a rinviare alle cospicue indicazioni bibliografiche offerte da G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, IV, Milano, 2011, 749 ss.

²⁰⁹ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, spec. 2776 ss., avanza la proposta di denominare quale “costituzionalismo principialista” (o altresì “costituzionalismo argomentativo”) la prima concezione del “costituzionalismo” giuridico – identificata correntemente col termine “neocostituzionalismo” –, contraddistinta da argomentazioni tra cui il *superamento della distinzione tra diritto e morale* e l’affermazione dell’esistenza di una *differenza di struttura tra “principi” e “regole”*, e un “costituzionalismo

Agli aspetti sin qui enucleati, ovvero alla critica offensiva al positivismo giuridico nonché alla teoria della separazione tra diritto e morale, alla visione secondo cui i diritti costituzionalmente previsti non sono regole ma principi tra loro in potenziale conflitto e, pertanto, oggetto di ponderazione anziché di sussunzione, si riconetterebbe una concezione del diritto quale pratica giuridica affidata specialmente all'attività dei giudici, che contraddistinguerebbe il costituzionalismo *principialista*, più noto come *neo-costituzionalismo*²¹⁰.

Pare a tal punto opportuno enucleare i termini in cui viene avanzata la differenza *de qua*, per poi poter procedere ad un'analisi critica della tesi che il mero accoglimento della distinzione tra principi e regole determini automaticamente un ampliamento degli spazi della giurisdizione, trasformando idealmente per tale via la giurisprudenza in una vera e propria fonte del diritto.

garantista” o “*normativo*” – di cui lo stesso Ferrajoli è fautore – fondato invece sia sul *mantenimento della distinzione tra diritto e morale*, valutata quale espressione definitiva della modernità giuridica nonché sulla *svalutazione della distinzione tra “principi” e “regole”*, differenza che, secondo il pensiero logico-giuridico dell'Autore, genererebbe il depotenziamento del primato delle norme costituzionali, valutate quali norme-principi e affidate per la loro attuazione al “bilanciamento” giudiziale, tecnica che caratterizzerebbe l'applicazione dei “principi”, in contrapposizione alla “sussunzione” che contraddistinguerebbe invece l'applicazione delle “regole”. Pertanto, il primo orientamento è caratterizzato dalla qualificazione dei diritti fondamentali come valori o principi morali differenti per struttura dalle regole in quanto contraddistinti da una normatività più debole, affidata non alla sussunzione bensì alla ponderazione legislativa e giudiziale. Il secondo orientamento è qualificato invece da una normatività forte, di tipo regolativo, ossia dalla tesi che la maggior parte dei principi costituzionali, nello specifico i diritti fondamentali, si comportino come regole, poiché implicano l'esistenza o impongono l'introduzione delle regole consistenti in divieti di lesione o in obblighi di prestazione quali relative garanzie.

²¹⁰ L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 2780, evidenzia una singolare convergenza del costituzionalismo principialista o argomentativo con il realismo e il “neo-pandettismo”, espressione con cui fa riferimento a posizioni quale quella di Paolo Grossi, che esaltano il ruolo dei giuristi, criticando la “legolatria illuministica” che causerebbe un depotenziamento della normatività del diritto creato dagli operatori giuridici: il diritto, alla luce di questi tre orientamenti, è in realtà ciò che producono i Tribunali, e più in generale gli operatori giuridici, consistendo nelle loro «pratiche interpretative e argomentative».

2. La differenza tra principi e regole e la derivante applicazione giudiziale rispettivamente mediante la tecnica del bilanciamento e della sussunzione.

La distinzione tra principi e regole rappresenta, di certo, una tra le tematiche principali della moderna teoria delle norme.

Alla luce di quanto enucleato da celebre dottrina²¹¹, i principi sono «*precetti di ottimizzazione di un valore*», che necessitano che un valore sia realizzato nella misura più ampia possibile, compatibilmente con gli altri principi e regole sussistenti nell'ordinamento, nonché con le possibilità di fatto esistenti²¹².

²¹¹ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986, *passim*; simile prospettazione la si può rinvenire in R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, trad. it. a cura di F. Oriana e G. Rebuffa, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982. In merito alla dottrina dei principi del celebre autore da ultimo citato si v., tra gli altri, P. COMANDUCCI, *Su Dworkin*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989, 356 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 865 ss.

²¹² Cfr. G. D'AMICO, *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, 77 ss., da cui sono tratte le citazioni che seguono: in particolare, secondo R. ALEXY principi e valori risultano sotto il profilo strutturale sostanzialmente equivalenti, si differenziano tra loro in quanto i principi presentano un carattere deontologico, ossia stabiliscono *cosa è dovuto*, i valori hanno invece una dimensione assiologica poiché sanciscono *cosa è bene*. Cfr. su questo A. COSTANZO, *L'ingranaggio normativo*, in *Ars interpretandi*, 2005, 225 ss. Sui principi quali «forme giuridicamente espressive dei valori», ovvero quali emergenze “positive” di entità che di per sé hanno una natura “pregiuridica”, v. A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 4-2006, 531 ss., per cui «i principi tendono verso i valori, allo stesso tempo in cui i valori orientano l'intendimento dei principi, vale a dire la ricostruzione delle forme peculiari di cui si rivestono al momento della loro positivizzazione».

Una marcata distinzione tra principi e valori, basata sull'idea che i valori non possono essere “trattenuti in significati”, poiché essi trascendono costantemente l'esistente, nel tentativo del suo superamento, è effettuata dal civilista P. FEMIA, *Segni di valore*, in AA.VV., *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di L. Ruggeri, Napoli, 2012, 83-156, spec. 104: partendo dall'idea della irriducibilità dei valori alle norme - anche a quelle ricavabili dai “principi” - l'A. conclude che «non sono segni di valore... le parole con le quali sono fatte le norme», e aggiunge che tutto ciò impone «un atteggiamento di radicale sovversione del feticismo della legge, feticismo della parola scritta», riprendendo «il movimento di liberazione della scienza giuridica iniziato cento anni fa».

Per natura, i principi risultano, sotto il profilo normativo della logica deontica, aperti; pertanto, la loro dimensione si definisce una volta arrivati alla fase di applicazione degli stessi nei singoli casi concreti, mediante l'adattamento al fatto specifico, specialmente attraverso il bilanciamento con gli altri principi che possono rilevare in un'ottica relazionale. Perciò, i principi ammettono *in rerum natura* un'attuazione graduale o parziale, per effetto del bilanciamento con altri principi, che talvolta possono risultare preminenti sui primi. Pare opportuno sottolineare che la preponderanza di un principio non comporta l'invalidità dell'altro, che rimane valido, e potrebbe, con riferimento a casi diversi, risultare esso stesso prevalente.

Invece, le regole costituiscono «precetti definitivi», in quanto involgono, finché perdura la loro vigenza, un effetto giuridico definitivo, poiché ordinano, vietano, consentono o autorizzano qualcosa in maniera risolutiva.

Diversamente, il principio è un mero comando *ab initio* non definitivo. I principi costituiscono fondamenti della decisione di cui però non generano

Tale posizione netta conduce l'A. a criticare «il positivismo costituzionale» che «non ha alcuna differenza strutturale con il diritto pre-costituzionale, essendone diverse soltanto le funzioni regolative. Interpretazione sistematica, evolutiva, ricostruzione della soluzione a partire dalla *ratio* e persino il bilanciamento (prima nella forma di *Interessenabwägung*, poi secondo direttive che vedono nelle norme sempre più astrazioni di valori) sono tutti anteriori alla Costituzione. L'istituzione delle Corti costituzionali è stata effettivamente una rivoluzione, ma sul piano del concetto di legalità (da statale a costituzionale) non su quello delle categorie: queste ultime hanno cominciato a soffrire davvero quando non bastava più adeguarle (cioè piegare la stessa struttura a nuove funzioni, come sempre accade ad ogni cambio di regime), ma si rendeva necessario confrontarle, ibridarle o sovvertirle, al contatto con strutture categoriali aliene (altri diritti europei, diritti imposti dagli operatori economici imperiali, mercantilismi di ogni genere)».

Alla luce del pensiero di G. D'AMICO, *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., 78, la critica opportuna al «positivismo legalista» non implica necessariamente «l'approdo all'ideale di una «rivoluzione permanente», incompatibile con le esigenze di stabilità e di certezza», di cui anche si deve fare portatore un ordinamento giuridico, pur nella tensione continua ad una sempre maggiore attuazione dei valori.

direttamente l'esito poiché necessitano la ponderazione con altri principi e l'opzione tra differenti gradazioni di valore.

Il contenuto prescrittivo delle regole non consente una realizzazione graduale o parziale; i conflitti tra regole si risolvono mediante la "soppressione" di una di esse, o configurando una di esse quale "eccezione" rispetto all'altra.

La differenziazione tra regole²¹³ e principi appena evidenziata rileva specialmente in relazione alle modalità attraverso cui si realizza

²¹³ Pure le regole sono sostanzialmente espressione di principi; pertanto, altresì quando si applicano regole, in concreto si fa applicazione di uno o più principi, ma si tratta, dall'angolo visuale del giudice che la effettua, di un'applicazione "indiretta" in quanto, in tal caso, l'operazione di "bilanciamento" è già stata effettuata direttamente dal legislatore, e, pertanto, l'interprete deve soltanto verificare, «all'esito, naturalmente, dell'attività di "interpretazione" della disposizione legislativa, e di "ricostruzione" del fatto concreto se la fattispecie sottoposta al suo giudizio rientri o meno nella fattispecie astratta delineata dalla legge (e per la quale, la disposizione legislativa che si ritiene applicabile ha previsto quella determinata "regola", conseguente al bilanciamento di interessi e di principi effettuato dal legislatore)».

Ancora: «che si debba rapportare la regola "astratta" al caso "concreto" (per verificare la riconducibilità di quest'ultimo alla prima, e viceversa), e che questo processo non sia affatto un processo "meccanico" (frutto di operazioni meramente logico-deduttive, o di rilevazioni meramente storico-fattuali)» non significa che «la regola astratta debba essere *adattata* al caso concreto, ed essere ricostruita *in funzione* delle particolarità di esso, come se fosse il "fatto" a produrre la "norma", e non questa a essere posta per regolare i "fatti" giuridicamente rilevanti». V. su tali passaggi logico-giuridici le lucide riflessioni di G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, spec. 80, 81. Cfr. *contra* G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2009, 179, 184, il quale, posto che l'interpretazione giudiziale è «ricerca della norma regolatrice adeguata sia al caso che al diritto», sostiene che nel conflitto tra il diritto e il caso, ossia le esigenze del caso, l'ordinamento opta per quest'ultime.

Tuttavia, ipotizzare un tale procedimento, in cui vi sia un'aderenza tendenzialmente assoluta della norma al caso concreto, implica smentire l'idea della norma generale e astratta, oltre che disperdere i vantaggi che tale tecnica incorpora rispetto a quella opposta di individuazione della regola "caso per caso". Infatti, la regola individuata "caso per caso", per natura, può stabilirsi soltanto *ex post*, e, perciò sarà inevitabilmente diversa da quella che potrà applicarsi ad un altro caso simile.

Certamente, secondo chi scrive qui, una tecnica di regolazione della vita associata che si fondasse su regole da determinare "caso per caso" provocherebbe un'assoluta incertezza e, pertanto, causerebbe «un contenzioso continuo ed incompatibile con qualsiasi ipotesi di ordinato svolgimento dei rapporti sociali». Inoltre, il vantaggio di una maggiore "giustizia" che, ipoteticamente, sarebbe possibile per tale via raggiungere occasionalmente nella decisione di una singola controversia sarebbe neutralizzato da una connessa imprevedibilità totale in relazione alle modalità di valutazione dei comportamenti, con la derivante "restrizione della libertà generale dei consociati", in un perdurante stato di incertezza. Con riferimento al settore del diritto amministrativo, sul

l'applicazione, rispettivamente, delle prime e dei secondi: alla luce della prospettiva *de qua*, le regole si applicano tipicamente mediante un meccanismo di «sussunzione»²¹⁴ del fatto nella norma astratta, i principi invece si applicano, come già rilevato, attraverso un procedimento c.d. di «bilanciamento».

In caso di applicazione giudiziale diretta di un principio, la regola di condotta mediante cui verrà individuata la disciplina della fattispecie oggetto del giudizio ovvero la norma di riferimento non può dirsi preesistente all'analisi della fattispecie concreta da decidere, in quanto essa

principio di certezza del diritto e sul principio di legalità nonché sulle relative connessioni col principio di legittimo affidamento, si v. F. CARINGELLA, *I principi del diritto amministrativo*, cit., 85.

²¹⁴ Su tali aspetti cfr. *amplius* le chiare note di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civile*, 2015, 247 ss., che rileva come una posizione intermedia tra regole e principi possa riconoscersi alle "clausole generali", che si differenziano, con riferimento al meccanismo della loro applicazione sia dalle prime che dai secondi. Difatti, sebbene le regole sovente comportino, nell'ambito del procedimento della loro interpretazione/applicazione, la formulazione di giudizi "valutativi" - che dimostrano l'esistenza di un insopprimibile margine di discrezionalità che deve essere riconosciuto all'attività giudiziaria, anche qualora essa si realizzi secondo il meccanismo della c.d. "sussunzione" -, la norma è "individuata / individuabile" a priori e a prescindere dalla valutazione del caso concreto che servirà in tal caso a stabilire quale disposizione normativa dovrà trovare applicazione, ma non altresì quale sia il contenuto della disposizione in esame, contenuto (significato) che è invece, sostanzialmente, già definito per quel che riguarda il "bilanciamento" degli interessi in conflitto; proprio perciò si può trattare di "sussunzione" in essa del caso concreto che si deve decidere. Invece, la regolamentazione sulla base di una "clausola generale" non permette di individuare la "regola" che dovrà essere applicata, "prima e indipendentemente dalla considerazione del caso concreto, e dell'accertamento e della valutazione delle sue caratteristiche".

Sotto tale aspetto, le clausole generali potrebbero essere affiancate ai principi allorquando questi debbano trovare applicazione "diretta" da parte del giudice. Tuttavia, differentemente da ciò che si verifica nell'applicazione dei principi, «la tecnica di "concretizzazione" delle clausole generali non è (necessariamente) quella del "bilanciamento", e comunque non implica la possibilità che il "valore" di cui la clausola generale è espressione sia suscettibile di un'attuazione "graduata" (e, dunque, variabile) in relazione alla presenza di altri principi (o regole) che risultano rilevanti». Il virgolettato nonché il ragionamento tecnico-logico-giuridico *de quo* è di G. D'Amico, cit. *in apicibus* alla presente nota.

risulterà individuabile solo al termine del *bilanciamento* di quel principio con gli altri principi²¹⁵ che rilevano in relazione a quel caso specifico.

Pare a tal punto opportuno specificare che l'applicazione di un principio presuppone che il giudice abbia, sia pure solo in via implicita, ponderato che il principio possa ritenersi di riferimento rispetto alla fattispecie decidenda²¹⁶.

Un'ulteriore puntualizzazione permette di ridimensionare la portata di un'idea diffusa, secondo cui dalle regole è possibile dedurre il “principio normativo presupposto” - come anche da un principio può ricavarsene uno di più ampia portata -, mentre non sarebbe di regola possibile desumere da un principio le regole che lo concretizzano in quanto un simile procedimento rientrerebbe nell'ambito delle «inferenze *riduttive*», che risultano

²¹⁵ Cfr. per una ragionata ponderazione ed attenta valutazione di tali profili, G. D'AMICO, *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., 81 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori utili indicazioni di dottrina di riferimento. In particolare, condivisibilmente, secondo l'Autore, decidere giudizialmente mediante principi vuol dire *produrre norme attraverso un metodo casistico*, proprio come accade nella c.d. «concretizzazione delle clausole generali», poiché l'incompatibilità di un principio rispetto ad un altro non si manifesta prima del momento dell'applicazione. Tuttavia, quanto sin qui evidenziato non esclude, che, in linea con quanto avviene per le clausole generali, si creino più fattispecie giurisprudenziali, utili a costituire precedenti, ossia regole potenzialmente idonee ad essere nuovamente applicate in presenza di un successivo caso analogo o finanche identico al primo.

²¹⁶ La specificazione *de qua* potrebbe apparire scontata, tuttavia in concreto non lo è, specialmente se si prende in esame l'idea piuttosto diffusa che i principi - nello specifico quelli espressi, tra cui i principi costituzionali - siano «norme senza fattispecie».

Pare anche a chi argomenta qui che tale assunto non sia propriamente condivisibile, soprattutto accogliendo l'accezione maggiormente rigorosa dell'espressione “norme senza fattispecie”, secondo cui possono ritenersi tali solo quelle norme che presentano quale «unico presupposto di fatto la mera esistenza del soggetto». Certamente, solo i principi si sostanziano in norme il cui ambito di applicazione è generalmente piuttosto ampio ed indeterminato in relazione all'ambito di riferimento del «valore di cui la “norma-principio” è espressione». Ma ciò non vuol dire che manchi *in toto* una fattispecie - altrimenti, qualsiasi principio risulterebbe applicabile a qualsiasi situazione di fatto -, e che la ricorrenza di tale fattispecie costituisca condizione per poter ritenere giusta l'applicazione del principio in questione. Per un'analisi approfondita e chiara di tali aspetti, nonché per ulteriori indicazioni di dottrina, v. G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 82-84.

caratterizzate da *certezza* soltanto qualora dall'antecedente sia deducibile «*un unico conseguente*»²¹⁷.

Pare a chi analizza qui che una simile tesi conclusiva abbia la funzione di cristallizzare che l'applicazione di un principio, essendo per natura caratterizzato da una sorta di "eccedenza deontologica" «rispetto alla singola regola che da esso sia occasionalmente ricavata», possa esser portatrice di plurime regole; tuttavia, secondo chi scrive qui appare eccessivo ritenere che la regola "*valida*" sia soltanto quella rinvenibile da un principio *in via "necessitata"*, senza che vi sia una prospettiva di alternative.

L'individuazione di tale "regola" – che dovrà essere necessariamente una delle regole che possono ricondursi con carattere di certezza al principio sia sotto l'aspetto semantico che sotto il profilo assiologico – verrà effettuata attraverso i metodi classici di "bilanciamento" dei principi, verificando perciò la "coerenza" del risultato conseguito con tutti i valori integrati nel sistema, affrontando per tale via la questione della "possibilità giuridica" dell'applicazione del principio²¹⁸.

Conclusivamente ed in estrema sintesi, alla luce di quanto sin qui analizzato, si ritiene rilevante che la "regola" risulti, secondo un canone di ragionevolezza²¹⁹, riconducibile al "principio" da cui essa si sostiene sia stata dedotta.

²¹⁷ Le parole racchiuse tra virgolette sono di A. COSTANZO, *L'ingranaggio normativo*, cit., 222.

²¹⁸ Illuminante in tal senso è l'ermeneutica giuridica condotta da G. D'AMICO, *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., *passim*.

²¹⁹ La letteratura sul canone di ragionevolezza, specie in ambito costituzionale, è sconfinata. Per una sintetica e specifica trattazione del canone *de quo* in ambito amministrativo, in particolare con riferimento alle sue connessioni col principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, si v. le chiare note di F. CARINGELLA, *I principi del diritto amministrativo*, cit., 85.

3. Considerazioni critiche di sintesi in merito alla classificazione tra “principi” e “regole”, specie nel suo impiego da parte della dottrina “neo-costituzionalistica”.

La dottrina del “costituzionalismo principialistico” (o “costituzionalismo argomentativo”), attraverso l’utilizzo della distinzione tra “principi” e “regole”, specialmente nella sua accezione “forte”, accoglie una concezione del diritto quale “pratica giuridica affidata soprattutto all’attività dei giudici”.

Difatti, una volta attribuita questa valutazione ai “principi” costituzionali e, nello specifico, ai diritti fondamentali, ciò implicherebbe affidare all’indispensabile bilanciamento giudiziale l’attuazione di tali diritti, potenzialmente confliggenti tra loro. Addirittura, ciò comporterebbe altresì di conferire a tale bilanciamento giudiziale il ruolo di sindacare la conformità a Costituzione della legislazione ordinaria, sia in relazione alle norme rientranti nel suo *corpus*, sia con riferimento alle lacune che essa presenta nella realizzazione delle norme costituzionali. Sotto il primo aspetto si causerebbe un indebolimento della “normatività” della Costituzione; sotto il secondo profilo, si indurrebbe ad un incremento dell’attivismo giudiziale nell’attuazione dei “principi” - anche - costituzionali.

Al fine di scongiurare entrambi questi fenomeni, autorevole dottrina²²⁰ avanza l’idea che la maggior parte dei “principi” costituzionali,

²²⁰ L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., *passim.*, argomenta a tal proposito di «principi regolativi».

specialmente quelli che enucleano i c.d. “diritti fondamentali”, si atteggi come una “regola” sotto un profilo strutturale e si applichi perciò mediante la tecnica della “sussunzione”, mentre soltanto in ipotesi residuali, in presenza di «principi direttivi»²²¹, possa trattarsi di norme che contemplano “aspettative generiche e indeterminate di risultati”, e solo per tali ultimi “principi” sarebbe valido l’inquadramento di Alexy che li definisce quali «mandati di ottimizzazione che possono essere soddisfatti in gradi diversi», e quella di Zagrebelsky che li denomina «norme prive di fattispecie» che ne configurino l’inosservanza.

Pare utile sottolineare preliminarmente che “regola”, secondo l’A., è una norma da cui discendono «aspettative specifiche e determinate, cui corrispondono limiti o vincoli, cioè garanzie, consistenti nei relativi divieti di lesione e obblighi di prestazione». La dottrina *de qua* ritiene che buona parte dei “principi” costituzionali, specialmente quelli che prevedono i c.d. diritti fondamentali, rispondono sostanzialmente a questa nozione, se non ci si limita a soffermarsi meramente sulla formulazione della disposizione, che al posto di prevedere la fattispecie della violazione - come in genere accade per le regole - afferma la necessità del loro rispetto.

Infatti, come una “regola” può essere formulata — se si guarda alla sua osservanza, anziché alla sua violazione — *sub specie* di un corrispondente “principio”, allo stesso modo un “principio” può essere tradotto in una corrispondente “regola”: a titolo esemplificativo, il principio di eguaglianza — se ci si focalizza sull’aspetto della sua violazione, anziché a quello del suo rispetto — si traduce nella “regola” che vieta le discriminazioni. Secondo la dottrina in analisi, le discriminazioni rappresentano certamente fattispecie del relativo divieto, il cui accertamento non si effettua mediante un bilanciamento, ma attraverso una sussunzione. L’assunto *de quo* è orientato sia contro l’idea che i principi consistano in «norme senza fattispecie», sia contro la concezione che i principi siano oggetto di bilanciamento e non di sussunzione.

