

La disciplina del difetto di giurisdizione: regolamento preventivo di giurisdizione e decisione sulle questioni di giurisdizione a prevenzione dell'abuso del processo

di ANNALISA DI GIOVANNI

SOMMARIO: 1. Abuso del processo e abuso del diritto: alla radice del problema. — 2. L'evoluzione della nozione di abuso del processo e la configurazione di diverse ipotesi di abuso nell'elaborazione giurisprudenziale. — 3. L'uso distorto degli strumenti a presidio della giurisdizione: il difetto di giurisdizione ed il regolamento preventivo di giurisdizione tra giusto processo e abuso del processo. — 4. L'eccezione del difetto di giurisdizione e l'abuso del processo: una strana connessione. Il divieto di proposizione di tale eccezione in appello da parte del ricorrente in primo grado soccombente nel merito nella giurisprudenza amministrativa. — 5. La questione al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione: ammissibilità e limiti della proposizione dell'eccezione di giurisdizione in appello. — 6. L'intervento dell'Adunanza Plenaria sulla natura abusiva della contestazione della giurisdizione in appello. — 7. Il difetto di giurisdizione a presidio della prevenzione dell'abuso del processo: linee critico-evolutive e notazioni conclusive.

1. Abuso del processo e abuso del diritto: alla radice del problema.

La questione dell'abuso del processo richiama quella più generale dell'abuso del diritto ⁽¹⁾ e viene considerata figlia di

(1) È nel dibattito tra l'ottocento e il novecento che si inquadra il tema dell'abuso del diritto, la cui teoria, nella sua accezione moderna, si origina in Francia come istituto di matrice giurisprudenziale in materia di proprietà senza alcun ancoraggio normativo, volto a fondare una concezione relativistica della proprietà nella sua dimensione sociale nei rapporti tra proprietà e industria nascente. Nella dottrina italiana la produzione è amplissima: si vedano, tra gli altri, S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, vol. I, Torino, 1987, 1 ss.; F.D. BUSNELLI - E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato - III. L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 171 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto: I) diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, 1 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso*

quest'ultimo o, meglio, come una sua proiezione o articolazione, ravvisabile quando un soggetto sfrutta un potere conferitogli per perseguire obiettivi ulteriori o diversi da quelli riconosciuti a quell'atto dal legislatore.

La nozione di abuso si sostanzia nella distorsione dello strumento processuale, di per sé legittimo, destinato al raggiungimento di fini ad esso estranei ⁽²⁾ ed è collegata all'esercizio del diritto

del diritto, in *Enc. dir. agg.*, vol. II, Milano, 1998, 1 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 2001; M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003; M. ATIENZA - J.R. MANERA, *Illeciti atipici - L'abuso del diritto - La frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004; M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 25 ss.; C. CASTRONOVO, *Abuso del diritto come illecito atipico?*, in *Europa e dir. privato*, 2006, 1051 ss.

(2) E questa la definizione di M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, 1127. La dottrina processualcivile sull'abuso del processo è vastissima; tra gli altri si vedano: G. DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in *Judicium.it*, 1964, 582 ss.; P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 23 ss.; A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *AA.VV.*, *Il diritto privato - III. L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 459 ss.; *Id.*, *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo (a margine della l. 23-3-2001, n. 89)*, in *Nuova giur. civ.*, 2003, vol. II, 62 ss.; M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 196 ss.; *Id.*, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio dell'azione giudiziaria*, Milano, 2004; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo, I, Presupposti storici*, Padova, 2000; *Id.*, *L'abuso del processo, II, Diritto positivo*, Padova, 2000; A. DONDI - V. ANSANELLI, *Giustizia civile e problemi del giusto processo*, in *Pol. dir.*, 2007, 1, 122 ss.; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, 215 ss.; V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv. agg.*, vol. I, Torino, 2007, 1 ss.; L.P. COMOGGIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Judicium.it*, 2008, 3919 ss.; A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Judicium.it*, 2008, 319 ss.; G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Judicium.it*, 2012; *AA.VV.*, *Atti del XXVIII Convegno della associazione italiana fra gli studiosi del processo civile: l'Abuso del processo*, Bologna, 2012; M. FORNACIARI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 593 ss. Anche la dottrina sull'abuso nel processo amministrativo è vasta, si vedano, tra gli altri: G.E. GALLO, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 1005 ss.; N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, *Annali II*, vol. 1, Milano, 2008 1 ss. anche per rinvii bibliografici; F. CORTESE, *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, nota a *Cons. Stato*, 2 marzo 2012, n. 1209, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 959 ss.; P.M. VIPIANA, *Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali*, in *Giur. it.*, 2012, 1429 ss.; S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1203 ss.; M.A. SANDULLI, *L'abuso di processo*, in *Diritto on line*, Treccani, in

di azione e difesa compiuto attraverso mezzi processuali utilizzati impropriamente per attività di comodo o per il raggiungimento di obiettivi diversi da quelli di giustizia. Secondo Calamandrei, si tratta di un uso dei mezzi processuali che, prima di arrivare alle figure estreme del dolo e della frode, si colloca «in una zona intermedia che, per qualche somiglianza con la figura dell'abuso del diritto, si potrebbe denominare abuso del processo» (3).

Per la ricostruzione di questa nozione sembra utile far ricorso alle fonti di diritto canonico classico che per le loro origini, spesso legate alla prassi, fanno riferimento agli usi e abusi nei tribunali e utilizzano spesso la espressione «*abusum*» per esprimere il ricorso improprio alla tutela giurisdizionale da parte dei litiganti, qualificando come tali i comportamenti processuali delle parti e dei loro difensori che possono essere inquadrati nell'attuale categoria dell'abuso del processo (4).

Nell'ordinamento canonico, in particolare, gli abusi si concretizzavano nell'adire la sede apostolica in modo smisurato nella seconda metà del XII secolo quando le istanze dirette a Roma crebbero in modo eccessivo attraverso l'abuso frequente dell'appello — sia come mezzo di impugnazione sia come ricorso alla sede apostolica — che indusse i pontefici ad intervenire per mettere ordine. Pensando all'abuso del diritto con riferimento alla disciplina del difetto di giurisdizione, nell'ordinamento canonico si rinvengono

Treccani.it; G. TROPEA, *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 681 ss.; ID, *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1262 ss.; N. PAOLANTONIO, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, in *www.giustamm.it*; G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1 ss.; A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 23 ss.; G. TROPEA, *L'orizzonte degli eventi: quando l'interesse strumentale incontra l'abuso del processo (Nota a TAR Lazio, sez. II quater, 6 maggio 2020, n. 4742)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1113 ss.

(3) Così P. CALAMANDREI, «*Il processo come gioco*», in ID., *Opere giuridiche*, Vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Napoli, 1965, 546.

(4) Per un approfondimento sul tema e per riferimenti bibliografici si veda: R. BIANCHI RIVA, *L'abuso del processo tra prassi e scienza giuridica: note sul simultaneus processus nel diritto comune*, in *Vergentis*, 6, luglio 2008, 103 ss.

delle fattispecie che forniscono indicazioni preziose per la ricostruzione di tale nozione. In particolare esercizi impropri e strumentali del diritto di azione si ritrovano nel meccanismo della delega di giurisdizione che consentiva alla parte di rivolgersi direttamente al pontefice anziché adire il giudice ordinario, perché delegasse ad un altro giudice, generalmente suggerito dalla stessa parte, la decisione della causa. L'abuso del processo, quindi, consisteva nell'abuso dei rimedi giurisdizionali concessi dalla curia pontificia che si realizzava mediante la richiesta della lettera di delega per instaurare un giudizio in assenza di un interesse meritevole di tutela, oppure nell'utilizzo improprio di tali lettere di delega, fino ad arrivare a falsificazioni delle medesime. Le misure adottate dai pontefici per contrastare questi abusi del processo consistettero nella realizzazione del *simultaneus processus*, mediante l'adozione di provvedimenti diretti a vietare iniziative delle parti volte a delegare giudici diversi e trattare separatamente cause connesse per aggravare le posizioni delle controparti, ovvero dirette ad evitare di ottenere lettere di assegnazione del processo a giudici lontani, in modo che il convenuto, stanco delle spese, rinunciasse al processo o si vedesse costretto a trovare un accordo con l'attore (Papa Innocenzo III, ad esempio, stabilì che nessuno potesse essere convenuto in giudizio fuori dalla sua diocesi, in un luogo più lontano di due giornate di cammino, salvo espresso accordo tra le parti).

L'obiettivo che i pontefici volevano raggiungere nel contrastare l'abuso del processo, non era solo quello di reprimere comportamenti pregiudizievoli per le parti, ma anche di sanzionare condotte che fossero lesive del corretto e sollecito svolgimento dell'amministrazione della giustizia, per promuovere un celere ed efficiente funzionamento della stessa, anche contenendo il numero dei ricorsi al pontefice. Papa Gregorio IX, valorizzando i doveri di lealtà e buona fede processuale delle parti, al fine di evitare che la proposizione di domande soggettivamente connesse in giudizi separati comportasse un indebito pregiudizio per il convenuto con aggravio di spese e onere di plurime opposizioni e conseguenti ripercussioni sulla funzionalità dell'amministrazio-

ne della giustizia, stabilì che coloro che intendevano promuovere contro lo stesso soggetto più azioni personali avrebbero dovuto incardinare un unico processo davanti allo stesso giudice, prevedendo sanzioni in caso di violazione.

