

RIVISTA
TRIMESTRALE
DI DIRITTO
DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - R. Mc CORMICK
F. MERUSI - G. MONTEDORO - C. PAULUS

3 / 2020

ISSN: 2036 - 4873

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

WWW.RTDE.LUISS.IT

La sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci - F. Capriglione - R. Masera
F. Merusi - R. McCormick - G. Montedoro - C. Paulus

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato Editoriale

V. Lemma - E. Venturi - D. Rossano - N. Casalino - A. Troisi

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere
riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre
proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

L. Ammannati, E. Bani, P. Benigno, R. Bifulco, A. Blandini, C. Brescia Morra, M. Brogi, R. Calderazzi, E. Cardi, A. Cilento, M. Clarich, A. Clarizia, R. Cocozza, G. Colavitti, F. Colombini, G. Conte, P. E. Corrias, C. G. Corvese, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, P. de Gioia Carabellese, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Brina, L. Di Donna, G. Di Gaspare, F. Guarracino, F. Di Porto, G. Di Taranto, V. Donativi, M. V. Ferroni, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, I. Ingravallo, C. Irti, R. Lener, M. Libertini, L. Ludovici, N. Lupo, M. B. Magro, F. Maimeri, A. Mangione, G. Martina, S. Martuccelli, M. Maugeri, R. Miccù, F. Moliterni, S. Monticelli, G. Napolitano, G. Niccolini, A. Niutta, M. Passalacqua, M. Pellegrini, M. Proto, M. Rabitti, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, A. Romolini, C. Rossano, G. Ruotolo, C. Russo, A. Sacco Ginevri, I. Sabbatelli, F. Sartori, A. Sciarrone, M. Sepe, G. Sicchiero, D. Siclari, G. Terranova, G. Tinelli, V. Troiano, A. Urbani, P. Valensise, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi inviati alla Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia sono oggetto di esame da parte del «Comitato scientifico per la valutazione» secondo le presenti regole.

1. Prima della pubblicazione, tutti gli articoli, le varietà, le note e le osservazioni a sentenza inviati alla *Rivista* sono portati all'attenzione di due membri del *Comitato*, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel singolo contributo.
2. Il contributo è trasmesso dalla *Redazione* in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione, ai membri del *Comitato*, perché i medesimi – entro un congruo termine – formulino il proprio giudizio.
3. In ciascun fascicolo della *Rivista* sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del *Comitato* che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la *Direzione* si assume la responsabilità scientifica di procedere alla pubblicazione, previa indicazione del parere contrario dei membri del *Comitato*.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la *Direzione* promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle indicazioni dei membri del *Comitato*, assumendosi la responsabilità della verifica.

I CONTRIBUTI DEL PRESENTE FASCICOLO SONO STATI VALUTATI DA:

R. Bifulco, A. Cilento, G. Colavitti, L. Di Brina, L. Di Donna, V. Donativi, P. Gaggero, M. Guarini, F. Guarracino, R. Miccù, F. Moliterni, R. Motroni, M. Pellegrini, I. Sabbatelli, M. Sepe, V. Troiano

PARTE PRIMA

ARTICOLI

ANTONIO BLANDINI, CRISTIANA FIENGO – *Sulla funzione sociale del conto corrente bancario* (The social function of the bank account).....365

NICOLA LUPO – *L’influenza dell’Alleanza Atlantica nell’interpretazione della Costituzione economica: ovvero, sulla centralità dei principi dell’art. 11 Cost.* (The influence of the Atlantic Alliance in the interpretation of the Italian economic Constitution: on the centrality of the principles of Article 11 Cost).....425

SIMONE CICCHINELLI – *Soci e creditori nella crisi dell’impresa bancaria riflessioni dalla giurisprudenza amministrativa* (Shareholders and stakeholders in the banking crisis. Remarks from Regional Administrative Courts).....464