L’A. specifica altresì a sostegno della sua tesi che finanche principi vaghi e imprecisi, come la dignità della persona, ove siano violati da comportamenti lesivi della dignità, vengono in rilievo quali regole, la cui violazione è in queste sussunta; l’opinabilità della sussunzione non dipende, in tali casi, dalla formulazione delle relative norme in principi, ma soltanto, come avviene altresì per le regole, dall’utilizzo di parole vaghe o imprecise come “dignità”. Per ulteriori considerazioni tecnico – giuridiche in merito nonché per passaggi logici aggiuntivi, cfr. G. D’AMICO, *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, cit., 86 – 87.

²²¹ Secondo Ferrajoli, esemplificativamente, sono “principi direttivi” quello contenuto nell’art. 1 Cost. («L’Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro»), o ancora nell’art. 9 («la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione»), o nell’art. 47 («la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme»).

Secondo la dottrina di Ferrajoli, in una posizione intermedia tra i principi direttivi e i principi regolativi si collocano i c.d. “diritti sociali”, che impongono al legislatore la produzione di leggi di attuazione che ne introducano le tutele primarie, quali le norme sulla scuola pubblica, sul servizio sanitario gratuito *et similia*, senza poterne specificare le forme, la qualità nonché il grado di tutela: si tratta perciò di principi regolativi inderogabili, per quel che concerne l’*an* della loro attuazione legislativa, che risultano altresì direttivi per ciò che riguarda il *quomodo* ed il *quantum*, ossia le forme e la misura dell’attuazione stessa²²².

Pare a chi argomenta qui che, in relazione a quanto sinora esplicitato, si possano avanzare alcune considerazioni critiche di sintesi.

Innanzitutto, pare utile segnalare che altresì secondo la dottrina in esame vi sono disposizioni costituzionali che rivestono la forma di “principi” ossia di norme che ai fini della loro applicazione necessitano di operazioni di “bilanciamento” (i c.d. “principi direttivi” secondo Ferrajoli): si tratterebbe, sempre secondo l’Autore *de quo*, di un numero di disposizioni molto più ristretto rispetto a quello a cui la dottrina attuale riserva la denominazione di “principio”; per di più, secondo Ferrajoli, la natura giuridica di tali disposizioni comporterebbe un’esclusione di un’“applicazione diretta” da parte del giudice, per tale via sottraendosi a questo precipitato dell’impostazione “principalista”, che la dottrina in esame tende ad avversare duramente.

²²² V. su tali distinzioni l’approfondita analisi di G. D’AMICO, *op. ult. cit.*, 88.

Nello specifico, pare a chi scrive qui che, in relazione ai c.d. “principi regolativi”, così denominati da Ferrajoli, si possano muovere alcuni rilievi critici nonché considerazioni perplesse con riferimento alla tesi in analisi.

Infatti, non sembra affermazione corretta quella di Ferrajoli laddove sostiene che buona parte dei principi costituzionali²²³, nello specifico quelli che prevedono i diritti fondamentali, si atteggi come regole, quanto piuttosto pare potersi riconoscere, alla luce di autorevole dottrina²²⁴, unicamente che esiste un aspetto della protezione dei beni racchiusi in tali “principi” che rimane in concreto indiscussa, atteggiandosi come un “nucleo duro” o “essenziale” della tutela, di fatto non oggetto di contestazione; soltanto in tale ambito può ritenersi sostanzialmente che il “principio” si comporti come una “regola”; infatti, il giudice nella fase di applicazione, sussume la fattispecie concreta in quella astratta, inclusa di certo nel principio²²⁵.

Tuttavia, a fianco a tale ambito sicuro in cui il principio trova applicazione seguendo il *modus operandi* delle regole, pare a chi analizza qui che sussista altresì, sotto un profilo deontologico, una potenzialità

²²³ Esemplicativamente: astrattamente, potrebbe apparire che alcuni “principi”, come il principio di eguaglianza, si atteggiino quali “regole” nel senso che essi potrebbero essere attuati o meno, tuttavia non realizzati in modo “graduato” o “bilanciato” in quanto l’uguaglianza di trattamento sussiste o meno e perciò il connesso principio risulta rispettato o violato. Ma l’equivoco di fondo che si annida in tale ragionamento è che il “principio” - di eguaglianza - si tramuta in “regola” - non discriminazione - soltanto dopo che sia stato realizzato il bilanciamento: «prima di aver effettuato questa operazione, non è possibile stabilire se due casi sono meritevoli di essere trattati allo stesso modo (o meglio: se il bilanciamento di interessi applicato ad un caso meriti di essere replicato anche all’altro)». Per ulteriori chiarificazioni in merito cfr. G. D’AMICO, *op. ult. cit.*, spec. 88.

²²⁴ G. D’AMICO, *op. ult. cit.*

²²⁵ Ad es., un provvedimento amministrativo che sottoponesse la stampa a censura, sarebbe in contrasto con l’art. 21, 2° comma, Cost.. Pare utile evidenziare che l’applicazione della disposizione normativa poc’anzi citata avverrebbe con le medesime modalità che contraddistinguono l’applicazione di una qualsiasi “regola”, ossia la tecnica della fattispecie, della sussunzione, ecc. Per ulteriori casi esemplificativi, v. G. D’AMICO, *op. ult. cit.*

applicativa del principio, rappresentata dall'ambito attuativo possibile ma ipoteticamente non ancora realizzato e perciò allo stato meramente virtuale.

Di regola, l'attuazione *de qua* è affidata all'attività del legislatore, ma risulta altresì idonea in astratto ad essere realizzata anche attraverso l'opera della giurisprudenza che in concreto interviene sempre più spesso in tal senso, come già rilevato.

Del resto, la maggior parte dei diritti fondamentali, tra cui i *c.d. diritti sociali*, necessitano di leggi attuative idonee a garantirne a tutti le garanzie primarie. In relazione a tali «lacune *strutturali*»²²⁶, così denominate dalla dottrina in analisi, rappresenterebbe una mera illusione ipotizzare concretamente un'attuazione diretta da parte del giudice del “principio costituzionale” interessato, tuttavia, chi argomenta qui ritiene utile evidenziare che sussistono altresì “lacune” *non* strutturali, idonee ad un'attuazione diretta del principio ad opera del giudice, allorquando ciò sia funzionale (*melius*: necessario) a garantire la tutela del diritto fondamentale²²⁷ e ci si trovi contestualmente in carenza e/o assenza dell'azione legislativa²²⁸.

²²⁶ Costituiscono lacune “strutturali”, non colmabili mediante l'opera del giudice, specialmente quelle orientate ad assicurare le garanzie “*primarie*” dei diritti sociali, come il diritto alla salute che, secondo la dottrina di Ferrajoli, resterebbe inattuato senza l'introduzione per via legislativa dell'assistenza sanitaria.

²²⁷ Si pensi, ad es., al riconoscimento di un diritto al rimborso delle spese mediche affrontate all'estero, senza essere in possesso di una preventiva autorizzazione da parte del Servizio Sanitario Nazionale qualora queste spese siano state sostenute per sottoporsi a cure necessarie al fine di salvare la vita, in casi urgenti e improcrastinabili.

²²⁸ La dottrina in analisi, del resto, ha il pregio di evidenziare che l'area del «diritto costituzionalmente *illegittimo*» comprende sia i casi di «antinomie provocate dall'indebita produzione di norme invalide perché in contrasto con la Costituzione», sia «le *lacune provocate dall'omessa produzione*, parimenti indebita, delle leggi di attuazione delle norme costituzionali ed in particolare (delle garanzie) dei diritti sociali». Per ulteriori approfondimenti esplicativi nonché per gli opportuni riferimenti dottrinali ci si permette di rinviare alle sapienti osservazioni scritte da G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 90.

Alla luce di quanto sin qui enucleato, può affermarsi che in relazione all'ipotesi delle *“lacune” legislative nell’attuazione dei principi costituzionali*”, qualora entri in gioco la necessità di protezione di diritti fondamentali, possa sussistere la possibilità di un’“applicazione diretta” da parte del giudice, fermi rimanendo i limiti in generale ritenuti naturalmente esistenti in tema di c.d. «diritti finanziariamente condizionati»²²⁹, e fatte

²²⁹ Nell’ambito del 63° Convegno di studi amministrativi di Varenna, il 23 settembre 2017, Massimo Luciani, ordinario di Diritto costituzionale presso l’Università La Sapienza, in relazione alle questioni e alle sfide poste dalla scarsità di risorse necessarie per garantire i diritti sociali, ha sollevato una serie di interrogativi in particolare sulla possibile esistenza di una specifica categoria di diritti “finanziariamente condizionati”.

Il relatore, dopo aver evidenziato che sussiste una nuova attenzione per il rapporto tra diritti e condizionamenti economico-finanziari, ha contestato la possibilità di identificare una categoria di diritti qualificabili come “finanziariamente condizionati” in base a caratteristiche ontologiche. Occorre invece, più coerentemente, fondare una diversa suddivisione di diritti (esemplificativamente, i diritti di difesa, di partecipazione, di percepire una parte di utili sociali), tenendo presente che non sono tutti diritti fondamentali. In ogni caso, va tenuto presente che tutti i diritti «costano» e, perciò, quando si pensa a diritti “incondizionati” come diritti che costano, si introduce una semplificazione che non è condivisibile, posto che anche i c.d. diritti di libertà costano. In realtà, sarebbe più giusto parlare di tutti i diritti come di diritti condizionati a «risorse giuridicamente scarse», condizionati da disponibilità di risorse scarse.

In particolare, con riferimento al connesso tema delle sentenze c.d. “costose” della Corte costituzionale, in rapporto all’art. 81 della Costituzione, un’importante conclusione a cui si è pervenuti è che: va negato l’assoggettamento delle sentenze c.d. “costose” della Corte costituzionale al principio della previa copertura della spesa, ai sensi dell’art. 81 Cost.

Ancora, il principio della certezza del diritto va affrontato tenendo presente la particolare posizione che, nel quadro delle fonti, riveste il valore della certezza del diritto, anche in rapporto al principio dell’affidamento ingenerato nella collettività dei destinatari. Tutti i parametri sopra indicati militano per la valorizzazione dei diritti sociali e per l’affermazione che tali diritti non possono essere “sacrificati”, assumendone la natura di diritti finanziariamente condizionati. Alcuni recenti indirizzi della giurisprudenza costituzionale, che hanno avuto riflessi sulla giurisprudenza della Corte dei conti e del Consiglio di Stato, sono incentrati sulla nozione di “diritti inalienabili”: inalienabili perché è il legislatore stesso che ha stabilito che esiste un certo livello di garanzia dei diritti oppure perché è l’amministrazione stessa che li ha configurati tali laddove ha stabilito ad es. i LEA (Livelli Essenziali di Assistenza).

Sinteticamente, il rapporto tra diritti e, in particolare, diritti sociali, da un lato e bilancio e risorse scarse, dall’altro lato, nella sua complessità, deve fondarsi sui principi dell’affidamento e dell’eguaglianza. Va perciò opportunamente ponderato il metodo del bilanciamento tra diritti e bilancio, spesso utilizzato dalle amministrazioni per effettuare la scelta tra quale profilo far prevalere, il diritto o le “ragioni” di bilancio. Infatti, la tecnica del bilanciamento si presta, in concreto, ad un rilevante rischio di abuso, causando sovente un’inammissibile compressione dei diritti sul presupposto della prevalenza delle esigenze di bilancio, che vanno invece temperate

salve le ipotesi in cui sussista una “riserva di legge” a tutela delle posizioni giuridiche che finirebbero per essere scalfite per effetto dell’attuazione “giudiziale” di altri diritti, sia pur “fondamentali”.

Emerge *ictu oculi* che nelle fattispecie in cui è realizzabile l’“applicazione diretta” *de qua*, quest’ultima potrà attuarsi mediante il “bilanciamento” dell’interesse che si ritiene di dover tutelare rispetto agli altri che rilevano nel caso oggetto di giudizio, proprio come accadrebbe qualora fosse il legislatore a sancire una “regola” per dirimere il conflitto di interessi originatosi.

Tuttavia, pare a chi analizza qui che ammettere ciò non implica accogliere - come invece teme che accada Ferrajoli in seguito all’accoglimento della tesi del “costituzionalismo principialista” e, nello specifico, della distinzione tra “principi” e “regole” - una concezione del diritto quale «pratica giuridica affidata soprattutto all’attività dei giudici». Difatti, rimane definito che la parte più importante dell’attuazione dei “principi costituzionali” è affidata all’opera del legislatore: «nella misura in cui il legislatore abbia dato attuazione, sia pure imperfetta, ai principi in questione, non potrà ammettersi un’“applicazione diretta” dei principi da parte del giudice “comune” (e ciò anche quando una tale “applicazione diretta” non sia radicalmente da escludere per l’esistenza di una “riserva di legge”), perché essa si risolverebbe nell’affermazione di un potere

con i principi di legittimo affidamento, di eguaglianza, alla luce della giurisprudenza costituzionale. Cfr. M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, passim; v. altresì le chiare note di C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., passim.

giudiziale di “creazione” di norme giuridiche (indebitamente) concorrente con quello del legislatore»²³⁰.

Pare a tal punto opportuno rammentare che qualora la disposizione normativa esistente risulti, alla luce del parere del giudice, in contrasto con la Costituzione, egli potrà sollevare la questione di legittimità costituzionale e chiedere che quella norma di legge sia espunta dall’ordinamento giuridico.

Appare utile precisare che, anche in applicazione della teorica del “positivismo giuridico”, cui si è sempre ancorata la c.d. *legalità ordinaria*, la validità delle disposizioni di legge risulta soggetta ad un controllo di *legalità costituzionale*, però oggi permeato dall’assunzione di istanze etiche da parte degli ordinamenti delle democrazie moderne.

Al fine di ribadire la giusta conclusione *de qua*, a chi scrive qui non pare necessario arrivare a negare che sussista una rilevante differenza tra i principi - specialmente costituzionali - e le regole. Tale distinzione, tuttavia, non comporta l’esclusione della possibilità che anche la maggior parte dei principi possa atteggiarsi quali regole, come già rilevato *supra*.

Per di più, chi analizza qui ritiene non condivisibile l’idea di un’esclusione assoluta di un’applicazione diretta dei principi costituzionali da parte del giudice, specie allorquando ci trovi di fronte ad una “lacuna legislativa”, - salvo il caso della sussistenza di una “riserva di legge”, nonché esclusi i casi dei c.d. diritti sociali “finanziariamente condizionati” - specialmente qualora la *quaestio* involga diritti fondamentali inviolabili.

Di certo, sarebbe opportuno scongiurare di incorrere nel rischio che il giudice, sulla base di una visione meramente “soggettiva” e/o “emotiva”,

²³⁰ Le parole racchiuse tra virgolette sono di G. D’AMICO, *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, cit., 91.

utilizzando come argomento i principi costituzionali, si ritrovi a creare nuovi “diritti” oppure a sostenere nuove modalità di protezione per quelli esistenti, sostituendosi per tale via al ruolo della “politica”, ed altresì anticipando opzioni e soluzioni, la cui mancata adozione (*id est*: scelta) da parte del legislatore non sia sempre connessa ad una colpevole inerzia, quanto piuttosto al fatto che si tratta di scelte non ancora maturate nella maggioranza, altresì sovente oggetto di forti contrapposizioni nell’ambito dell’opinione pubblica.

Nell’ambito della riflessione *de qua* si ritiene giusto evidenziare che, tuttavia, quando l’inerzia del legislatore e la connessa lacuna che essa provoca nell’attuazione dei diritti fondamentali risulti in concreto come una forma di “estrema ingiustizia”, causando una manifesta violazione di un diritto fondamentale, magari sancito a livello sovranazionale o internazionale *ex art. 117 Cost.*, il giudice possa ritenersi autorizzato, ad offrire applicazione diretta al relativo “principio” costituzionale.

L’aspetto *de qua* è di certo delicato in quanto affidare ad una soluzione giudiziale l’attuazione di un principio costituzionale, quando la “regola” che si vorrebbe ricavare (*melius*: estrapolare) da tale principio sia incerta e controversa, potrebbe finire per causare la violazione del principio di eguaglianza.

Tuttavia non può negarsi che «i moderni ordinamenti giuridici, propri dello “Stato costituzionale”, evolvono anche per l’impulso che all’attuazione dei principi della Costituzione viene impresso dall’esperienza giurisprudenziale»²³¹ in quanto è proprio in essa che nella maggior parte dei

²³¹ Il virgolettato è di G. D’AMICO, op. ult. cit., 93.

casi emergono nuove istanze di tutela, risultando sovente macroscopicamente insufficienti quelle sussistenti.

A conclusione del percorso analitico ricostruttivo della questione *de qua*, chi scrive ritiene che sia di fondamentale rilevanza che le operazioni compiute nell'ambito del percorso di applicazione diretta di un "principio" siano accompagnate da consapevolezza, quando si procede alle operazioni di bilanciamento tra i principi, nonché che il giudice tenga specialmente in conto i limiti esistenti rispetto a tale applicazione qualora una lacuna legislativa non risulti in concreto sussistente.

Capitolo IV:

La disciplina dei limiti dimensionali e redazionali degli atti nel processo amministrativo, quale espressione del principio di sinteticità, alla luce dei principi generali in tema di nullità processuali

1. Considerazioni preliminari.

Nell'ambito delle riflessioni dedicate alla tematica della sinteticità degli atti processuali, specificamente dirette alla risoluzione di questioni di diritto positivo, viene efficacemente enucleato il fine ultimo del contenuto di un atto processuale²³² che è quello di trasmettere in modo chiaro il pensiero della parte autrice.

Nella prospettiva *de qua*, un atto processuale assume quale scopo intrinseco quello di rappresentare, in maniera intellegibile, la domanda di parte al giudice. Pertanto, teoricamente non dovrebbe assumere alcun rilievo la dimensione dell'atto in quanto la finalità da raggiungere è costituita dalla manifestazione chiara e comprensibile della domanda e delle sue ragioni, mentre le caratteristiche esteriori di brevità o lunghezza non potrebbero acquisire rilevanza ai fini della rappresentazione del suo intrinseco fine.

Il regime delle nullità processuali si fonda sul principio del raggiungimento dello scopo, perciò, in linea generale, pare a chi scrive che non dovrebbe sussistere la possibilità di dichiarare la nullità di un atto che permetta al giudice di comprendere pienamente la domanda di parte in tutti i suoi elementi, nonostante possano in concreto risultare non ossequiate disposizioni normative che richiedano adempimenti formali specifici senza la previsione di una comminatoria esplicita di nullità; seguendo il medesimo

²³² Il contenuto degli atti processuali, in linea generale, può ritenersi costituito «caso per caso da un pensiero espresso dal loro autore in modo da renderlo intellegibile e comunicabile (alle altre parti e al giudice)». A tal proposito non bisogna immaginare che «l'espressione di un pensiero non possa avere (per gli altri) se non carattere e valore conversativo o didattico, artistico o teorico, come può averlo un racconto, un poema, una dimostrazione matematica». Certamente, a prescindere da qualunque considerazione inerente alla forma, non deve difettare «un contenuto umanamente suscettibile di essere preso in considerazione». Cfr. in tal senso la voce enciclopedica di E. REDENTI, *Atti processuali civili*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 112.

ragionamento, può ritenersi che, in assenza di una norma che obblighi, a pena di nullità, al rispetto di uno specifico requisito di forma, dovrebbe risultare possibile dichiarare la nullità di un atto che non permetta di comprendere la *causa petendi* e l'oggetto della domanda di parte *ex art. 156 c.p.c.*²³³.

Sino a tempi recenti, sia nel processo amministrativo che in quello civile, la mancanza di chiarezza è stata sanzionata in termini di nullità soltanto nel caso in cui la stesura del ricorso sia risultata tale da causare assoluta incertezza sulle persone o sull'oggetto della domanda. La formulazione dell'art. 44, c. 1, c.p.a. è ripresa dall'art. 17 del R.D. 17 agosto 1907 n. 642, Regolamento per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Formulazione simile - "se è omesso o risulta assolutamente incerto" - è utilizzata dall'art. 164 c.p.c. per comminare la nullità in relazione ai requisiti del contenuto della citazione contenuti nell'art. 163 c.p.c., limitata soltanto all'assenza dell'esposizione dei fatti con riferimento al requisito indicato *sub 4* dall'art. 163 - "esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni"-²³⁴. La disposizione *de qua* ha permesso di dichiarare inammissibili i motivi di ricorso ritenuti generici, ossia che non avessero

²³³ V. tra gli altri V. DENTI, *Nullità degli atti processuali*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 467; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 538 ss.; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Padova, 1996, 368 ss.; con precipuo riferimento al processo amministrativo cfr. per tutti C. E. GALLO, *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Milano, 1983, 118 ss.; F.G. SCOCA, *Gli atti processuali*, in *Giustizia amministrativa* (a cura di F.G. Scoca), Torino, 2011, 267.

²³⁴ Per un'approfondita analisi sulla tematica *de qua*, cfr. R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Vizi del ricorso e della notificazione*, in *Il processo amministrativo* (a cura di A. Quaranta e V. Lopilato), Milano, 2011, 441.

puntualizzato le ragioni dell'illegittimità in maniera tale da rendere chiara la domanda al giudice.

In esplicita attuazione del neo-codificato principio di sinteticità, di recente, nella normativa del processo amministrativo sono state introdotte disposizioni che hanno disciplinato alcuni requisiti formali dell'atto processuale, delegando all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale la fissazione delle conseguenze della loro violazione.

Perciò pare utile a chi scrive tentare, nell'ambito del presente capitolo, di enucleare gli effetti dell'eventuale mancato rispetto dei criteri e requisiti previsti alla luce del recente innesto normativo nel processo amministrativo in attuazione del principio di sinteticità.

Appare opportuno ricostruire preliminarmente il quadro delle norme vigenti in materia e, di seguito, l'ermeneusi offerta dalla giurisprudenza sinora.

Chi analizza qui valuta altresì necessario riflettere sui nodi problematici derivanti dalla formulazione normativa ed evidenziati dall'interpretazione giurisprudenziale.

