

GIUSEPPE TROPEA

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria

giuseppe.tropea@unirc.it

## **BUONA FEDE E PROCESSO AMMINISTRATIVO**

### **GOOD FAITH AND ADMINISTRATIVE PROCESS**

#### SINTESI

Il tema della buona fede, potenzialmente molto ampio, viene indagato nel presente contributo per verificare come abbia inciso su determinate categorie del processo amministrativo, sia nel senso di limitare l'accesso alla tutela che nel senso di ampliare le garanzie processuali della parte. In entrambe le circostanze ciò ha determinato delle profonde conseguenze nella rimodulazione del difficile rapporto fra giudice, legge e amministrazione, fra procedimento e processo, mostrando il carattere essenzialmente ordoliberal del nostro giudice amministrativo.

#### ABSTRACT

The topic of good faith, potentially very broad, is investigated in this contribution to verify how it has affected certain categories of the administrative process, both in the sense of limiting access to protection and in the sense of expanding the procedural guarantees of the party. In both circumstances this has led to profound consequences in the remodulation of the difficult relationship between judge, law and administration, between procedure and trial, showing the essentially ordoliberal character of our administrative judge.

PAROLE CHIAVE: buona fede – processo amministrativo – accesso alla tutela – procedimento e processo – carattere ordoliberal

KEYWORDS: good faith - administrative process - access to protection - procedure and trial - ordoliberal character

INDICE: 1. Premessa. – 2. Buona fede e modello ordoliberal: la teoria dell'abuso. – 3. Crisi della fattispecie e abuso del diritto d'azione. – 4. Abuso del processo e prevalenza del principio sulla regola. – 5. La tesi della meritevolezza della tutela richiesta. – 6. L'apporto della giurisprudenza. – 7. L'abuso del diritto e del processo amministrativo. – 8. Il divieto di *venire*

*contra factum proprium*. – 9. (Segue). – 10. L'abuso per omissione (*Verwirkung*). – 11. Il *prospective overruling* e la tutela dell'affidamento. – 12. L'abuso del processo, tra crisi del *judicium* liberale e ascesa della procedura neoliberale

## 1. Premessa

Il tema dei rapporti fra buona fede e processo amministrativo è potenzialmente molto ampio. Potrebbe infatti essere inteso in senso lato, come uso della categoria della buona fede da parte del giudice che eroga la tutela. Si aprirebbe in tal modo il vasto campo della responsabilità dell'amministrazione o dei rapporti fra autotutela e affidamento, quest'ultimo ormai inteso in senso reciproco.

Ma non è in questo senso che di seguito mi muoverò, perché si tratta in quei casi di tematiche di diritto sostanziale che semplicemente toccano il giudizio in quanto oggetto di contenzioso. Mi interessa piuttosto considerare come la clausola generale della buona fede e dell'affidamento abbiano operato su talune categorie processuali, sia nel senso di limitare l'accesso alla tutela che nel senso di ampliare le garanzie processuali della parte. In ambo le circostanze, peraltro, vi sono state delle profonde conseguenze nella rimodulazione del “difficile rapporto fra giudice e legge”.

Nelle pagine che seguono, quindi, dopo avere ripercorso in breve le tendenze che negli ultimi decenni hanno visto l'affermazione di un preciso concetto di buona fede processuale, più come abuso del processo che come abuso nel processo, attraverso soprattutto la teoria della meritevolezza della tutela richiesta, indagherò proprio i *Fallgruppen* principali che si sono delineati dinanzi al giudice amministrativo: l'abuso per omissione, sopra richiamato, e soprattutto la violazione della buona fede e correttezza nella forma del *venire contra factum proprium*, o nei rapporti fra procedimento e processo o fra diversi gradi di giudizio.

Considererò quindi un altro aspetto di delicata tensione nel rapporto legge/giudice, ma anche giudice/amministrazione, negli ultimi anni emerso anche con riguardo a un altro profilo relativo ai rapporti fra buona fede, declinata

come affidamento, e poteri del giudice amministrativo. Mi riferisco al tema della modulazione degli effetti delle sentenze del giudice amministrativo, spesso intrecciato se non confuso con la questione del *prospective overruling*, che ha dato luogo a una serie di importanti questioni, ancora molto aperte.

Concluderò indicando la struttura di fondo di tali argomentazioni, fondata a mio giudizio sulla governamentalità neoliberale che tuttora pervade le strutture di pensiero anche – se non soprattutto<sup>1</sup> – della nostra giurisprudenza, da cui discende una inedita forma di processo “politico”<sup>2</sup>, in cui si hanno improprie commissioni fra procedimento e processo amministrativo, che snaturano la logica liberale del *judicium* soggettivo e di parti.

## **2. Buona fede e modello ordoliberal: la teoria dell'abuso**

Comunemente si afferma che la vera teoria dell'abuso del diritto, nella sua accezione moderna, nasca in Francia alla fine del secolo diciannovesimo, in materia di proprietà, senza alcuna base legislativa, ma come istituto di matrice giurisprudenziale volto ad avvalorare una concezione relativistica della proprietà, specie nel campo sempre più problematico – per l'epoca – dei rapporti fra proprietà e industria nascente.

Già in quel contesto, peraltro, oltre a costituire un aspetto del discorso sulla funzione sociale della proprietà, le opinioni avverse all'ammissibilità del principio hanno fatto leva sul rischio di un attentato alla certezza del diritto, preludio di un *gouvernement des juges*.

Dunque: il tema dell'abuso come aspetto dell'intramontabile questione problematica dei rapporti fra legge e giudice.

Leggendo di recente le belle pagine di *Vite che non sono la mia* di Emanuele Carrère<sup>3</sup> ho ripensato a queste mie affermazioni di qualche anno fa<sup>4</sup>, ma so-

---

1 Cfr. R. CAPONI, *Specialismo e politica nella scienza giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 351 ss.

2 A. PANZAROLA, *Considerazioni sul c.d. processo politico*, in *Judicium*, n. 3/2021.

3 E. CARRÈRE, *Vite che non sono la mia*, Milano, 7° ed., 2019.

4 Mi riferisco ai seguenti lavori: G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015; ID., *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1262 ss.; ID.,

prattutto al fatto che, al solito, la letteratura ha accesso a strutture del mondo, anche giuridico, sottratte allo studioso, che sinora non ha inciso particolarmente sulla giurisprudenza.

In particolare, l'attenta descrizione del lavoro del giudice di prima istanza Étienne che combatte la logica liberale della libertà dei contratti a tutela dei piccoli consumatori mi ha fatto pensare che a poco serve addurre ragioni contro la logica della buona fede che si fa abuso, del diritto e quindi del processo<sup>5</sup>, a fronte di invarianti che eccedono l'ermeneusi dei concetti per accedere, evidentemente, alla più alta sfera della "struttura".

E a proposito della nota categoria marxiana, mi sono chiesto, a questo punto, se non sussistesse un argomento più strutturale e di fondo a sostegno della curvatura della buona fede processuale nel senso dell'abuso, tuttora molto praticata dal giudice amministrativo, e ho trovato una possibile risposta nella persistenza del modello ordoliberal, nel quale il giuridico non è sovrastruttura dell'economico, ma dà a quest'ultimo forma<sup>6</sup> trovando nel giudice, anche am-

---

(In)certezza del diritto e Stato giurisdizionale: il caso dell'abuso del diritto e del processo (riflessioni a margine di V. Omaggio, *Saggio sullo Stato costituzionale*, Torino, 2015), in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 1063 ss. Rinvio a questi saggi per più ampie e precise indicazioni bibliografiche, che ometterò per snellezza nel presente testo, riservandole alle sole sopravvenienze dottrinali e giurisprudenziali essenziali. 5 Oltre ai miei lavori citati alla nota precedente si v., fra i tanti, G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1 ss.; G. VERDE, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1085 ss.; R. VILLATA, *La giurisdizione e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.

6 Sul tema, da ultimo, G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., I tematici - Contratto*, Milano, 2021, 583 ss., spec. 594. Cfr. anche A. SOMMA, *Private Law as Biopolitics: Ordoliberalism, Social Market Economy, and the Public Dimension of Contract*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2013, 105 ss.; R. FORNASARI, *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, in *European Review of Private Law*, 2019, 4. Con specifico riguardo al tema delle sopravvenienze contrattuali nella crisi da Covid-19, v. E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, 2020, 242 ss. Contestualizza la questione fra le influenze dell'ordoliberalismo, M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 893 ss. A. SOMMA, *Economia sociale di mercato vs. giustizia sociale*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), il quale collega pure il divieto di abuso del diritto all'ambiente ordoliberal nell'ambito del diritto comunitario dei contratti, considerato fortemente «amministrativizzato» (28); si legga il seguente passo: «"Giustizia contrattuale costituisce un'espressione che, secondo alcuni, è antitetica rispetto ai valori espressi dal mercato: "quando il diritto tenta di controllare il contenuto dei contratti, la regolamentazione giuridica comincia ad andare contro la corrente delle forze di mercato". Ciò non corrisponde al vero. Nel mercato «contano i flussi complessivi e non gli apporti individuali» e da questo punto di vista, come abbiamo visto, la riflessione ordoliberal costituisce

ministrativo, un fedele attuatore di tale paradigma, con l'impiego della collaudata logica dei *Fallgruppen*, dalla quale desumere modalità di esercizio del diritto d'azione contrarie a buona fede<sup>7</sup>. In tal senso, come è stato rilevato in un'indagine comparata, volta soprattutto a riscontrare degli omologhi all'abuso nel diritto nordamericano a cavallo fra Otto e Novecento, si può avanzare l'ipotesi che l'abuso, lungi dall'essere un'arma rivoluzionaria funzionale ad un uso alternativo del diritto sia, al contrario, una "strategia difensiva" di un determinato settore, volta a mantenere gli assetti oggettivi del sistema rispetto agli "attacchi" esterni provenienti da nuove esigenze socio-economiche. Discorso non dissimile, come noto, ha riguardato la clausola di buona fede, vista da una certa dottrina (specie post-marxista) come regola funzionale alla preservazione del mercato e dello stesso ordine individualistico, tacciando di ingenuità il convincimento diffuso che porta a ritenere che la buona fede equivalga a socialità.

Fra i civilisti la questione, che si era ravvivata nel 2009 col noto caso Renault e la sentenza della Cassazione sull'abusività del recesso *ad nutum* contrattualmente attribuito alla società francese, è tornata di estrema attualità con la sentenza della Cassazione del 14 giugno 2021, n. 16743, questa volta su abuso omissivo e *Verwirkung* nell'ipotesi di protratta inerzia nell'esigere un credito relativo a canoni di locazione<sup>8</sup>.

---

sce un modo di condizionare l'attività dei singoli operatori in funzione di un modello di giustizia ricavato da un certo modo di concepire le relazioni economiche. Possiamo dire che il modello in discorso attiene alla giustizia contrattuale e non anche alla giustizia sociale, ovvero che considera la redistribuzione della ricchezza attraverso il contratto un effetto mediato, desiderabile solo nella misura in cui alimenta l'ordine del mercato. Diversa è invece la situazione in cui la redistribuzione in discorso costituisce la preoccupazione prima dell'ordinamento, in funzione della quale strutturare il mercato. Anche questo è un modo di rappresentare la differenza che corre, rispettivamente, tra la buona fede ordoliberal e la buona fede solidale» (42). Per una colta e ironica indagine apologetica sull'effettiva virtù del contratto e dell'impresa a perseguire l'ottimo paretiano, in una prospettiva ordoliberal, cfr. F. D'ALESSANDRO, *Il mantello di San Martino, la benevolenza del birraio e la ford modello T, senza dimenticare Robin Hood (divagazioni semi-serie sulla responsabilità sociale dell'impresa e dintorni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 409 ss. *Contra* U. MATTEI, *Social Justice in European Contract Law. A Manifesto*, in *European Law Journal*, 2004, 653 ss.

<sup>7</sup> S. HABERL-A. SOMMA, *Sciogliere l'individuo nell'ordine economico. L'abuso del diritto nell'esperienza tedesca*, in *Ricerche giuridiche*, 2016, 223 ss., spec. 238.

<sup>8</sup> Sui commenti a questa sentenza v. *infra*. La buona fede è sempre al centro dell'attenzione del civilista. Si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, al molto analitico saggio recente di A.

### 3. Crisi della fattispecie e abuso del diritto d'azione

Queste vicende rispecchiano perfettamente il fenomeno contemporaneo della “crisi della fattispecie”, descritto da Irti in pagine di limpida chiarezza, ove si mostra come il valore (ad esempio, proprio la *solidarietà*) non abbia bisogno di fattispecie, di qualche figura o rappresentazione dei fatti, poiché vale in sé, e si applica dovunque sia invocato e preteso.