ANGELA TROISI – *La digitalizzazione del sistema industriale ed il piano Industria 4.0 in ambito UE* (The digitalisation of the industrial system and the Industry 4.0 plan within the EU).....488

FEDERICO RAFFAELE – *Initial coin offerings e cripto-attività: un’analisi comparata tra “arbitraggio tecnologico” ed eterogenesi dei fini dell’approccio regolatorio italiano* (Technological Arbitrage” and Heterogony of Ends of the Italian Regulatory Approach).....513

VARIETÀ

FRANCESCO CAPRIGLIONE – *Una triste storia bancaria, un appello per non morire. Un impegno del governo* (A sad story in banking. A call not to die. A Government’s commitment).....578

GIUSEPPINA LOFARO – *Profili di interconnessione tra principi di analisi economica del diritto e (abuso del) processo amministrativo* (Interconnection profiles between principles of economic analysis of law and (abuse of) administrative process).....586

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

VALERIO LEMMA – *Ostacoli al rimborso degli strumenti di capitale delle banche popolari tra CRR e Costituzione* (Obstacles to the redemption of the capital instruments of the cooperative banks between CRR and the Italian Constitution), nota a sentenza della Corte di Giustizia UE del 19 luglio 2020.....90

DIEGO ROSSANO – *La valutazione del merito creditizio nel Decreto “Liquidità”*: nota a margine di due ordinanze ex art. 700 c.p.c. (The assessment of creditworthiness in the “Liquidity” Decree: a commentary on two decisions according to article 700 c.p.c.), nota a ordinanze del Tribunale di Napoli del 5 agosto 2020 e del Tribunale di Caltanissetta dell’8 luglio 2020.....124

PARTE PRIMA

ARTICOLI

**PROFILI DI INTERCONNESSIONE TRA PRINCIPI DI ANALISI
ECONOMICA DEL DIRITTO E (ABUSO DEL) PROCESSO
AMMINISTRATIVO ***

(Interconnection profiles between principles of economic analysis of law and (abuse of) administrative process)

ABSTRACT: *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.

*Contributo approvato dai revisori.

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 an economic key, even if prudential criteria.

This essay 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, 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.

SOMMARIO: 1. Presentazione del lavoro di ricerca: sua rilevanza, originalità e stato dell'arte. – 2. Profili storico-ricostruttivi dell'abuso del diritto. – 3. Giurisprudenza italiana e comunitaria rilevante ab initio. – 4. Il bilanciamento fra il diritto fondamentale d'azione e l'interesse pubblico al giusto processo nella sua accezione economico-efficientistica. – 5. Abuso del/nel processo e orientamenti

dottrinali e giurisprudenziali di riferimento. – 6. Meritevolezza della tutela, rimedio dell'exceptio doli generalis e divieto di venire contra factum proprium: dall'abuso del diritto all'abuso del processo. – 7. La nozione giuseconomica di giurisdizione: proporzionalità ed efficienza del processo anche in una prospettiva de iure condendo. – 8. L'abuso del processo amministrativo. – 9. L'effettività della tutela ed il principio della ragione più liquida quale corollario del principio di economia processuale. – 10. Giurisprudenza amministrativa e giurisprudenza comunitaria. – 11. Ordinamenti di civil law e di common law a confronto, alla luce delle disposizioni costituzionali. – 12. Possibili soluzioni. – 13. Considerazioni perplesse sull'art. 26 c.p.a.. – 14. "L'abuso dell'abuso del processo" da parte del giudice amministrativo. – 15. Considerazioni di sintesi. – 16. Approccio metodologico. – 17. Risultati scientifici attesi.

1. 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.

A parere di chi scrive, in particolare, nell'ambito del processo am-

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

²Nel 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. SAITTA, *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.

ministrativo³, il costo sociale⁴ del processo stesso, 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 una trattazione unitaria e ragionata⁷, caratterizzata da

³Con riferimento alle "aspettative legislative deluse" nonché a "nuove speranze" in merito alla giustiziabilità ed effettività nel codice del processo amministrativo, F. SAITTA, *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 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. COCA, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. Amm.*, 2014, 1414 ss.