Si anticipa sinteticamente sin da ora che, in un'ottica conclusiva, si ritiene che il superamento dei limiti dimensionali, fissati allo scopo di assicurare la sinteticità degli atti processuali di parte, non genera di per sé l'inammissibilità o irricevibilità dell'atto processuale, che potrà essere dichiarata soltanto qualora il superamento dei limiti dimensionali influisca sull'intelligibilità dell'atto. Alla luce di quanto evidenziato sin qui, pare giusto chiarire che, ferma restando l'attenuazione dell'obbligo di pronunciare su tutta la domanda, al giudice non è precluso di conoscere

l'atto nella sua interezza, anche allorquando risulti in concreto gravato da un sovradimensionamento.

2. Il dato normativo.

Nella disciplina del processo amministrativo, il principio della sinteticità degli atti è introdotto attraverso le disposizioni di cui al d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53 - in attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto concerne l'implementazione dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici - e dall'Allegato 1 al d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 recante il Codice del processo amministrativo.

Il primo corpo normativo, nel fissare una disciplina speciale, per il rito per le controversie in materia di appalti, finalizzata ad assicurare una più rapida definizione del giudizio rispetto al rito ordinario, ha stabilito che in tali giudizi “tutti gli atti di parte devono essere sintetici e la sentenza che decide il ricorso è redatta ordinariamente in forma semplificata” *ex art. 2-undecies*. La disposizione *de qua* è attualmente trasfusa nell'art. 120 c.p.a..

Per effetto del citato Allegato al c.p.a., l'ambito di applicazione è stato esteso oltre la materia dei contratti pubblici, generalizzandone l'applicazione a qualsiasi giudizio amministrativo, facendola assurgere al ruolo *tout court* di principio generale del processo amministrativo mediante la previsione di cui all'art. 3 del c.p.a.²³⁵.

²³⁵ “Art. 3. (Dovere di motivazione e sinteticità degli atti): 1. Ogni provvedimento decisorio del giudice è motivato. 2. Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica”.

Pare a tal punto utile evidenziare che l'enunciazione degli altri principi generali da parte del codice del processo amministrativo risulta piuttosto circoscritta²³⁶.

Pertanto, appare certamente rilevante il fatto che il legislatore abbia sentito la necessità di richiamare il principio di sinteticità tra i principi generali del processo amministrativo. Tuttavia, ciò pare connesso maggiormente con il fine di generalizzarne ed estenderne l'applicazione al di fuori del rito speciale appalti, anziché come una considerazione quale principio fondamentale processuale amministrativo.

Si ritiene opportuno evidenziare che la sinteticità degli atti delle parti e del giudice e la motivazione dei provvedimenti decisori del giudice sono correlate dall'art. 3, sotto la medesima rubrica normativa. Tuttavia, mentre l'obbligo di motivazione dei provvedimenti decisori ha un esplicito fondamento costituzionale (art. 111 Cost.: "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati"), questo non si rinviene con riferimento alla sinteticità.

Per di più, pur riconducendo il principio di sinteticità a quello della ragionevole durata del processo, il primo risulta un mero corollario del

²³⁶ Infatti, gli articoli 1 e 2 si limitano a richiamare il principio di effettività ("art. 1. La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo") e quello del giusto processo ("art. 2, c. 1. Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione c. 2. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo"). Cfr. a tal proposito le chiare riflessioni di F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 8 ss.; M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017, 203 ss.; G. P. CIRILLO, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello*, vol. XXXII, 2014, 39 ss.; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit., 101 ss.; E. PICOZZA, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II, *passim*.

secondo. Pertanto, è corretto affermare che la regola della sinteticità trova fondamento nel principio della ragionevole durata del processo, ma ciò non implica altresì che i due principi si identifichino. Perciò, il principio di sinteticità non può considerarsi di rilievo costituzionale.

L'obbligo di motivazione ed il principio di sinteticità, anche se accostati nella disposizione normativa, non costituiscono principi dotati della medesima consistenza. Alla luce di quanto evidenziato sin qui, sarebbe ragionevole che il sistema normativo riservi un trattamento più rigoroso alle eventuali violazioni dell'obbligo di motivazione, rispetto ad eventuali inosservanze del principio di sinteticità.

Inoltre, quantomeno in fase iniziale, la norma introdotta dal legislatore non risulta corredata di sanzione in quanto alcuna conseguenza negativa, che invalidi l'atto o che sanzioni la condotta difforme, è connessa alla eventuale violazione del principio di sinteticità, come se si trattasse di una disposizione a carattere meramente programmatico, non avente valore precettivo.

La disciplina legislativa iniziale non indica neanche i parametri per la qualificazione della sinteticità. In parte essi vengono forniti in relazione all'atto decisorio con riferimento alla sentenza semplificata, laddove si specifica nell'art. 74 c.p.a. che in tal caso “la motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero se del caso ad un precedente conforme”. Lo stesso non avviene in relazione alle domande di parte²³⁷.

²³⁷ A tal proposito, cfr. la chiara ed efficace analisi del quadro normativo effettuata da F. FRANCIARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2018, 129 ss.

2.1 Le modifiche codicistiche intervenute in seguito al secondo correttivo c.p.a., le misure urgenti orientate all'efficienza degli uffici giudiziari, le previsioni del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167/2016.

La costituzione del sistema di giustizia amministrativa risulta esser frutto *ab origine* di continui interventi riformatori, caratterizzati, negli ultimi decenni, da una pressoché costante frenesia.

Nel solco di questa premessa ricostruttiva, sanzioni e parametri corredano la disciplina della sinteticità soltanto in una fase successiva rispetto al primigenio dettato normativo sul principio *de quo*.

Ad opera del c.d. secondo correttivo al c.p.a. - d.lg. 14 settembre 2012, n. 160, recante “Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, contenente il codice del processo amministrativo, a norma dell’articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69” -, è modificata la disciplina contenuta nell’art. 26 c.p.a. in tema di spese di giudizio, statuendo che il giudice possa a tal fine tener conto “del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all’articolo 3, comma 2 del codice”. La disposizione riveste carattere generale ed è perciò valida per qualunque rito.

Secondo chi analizza qui, emerge *ictu oculi* che la norma *de qua*, mediante la previsione della condanna alle spese di lite, introduce uno strumento utile a sanzionare l’eventuale violazione del principio di sinteticità.

Successivamente, il legislatore interviene per fissare i parametri ai fini della qualificazione della sinteticità. *More solito*, la disciplina viene dettata

prima in relazione al solo rito speciale degli appalti; in seguito, ne viene estesa l'applicazione all'intero processo amministrativo.

Un'altra novità normativa è contenuta nel comma 6 dell'art. 120 c.p.a.²³⁸ che viene novellato dall'art. 40, comma 1, lett. *a*, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, recante Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari, come modificato dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, contenente la conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari. Nello specifico, viene introdotta la disposizione per cui: «Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2, le parti contengono le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di

²³⁸ Con precipuo riferimento all'articolo *de quo*, v. le ponderate ed originali riflessioni di M. A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita, Relazione al 60° Convegno di Studi di scienze amministrative*, Varenna 2014, in *Federalismi.it*, 18/2014, 32-35; cfr. altresì l'opera monografica di M. LIPARI, *La sinteticità degli atti difensivi*, Libro dell'anno del diritto 2016, Roma, 2016, 751 ss., in *Treccani.it*, in cui l'Autore rileva che la regolamentazione in esame è piena di lacune e di incertezze, in quanto non sono chiare le conseguenze derivanti dalla violazione dei parametri. A tal proposito, è stata prospettata la tesi della inammissibilità delle questioni dedotte oltre i limiti ma tale opzione rischierebbe di compromettere il diritto di difesa, tutelato sia a livello costituzionale che europeo. «Secondo altra, preferibile opinione, le novità normative concretizzano il concetto di sintesi, rilevante per valutare le condotte processuali delle parti». Sul principio in analisi, v. anche M. NUNZIATA, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, cit., 13277 ss.; *last but not least*, cfr. le illuminanti note di F. SAIITA, *Rito appalti e dovere di sinteticità: gli scritti difensivi "obesi" esistono, ma la ...dieta è sbagliata*, in *Lexitalia.it*, 7/2015; nonché la sintetica ed efficace nota di F. VOLPE, *Sui limiti all'estensione degli atti di difesa nel processo amministrativo, Note a margine del decreto del Presidente del Consiglio di Stato 25 maggio 2015 n. 40, sulla sinteticità degli atti defensionali*, in *Lexitalia.it*, 5/2015, che esprime considerazioni perplesse, auspicando una sostanziale riforma del Decreto, ritenendo erroneo il presupposto di contingentamento dell'esposizione degli argomenti di difesa.

categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti. Con il medesimo decreto sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti.

Il medesimo decreto, nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi, tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti.

Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto.

Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti; il mancato esame delle suddette questioni costituisce motivo di appello avverso la sentenza di primo grado e di revocazione della sentenza di appello”.

Sempre nell'ambito dell'innovativo quadro normativo, l'art. 7-*bis* del d.l. 31 agosto 2016, n. 168 - recante Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa -, articolo aggiunto dalla legge di conversione 25 ottobre 2016, n. 197, entrata in vigore il 30 ottobre 2016, ha esteso l'applicazione, in maniera generalizzata, di tale disciplina all'intero processo amministrativo, abrogando il comma 6 dell'art. 120 c.p.a. testé citato nonché introducendo l'art. 13-*ter* nell'allegato 2 del c.p.a..

In particolare, tale articolo riproduce quasi interamente il contenuto normativo del previgente comma 6 bis dell'art. 120, con una rilevante modifica contenuta nell'ultimo capoverso dell'ultimo comma. Nella formulazione attualmente vigente, l'art. 13-*ter* (Criteri per la sinteticità e la chiarezza degli atti di parte) prevede che:

«1. Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i principi di sinteticità e chiarezza di cui all'articolo 3, comma 2, del codice, le parti redigono il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del presidente del Consiglio di Stato, da adottare entro il 31 dicembre 2016, sentiti il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria degli avvocati amministrativisti.

2. Nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi si tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto.

3. Con il decreto di cui al comma 1 sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti.

4. Il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, anche mediante audizione degli organi e delle associazioni di cui al comma 1, effettua un monitoraggio annuale al fine di verificare l'impatto e lo stato di attuazione del decreto di cui al comma 1 e di formulare eventuali proposte di modifica. Il decreto è soggetto ad aggiornamento con cadenza almeno biennale, con il medesimo procedimento di cui al comma 1.

5. Il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione».

Chi scrive ha ritenuto utile riportare integralmente tale articolo nel *corpus* della tesi *de qua* alla luce della portata innovativa che si ritiene rivesta e che pare feconda di diversi spunti ricostruttivi analitici.

Proseguendo con l'analisi del nuovo quadro normativo, in attuazione dell'art. 120 c.p.a., è stato originariamente emanato il Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 40 del 25 maggio 2015, poi sostituito dal Decreto n. 167 del 22 dicembre 2016 reso in attuazione dell'art. 13-*ter* dell'allegato II al codice del processo amministrativo. Chi riflette qui considera opportuno evidenziare che il Decreto Presidenziale n. 167/2016 non si è limitato a fissare i criteri di redazione²³⁹ ed i limiti dimensionali²⁴⁰, ma ha

²³⁹ Ai sensi dell'art. 2 del Decreto in esame, i "Criteri di redazione degli atti processuali di parte" vengono così inquadrati: «Fermo quanto disposto dagli articoli 40 e 101 del codice del processo amministrativo, gli atti introduttivi del giudizio, in primo grado o in sede di impugnazione, i ricorsi e le impugnazioni incidentali, i motivi aggiunti, l'atto di intervento volontario: a) recano distintamente la esposizione dei fatti e dei motivi, in parti specificamente rubricate (si raccomanda la ripartizione in: Fatto/Diritto; Fatto/Motivi; Fatto e svolgimento dei pregressi gradi di giudizio/Motivi); b) recano in distinti paragrafi, specificamente titolati, le eccezioni di rito e di merito, le richieste di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, le richieste di rinvio alla Corte costituzionale, le istanze istruttorie e processuali (es. di sospensione, interruzione, riunione); c) recano i motivi e le specifiche domande formulate in paragrafi numerati e muniti di titolo; d) evitano, se non è strettamente necessario, la riproduzione pedissequa di parti del provvedimento amministrativo o giurisdizionale impugnato, di documenti e di atti di precedenti gradi di giudizio mediante "copia e incolla"; in caso di riproduzione, riportano la parte riprodotta tra virgolette, e/o in corsivo, o con altra modalità atta ad evidenziarla e differenziarla dall'atto difensivo; e) recano in modo chiaro, in calce alle conclusioni dell'atto processuale o in atto allegato evidenziato nell'indice della produzione documentale, l'eventuale istanza di oscuramento dei dati personali ai sensi dell'articolo d.lgs. n. 196/2003 e altre istanze su cui il giudice sia tenuto a pronunciarsi; f) ai fini di cui all'articolo 4 e dell'articolo 9 del presente decreto, recano, ove possibile, un'impaginazione dell'atto che consenta di inserire la parte di atto rilevante ai fini dei limiti dimensionali in pagine distinte rispetto a quelle contenenti le parti non rilevanti; g) se soggetti al regime del processo amministrativo telematico, quando menzionano documenti o altri atti processuali, possono contenere collegamenti ipertestuali a detti documenti e atti; h) quando eccedono i limiti dimensionali ordinari di cui all'articolo 3, recano, dopo l'intestazione e l'epigrafe, una sintesi e, ove possibile, un sommario».

²⁴⁰ L'art. 3 del Decreto *de quo* differenzia i limiti dimensionali a seconda del rito: «a) nei riti dell'accesso, del silenzio, del decreto ingiuntivo (sia ricorso che opposizione), elettorale di cui all'articolo 129 del codice del processo amministrativo, dell'ottemperanza per decisioni rese nell'ambito dei suddetti riti, dell'ottemperanza a decisioni del giudice ordinario, e in ogni altro rito

altresì previsto che questi ultimi possano essere derogati previa autorizzazione del Presidente dell'organo giurisdizionale adito (Consiglio di Stato o Tribunale amministrativo regionale).

L'autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali deve essere presentata con apposita "istanza motivata, allegando ove possibile lo schema di ricorso, sulla quale il Presidente o magistrato delegato si pronuncia con decreto entro i tre giorni successivi" ex art. 6²⁴¹.

È stato anche stabilito che "In caso di superamento dei limiti dimensionali non autorizzato preventivamente ai sensi dell'articolo 6, per gravi e giustificati motivi il giudice, su istanza della parte interessata, può successivamente autorizzare, in tutto o in parte, l'avvenuto superamento dei

speciale non espressamente menzionato nel presente comma, 30.000 caratteri (corrispondenti a circa 15 pagine nel formato di cui all'articolo 8); b) nel rito ordinario, nel rito abbreviato comune di cui all'art. 119, nel rito appalti, nel rito elettorale di cui all'articolo 130 e seguenti del codice del processo amministrativo, e nei giudizi di ottemperanza a decisioni rese nell'ambito di tali riti, 70.000 caratteri (corrispondenti a circa 35 pagine nel formato di cui all'articolo 8). L'art. 4 precisa invece che sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto, comprendenti, in particolare:— l'epigrafe dell'atto;— l'indicazione delle parti e dei difensori e relative formalità;— l'individuazione dell'atto impugnato;— il riassunto preliminare, di lunghezza non eccedente 4.000 caratteri (corrispondenti a circa 2 pagine nel formato di cui all'articolo 8), che sintetizza i motivi dell'atto processuale;— l'indice dei motivi e delle questioni;— le ragioni, indicate in non oltre 4.000 caratteri (corrispondenti a circa 2 pagine nel formato di cui all'articolo 8), per le quali l'atto processuale rientri nelle ipotesi di cui all'articolo 5 e la relativa istanza ai fini di quanto previsto dall'articolo 6;— le conclusioni dell'atto;— le dichiarazioni concernenti il contributo unificato e le altre dichiarazioni richieste o consentite dalla legge, ivi compresa l'eventuale istanza di oscuramento dei dati personali ai sensi dell'articolo 52, d.lgs. n. 196/2003; — la data, il luogo e le sottoscrizioni delle parti e dei difensori;— l'indice degli allegati;— le procure a rappresentare le parti in giudizio;— le relazioni di notifica e le relative richieste e dichiarazioni. L'art. 8 detta infine le specifiche tecniche, precisando che "nel conteggio del numero massimo di caratteri non si computano gli spazi; b) fermo restando il numero massimo di caratteri, gli atti sono ordinariamente redatti sull'equivalente digitale di foglio A4 nonché su foglio A4 per le copie o gli originali cartacei prescritti dalle disposizioni vigenti, mediante caratteri di tipo corrente e di agevole lettura (ad es. *Times New Roman*, *Courier*, *Garamond*) e preferibilmente di dimensioni di 14 pt, con un'interlinea di 1,5 e margini orizzontali e verticali di cm 2,5 (in alto, in basso, a sinistra e a destra della pagina). Non sono consentite note a piè di pagina».

²⁴¹ L'articolo *de quo* risulta in tal modo modificato dal D.P.C.S. 16 ottobre 2017 n. 127. Invece, il testo in versione originaria prevedeva che l'istanza dovesse essere proposta "in calce allo schema di ricorso".

limiti dimensionali” ai sensi dell’art. 7²⁴².

3. I primi orientamenti giurisprudenziali susseguenti al recente quadro normativo.

L’analisi sistematica dell’aggiornato dato normativo permette a chi conduce la riflessione *de qua* di esplicitare alcune considerazioni.

Innanzitutto, il principio di sinteticità è contenuto in norme di legge ordinaria e costituisce di certo un principio generale del processo amministrativo.

Inoltre, esso può ritenersi un corollario del principio costituzionale del giusto processo, in particolare di quello della ragionevole durata, ma, come già accennato, non pare a chi scrive che possa ritenersi che abbia fondamento costituzionale.

Appare utile evidenziare che nessuna disposizione normativa prevista nelle fonti primarie stabilisce *expressis verbis* che la violazione del principio possa di per sé causare l’inammissibilità della domanda. Difatti, le conseguenze derivanti dall’eventuale mancata osservanza del principio sono sancite, come già accennato, *ex art. 26 c.p.a.*, in termini di possibile rilevanza ai fini della condanna alle spese, nonché dal comma 5 dell’art. 13-*ter* dell’All. 2 c.p.a. ai sensi del quale il mancato esame della parte dell’atto eccedente i limiti dimensionali prescritti o autorizzati non invalida perciò la pronuncia del giudice.

²⁴² Per un’analisi puntuale di tali articoli, cfr. le chiare note di F. FRANCIARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell’atto di parte*, cit., spec. par. 2.2.

Per di più, è prevista la possibilità che la produzione in giudizio di un atto redatto dalla parte in violazione del principio, ossia senza osservare i limiti dimensionali, venga autorizzata dal Presidente dell'organo giurisdizionale adito, prima della presentazione dell'atto, o anche successivamente, dal giudice. Tuttavia, la statuizione *de qua* non è contenuta in una norma primaria bensì rinvia il suo fondamento nel Decreto del Presidente del Consiglio di Stato, che anche secondo chi scrive qui non rientra tra le fonti del diritto, né sostanziale né processuale.

In tale cornice normativa, la giurisprudenza pare attualmente esprimere l'orientamento per cui il superamento dei limiti dimensionali comporterebbe l'inammissibilità, *in parte qua*, delle censure o delle deduzioni svolte dalla parte.

In particolare, si analizzano nel senso *de quo* due recenti pronunce della Sezione Quarta e della Sezione Quinta del Consiglio di Stato.

La decisione della Sezione IV n. 4636/2016 pare suffragare le ragioni che inducono a ritenere la violazione del limite dimensionale quale motivo d'inammissibilità, *in parte qua*, della doglianza o della deduzione effettuata dalla parte. Codesta pronuncia dichiara inammissibile l'appello per violazione del dovere di specificità dei motivi di ricorso sancito dal combinato disposto degli artt. 40, c. 1, lett. *d*) e 101, c. 1, c.p.a. nonché del dovere di sinteticità previsto dall'art. 3, c. 2, c.p.a..

Nel caso specifico, il giudice si è trovato di fronte ad un atto di appello costituito da 217 pagine, contenente plurime reiterazioni delle stesse argomentazioni, caratterizzato dall'esposizione delle medesime in maniera non specifica ed esaustiva ma mediante "motivi intrusi", con la presenza di interpolazioni con atti giudiziari ed amministrativi (talvolta fotocopiati ed

inseriti nel testo), di stralcio di dibattiti in sedute di organi collegiali nonché da “manifesta prolissità”.

Con riferimento a quanto sinora rilevato, chi riflette qui comprende solidalmente sotto un profilo soggettivo (*melius*: umano) l’attività svolta dal giudice nel caso in analisi, tuttavia pare necessario soffermarsi sulla motivazione della sentenza. In relazione alla natura e all’*ubi consistam* (id est: fondamento) dei doveri di sinteticità, chiarezza e specificità nonché alle conseguenze derivanti dalla loro inosservanza, la pronuncia statuisce che: gli artt. 3, 40 e 101 c.p.a. definiscono gli elementi essenziali del ricorso, con riferimento alla *causa petendi* (i motivi di gravame) ed al *petitum*, ovvero la decisione puntuale in concreto demandata al giudice; con precipuo riferimento alla stesura dei motivi, il fine delle disposizioni è quello di incentivare la redazione di ricorsi dal contenuto intellegibile e di costituire un freno ad una prassi in cui i ricorsi, oltre ad essere pressoché privi del carattere della sinteticità, non contengono una corretta suddivisione tra fatto e motivi, con il derivante rischio che trovino spazio i c.d. “motivi intrusi”, ovvero quelli inseriti nelle parti del ricorso dedicate al fatto, che ingenerano il rischio della pronuncia di sentenze che non esaminano tutti i motivi a causa della complessità nell’intercettarli in maniera chiara ed univoca e, pertanto, concretizzano il rischio di incorrere nella revocazione.

La chiarezza e la specificità degli scritti difensivi, nello specifico dei motivi, fanno riferimento all’ordine delle questioni, al linguaggio da usare, alla correlazione logica con l’atto impugnato (sentenza o provvedimento), alle difese delle controparti.

Pertanto, costituisce onere della parte ricorrente effettuare una sintesi del fatto sostanziale e processuale, utile alla piena comprensione e

valutazione delle censure, per tale via scongiurando la prolissità e la contraddittoria commistione fra argomenti, domande, eccezioni nonché richieste istruttorie.