Anche le sanzioni comminate dai pontefici per i casi di abuso della tutela giurisdizionale, rappresentano spunti interessanti nella ricostruzione dell'abuso del processo. La decretale *Quia nonnulli* condannava la parte che avesse abusato degli strumenti giurisdizionali concessi dalla curia pontificia, al pagamento delle spese della lite, svincolate dalla soccombenza, e al risarcimento dei danni cagionati alla controparte. Papa Innocenzo IV, invece, comminò la nullità dei processi in caso di inutile moltiplicazione di cause connesse, prevedendone la rilevabilità d'ufficio ad evidente scopo deflattivo.

Nel diritto canonico, dunque, si trovano *in nuce* quei principi e quelle clausole generali, quali i principi del giusto processo, la sollecita definizione delle controversie, la correttezza e buona fede, l'economia processuale, che oggi, in mancanza di una espressa previsione normativa, rappresentano, nella ricostruzione della giurisprudenza civile ed amministrativa, gli elementi tramite i quali viene delineata la categoria dell'abuso nel processo. Lo spirito del diritto canonico, infatti, portava ad indagare le reali intenzioni perseguite dalle parti e dai loro avvocati nel processo mediante una valorizzazione delle regole di correttezza e buona fede in campo processuale che le parti e i difensori erano tenuti ad osservare per assicurare il corretto e celere andamento della giustizia, pena la comminazione di sanzioni: spirito che oggi ritroviamo nell'ancoraggio dell'abuso del processo al principio costituzionale del giusto processo.

L'espressione abuso del processo, tuttavia, ha una portata piuttosto vaga tanto da privarla di ogni carattere individualizzante⁽⁵⁾; la pluralità ed eterogeneità degli elementi, delle clausole generali, dei principi, anche costituzionali ed eurounitari, posti a

(5) Così A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, cit., 48 ss.

suo fondamento è tale per cui nessuno di essi, considerato singolarmente, potrebbe essere sufficiente ad integrare l'abuso.

Parte della dottrina ricostruisce la nozione facendo ricorso allo schema dello sviamento di potere sostenendo che alla base dell'abuso vi sia una situazione di discrezionalità in rapporto al processo ⁽⁶⁾ e in quest'ottica possono considerarsi abusive solo quelle attività volute e dirette ad un obiettivo specifico ⁽⁷⁾. Altra parte della dottrina collega la nozione di abuso alla previsione dell'art. 96, comma 3 c.p.c. colorando di colpa la condotta della parte che tiene il comportamento scorretto ⁽⁸⁾. Altri ancora ritengono che l'abuso del processo, inteso come violazione del principio di correttezza e buona fede, non riguarda l'atto introduttivo e le domande che esso contiene, bensì il comportamento tenuto dalle parti e dai difensori nel giudizio, una volta che sia stato avviato ⁽⁹⁾.

Si fa distinzione tra abuso *del* processo, nel senso che non si può considerare abusivo un comportamento obbligatorio, e abuso *nel* processo, ossia quando la parte ha possibilità di scegliere ed ha margini di discrezionalità.

⁽⁶⁾ Secondo M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1, 44, solo se si tratta di discrezionalità relativa si può realizzare a certe condizioni un abuso del processo, non se si tratta di discrezionalità assoluta.

⁽⁷⁾ Per S. SATTA, «gli atti processuali non sono normativi, non sono l'espressione di una volontà di un determinato effetto, ma sono elementi di situazioni giuridiche coordinate l'una all'altra» (citazione da L. CAVALLARO, *Trattatello di procedura civile*, 2015, 185).

⁽⁸⁾ Cf. F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in AA.VV., *L'abuso del processo*, Bologna, 2012, 49 ss. Nello stesso senso anche A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c. abuso del processo*, cit., 52, secondo il quale il richiamo all'abuso del processo non giustifica la mancata pronuncia su istanza di parte da parte del giudice il quale si deve pronunciare sulla istanza che si può ritenere abusiva, il che non esclude, anzi suggerisce, l'uso oculato delle regole in punto di allocazione delle spese, compreso l'art. 96 c.p.c.

⁽⁹⁾ Così V. ANSANELLI, *Abuso del processo* (voce), in *Dig. civ., agg.*, Torino, 2012. Non manca chi (V. CARBONE, *Il giudicato implicito sulla giurisprudenza evita l'abuso del processo*, in *Corr. Giur.*, 2012, 415) ritiene che la clausola di buona fede si colloca ad un livello più alto rispetto al dovere di lealtà e probità previsto dall'art. 88 c.p.c. e non muta in ragione dell'evoluzione del contesto sociale, in quanto si tratta di un principio deontico e giusnaturalistico di portata universale che farebbe dell'abuso del processo un "ectoplasma" (C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1286).

Il tema dell'abuso del processo viene poi riferito in alcuni casi al difensore autore dell'abuso che va sanzionato sotto il profilo disciplinare, in altri, alla parte che va sanzionata colpendo l'atto processuale, in altri ancora al giudice ⁽¹⁰⁾.

2. L'evoluzione della nozione di abuso del processo e la configurazione di diverse ipotesi di abuso nell'elaborazione giurisprudenziale.

A livello normativo manca una definizione di abuso del processo ed una disciplina di tale istituto, anche se è possibile rinvenire nell'ordinamento giuridico alcune disposizioni che utilizzano tale formula.

A livello europeo l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è rubricato «divieto di abuso del diritto» e prevede che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». A tale norma si richiama il Consiglio di Stato nell'Adunanza Plenaria n. 5 del 27 aprile 2015 ⁽¹¹⁾, avente ad oggetto il rapporto tra motivi di ricorso e poteri del giudice, affermando che il divieto di abuso del processo assume ormai rilevanza costituzionale ai sensi dell'articolo 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, richiamando sentenze

⁽¹⁰⁾ N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, cit., 6 ss., riconduce all'abuso del processo ad opera delle parti i fenomeni del c.d. *forum shopping* e dell'abuso del processo cautelare, all'abuso del giudice l'omesso deposito del dispositivo di decisione, l'omessa motivazione dei provvedimenti decisorii e il tempo del processo in termini di irragionevole durata con specifico riferimento all'ordine di integrazione documentale, la cui omissione può tradursi in difficile o impossibile assunzione della decisione.

⁽¹¹⁾ Per approfonditi commenti su tale pronuncia si rinvia a: A. TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo (Osservazioni a Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5 e 13 aprile 2015, n. 4)*, in *Foro.it.*, 2015, vol. III, 286 ss.; L.R. PERFETTI - G. TROPEA, «Heart of darkness»: *l'Adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 218 ss.

in termini della Corte di Cassazione ⁽¹²⁾.

Non mancano pronunce dei giudici di Strasburgo che indicano come irricevibile, ai sensi dell'art. 35 terzo paragrafo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il ricorso individuale che risulti manifestamente infondato o abusivo, ossia quando il titolare del diritto al ricorso cerchi di «attuarlo al di fuori da quelli per i quali è previsto» ⁽¹³⁾; nonché sentenze della Corte di Giustizia che in diverse occasioni ha stabilito che non può trovare riconoscimento la pretesa di chi si appelli al tenore letterale di disposizioni dell'ordinamento comunitario per far valere un diritto che confligge con gli scopi perseguiti dalle medesime disposizioni ⁽¹⁴⁾.

Nel nostro ordinamento il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito in l. 11 agosto 2014 n. 114 rubrica l'art. 41 «misure per il contrasto dell'abuso del processo» e ha modificato l'art. 26 c.p.a. attribuendo al giudice il potere di condannare la parte soccombente al pagamento in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata sino al doppio delle spese liquidate in presenza di motivi manifestamente infondati. Si tratta di misure che contribuiscono alla deflazione del contenzioso, scoraggiando liti temerarie, tese ad assicurare la ragionevole durata del processo.

Tale nozione non è disciplinata da una fonte normativa specifica ed espressa ma è il frutto della elaborazione giurisprudenziale della Cassazione e del Consiglio di Stato, che la riconduce ad un complesso di clausole generali, di principi e norme costituzionali e di diritto europeo.

⁽¹²⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014 nn. 26242 e 26243, in *Dejure.it*. Di diverso avviso G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 15 secondo il quale quello che l'art. 54 della Carta prevede non è il nostro abuso del diritto, ma è una delle manifestazioni dell'illecito civile: sicché non può essere ravvisata in tale disposizione la formulazione della figura dell'abuso del diritto, come lo si è sempre inteso in Italia, e quindi la figura dell'abuso del processo. *Contra*, si veda F. GALGANO, *Qui sine iure abutitur nominem ledit?*, in *Contratto impr.*, 2011, 319.

⁽¹³⁾ Si veda la sentenza della Corte EDU, 18 ottobre 2011, *Petrovic c. Serbia*, in <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Corte Giust. UE, 20 settembre 2007, causa C-16/05, in <https://eur-lex.europa.eu>.

