

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE*REVIEWING THE PRINCIPLE LOSER PAYS ACCORDING
TO THE EFFET UTILE**Abstract*

According to a centuries-old tradition, judges may derogate from the strict application of the principle of loser pays (victus victori) for reasons of fairness and equanimity. In recent years (2005, 2009, 2014), the national legislator has intervened three times to adjust the rule (art. 92 Code of Civil Procedure) through which the principle of loser pays is expressed in practice. The continuous interventions of the legislator have gradually reduced the discretionary power of the judge to compensate expenses for reasons of equity to the point of eliminating it. This is deliberately in order to reduce civil actions. It seems absolutely regrettable. It is more so with regard to judicial review of administrative action, governed by that same discipline of the civil proceedings (art. 26 Code of Administrative Procedure), albeit here the individual who acts in court also protects a collective interest for the defence of objective legality. There are, however, several reasons for doubting that the rigorous application of the principle of loser pays is sufficiently adequate to pursue the EU's effectiveness standard. This makes it necessary to review the national procedure law in a sense that complies with Community principles and standards and, if necessary, also its non-application by contrast with them.

703

Keywords: Litigation Costs - Loser Pays - Judicial Review - EU's Effectiveness - Procedural Autonomy

SOMMARIO: 1. L'*effet utile* della norma UE (alcune notazioni di sintesi). — 2. Il principio di soccombenza. — 3. La sua concreta applicazione nel processo civile. — 4. La sua declinazione nel processo amministrativo. — 5. I *protective costs orders*. — 6. La conformazione della disciplina processuale della soccombenza all'effetto utile dell'effetto diretto. — 7. I tributi giudiziari. — 8. La ragionevolezza e la proporzionalità.

1. Si vuole qui affrontare un tema antico (il principio *victus victori*) in una prospettiva nuova (l'*effet utile* della norma UE).

Da qua — dall'effetto utile dell'effetto diretto della norma europea di diritto sostanziale nella sua relazione con l'autonomia procedurale degli Stati membri — bisogna, dunque, iniziare.

Non vi è dubbio che — in questa fase del continuo fluire del processo di unificazione degli ordinamenti nazionali (art. 1 TUE) — nelle materie

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

di competenza comunitaria, la norma sostanziale è sovranazionale, ma il procedimento amministrativo e, per quanto qui d'interesse, il processo sulle situazioni giuridiche soggettive definite dalla norma UE sono disciplinati dalla norma nazionale ¹.

Questa relazione (tra norma europea sostanziale e norma nazionale processuale) è ciò che si definisce comunemente con il termine di autonomia processuale degli Stati membri ².

Nondimeno, vi è indubitabilmente un condizionamento (forte) della norma UE di diritto sostanziale sulla norma nazionale di diritto processuale ³.

Già nella XIX Dichiarazione allegata al Trattato di Maastricht si legge, infatti, che “la Conferenza — pur riconoscendo che spetta a

704

¹ Quantunque l'Unione Europea abbia “competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri [nella] cooperazione amministrativa” (art. 6 TFUE), e sebbene il Trattato di Lisbona abbia inserito una specifica disposizione sulla “cooperazione amministrativa” a specificare che “L'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune” (art. 197 TFUE), la disciplina del procedimento amministrativo nazionale e del processo sulle situazioni giuridiche soggettive UE in esso coinvolte è a tutt'oggi di competenza esclusiva degli Stati membri.

² Il principio dell'autonomia procedurale è enunciato nella sentenza *Deutsche Milchkontor*, con la quale la Corte di giustizia affermò che “Conformemente ai principi generali su cui si basa il sistema istituzionale della Comunità e che disciplinano i rapporti fra la Comunità e gli Stati membri, spetta a questi, in forza dell'art. [5 TUE], garantire sul loro territorio l'attuazione della normativa comunitaria [quindi] Qualora il diritto comunitario, ivi compresi i principi generali dello stesso, non contenga in proposito norme comuni, le autorità nazionali, per attuare la norma comunitaria, agiscono applicando i criteri di forma e di sostanza del loro diritto nazionale [ma] tale principio va temperato con l'esigenza di uniforme applicazione del diritto comunitario” (C. giust. CE, 21 settembre 1983, causa 205/82).