Pare a tal punto utile evidenziare che l'inammissibilità dei motivi di appello non deriva soltanto dal difetto di specificità *ex art. 101, c. 1, c.p.a.*, ma anche dalla loro mancata separata indicazione in apposita parte del ricorso a loro dedicata, come sancito dall'art. 40 c.p.a. applicabile a giudizi di impugnazione alla luce del rinvio interno operato dall'art. 38 c.p.a.; perciò, si determina l'inammissibilità per violazione dei doveri di sinteticità e specificità dei motivi, come previsto dagli artt. 3 e 40 c.p.a.²⁴³.

A chi scrive appare altresì opportuno mettere a tal punto in rilievo, in linea con quanto già accennato, che il dovere di sinteticità, sancito dall'art. 3, comma 2, c.p.a., strumentalmente connesso al principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 2, comma 2, c.p.a., è a sua volta corollario del giusto processo, ed acquisisce una valenza particolare nel giudizio amministrativo contraddistinto dalla rilevanza dell'interesse pubblico in occasione del controllo sull'esercizio della funzione pubblica.

L'impostazione *de qua* è in linea con l'idea della giurisdizione quale risorsa a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in maniera razionale, al fine di consentirne il potenziale utilizzo altresì alle parti nelle altre cause pendenti nonché «agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla cognizione del giudice statale»²⁴⁴.

²⁴³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5400.

²⁴⁴ La funzione giurisdizionale, come in parte già rilevato, è stata inquadrata quale "risorsa scarsa" da Ad. Plen., Cons. St., 25 febbraio 2014, n. 9 e 27 aprile 2015, n. 5, e l'idea *de qua* è stata poi ripresa

Gli oneri di specificità, sinteticità e chiarezza gravanti sulla parte ricorrente nonché sul suo difensore, che tecnicamente la assiste in giudizio, trovano il loro fondamento normativo: nell'art. 24 Cost., in quanto soltanto un'esposizione chiara dei motivi di ricorso o delle ragioni che sorreggono la domanda permette la realizzazione del diritto di difesa delle altre parti evocate in giudizio; nella loro strumentalità all'attuazione del principio di ragionevole durata del processo, ai sensi dell'art. 111, comma secondo, Cost., poiché un giudizio impostato in modo chiaro e sintetico, con precipuo riferimento alla *causa petendi* ed al *petitum*, consente una più immediata ed agevole decisione del giudice, evita che le parti si dilunghino su argomentazioni ed eccezioni proposte a mero fine tuzioristico, rende meno probabile il ricorso ai mezzi di impugnazione e, tra questi, nello specifico al ricorso per revocazione, soprattutto se proposto con finalità unicamente dilatorie del passaggio in giudicato della decisione.

Sotto un profilo comunitario, la necessità della brevità degli scritti difensivi non costituisce soltanto una peculiarità dell'ordinamento processuale italiano²⁴⁵.

Alla luce di quanto finora rilevato, chi analizza qui ritiene che i principi di specificità, chiarezza e sinteticità, lungi dal rivelarsi come un impedimento alla piena esplicazione del diritto alla tutela giurisdizionale, risultano in concreto funzionali alla più piena e complessiva realizzazione

dalle SS. UU., Cass. Civ., nn. 26242 e 26243 nonché nelle SS. UU., Cass. Civ., 20 ottobre 2016 n. 21260.

²⁴⁵ Si intende qui fare riferimento alle istruzioni pratiche relative ai ricorsi ed alle impugnazioni adottate il 15 ottobre 2004 (G.U. I. 8 dicembre 2004, n. 29) e modificate il 27 gennaio 2009 (G.U. I. del 31 gennaio 2009, n. 29) dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

del diritto di difesa in giudizio di tutte le parti del processo, in attuazione degli artt. 24 e 111 Cost..

Va sottolineato che a suffragare gli approdi esegetici cui è pervenuta la giurisprudenza sin qui enucleata, è intervenuta la disciplina normativa di cui all'art. 7-bis, d.l. n. 168 del 2016, convertito con modificazioni dalla l. n. 197 del 2016, che, al fine di conferire effettività al dovere di sinteticità e chiarezza degli scritti difensivi, ha esteso a tutti i riti del processo amministrativo il precipuo meccanismo previsto *ab origine ex* art. 120, c. 6, c.p.a. per il solo rito avente ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici; tali norme cristallizzano il riconoscimento della fondatezza delle elaborazioni giurisprudenziali sinora evidenziate.

Nell'impostazione *de qua*, il principio di sinteticità di cui all'art. 3 c.p.a., viene assimilato alle regole - sulla forma e sul contenuto degli atti - di cui agli articoli 40 e 101 c.p.a., e tende a mescolare confusamente il principio di sinteticità con i principi di specificità e di chiarezza dei motivi nonché del giusto processo o a esplicitarlo in termini di mera brevità dell'atto processuale; giungendo in tal modo a sostenere *expressis verbis* che la violazione del dovere di sinteticità di cui all'art. 3, c. 2 c.p.a., come poc'anzi enucleato, renda inammissibile l'atto. Tra l'altro, appare complesso stabilire quale sia la norma da cui sarebbe possibile far derivare l'irricevibilità o inammissibilità *in parte qua* dell'atto processuale sovradimensionato.

Proseguendo con l'analisi giurisprudenziale, la pronuncia di Cons. Stato, Sez. V, del 12 Giugno 2017, n. 2852 prende in esame la questione con particolare riferimento alla necessità dell'autorizzazione e sostiene *ictu oculi* che, in assenza di esplicita autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali, le censure o deduzioni non sono ricevibili (*id est*:

“esaminabili”²⁴⁶: l’eventuale riproposizione dei motivi del ricorso di primo grado potrebbe, astrattamente, giustificare il superamento dei limiti dimensionali, ma al fine di poter essere esaminati, l’appellante deve acquisire l’autorizzazione preventiva dal Presidente del Consiglio di Stato ai sensi dell’art. 6 del su citato Decreto del 2016, ovvero, applicando correttamente il Decreto vigente del 2015, l’autorizzazione pervista al punto 11 da parte del Presidente di Sezione o di un Magistrato delegato).

In mancanza di tale autorizzazione, la parte dell’appello esorbitante i limiti sopra descritti non è esaminabile. Pertanto, secondo la Quinta Sezione, la mancanza di autorizzazione determina l’irricevibilità dell’atto per la parte eccedente i limiti dimensionali²⁴⁷.

²⁴⁶ Nel caso di specie, esaminando l’atto di appello, si sottolinea che, a prescindere dall’abnormità delle dimensioni dello stesso (pari a 124 pagine), anche applicando il decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016 n. 167, che è più favorevole per l’appellante, può essere esaminato l’atto di appello, escluse le intestazioni e il riassunto preliminare (che può farsi coincidere con la parte denominata “Fatto” dall’appellante) fino a pag. 39, ove sono contenute le censure, peraltro ricopiate pedissequamente con la tecnica del “copia e incolla” dal ricorso di primo grado, concernenti i motivi di primo grado riproposti in appello poiché assorbiti dal giudice di prime cure.

²⁴⁷ Si riporta la normativa di riferimento analizzata in maniera sistematica nonché un passo utile di Cons. Stato, Sez. V, del 12 Giugno 2017, n. 2852: “...le questioni trattate nella parte dell’atto introduttivo del giudizio eccedono i limiti dimensionali del ricorso e non devono essere esaminate dal Collegio”. Infatti, il previgente limite, applicabile al caso di specie *ratione temporis*, fissato dal Decreto dal Presidente del Consiglio di Stato con il Decreto 25 maggio 2015, pubblicato in Gazzetta ufficiale il 5 giugno 2015, in attuazione di quanto previsto dall’art. 120, comma 6, del medesimo codice, come modificato dall’art. 40 del d. l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, con la legge 11 agosto 2014, n. 114, prevedeva un numero massimo di 30 pagine, escluse intestazioni e riassunto dei motivi (della lunghezza massima, rispettivamente, di due pagine). Com’è noto, riguardo alla sinteticità degli atti di giudizio, l’art. 3, comma 2, c.p.a. dispone che “il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica. Della sinteticità dei ricorsi giurisdizionali amministrativi il legislatore tratta nuovamente nel successivo art. 26 c.p.a., il quale, nella versione risultante dalle modifiche apportate dall’art. 1, lett. d), d. lg. 14 settembre 2012, n. 160, dispone che “quando emette una decisione, il giudice provvede anche sulle spese del giudizio, secondo gli articoli 91, 92, 93, 94, 96 e 97 del codice di procedura civile, tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all’articolo 3, comma 2. Il legislatore ha dettato norme specifiche in tema di sinteticità degli atti processuali di parte per i casi nei quali il ricorso investa provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture. In riferimento a tali casi, l’art. 120 comma 6, c.p.a. dispone che “al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità di cui all’articolo 3, comma 2, le parti contengono le

Pare utile altresì analizzare, tra le altre, le sentenze della Sezione IV n. 1120 del 21 Marzo 2016 e n. 2866 del 29 Giugno 2016 del Consiglio di Stato.

Nella prima si afferma che è causa di inammissibilità dell'appello il fatto che sussista “una complessiva ridondanza e mancanza di sinteticità degli appelli in violazione degli obblighi di sinteticità e specificità dei mezzi di gravame”. La seconda, dopo aver in via preliminare rilevato che “escluse le pagine che contengono le relate di notifica, il ricorso in appello conta 60 pagine e la memoria illustrativa 125. Tali documenti si sviluppano in modo confuso, ridondante e ripetitivo; essi contengono plurime e intricate reiterazioni dei medesimi argomenti, che rendono difficoltosa la lettura e la

dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti con Decreto del presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato Generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti. Con il medesimo decreto sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti. Il decreto *de quo*, nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi, tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto. Il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti; il mancato esame delle suddette questioni costituisce motivo di appello avverso la sentenza di primo grado e di revocazione della sentenza di appello. Per un'analisi complessiva si evidenzia che la legge 25 ottobre 2016, n. 197, in vigore dal 29 ottobre 2016, ha abrogato le ultime alinee dell'art. 120, comma 6, c.p.a. dalle parole “Con il medesimo decreto” ed ha introdotto, fra le disposizioni di attuazione del medesimo codice, l'art. 13-ter, in base al quale “il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione”. A completamento della normativa sulla sinteticità dei ricorsi, il Presidente del Consiglio di Stato, in data 22 dicembre 2016, ha emanato il decreto n. 167/2016, con cui ha dettagliatamente reintrodotta i limiti dimensionali dei ricorsi e degli altri atti difensivi nel processo amministrativo. Tale decreto, all'art. 3, dispone che “b) nel rito ordinario, nel rito abbreviato comune di cui all'art. 119, nel rito appalti, nel rito elettorale di cui all'art. 130 e seguenti del codice del processo amministrativo, e nei giudizi di ottemperanza a decisioni rese nell'ambito di tali riti, 70.000 caratteri (corrispondenti a circa 35 pagine nel formato di cui all'art. 8). Da tali limiti è escluso il riassunto preliminare, di lunghezza non eccedente 4.000 caratteri (corrispondenti a circa 2 pagine nel formato di cui all'art. 8), che sintetizza i motivi dell'atto processuale”. Per ulteriori indicazioni normative in combinato disposto nonché per un'equilibrata analisi della giurisprudenza *de qua*, V. F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., spec. par. 3.

comprensione del testo, non ordinato fra fatto, svolgimento del processo e motivi di impugnazione, senza che sia dato cogliere effettivamente quali siano le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, necessario contenuto del ricorso in appello secondo la prescrizione dell'art. 101 c.p.a.”, conclude che “ne risulta la violazione dei principi di sinteticità e di chiarezza degli atti processuali, alla quale segue, sulla scorta di consolidati principi giurisprudenziali e della normativa processuale di riferimento, l'inammissibilità del gravame”.

In considerazione delle predette sentenze, si potrebbe ritenere che il giudice amministrativo si stia orientando nel senso che la violazione del principio della sinteticità, per come disciplinato dal D.P.C.S. n. 167/2016, causerebbe l'inammissibilità o irricevibilità del motivo o della deduzione oltre i limiti dimensionali²⁴⁸.

Prima facie, tale posizione del giudice amministrativo, sembrerebbe esser stata in un certo senso rafforzata dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione che, con la sentenza 17 gennaio 2017 n. 964, “ha escluso che la pronuncia d'inammissibilità resa con riferimento al principio di sinteticità possa integrare gli estremi di un rifiuto di giurisdizione o di diniego di giustizia per il fatto di non pronunciare su tutta la domanda”. A prescindere dalla semplificazione della massima, l'attenta analisi della motivazione

²⁴⁸ Tuttavia, sussistono pronunce in cui il giudice amministrativo esclude che la violazione del limite dimensionale comporti l'irricevibilità, sempre ovviamente *in parte qua*, dell'atto. V. in tal senso C.G.A.R.S., ord., n. 536 del 2014, a fronte di un appello di centoventisette pagine ritenuto palesemente non proporzionato al livello di complessità della vicenda e contrastante con il principio di chiarezza e sinteticità sancito dall'art. 3, c. 2, c.p.a., non dichiara inammissibile l'appello ma invita la parte appellante a produrre una memoria riepilogativa sintetica di non oltre venti pagine per un massimo di venticinque righe per pagina. Cfr. altresì la più recente Cons. Stato, sez. VI, 19 Giugno 2017, n. 2969, che sia pur delimitando la rilevanza *ratione temporis*, ha ad ogni modo sostenuto che “nella comparazione assiologica dei principi processuali di sinteticità e chiarezza con il diritto ad una pronuncia che definisca nel merito le questioni dedotte, va data prevalenza a quest'ultimo”.

della sentenza permette di addivenire a chiarimenti pregnanti proprio sull'effettiva consistenza del principio di sinteticità.

Infatti, la motivazione mette bene in rilievo che non si recede dai limiti interni della giurisdizione e che si pone la questione di applicazione delle norme processuali soltanto se ed in quanto la pronuncia d'inammissibilità non sia fondata direttamente sulla violazione del principio di sinteticità *sic et simpliciter*, bensì sulla violazione delle norme primarie che disciplinano forma e contenuto dell'atto processuale, ossia degli articoli 40 e 101 c.p.a..

A tal proposito, le Sezioni Unite sostengono che “La sentenza impugnata ha rilevato che gli articoli 40 e 101, comma 1, del codice del processo amministrativo *expressis verbis* prevedono che i motivi del ricorso devono essere specifici e che eventuali motivi proposti in violazione di detto principio sono inammissibili.

Perciò, può ritenersi, alla luce del dato normativo, che il Consiglio di Stato si è attenuto alle disposizioni normative del processo amministrativo ritenendo che la mancanza di specificità dei motivi, individuati nella mancata suddivisione dell'atto di appello tra lo svolgimento del processo, realizzato con “la tecnica del copia ed incolla”, e l'esposizione di specifici motivi in ragione della commistione all'interno di questi ultimi fra “argomenti, domande, eccezioni e richieste istruttorie”, costituiva un motivo di inammissibilità in ragione della espressa disposizione dell'art. 40 c.p.a., riferibile al ricorso di primo grado che ha ritenuto applicabile in virtù di una medesima *ratio* anche all'atto di appello.

Tale interpretazione estensiva, può apparire condivisibile o meno; tuttavia, pare a chi scrive che può pacificamente ritenersi che il Consiglio di Stato non ha esorbitato dai limiti interni della giurisdizione, applicando una

previsione di inammissibilità stabilita *expressis verbis* dal codice di procedura amministrativa in relazione alla fattispecie concreta *de profundis* esaminata.

Per quel che concerne gli ulteriori profili riguardanti la mancanza di sinteticità e chiarezza, questa Corte di Cassazione ha già avuto modo di specificare che tali condizioni sono ora sancite nel nostro ordinamento dall'art. 3, comma 2, del c.p.a., che contiene un principio processuale generale, idoneo ad operare anche nel processo civile ed il cui mancato rispetto espone il ricorrente ad una potenziale declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, poiché rischia di compromettere l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa nonché confuse le censure avanzate alla sentenza gravata, per tale via risultando in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo, di cui all'articolo 111 Cost., ed altresì con il principio di leale collaborazione tra le parti processuali e tra queste ed il giudice, concretandosi come un impedimento al pieno ed efficace espletamento del contraddittorio processuale.

Pertanto, le Sezioni unite riconoscono che si tratti di un vero e proprio principio generale del processo, idoneo ad operare anche al di fuori del processo amministrativo; tuttavia puntualizzano che, *rebus sic stantibus*, la sua inosservanza può essere sintomatica della sussistenza di un vizio dell'atto che si manifesta soltanto se viene con ciò compromessa l'intelligibilità delle questioni dedotte²⁴⁹.

²⁴⁹ Invece, nel caso di specie si è posta una mera questione di interpretazione delle norme processuali, perciò non sindacabile quale motivo di giurisdizione, in quanto l'inammissibilità del ricorso è stata pronunciata dal giudice amministrativo con riferimento alla specifica previsione normativa di cui all'art. 40, lett. d) c.p.a..

In linea con quanto sin qui evidenziato, si pongono anche le più recenti sentenze della Corte di cassazione. In particolare, nella pronuncia della Sezione Prima, 13 aprile 2017, n. 9570 si sostiene *ictu oculi* che “il mancato rispetto del dovere di chiarezza e sinteticità espositiva degli atti processuali”, sancito dall’art. 3, comma 2, del c.p.a. - secondo cui «il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica» -, esprime un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile, «espone il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell’intera impugnazione o del singolo motivo di ricorso». Ciò avviene non per l’irragionevole estensione dell’atto o del motivo (che non è sanzionata sotto il profilo normativo), bensì poiché «rischia di pregiudicare l’intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l’esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata, ridondando nella violazione delle prescrizioni di cui ai nn. 3 (esposizione sommaria dei fatti della causa) e 4 (motivi per i quali si chiede la cassazione, con l’indicazione delle norme di diritto su cui si fondano) dell’art. 366 c.p.c., assistite da una sanzione testuale di inammissibilità»²⁵⁰.

L’inosservanza del dovere processuale di chiarezza e di sinteticità espositiva contrasta con la finalità di conferire maggiore rilievo allo scopo del processo, che dovrebbe tendere ad una decisione di merito, al fine di garantire una tutela reale ed effettiva del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, nell’ossequio dei principi del giusto processo di cui all’art. 111, comma secondo, Cost. nonché ai sensi dell’art. 6 CEDU, con l’obiettivo ulteriore di non far ricadere oneri processuali superflui sia sullo Stato sia sulle parti.

²⁵⁰ Cfr. Cass., 20 ottobre 2016, n. 21297.

Proseguendo con l'analisi della giurisprudenza recente, pare a chi scrive che rilevante ai fini dell'indagine sin qui condotta sia la pronuncia di Cassazione, Sezione Terza, 31 luglio 2017, n. 18962, poiché dopo aver evidenziato che il ricorrente avesse “ecceduto nel riportare in modo quasi meticoloso ogni singolo accadimento processuale ... impiegando ben cinquantuno pagine per spiegare l'intero svolgimento dei gradi di merito”, dichiara inammissibile il ricorso non già per la lunghezza ritenuta sicuramente eccessiva dell'atto, bensì in quanto “mancava del tutto il momento di sintesi funzionale e l'illustrazione dei motivi non consentiva di cogliere i fatti rilevanti in funzione della comprensione dei motivi stessi”. Perciò, il ricorso va dichiarato inammissibile, secondo la Corte, se l'esposizione rende particolarmente intricata e contorta l'individuazione delle questioni e se la Corte viene “impropriamente investita della ricerca e della selezione dei fatti (anche processuali) rilevanti ai fini del decidere”.

Le pronunce segnalate non si discostano dall'orientamento costantemente seguito dalla Corte di cassazione in relazione ai vizi della *editio actionis*, secondo cui sussiste nullità dell'atto soltanto in caso di omissione o assoluta incertezza sul *petitum* o sulla *causa petendi*²⁵¹.

Pertanto può ritenersi che la Corte di Cassazione, pur conferendo certamente rilievo al principio di sinteticità, pare orientata a sostenere che il principio *de quo* non sia esplicabile unicamente in termini di mera brevità o meno dell'atto, ed altresì che l'inosservanza del dovere di sinteticità possa causare l'inammissibilità o irricevibilità *in parte qua* dell'atto processuale

²⁵¹ Per un'analisi in tal senso nonché per ulteriori indicazioni dottrinali e giurisprudenziali anche meno recenti, cfr. F. FRANCIOSI, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., spec. nota 16.

soltanto qualora renda oscure e scarsamente intelleggibili le questioni sollevate, concretandosi in una violazione dei requisiti di forma e contenuto degli atti processuali previsti dalle disposizioni normative di riferimento.

4. *Questioni problematiche dell'inosservanza dei limiti dimensionali: l'art. 13 ter dell'All. 2 al c.p.a. e l'ermeneusi fuorviante del principio di sinteticità.*

L'analisi ricostruttiva sinora effettuata con riferimento al profilo normativo e giurisprudenziale in tema di sinteticità degli atti di parte disvela sia alcuni aspetti pacifici che svariati nodi problematici.

Certamente, può ritenersi che si è in presenza di un principio di diritto processuale generale e che la sua inosservanza assume rilievo ai fini della condanna alle spese di lite.

A chi scrive appaiono invece complessi sia l'individuazione della consistenza reale del principio, sia delle conseguenze derivanti dalla violazione dello stesso con riferimento al regime delle nullità processuali.

Nell'ambito del tentativo di risoluzione degli aspetti problematici, pare che la giurisprudenza amministrativa si sia orientata nel senso di sostenere che l'inosservanza non autorizzata dei limiti dimensionali, fissati con Decreto del Presidente del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 13-ter dell'All. 2 al c.p.a., causerebbe l'irricevibilità o inammissibilità, *in parte qua*, dell'atto. Per tale via, potrebbe ritenersi che il principio sia esplicabile in termini di mera brevità dell'atto e che la regola della brevità costituirebbe un requisito di forma dell'atto tale che la sua inosservanza ne comporterebbe l'irricevibilità o inammissibilità almeno *in parte qua*.

Tuttavia, pare a chi argomenta qui che l'idea conclusiva inerente la nullità dell'atto processuale sovradimensionato risulti ricavata in maniera poco meditata, fondandosi sulla mera esistenza di una disposizione prescrittiva di uno specifico adempimento formale, tralasciando che il mancato rispetto delle forme previste per il compimento di un atto processuale non ne causa la nullità se questa non è sancita *expressis verbis* dalla legge o se l'atto è in ogni modo idoneo a conseguire il suo fine proprio, alla luce dei principi generali contenuti nell'art. 156 c.p.c..