L'abuso del diritto diviene abuso del processo con l'opera della giurisprudenza ed entra in quella amministrativa grazie all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n. 3 con cui il mancato esperimento dell'azione di annullamento, in uno alla azione risarcitoria, viene ritenuto una condotta processualmente scorretta che, nel disarticolare l'unità del rapporto sostanziale/processuale, viola il generale dovere di correttezza e buona fede e si risolve in un abuso del processo, in quanto attuata all'interno del processo e in violazione del canone del giusto processo. Con questa pronuncia il Consiglio di Stato, dunque, riconosce la sindacabilità delle condotte processuali ai fini dell'evitabilità del danno di cui all'art. 1227 comma 2 c.c. e tramuta l'abuso del diritto in abuso del processo ⁽¹⁵⁾.

Sono state configurate diverse ipotesi di abuso del processo nell'elaborazione giurisprudenziale: la prima si determina nel c.d. frazionamento del credito (che si configura come abuso nel processo in quanto il frazionamento da parte del creditore di una determinata somma di denaro in plurime richieste giudiziali di adempimento scaglionate o contestuali nel tempo, in quanto aggravante la posizione del debitore, contrasta con il principio di correttezza e buona fede nonché con il principio del giusto processo) ⁽¹⁶⁾; la seconda

⁽¹⁵⁾ Critico sul punto G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo*, cit., 2, secondo il quale sarebbe stato sufficiente per rigettare la domanda risarcitoria il richiamo all'art. 1227, comma 2 c.c. che esclude il risarcimento per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, senza ricorrere all'argomento dell'abuso che l'A. definisce superfluo.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726 in *Judicium.it*, con nota di M. GOZZI, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali tra principio di sportivo e abuso del processo*, in *Foro it.*, 2008, I, 1514 ss.; con note di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, e di R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*; in *Giur.it.*, 2008, 929 ss.; con nota di A. RONCO, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*, in *Corr. giur.*, 2008, 745 ss.; con nota di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2807 ss. Partendo dall'interpretazione dell'art. 111 Cost. la Suprema Corte con la sentenza della terza sezione del 22 dicembre 2011, n. 28286 pone la «meritorietà» della tutela quale *ratio decidendi* della controversia nel senso che non può essere accordata tutela ad una pretesa priva di meritorietà. In dottrina si veda M.F. CHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio dell'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004.

scaturisce dal comportamento non corretto della parte, dilatorio o manifestamente infondato, non giustificato dalla struttura dialettica del processo, che il giudice qualifica quale abuso del processo in quanto determina un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue, in ragione del rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo (17); la terza ipotesi che si verifica in tutti i casi in cui una parte utilizzi uno strumento processuale non per ottenere il suo effetto naturale, ma per raggiungere un effetto deviato che con quello strumento processuale si riesce a raggiungere; una quarta ipotesi è ravvisabile in tutti quei casi in cui il giudice, discrezionalmente, ravvisi un comportamento da considerare quale ipotesi di chiusura in grado di consentire al giudice di ritenere, per ragioni diverse da quelle sin qui elencate, abusivo il comportamento tenuto dalla parte.

Nella terza ipotesi rientra la fattispecie del difetto di giurisdizione e del regolamento preventivo di giurisdizione, in quanto tali strumenti vengono utilizzati non per gli scopi per i quali sono normati dal legislatore ma per il raggiungimento di altri e diversi obiettivi (18).

3. L'uso distorto degli strumenti a presidio della giurisdizione: il difetto di giurisdizione ed il regolamento preventivo di giurisdizione tra giusto processo e abuso del processo.

Il tema dell'abuso del processo e del difetto di giurisdizione, dunque, si innesta nel dibattito generale sulla categoria dell'abuso

(17) Cfr. Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2010, n. 4309, in *Foro it.*, 2010, I, 1794; Cass., 18 febbraio 2010, n. 3830, *ivi*; Cass., Sez. Un., 3 novembre 2008, n. 26373, in *Foro it.*, 2009, 668.

(18) In tale ipotesi vi rientrano anche quelle in cui è stata proposta una causa contro un magistrato o contro un terzo non perché alla base vi sia la titolarità di diritti nei confronti di tali soggetti, ma perché si possa ricusare quel giudice in altro giudizio ex art. 51 c.p.c. (Cass., 16 giugno 2003, n. 9652); oppure quelle in cui, a fronte di un diritto fatto valere in giudizio, se ne contrapponga un altro connesso per pregiudizialità chiedendo su di esso l'accertamento con autorità di cosa giudicata ex art. 34 c.p.c. al solo fine di spostare l'intera controversia ad altro giudice diverso da quello adito (Cass., 16 gennaio 1993, n. 530; Cass., 12 luglio 2005, n. 14578).

del processo ed ha destato l'attenzione della giurisprudenza che ha contribuito in modo determinante al suo sviluppo.

La connessione tra abuso del processo e difetto di giurisdizione vede sullo sfondo un concetto di giurisdizione proprio di alcuni studi di analisi economica del diritto, nel senso che la giurisdizione non viene più concepita solo come una funzione dello Stato moderno finalizzata all'attuazione del diritto nel caso concreto, ma anche come servizio pubblico volto alla composizione delle controversie secondo giustizia e si individua nel principio di proporzionalità lo strumento in grado di consentire una risposta che leghi al fattore delle risorse la prospettiva del singolo processo e quella dell'insieme dei processi ⁽¹⁹⁾.

In questo contesto è facilmente individuabile il legame fra l'inquadramento del processo come servizio pubblico e il ricorso sempre maggiore all'argomento dell'abuso del processo, con una evoluzione della nozione di giurisdizione, sempre più legata, sulla base dell'interpretazione costituzionalmente orientata, al carattere del giusto processo e della ragionevole durata, in virtù dei quali vengono disapplicate molte regole processuali ⁽²⁰⁾.

La giurisdizione, in ragione della sua centralità nell'ordinamento, viene considerata presupposto processuale di esistenza del processo, ma la concezione della giurisdizione quale appannaggio esclusivo dello Stato viene messa in crisi per la scarsità della risorsa giustizia inducendo il legislatore ad adottare strumenti deflattivi ed alternativi al contenzioso volti a favorire la definizione stragiudiziale delle controversie (si pensi alla Alternative Dispute Resolution — c.d. ADR — o alla mediazione obbligatoria).

A lei spetta, dunque, il monopolio statale della funzione giurisdizionale nella definizione delle controversie, in quanto consente ai cittadini di esercitare il loro diritto di difesa e corollario naturale di tale giurisdizione, quale garanzia dei cittadini, è la

⁽¹⁹⁾ Cfr. R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 827 ss.

guarentigia del giudice naturale costituito per legge che garantisce l'imparzialità e la terzietà del giudice, non solo in quanto scelto dalle parti, ma soprattutto in quanto individuato in base a criteri predeterminati dalla legge.

Pur muovendo dall'idea della giurisdizione quale manifestazione di sovranità dello Stato sui cittadini, essa è anche porzione di un potere giurisdizionale attribuito ad un determinato plesso nei confronti di un altro e rileva in termini di limiti esterni alla *potestas iudicandi* di giudici appartenenti ad un ordine. L'esistenza di una pluralità di giurisdizioni, infatti, determina la necessità di individuare in modo chiaro e preciso i limiti che ciascuna di essa incontra rispetto alle altre. In questo senso la giurisdizione, intesa come limite esterno che incontra ogni plesso giurisdizionale, assicura che a decidere la causa instaurata sia il giudice naturale preconstituito in base alla legge cui le parti non possano in alcun modo derogare.

In questo contesto il Giudice delle leggi ha sottolineato che il riparto di giurisdizione deve assicurare una tutela maggiore per i cittadini, non potendo mai rappresentare un *vulnus* degli stessi introducendo la *traslatio iudicii*, recepita dall'art. 11 c.p.a.

L'individuazione del giudice munito di giurisdizione, tuttavia, non è questione semplice per chi deve instaurare la controversia.

L'art. 111 comma 7 della Costituzione sancisce il principio generale per cui è sempre ammesso il ricorso per Cassazione solo per motivi di giurisdizione avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, in modo che esso incarni il rimedio successivo affinché la controversia venga decisa dal giudice effettivamente fornito del presupposto processuale della giurisdizione, nella ipotesi in cui il giudizio sia stato deciso da un giudice che ne sia privo. La decisione in merito alla giurisdizione spetta alle Sezioni Unite della Cassazione che assolvono alla funzione di "giudice regolatore della giurisdizione".

L'art. 41 c.p.c. disciplina il regolamento preventivo di giurisdizione quale strumento, di natura preventiva, volto ad evitare

che il giudizio si svolga dinanzi ad un giudice privo di giurisdizione e debba poi procedersi alla cassazione della sentenza da parte della Suprema Corte. Esso ha funzione di economia processuale e non rappresenta un mezzo di impugnazione perché non riguarda una decisione resa da altro giudice, ma investe la Suprema Corte del potere di decidere sulla questione di giurisdizione.

Rappresentano tasselli fondamentali nella ricostruzione della giurisdizione gli articoli 37 c.p.c. e 9 c.p.a. in quanto il primo attribuisce al giudice civile di rilevare d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio il difetto della propria giurisdizione e il secondo prevede il potere di rilievo d'ufficio della carenza di giurisdizione del giudice amministrativo solo in primo grado.