⁵Cfr. 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.

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

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.

Per quel che concerne l'analisi economica del diritto processuale, pare a chi avvia codesta riflessione che gli studi di ricerca giuseconomica permettano di comprendere perché il controllo 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, secondo chi argomenta qui, 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

⁸Cfr. 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.

¹⁰Decisioni 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.

economica¹¹, si rileva nella dottrina recente¹² un volume collettaneo che racchiude un approfondito dibattito incentrato sulla crescente centralità delle regole di concorrenza e sulle istanze di maggiore efficientamento della giustizia amministrativa¹³, sia pure, per chi analizza qui, in un contesto di ricorrenti incoerenti direttrici, in una sorta di “fisiologica contraddizione”.

Le ragioni della scelta della tematica oggetto del presente saggio risiedono 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

¹¹Cfr. 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.

¹²AA. 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.

¹³Nell’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, servendosene 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. SCOCA, *Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all’accesso*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2014, 1414 ss.

¹⁴Per 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.

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.

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

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

¹⁶Autorevole 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 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. PASCUIZZI – 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.

¹⁷A. 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 Pardolesi 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

preliminari per un'analisi economica del processo amministrativo"¹⁸. Entrambi i saggi, pur contenendo sapienti riflessioni all'avanguardia, risalgono a circa un decennio fa. 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

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».

¹⁸F. 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".

¹⁹G. 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*.

²⁰Certamente 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.

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

²²Specialmente 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

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 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

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.

²³La 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.*

de qua e le acute riflessioni della dottrina²⁵ in tema di atto politico²⁶, 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*

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

²⁶Il 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. A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, cit., spec. par. 6 e 7.

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

²⁸Sulla 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*.

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

art. 120 ss. c.p.a., ha normativizzato la dimensione dei ricorsi e degli altri scritti difensivi³⁰.

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. 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

³⁰Cfr. 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).

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

³²Il 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.

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

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 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

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.

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.*, I, 2016, 18 ss.; P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto (una significativa rimediazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. Giur.*, 6, 2008, *passim*.

⁴⁰ Cfr. *ibidem*.

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 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

⁴¹Autorevole 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.

⁴²Nell'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.

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

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

⁴⁵Per un 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.

generalisti⁴⁶, 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.

Si ritiene, in linea con quanto evidenziato da acuta dottrina⁴⁷, 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. 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

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

⁴⁷A. 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.

⁴⁸Per 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.

⁴⁹G. 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.

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

attribuito alla Renault Italia s.p.a.⁵¹.

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.

⁵¹Le 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 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.

⁵²Inoltre, 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.

4. Ad avviso di chi conduce l'analisi *de qua*, nell'ambito dell'abuso dei diritti fondamentali, con riguardo all'esercizio del diritto d'azione, è 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, anche alla luce dell'angolo visuale

⁵³G. TROPEA, *op. ult. cit.*

⁵⁴Sul 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.

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

⁵⁶Le 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. CARACCILO 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.

⁵⁷F. 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.

⁵⁸Con riferimento ad un'ipotesi di giurisdizione condizionata, mediante un modello di mediazione pre-processuale obbligatoria, configurando così il tentativo di conciliazione quale condizione di

della scrivente, il principio di proporzionalità si attua in chiave strumentale nella prospettiva “orizzontale” del temperamento 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. Autorevole dottrina facente parte della scuola pavese⁶² ha enucleato la distinzione fra abuso *del* e abuso *nel* processo⁶³, fondata sul dato per cui non può

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 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.

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

⁶⁰La 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.

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

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

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

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, anche chi conduce la presente riflessione, ritiene 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 Sezioni unite del 12 Dicembre

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

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

⁶⁵G. 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.