³ M.P. CATTI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto nazionale ed europeo: come custodire i custodi dall'abuso del diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 745, afferma al proposito che “dal tempo (1991) in cui il Consiglio di Stato iniziò ad utilizzare la procedura di rinvio [...] si sono infittite le ordinanze di remissione alla Corte di giustizia, evidenziando progressivamente una serie di frizioni tra le norme processuali nazionali e le regole dell'Unione europea, che la Corte ha finora risolto sinora in modo incrementale senza un coerente disegno complessivo”, e sostiene per di più l'esistenza di una “ambiguità — che il Trattato di Lisbona ha rafforzato — tra il principio dell'autonomia procedurale e processuale degli Stati membri e quello del loro impegno incondizionato a stabilire « i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione » [...]”. In realtà, i continui interventi della Corte di giustizia intesi a delimitare, in concreto, i residui ambiti di autonomia procedurale/processuale sono tutt'altro che ambigui e si leggono in una logica di piena coerenza (e di prevedibilità, dunque) nella declinazione di una competenza procedurale funzionalizzata al principio dell'*effet utile*: dovendosi, in questo senso, l'iniziativa del soggetto che agisce in giudizio a tutela della propria situazione giuridica soggettiva funzionalizzare all'effettività della norma europea di diritto sostanziale, alla stregua del principio affermato per la prima volta dalla celeberrima sentenza *Gend & Loos* del 1963.

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

ciascuno Stato membro stabilire quale sia il modo migliore di applicare le disposizioni del diritto comunitario, tenuto conto delle istituzioni, del sistema giuridico e delle altre condizioni che gli sono proprie, ma comunque nel rispetto dell'art. [288 TFUE] — reputa essenziale, per il buon funzionamento della Comunità, che le misure adottate nei vari Stati membri assicurino che il diritto comunitario sia in essi applicato con altrettanta efficacia e rigore del diritto nazionale". E, ora, il Trattato di Lisbona afferma perentoriamente che "L'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune" (art. 197 TFUE), in tal modo rendendo ancora più cogenti gli effetti conformativi degli obiettivi comunitari sull'autonomia procedurale ⁴.

Evidentemente, ogni singolo ordinamento nazionale risponde in modo differente al problema della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive, ma uniforme è (deve essere) il risultato: l'effetto utile dell'effetto diretto della norma comunitaria ⁵. Bisogna, invero, evitare che "[...] *for the sake of legal stability, formal justice may outweigh substantive fairness*" ⁶.

705

Sicché, la c.d. autonomia processuale degli Stati membri scolora in una più stringente competenza processuale funzionalizzata ⁷.

Invero, se innegabilmente compete al legislatore nazionale di disciplinare il proprio processo, nondimeno quel suo residuo di sovranità è massicciamente condizionato dai principi *Rewe* di equivalenza e di effet-

⁴ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1175 ss.

⁵ L'espressione si deve a J. MERTENS DE WILMARS, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in *Cahiers de droit européen*, 1981, 381.

⁶ Così F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *CMLR*, 2007, 1044, il quale afferma altresì che "The specific impact of the effectiveness principle in the area of administrative and judicial application of Community law (effectiveness in a narrow sense) is the prohibition of procedural rules (such as the need for application, time limits, provisions about finality and the possibility to challenge an individual administrative decision, burden of proof) rendering the application of Community law within the domestic sphere virtually impossible".

⁷ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, *Studio sulla c.d. autonomia procedurale ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009.

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

tività⁸, oltreché dal principio di tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta di Nizza⁹.

In effetti, anche là dove non vi sia una norma comunitaria a disciplinare il processo (com'è per gli appalti pubblici), non vi è, comunque, mai uno spazio di libera determinazione degli Stati membri, ciò che appunto indurrebbe a immaginare l'ingannevole richiamo a una c.d. autonomia procedurale/processuale degli stessi¹⁰.

Il processo nazionale, ogniquale volta siano in esso coinvolte situazioni giuridiche definite da una norma UE, è, infatti, massivamente conformato alla necessità ineludibile di consentire alla norma comunitaria di diritto sostanziale di dispiegare i suoi effetti in modo uniforme in tutti gli Stati membri, che pure operano all'interno di realtà processuali assolutamente differenti.

Non vi è, però, un "primato processuale"¹¹.

Ordinariamente, nella disciplina del processo amministrativo, né l'effetto diretto né il principio del primato entrano in rapporto diretto

706

⁸ C. giust. CE, 16 dicembre 1976, causa 22/76, Rewe.

⁹ B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in L. DE LUCIA-B. MARCHETTI (a cura di) *L'Amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 202, precisa che "In qualche caso gli innesti procedurali sovranazionali hanno avuto un impatto sovversivo molto rilevante, anche in ragione delle diverse tradizioni giuridiche dei Paesi che ne erano interessati, in altri casi sono penetrati senza traumi nei tessuti procedurali nazionali, in virtù di una maggiore comunanza di soluzioni e istituti".