Sul piano metodologico e dogmatico, tali tendenze sono probabilmente dovute all'intersecarsi di due aspetti fondamentali: 1) l'adesione alla tesi della separazione “forte” tra principi e regole; 2) l'adesione, altresì, a una teoria moderatamente cognitiva dell'interpretazione, che a sua volta è influenzata da una meta-etica oggettivista, derivante dall'adesione al neocostituzionalismo.

Seguendo questa linea metodologica l'abuso è stato configurato come problema interpretativo che ha a che fare con una particolare – e controversa – forma di analogia, che sovente opera in funzione “disapplicativa” della regola positiva.

Il richiamo a criteri di etero-integrazione del diritto (economia, morale, etc.) favorisce una profonda incertezza ed aleatorietà, mentre: a) il richiamo ad altre clausole generali (es. buona fede, correttezza) rischia di fare dell'abuso un'inutile superfetazione, portando peraltro la questione sul piano delle modalità di esercizio del diritto, dunque del comportamento fonte di illecito e di responsabilità; b) non è detto che il richiamo a principi, anche se positivizzati, possa essere risolutivo, là dove le regole che finiscono per essere disapplicate possono essere a loro volta manifestazione di altri principi.

---

ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 31 ss., dove una serie di distinzioni con l'abuso del diritto e una presa di posizione sorvegliata sulla possibilità di ricorrere alla *naturalis aequitas* e alla solidarietà costituzionale per integrare il contratto.

Peraltro, quando ciò avviene, probabilmente abbiamo varcato la soglia dell'interpretazione e l'abuso finisce per essere uno strumento argomentativo utile per giustificare quello che in realtà è un bilanciamento.

Il discorso si fa più critico, se possibile, considerando l'ambito dell'abuso dei diritti fondamentali.

Se tra essi poi collochiamo anche l'esercizio del diritto d'azione, evidentemente quanto appena detto rende ulteriormente problematico il tutto, per le seguenti peculiarità: a) caratteri dell'azione e suoi rapporti con la pretesa sul piano sostanziale; b) aspetti "strutturali" relativi alle modalità di esercizio dell'azione; c) valore delle regole processuali e loro statuto costituzionale con riguardo alla riserva di legge processuale di cui all'art. 111 Cost.; d) più in generale, portata reale del giudizio di bilanciamento che si attua attorno all'art. 111 Cost. ed alla clausola generale "giusto processo", dovendosi in essa ricomprendere non soltanto la ragionevole durata e l'uso efficiente di risorse scarse, ma altresì principi-valori quali l'effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, oltre che l'imparzialità, la parità delle parti, l'indipendenza e la terzietà del giudice.

Inoltre, nel nostro caso l'abuso non opera come criterio di controllo di un potere, privato o pubblico che sia, né è qui conferente la prospettiva di indagine del sindacato della Cassazione sulle clausole generali. Quando si parla di abuso del processo si ha a che fare con una clausola generale che opera, invece, in potenziale compressione di diritti fondamentali (artt. 24 e 113 Cost.).

Emblematica di tale differenza è la diversa modalità di inquadramento del principio di proporzionalità, che non viene impiegato tanto come strumento ispirato al rafforzamento delle garanzie a favore degli amministrati innanzi all'esercizio del potere pubblico, ma nella diversa prospettiva "orizzontale" del bilanciamento, fra un diritto fondamentale (diritto d'azione) e un interesse pubblico (giusto processo nella sua declinazione in termini economico/efficientistici). Riecheggia qui l'ottica dell'utilitarismo di Bentham, nel quale la proporzionalità andava di pari passo con l'impianto utilitaristico e la dimensione

“quantitativa” dell’interesse generale finiva per fagocitare quella “qualitativa” della tutela giudiziaria individuale<sup>9</sup>. Non è un caso che Bentham sia stato considerato cruciale nella riconversione immunitaria cui categorie moderne come quella della libertà hanno affidato la propria sopravvivenza, realizzando così l’interpretazione biopolitica del liberalismo messa in luce da Foucault: nella misura in cui non può limitarsi alla mera enunciazione della libertà, ma implica l’organizzazione delle condizioni alle quali questa risulta possibile, esso entra in contraddizione con le proprie premesse<sup>10</sup>.

Il neo-costituzionalismo “irenico” di pur autorevole dottrina, che svaluta il principio di certezza del diritto, in quanto “mitologia giuridica” della modernità statualista, sembra, quindi, eccessivamente semplificante, là dove tende a considerare la centralità della creatività giurisprudenziale in modo unidimensionale (a sola tutela del cittadino), trascurando dinamiche invece funzionali alla riduzione delle garanzie, sicché appare ancora attuale – pur nelle nuove coordinate dello Stato costituzionale di diritto – una difesa del suddetto principio.

#### **4. Abuso del processo e prevalenza del principio sulla regola**

Il richiamo effettuato *in limine* al principio di buona fede e alla rinnovata attenzione alle clausole generali e ai principi costituzionali marcatamente impiegati in chiave di *Drittwirkung* presso i civilisti consente di effettuare talune precisazioni sul principio di buona fede processuale.

La lettura costituzionalmente orientata, infatti, è chiaramente debitrice di quella corrente dottrinale che, sin dagli anni ’60, ha basato il suo discorso esegetico sulla portata del principio di buona fede, ancorandolo proprio alla rilevanza dei doveri di solidarietà di cui all’art. 2 Cost. Sennonché qui si perviene ad estendere il principio di buona fede oggettiva in ambito processuale, come naturale esito di un articolato percorso, che ha visto altresì il sempre più diffu-

---

<sup>9</sup> A. PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la «proporzionata justice»*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1485.

<sup>10</sup> R. Esposito, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004, 74.

so impiego della clausola di buona fede nell'ambito del diritto pubblico. E in effetti il riferimento all'art. 2 Cost. è molto frequente nella giurisprudenza degli ultimi anni che, talora in alternativa, più spesso assieme, richiama altresì l'abuso del processo<sup>11</sup>.

Uno dei molti problemi che si configurano sul punto è se nella “topografia del conflitto” occorra comprendere, accanto alla versione efficientista del giusto processo discendente come detto dal novellato art. 111 Cost., quella moralizzatrice che, proprio attraverso il rinvio all'art. 2 Cost., tende a dare nuova linfa all'art. 88 c.p.c. riguardante i doveri di lealtà e probità incombenti su parti e difensori.

Ovvero, addirittura, ritenere possibile svincolare l'art. 88 c.p.c. da una mera utilizzazione “endoprocessuale”, estendendolo anche agli atti introduttivi del processo. Il problema, al fondo, riguarda i rapporti fra buona fede (processuale) e clausola dell'abuso del processo.

Sotto questo importante profilo, bisogna osservare come il dibattito si sia svolto soprattutto in relazione alla giurisprudenza riguardante il frazionamento del credito, tema molto dibattuto sul quale qui non ci si può soffermare. La dottrina maggioritaria, a differenza della meno sorvegliata giurisprudenza, tende correttamente ad escludere sovrapposizioni fra abuso del processo e buona fede processuale. Si osserva come sia discutibile schiudere l'art. 88 c.p.c. a margini di impiego non “endoprocessuale”. Il principio di buona fede, che peraltro si trova a livello più elevato rispetto alla stessa clausola di lealtà e probità di cui al l'art. 88 c.p.c., non sarebbe quindi adeguato nel fornire una definizione di abuso del processo, vista anche la sua indeterminatezza e vaghezza.

---

11 Sull'uso promiscuo di queste categorie v., da ultimo, M. LIBERTINI, *Sugli strumenti giuridici di controllo del potere economico*, cit., 903-904, il quale precisa che si tratta di norme diverse: norme relazionali (obbligo di buona fede) e norme relative all'esercizio del diritto soggettivo (divieto di abuso del diritto).

Quando si passa all'abuso del processo, infatti, i problemi che abbiamo già trovato con riguardo al dibattuto tema dell'abuso della libertà contrattuale, si complicano ulteriormente.

Sembra corretto, quindi, tener ferma la seguente distinzione: quanto al diritto d'azione, esso può riguardare o la causa dell'esercizio (meritevolezza) della medesima (c.d. abuso del processo) o le modalità d'esercizio (c.d. abuso nel processo).

Si è quindi proposto di distinguere fra buona fede nel processo e (applicazione del principio) proporzionalità nel processo, evidenziando le distinte conseguenze sanzionatorie: in termini di illiceità/responsabilità nel primo caso, di invalidità/inefficacia nel secondo.

Non solo. Qui è opportuno richiamare pure la distinzione fra abuso in senso oggettivo e abuso in senso soggettivo.

Nel primo caso si prendono in considerazione gli effetti prodotti dal comportamento che si ritiene abusivo, per verificare se essi entrino in contrasto con i valori generali relativi all'amministrazione della giustizia. Nel secondo caso, invece, si tende più facilmente a sovrapporre abuso e buona fede; senonché, salvo norme espresse (es. art. 96 c.p.c., art. 26 c.p.a.), appare difficile richiamare la buona fede in ambito processuale anche perché la volontà e i suoi vizi non sono rilevanti, generalmente, nel processo.

Insomma, dalle considerazioni sinora riportate pare potersi dedurre che nella "topografia del conflitto" sia più corretto ricomprendere il solo confronto fra art. 24 ed art. 111 Cost., nella sua dimensione efficientistica legata alla ragionevole durata del giusto processo, inteso come servizio pubblico, più che nel senso tradizionale di funzione. Abbiamo quindi a che fare con una progressiva centralità dell'abuso del processo, più che nel processo, e dell'abuso in senso oggettivo, più che soggettivo, nel quadro dei valori generali della giustizia civile e amministrativa.

Se tale tendenza da un lato semplifica i problemi, riducendo l'area della "topografia del conflitto" ed escludendo tendenzialmente sovrapposizioni fra buona fede ed abuso del processo, lasciando alla buona fede processuale l'area relativamente più tranquillizzante (in quanto sovente positivizzata) dell'abuso nel processo e delle relative sanzioni, dall'altro li complica notevolmente, aprendo la porta a letture costituzionalmente orientate che portano con sé delicate, e spesso controvertibili, operazioni di bilanciamento – fondate sul principio di proporzionalità – e di conflitto inter-valori.

Siamo nel cuore dell'abuso modernamente inteso: ma il rischio è che si tratti di un "cuore di tenebra", anche in chiave di politica del diritto. Mi riferisco alla controversa tesi della "meritevolezza" della tutela richiesta.

### **5. La tesi della meritevolezza della tutela richiesta**

Si è declinata la nozione di interesse ad agire correlandola al principio di buona fede, e più in generale al divieto di abuso del diritto, *sub specie* di "meritevolezza della tutela richiesta". Si è sostenuto, da parte di Ghirga, che l'art. 100 c.p.c. non solo allude all'esigenza che l'affermazione della lesione del diritto trovi soddisfazione nel provvedimento richiesto al giudice, ma altresì consente – in una lettura di tale norma coordinata con i principi dell'equo processo (art. 6 Cedu e art. 111 Cost.) – di scrutinare la "causa" della domanda giudiziale come concretamente proposta (ossia, appunto, la meritevolezza), sanzionando con l'inammissibilità le ipotesi in cui tale "causa" evidenzia che l'attore sta abusando del diritto d'azione.

Si tratta di una tesi non nuova.

Si deve ad una opera di Schönke il collegamento tra il bisogno di tutela giuridica e lo scopo del processo. Quest'ultimo, collettivisticamente ricostruito in aperta polemica con la tradizionale concezione liberale, faceva del concetto di "meritevolezza della tutela" una categoria elastica e sfuggente (anche al di là degli estremismi della giurisprudenza nazionalsocialista), attraverso la quale il

giudice avrebbe potuto negare tutela a condotte considerate teleologicamente non congrue rispetto allo scopo attribuito al processo.

La tesi di Ghirga ha ricevuto tanti rilievi critici in dottrina quanti consensi in giurisprudenza

Intanto, si è ancora evidenziata la difficile intercambiabilità fra buona fede ed abuso del diritto, spesso fonte di fraintendimenti.

Poi, si è messo in luce il problema dell'aleatorietà della clausola generale "abuso del processo", e quindi la sostanziale perdita di certezza, ed il rischio di autoritarismo giudiziario e di inammissibile sacrificio del diritto di difesa in nome di esigenze tenuamente connesse all'amministrazione della giustizia.