⁶⁶Nella 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*

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* avvalorata 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

Cost., «si è ritenuto precluso al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, il frazionamento del credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo».

Tale 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.

⁶⁷Tali 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.*

⁶⁸F. 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 doveri di

⁶⁹Il 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.

solidarietà ex art. 2 Cost., il giusto processo di ragionevole durata ex art. 111 Cost., introducono, anche secondo chi scrive qui, 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. 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.

A parere critico di chi scrive, la tesi *de qua* rende la categoria della

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 (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.*

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 sembra 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.

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

⁷²M. 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».

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

⁷⁴G. 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.

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

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

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

⁷⁷La 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.

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

⁸⁰Cons. 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

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

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

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».

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

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 ed 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 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*

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.

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

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.

8. 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

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*.

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.

giurisdizionale per acquiescenza preventiva al provvedimento impugnato»⁹².

Si è concluso perciò 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 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

⁹² Cfr. G. TROPEA, *op. ult. cit.*

⁹³ V. G. TROPEA, *op. ult. cit.*

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.

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 delle complessità ulteriori ed altresì, secondo chi scrive, 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. 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 assista ad un utilizzo eccessivo del principio di conversione delle azioni ex art. 32, comma 2, c.p.a., anche quando

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.

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.*

esso sia previsto *expressis verbis* dal legislatore codicistico ex art. 34, comma 3, c.p.a..

Anche secondo chi conduce l'analisi *de qua*, 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 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.

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

¹⁰⁴Cfr. G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., evidenza 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

In linea con quanto rilevato da attenta dottrina, si evidenzia 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, 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».

Alla luce dell’enucleato principio della ragione più liquida¹⁰⁶, la giurisprudenza della Cassazione 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

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*.

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

¹⁰⁶Cfr. 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.

processuale e di celerità di giudizio»¹⁰⁷.

Nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, in particolare in Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, la graduazione dei motivi da parte del ricorrente vincola il giudice 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.

Pare a chi scrive che 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.

¹⁰⁷La 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.

¹⁰⁸La 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*

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.

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. Alla luce dell’angolo visuale della scrivente, 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

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 LABOCSETTA, *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.

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.

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.

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

Pare opportuno rilevare che, 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

¹¹⁴Invece, 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 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 tributo giudiziario non costituisca un ostacolo all'accesso della giustizia né renda l'esercizio del diritto al sindacato giurisdizionale in materia di appalti pubblici eccessivamente difficile. Non è compatibile con la direttiva 89/665, interpretata alla luce dell'art. 47 della Carta, la riscossione di più tributi giudiziari cumulativi in procedimenti giurisdizionali in cui un'impresa impugna la legittimità di un'unica procedura di aggiudicazione di un appalto ai sensi dell'art. 2, par. 1, lett. b) della direttiva 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 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.*

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.

11. 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, in linea con quanto rilevato anche di recente dalla dottrina, si ritiene sia riserva altresì in relazione al principio della ragionevole durata

¹¹⁵La 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 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.*

¹¹⁶Cfr. F. SAITTA, *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.

del processo.

Pare perciò a chi analizza qui che i stringenti limiti inerenti alla tipicità della tutela *ex art. 113 Cost.* dovrebbero essere modificati solo dal legislatore¹¹⁸, soggetto al sindacato della Corte costituzionale.

Difatti, 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. Rispetto alle applicazioni giurisprudenziali¹¹⁹ sin qui esaminate, la dot-