4. L'eccezione del difetto di giurisdizione e l'abuso del processo: una strana connessione. Il divieto di proposizione di tale eccezione in appello da parte del ricorrente in primo grado soccombente nel merito nella giurisprudenza amministrativa.

Il quadro fornito dal legislatore tende ad assicurare, attraverso mezzi preventivi e postumi, che la controversia sia decisa dal giudice titolare della *potestas iudicandi* per legge.

Le prime pronunce dei giudici amministrativi sul difetto di giurisdizione affermano che la parte che ha fatto ricorso al giudice amministrativo, non può appellare la sentenza a lui sfavorevole ritenendo che il giudice da lui adito in primo grado non abbia giurisdizione. Tali pronunce sottolineano che a tale approdo ermeneutico si debba giungere, oltre che in ragione delle modificate regole processuali che governano la rilevazione del difetto di giurisdizione, anche in funzione del principio generale che vieta, anche in sede processuale, ogni condotta integrante l'abuso del processo ⁽²¹⁾ che, nella fattispecie, consisterebbe nell'intento op-

⁽²¹⁾ Così Cons. Stato, 7 febbraio 2012, n. 656 e Cons. Stato, 7 aprile 2014, n. 1630, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso critico, N. PAOLANTONIO, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, cit., secondo il quale è «il colmo ritenere ammissibile e di certo non abusivo il rimedio facoltativo in prime cure da chi dubiti della giurisdizione del giudice da esso stesso adito, e qualificare invece come

portunistico, perseguito tramite l'appello, di sottrarsi al giudice adito in primo grado che ha rigettato la domanda per tentare un esito più favorevole dinanzi ad un'altra giurisdizione.

La *ratio decidendi* posta alla base di queste prime decisioni dei giudici amministrativi è l'abuso del processo integrato dalla condotta dell'appellante che si pone in contrasto con il canone della buona fede oggettiva e con il principio di autoresponsabilità. Dunque per il giudice amministrativo non può trovare accoglimento il motivo di impugnazione con cui la parte ricorrente abbia messo in discussione la giurisdizione del T.A.R. da essa stessa adita, in quanto l'auto-eccezione del difetto di giurisdizione si pone in contrasto con il divieto di venire *contra factum proprium*, ossia tenere un comportamento contraddittorio rispetto alla precedente decisione di adire il giudice amministrativo, al fine di ribaltare l'esito negativo nel merito del giudizio ⁽²²⁾.

Tale condotta avrebbe come conseguenza quella di arrecare un irragionevole sacrificio alla controparte costretta a difendersi nell'ambito di un giudizio da incardinarsi davanti al nuovo giudice, che non trova una adeguata giustificazione nell'interesse dell'appellante, il quale ben potrebbe difendersi in sede di appello nel merito per ribaltare l'esito del giudizio, anziché eccepire il difetto di giurisdizione del giudice adito in modo strumentale per procurarsi una chance di esito favorevole dinanzi al giudice chiamato a definire la controversia, con inevitabile prolungamento della durata della definizione della controversia ⁽²³⁾. Il giudice

abusiva l'impugnazione della sentenza emessa dal giudice della cui giurisdizione si dubiti legittimamente, ossia in presenza di una sentenza che abbia erroneamente quanto implicitamente affermato la giurisdizione di quel giudice che la ha emessa».

⁽²²⁾ Diverso è il caso in cui l'eccezione viene presentata con memoria secondo Cons. Stato, 10 marzo 2011, n. 1537, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽²³⁾ Per S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1214, l'applicazione dell'abuso del processo al caso dell'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello non è persuasiva in quanto l'abuso del processo attiene a condotte lecite in quanto permesse dalle norme processuali, ma distorte nel fine, qui invece si assume che la proposizione dell'eccezione sarebbe in contrasto con il principio *venire contra factum proprium* e, dunque, sarebbe semmai una condotta processuale illecita e non abuso del processo. In secondo luogo per l'Autore il principio *venire contra*

amministrativo in queste pronunce, nel richiamare il concetto di abuso del processo, irrigidisce i limiti entro i quali è possibile contestare la spettanza della giurisdizione, facendo leva sul rispetto di principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo, di effettività e pienezza della tutela, del contraddittorio e della parità delle parti.

5. La questione al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione: ammissibilità e limiti della proposizione dell'eccezione di giurisdizione in appello.

Il tema è stato sottoposto anche alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite ⁽²⁴⁾ la quale, diversamente dal giudice amministrativo, in un primo momento ritiene ammissibile l'impugnazione per motivi di giurisdizione anche da parte di chi, avendo adito il giudice amministrativo, contesti poi la giurisdizione in appello. Secondo la Suprema Corte il limite all'ammissibilità dell'auto eccezione del difetto di giurisdizione è rappresentato dalla formazione del giudicato, implicito o esplicito.

Il ricorrente che ha adito la giurisdizione del giudice amministrativo in primo grado può rinnegarla tramite l'appello e tramite il ricorso in Cassazione, purché lo faccia in funzione di un interesse correlato alla posizione di merito. In altri termini il ricorso viene considerato ammissibile laddove il pentimento sia funzionale ad ottenere una statuizione favorevole nel merito. L'argomentazione che la Suprema Corte pone alla base di tale ragionamento consiste nella possibile diminuzione della soccombenza dell'appellante, nel senso che l'eventuale accoglimento dell'ap-

factum proprium, fondato sulla buona fede oggettiva, trova applicazione nei rapporti sostanziali e non in materia processuale dove sussiste la necessità di contingentare il tempo, per cui tale principio si esprime mediante preclusioni processuali stabilite da singole norme. Infine il difetto di giurisdizione in primo grado è rilevabile d'ufficio, quindi non può dirsi che la parte che ha adito un giudice privo di giurisdizione abbia dato causa alla invalidità della sentenza pronunciata da quel giudice.

⁽²⁴⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 27 dicembre, 2010, n. 26129; Cass., Sez. Un., 29 marzo 2011, n. 8097; Cass., Sez. Un., 27 luglio 2011, n. 16391; Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1006; Cass., Sez. Un., 20 maggio 2014, n. 11022, tutte in *Dejure.it*.

pello potrebbe far conseguire al ricorrente il risultato di proporre nuovamente la domanda giudiziale ad altro giudice di un diverso plesso giurisdizionale. La Cassazione, dunque, non ravvisa nella proposizione dell'eccezione del difetto di giurisdizione un uso distorto del mezzo processuale – integrante un abuso – bensì un uso corretto sorretto da reale interesse ad impugnare consistente nella *traslatio iudicii*. Inoltre l'appello con il quale far valere il difetto di giurisdizione è espressione del «diritto ad avere torto» che è ritenuto ammissibile in quanto, così come non esistono limiti soggettivi per proporre regolamento preventivo di giurisdizione, che ha funzione analoga alle impugnazioni per motivi di giurisdizione, così nessuna preclusione può ravvisarsi nell'eccezione del difetto di giurisdizione ⁽²⁵⁾.

Non mancano, tuttavia, alcune pronunce della Corte di Cassazione che riconoscono nel comportamento altalenante del ricorrente che contesti la giurisdizione, dopo aver adito il giudice amministrativo ed essere risultato soccombente nel merito, un abuso del processo ai sensi dell'art. 111 Cost. Diversamente dalle pronunce del giudice amministrativo, la Suprema Corte non sanziona l'abuso del processo con l'inammissibilità del gravame, bensì con la condanna alle spese ai sensi dell'art. 88 c.p.c. per violazione del dovere di lealtà e probità.

Successivamente la Suprema Corte a Sezioni Unite ⁽²⁶⁾ ha cambiato orientamento ritenendo l'impugnazione per difetto di giurisdizione da parte del ricorrente soccombente in primo grado ammissibile solo se giustificata, nel senso che chi propone il gravame deve motivare lo *jus poenitendi* e solo in questo caso l'appello viene considerato ammissibile. La Suprema Corte nega l'applicazione automatica dell'abuso del diritto in danno del ri-

⁽²⁵⁾ In tal senso in dottrina C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile nel processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, cit., 1293, secondo il quale l'esperimento dell'impugnazione ordinaria è proprio il solo mezzo per impedire la formazione del giudicato interno sulla questione di giurisdizione, per cui non ha ragione di essere la discriminazione rispetto ad un rimedio facoltativo come il regolamento preventivo di giurisdizione.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 19 giugno 2014, n. 13940, in *Dejure.it*.

corrente che censuri in appello il difetto di giurisdizione, ritenendo che non sia configurabile l'abuso sia perché l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in primo grado è stata coltivata dalle parti resistenti, il che vale a giustificare il ripensamento del ricorrente, sia perché nel ricorso di primo grado possono essere contestati altri aspetti oltre quello con cui si dubita della giurisdizione, il che giustifica l'aver adito il giudice amministrativo per proporre cumulativamente tutte le domande ed esclude la possibilità di configurare il ripensamento in sede di appello quale manifestazione di un abuso del processo.