Difatti, attuando una riflessione sia in merito alla necessità di una previsione normativa espressa della nullità, sia sul fine dell'atto processuale, l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che pare profilarsi non risulta condivisibile.

Infatti, come già rilevato, il principio fondamentale in tema di nullità processuali è quello della c.d. tassatività delle nullità, per cui la nullità non può essere comminata se non è espressamente prevista dalla legge. Il principio *de quo* di cui all'art. 156 c.p.c. è pacificamente applicabile al processo amministrativo, anche per il rinvio *ex art. 39, c. 1, c.p.a.*

Il contenuto formale dell'atto introduttivo del giudizio nel processo amministrativo è previsto dagli articoli 40 e 44 c.p.a., che stabiliscono che sussiste nullità nei casi di mancata sottoscrizione, di mancata indicazione specifica dei motivi di ricorso e d'inosservanza delle altre norme contenute nell'art. 40 se si verifica un'incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda²⁵².

²⁵² Pare utile riportare in nota il testo degli articoli 40 e 44 c.p.a. allo scopo di chiarirne il contenuto nonché la connessa stratificazione normativa, in relazione alle modifiche apportate dal cd. secondo correttivo al Codice (d.lg. 14 settembre 2012, n. 160, recante Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo,

Pertanto, può ritenersi che l'art. 13-ter dell'All. 2 del c.p.a. introduce il limite dimensionale quale requisito formale dell'atto processuale di parte, tuttavia non viene espressamente sancita la nullità dell'atto che risulti carente del requisito *de quo*.

a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69), entrato in vigore il 3 ottobre 2012, che hanno introdotto il comma 2 e la scansione delle lettere d, e, f nell'art. 40. Per cui: "Art. 40. Contenuto del ricorso. 1. Il ricorso deve contenere distintamente: a) gli elementi identificativi del ricorrente, del suo difensore e delle parti nei cui confronti il ricorso è proposto; b) l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato, e la data della sua notificazione, comunicazione o comunque della sua conoscenza; c) l'esposizione sommaria dei fatti; d) i motivi specifici su cui si fonda il ricorso; e) l'indicazione dei mezzi di prova; f) l'indicazione dei provvedimenti chiesti al giudice; g) la sottoscrizione del ricorrente, se esso sta in giudizio personalmente, oppure del difensore, con indicazione, in questo caso, della procura speciale. 2. I motivi proposti in violazione del comma 1, lettera d), sono inammissibili". Di seguito: "Art. 44. Vizi del ricorso e della notificazione 1. Il ricorso è nullo: a) se manca la sottoscrizione; b) se, per l'inosservanza delle altre norme prescritte nell'articolo 40, vi è incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda. 2. Se il ricorso contiene irregolarità, il collegio può ordinare che sia rinnovato entro un termine a tal fine fissato". Per un'analisi di tale dato normativo, cfr. R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017, 780-782, per cui la riformulazione dell'art. 40 c.p.a. avrebbe l'effetto di prevedere *expressis verbis* l'inammissibilità dei motivi che non risultino distintamente formulati nella parte dell'atto ad essi appositamente dedicata. Tuttavia, in tal caso, sarebbe criticabile il legislatore per il fatto di occultare scientemente una norma portatrice di gravi conseguenze sul regime degli atti processuali e che, peraltro, sarebbe stata prevista proprio con l'obiettivo di assicurare la chiarezza degli atti processuali nonché di arginare la *malpractice* o la mala fede che tendono a squilibrare i rapporti processuali a causa dell'innesto di argomentazioni occulte. Inoltre, i brevi cenni sinora effettuati ed inerenti lo scopo perseguito dall'atto processuale appaiono utili altresì in relazione alla questione della distinta formulazione dei motivi e, più in generale, per tutti i requisiti di forma-contenuto previsti dall'art. 40 c.p.a.. A tal proposito, F. FRANCIOSI, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., *passim*, acutamente rileva che: «Anche nel caso della regola della distinta formulazione non ci si può infatti arrestare al mero formalismo della prescrizione in quanto tale, ma occorre distinguere caso per caso se si è in presenza di un motivo effettivamente occultato e non specificato, e quindi non intellegibile. Se il motivo di diritto risultasse specificamente formulato e perfettamente intellegibile, ma fosse collocato nella parte in fatto, magari anche solo per un errore di collazione dell'atto, non se ne giustificerebbe il mancato esame perché ciò significherebbe che l'*editio actionis* sarebbe perfettamente in grado di raggiungere il suo scopo. Diversamente, nel caso in cui il motivo risultasse effettivamente non intellegibile, ben potrebbe essere dichiarato inammissibile per tale ragione. Nel caso in cui il giudice non avesse esaminato un motivo specificamente e chiaramente formulato in una qualunque parte dell'atto, l'appello o la revocazione sarebbero dunque a maggior ragione giustificati proprio per il fatto che il legislatore ha esplicitamente affermato che "il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei ... limiti"».

Pare opportuno specificare che ciò non implica che l'inosservanza della regola dimensionale sia priva di conseguenze giuridiche, bensì soltanto che queste non si estrinsecano in termini di nullità dell'atto processuale. Come già rilevato, la violazione acquisisce rilievo ai fini della condanna alle spese di giudizio *ex art. 26 c.p.a.*; tuttavia la più rilevante conseguenza è prevista al comma 5 del medesimo art. 13-ter: "il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti.

L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo d'impugnazione". Si ritiene di poter escludere che la norma *de qua* possa costituire un'integrazione dell'elenco tassativo delle ipotesi di nullità di cui agli articoli 40 e 44 c.p.a..

Emerge *ictu oculi* che la disposizione in esame qualifica una condotta del giudice, delimitando i confini della sua doverosità, e non un atto processuale. Inoltre, l'effetto giuridico prodotto dalla norma di cui al primo capoverso è di far venire meno l'obbligo del giudice di pronunciare su tutta la domanda se essa ha superato i limiti dimensionali, analisi che è avvalorata dal capoverso successivo che stabilisce che il mancato esame dell'intera domanda di parte non determina l'invalidità della pronuncia.

Il superamento dei limiti dimensionali giustifica il mancato esame dell'intero atto poiché lascia presumere che la comprensibilità della domanda sia pregiudicata.

Tuttavia, la presunzione *de qua* può operare soltanto fin quando l'omesso esame si manifesta quale mero fatto giuridico, e non si concreta anche in un rifiuto o diniego *tout court* di esaminare l'atto, come, a titolo

esemplificativo, potrebbe accadere nell'ipotesi in cui venisse negata l'autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali²⁵³.

Perciò, la disposizione normativa non vieta alla parte, a pena di nullità, di superare i limiti dimensionali. Tuttavia, non pone neanche al giudice il divieto di analizzare le questioni poste oltre i limiti dimensionali, divieto da cui la giurisprudenza tenderebbe a ricavare *a contrario* l'inammissibilità *in parte qua* dell'atto. Infatti, delimitare l'obbligo del giudice di pronunciare sulla domanda entro i limiti dimensionali stabiliti per l'atto non coincide con il divieto di conoscenza dell'intero atto²⁵⁴.

In sintesi, qualora la *ratio legis* fosse stata quella di introdurre una nuova ipotesi di nullità, ciò avrebbe dovuto involgere la comminatoria della nullità sancita *expressis verbis*. Pertanto, a prescindere dall'attività ermeneutica posta in essere sulla norma *de qua*, emerge *ictu oculi* che essa non prevede alcuna nullità.

La questione pregnante che si pone, qualora il giudice non volesse avvalersi del potere concesso *ex art. 3, c. 5* e perciò intendesse pronunciarsi su tutta la domanda, è quella di garantire il pieno rispetto del contraddittorio processuale, che potrebbe realizzarsi assegnando i termini a difesa nell'ipotesi in cui la controparte non avesse già effettuato le controdeduzioni sulla parte eccedente i limiti dimensionali.

²⁵³ Su tale aspetto, v. *funditus* F. FRANCIANO, *op. ult. cit.*, spec. par. 5.2.

²⁵⁴ «Sarebbe davvero singolare se proprio la normativa in tema di chiarezza e sinteticità venisse interpretata in modo completamente opposto al significato fatto proprio dalle parole usate, facendole dire quanto la norma non dice; cioè che il giudice non deve esaminare le questioni trattate oltre i limiti dimensionali. Se la *voluntas legis* fosse stata effettivamente questa, la norma andava scritta esattamente al contrario...; vietando ... la condotta ritenuta inammissibile (conoscere oltre i limiti dimensionali), e non già rimuovendo un obbligo esistente (pronunciare su tutta la domanda)». Si esprime così F. FRANCIANO, *op. ult. cit.*

Pertanto l'effetto rilevante della disposizione *de qua* è di circoscrivere l'obbligo del giudice di pronunciare sulla domanda entro i limiti dimensionali previsti per l'atto.

Secondo chi scrive qui è ragionevole sollevare qualche perplessità in relazione alla costituzionalità della norma.

Pare comunque plausibile effettuare un'interpretazione costituzionalmente orientata se si delimita il suo ambito applicativo ai soli casi in cui sussista il mero fatto della presentazione di un ricorso sovradimensionato, escludendola invece laddove la *quaestio* dell'intellegibilità dell'atto sotto l'aspetto dei limiti dimensionali sia diventata controversa in giudizio a causa del diniego dell'autorizzazione²⁵⁵.

In una prospettiva *de jure condito*, la nuova disposizione normativa dimostra una significativa inversione di tendenza nella valutazione della nullità dell'atto processuale sotto l'aspetto della genericità ed indeterminatezza.

²⁵⁵ Buona parte della dottrina ha avanzato considerazioni critiche sulla possibilità di ritenere costituzionalmente legittima, in relazione agli artt. 21 e 24 Cost., la norma che imponga al difensore "la connotazione e le peculiarità della sua difesa". Cfr. in tal senso M. A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso del processo o diniego di giustizia?*, in *Federalismi.it*, 20/2012, pubblicato altresì in *Osservatorio della giurisprudenza sulla giustizia amministrativa* (a cura di M. A. Sandulli E M. Lipari), *Foro amm.-TAR*, 2012; F. CORDOPATRI, *La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo*, in *Federalismi.it*, 2014, 20ss; M. NUNZIATA, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, cit., 1337; F. VOLPE, *Sui limiti dell'estensione degli atti di difesa nel processo amministrativo*, cit., *passim.*; E. M. BARBIERI, *L'abuso del copia ed incolla nel ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1582; I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziali: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.*, 2016, 2783. *Contra*, parrebbe escludere l'esistenza di aspetti d'incostituzionalità della norma in esame G. P. CIRILLO, *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, cit., 43, secondo cui il diritto di difesa verrebbe violato «non dalla regola della sinteticità, ma al contrario, quando si pretende di scrivere in modo prolisso e poco chiaro».

Difatti, se anche non introduce una nuova ipotesi di nullità, tuttavia acquisisce rilevanza indiretta a tale scopo.

Infatti, in mancanza della norma che fissa i limiti dimensionali, il giudice potrebbe ritenere incomprensibile l'atto soltanto dopo averlo valutato in maniera complessiva, oltrepassando la sua mera formulazione letterale ed analizzando il contenuto sostanziale della pretesa, ed aver conseguito per tale via il convincimento che la stesura dell'atto provochi incertezza assoluta sull'oggetto, ossia un'incertezza non superabile in assoluto.

La nuova disposizione normativa affievolisce l'onere *de quo*, permettendo al giudice di arrivare *sic et simpliciter* alla conclusione per cui l'atto non sia intellegibile *in parte qua* in quanto esorbita dai limiti dimensionali; altresì escludendo sotto l'aspetto soggettivo che possa configurarsi una negligenza dell'organo decidente.

Pare a tal punto opportuno evidenziare che quanto sin qui rilevato non esclude l'eventualità che, qualora il superamento dei limiti dimensionali non sia rimasto un mero fatto giuridico bensì si sia concretizzato in una questione controversa in giudizio sotto il profilo dell'intellegibilità dell'atto, la decisione sia sindacabile mediante i rimedi impugnatori esperibili avverso la decisione, che potrà ritenersi viziata sotto tale aspetto poiché non coperta dall'ipotesi normativa di cui all'art. 3-ter, c. 5. Seguendo il medesimo ragionamento logico-giuridico, permane la sindacabilità della sentenza che ritenga nullo l'atto che non esorbiti dai limiti dimensionali normativamente sanciti ma che risulti viziato a causa dell'assoluta incertezza provocata con riferimento all'oggetto della domanda.

Sotto l'aspetto ricostruttivo dell'analisi tecnico-giuridica sin qui condotta, specificare che la nullità deriva esclusivamente dalla mancata intellegibilità della domanda, e non meramente dalla sua brevità, produce l'effetto di permettere che la sentenza possa essere impugnata qualora l'esorbitare dei limiti dimensionali non sia rimasto un mero fatto giuridico, ma si sia concretato in una *quaestio* controversa sotto l'aspetto dell'intellegibilità dell'atto; altresì permette che il superamento dei limiti dimensionali possa esser sanato dal raggiungimento dello scopo dell'atto.

Nell'ambito dell'analisi delle conseguenze dell'inosservanza dei limiti dimensionali si innesta una doverosa riflessione in merito allo scopo dell'atto²⁵⁶.

Alla luce del principio della congruità delle forme allo scopo o della strumentalità delle forme, può affermarsi che le forme degli atti processuali sono prescritte poiché il legislatore ritiene che quella determinata forma sia la più idonea al raggiungimento dello scopo perseguito dall'atto.

Pertanto, appare opportuno valutare se la brevità costituisca un requisito formale necessario dell'atto.

Preliminarmente, risulta utile chiarire la portata del principio di sinteticità e di seguito, il rapporto sussistente tra il principio *de quo* e la regola della brevità.

²⁵⁶ Specificare che non sussiste nullità comminata da norma primaria potrebbe infatti non essere sufficiente per escludere che l'atto sovradimensionato possa essere dichiarato inammissibile o irricevibile, poiché è pacifico che la nullità può essere pronunciata, anche in mancanza di una comminatoria di nullità prevista espressamente, qualora l'atto sia carente nei requisiti indispensabili per il raggiungimento dello scopo. A tal proposito, v. le chiare argomentazioni di F. FRANCIOSI, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., spec. par. 4.2.

Pare necessario specificare se l'analisi sullo scopo deve essere effettuata in relazione alla regola della brevità o al principio di sinteticità in quanto brevità e sinteticità non paiono coprire il medesimo significato.

Un utilizzo improprio della terminologia tecnico-giuridica di certo incrementa l'incertezza e la confusione e pertanto dovrebbe essere evitato dal giurista nell'espletamento del proprio ruolo, soprattutto qualora l'uso di termini erroneamente considerati sinonimi riconduce a situazioni differenti la stessa qualificazione giuridica.

Risulta pacifico in dottrina²⁵⁷ che la sinteticità²⁵⁸ non può essere assimilata alla brevità.

Con riferimento al dato giurisprudenziale, il giudice amministrativo²⁵⁹, nel dichiarare infondato un appello che contestava l'eccessiva laconicità della sentenza di primo grado, ha specificato che l'essenza della sinteticità, sancita dal 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 veicola²⁶⁰.

²⁵⁷ G. E. FERRARI, *Sinteticità degli atti nel giudizio amministrativo*, in *Treccani Libro dell'anno del diritto* 2013, 708; A. GIUSTI, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, cit., 148; F. SAIITA, *Rito appalti e dovere di sinteticità: gli scritti difensivi "obesi" esistono, ma la ...dieta è sbagliata*, cit., 5; M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, cit., *passim.*; G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., 535.

²⁵⁸ Cfr. M. A. CORTELAZZO, *Brevità, sintesi e concisione nel processo amministrativo*, in *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, Atti del Convegno, Firenze, 4 aprile 2014, in F. Bambi, *Accademia della Crusca* (a cura di), Firenze, 2016, 152 ss. Sotto un profilo definitorio, I linguisti qualificano la sintesi quale «operazione intellettuale in base alla quale si selezionano gli elementi essenziali di un argomento o di una narrazione e che opera con riferimento agli argomenti usati, non alle parole o al loro numero».

²⁵⁹ Cons Stato, sez. III, 12 giugno 2015, n. 2900.

²⁶⁰ La sinteticità è, perciò, un concetto di relazione, che «esprime una corretta proporzione tra due grandezze, la mole, da un lato, delle questioni da esaminare e, dall'altro, la consistenza dell'atto — ricorso, memoria o, infine, sentenza — chiamato ad esaminarle». Pertanto, non è sufficiente sostenere che una decisione sia eccessivamente lacunosa, «solo perché ha dedicato all'esame delle

Chiarito che i due termini non hanno lo stesso significato, è necessario allora stabilire se nel ragionamento ci si vuole riferire allo scopo immediato della regola o a quello finalistico del principio²⁶¹.

Lo scopo immediato della regola sui limiti dimensionali è garantire la brevità quale valore assoluto dell'atto processuale, considerato nel suo aspetto materiale di caratteri, pagine e battute; scopo del principio di sinteticità è assicurare l'ottimale comprensibilità dell'atto.

Perciò, pare utile chiedersi se requisito formale necessario dell'atto processuale è la sua intellegibilità, o se acquisisce tale ruolo la sua brevità. Dall'esito di tale indagine dipende la possibilità di ritenere che, anche in mancanza di una comminatoria di legge prevista *expressis verbis*, l'esorbitare dei limiti dimensionali possa comunque provocare la nullità dell'atto.

Si deve scongiurare di scambiare la regola della brevità come una declinazione necessaria del principio di sinteticità, che non può ridursi al mero ossequio di un limite numerico di pagine, spazi e battute, ma deve riferirsi alla proporzione equilibrata tra le questioni da affrontare e gli argomenti scelti a tale scopo.

Di conseguenza, in considerazione dell'obiettivo perseguito dal principio di sinteticità, di garantire la chiara intellegibilità dell'atto sia in relazione alla parte che al giudice *ex art. 3, c. 2 c.p.a.*, non potrà essere comminata la nullità dell'atto esorbitante i limiti dimensionali che abbia ad

censure solo 43 righe, ma occorre dimostrare che in queste 43 righe essa non abbia detto tutto e solo quello che vi era da dire sul *thema decidendum*». Si esprime in tal senso F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., par. 4.2, a commento della già citata Cons Stato, sez. III, 12 Giugno 2015 n. 2900.

²⁶¹ Cfr. F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., *passim*.

ogni modo formulato la domanda in maniera *ictu oculi* intellegibile per il giudice.

Nella prospettiva *de qua*, appare chiaro poiché la Corte di cassazione, come *supra* rilevato, specifichi che, in caso di inosservanza del principio di sinteticità, si possa porre la *quaestio* della nullità dell'atto soltanto a causa di un'esposizione confusa o generica, che non permetta *in toto* al giudice di cogliere i termini della domanda.

La sinteticità si atteggia perciò quale caratteristica formale dell'atto la cui mancanza non genererà alcuna conseguenza negativa per l'atto medesimo, salvo che non si traduca in una mancanza di elementi concreti a sostegno della denunciata illegittimità²⁶².

Sotto tale aspetto, potrebbe ritenersi che non sussiste un elemento di novità²⁶³ sul piano dei requisiti formali che devono essere ritenuti necessari per il conseguimento dello scopo dell'atto processuale: qualora l'esposizione comprometta l'intellegibilità delle questioni in quanto oscura e confusa, la domanda va dichiarata inammissibile a causa dell'incertezza dalla medesima provocata. Invece, qualora l'atto, sia pure esorbitante i limiti dimensionali, contenga domande formulate in modo chiaro e comprensibile per il giudice, non sussiste ragione per invocare la scarsità della risorsa giustizia o il rischio di impugnazione per revocazione della sentenza per evitare di pronunciare su tutta la domanda.

²⁶² Cfr. art. 163, 163-bis e 164 c.p.c.

²⁶³ A. G. PIETROSANTI, *Sulla violazione dei principi di chiarezza e sinteticità previsti dall'art. 3, comma 2 c.p.a.*, in *Foro amm. TAR*, 2013, 3625, specifica che la questione sostanziale da contemperare permane quella di "trovare equilibrio tra la sanzione dell'inammissibilità dei motivi non specifici ed il potere del giudice di enucleare il contenuto sostanziale degli atti, finanche poco chiari".

Infatti, il servizio giurisdizionale viene reso all'utente, poiché il superamento dei limiti dimensionali non esenta il giudice dal pronunciare sulla parte non eccedente; inoltre, con l'aggravante, sotto il profilo dello spreco della risorsa, che la domanda rischia di risultare incomprensibile proprio a causa del formalismo imposto dalla regola che non consentirebbe di conoscere quanto esposto nella parte dell'atto eccedente il limite.

Allo stesso modo, nell'ipotesi in cui l'intellegibilità dell'atto sia diventata una questione controversa in giudizio con riferimento al superamento dei limiti dimensionali ed il giudice si sia avvalso della mera presunzione per ritenere incomprensibile il ricorso, negando quindi l'autorizzazione e non analizzando un motivo che risultava in realtà *ictu oculi* intellegibile e non occulto, l'ipotesi rientra nella previsione di cui all'art. 3 co. 5, che resta circoscritta al fatto del mancato esame. Nel caso *de quo*, optare per il rimedio impugnatorio costituisce una modalità per garantire l'osservanza del principio del giusto processo.

Pertanto, se si ritiene che i limiti dimensionali rappresentino una modalità estrinseca del principio di sinteticità, orientato ad assicurare l'intellegibilità dell'atto, appare chiaro essi non possono costituire un requisito formale necessario ai fini del raggiungimento dello scopo dell'atto processuale, in quanto il loro esorbitare non rende automaticamente l'atto confuso ed inidoneo a rappresentare al giudice in maniera chiara la domanda proposta.

Perciò, non è sufficiente che la disposizione normativa abbia sancito la possibilità di fissare dei limiti dimensionali per concludere che la loro inosservanza possa causare la nullità dell'atto, poiché il fine proprio del

principio di sinteticità esclude che si sia con ciò fissato un requisito formale indefettibile dell'atto processuale.

5. Il sistema autorizzatorio ex D.P.C.S. n.167/2016, tra autorizzazione preventiva e successiva.

Alla luce della analisi sin qui condotta, pare a tal punto utile a chi scrive valutare il rilievo del regime autorizzatorio tracciato dal D.P.C.S. n. 167/2016.

In linea con quanto sin qui rilevato, proprio sulla mancanza dell'autorizzazione da parte del Presidente dell'organo giurisdizionale adito viene fondata una delle potenziali ragioni d'inammissibilità *in parte qua* dell'atto sovradimensionato.