Questo è un punto molto importante, che mostra come sia forse opportuno provare a teorizzare criticamente alcune derive del ruolo del giudice nello Stato costituzionale che, evidentemente, non vanno solo a toccare i rapporti legge/giudice (ergo: legislazione/giurisdizione), ma anche, e sempre più, giudice/contratto (ergo: giurisdizione/de-giurisdizionalizzazione), con una progressiva predominanza, nello Stato neoliberista, della giustizia "degiurisdizionalizzata", o "degiuricizzata", o "contrattuale"<sup>12</sup>.

A tale aspetto si collega il suggestivo "mantra" della giurisdizione come "servizio pubblico" e non più "funzione pubblica" tradizionale (tesi che già in sé sarebbe discutibile, in quanto in senso molto lato anche la difesa e l'ordine pubblico sono "servizi" rivolti al cittadino, ma di essi non si mette in dubbio il carattere di "funzione"), che svela un uso fuorviante di un concetto che – solo apparentemente – si rivela in linea con i diritti costituzionalmente tutelati del cittadino, portando, al contrario, come conferma l'insistito richiamo al princi-

---

12 Cfr. A. GARAPON, *La raison du moindre Etat. Le néolibérisme et la justice*, Paris, 2010, trad. it., *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, a cura di R. Sabato, Milano, 2012. Sul modo in cui il giudice ordoliberal riscrive il contratto a tutela di interessi generali e a scapito dell'autonomia privata v., con riferimento al tema che non sarà qui approfondito della nullità, cfr. V. BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 553 ss.; S. PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in ID., *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 22 ss.

pio di proporzionalità, alla diversa (e temibile) prospettiva “orizzontale” del bilanciamento, fra un diritto fondamentale (diritto d’azione) e un interesse pubblico (giusto processo nella sua declinazione in termini “economico/efficientistici”). Una “truffa delle etichette”, verrebbe da dire, un po’ come si è verificato, *mutatis mutandis*, qualche anno fa quando alcune correnti dottrinali, fondandosi sul carattere (asseritamente) aperto dell’art. 2 Cost., hanno teorizzato un inedito (almeno per la nostra tradizione) “diritto alla sicurezza”, con le ricadute negative che ciò ha avuto nelle discutibili applicazioni dei principi di sussidiarietà – verticale e orizzontale – che hanno fondato le politiche pubbliche della sicurezza negli ultimi anni, non solo in Italia.

Come ha osservato Michele Taruffo, in questo modo il legislatore abdica a quello che sarebbe il suo compito fondamentale di bilanciamento tra i diversi valori del sistema, tra cui la ragionevole durata del processo, lasciando ai singoli giudici il potere di sostituirsi arbitrariamente allo stesso legislatore in nome di principi spesso vaghi e generici, come quello dell’economia processuale o dell’efficienza del processo, che ogni singolo giudice sarebbe libero di scegliere e di interpretare in base alle sue individuali preferenze.

Un’acuta analisi critica ha altresì messo in luce come la ricostruzione in esame, oltre a fare un uso disinvolto ed inaccettabile dell’interpretazione costituzionalmente orientata, radicalizzi ed esaspera la strumentalità del processo rispetto al diritto privato sostanziale, segnando così un’involuzione nello studio dell’azione e dei suoi rapporti con il processo. Altri osservano come non possano omologarsi abuso del diritto e abuso del processo, poiché il processo è materiato di istanze e di atti che hanno per destinatario il giudice, prima che la controparte.

Sul punto, poi, nel criticarsi la possibilità che i tradizionali principi di giustizia procedimentale, con la cultura delle garanzie che vi si riallacciano, siano dissolti nella «invadente e dispotica» dimensione sostanziale, si richiama la prospettiva benthamiana, utilitarista, diretta ascendente della governamentalità

neoliberale che tuttora pervade le strutture di pensiero anche della nostra giurisprudenza, in base alla quale non debbono esistere in ambito processuale diritti delle parti, giacché tutti i diritti (ed obblighi corrispondenti) fanno parte del settore del diritto sostanziale.

## 6. L'apporto della giurisprudenza

Veniamo alla diversa traiettoria della giurisprudenza, ormai fortemente pervasa dell'argomento della meritevolezza della tutela e dello scrutinio della causa in concreto nell'esercizio dell'azione.

Basti pensare a una nota sentenza della Cassazione, sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228, che ha dichiarato inammissibile un'azione esecutiva finalizzata ad ottenere soddisfazione per cifre minime. Si trattava di un procedimento avviato per un'esecuzione presso terzi per un debito iniziale di oltre 17 mila euro, poi estinto dal debitore; il ricorrente lamentava il mancato pagamento degli interessi sulla somma (circa 34 euro), maturati nei 15 giorni trascorsi dalla notifica del precetto al saldo. A fronte della tesi della difesa del creditore, il quale sosteneva che «nessuna norma autorizza il giudice ad eliminare un credito qualunque ne sia l'entità», la Cassazione utilizza la nozione di abuso del processo, già affermata in tema di frazionamento del credito relativo ad un unico rapporto, richiama i principi di buona fede e correttezza e i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., il processo giusto di durata ragionevole di cui all'art. 111 Cost., e per questa via finisce per introdurre un inedito ed aleatorio “filtro” alle richieste di tutela, basato sulla “non meritevolezza” di questa in ipotesi di cause “bagatellarie”.

Una simile impostazione di fondo è presente ormai nella giurisprudenza amministrativa sulle condizioni dell'azione<sup>13</sup>.

---

13 Cons. St., sez. VI, n. 8222/2021; Cons. Stato, sez. IV, 27 febbraio 2018, n. 1188; Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2017, n. 3563; Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 441.

Si ritiene ormai correntemente che si debba tener conto della funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo; in particolare il c.d. titolo e l'interesse ad agire, assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli artt. 24 e 111 Cost. Tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di approdare attraverso la riduzione dei tempi della giustizia ad un processo che risulti anche giusto.

Si consideri, *per incidens*, come tale giurisprudenza venga oggi tenuta presente nell'acceso dibattito sulla legittimazione a ricorrere, con una serie di annessa criticità<sup>14</sup>.

In modo sempre più ricorrente si ritiene infatti la legittimazione un vero e proprio diritto civico alla legalità amministrativa quale espressione di sussidiarietà orizzontale.

Ma poi tali impostazioni si diversificano, proprio con riguardo al modo in cui la tesi sulla legittimazione intreccia il tema della meritevolezza della tutela e dell'abuso. C'è chi<sup>15</sup> supera possibili rilievi rispetto al rischio di sovraccarico

---

14 Cfr. *infra*, cap. X, parte IV.

15 B. GILBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020. Secondo questo autore nell'art. 118 Cost. si avrebbe sia un modello di allocazione delle competenze (ultimo stadio di un percorso democratico di oggettivizzazione dell'amministrazione) sia un modello di giurisdizione avverso il potere esecutivo. A me pare che tali operazioni di estensione della legittimazione, lungi dal configurarsi come sublimazione della sovranità della persona, siano in realtà, e al contrario, una celata forma di compressione del principio democratico: se non adeguatamente circoscritta, l'estensione della legittimazione a ricorrere

del contenzioso, derivante dall'estensione della legittimazione ivi configurata, utilizzando come settore proprio la teoria della “meritevolezza della pretesa”<sup>16</sup>, *sub specie* di abuso del processo, argomento come detto a sua volta controvertibile, limpido esempio di un'argomentazione per principi che finisce per svilire la regola processuale alla luce di un bilanciamento in cui non si ha un gioco “a somma zero”, ma che vede sempre vincere la ragionevole durata del processo, non a caso inteso come “servizio pubblico”, sull'effettività e pienezza della tutela. In tal senso in giurisprudenza possono leggersi alcuni passaggi della Plenaria n. 22/2021, nella parte in cui essa limita l'accesso al giudizio amministrativo, non accontentandosi della mera *vicinitas*, anche per evitare ricorsi meramente “emulativi”.

C'è chi<sup>17</sup>, al contrario, criticando in modo serrato le origini nazionalsocialiste della teoria della meritevolezza della tutela, vista come filtro per negare tutela tutte le volte che l'azione collida con «valori emergenti dal basso, che finiscono per diventare le regole ordinarie della comunità interpretativa», ammette solo una meritevolezza *in bonam partem*.

Senonché a me non pare che sia sufficiente ribaltare la prospettiva limitante della tesi della meritevolezza della tutela per renderla compatibile col sistema. Restano quindi ferme le criticità dell'approccio “principalista” di Gili-

---

può mettere in discussione il principio della divisione dei poteri, nella misura in cui la differenziazione non è operata in via eccezionale dal legislatore ma in via maieutica dal singolo giudice. Ciò dimostra l'avvento di una «democrazia impolitica» nella quale i rappresentanti eletti non sono in grado di prendere decisioni giuste, nel contesto di una generalizzata sfiducia verso l'amministrazione. Cfr. sul punto L. DE LUCIA, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo italiano nella crisi economica e istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2019, 3 ss., che richiama P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, 2015.

16 Tale impostazione si avvicina a quella di M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. “Per una piena realizzazione dello Stato di diritto”*, Rimini, 2017, secondo il quale non esisterebbero interessi di mero fatto differenziabili da quelli legittimi, in quanto comunque la realtà operativa dell'interesse legittimo, concepito come figura soggettiva correlata non al potere, e quindi al principio di sovranità dell'ordinamento statale, ma al principio costituzionale di solidarietà sociale, è quella fattuale: tutti partecipano infatti all'attivazione del dovere di solidarietà sociale, che si colloca all'interno dell'ottica del divieto di abuso del diritto.

17 P.G. PORTALURI, *La cambiale di Forstboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

berti, ed anzi forse si accrescono, nella misura in cui si evoca proprio la “cambiale di Forsthoff” e quindi si ha piena consapevolezza di certe derive del creazionismo giurisdizionale, a prescindere da quale strada imbocchino.

Una ormai ricorrente manifestazione più specifica di tale tendenza, nell'applicare di fatto la tesi della meritevolezza della tutela finisce per proiettare sul piano processuale l'esercizio considerato abusivo del diritto d'accesso<sup>18</sup>. Così, secondo una recente pronuncia «è ictu oculi evidente che il frazionamento della pretesa ostensiva del ricorrente - in disparte il suo carattere “massivo” e oggettivamente ostacolante l'ordinato corso della azione amministrativa - in una congerie di rivoli processuali costituiti dai ben quattro giudizi che ne occupano, vale ad inverare una fattispecie paradigmatica di abuso della tutela giurisdizionale. In questa ottica, l'agere processuale del ricorrente si appalesa contrastante con il canone della buona fede e della correttezza, che rileva non solo sul piano sostanziale e/o procedimentale, ma anche su quello processuale, allorquando la iniziativa processuale sia parcellizzata in una pluralità di giudizi, senza una oggettiva e ragionevole giustificazione. E ciò anche nella vicenda *de qua agitur*, ove una tale parcellizzazione costituisce scaturigine in buona parte necessitata dal contegno serbato a monte ed ex ante dal ricorrente in sede procedimentale, in violazione dei principi generali di lealtà e solidarietà nei rapporti -cui massimamente dovrebbe improntarsi, peraltro, il comportamento del pubblico dipendente - e del noto canone metodologico, per cui *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*. Gli obblighi di buona fede e correttezza che devono sempre e comunque informare la condotta dei soggetti avvinti da un rapporto giuridico, e massimamente dei soggetti legati da un rapporto di pubblico impiego, si dispiegano con continuità anche nella (eventuale) successiva fase giurisdizionale, costituente il segmento finale del rapporto e del contatto *inter partes*. Di talché, le iniziative processuali, la meritevolezza e l'ammissibilità dell'interesse che le sostiene, vanno scrutinate anche in forza dell'apprezzamen-

---

18 Tar Campania, n. 796/2021.

to degli antecedenti comportamenti e/o manifestazioni di volontà posti in essere dalle parti».

Sennonché, mentre nel diritto sostanziale esistono una serie di riferimenti normativi volti a sanzionare l'esercizio massivo e generalizzato delle istanze di accesso, anche con riguardo a quello civico, così non è per la norma processuale. Inoltre, mentre la violazione del diritto sostanziale si riflette nel rimedio inibitorio alla fondatezza del ricorso avverso il silenzio, l'esercizio in sé e per sé dell'azione nel diritto processuale può essere sanzionato esclusivamente sul piano del comportamento processuale della parte, dunque con lo strumento della condanna spese. Andando oltre questi limiti, anche in questo caso pare che il giudice amministri più che giudicare, specie nei passaggi in cui si afferma che con l'esercizio dell'azione ostensiva si intaccherebbe il buon andamento della p.a.