In altri termini, per la Suprema Corte il giudice è chiamato a verificare caso per caso se le ragioni sottese al ripensamento siano idonee a giustificarlo. È considerato giustificato lo *jus poenitendi*, ad esempio, se vi è incertezza giurisprudenziale sul giudice munito di giurisdizione (27), oppure se l'impugnazione deriva da eccezioni sollevate dalla parte resistente, oppure in caso di complessità della materia del contendere. Non si può non rilevare come tale orientamento, se da un lato appare apprezzabile in quanto non ricorre ad un'applicazione automatica della clausola generale dell'abuso del processo, dall'altro mette in crisi la certezza del diritto e delle regole processuali, ivi compresa la previsione dettata dall'art. 9 c.p.a.

In questo complesso quadro giurisprudenziale, interviene nuovamente la Suprema Corte a Sezioni Unite (28) con la sentenza

(27) Così Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Dejure.it*.

(28) Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2016, n. 21260, in *Foro it.*, 2017, I, 966 ss., con note di G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le sezioni unite dall'abuso del processo al difetto di interesse ad appellare dell'attore soccombente nel merito*, di A. TRAVI, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, di F. AULETTA, *La Corte di cassazione afferma il principio di coerenza nella difesa della parte: non si può più contestare il potere del giudice dal quale si è già preteso (invano) di ottenere ragione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 793 ss.; di G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare, soccombenza ed acquiescenza*, in *Corr. giur.*, 2017, 257 ss.; di C. ASPRELLA, *Abuso del processo, cumulo di diritti connessi e impugnazione di rito del soccombente di merito*, di C. CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il "vecchio" rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inattività dell'inerziale richiamo della figu-*

n. 21260 del 2016 che ritiene inammissibile il ricorso in appello per eccepire il difetto del giudice adito in primo grado non già in base all'abuso del processo ma in base al principio della soccombenza. Per la Suprema Corte, infatti, il ricorrente che ha avuto una pronuncia sfavorevole nel merito da parte del giudice adito in primo grado, risulta soccombente rispetto al capo della sentenza che decide il merito, ma non rispetto al capo che decide sulla giurisdizione rispetto al quale è risultato vittorioso.

Diversa è, invece, la posizione del resistente vittorioso nel merito, il quale potrà impugnare la decisione per difetto di giurisdizione, in quanto rispetto a tale capo è risultato soccombente. Secondo la Corte, infatti, chi risulta vittorioso della controversia nel merito, sia ricorrente che resistente, non ha interesse ad impugnare per primo il capo della sentenza avendo interesse alla conservazione della pronuncia; se, viceversa, a seguito dell'appello sul merito da parte del soccombente, il vincitore ha interesse ad impugnare il capo relativo alla giurisdizione, rispetto al quale è risultato soccombente, potrà farlo mediante appello incidentale. Tale decisione, peraltro, secondo la Suprema Corte, non si porrebbe neppure in contrasto con il valore costituzionale del giudice precostituito per legge ai sensi dell'art. 25 Cost., né dell'ordine pubblico processuale che vieta deroghe rispetto al riparto di giurisdizione, dal momento che il principio del giudice naturale è pur sempre garantito dall'obbligo del giudice di procedere d'ufficio alla verifica della giurisdizione.

La Corte sottolinea, inoltre, che non c'è alcun contrasto tra l'inammissibilità dell'impugnazione con cui si eccepisce il difetto di giurisdizione e l'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, dal momento che tali rimedi hanno una funzione totalmente diversa; l'appello per difetto di giurisdizione è proposto dopo la decisione sul merito e costituisce un rimedio impugnatorio a carattere endoprocessuale; il regolamento preventivo di giurisdizione

zione precede la decisione sul merito, non ha carattere impugnatorio e comporta una pronuncia panprocessuale. Inoltre il regolamento preventivo ai sensi dell'art. 41 c.p.c., cui rinvia l'art. 10 c.p.a., è proponibile da «ciascuna parte» e garantisce il principio della ragionevole durata del processo in quanto dà la possibilità di evitare di adire giudici privi di giurisdizione e conseguenti prolungamenti inutili dei giudizi. Diversamente, l'inammissibilità dell'impugnazione per difetto di giurisdizione, impedisce all'appellante di perseguire l'utilità derivante dal ripensamento *secundum litis* e risponde alla configurazione della giurisdizione come risorsa a disposizione della collettività di cui occorre fare un uso razionale.

In dottrina tale orientamento è stato considerato alla base di una nuova concezione del sistema giurisdizionale, secondo cui ciò che conta è che vi sia una decisione resa da un soggetto terzo ed imparziale nel minor tempo possibile: non importa quale sia il giudice, l'importante è che ci sia. Se questa impostazione da una parte risponde ai principi di imparzialità, terzietà, statualità dell'organo giudicante, dall'altra finisce per svilire il principio del giudice naturale precostituito per legge ai sensi dell'art. 25 della Costituzione che, in quanto inviolabile, non dovrebbe mai essere disponibile per le parti.

Ciò in quanto, impendendo al ricorrente che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice di contestare il difetto di giurisdizione del giudice adito in appello, di fatto si finisce per rimettere alle parti l'individuazione del giudice munito di giurisdizione e non alla legge. Se l'attore o il ricorrente hanno scelto un giudice e la controparte non si è opposta tempestivamente, si verifica una fiducia nell'imparzialità e terzietà del giudice tale che un successivo ripensamento sarebbe inammissibile, in quanto frutto di strategie dilatorie e, per questo, definibili abusive.

6. L'intervento dell'Adunanza Plenaria sulla natura abusiva della contestazione della giurisdizione in appello.

In questo contesto interviene l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 28 luglio 2017 la quale conferma che «la

parte risultata vittoriosa di fronte al Tribunale amministrativo sul capo di domanda relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo», basando la sua decisione, sulla scia delle pronunce della Corte di Cassazione, non sul concetto di abuso del processo, bensì sul principio di soccombenza sostenendo che «la questione di giurisdizione costituisce un capo della pronuncia in ordine al quale si individua una parte vittoriosa e una soccombente. Di conseguenza vale il principio generale secondo il quale l'appello può essere proposto solo dalla parte soccombente in quanto la soccombenza del potere di impugnativa rappresenta l'antecedente necessario».

Con successive pronunce la giurisprudenza amministrativa torna all'impostazione iniziale sulla categoria dell'abuso del processo fondando la non legittimazione della parte che abbia adito la giurisdizione amministrativa con l'atto introduttivo del giudizio attraverso l'eccezione del difetto di giurisdizione su tre ragioni: i) perché tale condotta contraddittoria integra un abuso del diritto di difesa, dettato da mere ragioni opportunistiche e in contrasto con il dovere di cooperazione per la realizzazione della ragionevole durata del processo sancita dall'art. 2, comma 1 c.p.a. ⁽²⁹⁾; ii) perché manca la soccombenza dell'appellante sulla giurisdizione, posto che il giudice di primo grado ha ritenuto la propria giurisdizione sulla scorta della tesi del ricorrente in prime cure che si è rivolto al T.A.R.; iii) perché, stante l'esistenza di un rimedio tipico per dirimere in via definitiva ed immodificabile i dubbi sulla giurisdizione, ossia il regolamento preventivo di giurisdizione dinanzi Sezioni Unite della Cassazione, *ex art. 41 c.p.c.*, che, secondo la giurisprudenza può essere proposto anche dall'attore a fronte dell'altrui contestazione, il mancato utilizzo dello strumento processuale appositamente previsto per risolvere la questione pregiudiziale di giurisdizione prima che la causa sia decisa nel merito in primo grado, rende palese la strumentalità della sua riproposizione in appello da parte di colui che avrebbe

⁽²⁹⁾ Cons. Stato, 11 settembre 2024, n. 7533, in www.giustizia-amministrativa.it.

potuto farlo già in primo grado e che su tale questione non abbia nondimeno riportato alcuna soccombenza ⁽³⁰⁾.

Il giudice amministrativo in questi casi ha sottolineato che una simile impugnativa viola il generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto e che deve escludersi che il ricorrente possa venire *contra factum proprium* per ragioni meramente opportunistiche e che la tutela giurisdizionale venga in tal modo strumentalizzata per la protezione di un interesse sostanzialmente illegittimo. In tali ipotesi per il Consiglio di Stato l'iniziativa processuale del ricorrente si concretizza in un esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, in quanto le tesi giudiziali della ricorrente, espresse nelle censure formulate, collidono con il contegno dalla medesima tenuto in sede procedimentale, evidenziando una condotta contraddittoria e contraria a buona fede, dal che l'abuso dei mezzi processuali con la conseguente pronuncia di inammissibilità del gravame ⁽³¹⁾.

Diversa ovviamente è invece la posizione sul regolamento preventivo di giurisdizione ritenuto ammissibile, in quanto tale strumento è proponibile da ciascuna parte e, quindi, anche dall'attore o dal ricorrente nel giudizio di merito, essendo palese, in presenza di ragionevoli dubbi sui limiti esterni della giurisdizione del giudice adito, la sussistenza di un interesse concreto ed immediato ad una risoluzione della questione da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in via definitiva ed immodificabile, anche al fine di ottenere un giusto processo di durata ragionevole ⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Cons. Stato, 1 luglio 2024, n. 5783; Cons. Stato, Ad.Pl., 29 novembre 2021, n. 19; Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2017, n. 4; Cons. Stato, 7 marzo 2023, n. 2362; Cons. Stato, 6 maggio 2021, n. 3543, tutte in www.giustizia-amministrativa.it; e Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2016, n. 21260, in *Dejure.it*.