A chi esamina qui, pare opportuno affrontare la questione in maniera distinta, sia sotto l'aspetto dell'esistenza o meno di una comminatoria normativa di nullità sancita *expressis verbis*, sia sotto il profilo del fine prefissato.

Per quel che concerne il primo aspetto, il tentativo di ritrovare nell'ambito della disposizione normativa del regime autorizzatorio la ragione dell'irricevibilità o inammissibilità dell'atto sovradimensionato si scontra sotto il profilo teorico con questioni ostative pregnanti; sotto il secondo piano, la normativa in concreto prevista pare avvalorare l'idea per cui l'atto sovradimensionato può essere pienamente idoneo a conseguire il fine di rappresentare la domanda in maniera chiara ed intellegibile.

Per di più, nel silenzio della norma primaria, il divieto di prendere in esame la parte di domanda eccedente i limiti dimensionali viene basato sulla

potenziale mancanza di autorizzazione - la cui richiesta è valutata quale onere il cui mancato adempimento, come l'eventuale diniego, viene sanzionato attraverso l'inammissibilità o irricevibilità, *in parte qua*, dell'atto -, la questione, già analizzata *supra*, risulta ancor più complessa, considerato che la normativa in materia di giurisdizione è coperta da riserva assoluta di legge ai sensi dell'art. 101 Cost. (*"I giudici sono soggetti soltanto alla legge"*) nonché dell'art. 111 Cost. (c. 1: *"la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge"*; c. 2: *"la legge ne assicura la ragionevole durata"*)²⁶⁴.

Inoltre, il sistema autorizzatorio non è sancito dalla fonte di livello primario, bensì dal D.P.C.S. adottato sulla base di una previsione di legge.

La mera ipotesi di ricondurre un simil atto tra le fonti del diritto obbiettivo, sia pure sub-primarie, si scontrerebbe con questioni teoriche insuperabili. Tra l'altro, non gioverebbe alla risoluzione della questione dettata dalla natura assoluta della riserva di legge, che esclude la possibilità di utilizzo in materia di una fonte sub-primaria.

Pertanto, si deve ritenere che la nullità non possa trovare fondamento nelle previsioni del D.P.C.S., considerata l'esistenza della riserva assoluta di legge in materia di giurisdizione.

In un'ottica sintetico-ricostruttiva, assodato che il divieto di prendere in esame la parte di domanda esorbitante i limiti dimensionali non può basarsi sull'eventuale mancanza di autorizzazione in quanto quest'ultima non è contemplata da una norma primaria, l'esame del sistema autorizzatorio delineato dal D.P.C.S. risulta ad ogni modo utile per

²⁶⁴ F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, cit., 166; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, cit., 109; M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, cit., 612.

specificare che il superamento dei limiti dimensionali di per sé non provoca la nullità *in parte qua* dell'atto.

Difatti, l'autorizzazione si concreta nella modalità mediante cui il giudice valuta se l'atto è idoneo a conseguire il suo fine sotto l'aspetto della comprensibilità. Si tratta di una ponderazione che può chiedersi che venga effettuata *ex ante* rispetto alla produzione dell'atto ma che tuttavia resta nella disponibilità del collegio realizzare in quanto si tratta di valutare se viene realizzato o meno il fine precipuo dell'atto, ossia il presentare una domanda intellegibile. Ecco perché l'istanza può essere presentata anche "tardivamente" dalla parte.

In linea con quanto sin qui specificato, la nullità dell'atto non può essere pronunciata qualora l'atto "esorbitante" abbia comunque conseguito il suo fine.

Se il sovradimensionamento non causa confusione o incertezza ai fini dell'intellegibilità del contenuto dell'atto, ciò vuol dire che l'atto risulta ad ogni modo idoneo a conseguire il fine di proporre al giudice una domanda completa sotto l'aspetto della sussistenza dei suoi elementi essenziali ed altresì comprensibile.

A tal punto, è utile puntualizzare che il D.P.C.S. contempla la possibilità che l'autorizzazione venga concessa sia anteriormente alla proposizione del ricorso, che successivamente.

L'autorizzazione preventiva è prevista all'art. 6: deve essere richiesta dalla parte con istanza motivata «in calce allo schema di ricorso ... sulla quale il Presidente o magistrato delegato si pronuncia con decreto entro i tre giorni successivi».

L'“autorizzazione successiva” rispetto al superamento dei limiti dimensionali è sancita dall'art. 7, per cui: «In caso di superamento dei limiti dimensionali non autorizzato preventivamente ai sensi dell'articolo 6, per gravi e giustificati motivi il giudice, su istanza della parte interessata, può successivamente autorizzare, in tutto o in parte, l'avvenuto superamento dei limiti dimensionali; è in ogni caso fatta salva la facoltà della parte di indicare gli argomenti o i motivi cui intende rinunciare».

Pertanto, l'art. 7 ipotizza che possa verificarsi che l'autorizzazione non venga richiesta o non venga concessa preventivamente alla proposizione del ricorso e che in tali casi il giudice possa autorizzare o negare il superamento dei limiti dimensionali altresì successivamente alla proposizione del ricorso, rilasciando per tale via l'autorizzazione in sanatoria o confermando che l'esorbitare dei limiti dimensionali compromette la comprensibilità della domanda²⁶⁵.

La reale questione problematica, come in precedenza rilevato per l'ipotesi in cui il giudice valuti di non avvalersi del potere concesso dall'art. 3, c. 5, è che la decisione non può essere presa senza rispettare il pieno contraddittorio: perciò, potrebbe rendersi doveroso assegnare i termini a difesa alle controparti²⁶⁶.

²⁶⁵ A tal proposito, è opportuno ritenere che nell'ipotesi *de qua* il giudice sia quello già in concreto investito della domanda e che, non essendo indicato un termine finale, ciò possa accadere fino a quando la causa non venga trattenuta in decisione. Quest'ultima potrebbe perciò essere assunta sia dal Presidente della Sezione cui è assegnato il ricorso sia dallo stesso Collegio; tuttavia, è ragionevole concludere che l'ultimo pronunciamento spetti al Collegio. Si esprime chiaramente in tal senso F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, cit., par. 5.2.

²⁶⁶ Ricostruisce in termini chiari tale regime autorizzatorio F. FRANCARIO, *op. ult. cit.*: «Può dunque accadere che il ricorso sovradimensionato possa essere autorizzato anche “successivamente” dal giudice chiamato a deciderlo, e ciò conferma sotto altro profilo che il superamento dei limiti dimensionali (non autorizzato) non è di per sé motivo di irricevibilità *in parte qua* dell'atto di parte.

Pertanto, il sistema autorizzatorio in vigore avvalorava la tesi per cui non sussiste un divieto per il giudice di conoscere della parte dell'atto esorbitante ed inoltre il rifiuto ingiustificato di analizzare la parte eccedente i limiti dimensionali, eventualmente implicito nel diniego di autorizzazione, dovrebbe essere sottoposto ai rimedi impugnatori ordinari.

6. Osservazioni conclusive.

Il ragionamento logico-tecnico-giuridico sin qui portato avanti è stato effettuato alla luce dei principi fondamentali generali in materia di nullità processuali, sanciti nell'art. 156 c.p.c. e la cui applicazione è ritenuta unanimemente estensibile altresì al processo amministrativo. Sulla base di tali principi, non ogni difformità dal modello legale di riferimento o insussistenza di requisiti previsti *expressis verbis* causa la nullità dell'atto processuale, in quanto a tale scopo è indispensabile che la nullità sia comminata espressamente *ex lege* o che la differenza renda l'atto inidoneo rispetto al fine prefissato.

Se l'autorizzazione può essere rilasciata anche "tardivamente", è evidente che in tal caso "il giudice" deve necessariamente esaminare la domanda nella sua interezza e che concederà o negherà l'autorizzazione a seconda che l'atto risulti nel suo complesso intellegibile o meno. Se l'autorizzazione viene rilasciata, ciò significa che, nonostante il superamento dei prescritti limiti dimensionali, sotto il profilo della forma-contenuto l'atto processuale si mostra tale da raggiungere comunque il suo scopo e che si è pertanto in presenza di una irregolarità e non di una nullità dell'atto. Se l'autorizzazione viene invece negata, si deve nondimeno ritenere che l'atto sia stato necessariamente conosciuto nella sua interezza e che si sia giunti alla conclusione che la parte eccedente i limiti dimensionali non reca questioni formulate in maniera chiara e specifica e che il carattere prolisso pregiudica effettivamente l'intellegibilità dell'atto; se la decisione, che in ultima istanza spetta sicuramente al Collegio, si rivela sbagliata, sarà giusto consentire l'impugnazione della sentenza, che risulterà eventualmente viziata per tale motivo».

Conclusivamente, l'analisi sinora condotta permette di sostenere che l'osservanza dei limiti dimensionali non costituisca un requisito di forma-contenuto indefettibile dell'atto processuale di parte.

Ciò in quanto il rispetto del limite dimensionale non è richiesto a pena di nullità, sia poiché il suo esorbitare comporta unicamente di ponderare se ad ogni modo l'atto consegue il suo fine sotto l'aspetto della sua comprensibilità.

Qualora l'atto non risulti intellegibile, l'inammissibilità discende dalla disposizione normativa di cui all'art. 44 c.p.a. che sancisce a pena di nullità di scongiurare che sussista incertezza in merito all'oggetto della domanda, non invece dal mero esorbitare dei limiti dimensionali.

Pertanto, può ritenersi che il superamento dei limiti dimensionali generi una mera irregolarità dell'atto.

Analizzando l'*intentio legislatoris*, il superamento dei limiti dimensionali è valutato quale fatto sintomatico di una potenziale non intellegibilità del contenuto dell'atto processuale, tuttavia, opportunamente, l'effetto conseguente non influisce sul regime della validità dell'atto processuale: l'irricevibilità o l'inammissibilità *in parte qua* dell'atto non può essere dichiarata in virtù del mero superamento dei limiti dimensionali, poiché tali pronunce possono effettuarsi soltanto di fronte ad una domanda congeniata in modo confuso ed oscuro, al punto da non permetterne la comprensione degli elementi essenziali.

Qualora la domanda risulti confusa, oscura e pertanto incomprensibile, va dichiarata inammissibile indipendentemente dalle dimensioni dell'atto.

Ciò involge sostanzialmente, sotto l'aspetto dell'intellegibilità dell'atto, che l'inammissibilità risulti regolata dagli articoli 40 e 44 c.p.a., analizzati in combinato disposto.

Perciò, può ritenersi certamente che l'esorbitare dei limiti dimensionali sia valutato dal legislatore come indice sintomatico di una possibile non intellegibilità del contenuto dell'atto processuale, tuttavia l'effetto conseguente si concreta nell'affievolimento dell'onere per il giudice d'indagare nel complesso la domanda prima di poter giungere a concludere che la medesima provoca incertezza sul *petitum* o sulla *causa petendi*, nelle ipotesi in cui l'atto non risulti conforme alle norme previste per la buona redazione. L'onere viene attenuato in quanto si suppone che un atto sovradimensionato possa essere sintomatico di un'esposizione confusa, tale da compromettere la chiarezza della domanda.

Tuttavia, è opportuno evidenziare che al giudice non risulta precluso di conoscere della parte eccedente i limiti dimensionali e di porre la medesima a fondamento della propria pronuncia qualora dovesse valutarla come indispensabile e comprensibile²⁶⁷.

²⁶⁷ A tal proposito, cfr. la chiara sintesi ricostruttiva di F. FRANCIOSI, *op. ult. cit.*: «In sostanza, il giudice può non conoscere, ma può anche conoscere dell'atto per la parte eccedente i limiti dimensionali. Nella prima ipotesi, la previsione normativa dell'art. 3, c. 5 è destinata ad operare se non viene chiesta, esplicitamente o implicitamente, l'autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali, qualificandosi il mancato esame come un mero fatto giuridico; cessa però di operare se attraverso la richiesta di autorizzazione la questione dell'intellegibilità dell'atto diventa controversa e viene pertanto risolta da una decisione del giudice che, ove ritenuta ingiusta, potrà essere pertanto contestata con i rimedi impugnatori ordinariamente esperibili. Nella seconda ipotesi, in cui il giudice ritenga di poter e dover conoscere dell'atto nella sua interezza, il problema rimane invece unicamente quello di assicurare il pieno rispetto del contraddittorio nei confronti delle altre parti che potrebbero aver evitato di replicare o di formulare eccezioni con riferimento alle questioni poste fuori dai limiti dimensionali».

Quanto sin qui osservato non consente che l'atto possa essere ritenuto *in parte qua* irricevibile, in quanto, se così fosse, ciò renderebbe viziata la decisione del giudice che si fosse pronunciato o avesse conosciuto questioni proposte dalla parte oltre i limiti dimensionali.

Qualora l'omesso esame non sia più soltanto un mero fatto giuridico, bensì sia conseguenza di un giudizio *tout court* in relazione alla non intellegibilità dell'atto, tuttavia non sussiste ragione per escludere che la decisione possa essere impugnata per questo motivo, in quanto non si attua più la norma di cui all'art. 3, c. 5 che resta confinata al fatto giuridico dell'omesso esame e non è più applicabile se si è in qualche maniera effettuata una valutazione sulla intellegibilità dell'atto con esito negativo.

Emerge *ictu oculi* che si tratta di una normativa finalizzata a garantire, attraverso misure dotate di concretezza ed immediatezza, l'efficienza del servizio giustizia quale "risorsa scarsa".

Tuttavia, chi analizza qui, ritiene di poter avanzare una considerazione critica in merito alla disciplina *de qua*, dettata dal fatto che quest'ultima non risulta conferire il doveroso ossequio al sistema complessivo dei principi generali processuali.

Come già rilevato in apertura della presente tesi di ricerca, si tiene ben presente la questione della doverosa amministrazione di un ingente contenzioso, per di più complesso sotto un profilo qualitativo, mediante risorse sostanzialmente scarse; tuttavia il legislatore dovrebbe evitare di prevedere sistemi di deflazione del contenzioso che risultino in ultima

analisi meramente formalistici e che perciò potenzialmente possano provocare *un vulnus*²⁶⁸ al principio del giusto processo.

Alla luce del dato esperienziale acquisito in ambito processualcivilistico, può sostenersi che la creazione pretoria di ipotesi di nullità asistematiche e non sancite dalla legge, abbia costituito una delle essenziali cause che ha prodotto sovradimensionati ricorsi in Cassazione, finendo con il comprometterne la comprensibilità, originando la connessa questione di garantire l'osservanza del principio di sinteticità.

Nel contesto *de quo*, il problema è stato affrontato evitando di dichiarare per legge inammissibili i ricorsi non brevi, e circoscrivendo un congruo spazio d'intervento di *soft law*²⁶⁹ per fissare le norme da osservare ai fini della formazione dell'atto "perfetto".

Sotto un profilo comunitario, sempre mediante *soft law* è sostanzialmente disciplinata l'applicazione concreta del principio di sinteticità nei processi dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed alla Corte di Giustizia Europea, ambiti in cui, la controversia risulta naturalmente semplificata in quanto è delimitata ad una particolare questione di puro diritto ed in cui il principio è indefettibile alla luce della

²⁶⁸ V. per tutti le lucide riflessioni di M. A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, cit., 35; nonché di I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 401 ss.

²⁶⁹ V. per tutti G. SCARSELLI, *Note sulle buone regole redazionali dei ricorsi per cassazione in materia civile*, in *Questione Giustizia*, 2016, *passim*. Pare utile evidenziare che d'intesa tra la Corte di cassazione e il Consiglio Nazionale Forense è stato stipulato il Protocollo sulle regole redazionali dei motivi di ricorso in cui vengono stabilite sia le prescrizioni formali che devono essere rispettate con riferimento ai limiti dimensionali degli atti (caratteri, interlinea, margini e numero di pagine massimo da utilizzare per ciascuna partizione dell'atto), sia la tassonomia del ragionamento giuridico da svolgere; onerando il difensore di esporre specificamente nello stesso atto difensivo le ragioni motivate per cui non ha potuto rispettare i limiti prefissati in ragione della particolare complessità del caso da trattare, prevedendo altresì *expressis verbis* che in ipotesi di infondatezza delle ragioni esposte, ciò verrà valutato ai fini della liquidazione delle spese.

necessità di traduzione degli atti in più lingue in un contesto di indispensabile uniformazione di sistemi differenti²⁷⁰.

Conclusivamente, si ritiene che la redazione di “atti processuali perfetti”, sotto l’aspetto dimensionale ed altresì sotto il profilo della capacità di persuasione dei confronti del giudice della bontà della tesi sostenuta, sia sostanzialmente derivante da un’inclinazione naturale di singoli individui²⁷¹.

Per di più, si auspicherebbe un’applicazione del principio di sinteticità che non risulti in concreto diseguale e squilibrata, considerato che il principio *de quo* è sancito universalmente sia con riferimento agli atti di

²⁷⁰ La normativa dei limiti dimensionali si sostanzia in consigli e raccomandazioni e non risulta vincolante a pena d’inammissibilità. Il ricorso alla CEDU deve essere presentato mediante l’apposito formulario fornito dalla cancelleria della Corte ai sensi dell’art. 47 del Regolamento e predisposto in linea con le “istruzioni pratiche” emanate dal Presidente della Corte a norma dell’art. 32 del Regolamento stesso. Queste ultime prevedono che indicativamente non debbano essere superate dieci pagine per il ricorso e trenta pagine per le osservazioni, prefissando, in entrambi i casi, che l’eventuale superamento del limite onera la parte di presentare anche “un breve riassunto” (par. 11 Istruzioni pratiche Presentazione del ricorso) o un “breve sommario” (par. 12 Istruzioni pratiche Osservazioni scritte). Le “Istruzioni pratiche alle parti, relative alle cause proposte dinanzi alla Corte” adottate dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea il 25 novembre 2013 e pubblicate il 31 gennaio 2014, attualmente vigenti, hanno recepito e integrato le indicazioni in precedenza contenute nelle linee guida per gli avvocati, nelle istruzioni al cancelliere della Corte o nelle lettere di convocazione alle udienze relative al deposito e alla notifica degli atti processuali, confermando che il fine di permettere alle parti ed ai loro rappresentanti «di intendere meglio la portata di tali disposizioni e di comprendere con maggior precisione lo svolgimento del procedimento dinanzi alla Corte e, in particolare, i vincoli che gravano su quest’ultima, segnatamente quelli collegati al trattamento e alla traduzione degli atti processuali o all’interpretazione simultanea delle osservazioni presentate in occasione delle udienze di discussione» e specificando che in un ambito contraddistinto, da un lato, da un costante aumento del numero delle cause promosse dinanzi ai giudici dell’Unione e, dall’altro, da una maggiore complessità delle materie trattate, «il rispetto e l’osservanza delle presenti istruzioni costituiscono infatti, tanto per le parti quanto per la Corte, la migliore garanzia di un trattamento ottimale delle cause da parte dell’organo giurisdizionale». Alla luce di tali premesse, le suesposte Istruzioni stabiliscono ai par. 11, 12, 15, 16, 20, 22, 25, 29, 30 e 46 il numero massimo di pagine consigliato o suggerito per i diversi tipi di atto, attraverso la formula “gli atti non dovrebbero superare”.

²⁷¹ F. FRANCIOSI, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell’atto di parte*, cit., par. 6.1, ritiene che il tentativo di imporre autoritativamente una tale virtù anche a chi ne sia privo sia una scelta “irragionevole”.

parte che in relazione a quelli del giudice²⁷², al fine di scongiurare che la pretesa di redazione dell'atto "perfetto" ricada sostanzialmente unicamente sul difensore.

²⁷² La circolare, adottata il 22 dicembre 2016 dal Presidente del Consiglio di Stato e rivolta a tutti i magistrati amministrativi, si limita a raccomandare di non oltrepassare, nella stesura dei provvedimenti, le venti pagine e, nelle ipotesi di particolare complessità, le quaranta pagine.

Conclusioni

Il presente studio si propone di offrire un contributo di dottrina ai fini di un'analisi giuseconomica e comportamentale tra principi e regole nel diritto amministrativo, in fase di continua transizione.

Nell'ambito della dicotomia procedimento - processo, chi conclude qui si è orientata verso l'analisi di alcuni profili scelti, ritenuti di speciale pregnanza tecnico-giuridica.

L'applicazione dei principi di analisi economica al diritto amministrativo *tout court* rappresenta un'attività ermeneutica valutata in maniera critica e perplessa da buona parte della dottrina giuspubblicistica.

Nonostante tale scetticismo di fondo, sempre più frequenti appaiono gli usi in chiave strumentale delle argomentazioni di analisi economica da parte della giurisprudenza (anche) amministrativista, sia in relazione al procedimento che al processo.

Nell'ambito del processo amministrativo, nello specifico, si ritiene che il costo sociale del processo stesso, quale risorsa scarsa, conferisca alla presente indagine di ricerca un'indubbia attualità.

Le ragioni della scelta della tematica oggetto della presente tesi di ricerca, come *in apicibus* rilevato, risiedono nella mancanza di una recente ed aggiornata trattazione sistematica sul tema *de quo*, anche alla luce delle sempre più ricorrenti applicazioni giurisprudenziali dei suddetti principi anche, nello specifico, al processo amministrativo, nonché del correlato fermento espresso perlopiù in chiave critica dalla recente dottrina.

Le politiche pubbliche attuate al fine di sostenere i costi del processo nonché le progressive applicazioni giurisprudenziali dell'“argomento” dell'abuso del processo costituiscono aspetti strettamente connessi tra loro.

L'abuso del processo rappresenta un istituto del diritto vivente, espressione di valori costituzionali, che si pone, in linea con la ragionevole durata del giudizio, quale canone di interpretazione delle norme processuali, nonché quale argomentazione utilizzata per suffragare la continua opera riformatrice delle regole codicistiche.

In seguito all'analisi del profilo storico-ricostruttivo dell'abuso del diritto, di origine civilistica, è parso utile soffermarsi sulla giurisprudenza comunitaria che, fondandosi sulla logica del bilanciamento, sottolinea il carattere relazionale dell'abuso che involge un giudizio di proporzionalità.

Alla luce dell'angolo visuale della scrivente, il principio di proporzionalità è attuato in chiave strumentale nella prospettiva “orizzontale” del contemperamento fra l'interesse sostanziale del cittadino (*ergo*: il diritto fondamentale d'azione) e l'interesse pubblico al giusto processo nella sua accezione in termini economico-efficientistici.