¹¹⁸M. 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 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 Ma v. altresì la recentissima Cons. St., sez. II, 14 novembre 2019, n.7811 per cui nel giudizio di appello il difetto di giurisdizione e la relativa eccezione non possono essere sollevati da colui che in primo grado abbia adito il giudice amministrativo e, solo all'esito sfavorevole del giudizio, ne contesti la giurisdizione, costituendo una tale azione «una forma di abuso del processo». Ancora, alla luce di Cons. St., sez. V, 19 settembre 2019, n.6247: la parte che abbia adito la giurisdizione amministrativa con l'atto introduttivo del giudizio non è legittimata a contestarla mediante l'eccezione di difetto di giurisdizione in appello, poiché tale contraddittoria condotta integra «un abuso del diritto di difesa», dettato da mere ragioni opportunistiche ed in contrasto con il dovere di cooperazione per la realizzazione della ragionevole durata del processo *ex art. 2, comma 2, c.p.a.*

trina classica¹²⁰ ha rilevato che l'organizzazione del servizio giudiziario ed il conseguimento della sua efficienza siano aspetti che debba mirare a perseguire il legislatore¹²¹ e non i singoli giudici.

La «lotta all'abuso»¹²² 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 norme¹²³.

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.¹²⁴, nonché dell'art. 26 c.p.a., per il proces-

¹²⁰*Ex multis*, v. M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 117 ss.

¹²¹M. 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.

¹²²L'espressione *de qua* la si trova in G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., par.14.

¹²³«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.

¹²⁴V. la recentissima Cass. Civ., Sez. III, ord. n. 24649, 3 ottobre 2019, per cui si configura abuso del

so amministrativo¹²⁵.

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

13. Oggetto di entrambi i correttivi al c.p.a. nonché di un'ulteriore recente modifica è stato l'art. 26 c.p.a. che al primo comma fa espresso riferimento al

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.

¹²⁵Cfr. 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 considerata giurisprudenza amministrativa fiorita sull'onda dei nuovi orientamenti della Cassazione».

¹²⁶V. 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.

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.

In accordo con quanto evidenziato dalla dottrina, si ritiene opportuno evidenziare le permanenti criticità di queste norme, auspicandone un utilizzo secondo criteri prudenziali.

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

Emerge *ictu oculi* a chi scrive che la giurisprudenza¹³⁰, anche con riferimento a tali disposizioni, va oltre il sia pur criticabile dato normativo¹³¹.

¹²⁷Cfr. 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.

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

¹²⁹La 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

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

Pare a chi scrive allora che 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

dovere di sinteticità, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale» sulla questione. Cfr. nota 26 del presente capitolo in merito alla recente 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 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.

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

¹³³Sul 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.

giudice ed un conseguente rischio di violazione del principio di legalità¹³⁴.

14. Secondo chi effettua l'analisi *de qua*, i casi di "abuso" interpretativo del giudice risultano in concreto difficilmente sanzionabili con misure direttamente incidenti sul comportamento o sulla decisione¹³⁵.

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,

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

¹³⁵Si 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, 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*.

¹³⁶V. 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».

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.

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, anche secondo chi scrive, 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. Alla luce di quanto sin qui evidenziato, può affermarsi che l'argomentazione dell'abuso del processo sia 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

¹³⁷Le 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.

¹³⁸Cfr. 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.

¹³⁹A. 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.

approccio metodologico che nell'opera di bilanciamento¹⁴⁰ 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.,¹⁴¹ pur nella consapevolezza dell'impossibilità di prescindere dal dato reale di necessità di gestione della giustizia¹⁴² quale risorsa scarsa.

16. 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, specie con riferimento all'uso

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.

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».

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

¹⁴³La 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.

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.

ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, cit., spec. par. 10.

¹⁴⁴F. 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».

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

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

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

¹⁴⁸V. 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.

¹⁴⁹Cfr. 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».

¹⁵⁰L'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

17. 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 chiave giuseconomica¹⁵⁴ nonché, in una prospettiva *de iure*

del diritto, a partire dal legislatore deputato a sancire la fattispecie astratta fino al giudice che si occupa invece 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.

¹⁵¹L'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.

¹⁵²A. 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».

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.

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* rappresenti “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.

Giuseppina Lofaro

Dottore di Ricerca in Diritto ed Economia

nell'Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

¹⁵⁵A. 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*.

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

¹⁵⁷La 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.