⁽³¹⁾ Cons. Stato, 4 novembre 2022, n. 9691 e 24 dicembre 2024, n. 10362, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽³²⁾ Cass., Sez. Un., 21 settembre 2006, n. 20504; Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2013, n. 24155; Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2013, n. 27990; Cass., Sez. Un., 10 febbraio 2017, n. 3557, in *Dejure.it*.

La giurisprudenza amministrativa, motiva tale decisione sulla sussistenza nel diritto processuale di uno specifico mezzo per porre questione di giurisdizione consistente nella proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione (*ex art. 10 c.p.a. e 41 c.p.c.*) proponibile anche da parte dell'attore ⁽³³⁾ e del ricorrente ⁽³⁴⁾, ma pur sempre a seguito di eccezione o contestazione della giurisdizione ad opera della controparte. Diversamente, l'eccezione di giurisdizione in appello formulata dal ricorrente che ha adito il giudice amministrativo è abusiva perché si traduce in un comportamento opportunistico in contrasto con il dovere di cooperazione per la realizzazione della ragionevole durata del processo ⁽³⁵⁾.

7. Il difetto di giurisdizione a presidio della prevenzione dell'abuso del processo: linee critico-evolutive e notazioni conclusive.

L'abuso del processo diviene, così, un istituto del diritto vivente, espressione di valori costituzionali che si pone quale canone di interpretazione delle norme processuali ⁽³⁶⁾ ovvero un argomento utilizzato dalla giurisprudenza per risolvere questioni problematiche ⁽³⁷⁾. La categoria dell'abuso del processo viene prescelta per perseguire l'interesse pubblico alla allocazione efficiente di una risorsa scarsa e conseguentemente elevata a strumento per la massimizzazione dell'utile generale della comunità ⁽³⁸⁾.

⁽³³⁾ Cass., Sez. Un., 22 aprile 2021, n.10742, in *Dejure.it*.

⁽³⁴⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽³⁵⁾ Cons. Stato, 7 marzo 2023, n. 2362; Cons. Stato, 14 dicembre 2022, n. 10946; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19; Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2017, n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽³⁶⁾ Così M.F. GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 445 ss.

⁽³⁷⁾ Così G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., 1266. Lo stesso Autore in *L'orizzonte degli eventi: quando l'interesse strumentale incontra l'abuso del processo (nota a TAR Lazio Sez. II Quater, 6 maggio 2020, n. 4742)*, cit., 1121 parla di lega retorica-rafforzativa dell'argomento del processo. Sul tema con riferimento all'abuso del diritto si veda anche A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in AA.VV., *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di V. VELLUZZI, Pisa, 2012, 176 ss.

⁽³⁸⁾ Così A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, cit., 24.

Nel processo civile il tema dell'abuso del processo in relazione al difetto di giurisdizione è stato risolto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. Riforma Cartabia), come modificato dalla l. 29 dicembre 2022, n. 197 ⁽³⁹⁾, che, traducendo in precetti normativi le conclusioni cui la giurisprudenza di legittimità, facendo leva sulla discussa nozione di giudicato implicito, era da tempo pervenuta in punto di rilevazione officiosa del difetto di giurisdizione (che il previgente art. 37 c.p.c. consentiva in ogni stato e grado del processo), ha previsto che: «il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo o dei giudici speciali è rilevato anche d'ufficio nel giudizio di primo grado. Nei giudizi di impugnazione può essere rilevato solo se oggetto di specifico motivo, ma l'attore non può impugnare la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui adito».

Come evidenziato anche dalla Relazione illustrativa al d.lgs. n.149/2022, alla base di tale scelta legislativa viene posto il principio di autoreponsabilità, in virtù del quale l'attore, dopo avere individuato la giurisdizione davanti alla quale radicare la causa, non può poi più andare in contrasto con la sua scelta ⁽⁴⁰⁾. L'attore non è titolare di alcuna situazione (processuale) protetta che gli consenta di lamentarsi di vizi processuali a lui imputabili: può, dunque, certamente segnalare al giudice l'opportunità di una verifica d'ufficio quanto alla sussistenza della giurisdizione, ma non è legittimato a impugnare la sentenza qualora il giudice ignori la sua segnalazione o la disattenda, confermando la propria *potestas iudicandi* ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Ai sensi dell'art. 35, comma 1 del d.lgs. n. 149/2022 "Le disposizioni del presente decreto, salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti".

⁽⁴⁰⁾ Così P. BIAVATI, *L'architettura della riforma nel processo civile*, Bologna, 2021, 16; F.P. LUISSO, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2023, 5.

⁽⁴¹⁾ Non manca chi, AA.Vv., *Diritto processuale civile*, a cura di G. RUFFINI, Bologna, 2023, 376 ritiene che «letteralmente intesa [...], la norma crea una inaccettabile disparità di trattamento tra l'attore e il convenuto, laddove entrambi abbiano chiesto al giudice adito una pronuncia nel merito del rapporto giuridico controverso. Davvero non

Si è dunque ricondotta la problematica nei canoni della riserva di legge costituzionale introducendo una previsione con la quale è stato espressamente vietato all'attore di impugnare la sentenza per difetto di giurisdizione del giudice da lui adito, senza scomodare, dunque, l'istituto dell'abuso del processo.

Ricostruito il quadro che pone il difetto di giurisdizione a presidio della prevenzione dell'abuso del processo occorre chiedersi quale sia il risultato derivante dalle pronunce di inammissibilità. Se, infatti, dal punto di vista concettuale, l'impostazione data al problema appare condivisibile, sul piano concreto occorre verificare quali siano le conseguenze derivanti da una decisione di inammissibilità dell'azione basata sull'abuso del processo, che si tenterà di esaminare svolgendo alcune riflessioni.

In primo luogo è necessario che le norme, anche se di ordine processuale, siano inquadrate in un ordinamento multilivello e, sotto tale profilo, il ricorso all'abuso del processo rispetto al difetto di giurisdizione così contestualizzato presenta delle criticità.

Non sembra corretto il richiamo all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, che, come noto, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati, tanto è vero che il ricorso a tale previsione è rimasto abbastanza isolato. Ciò in quanto l'elaborazione del divieto dell'abuso del diritto nella Carta fondamentale viene letta in un'ottica di prevenzione dell'uso strumentale di posizioni soggettive concernenti diritti e libertà economiche che attentano al mercato⁽⁴²⁾, per cui ci si trova di fronte all'esercizio di un diritto che deve essere in gra-

si comprende, infatti, perché al convenuto che in via principale abbia chiesto al giudice adito di pronunciare sulla domanda avversaria, rigettandola nel merito, debba essere consentito di impugnare per difetto di giurisdizione la sentenza che accolga nel merito la domanda stessa; quando invece all'attore che nel corso del giudizio di primo grado abbia contestato la giurisdizione del giudice adito non è invece consentito impugnare per difetto di giurisdizione la sentenza che abbia rigettato nel merito la domanda dallo stesso proposta».

⁽⁴²⁾ G. B. PETTI, *La Costituzione europea e la tutela civile dei diritti umani: commento con dottrina e giurisprudenza*, Rimini, 2006, 551.

do o di determinare la distruzione dei diritti e delle libertà previste nel catalogo della Carta, o comunque di circoscriverne la portata e, dunque, fa riferimento ad un abuso *per relationem*, a fronte di un diverso diritto che risulti compresso da tale abusivo esercizio. In altri termini, si tratta di una nozione di abuso del diritto in senso stretto che non si presta ad essere ricondotta alla nozione di abuso del processo ricostruita dalla giurisprudenza.

Dal punto di vista eurounitario la decisione di inammissibilità dell'azione non sembra in linea con il principio, sancito dall'art. 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e dall'art. 111 Cost., di parità delle armi ed equo processo, di fronte ai quali non regge la scelta di dichiarare inammissibile o meno l'impugnativa sul difetto di giurisdizione a seconda che sia proposta dall'appellante soccombente nel merito o dall'appellato vittorioso nel merito con appello incidentale, ritenendo nel primo caso che l'uso dell'impugnativa sia distorto essendo lo *jus poenitendi contra factum ius*, mentre nel secondo caso non sia espressione dell'abuso del processo. Anche l'appellato, infatti, pur non avendo eccepito in primo grado il difetto di giurisdizione, potrebbe avvalersene in modo distorto tramite l'appello incidentale, perché teme che la sentenza possa essere riformata in secondo grado.

Quindi l'inammissibilità dell'appello da parte del ricorrente in primo grado potrebbe essere violativa del principio di parità delle armi previsto dall'art 6 della Convenzione, dato che sia la parte resistente, sia il controinteressato si trovano a beneficiare di una posizione processuale favorevole, potendo scegliere se eccepire il difetto di giurisdizione in primo grado, ovvero di farlo, ai sensi dell'art. 9 c.p.a., nell'ambito del giudizio di appello impugnando la sentenza di primo grado che abbia definito il giudizio in modo ad essi sfavorevole. Ne derivano una alterazione del principio di parità ed una sperequazione tra le parti in merito ai poteri di iniziativa processuale: alla parte che non abbia eccepito il difetto di giurisdizione in primo grado, condividendo implicitamente la scelta del ricorrente, si consente di avere un ripensamento ed eccepire il difetto di giurisdizione in appello; diversamente,

al ricorrente non si riconosce la possibilità di un ripensamento, indipendentemente dalle ragioni per le quali abbia inteso adire un certo giudice.