## **7. L'abuso del diritto e del processo amministrativo**

Tali dinamiche, quindi, approdano progressivamente (e ineluttabilmente, in quanto generali) nel diritto e nel processo amministrativo.

L'abuso del processo può essere innanzi tutto proiezione dell'abuso del procedimento e degli obblighi di collaborazione che gravano non solo sulla p.a., ma anche sui privati.

La questione è stata già oggetto di ampi approfondimenti in dottrina, dove il principio di collaborazione procedimentale è stato inquadrato nell'ottica dei principi di correttezza, buona fede oggettiva, solidarietà, ed è stato quindi utilizzato per risolvere varie problematiche applicative, dalla responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione alla patologia del provvedimento amministrativo.

È stato soprattutto il principio di autoresponsabilità, con le sue connotazioni bilaterali, a consentire alla giurisprudenza una modulazione d'impiego ora dalla parte del privato ora da quella dell'amministrazione, relativa e variabile a

seconda dei tempi e dei contesti. Emblematico il suo uso in connessione con l'istituto del soccorso istruttorio: se nei procedimenti tradizionali si afferma che in base all'autoresponsabilità chiunque intrattenga rapporti con l'amministrazione sopporta le conseguenze di errori grossolani, che si sarebbero potuti evitare con la media diligenza, e quindi non può essere beneficiario di soccorso istruttorio, nei procedimenti concorsuali integralmente digitalizzati si è iniziato ad affermare che in tali casi vigerebbe una autoresponsabilità dell'amministrazione che rende doveroso il soccorso istruttorio<sup>19</sup>.

In giurisprudenza, poi, si è ad esempio affermato che sussisterebbe un obbligo di non contraddizione in capo al privato, posto che il principio di autoresponsabilità vige in ogni rapporto comunicativo che il cittadino intrattenga con l'amministrazione, sicché esso può comportare l'inammissibilità del ricorso in sede giurisdizionale per acquiescenza preventiva al provvedimento impugnato.

In base ad una non dissimile impostazione si è ritenuto che, anche in applicazione dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990, il privato non potrebbe, in sede di impugnativa, proporre censure fondate su circostanze conosciute in precedenza e tuttavia mai adeguatamente rappresentate in sede di procedimento, pur essendosene avuta la possibilità.

Si è richiamata, in questi casi, l'antica figura romanistica dell'*exceptio doli generalis*, anch'essa oggetto di una recente riscoperta in giurisprudenza e in ampi settori della letteratura scientifica. Come detto, peraltro, anche questa figura in giurisprudenza viene accostata molto spesso alla buona fede ed all'abuso del diritto, senza approfondimenti dogmatici sul suo reale fondamento normativo.

Si pensi a un caso in cui si è dichiarata l'inammissibilità (per carenza di meritevolezza del sotteso interesse) di un ricorso mediante il quale il ricorrente censurava la legittimità della concessione edilizia rilasciata ai suoi vicini per ra-

---

19 Cons. Stato, sez. V, 1 luglio 2021, n. 5008.

gioni sulla cui base il Comune aveva rilasciato analoga concessione allo stesso ricorrente<sup>20</sup>.

Questa duplice e speculare valenza della buona fede procedurale ha trovato rilevanti applicazioni, talora a danno del cittadino, talora a suo vantaggio, ma in entrambi i casi con esiti perplessi sul piano teorico.

Si pensi, innanzi tutto, al tema dei presupposti per l'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi. Una nota Adunanza Plenaria del 2017, la n. 8, ha ritenuto che, pur a fronte di un irrobustimento dell'onere motivazionale in capo all'amministrazione, il privato non vanti una posizione di legittimo affidamento se ha determinato il rilascio del provvedimento illegittimo attraverso una non veritiera prospettazione di circostanze di fatto e di diritto.

Secondo il giudice della nomofilachia, l'affidamento del cittadino deve essere protetto unicamente quando questi nel rapporto con l'amministrazione si sia comportato correttamente e va invece escluso quando l'abbia indotta in errore col proprio comportamento. Ora, da un punto di vista generale tale impostazione, invero sempre più pervasiva nel discorso giurisprudenziale contemporaneo (si pensi per tutti al tema della responsabilità), non appare in linea con quell'idea dell'affidamento caratterizzata dalla componente meramente oggettiva, andando invece a toccare il profilo soggettivo della buona fede di colui che ripone la propria fiducia nello stato di cose esistente.

A tale approccio si è risposto col richiamo al dato positivo e allo scenario teorico<sup>21</sup>. Quanto al primo aspetto si è notato come l'art. 21 *nonies*, comma 2 bis, L. n. 241/1990 confermerebbe, dopo la novella del 2015, che la componente soggettiva dell'affidamento possa venire in rilievo solo dopo che la "non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo" sia stata accertata con la sentenza penale passata in giudicato di cui appunto al comma 2 *bis*. Quanto al secondo,

---

20 Tar Campania, n. 860/2007.

21 Su tali tesi cfr. G. TROPEA, *Autotutela in edilizia: a piccoli passi verso la legalità*, in *Giur. it.*, n. 3/2020, pagg. 650 ss.

bisogna osservare che l'interpretazione del principio della tutela del legittimo affidamento avanzata dalla Plenaria sarebbe condivisibile se nel diritto pubblico il principio di buona fede operasse all'interno di un rapporto paritario assimilabile in tutto e per tutto a un rapporto obbligatorio di diritto privato, il che tuttora non è, poiché persiste il carattere unilaterale del potere dell'amministrazione, che proprio per essere compatibile con lo Stato di diritto deve essere circondato da una serie di limiti e deve restare agganciato al principio di correttezza<sup>22</sup>.

È giusto quindi guardarsi da alcuni “falsi miti” della paritarietà ad ogni costo<sup>23</sup>, che nei fatti hanno determinato una riduzione delle garanzie del privato nella misura in cui la “reciprocità procedimentale” del rapporto paritetico lo ha progressivamente gravato di oneri di diligenza e buona fede sovente effettivamente pesanti, anche nel rapporto fra procedimento e tutela processuale.

Si consideri poi, venendo alle ricadute in senso di maggiore tutela del privato, alla nota sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, in un caso relativo a una procedura di A.S.N. alle funzioni di professore universitario di prima fascia ha fatto un importante balzo in avanti, evocando la

---

22 A conferma di ciò, si consideri la recente Cons. Stato, ad. plen., 5 agosto 2022, n. 10, secondo la quale il principio del legittimo affidamento non è né assoluto né inderogabile. Esso non può ritenersi sussistente, sulla base di tre step successivi, se: *i*) non sia decorso un tempo ragionevole lungo; *ii*) non vi sia una “causa normativa adeguata”, a sua volta consistente ad un interesse pubblico sopravvenuto (o anche in una “inderogabile esigenza”) di rilievo costituzionale (o che abbia riscontro in principio, diritto o bene di rilievo costituzionale); *iii*) non sia rispettato il principio di proporzionalità. Sulla base di tali principi la Plenaria statuisce che l'abrogazione dell'assegno *ad personam* vale pure per i membri laici del CSM.

23 Probabilmente alimentata da studi che teorizzano la conclamata crisi della dicotomia pubblico/privato e la necessità di ripensare i paradigmi dello Stato diritto. Basta scorrere le pubblicazioni degli ultimi anni, tra le quali emerge un'elegante analisi in senso genealogico della parabola moderna della grande dicotomia e le ragioni della sua persistente crisi<sup>35</sup>, accompagnandola magari con analisi in senso sincronico. cfr. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020. V. anche A. DI MAJO, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda*, in *Europa e diritto privato*, 2021, 778 ss. Per una critica alla dottrina che negli anni ha prefigurato una progressiva civilizzazione del diritto amministrativo, attaccando altresì taluni momenti di discutibile accondiscendenza nei confronti del giudice della giurisdizione, magari secondo quella logica confusiva della costruzione di un diritto “comune”, che, a ben vedere, sarebbe soltanto un cavallo di Troia del diritto amministrativo e della sua tradizionale anima garantista, cfr. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008

categoria tedesca della “riduzione” della discrezionalità amministrativa (anche tecnica), che può essere effetto di meccanismi sostanziali (es. autovincolo) o processuali (es. combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti, preclusioni istruttorie, etc.), nonché di una «insanabile frattura» del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino, derivante da un «agire capzioso, equivoco e contraddittorio» della p.a. «che sia risultato lesivo del canone di buona amministrazione e dell'affidamento dei privati».

Una pronuncia di certo coraggiosa, improntata alla stella polare dell'effettività, ma non del tutto convincente in alcuni snodi argomentativi cruciali, fra cui il dispositivo con cui si ordina il rilascio dell'abilitazione alla ricorrente.

Si è osservato, ad esempio, che essa è criticabile nella misura in cui si giustifica una radicale sostituzione del giudice all'amministrazione in non chiarite ipotesi in cui la discrezionalità possa dirsi effettivamente consumata<sup>24</sup>. Perché la “frattura del rapporto di fiducia tra p.a. e cittadino” diverrebbe insanabile solo dopo “tre giudicati di annullamento” e non, diversamente, dopo due o quattro? Altri ancora hanno evidenziato che al di là dei meriti della pronuncia sotto il profilo dell'effettività e pienezza della tutela, persistono ombre con riguardo a delicate tematiche quali il sindacato sulla cd. discrezionalità tecnica, specie nel settore delle abilitazioni scientifiche nazionali (non a caso il sindacato forte viene esercitato in una disciplina giuridica) nonché il (mancato, nel caso di specie) impiego di strumenti istruttori da parte del giudice<sup>25</sup>. Insomma: l'obiettivo ultimo dell'effettività, tragiurato attraverso un approccio empirico da *problem solving*, sconta il caro prezzo di persistenti forzature del dato normativo nonché dei delicati rapporti giurisdizione/amministrazione. L'effettività della tutela resta certamente centrale per la giurisprudenza, ma alla dottrina spetta un impor-

---

24 S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1171 ss.

25 F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 499 ss.

tante compito di segnalazione e controllo, affinché i rischi della «distorsione da desiderabilità sociale»<sup>26</sup> non determinino un'alterazione eccessiva del confine, sì mobile, ma a un certo stadio invalicabile, dell'assetto costituzionale tra Giudice e Amministrazione.

In tale contesto l'evocazione dei risvolti processuali della buona fede, attraverso richiamo a un "insanabile frattura" del rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino appare francamente mero argomento retorico-rafforzativo, oggi ulteriormente rilanciato dal novellato art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990, che però nulla sembra aggiungere o togliere al ragionamento del giudice, come peraltro nella tradizione dell'abuso del processo.

Si tratta di una tendenza probabilmente figlia dell'argomentazione "topica" per *Fallgruppen*, propria dell'applicazione giurisprudenziale delle clausole generali, che però sovente finisce per essere fuorviante, abbinandosi peraltro al richiamo all'abuso del processo, che di per sé non è istituto (dell'ordine conformativo) ma argomento (dell'ordine valutativo) che agevola la disapplicazione della regola sulla base di principi, se non addirittura di più generici "valori".

Certo tale tendenza appare incoraggiata dalla recente riforma dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990 che, se non consente di ritenere accoglibile la tesi dell'acquiescenza preventiva di cui sopra si è detto, ha un serie di ricadute in termini di buona fede reciproca, che vanno dall'idea che inizia a diffondersi in giurisprudenza sul divieto in capo all'amministrazione di opporre al privato anche motivi ostativi comunque percepibili al momento dell'originaria istruttoria e non rilevati, alla tesi che il privato in giudizio non possa limitarsi a denunciare la mancata o completa comunicazione del preavviso di rigetto, ma sia tenuto altresì ad allegare gli elementi fattuali o valutativi che, se introdotti in sede procedimentali, avrebbero potuto incidere sul contenuto della decisione finale<sup>27</sup>.

---

26 R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 369 ss.

27 Su tale giurisprudenza cfr. M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 595 ss. In generale, per un ampio commento alla novella, cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. II-1 La situazione giuridica a ri-*

Torniamo per questa via proprio alla tecnica dei *Fallgruppen*, vedendo come il richiamo alla buona fede e all'abuso del processo si manifesti, anche nella giurisprudenza più recente, nell'ambito essenzialmente di due macro-categorie fenomeniche: come divieto di *venire contra factum proprium* e come abuso per omissione (*Verwirkung*).

A loro volta tali comportamenti, contraddittori o omissivi, possono radicarsi o nella dinamica dei rapporti fra dinamica procedimentale e fase processuale (con le criticità sistematiche proprie del fenomeno del cd. processualprocedimento), ovvero collocarsi tutte all'interno del processo fra i vari stati o gradi di giudizio.