Nell'ambito dell'*excursus* sull'oggetto del processo e sull'oggetto del giudicato, tematiche non sovrapponibili, considerata la facoltà dell'organo giudicante di definire il processo con celerità, alla luce del principio della ragione più liquida, nonché sull'opportuna demarcazione della nozione di giudicato implicito - di matrice giurisprudenziale -, la giurisprudenza analizzata avvalora i principi che fungono da corollario all'osservanza della limitata “risorsa-giustizia” fra cui: il principio di corrispettività sostanziale; di stabilità delle decisioni giudiziarie; di armonizzazione delle decisioni; di concentrazione delle decisioni; di effettività della tutela, nel senso di

scongiurare interpretazioni di tipo formalistico che *inutiliter* aggravano i tempi di decisione della controversia; di giustizia concreta delle decisioni alla luce degli artt. 111 Cost. e 6 Cedu; di economia (extra)processuale, valorizzando il giusto processo, anche per evitare la moltiplicazione seriale dei processi.

Vengono altresì esaltate le esigenze pubblicistiche del processo, che involgono un potenziale definitivo consolidamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio nonché una decisione tendenzialmente contraddistinta da *stabilità, certezza, affidabilità temporale*, coniugate con i valori della *celerità* e della *giustizia*.

La giurisprudenza della Cassazione, alla luce dell'enucleato principio della ragione più liquida, afferma la necessità di una verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello tradizionale della coerenza logico-sistematica, con una soluzione pienamente rispondente alle esigenze di economia processuale e di celerità di giudizio.

Perciò, le questioni di "economia processuale" 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.

Chi conclude qui ritiene si assista ad un'accresciuta rilevanza del principio della ragione più liquida quale corollario del principio di economia processuale, sia nel massimo consesso della recente giurisprudenza amministrativa che in quella civile, alla luce di esigenze organizzative strettamente connesse al carattere limitato della risorsa-giustizia.

Rispetto alle applicazioni giurisprudenziali esaminate, la dottrina classica ha rilevato che l'organizzazione del servizio giudiziario ed il

conseguimento della sua efficienza siano aspetti che deve mirare a perseguire il legislatore e non i singoli giudici.

La «lotta all'abuso» è pertanto *in primis* un dovere del legislatore o, al limite, della Corte costituzionale. Un dato di fatto è però che il legislatore negli ultimi anni, specie con riferimento al processo civile, sia intervenuto troppo spesso e sovente contraddicendo o rendendo meno efficaci alcune norme.

Ciò non vuol dire che il giudice non debba, ai sensi dell'art. 88 c.p.c., perseguire l'abuso del processo, tuttavia dovrebbe farlo attraverso «sistemi di tutela risarcitoria» oppure basati sulla «ripartizione delle spese processuali», ai sensi degli artt. 92 e 96 c.p.c., nonché dell'art. 26 c.p.a., per il processo amministrativo.

Sempre più frequente appare nella giurisprudenza il riferimento alla categoria nordamericana dei c.d. danni punitivi (*punitive damages*), o, comunque, «un inquadramento ibrido e plurioffensivo, sia risarcitorio che, indirettamente, sanzionatorio e deterrente».

L'argomentazione dell'abuso del processo è stata perciò utilizzata dalla giurisprudenza e dal legislatore nell'ambito di politiche pubbliche finalizzate al controllo ed alla riduzione dei costi del processo.

Lo sforzo interpretativo effettuato è di tipo sistematico, ancorandolo ad un approccio metodologico che nell'opera di bilanciamento col principio della ragionevole durata del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., non trascuri la rilevanza del diritto fondamentale di azione e difesa *ex art. 24 Cost.*, nonché della riserva di legge processuale *ex art. 111 Cost.* e della subordinazione del giudice alla legge *ex art. 101 Cost.*, pur nella

consapevolezza dell'impossibilità di prescindere dal dato reale di necessità di gestione della giustizia quale risorsa scarsa.

La metodologia seguita si fonda *ab initio* su un approccio storico-ricostruttivo, comparatistico, particolarmente attento al dato normativo sia in una prospettiva *de iure condito* che in quella *de iure condendo*, nonché all'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza, specie con riferimento all'uso ricorrente di principi, regole e tecniche di analisi economica del diritto.

L'attività ermeneutica viene svolta alla luce della tesi del c.d. giuspositivismo temperato (*id est*: costituzionalismo garantista), metodo attento a non tradire la lettera della Costituzione ma pronto ad utilizzarne, nel rispetto dei valori costituzionali, tutti gli spazi lasciati liberi all'interprete, nella piena consapevolezza dei mutamenti del contesto storico-politico-economico e sociale che sembrano necessitare una particolare attenzione ai valori del dinamismo e dell'efficienza in chiave giuseconomica, sia pure secondo criteri prudenziali.

Nel capitolo II, viene analizzata la *quaestio* della *certezza giuridica tra principi e regole nel passaggio dal "diritto amministrativo dell'emergenza" al "diritto amministrativo del rischio"*.

Nello specifico, al giudice amministrativo viene conferito il ruolo fondamentale, magari in teoria improprio, di contemperamento dei contrapposti interessi, complice la crisi politica attuale che denota, sovente, una mancanza di consapevolezza nella gestione di problematiche e questioni che si pongono incessantemente all'attenzione del pubblico dibattito.

La progressione del sistema socio-economico, ancorata all'avanzare delle nuove tecnologie, comporta il superamento delle fonti classiche, ossia

le norme stabilite in maniera generale ed astratta dagli organi che rappresentano la volontà popolare. Ciò avviene al fine di lasciare spazio agli orientamenti giurisprudenziali nonché a regole più flessibili, tra cui linee guida e circolari, fissate dalle amministrazioni e dalle autorità amministrative indipendenti.

Nell'ambito del presente lavoro si è altresì posto l'accento sull'incapacità di alcuni principi radicati di interfacciarsi con questioni recenti e sulla conseguente necessità di formulare principi ulteriori, attraverso nuove "fonti" leggere.

Illustri giuristi, tra cui Sabino Cassese, hanno messo in rilievo la necessità di modificare *il metodo di ricerca nel diritto amministrativo*, rendendolo *interdisciplinare*, anche attraverso utili riferimenti all'analisi economica, ancorandolo altresì alla giurisprudenza, disancorandolo, quando indispensabile, dai tradizionali riferimenti di diritto positivo.

Pertanto, chi scrive qui si sente di concludere, in concreto, che la nozione di certezza giuridica non risulti più unicamente legata alla corretta declinazione della legge ma includa necessariamente l'ambito giudiziario, a dimostrazione della sua nuova valenza in chiave evolutiva.

Tuttavia, in astratto, nel sistema delle fonti del diritto, la legge risulta sovraordinata alla giurisprudenza anche al fine di assicurare un'applicazione uniforme e certa (*id est*: sicura) delle norme comportamentali, altresì allo scopo di sottrarle per tale via agli orientamenti interpretativi ondivaghi.

A parere di chi scrive è opportuno riflettere sul modello di struttura istituzionale attuale in cui l'amministrazione appare ampiamente svincolata dalla legge.

Si denota altresì la sussistenza di un rapporto diretto tra i giudici ed i principi che sortisce l'effetto negativo - ed idealmente non auspicabile - di ridimensionare il valore delle regole, specie in assenza di una scienza che se ne occupi in maniera costante, sistematica, autonoma e *last but not least* costruttiva.

Certamente però non può sottacersi che uno tra i fattori di rischio per l'economia di un Paese sia rappresentato dalla mancanza di certezza delle norme che esplicano il corretto esercizio dei pubblici poteri, siano essi amministrativi che giurisdizionali, con cui gli *stakeholders* (*id est*: operatori) si interfacciano.

Senonché si assiste ad uno scollamento tra la netta opzione legislativa e le applicazioni amministrative e giurisprudenziali, sovente discendente dal grado di incertezza e complessità del quadro di riferimento normativo e giurisprudenziale.

La stabilità e la validità dei benefici e dei titoli connessi allo svolgimento di attività economiche d'impresa dovrebbe idealmente fondarsi su disposizioni chiare, generali, astratte, previamente stabilite dal legislatore quale organo espressivo della volontà popolare.

Di regola, tale opzione non dovrebbe essere effettuata dall'amministrazione o dalla giurisprudenza, sulla base di canoni di opportunità, uguaglianza, ragionevolezza.

In concreto, come già rilevato, la questione di compatibilità della regola posta dal legislatore ed eventualmente ritenuta in contrasto con il principio di ragionevolezza dovrebbe essere rimessa alla Corte costituzionale, unico organo avente lo *status* (*id est*: il ruolo) di "Giudice delle leggi".

In linea con le argomentazioni espresse nel corpo della tesi, si sostiene conclusivamente che la c.d. flessibilità nonché la «liquidità» delle regole potrebbe risultare foriera di potenziali danni allorquando concerne i relativi divieti nella loro formulazione e la normazione delle conseguenze della connessa violazione.

La ridotta chiarezza del sistema normativo, accompagnata da un elevato grado di confusione delle formule giuridiche impiegate che sovente non corrispondono alle categorie ed agli istituti tradizionali, non permette di prevedere con un sufficiente livello di plausibilità se un operatore potrà essere ammesso in concreto ad una pubblica selezione o potrà realmente ottenere i permessi oppure certificare o dichiarare la presenza dei presupposti indispensabili per l'avvio di un'attività imprenditoriale o per la realizzazione di un'opera ma, soprattutto, se potrà fare affidamento temporale in merito alla stabilità dei titoli o degli atti relativi.

Di fatto, lo stato di incertezza *de quo* si riverbera naturalmente sull'attività della giurisprudenza che viene, iniquamente e sovente con consapevolezza di ciò, costretta a svolgere un ruolo creativo che formalmente non le apparterebbe, con il risultato, nonostante lo sforzo frequente di offrire un indirizzo univoco, di coniare reiteratamente opzioni interpretative eterogenee, a causa della connaturata ed intrinseca difficoltà di offrire regole generali in fase di risoluzione di contrasti strettamente connessi alle particolarità della fattispecie concreta in esame.

Certamente, la funzione nomofilattica, riconosciuta alla Corte di Cassazione nel suo massimo consesso fin dal 1941 ai sensi dell'art. 65 contenuto nel r.d. n. 12 ed altresì estesa a partire dal 2010 all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato *ex art. 99 c.p.a.*, a fini di garanzia di uniforme

interpretazione del diritto, ha acquisito una rilevanza ed un'utilità progressivamente crescente.

Tuttavia, non pare idealmente auspicabile la prospettiva, che pure a tratti sostanzialmente si manifesta, di sostituzione della garanzia della legalità *tout court*, specialmente avuto riguardo ai parametri di prevedibilità e di certezza del diritto.

In un'ottica conclusiva, chi scrive qui ritiene che essa non possa aprioristicamente configurarsi quale valore rinunciabile, *tamquam* necessario e doveroso risulta il "servizio" legislativo in uno Stato di diritto in cui attualmente vi è l'esigenza di far ripartire l'economia nonché di riacquisire credibilità a livello internazionale e pertanto di trasmettere un senso di prevedibilità, sicurezza giuridica, stabilità e certezza a coloro che, nonostante la società attraversi una congiuntura sfavorevole, decidano di farvi affidamento, attraverso investimenti in termini di risorse materiali e immateriali, quali, a titolo esemplificativo lo studio, l'attività d'impresa.

Idealmente, il ruolo della giurisprudenza dovrebbe concretarsi nell'applicazione ed interpretazione della legge, senza sconfinare in una costruzione o ricostruzione della medesima, invocando una presunta lettura "costituzionalmente orientata" del quadro normativo (che non potrebbe essere) fondata su un principio "liquido" quale quello di ragionevolezza su cui è attualmente in discussione l'ambito del sindacato della Corte Costituzionale.

La *regula iuris* dettata dalla giurisprudenza è necessariamente condizionata dalla fattispecie cui si riferisce, ancor di più se il giudice è, come nella congiuntura attuale che il nostro Paese sta attraversando, tra

“società dell'emergenza” e “società del rischio”, sovente esposto alle pressioni connesse agli effetti delle sue decisioni sull'economia.

In un'ottica sintetico-ricostruttiva dell'analisi tecnico-giuridica sinora condotta, chi conclude qui ritiene che sia opportuno operare una distinzione tra l'attività di ragionamento, in termini giuridici, rispetto alle possibilità di riforma del sistema, e, invece, l'applicazione *tout court* delle norme vigenti in quanto viene *ictu oculi* richiamato il ruolo della legge nonché l'aspetto interconnesso della prerogativa di indipendenza del giudice.

Certamente, secondo il parere di chi ha effettuato il percorso di ricerca *de quo*, la giurisdizione può rispondere, nella fase socio-politico-economica attuale, all'emersione di nuovi bisogni e connesse istanze di protezione, può supplire a carenze del legislatore, specie allorquando quest'ultimo non riesca a trovare, in ambito politico, il punto di temperamento in materie sensibili.

Nell'esercitare tale ruolo, la giurisprudenza si sovrappone chiaramente al legislatore; l'importante è che ciò avvenga meramente *pro tempore*.

Difatti, nel medio-lungo periodo sarebbe opportunamente auspicabile un ritorno alla “fisiologia” in cui la creazione (*id est*: elaborazione, formazione) del diritto spetta al legislatore.

A conclusione dello studio sin qui effettuato, si valuta preponderante la necessità di recuperare, accanto ad un profilo pratico equilibrato, una dimensione culturale della scienza giuridica.

Non è auspicabile una passiva rassegnazione rispetto a ruoli esercitati in maniera sovente confusa.

Pertanto, la dottrina ma anche i *mass media* e l'opinione pubblica in generale, di frequente pronti a criticare l'operato della giurisprudenza,

dovrebbero piuttosto segnalare con fermezza le inefficienze del legislatore, che si manifestano in inattività (inerzia, astensione), inefficacia, produttività inutile, incapacità, inadeguatezza, specie allorquando creano disposizioni normative caratterizzate da un pessimo *drafting* legislativo.

Tutto ciò, unito alla mancanza di adeguata consapevolezza nel dibattito politico e nella società civile, sta causando un'alterazione dei valori di civiltà giuridica e del principio inalienabile di legalità costituzionale.

Il giurista non può assumere un atteggiamento di acquiescenza e rinuncia a principi quali quelli di prevedibilità, pubblicità ed imparzialità che discendono dalla primazia della legge poiché, così declinando di fatto il proprio ruolo, delega sia la giurisprudenza, con la creazione di soluzioni del caso concreto, sia le amministrazioni, attraverso l'elaborazione di regole flessibili, alla delimitazione del potere amministrativo.

Chi argomenta qui ritiene conclusivamente che, alla luce del delicato ma necessario – poiché imposto dalla crisi politica attuale – ruolo suppletivo del giudice nell'esercizio della funzione regolatoria, il diritto ad una buona amministrazione si concretizzi oggi solo allorquando gli organi giurisdizionali possono svolgere pienamente il proprio ruolo, contrastando per tale via anche la corruzione che tanto attanaglia l'opinione pubblica e la cronaca giudiziaria attuale.

Certamente, fondamentale ed insostituibile rimane il doveroso ruolo del giurista e della dottrina in generale nella difesa dei principi democratici fondanti la preminenza della legge, anche per mitigare gli effetti negativi derivanti sotto i profili della certezza e della sicurezza giuridica nonché per tutelare gli affidamenti legittimi di *stakeholders*, anche al fine di incentivare gli investimenti nell'economia italiana per una ripresa effettiva.

Nell'ambito del Capitolo III, si è sostenuta la legittimazione di un ampliato potere della giurisprudenza nel progresso (*id est*: espansione) dell'ordinamento alla luce della dottrina del c.d. neo-costituzionalismo, fondante un nuovo ruolo dei principi costituzionali.

In particolare, in relazione all'ipotesi delle “*lacune*” legislative nell'attuazione dei principi costituzionali”, qualora entri in gioco la necessità di protezione di diritti fondamentali, si conclude che possa sussistere la possibilità di un'“applicazione diretta” da parte del giudice, fermi rimanendo i limiti in generale ritenuti naturalmente esistenti in tema di c.d. «diritti finanziariamente condizionati», e fatte salve le ipotesi in cui sussista una “riserva di legge” a tutela delle posizioni giuridiche che finirebbero per essere scalfite per effetto dell'attuazione “giudiziale” di altri diritti, sia pur “fondamentali”.

Pertanto, sinteticamente, si ritiene non condivisibile l'idea di un'esclusione assoluta di un'applicazione diretta dei principi costituzionali da parte del giudice, specie allorquando si trovi di fronte ad una “lacuna legislativa”, - salvo il caso della sussistenza di una “riserva di legge”, nonché escluse le fattispecie inerenti i c.d. diritti sociali “finanziariamente condizionati”- specialmente qualora la *quaestio* involga diritti fondamentali inviolabili.

Di certo, sarebbe opportuno scongiurare di incorrere nel rischio che il giudice, sulla base di una visione meramente “soggettiva” e/o “emotiva”, utilizzando come argomento i principi costituzionali, si ritrovi a creare nuovi “diritti” oppure a sostenere nuove modalità di protezione per quelli esistenti, sostituendosi per tale via al ruolo della “politica”, ed altresì anticipando opzioni e soluzioni, la cui mancata adozione (*id est*: scelta) da

parte del legislatore non sia sempre connessa ad una colpevole inerzia, quanto piuttosto al fatto che si tratta di scelte non ancora maturate nella maggioranza, altresì sovente oggetto di forti contrapposizioni nell'ambito dell'opinione pubblica.

Tuttavia, quando l'inerzia del legislatore e la connessa lacuna che essa provoca nell'attuazione dei diritti fondamentali risulti in concreto come una forma di "estrema ingiustizia", causando una manifesta violazione di un diritto fondamentale, magari sancito a livello sovranazionale o internazionale *ex art. 117 Cost.*, chi conclude qui sostiene che il giudice possa ritenersi autorizzato, ad offrire applicazione diretta al relativo "principio" costituzionale.

Al termine del percorso analitico ricostruttivo *de quo*, chi scrive valuta che sia di fondamentale rilevanza che le operazioni compiute nell'ambito del percorso di applicazione diretta di un "principio" siano accompagnate da consapevolezza quando si procede alle operazioni di bilanciamento tra i principi ed altresì che il giudice tenga specialmente in conto i limiti esistenti rispetto a tale applicazione qualora una lacuna legislativa non risulti in concreto sussistente.

La ricerca *de qua* esamina, nel capitolo IV, la disciplina dei limiti dimensionali e redazionali degli atti processuali quale espressione del principio di sinteticità. L'analisi è condotta alla luce dei principi generali in tema di nullità processuali per cui non ogni difformità dal modello legale di riferimento o mancanza di requisiti previsti *expressis verbis* determina la nullità dell'atto processuale, essendo a tale scopo indispensabile che la nullità sia comminata espressamente dalla legge o che la differenza sussistente renda l'atto inidoneo rispetto al fine perseguito.

La conclusione a cui si addiène è che il rispetto dei limiti dimensionali non costituisca un requisito di forma-contenuto indefettibile dell'atto processuale, che rimane valido qualora il contenuto dell'atto rappresenta ad ogni modo in maniera chiara ed intellegibile la domanda di parte al giudice, non assumendo rilievo l'eventuale brevità o lunghezza dell'atto considerate *sic et simpliciter*.

La prospettiva conclusiva è di tipo realistico, nella consapevolezza dell'impossibilità di prescindere dal dato reale di necessità di gestione del "servizio giustizia" quale risorsa scarsa e, altresì, ritenendosi, in concreto, l'intervento giurisprudenziale suppletivo necessario in carenza di azione legislativa utile.

Bibliografia

AA. VV., *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?* in *Quaderni dell'Istituto di Studi Giuridici del Lazio "Arturo Carlo Jemolo"*, Roma, 2014.

ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, 1986.

APERIO BELLA F., *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.

AVENTAGGIATO V., *Danni punitivi: il via libera delle Sezioni Unite*, in www.altalex.com.

BACCARINI S., *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2015.

BACCARINI S., *Processo amministrativo e ordine di esame delle questioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2016.

BARBIERI E. M., *L'abuso del copia ed incolla nel ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016.

BARONE A., *The european «nomofilachia» network*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013.

- BELLAVISTA M., *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*,
in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2011.
- BENVENUTI F., *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IX,
Milano, 1961.
- BENVENUTI F., *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI,
Milano, 1987.
- BENVENUTI F., *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII,
Milano, 1969.
- BENVENUTI F., *Parte (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano,
1981.
- BONGIOVANNI G., *Neocostituzionalismo*, in *Enciclopedia del diritto*,
Annali, IV, Milano, 2011.
- CALAMANDREI P., *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di*
Francesco Carnelutti, vol. II, Padova, 1950.
- CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, 2017.
- CARACCILO LA GROTTIERA A., *Parti e contraddittorio nel processo*
amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 1993.
- CARBONE A., BELLESINI C., *Riparto di giurisdizione e controversie di*
diritto pubblico, in V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa*
in Italia e in Germania, Milano, 2017.

- CARINGELLA F., *I principi del diritto amministrativo*, Roma, 2016.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958.
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it.
- CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione*, in www.irpa.it,
Relazione alla “*Giornata sul diritto alla buona amministrazione*” per
il 25° anniversario della legge sul “*Síndic de Greuges*” della Catalogna,
Barcellona, 27 marzo 2009.
- CASSESE S., Relazione introduttiva “*Mezzo secolo di trasformazioni del
diritto amministrativo*”, *XXII Congresso Italo-Spagnolo dei Professori
di Diritto Amministrativo*, Università degli Studi di Messina, 17-19
Maggio 2018.
- CASSESE S., *I problemi irrisolti e le liti quotidiane*, 26 Aprile 2019, in
www.corriere.it ed altresì pubblicato in www.irpa.eu.
- CECCHETTI M., *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano,
2001.
- CHIASSONI P., *Il precedente giudiziale: tra esercizi di disincanto*, in P.
COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto*, 2004.

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923 (rist. 1965).

CIRILLO G. P., *Dovere di motivazione e sinteticità degli atti*, in *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. Santaniello, vol. XXXXII, 2014.

COMANDUCCI P., *Su Dworkin*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989.

COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1981.

COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982.

COMOGLIO L.P., *Contraddittorio (principio del) – I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, VIII, 1988.

CONTESSA C., *L'autotutela amministrativa all'indomani della "legge Madia"*, in *Studi e lezioni di diritto amministrativo*, Piacenza, 2018.

CORDOPATRI F., *La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo*, in *Federalismi.it*, 2014.

CORSALE M., voce *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, 1988.