D'altra parte se non si vuole scomodare il diritto eurounitario, sia sufficiente considerare che il processo amministrativo, attuando i principi della parità delle parti, del contraddittorio, del giusto processo previsto dall'art. 111, comma 1 Cost., chiarisce che il processo è «giusto» se assicura la parità delle parti e il contraddittorio e, dunque, si rischia che l'inammissibilità del ricorso in appello per difetto di giurisdizione da parte del soccombente nel merito, nel nome del giusto processo e della sua celerità, finisca per travolgere la parità delle parti. Diverso è il caso del regolamento preventivo di giurisdizione che, invece, rispecchia pienamente tale principio europeo, in quanto consente indistintamente ad entrambe le parti di proporre, prima ancora che la causa venga decisa nel merito, la questione di giurisdizione.

Dal punto di vista più strettamente nazionale, l'impressione è che la nozione di abuso del processo, nata in un contesto diverso più collegata al diritto sostanziale (si pensi alle ricordate ipotesi di abuso in caso frazionamento del credito, di abuso nel caso di azioni esecutive finalizzate ad ottenere soddisfazione per cifre minime, o la proposizione di distinte domande di indennizzo) sia un po' stretta con riferimento al tema della giurisdizione.

In primo luogo sotto il profilo della garanzia del giudice naturale, nel senso che, in assenza di rilievo d'ufficio e di eccezione del difetto di giurisdizione, un giudice privo di giurisdizione si trova a decidere la controversia nel merito rigettando la domanda del ricorrente che non potrà proporre appello in quanto vittorioso sul capo della giurisdizione. Di contro, il resistente non avrà alcun interesse a contestare il difetto di giurisdizione in quanto portato a conservare la sentenza in cui è risultato vittorioso, con la conseguenza che il giudice, seppure privo di giurisdizione, con il passaggio in giudicato del capo relativo alla giurisdizione, decide la controversia ed è stato individuato di fatto dalla condotta delle parti e non dal giudice né dalla legge.

In un secondo luogo la dichiarazione di inammissibilità in ragione dell'abuso non è in linea neppure con l'efficienza del processo, dal momento che la parte che abbia una perplessità sulla giurisdizione, in ragione degli stringenti termini di decadenza, si vede costretta a proporre l'azione dinanzi al giudice amministrativo in funzione di una futura *traslatio iudicii* ed è altresì costretta, nella consapevolezza di non poter avere alcun ripensamento, a sollevare, nel dubbio, regolamento preventivo di giurisdizione con la conseguenza di ingolfare la Corte di Cassazione, in violazione dei principi di celerità dei giudizi e di effettività della tutela giurisdizionale che rimarrebbero non garantiti. Nell'ipotesi in cui, poi, il regolamento di giurisdizione venisse dichiarato inammissibile, il ricorrente rimarrebbe privo di tutela.

In terzo luogo, con riferimento alla diversità di tutela dinanzi al giudice amministrativo e dinanzi al giudice civile, permane la differenza tra le due giurisdizioni in quanto la Cassazione conserva l'orientamento secondo cui l'abuso del processo integrato dall'appello per difetto di giurisdizione non debba essere sanzionato con l'inammissibilità, come ritiene il giudice amministrativo, bensì con la condanna alle spese per violazione dell'art. 88 c.p.c., ovvero per lite temeraria *ex art. 96 c.p.c.* (43). La tesi si basa sulla necessità di esaminare nel merito qualsiasi domanda, non potendo il giudice non provvedere sulla sua fondatezza, non

(43) Sul punto la letteratura non è univoca: a favore della tesi secondo cui l'abuso sia perseguibile e in qualche modo sanzionabile secondo il regime della responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c. a prescindere dalla soccombenza P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 348; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 879. In senso contrario N. PAOLANTONIO, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, cit., secondo il quale «se anche si consenta che l'art. 92 possa costituire una leva per colpire l'abuso — si badi bene, sempre in funzione risarcitoria, non sanzionatoria, e quindi in presenza di tutti i presupposti ad hoc, in punto di domanda di parte, di prova del danno, di nesso di causalità e di elemento soggettivo — mi pare difficile condividere la lettura di una applicazione ampia dell'art. 96, cui faccia da pendant, nel processo amministrativo, l'art. 26 del codice»; secondo l'A., in relazione alla previsione sulla lite temeraria, la tesi non è convincente in punto di irrilevanza dell'elemento soggettivo e proprio alla luce dell'esame della abbondante giurisprudenza pratica formatasi sul terzo comma dell'art. 96 c.p.c.

solo in quanto nessuna domanda può considerarsi abusiva se non è infondata, ma anche perché sarebbe contrario al principio di legalità che il giudice possa evitare di analizzare nel merito una istanza solo in quanto ritenuta, a suo parere, abusiva ⁽⁴⁴⁾.

Tale impostazione, se trova conforto nella disciplina del regolamento preventivo di giurisdizione, non altrettanto sembra fare nell'art. 9 c.p.a. secondo il quale nei giudizi di impugnazione il difetto di giurisdizione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione. Il Codice del processo vieta al giudice di secondo grado di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, ma gli impone di farlo quando la sentenza di primo grado è stata impugnata con specifico motivo che investe la giurisdizione e non distingue tra le parti, per cui ogni parte ai sensi dell'art. 9 c.p.a. può impugnare la sentenza per difetto di giurisdizione. La decisione dell'inammissibilità del gravame quando proposto dal ricorrente soccombente, allora, sembra entrare in conflitto con la previsione dell'art. 9 c.p.a., conflitto che viene superato facendo ricorso al principio dell'abuso del processo. Detto contrasto non ricorre se si basa l'inammissibilità del gravame da parte del ricorrente sul principio della soccombenza, senza scomodare l'abuso del processo, dal momento che il ricorrente soccombente nel merito è risultato vittorioso sulla questione di giurisdizione, in base ad una pronuncia implicita o esplicita, e, pertanto, la contestazione della giurisdizione in appello da parte di chi aveva adito il giudice amministrativo in primo grado sarebbe inammissibile in quanto difetta del presupposto della soccombenza.

(44) Cfr. Cass., Sez. Un., 3 novembre 1986, n. 6420, in *Dejure.it*. In dottrina sul punto si veda G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Judicium.it*, secondo il quale per sanzionare le ipotesi nelle quali il difensore esorbiti dai limiti del proprio ruolo e ponga in essere atti che mirino al raggiungimento di scopi devianti tali da ritenersi in contrasto con il dovere di lealtà e probità, sono sufficienti gli artt. 88, 89, 91 e 96 c.p.c., mentre non è di alcuna utilità introdurre un nuovo concetto quale quello di «abuso del processo», né è pensabile che il giudice possa esonerarsi dal pronunciare nel merito rilevando solo l'utilizzazione deviata dello strumento processuale.

A riequilibrare il rapporto tra i due processi, potrebbe soccorrere la previsione dettata dall'art. 26 c.p.a. la quale, al secondo comma, prevede l'applicazione di una sanzione pecuniaria e non sanzioni che colpiscono la decisione della controversia e/o atti di iniziativa processuale «in presenza di motivi manifestamente infondati», cui, seppure in modo forzato, possono ricondursi le ipotesi di abuso del diritto⁽⁴⁵⁾. In questo modo la condotta processuale distorta dall'uso per il quale è prevista dalla legge, sarebbe sanzionata non con la inammissibilità dell'azione, bensì con la individuazione di una adeguata sanzione che colpirebbe il comportamento tenuto dal difensore e, quindi, dalla parte. L'unico rischio è che possa farsi confusione tra l'aggravamento delle spese previsto in caso di lite temeraria dall'art. 26, comma 1 c.p.a. e la condanna alla sanzione pecuniaria, di cui al secondo comma con una iniqua duplicazione delle sanzioni.

L'ultima riflessione consiste, in realtà, in un quesito al quale è difficile dare una risposta e cioè se attraverso il ricorso all'abuso del processo, nelle sue diverse applicazioni pratiche costruite dalla giurisprudenza, si violi o meno l'insindacabilità delle scelte giudiziarie. Si tratta di un tema che l'Adunanza Plenaria n. 3/2011 si è posta con riferimento alla giurisprudenza della Cassazione ritenendo che quest'ultima tende ad un graduale ma chiaro superamento di tale insindacabilità essendo «propensa a sanzionare le condotte processualmente scorrette con gli strumenti del divieto dell'abuso del diritto, della clausola della buona fede e dell'*exceptio doli generalis*». Resta da chiarire quale sia il limite tra la qualificazione di una condotta processuale come abuso processuale e la libertà che dovrebbe permeare il processo che è sempre stato visto come strumento di libertà.

L'abuso del processo diviene uno strumento per fronteggiare una crisi emergenziale del sistema giustizia, facendo però assurgere il diritto giurisprudenziale tra le fonti del diritto.

⁽⁴⁵⁾ Così F.G. SCOCA, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1414 ss.