## 8. Il divieto di *venire contra factum proprium*

Il caso più importante di comportamento contraddittorio fra gradi di giudizio diversi è probabilmente rappresentato dalla vicenda dell'abuso del processo in tema di giurisdizione.

Come noto, i prodromi della questione si pongono con l'ardita elaborazione pretoria giudicato implicito in tema di giurisdizione: il "trittico" del 2008 delle Sezioni unite sull'art. 37 c.p.c., criticato da gran parte della dottrina civil-processualistica, se non per l'esito cui porta (la sostanziale abrogazione dell'art. 37), per le poco ortodosse modalità attraverso cui vi perviene.

Queste rilevanti tendenze sembrano espressione di una "politica" giurisprudenziale della Cassazione che, seppure non sempre percepita nella sua portata rivoluzionaria, finisce per impoverire il contenuto precettivo dell'art. 25 Cost., nella parte in cui prevede la garanzia del giudice naturale, sostanzialmente facendo diventare tale garanzia parte del principio secondo il quale il giudice deve essere "terzo ed imparziale", poiché l'idea di fondo è che una decisione, quanto più rapida possibile, ci sia, a prescindere dal giudice che la rende.

---

*lievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022, 7 ss.

Tali principi sono stati accolti dal legislatore proprio nella codificazione delle regole del processo amministrativo, come conferma l'art. 9 c.p.a., che a sua volta ha ricevuto una ulteriore riscrittura, questa volta da parte del giudice amministrativo, in una sorta di “staffetta manipolativa” con la Cassazione.

Se infatti il principio del giudicato implicito viene positivizzato dall'art. 9 c.p.a., non pare che in caso di riproposizione della questione di giurisdizione con atto di appello, la parte soccombente nel merito in primo grado violi l'art. 9 c.p.a. È necessario, quindi, “riscrivere” la norma con l'ausilio dell'argomento dell'abuso, qui nella forma del divieto di *venire contra factum proprium*<sup>28</sup>.

Dipoi Cass., sez. un., n. 21260/2016 conferma l'orientamento del Consiglio di Stato, generalizzandone la portata, e nega quindi all'attore, soccombente nel merito, il potere di impugnare la sentenza al fine di denunciare la carenza di giurisdizione del giudice da lui stesso prescelto.

Viene anche qui richiamato l'argomento dell'abuso e del divieto di *venire contra factum proprium*, ma il richiamo all'abuso è accompagnato dalla tesi del doppio oggetto del giudizio, legata al tema, a sua volta opinabile anche se sicuramente più saldo dal punto di vista teorico, del giudicato implicito: l'accertamento della giurisdizione è un semplice “punto” della sentenza che non vale ad escludere la soccombenza rispetto al “capo” recante la statuizione sulla domanda proposta ma rappresenta un “capo” autonomo della stessa che, non solo se non impugnato passa in giudicato (come discende chiaramente dall'art. 9 c.p.a.), ma che più radicalmente impedisce di configurare una soccombenza sulla questione di giurisdizione in capo al ricorrente, soccombente nel merito.

Stesso ragionamento viene in seguito svolto in tema di competenza, secondo la logica incrementale dell'argomentazione per principi: il soggetto che ha proposto un ricorso al giudice individuato come competente, non può, soltanto dopo la pronuncia a sé sfavorevole, contestarne la competenza sia perché

---

28 Cfr. Cons. St., sez. V, n. 656/2012; Cons. Stato, sez. II, 2 dicembre 2020, n. 7628; Cons. Stato, Ad. plen. n. 19/2021.

tale condotta processuale integra un abuso del diritto di difesa, scaturente dal *venire contra factum proprium* e nel sistema vige un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, in cui si inserisce anche l'abuso del processo (che comporta tra l'altro la violazione del dovere di cooperazione per la realizzazione della ragionevole durata del processo sancita dall'art. 2, comma 2, c.p.a.), sia perché non vi è soccombenza in punto di competenza<sup>29</sup>.

## 9. (Segue)

Vi sono poi recenti fattispecie di impiego a tutto campo del *Fallgruppen* del *venire contra factum proprium*, a conferma della seducente forza espansiva dell'argomento.

Di ciò troviamo riscontro nella letteratura più recente. Si pensi al caso della p.a. che ha dato il suo assenso in conferenza di servizi e poi impugni l'atto finale<sup>30</sup>, e ad altre vicende sempre più frequenti nei conflitti fra enti<sup>31</sup>.

Anche la giurisprudenza non manca di offrire all'interprete nutrita casistica di perplessa sistemazione.

*i)* Aggiudicato un contratto relativo al servizio di gestione integrata di rifiuti solidi urbani, la società quinta classificata impugna il provvedimento di aggiudicazione e il propedeutico bando.

La società controinteressata propone ricorso incidentale volto all'esclusione della ricorrente. Inoltre, entrambe le parti resistenti eccepiscono l'irricevibilità del ricorso, per impugnazione non tempestiva del bando di gara, ritenuto illegittimo dal ricorrente per omessa adozione della relazione sulle ragioni della

---

29 Cons. St., sez. V, 3458/2021.

30 M. RENNA-S. VACCARI, *La proiezione processuale dei dissensi tra gli enti territoriali*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 677 ss.

31 Cfr. M. DELSIGNORE, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020; AA.VV., *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. Macchia, Napoli, 2019; M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 344 ss.; S. TRANQUILLI, *Il malum discordiae del potere amministrativo*, Napoli, 2022. Fra i cultori del diritto costituzionale cfr., da ultimo, B. LIBERALI, *Un processo bifronte. Stato e regioni davanti alla Corte costituzionale*, Torino, 2022.

scelta di affidamento con gara del servizio pubblico locale di rilevanza economica (ai sensi dell'art. 34, comma 20, d.l. n. 179/2012).

I giudici ritengono inammissibile il ricorso per abuso del processo: il motivo di ricorso inteso ad impugnare la scelta di affidare il servizio con gara non può essere proposto dal concorrente che abbia scelto di partecipare alla gara stessa<sup>32</sup>. Sul punto la sentenza si dilunga (al solito) in un *excursus* che riprende la nascita e l'evoluzione della nozione di abuso del diritto e del processo, richiamando la giurisprudenza della Cassazione in tema di esercizio frazionato dell'unico credito, i principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., ma avendo soprattutto in mente la sanzione di attività processuali in sé contraddittorie rispetto ad altre che le hanno precedute in quel medesimo giudizio, e in particolare il discusso divieto — per chi abbia introdotto una causa — di eccepire in appello il difetto di giurisdizione, divenuto ormai, come detto, *ius receptum*.

Senonché anche in tale caso l'abuso del processo mi pare introduca una limitazione al diritto costituzionale di agire in giudizio affidata al soggettivismo del singolo giudicante

Esso si rivela, una volta di più, come “pleonasma”, un ‘argomento’ (più che un ‘istituto’) meramente retorico-rafforzativo, impropriamente richiamato per risolvere il caso.

A prescindere dalla sussistenza, in caso di gara, dell'obbligo della relazione ex art. 34 d.l. n. 179/2012, a non convincere è la prospettata giustiziabilità della violazione di tale ipotetico obbligo in forma autonoma, ossia non assieme all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione. Il richiamo all'assenza di meritevolezza dell'interesse, relativo ad un'azione contraddittoriamente esercitata da colui che abbia partecipato alla gara, nasconde ciò che realmente manca nel caso di specie, ovvero l'interesse strumentale a ricorrere. Non già perché

---

<sup>32</sup> Tar Lazio, sez. II-quater, 6 maggio 2020, n. 4742, con nota di G. TROPEA, *L'orizzonte degli eventi: quando l'interesse strumentale incontra l'abuso del processo...*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1113 ss.

quest'ultimo non sia "meritevole" di tutela, ma semplicemente perché la giustizia amministrativa è una giustizia soggettiva e di parti.

Qui l'interesse strumentale appare ancora più sfumato delle classiche fattispecie in cui fronteggia il ricorso incidentale escludente, poiché l'annullamento della procedura per la mancanza della relazione ben potrebbe determinare l'amministrazione all'affidamento del servizio senza gara, ovvero *in house*.

ii) Dopo l'annullamento del provvedimento del CSM volto alla nomina dei sei componenti togati nella Scuola superiore della magistratura, il Ministero della Giustizia (assieme al CSM) interpone appello, ivi eccependo per la prima volta la carenza di sua legittimazione passiva.

Secondo il Consiglio di Stato<sup>33</sup> l'amministrazione a cui è stato notificato un ricorso relativo all'impugnazione di un provvedimento che non è stato da essa adottato, qualora abbia un interesse obiettivo all'esito della lite per ragioni di ordine funzionale, di intreccio di competenze o di connessione tra procedimenti, deve eccepire il proprio difetto di legittimazione passiva in modo tempestivo.

Diversamente, anche in assenza di giudicato interno sulla questione, tale p.a. non potrà eccepire il proprio difetto di legittimazione passiva per la prima volta in appello, in quanto tale condotta integrerebbe un abuso del processo.

Al solito, anche in questo caso tramite l'argomento dell'abuso del processo si crea una regola per via giurisprudenziale in contrasto col principio di legalità processuale.

Nel caso in cui la parte pubblica (che per la natura multipla degli interessi coinvolti nell'azione amministrativa ha un sostanziale cointeresse dal lato passivo) si costituisca nel giudizio di primo grado e si difenda nel merito senza chiedere la propria estromissione, si dà vita a un litisconsorzio processuale facolta-

---

33 Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2021, n. 330, con nota di L. De GAETANO, *Alcune riflessioni in materia di abuso del processo ed eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata in appello*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 432 ss.

tivo, in ragione del quale il difetto di legittimazione non può più essere eccepito in appello o rilevato d'ufficio.

E tuttavia il processo amministrativo conosce ipotesi di litisconsorzio passivo solo nel caso di impugnazione di concerti o atti complessi, nonché in presenza di controinteressati.

La sussistenza di un mero interesse nei confronti dell'esito del giudizio e/o il carattere di mera *denuntiatio litis* del ricorso notificato avrebbero al più consentito di qualificare il Ministero come interventore volontario adesivo *ad opponendum*<sup>34</sup>.

iii) Si veda anche l'ipotesi del comportamento contraddittorio del ricorrente rispetto a una precedente istanza di condono, presentata dieci anni prima dalla società che ha trasmesso il diritto<sup>35</sup>. Anche qui troviamo un'ampia argomentazione che mette disinvoltamente assieme buona fede e correttezza, *venire contra factum proprium*, abuso del diritto e del processo, meritevolezza dell'interesse.

iv) Nella più recente giurisprudenza troviamo una singolare applicazione dell'*exceptio doli generalis*, che di fatto tende a porsi come abrogante la fattispecie del ricorso incidentale escludente. Si è così affermato che l'impresa che contesta la violazione dei minimi sindacabili inderogabili nell'offerta dell'aggiudicataria, che a sua volta abbia indicato un costo della manodopera inferiore, violerebbe il generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e 1175 c.c. permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto.

Per questa via, si ritiene non necessario sollevare tale tipo di censura con ricorso incidentale escludente, tanto più che la questione in oggetto sarebbe comunque rilevabile d'ufficio<sup>36</sup>. Tale impostazione, nel fare di nuovo disinvolto uso di argomenti principialisti, trascura di considerare che la legittimazione di-

---

34 Cfr. Tar Toscana, sez. III, 5 aprile 2019, n. 514.

35 Tar Campania, 5 maggio 2021, n. 2992.

36 Tar Liguria, sez. I, 20 febbraio 2021, n. 133.

pende dalla partecipazione ad una gara in forza di un provvedimento di ammissione, e quindi solo la presentazione di un ricorso consente al giudice di verificare se la partecipazione sia stata o meno corretta, con i conseguenti effetti sulla questione di rito che ne viene condizionata<sup>37</sup>.

v) Quando il rapporto controverso si fonda su un provvedimento efficace della p.a., eccipirne da parte di quest'ultima l'invalidità per sottrarsi all'adempimento di obblighi che scaturiscono dalla sua esecuzione, comporterebbe una contestuale e concorrente lesione sia del divieto di *venire contra factum proprium* ex art. 1375 c.c., che dei limiti di legge che presiedono all'annullamento d'ufficio ex art. 21 *nonies* della l. 241/90<sup>38</sup>.