- CORSO G., *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016.
- CORSO G., *Principio di legalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.
- CORTELAZZO M. A., *Brevità, sintesi e concisione nel processo amministrativo*, in *Lingua e processo. Le parole del diritto di fronte al giudice*, Atti del Convegno, Firenze, 4 aprile 2014, in F. Bambi, *Accademia della Crusca* (a cura di), Firenze, 2016.
- COSTANTINO G., *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011.
- COSTANZO A., *L'ingranaggio normativo*, in *Ars interpretandi*, 2005.
- DAGOSTINO R., *Giudice amministrativo, incertezza scientifica e urgenza decisoria*, in R. MARTINO, F. ALICINO, A. BARONE (a cura di), *L'impatto delle situazioni di urgenza sulle attività umane regolate dal diritto*, Milano, 2017.
- D'AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989.

D'AMICO G., *Clausole generali e ragionevolezza*, 18-20 Aprile 2006, in *Atti del II convegno nazionale della Società italiana degli studiosi del diritto civile*, Capri, 2008.

D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, Nota a *Cass. Civ., Sez. III, 18 Settembre 2009, n. 20106*, in *I contratti*, 1, 2010.

D'AMICO G., *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi.*, in: AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

D'AMICO G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano.*, in *I contratti*, 2011.

D'AMICO G., *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011.

D'AMICO G., PAGLIANTINI S., *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2015.

D'AMICO G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civile*, 2015.

D'AMICO G., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017.

DELSIGNORE M., RAMAJOLI M., *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, n. 1 – 2019.

DE NICTOLIS R., *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017.

DE NICTOLIS R., *La sinteticità degli atti di parte e del giudice nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

DENTI V., *Nullità degli atti processuali*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965.

DE SIANO A., *Il potere nomofilattico fra legislazione e giurisprudenza*, in *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, *Quaderni di Diritto e processo amministrativo*, 27, Febbraio 2018.

DOMENICHELLI V., *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2001.

DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, 1977, trad. it. a cura di F. Oriana e G. Rebuffa, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

FAZZALARI E., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986.

- FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Padova, 1996.
- FEMIA P., *Segni di valore*, in AA.VV., *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di L. Ruggeri, Napoli, 2012.
- FERRAJOLI L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010.
- FERRARI G. E., *Sinteticità degli atti nel giudizio amministrativo*, in *Treccani Libro dell'anno del diritto* 2013.
- FIDONE G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, in *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, collana studi diretta da F. G. Scoca, Torino, 2012.
- FOLLIERI E., *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, nota a Cons. St., Ad. plen., 29 dicembre 2004, n. 14, in *Dir. proc. amm.*, 2006.
- FOLLIERI E., *Il deficit di democrazia nella legislazione, amministrazione e giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015.

FORTE F., *Analisi economica del diritto. Le regole*, vol. I, Reggio Calabria, 2005.

FORTE F., *Analisi economica del diritto. Le istituzioni*, vol. II, Reggio Calabria, 2006.

FRANCARIO F., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015.

FRANCARIO F., Relazione “*Giornate di studio sulla giustizia amministrativa*” su “*Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*”, Modanella (Siena), 8-9 Giugno 2018, Napoli, parzialmente reperibili anche su *www.giustizia-amministrativa.it* nonché su *www.federalismi.it*.

FRANCARIO F., *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell’atto di parte*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2018.

FRANZONI L. A., *Introduzione all’economia del diritto*, Bologna, 2006.

FRANZONI L. A., MARCHESI D., *Economia e Politica Economica del Diritto*, Bologna, 2006.

- GALLO C. E., *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Milano, 1983.
- GENTILI A., *L'abuso del diritto come argomento*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di V. Velluzzi, Pisa, 2012.
- GHIRGA M. F., *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015.
- GIANI L., D'ORSOGNA M., POLICE A. (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, nella collana *Contributi di Diritto amministrativo – I Classici*, diretta da F. G. Scoca, G. Corso, M. D'Orsogna, L. Giani, M. Immordino, A. Police, M. A. Sandulli, M. Spasiano, Napoli, 2, 2018.
- GIANNINI M. S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963.
- GIUSTI A., *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, nota a Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210, in *Giur. it.*, 2014.
- GORLA G., *Introduzione alla Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni de «Il Foro italiano»*, 1966.

- GORLA G., *Precedente giudiziale in Italia (voce enciclopedica)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, 1990.
- GROSSO G., *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, I, Varese, 1958.
- GUALAZZINI U., *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Varese, 1958.
- LAMBERTI G., *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2013.
- LICCIARDELLO S., *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2015.
- LIGUORI F., *La funzione nomofilattica nell'età dell'incertezza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017.
- LIPARI M., *La sinteticità degli atti difensivi*, Libro dell'anno del diritto 2016, Roma, 2016, in *Treccani.it*.
- LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *www.astrid-online.it*.
- LUCIANI M., *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

MANGANARO F., MAZZA LABOCETTA A., *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Urbanistica e appalti*, 8-9, 2015.

MANGANARO F., *Effettività della tutela giurisdizionale e riammissione alla gara di un concorrente illegittimamente escluso*, in *Urbanistica e appalti*, 2012.

MANGANARO F., *Equo processo e diritto ad un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Ius publicum*, 2011.

MANGANARO F., *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010.

MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

MARTINETTO G., *Contraddittorio (principio del)*, in *Novissimo Digesto italiano*, II, App., Torino, 1981.

MATARRESE A., NOTARANGELO E., *Le SS.UU. accolgono i "danni punitivi" nell'ordinamento italiano*, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

- MATTEI U., voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XIV, 1996.
- MAZZA LABOCSETTA A., *Autorità amministrative indipendenti e principio di legalità*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2015.
- MAZZA LABOCSETTA A., *La giurisdizione debole sugli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone, II*, Napoli, 2017.
- MAZZAMUTO M., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2010.
- MAZZAMUTO M., *L'incertezza del diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in *L'incertezza delle regole. Annuario AIPDA 2014*.
- MAZZAMUTO M., *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. ital.*, n. 3/2018.
- MAZZAMUTO S., *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di enforcement del precedente*, in *Pol. dir.*, 2003.

- MERUSI F., *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 4, 2011.
- MERUSI F., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011.
- MERUSI F., *La legalità amministrativa fra passato e futuro*, Napoli, 2016.
- MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003.
- MONTEDORO G., *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015.
- NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009.
- NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Milano, 2017, II ed.
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958.
- NASI A., *Contraddittorio (principio del)*, (*Dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.
- NUNZIATA M., *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2015.

- OPOCHER E., *Giustizia (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970.
- PACE A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001.
- PAGNI I., *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.*, 2016.
- PAGNI I., *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016.
- PAJNO A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in www.irpa.eu.
- PAJNO A., *Giustizia amministrativa ed economia*, in www.astrid-online.it, 2014.
- PAJNO A., *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2015.
- PAJNO A., *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Rass. for.*, 2014.
- PAJNO A., *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. It. di Dir. Pub. Com.*, 2, 2015.
- PALMIERI A., PARDOLESI R., *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Il Foro italiano*, 1, 2010.

PANZAROLA A., *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2016.

PAOLANTONIO N., *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 1, 2008.

PAOLANTONIO N., *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, in www.giustamm.it.

PATRONI GRIFFI F., *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, 1, 2016.

PEDRINI F., *Clausole generali e principi costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it, 2015.

PERLINGERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

PICOZZA E., RICCIUTO V., *Diritto dell'economia*, in *Trittico giuridico - sezione manuali* - diretto da Ugo De Siervo, Giovanni Iudica, Francesco Carlo Palazzo, Torino, 2013; nuova edizione 2017.

- PICOZZA E., *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987.
- PICOZZA E., *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. Stato*, 2000, II.
- PIETROSANTI A. G., *Sulla violazione dei principi di chiarezza e sinteticità previsti dall'art. 3, comma 2 c.p.a.*, in *Foro amm. TAR*, 2013.
- PIRRUCCIO P., *La buona fede e la correttezza nei rapporti diventano un vero e proprio dovere giuridico*, in *Guida al diritto*, 2009, fasc. 40.
- PIZZORUSSO A., voce *Certezza del diritto. III) Profili applicativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, 1988.
- POLIDORI S., *Recensione a G. PERLINGERI, L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 128, in *Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2/2014.
- POSNER R. A., *The Economics of Justice*, Harward, 1981.
- POSNER R. A., *The Problems of Jurisprudence*, Harward, 1990.
- POSNER R. A., *Economic Analysis of law, 5th ed.* Aspen Law & Business, 1998.

POSTERARO N., *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2017.

RAGNI M., *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. civ.*, 2, 2015.

RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1, 2013.

RAMAJOLI M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. Amm.*, 1 e 2, 2014.

RAMAJOLI M., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2015.

RAMAJOLI M., *Spunti per un dibattito in tema di risarcimento del danno e interessi legittimi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 27 Ottobre 2016.

RAMAJOLI M., *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2, 2016.

RAMAJOLI M., *Verso un declino della decisione motivata?*, Relazione a Seminari pisani di diritto amministrativo, Pisa, 2018.

RAMAJOLI M., *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, Relazione per il corso di formazione per Magistrati amministrativi organizzato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa in collaborazione con il TAR Lombardia, svoltosi il 14 e 15 febbraio 2019 presso il TAR Lombardia, in www.giustizia-amministrativa.it.

REDENTI E., *Atti processuali civili*, in *Enc Dir.*, IV, Milano, 1959.

RENNA M., *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in www.judicium.it.

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. Giur.*, 6, 2008.

ROMANO S., *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Varese, 1958.

ROMANO TASSONE A., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, pubblicato altresì in AA. VV., *Analisi*

economica e diritto amministrativo, in *Annuario AIPDA 2006*, Milano, 2007.

ROMANO TASSONE A., *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002.

ROMANO TASSONE A., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006.

ROMANO TASSONE A., *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2012.

ROMANO TASSONE A., *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, Napoli, I, 2013.

ROMANO TASSONE A., *Sui rapporti tra giudizio amministrativo ed interesse pubblico*, in *Annuario Aipda 2012*, Napoli, 2013.

ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923.

RUGGERI A., *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 4-2006.

RUGGERI A., SALAZAR C., voce *Certezza del diritto*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, diretto da S. Cassese, Milano, 2006.

SACCO R., *L'interpretazione*, in G. Alpa – A. Guarneri – P.G. Monateri – G. Pascuzzi – R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano. II. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999.

SAITTA F., *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. Amm.*, 2005.

SAITTA F., *Appunti preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo*, (Comunicazione al Convegno su: «Analisi economica e diritto amministrativo» - Venezia, 28-29 settembre 2006), in www.diritto-amministrativo.org; in *Dir. econ.* 2006; in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2006*, Milano, 2007.

SAITTA F., *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in www.judicium.it, pubblicato anche in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, 2012, in *Riv. dir. proc.*, 2012.

SAITTA F., *Rito appalti e dovere di sinteticità: gli scritti difensivi “obesi” esistono, ma la ...dieta è sbagliata*, in *Lexitalia.it*, 7/2015.

SAITTA N., *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2011.

SALAZAR C., *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2013.

SALAZAR C., *Il principio di legalità*, in AA. VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura, A. Morelli, Milano, 2015.

SALVATO L., *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2015.

SANDULLI M. A., TERRACCIANO G., *La semplificazione delle procedure amministrative a seguito della attuazione in Italia della Direttiva Bolkestein*, in *Monografie Aragonese Journal of public administration*, Governo di Aragona, 2010.

SANDULLI M. A., *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso del processo o diniego di giustizia?*, in *Federalismi.it*, 20/2012, pubblicato altresì in *Osservatorio della giurisprudenza sulla giustizia amministrativa* (a cura di M. A. Sandulli E M. Lipari), *Foro amm.-TAR*, 2012.

SANDULLI M. A., *L'abuso di processo*, in *Diritto on line -Treccani, Libro dell'anno del diritto 2013*, in www.treccani.it.

SANDULLI M. A., *Il tempo del processo come bene della vita*, *Relazione al 60° Convegno di Studi di scienze amministrative*, Varenna 2014, in Federalismi.it, 18/2014.

SANDULLI M. A., *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici. Postilla a «Principi e regole dell'azione amministrativa. Riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale»* (federalismi.it, 6 Dicembre 2017), in federalismi.it, 23 Maggio 2018.

SANDULLI M. A., *Relazione a “Giornate di studio sulla giustizia amministrativa” su “Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica”*, Modanella (Siena), 8-9 Giugno 2018, Napoli, parzialmente reperibili anche su www.giustizia-amministrativa.it nonché su www.federalismi.it.

SANDULLI M. A., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 3, 2018.

SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959.

- SCARSELLI G., *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012.
- SCARSELLI G., *Note sulle buone regole redazionali dei ricorsi per cassazione in materia civile*, in *Questione Giustizia*, 2016.
- SCOCA F. G., *I principi del giusto processo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006.
- SCOCA F. G., *Le parti*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006.
- SCOCA F. G., *Gli atti processuali*, in *Giustizia amministrativa* (a cura di F.G. Scoca), Torino, 2011.
- SCOCA F. G., *Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all’accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2014.
- SCOGNAMIGLIO A., *La decisione anticipata nel merito del ricorso: il processo amministrativo tra efficienza e garanzia delle parti*, in *Dir. proc. amm.*, 2007.
- SHAVELL S., *Fondamenti dell’analisi economica del diritto*, Torino, 2005.
- SINISI M., *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017.

SPADARO A., *Bilanciamento*, in *Enciclopedia filosofica*, Vol. II, Milano, 2006.

SPADARO A., *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, pubblicato anche in AA.VV., *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Soveria Mannelli, 2007.

SPASIANO M., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

TARUFFO M., *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA. VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998.

TARUFFO M., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012.

TOMAIUOLI P., *L'«altolà» della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in www.giurcost.org, n. 1/2018.

TORCHIA L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno Aipda su “*Decisioni amministrative e processi deliberativi*”, Bergamo 5-7 ottobre 2017, in www.irpa.eu.

TRIMARCHI M., *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2016.

TRIMARCHI BANFI F., *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2016.

TROPEA G., *Il processo amministrativo in trasformazione, nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, a cura di F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, F. Saitta, N. Saitta, A. Tigano, *Volume III*, Napoli, 2017.

TROPEA G., *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*, in *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*, in *Studi per il 150° anniversario delle leggi di unificazione nazionale*, a cura di L. Ferrara e D. Sorace, vol. V, *L'intervento pubblico in economia*, a cura di M. Cafagno e F. Manganaro, Firenze, 2016.

TROPEA G., *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2015.

TROPEA G., PERFETTI L. R., *“Heart of darkness”*: l’Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2016.

TROPEA G., *La translatio iudicii “si schiude”, ma l’abuso “per omissione” di attività processuale paralizza la pretesa risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2015.

TROPEA G., *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015.

TROPEA G., *L’abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015.

TROPEA G., *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico*, in www.giustamm.it, 2012.

TROPEA G., MATTASSOGLIO F., *Crisi economico-finanziaria e tutela giurisdizionale: la legittimazione ad agire e la responsabilità delle autorità di vigilanza finanziaria*, in *Il diritto dell’economia*, 1, 2012.

TROPEA G., *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007.

VERDE G., *Abuso del processo e giurisdizione*, in www.judicium.it.

VERDE G., *Non disturbare il manovratore (a proposito di sospensione dell'espropriazione e di condanne punitive)*, in *Corr. giur.*, 2012.

VERDE G., *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012.

VILLATA R., BERTONAZZI L., *Vizi del ricorso e della notificazione*, in *Il processo amministrativo* (a cura di A. Quaranta e V. Lopilato), Milano, 2011.

VILLATA R., *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2018.

VILLATA R., *Postilla a La (almeno per ora) fine di una lunga marcia*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2018.

VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. VI, 2013.

VOLPE F., *Sui limiti all'estensione degli atti di difesa nel processo amministrativo, Note a margine del decreto del Presidente del*

Consiglio di Stato 25 maggio 2015 n. 40, sulla sinteticità degli atti defensionali, in Lexitalia.it, 5/2015.

ZAGREBELSKY G., *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini*, 2002.

ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2009.

ZUCHELLI C., *Il “provvedere” ai tempi della globalizzazione. Riflessi sul rapporto autorità/libertà*, Relazione tenuta al Convegno: *Il provvedimento amministrativo tra forma e sostanza*, Consiglio di Stato, 4 luglio 2017, pubblicata il 29 luglio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it.

Abstract

Contributo per un'analisi giuseconomica e comportamentale tra principi e regole nel diritto amministrativo in transizione. Profili scelti tra procedimento e processo.

L'applicazione dei principi di analisi economica al diritto amministrativo *tout court* costituisce operazione ermeneutica valutata criticamente da buona parte della dottrina giuspubblicistica.

Nonostante tale scetticismo di fondo, sempre più frequenti appaiono gli usi in chiave strumentale delle argomentazioni di analisi economica da parte della giurisprudenza (anche) amministrativista, sia con riferimento al procedimento che al processo.

Il costo sociale del processo, quale risorsa scarsa, ammantava la tematica, oggetto della presente tesi di ricerca, di indubbia attualità.

L'argomentazione dell'abuso del processo è stata utilizzata dalla giurisprudenza e dal legislatore nell'ambito di politiche pubbliche finalizzate al controllo ed alla riduzione dei costi del processo.

L'approccio metodologico seguito è di tipo storico-ricostruttivo, comparatistico, particolarmente attento al dato normativo sia in una prospettiva *de iure condito* che in quella *de iure condendo*, nonché all'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza, specie con riferimento all'uso ricorrente delle tecniche di analisi economica del diritto.

L'attività ermeneutica è svolta alla luce della tesi del c.d. giuspositivismo temperato (*id est*: costituzionalismo garantista), metodo attento a non tradire la lettera della Costituzione ma pronto ad utilizzarne, nel rispetto dei valori costituzionali, tutti gli spazi lasciati liberi all'interprete, nella piena consapevolezza dei mutamenti del contesto storico-politico-economico e sociale che sembrano necessitare una particolare attenzione ai valori del dinamismo e dell'efficienza in chiave giuseconomica, sia pure secondo criteri prudenziali.

La presente tesi di ricerca rappresenta il primo *step* per tentare di offrire un contributo di dottrina a carattere sistematico rispetto all'applicabilità di principi, regole e teoremi di analisi economica al processo amministrativo, analizzando nello specifico i profili di interconnessione tra i principi di analisi economica del diritto ed alcune tematiche attuali, profili scelti tra cui l'argomento dell'abuso del processo amministrativo, nonché la disciplina

dei limiti dimensionali e redazionali degli atti processuali quale espressione del principio di sinteticità, altresì ipotizzando, anche alla luce del principio del contemperamento - *id est*: bilanciamento; *melius*: equilibrata ponderazione - dei contrapposti interessi, una compatibilità in chiave giuseconomica nonché, in una prospettiva *de iure condendo*, una composizione del conflitto tra principi immanenti dell'ordinamento giuspubblicistico, sempre in ossequio al canone di ragionevolezza.

La prospettiva conclusiva è di tipo realistico, nella consapevolezza dell'impossibilità di prescindere dal dato reale di necessità di gestione del "servizio giustizia" quale risorsa scarsa e, altresì, ritenendosi, in concreto, l'intervento giurisprudenziale suppletivo necessario in carenza di azione legislativa utile.

Più specificamente, si ritiene che la giurisdizione possa rispondere, nella fase socio-politico-economica attuale, all'emersione di nuovi bisogni e connesse istanze di protezione, possa supplire a carenze del legislatore, specie allorquando quest'ultimo non riesca a trovare, in ambito politico, il punto di contemperamento in materie sensibili. Nell'esercitare tale ruolo, la giurisprudenza si sovrappone chiaramente al legislatore; l'importante è che ciò avvenga meramente *pro tempore*.

Difatti, nel medio-lungo periodo sarebbe opportunamente auspicabile un ritorno alla "fisiologia" in cui la creazione (*id est*: elaborazione, formazione) del diritto spetta al legislatore.

Contribution to an economic and behavioural analysis between principles and rules in administrative law in transition. Profiles chosen between procedure (proceeding) and process.

The application of the economic analysis principles to administrative law constitutes an hermeneutic operation critically evaluated by most of public-law doctrine.

Despite this fundamental scepticism, the use of instrumental tools of economic analysis by administrative (even) judge is becoming increasingly common, referred to both the proceeding and the process.

The social cost of the process, as a poor resource, makes the object of the present essay unquestionably timeless.

The argument of the abuse of the process has been used by the case law and the legislator in public policies aimed at controlling and reducing the costs of the process.

The methodological approach followed is historical-reconstructive, comparative, particularly heedful to current rules both from *de jure condito* perspective and under a *jure condendo point of view*, as well as in the evolution of doctrine and jurisprudence, especially with reference to recurrent use of the techniques of economic analysis of law.

Hermeneutic activity is carried out considering thesis of c.d. tempered juspositivism (id est: guaranteed constitutionalism), a method careful not to betray the letter of the Constitution but ready to use, in observance of constitutional values, all the spaces left free to the interpreter, in full awareness of the changes in the historical, political, economic and social factors that seem to require special attention to the values of dynamism and efficiency in a key economic, even if prudential criteria.

This research thesis is the first step in attempting to offer a systematic doctrine contribution to the applicability of principles, rules and theories of economic analysis to the administrative process, analyzing in particular the profiles of interconnection between the principles of economic analysis of law and some current issues, selected profiles including the topic of abuse of the administrative process, as well as the regulation of the dimensional and editorial limits of processual acts as an expression of the principle of conciseness, even speculating, also by principle of balancing of conflicting interests, a compatibility in an economic key and, in a perspective of *de jure condendo*, a composition of the conflict between the immanent principles of

the public law system, always in accordance with the principle of reasonableness.

The concluding perspective is of a realistic nature, by necessity to consider the real need for "the management of justice" service as a law resource and also, in particular, to believe in necessary complementary jurisprudence intervention in the absence of legislative helpful action.

More specifically, it is believed that jurisdiction can respond, in the current socio-political-economic phase, to the emergence of new needs and related requests for protection, it can compensate for shortcomings of the legislator, especially when the latter fails to find, in political sphere, the point of reconciliation in sensitive matters. In exercising this role, the jurisprudence clearly overlaps with the legislator; the important aspect is that this purely takes place on a temporary basis.

In fact, in the medium-long term a return to the "physiology" in where the creation (*id est*: elaboration, training) of the law is up to the legislator would be opportunely desirable.

giuseppina.lofaro@unirc.it

Giuseppina Lofaro