La disciplina processualcivilistica ha risolto la problematica mediante la Riforma Cartabia che, diversamente dal passato, ha introdotto espressamente nel codice una norma che vieta all'attore l'impugnazione per difetto di giurisdizione della sentenza del giudice da lui stesso adito. Alla luce di tale riforma, la giurisprudenza, nata in assenza di una disciplina specifica sul difetto di giurisdizione, non può non fare i conti con tale previsione, in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a., per cui l'orientamento giurisprudenziale che fondava l'inammissibilità sull'abuso del processo, se già destava alcune perplessità sopra ricordate, oggi potrebbe ancor di più esigere un ripensamento sul ricorso a tale nozione per fondare la mancata legittimazione a sollevare questioni di giurisdizione.

Non si deve dimenticare che il diritto di azione è presidiato dall'art. 24 della Costituzione e che, invece, non vi è alcuna previsione che norma il suo abuso ⁽⁴⁶⁾. L'abuso investe l'esercizio di un diritto fondamentale, quale il diritto di azione, che si trova ad essere bilanciato con un principio altrettanto fondamentale, espressione di un interesse pubblico, quale il giusto processo che al suo interno comprende non solo la ragionevole durata e l'uso efficiente delle risorse scarse, ma anche principi quali l'effettività della tutela giurisdizionale, la parità delle parti, l'imparzialità e la terzietà del giudice.

Non è semplice trovare un equilibrio tra l'esigenza della validità formale degli atti processuali da cui dipende la certezza del diritto e l'esigenza morale di introdurre all'interno del processo principi che si pongono al di sopra delle forme, come ad esempio la tutela della buona fede, la ragionevole durata del processo e il processo efficiente che è un super interesse pubblico. L'abuso del processo rende le norme processuali sempre più deboli e cedevoli, con il rischio di mettere in crisi la legalità, dal che sorge la necessità di evitare l'abuso dell'abuso del processo ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai "cavalieri dell'apocalisse"*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 110 ss.

⁽⁴⁷⁾ Per riflessioni sul tema si veda G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., 2015, 1323 ss.

Si entra nel complesso e delicato problema della riserva di legge processuale, che da alcuni viene intesa in modo rigido per cui è la legge che deve regolare il processo in virtù della riserva di legge processuale dettata dall'art. 111 Cost. che è tale anche con riguardo al principio della ragionevole durata del processo, nonché con riferimento alla tipicità della tutela di cui all'art. 113 Cost. ⁽⁴⁸⁾; da altri, invece, viene intesa in modo non così rigido tale da reprimere ogni margine di discrezionalità giudiziale ⁽⁴⁹⁾.

Il sistema delle sanzioni approntato dal codice di procedura civile dagli artt. 88, 90, 91, 92 e 96 c.p.c. come anche quello dettato dall'art. 26 c.p.a., non appare sufficiente a garantire la tutela rispetto a condotte processuali definibili come abusive, soprattutto perché le conseguenze dell'illecito gravano sulla parte quando la scelta processuale viene compiuta dal difensore e la *denegatio actionis* finisce per colpire la parte per una scelta tecnica del difensore, a meno che non si estenda la responsabilità dell'illecito professionale a quest'ultimo.

Vi è da chiedersi dunque, *de jure condendo*, se i tempi non siano maturi per introdurre una nuova norma che sanzioni l'abuso del processo e consenta al giudice di non provvedere sul merito delle domande con riferimento ad azioni o difese processuali distorte e non meritevoli, ovvero che disciplini la fattispecie del difetto di giurisdizione, come avvenuto nel processo civile, con una norma precisa, trasparente, non discriminatoria.

Salvatore Satta nel "Mistero del processo" ⁽⁵⁰⁾, riferendosi al tema dell'abuso del diritto parlava di «rivolta del diritto contro il diritto» un punto dove il giurista si ferma nel suo cammino, sentendo di aver toccato il fondo della caduta. Parafrasando queste parole con riferimento all'abuso del processo, si corre il rischio di cadere nella «rivolta del processo contro il processo».

⁽⁴⁸⁾ Così G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., 107, con richiamo anche al lavoro più ampio sulla rilevanza dei principi processuali e sul loro uso di G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. F. MERUSI, *Su giusto processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2011, 1353 ss.; G. SORRENTI, *Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 807 ss.

⁽⁵⁰⁾ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 120.

ABSTRACT: La questione dell'abuso del processo richiama quella più generale dell'abuso del diritto e viene considerata come una sua proiezione o articolazione, ravvisabile quando un soggetto sfrutta un potere conferitogli per perseguire obiettivi ulteriori o diversi da quelli riconosciuti a quell'atto dal legislatore. La nozione di abuso del processo non è disciplinata da una fonte normativa specifica ed espressa ed è il frutto della elaborazione giurisprudenziale che la riconduce ad un complesso di clausole generali, di principi e norme costituzionali ed eurolunitarie. Il tema dell'abuso del processo e del difetto di giurisdizione si innesta nel dibattito generale sulla categoria dell'abuso del processo ed ha destato l'attenzione della giurisprudenza che ha contribuito in modo determinante al suo sviluppo. L'opera della giurisprudenza risulta fondamentale nella ricostruzione di questo fenomeno e l'orientamento che si è consolidato ritiene che la parte che ha fatto ricorso al giudice amministrativo da lui adito non è legittimata ad appellare la sentenza a lui sfavorevole in punto di giurisdizione, rinvenendo la *ratio decidendi* nell'abuso del processo integrato dalla condotta dell'appellante che si pone in contrasto con il canone della buona fede oggettiva e con il principio di autoresponsabilità. Tale impostazione del problema, se dal punto di vista concettuale appare condivisibile, sul piano concreto espone la decisione di inammissibilità basata sull'abuso del processo a qualche perplessità. Sotto il profilo eurolunitario, la decisione di dichiarare inammissibile o meno l'impugnativa sul difetto di giurisdizione a seconda che sia proposta dall'appellante soccombente nel merito o dall'appellato vittorioso nel merito con appello incidentale, non sembra in linea con il principio sancito dall'art. 6 della CEDU di parità delle armi ed equo processo. A livello nazionale la dichiarazione di inammissibilità in ragione dell'abuso del processo non appare in linea con il principio costituzionale del giudice pre-costituito per legge, in quanto lascia alle parti la scelta sulla giurisdizione da adire, né con l'efficienza del processo, dal momento che costringe la parte che abbia una perplessità sulla giurisdizione a proporre l'azione dinanzi al giudice amministrativo nei termini decadenziali in funzione di una eventuale *traslatio iudicii*. Infine l'abuso del processo, quale uno strumento per fronteggiare una crisi emergenziale del sistema giustizia, fa assurgere il diritto giurisprudenziale tra le fonti del diritto. Nel processo civile la questione è stata risolta dalla Riforma Cartabia che ha codificato l'orientamento giurisprudenziale nell'art. 37 c.p.c., il tema resta, invece, aperto nel processo amministrativo. *De jure condendo* vi è da chiedersi se i tempi non siano maturi per introdurre una nuova norma che sanzioni l'abuso del processo e consenta al giudice di non provvedere sul merito delle domande, con riferimento ad azioni o difese processuali distorte e non meritevoli, ovvero che disciplini la fattispecie del difetto di giurisdizione, come avvenuto nel processo civile, con una norma precisa, trasparente, non discriminatoria.

ABSTRACT: *The issue of abuse of process recalls the more general issue of abuse of rights and is considered a projection or extension of that term, occurring when a party exploits a power conferred upon them to pursue objectives other than or different from those recognized by the legislature. The concept of «abuse of process» is not governed by a specific and express legal source and is the result of the jurisprudence of the Court of Cassation and the Council of State. The issue of abuse of process and lack of jurisdiction is part of the general debate on the category of abuse of process*

and has attracted the attention of case law, which has contributed significantly to its development. The jurisprudence of the Court of Cassation and the administrative courts is crucial in reconstructing this phenomenon. The party who appealed to the administrative court before which it was seized is not entitled to appeal the ruling unfavorable to it, holding that the court seized in the first instance lacks jurisdiction: the rationale for this finding lies in the appellant's abuse of process. This approach to the problem, leaves the decision of inadmissibility based on abuse of process open to some doubts. From a European perspective, the decision to declare an appeal inadmissible or inadmissible based on whether it is filed by the appellant who loses on the merits or by the respondent who wins on the merits with a cross-appeal does not appear to be consistent with the principle of equality of arms and a fair trial enshrined in Article 6 of the ECHR and Article 111 of the Constitution. At the national level, the declaration of inadmissibility based on abuse does not appear to be consistent with the constitutional principle of a pre-established jurisdiction, leaving the parties free to choose which jurisdiction to appeal to. In civil proceedings, the issue was resolved by the Cartabia Reform, which codified the jurisprudence in Article 37 of the Code of Civil Procedure. However, the issue remains open in administrative proceedings. De jure condendo, one must ask whether the time is ripe to introduce a new rule that penalizes abuse of process and allows the judge to dismiss the merits of claims, with reference to distorted and unmeritorious actions or defenses, or that regulates the case of lack of jurisdiction, as occurred in civil proceedings, with a precise, transparent, and non-discriminatory rule.