Mi pare chiaro che in questo caso, lungi dallo scomodare abuso e buona fede processuale, si sarebbe potuto richiamare il consolidato orientamento secondo cui è inammissibile un ricorso incidentale della stessa amministrazione avverso un proprio atto, sussistendo all'uopo lo strumento dell'annullamento d'ufficio, da esercitarsi in presenza dei presupposti richiesti dall'art. 21 *nonies* legge n. 241/1990. Ciò a meno di non voler ritenere che anche in questo caso il richiamo al divieto di *venire contra factum proprium* non serva a rafforzare l'argomentazione giudiziale, rispetto a una disposizione come l'art. 42 c.p.a. che facoltizza anche l'amministrazione resistente all'impiego del ricorso incidentale.

## 10. L'abuso per omissione (*Verwirkung*)

C'è infine l'importante fattispecie dell'abuso omissivo, nella forma della cd. *Verwirkung*<sup>39</sup>. Qui si tocca il tema del valore giuridico dell'inerzia nell'esercizio del diritto protratta per un lasso di tempo significativo, non tale però da provocare l'estinzione della pretesa.

---

37 R. VILLATA, *Finale di partita?*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 840.

38 Tar Lazio, sez. II, 8 gennaio 2021, n. 257.

39 Sul tema, nella nostra dottrina, v. da ultimo S. PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, Modena, 2020.

Una recente sentenza sul tema ha riproposto il dibattito fra i civilisti sull'abuso del diritto e del processo e la buona fede, e sui loro problematici rapporti. La sentenza 14 giugno 2021, n. 16743 della Terza sezione della Corte di Cassazione è stata pronunciata, infatti, nell'ambito di una controversia che verte sulle conseguenze di una protratta inerzia del locatore nell'esigere i canoni dovuti per un contratto di locazione a uso abitativo e nel reagire al mancato pagamento.

Secondo la Cassazione sarebbero almeno cinque gli elementi che inducono a qualificare come abusiva la richiesta di canoni scaduti da parte della locatrice: *i)* l'inerzia nell'esigere il pagamento protratta per molti anni; *ii)* l'affidamento che tale inerzia ha ingenerato nella controparte sulla rinuncia al credito maturato sino alla prima richiesta di pagamento; *iii)* la improvvisa e repentina richiesta di pagamento dell'intero; *iv)* il fatto che la richiesta fosse ingenerata dalla conflittualità familiare tra padre e figlio, per un tratto di tempo soci delle società locatrice; *v)* l'intento di provocare un nocumento ingiustificato.

Sicché, ritiene la Cassazione: *«il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. legittima in punto di diritto l'insorgenza in ciascuna parte dell'affidamento che, anche nell'esecuzione di un contratto con prestazioni corrispettive ed esecuzione continuata, ciascuna parte si comporti nella esecuzione in buona fede, e dunque rispettando il correlato generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere generale del "neminem laedere"; ne consegue che in un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo l'assoluta inerzia del locatore nell'eseguire il conduttore per ottenerne il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo [...] considerevole in rapporto alla durata del contratto, e suffragata da elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore per facta concludentia, la improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce esercizio abusivo del diritto».*

La sentenza è stata per lo più criticata, con argomenti già ben conosciuti dagli studiosi della tematica: in mancanza di un fatto estintivo il credito è sempre esigibile, stante l'irrilevanza del silenzio e della vaga clausola generale di buona fede<sup>40</sup>; l'inutilizzabilità di quest'ultima quando è in contrasto con principi quali la tipicità delle cause di estinzione dell'obbligazione<sup>41</sup>; l'inammissibilità della *Verwirkung* secondo la giurisprudenza della nostra Cassazione<sup>42</sup>; la necessità di privilegiare altre strade argomentative come quella della rinuncia tacita del titolare del credito<sup>43</sup>; la possibilità di impiegare il solo argomento del divieto di abuso del diritto, nella forma del giudizio sullo sviamento dell'atto di esercizio dell'interesse protetto, senza scomodare la *Verwirkung*<sup>44</sup>. C'è chi, invece, ha difeso il richiamo alla *Verwirkung*, considerandolo una forma di contaminazione teorica affidata alla dogmatica e alla giurisprudenza e ritenendo che l'inesigibilità ben motivata rientri tra le tutele possibili per la violazione della clausola generale di buona fede<sup>45</sup>.

D'altra parte, è proprio quest'ultimo studioso a ricordarci un aspetto fondamentale della teoria critica: l'idea, cioè, che non si possa creare una regola da un valore senza «passare da una sua formalizzazione semantica attraverso disposizioni vigenti»; in buona sostanza, non è consentito disapplicare una norma ordinaria sulla base della priorità della norma costituzionale<sup>46</sup>.

Lo scenario teorico di fondo di tale modalità di intervento per correggere squilibri di mercato, è bene ribadirlo, è la dottrina ordoliberal, che vede mercato e concorrenza non come dati naturali, ma come costruzioni istituzio-

---

40 M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, in NGCC, 2021, 1179.

41 G. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in NGCC, 2021, 1164.

42 C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung e i suoi limiti innanzi alla Corte di Cassazione*, in NGCC, 2021, 1186.

43 F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, in NGCC, 2021, 1171.

44 F. PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito, tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, 2022, 204 ss.

45 G. VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in NGCC, 2022, 185 ss.

46 Il richiamo è a M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, 15 ss. Se si vuole, anche G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., *passim*.

nali<sup>47</sup>. Peraltro, anche in questo caso, e in misura se possibile ancora più accentuata vista la collocazione istituzionale del giudice amministrativo, il giudice che scrive le sentenze qui considerate è un tipico giudice ordoliberal, il quale patisce un'eccedenza di “*telos*”, nel senso che è chiamato ad applicare una norma percepita come mezzo ad un fine, sicché interpretarla significa andare alla ricerca della regola più idonea a promuovere l'assetto concorrenziale del mercato. Si pensi alle sentenze “gemelle” nn. 17 e 18 del 2021 in materia di concessioni balneari, dalla cui lettura emerge la netta percezione che nel caso di specie la regola ricercata dal giudice sprigiona un'efficacia che eccede i limiti del giudicato, sia nel senso delle parti interessate alla pronuncia sia nel senso degli obblighi gravanti sulle amministrazioni alla luce delle pronunce della Plenaria e nonostante la presenza di giudicati che abbiano escluso l'illegittimità di proroghe. Una vera e propria amministrativizzazione dell'attività del giudice, che appunto si manifesta con particolare rilevanza proprio nel campo paradigmatico della tutela della concorrenza<sup>48</sup>.

Una non dissimile dinamica si è avuta in una delle prime manifestazioni del passaggio dall'abuso del diritto all'abuso del processo nella giurisprudenza amministrativa, relativa proprio ad una vicenda annoverabile nel *Fallgruppen* dell'abuso per omissione.

Mi riferisco alla nota Adunanza plenaria n. 3/2011, che si trova ad interpretare per la prima volta – invero la norma ancora non era entrata in vigore al momento del trattenimento in decisione della causa – l'art. 30, comma 3, c.p.a. Il giudice amministrativo, sulla base di una lettura dell'art. 1227, comma 2, c.c. alla luce delle clausole generali di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e, soprattutto, del principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost., richiamando altresì la giurisprudenza in tema di frazionamento giudiziale di un credito unitario, ritiene superato il principio dell'insindacabilità delle scel-

---

47 G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., 594.

48 Cfr. G. TROPEA-A. GIANNELLI, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2021, 723 ss.

te giudiziarie stante la vigenza, nel nostro sistema, di un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permeerebbe le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto. Sicché la scelta di non agire per l'annullamento del provvedimento illegittimo finisce per integrare la violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile.

Anche in questo caso sono state evidenziate una serie di criticità, a partire proprio dalla configurabilità *in apicibus* dell'abuso per omissione. Si è inoltre sottolineata la scorretta sovrapposizione metodologica fra diligenza e buona fede (o correttezza). Ancora: si è osservato come sia la Cassazione<sup>49</sup> che la Corte costituzionale<sup>50</sup>, con riguardo all'art. 1227 c.c., hanno ritenuto che l'iniziativa giurisdizionale non possa considerarsi espressione di ordinaria diligenza, ma consegua ad una libera scelta del creditore, che può valutare secondo il proprio interesse l'opportunità o meno di agire anticipatamente in giudizio, anche perché l'azione giudiziaria è per definizione aleatoria. Per concludere sul punto, anche in questo caso l'argomento dell'abuso è stato impiegato per una riscrittura dello stesso art. 30, comma 3, c.p.a. e per favorire una reintroduzione fittizia della regola della pregiudizialità amministrativa: l'abuso come argomento retorico che porta alla riscrittura della regola processuale.

E infatti, la giurisprudenza immediatamente successiva, nonostante sul punto la stessa Plenaria contenesse delle aperture a diverse interpretazioni della disposizione che parla della evitabilità del danno attraverso l'uso degli strumenti di tutela previsti, ha ristretto di fatto il campo ai soli strumenti della tutela costitutiva tradizionale. In una vicenda riguardante il mancato riconoscimento ad un docente di titoli di servizio acquisiti all'estero, ai fini del punteggio nella graduatoria provinciale, il ricorrente, aveva proposto ricorso giurisdizionale aver-

---

49 Cass. n. 22267/2010.

50 Corte cost. n. 308/1999.

so le graduatorie relative all'anno scolastico 1997-1998, non impugnando invece quelle (definitive) relative agli anni 1995-1998, che erano così divenute impugnabili. Ciò nonostante, aveva effettuato nei confronti di esse due ricorsi gerarchici, respinti. Secondo il Consiglio di Stato: «*Non bastano ad integrare un suo comportamento attivo di ordinaria diligenza, l'invito e la messa in guardia dell'Amministrazione sull'ingiustizia dei danni che l'atto causa; né basta esperire un rimedio amministrativo interno, come un ricorso gerarchico, se poi viene respinto (come è avvenuto nella specie). Occorre una vera e propria domanda di giustizia, cioè che l'interessato si spinga al rimedio giustiziale disponibile contro l'atto amministrativo illegittimo*»<sup>51</sup>.

Più di recente l'esegesi sembra ormai consolidata, nonostante la formulazione aperta dell'art. 30, comma 3, c.p.a. Si consideri il caso di una sanzione disciplinare (radiazione) avverso un professionista adottata del COA, confermata dal CNF, e annullata con rinvio dalla Cassazione. Nessuna delle parti ha riassunto la causa dinanzi al CNF, con conseguente estinzione del giudizio ex art. 393 c.p.c. e susseguente reinscrizione all'Albo. Viene quindi proposta una causa solo risarcitoria per i danni conseguenti all'illegittimo provvedimento disciplinare di radiazione. Secondo il Consiglio di Stato<sup>52</sup> nel caso di specie non vi è stata nessuna sentenza di annullamento passata in giudicato, e peraltro il processo si è estinto per mancata riassunzione dinanzi al CNF; inoltre, il giudice amministrativo non potrebbe esaminare in via incidentale la sussistenza dei presupposti per procedere all'annullamento della sanzione. Infine, non ci sarebbe alcuna sentenza di annullamento passata in giudicato, mentre l'art. 30, comma 5, c.p.a. prevede che «nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza».

---

51 Cons. St., sez. VI, n. 1983/2011.

52 Cons. St., sez. III, n. 3040/2020.

E infine, sempre a proposito della rilevanza della tutela costitutiva nell'ambito delle cause risarcitorie, si consideri il mancato rilievo dell'affidamento del controinteressato nel caso di proposizione dell'azione di annullamento da parte del ricorrente. Secondo Adunanza plenaria n. 21 del 2021, sulla responsabilità precontrattuale nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, l'affidamento dell'aggiudicatario viene meno dopo la proposizione dell'azione di annullamento: *«nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa (...) L'elemento della colpevolezza dell'affidamento si modula diversamente nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non sia disposto d'ufficio dall'amministrazione ma in sede giurisdizionale. In questo secondo caso emergono con tutta evidenza i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 c.p.a. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio».*

Si tratta di una pronuncia apprezzabile nella misura in cui conferma che buona fede e correttezza siano obblighi che amministrazione e privato debbono rispettare nella dinamica del loro rapporto; sennonché qui la logica ferrea

del rapporto paritario e della collaborazione procedimentale si rovescia a danno del privato, in un contesto in cui, come si è già detto, di un rapporto paritario assimilabile in tutto e per tutto a un rapporto obbligatorio di diritto privato non è ancora dato parlarsi, obliandosi così le garanzie classiche del diritto amministrativo. In questo senso, appare aleatoria la regola di escludere l'affidamento in caso di notifica del ricorso; oltre a riposizionare al centro l'azione di annullamento – questa volta al fine di escludere l'affidamento in un provvedimento precario – il rischio è che esso per coerenza debba escludersi anche in caso di mero avvio del procedimento di autotutela<sup>53</sup>.

Da ultimo, e per concludere sul punto, anche nel processo amministrativo sembra prospettarsi il possibile approdo della vera e propria *Verwirkung* nel senso dell'inerzia nell'esercizio del diritto protratta per un lasso di tempo significativo, non tale però da provocare l'estinzione – nella forma della decadenza – della pretesa.

Mi riferisco a un decreto cautelare di rigetto del Tar Lombardia n. 473/2022. Si trattava di un contenzioso nell'ambito di un appalto di servizio di pulizia; il ricorrente è in proroga e impugna la risoluzione di quest'ultima. La notifica del ricorso non è tardiva, ma viene effettuata a ridosso della scadenza dei termini e pertanto considerata dal giudice «*lesiva del diritto di difesa delle parti resistenti, originata da mere scelte di strategia processuale...*», alludendo probabilmente con ciò a una strategia funzionale a beneficiare il più possibile di detta proroga. Un caso di abuso omissivo e *Verwirkung* o una rondine che non fa primavera, legata agli spiccati connotati para-equitativi e di giurisdizione innominata di merito del giudizio in materia di appalti, sommato peraltro alla fase della tutela cautelare monocratica in cui è stata adottata tale statuizione (sul *periculum*)?

Invero, anche se si ritenesse più fondata questa seconda esegesi, non per questo il caso sarebbe di minore interesse, mostrando come la valutazione su abuso omissivo e *Verwirkung* trovi terreno fertile proprio in una tipologia di

---

53 G. MANNUCCI, *Una svolta a metà sull'affidamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 352

giudizio connotata dalle multiple peculiarità del rito speciale appalti e della tutela cautelare, in cui il giudice amministrativo è portato a farsi ancor più interprete di operazioni di bilanciamento assiologicamente orientate in chiave effettuale e pro-concorrenziale, acuendo la crisi della fattispecie di cui si è detto<sup>54</sup>.

### 11. Il *prospective overruling* e la tutela dell'affidamento

Un altro importante punto d'osservazione attraverso il quale misurare come la tutela della buona fede processuale, nella forma dell'affidamento incolpevole, abbia delle ricadute nei rapporti fra poteri e tra procedimento e giudizio è senz'altro il tormentato tema del *prospective overruling*<sup>55</sup>. Il *prospective overruling* viene utilizzato per derogare allo *stare decisis* in senso orizzontale, consistendo nel consentire al giudice a non seguire i suoi precedenti *pro-futuro*, decidendo però il caso sottopostogli in base alla regola superata. La violazione del principio di non contraddizione viene scongiurata riconoscendo al *prospective overruling* valore di statuizione di una regola di diritto contenente in sé un'eccezione per la causa pendente, giustificata dall'esigenza di salvaguardare l'affidamento dei consociati<sup>56</sup>.

È significativo come anche in questo caso vi sia stata una “staffetta manipolativa” tra giudice civile e giudice amministrativo.

La Cassazione<sup>57</sup>, infatti, ha affermato in più interventi che debbono essere rispettati rigorosi presupposti: *i)* ci si trovi al cospetto di un mutamento della

---

54 Interessante è pure la recente sentenza del Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2022, n. 5991. Qui la stazione appaltante fa decorrere i 60 giorni previsti dall'art. 32, comma 8, Codice dei contratti pubblici per la stipula; dopo 3 mesi il Rup comunica all'aggiudicataria le possibili date (fuori termine) per detta stipula; l'aggiudicataria comunica alla stazione appaltante di ritenere non più remunerativa la commessa e chiede adeguamenti; il Rup revoca l'aggiudicazione; a fronte dell'impugnazione di detta revoca il giudice amministrativo ritiene infondato il ricorso in quanto il comportamento dell'appellante si è risolto in un sostanziale rifiuto, contrario a buona fede, di sottoscrivere il contratto in termini congruenti con l'offerta presentata in sede di gara.

55 Evidenza di recente il collegamento tra principio dell'affidamento e *prospective overruling*, F. ROSELLI, *Appunti sull'affidamento come principio generale vincolante anche i soggetti pubblici*, in *Giust. civ.*, 2021, 377 ss.

56 F. SAIITA, *Prevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo e prospective overruling*, disponibile online [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 25 giugno 2018.

57 Cass., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144; Cass., Sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135.

giurisprudenza di legittimità su disposizioni regolatrici del processo e non di natura sostanziale; *ii*) il mutamento sia stato imprevedibile o quantomeno inatteso, ossia privo di preventivi segnali anticipatori del suo manifestarsi, in ragione del carattere consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; *iii*) l'overruling deve essere la causa diretta ed esclusiva di un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte.

Inoltre, argomentando sulla sussistenza di un principio generale “di precauzione”, non si è ritenuto meritevole di tutela l'affidamento della parte se, al compimento dell'attività, sussisteva un contrasto giurisprudenziale sulla portata della regola processuale, in quanto in presenza di due o più indirizzi interpretativi relativi a una regola giurisprudenziale la parte sarebbe tenuta a compiere l'attività processuale seguendo l'orientamento più rigoroso<sup>58</sup>.

Nonostante il sorvegliato approccio giurisprudenziale, nella dottrina civilprocessualista c'è stato un acceso scontro sulla portata e le conseguenze di tali pronunciamenti: a fronte della sentita esigenza che le regole non possano mutare nel corso del processo<sup>59</sup>, si è posto il problema di quanto e fino a che punto tale esigenza possa incidere sul principio costituzionale del “giusto processo” regolato per legge, trovando nella norma sulla rimessione in termini, correttamente applicata, la soluzione a questa grave difficoltà di stampo istituzionale<sup>60</sup>.

---

58 Cfr. M. CONDORELLI-L. PRESSACCO, *Overruling e prevedibilità della decisione*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), n. 4/2018, 118, e giurisprudenza ivi richiamata.

59 Cfr. per tutti R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 311

60 Cfr. G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6 ss. A ben guardare, sia la tesi della rimessione in termini che quella che si fonda sulla necessità di superare l'efficacia meramente dichiarativa dell'interpretazione giudiziale (Caponi) finiscono per non essere troppo distanti, nella misura in cui implicano – seppure con diversi approcci e sfumature – la natura di fonte del diritto della giurisprudenza. Cfr. l'analisi critica di L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, spec. 292 ss.

Nel processo amministrativo, forse anche per la sua tradizione pretoria, si è andati ben oltre tali confini. Giustamente si è osservato che il *prospective overruling* «mentre per la Cassazione continua a costituire uno strumento rivolto a garantire la parità tra le parti processuali laddove una di queste riceva un vulnus dall'overruling, il Consiglio di Stato (nella cui giurisprudenza si rileva tutt'altro che univocità di posizione) sembra piuttosto impiegarlo come strumento di giustizia, non solo perché lo estende anche al diritto sostanziale, ma pure perché talvolta la modulazione degli effetti delle pronunce è stata influenzata in maniera decisiva dalla valutazione sugli interessi coinvolti»<sup>61</sup>.

Mi pare si dimostri, anche in questo caso, come la nozione di effettività e quella di giusto processo divenga vettore di politiche giurisprudenziali neoliberali, consentendo progressivi smottamenti dall'istanza nomofilattica a quella nomopoietica. Essa appare come grimaldello interpretativo capace di fare affermare la prospettiva assiologica dell'interprete, specie se declinato nel contesto valoriale pro concorrenziale europeo<sup>62</sup>.

Non è un caso che un fronte molto importante sia stato quello, notoriamente pletorico e di difficile interpretazione, e dove nel contempo la prevebilità risulta fattore centrale per la crescita economica, del diritto degli appalti pubblici: nonostante in questo settore il Consiglio di Stato non sia ancora arrivato ad ammettere una significativa estensione dell'impiego del *prospective overruling* al diritto sostanziale, non ha tuttavia escluso di potere tutelare affidamenti reputati meritevoli.

Emblematica la vicenda della specificazione degli oneri di sicurezza aziendali. In tale contesto con una prima pronuncia, la n. 3 del 20 marzo 2015 la Plenaria chiarisce che in tutti gli appalti (quindi anche quelli di lavori) vi è l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare nell'offerta gli oneri di sicurezza,

---

61 A. DE SIANO, *Il prospective overruling tra giusto processo e sentenza giusta*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1134 ss., spec. 1166.

62 Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 845 ss.; L. NIVARRA, *Dalla «crisi» alla «eclissi»: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 801 ss.

specificando altresì che essi costituiscono un elemento essenziale dell'offerta e che, quindi, la loro mancata indicazione non è sanabile mediante il soccorso istruttorio. Con la successiva sentenza n. 9 del 2 novembre 2015, sempre la Plenaria è chiamata a risolvere ulteriori problematiche di diritto intertemporale, in particolare l'applicazione del principio di diritto affermato nella sentenza n. 3/2015 alle gare bandite prima della pubblicazione di tale pronuncia. Richiamando precedenti della Cassazione sul c.d. *prospective overruling* e sul carattere dichiarativo ovvero innovativo del precedente giurisprudenziale, essa afferma nel caso di specie la ricorrenza del primo, ritenendo così che non siano legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si sia conclusa prima della pubblicazione della decisione n. 3/2015. I nodi vengono al pettine con la successiva Plenaria n. 19 del 27 luglio 2016, che si occupa di rimediare alle conseguenze di tale rigida esegesi, anche alla luce della giurisprudenza europea sul punto, e dei principi a tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza: in particolari circostanze, ovvero quando la legge di gara nulla preveda circa l'esclusione in questi casi del concorrente, e la stazione appaltante predisponga moduli per la presentazione delle offerte che non contengano alcun riferimento agli oneri di sicurezza aziendale, si ammette il soccorso istruttorio per le gare bandite prima del d.lgs. n. 50/2016.

Allo stesso modo la giurisprudenza ha ritenuto, ad esempio, inesigibile dal concorrente l'osservanza dei requisiti per la stesura di un valido contratto di avvalimento, posti dall'orientamento giurisprudenziale più restrittivo prevalso solo dopo il compimento delle operazioni di gara<sup>63</sup>.

Il vero "salto di qualità" si ha con la nota Ad. plen. n. 13/2017, nella quale si ritiene che il termine di efficacia di 180 giorni del vincolo preliminare

---

63 Cfr., per esempio, Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1817.

nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dei correttivi al Codice Urbani decorra dalla pubblicazione di detta sentenza, affermandosi altresì la possibilità di modulare a certe condizioni la portata temporale delle proprie pronunce (obiettiva incertezza delle disposizioni da interpretare; orientamento giurisprudenziale prevalente contrario all'interpretazione adottata; necessità di tutelare uno o più principi costituzionali, o, comunque, di evitare ripercussioni socio-economiche).

Lo slabbramento dei presupposti del *prospective overruling* è qui evidente. Il giudice amministrativo *i*) ritiene di poter intervenire a rimediare alle incertezze interpretative delle disposizioni normative; *ii*) che il *prospective overruling* non postula che ad essere 'superato' sia un orientamento consolidato; *iii*) che non tutela solo il diritto di difesa nei processi in corso; *iv*) che si può impiegare anche nel caso in cui il mutamento di orientamento riguardi disposizioni di natura sostanziale.

Qui il *prospective overruling* perde il suo legame col processo, divenendo mezzo di tutela dell'interesse pubblico protetto dalla disposizione interpretata.

Anche i sostenitori di tale metodo hanno notato come in questo caso si vada oltre la funzione nomofilattica della Plenaria, per attingere a una funzione più propriamente nomopoietica, e in questo senso hanno ritenuto che la soluzione relativa al potere di modulare la portata temporale delle pronunce riguardasse le sole sentenze della Plenaria in cui dichiarano l'interpretazione della norma, e non possa essere un principio generale affermato per tutti i giudici amministrativi, quando annullino l'atto illegittimo e come possibile effetto della sentenza di annullamento<sup>64</sup>. Ma la tendenza incrementale del principio di effettività, vettore di espansione del meccanismo neoliberale di erosione dei confini fra poteri, non poteva che portare ad abbattere anche tale auspicato limite<sup>65</sup>.

---

64 E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono finti del diritto*, in *Urb. e app.*, 2018, 382 ss.

65 Non è un caso che la dottrina del precedente giurisprudenziale abbia trovato una rivalutazione sia nel movimento *del Law and Economics* sia presso gli eredi dell'illuminismo scozzese più o meno vicini alla scuola austriaca di economia. Cfr. M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico*.

E così, in una vicenda relativa a una questione di ammissione di uno studente comunitario a un corso a numero chiuso per la quota riservata ad extracomunitari, ma lasciata vacante, il Consiglio di Stato ha confermato la sua giurisprudenza restrittiva in materia, ma ha nel contempo escluso la retroattività della propria pronuncia (che è stata 'indirizzata' alle sole fattispecie future) al fine di tutelare l'affidamento ingenerato da una sentenza di primo grado che con la pronuncia medesima è stata riformata<sup>66</sup>.

Un altro limite è quindi stato abbattuto: mentre le sentenze sopra richiamate circoscrivono l'operatività dell'istituto in parola al mutamento interpretativo dei giudici di vertice delle giurisdizioni, la Sezione VI, invece, ha considerato che una sentenza del Tar, esprimente peraltro un orientamento ormai obsoleto, potesse essere annoverata tra le cause di legittimo affidamento meritevole di tutela tramite la modulazione degli effetti della sentenza. Inoltre, nella pronuncia in esame manca non solo l'imprevedibile mutamento della giurisprudenza consolidata (come richiesto dalla Cassazione), ma pure un emergente orientamento maggioritario che contrasti quello pregresso (come richiesto dalla Plenaria del 2017).

Sempre nel 2018 il Consiglio di Stato sembrava tuttavia aver fatto un passo indietro, riposizionandosi sui limiti più rigorosi tracciati dalla Cassazione, con la sentenza n. 1 del 2018 della Plenaria, relativa alla *compensatio lucri cum damno*, con riferimento alla determinazione del danno cagionato dal datore di lavoro pubblico a un proprio dipendente<sup>67</sup>. Ciò sul presupposto che «*gli enunciati giurisprudenziali hanno, [...], natura formalmente dichiarativa. La diversa opinione finisce per attribuire alla esegesi valore ed efficacia normativa in contrasto con la logica intrin-*

---

*Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, 98-99.

<sup>66</sup> Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2018, n. 2268.

<sup>67</sup> Il riferimento è in particolare alla cumulabilità tra quanto riconosciuto a titolo lesione della salute, con indennizzo percepito, con il riconoscimento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio. Sul merito della questione v. A. GIANNELLI, *Indennizzi da attività illecita delle pubbliche amministrazioni: una nuova "rete di contenimento"?*, in *Dir. soc.*, 2020, 509 ss.

*seca della interpretazione e con il principio costituzionale della separazione dei poteri venendosi a porre in sostanza come una fonte di produzione». E tuttavia, tale parziale *revirement* non ha incrinato la marcia verso l'uso sempre più disinvolto del *prospective overruling* da parte del giudice amministrativo.*

L'ultimo capitolo (finora) di tale poco sorvegliato meccanismo incrementale nell'uso – a questo punto ormai puramente nominalistico e retorico/rafforzativo (come nel caso dell'abuso) – del *prospective overruling* – è rappresentato dalle Plenarie gemelle nn. 17 e 18 del 2021 in materia di concessioni balneari.

Anche in questo caso ci si spinge ben oltre le indicazioni del precedente del 2017<sup>68</sup>, sia perché esso richiedeva tra i presupposti della rimodulazione temporale anche l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata, sia perché in quel caso sussistevano parametri temporali predefiniti più ragionevoli e certi, alla luce del quadro normativo anteriore e posteriore al D.Lgs. n. 42 del 2004 (con riguardo alla tutela paesaggistica e al vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico), e con riguardo al momento della pubblicazione della sentenza. Insomma, nelle sentenze del 2021 la Plenaria fa un ulteriore “passo avanti” nel sentiero della sostituzione giudiziale al legislatore, inventando ex novo il dies a quo degli effetti delle sentenze del 31 dicembre 2023.

Inoltre, non può essere trascurato il profilo dell'orientamento finalistico in funzione del quale viene disposta la modulazione cronologica degli effetti del giudicato. I precedenti giurisprudenziali richiamati dalle Plenarie gemelle, come detto sono accomunati dal fatto che la modulazione disposta dal giudice fosse “giustificata” dalla volontà di assicurare al ricorrente vittorioso una tutela effettiva, come nella ben nota vicenda del piano faunistico venatorio della regione Puglia<sup>69</sup>, o comunque dalla necessità di scongiurare il rischio che l'interesse riconosciuto come meritevole di tutela in sede di scrutinio giurisdizionale

---

68 Cfr. A. DE SIANO, *Stravaganze giurisprudenziali a proposito dell'atto amministrativo (a margine di Adunanza plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18)*, in pubblicazione in *Dir. proc. amm.*

69 Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

fosse, paradossalmente, sacrificato dal “fisiologico” atteggiarsi degli effetti della sentenza, come nel caso che ha dato luogo all'Adunanza Plenaria n. 13/2017. Al netto delle non trascurabili criticità intrinseche di tali decisioni, resta impregiudicato il fatto che, finora, la modulazione degli effetti della pronuncia sia stata intesa come uno strumento utilizzato per non compromettere l'effettività della tutela che, attraverso il contenuto dispositivo della sentenza, il giudice voleva erogare. Nel caso di specie, invece, postergando la decadenza dei titoli concessori fino al 31 dicembre 2023, l'Adunanza Plenaria ha disposto una sorta di ulteriore proroga generalizzata dei titoli medesimi, usurpando un potere (per l'appunto quello di proroga) di carattere eminentemente amministrativo (benché tale potere in realtà sia già stato, negli ultimi decenni, a sua volta già usurpato dal legislatore, proprio emanando, con leggi-provvedimento, le proroghe legali contro cui la Plenaria si scaglia).

Venendo al fronte della tutela dell'affidamento del concessionario uscente, infine, la Plenaria ha individuato due criteri altrettanto discutibili<sup>70</sup>: il primo riguarda il riconoscimento, in capo ai destinatari delle proroghe illegittime, di un ristoro di carattere indennitario, il secondo concerne, invece, il riconoscimento, sempre in favore dei concessionari uscenti, di un punteggio premiale in sede di procedura di affidamento dei nuovi titoli, quale “bonus” maturato in conseguenza della “anzianità” nella gestione del bene messo a gara.

Nelle pronunce esaminate l'Adunanza Plenaria, sollecitata a pronunciarsi sulla validità delle proroghe, non ha ritenuto di dovere - o forse di potere - limitare il proprio sindacato alla legittimità dei provvedimenti (sconfinando apertamente nel sindacato sui contenuti di atti aventi forza di legge), così come non ha ravvisato alcun ostacolo nell'autoassegnarsi prerogative di amministrazione attiva, prima fra tutte il potere di disporre un'ulteriore proroga dei titoli conces-

---

<sup>70</sup> Per una critica più puntuale si rinvia a G. TROPEA-A. GIANNELLI, *Il funzionalismo creativo dell'Adunanza Plenaria in tema di concessioni demaniali marittime e l'esigenza del katékon*, cit., spec. 754 ss.

sori, sia pure “camuffata” sotto il discutibile velo della modulazione degli effetti conformativi delle sentenze e del *prospective overruling*.

## 12. L'abuso del processo, tra crisi del *judicium* liberale e ascesa della procedura neoliberale

Il modo in cui il servizio giudiziario è organizzato e il perseguimento della sua efficienza sia problema che riguarda essenzialmente il legislatore e non possa essere addossato sui singoli giudici: la dottrina classica ha sempre avvertito il tentativo di una lettura delle norme processuali secondo lo scopo o la funzione.

La lotta all'abuso è quindi primariamente un compito del legislatore o, al limite, della Corte costituzionale, più che del giudice. 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.

Come detto peraltro ciò non stupisce, in quanto l'esigenza di razionalità insita oggi nel sistema si fonda soprattutto sulla razionalità economica legata ai nuovi paradigmi della foucaultiana governamentalità neoliberale, che nulla ha a che vedere col *judicium* liberale.

C'è un filo rosso che lega la rifondazione giurisprudenziale della nozione di abuso del processo, in cui considerazione deontologiche sono confuse con apprezzamenti teleologici e sistemici che antepongono una visione utilitaristica di marca bethamiana<sup>71</sup> al Foucault che ha teorizzato la biopolitica e la governamentalità neoliberale, in cui le pratiche contemporanee della libertà sono state costruite a partire da una serie di tattiche governamentali e tecniche di regolazione del tutto contingenti perché strutturano una relazione conflittuale tra la libertà individuale e la fonte da cui promana la regolazione<sup>72</sup>.

---

71 A. PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la «proportionate justice»*, cit.

72 M. GALLETTI-S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, 296.

Questo non significa certo che il giudice non debba, ex art. 88 c.p.c., perseguire l'abuso del processo, ma tramite sistemi di tutela risarcitoria o comunque fondati sulla ripartizione delle spese processuali, dunque muovendosi sul piano degli artt. 92 e 96 c.p.c., nonché dell'art. 26 c.p.a., con riguardo al processo amministrativo.

Ovviamente ciò non risolve molti problemi, per due ragioni.

Da un lato perché lo stesso art. 26 c.p.a. è stato oggetto di una serie di interpretazioni perplesse che hanno finito per ampliare la nozione di abuso del processo, rielaborata a fronte dell'esigenza che venga sempre e comunque assicurata l'integrità del sistema-giustizia e onorato il principio di ragionevole durata e del giusto processo, per non parlare delle criticità delle disposizioni sull'ampiezza degli atti processuali, che hanno spesso comportato un'irragionevole prevalenza del principio di sinteticità sul diritto di difesa e sugli altri principi del "giusto processo".

Dall'altro perché il giudice amministrativo continua a fare un governo non sempre razionale del principio di compensazione delle spese processuali, che a rigore non dovrebbe applicarsi in caso di soccombenza (cfr. art. 26 c.p.a. e 91 c.p.c.), tanto più se palese. Si veda una recente pronuncia del Tar Lombardia, che dinanzi a un ricorso palesemente inammissibile per difetto di interesse di una terza classificata contenente censure solo avverso la prima in graduatoria, peraltro dopo esplicita ammissione dell'errore da parte della ricorrente, compensa le spese «tenuto conto della pronuncia in rito»<sup>73</sup>.

Ritengo che questo assetto complessivo, per le ragioni sopra indicate, meriti una ferma critica, sul piano metodologico prima che contenutistico, affinché si evitino per quanto possibile derive incontrollate del principio di buona fede nel processo, che altrimenti smette di essere *judicium* liberale per assumere le sembianze della procedura neoliberale.

---

<sup>73</sup> Tar Lombardia, sez. I, 16 maggio 2022, n. 1125.

Come scrive nel fondamentale *Homo ludens* Johan Huizinga: «Anche a Roma era per molto tempo ancora valido, nella procedura giuridica, ogni mezzo per atterrare l'avversario. Ci si vestiva in lutto, si sospirava e ci si lamentava, si faceva clamorosamente appello alla salute dello Stato, si portavano degli "assistenti" per fare più impressione, in breve, si faceva tutto ciò che ancor oggi si fa di tanto in tanto. Gli stoici vollero togliere all'eloquenza giuridica questo carattere ludico per conformarla alle loro severe norme di verità e di dignità. Ma il primo che volle attuare tale tendenza, Rutilio Rufo, perdette la causa e dovette andare in esilio»<sup>74</sup>.

Allo stesso modo mi pare che l'abbattimento delle barriere legislazione/giurisdizione/amministrazione traspaia dal modo incrementale col quale, il giudice amministrativo più marcatamente qui di una sorvegliata Cassazione, impieghi in modo disinvolto lo strumento del *prospective overruling*, anch'esso in origine legato alla tutela della buona fede e dell'affidamento, ma poi progressivamente piegato alla tutela di interessi più "di sistema", che il giudice amministrativo si reputa istituzionalmente qualificato ad affrontare. Il giudice che scrive le sentenze in analisi è un tipico giudice ordoliberal, il quale patisce un'eccedenza di "telos", ritenendosi chiamato ad applicare una norma percepita come mezzo ad un fine, sicché interpretarla significa andare alla ricerca della regola più idonea a promuovere l'assetto concorrenziale del mercato. In ciò sta anche la netta percezione che nel caso di specie la regola ricercata dal giudice spigona un'efficacia che eccede i limiti del giudicato.

È invece opportuno un *judicial restraint*, in quanto è in gioco un delicato problema di legittimazione del giudice a "dare" diritto. A questa deriva funzionalizzante crediamo si debba contrapporre un vero e proprio *re-embedding* del mercato finanziario europeo. La scienza giuridica deve, in quest'ottica, agire da *katéchon* contro i mercati globali, freno contro la deriva funzionalizzante, declinando gli imperativi delle scienze dell'economia alla luce dei diritti fonamen-

---

74 J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Milano, 2002, 103.

tali, dei principi costituzionali e delle conoscenze di altre materie in modo da promuovere l'integrazione sociale.