¹⁰ E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2008, 447 ss., afferma che "Nel determinare gli effetti del diritto comunitario sui sistemi processuali nazionali, la giurisprudenza della Corte di giustizia si è ispirata variamente a due concezioni difficilmente conciliabili fra loro. Da un lato, essa ha costantemente affermato il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri. Secondo tale principio, in assenza di disposizioni di armonizzazione, la realizzazione di posizioni soggettive comunitarie va assicurata nel quadro degli strumenti processuali di garanzia di ciascun ordinamento nazionale. D'altro lato, in talune pronunce assai conosciute, la Corte ha ritenuto che la salvaguardia dei principi del primato e degli effetti diretti del diritto comunitario implica la necessità di disapplicare istituti processuali nazionali suscettibili di interferire con norme comunitarie e ostacolarne l'effettività".

¹¹ Non si può convenire con chi ritiene di ritrarre dalla giurisprudenza della Corte di giustizia il principio del "primato processuale" (S. CIVITARESE MATTEUCCI-G. GIARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 21), volendosi in tal modo sostenere che il primato sostanziale delle norme europee finirebbe altresì con il conformare (oltre che le norme materiali) le regole processuali nazionali di attuazione del diritto comunitario, perché in realtà, quale che sia l'enfasi che si voglia impiegare per descrivere il *case law* comunitario, non si può mai giungere alla negazione dell'autonomia procedurale, che costituisce, anzitutto, un non negoziabile principio costitutivo dell'ordinamento comunitario, e, dunque, non vi è una *primauté*, per così dire, trasversale della norma UE sostanziale sulla norma nazionale processuale.

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

con l'autonomia procedurale. Quei principi rilevano nelle sole (eccezionali) ipotesi di un intervento di armonizzazione dell'Unione Europea sul processo, agli effetti di quanto consentito dagli artt. 114 e 115 TFUE (com'è stato, per ora, solo con riguardo al processo sugli appalti pubblici, regolato dalle c.d. direttive ricorsi¹²): ma in quei casi non è di autonomia processuale che si può parlare, dovendosi semmai rivendicare una (meno lata) competenza degli Stati membri in merito alla forma e a mezzi, ai sensi dell'art. 288 TFUE (ancorché sia, poi, in effetti, difficile distinguere sino a dove si estende l'intervento normativo diretto dell'Unione Europea e dove invece riemerge l'autonomia processuale degli Stati membri negli interstizi lasciati aperti nella trama tessuta dal legislatore comunitario nel *remand* all'attività integratrice del parlamento nazionale in attuazione della direttiva UE; ciò che rileva, tra gli altri, proprio con riguardo al problema dell'imputazione delle spese di lite all'esito del processo).

In ogni altro caso (al di fuori, cioè, del processo sugli appalti pubblici e degli aspetti di quel processo che siano direttamente disciplinati dalle norme comunitarie), la disciplina del processo appartiene all'autonomia procedurale degli Stati membri. Qui — com'è nel mito della caverna di Platone — infiniti oggetti (le differenti norme processuali nazionali) possono avere la stessa ombra sul muro (l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE). Donde, la necessità — nell'obbligo di interpretazione conforme, quale declinazione concreta del generico principio di leale cooperazione *ex art. 4 TUE* — di piegare la norma processuale nazionale alle necessità della norma UE di diritto sostanziale, perché in ogni Stato membro la sua efficacia sia la stessa. E ciò anche con riferimento a regole processuali (com'è la disciplina della soccombenza), che apparentemente non coinvolgono (e, in effetti, non lo coinvolgono direttamente) il diritto comunitario.

Questa è la ragione per cui, probabilmente, è più corretto definire quella relazione (tra norma europea sostanziale e norma nazionale processuale) con il termine di "competenza procedurale funzionalizzata"¹³, volendosi il tal modo rendere evidente come lo spazio di libera determinazione degli Stati membri nella definizione delle regole del processo nazionale è fortemente condizionato dai principi (equivalenza,

707

¹² Direttive 1989/665/CEE e 1992/13/CEE, così come integrate e modificate dalla Direttiva 2007/66/CE

¹³ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, cit.

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

effettività della norma e della tutela giurisdizionale) posti a garanzia dell'*effet utile* della norma UE.

Donde, la possibilità di una conformazione del processo nazionale ai principi UE, da perseguire, nella normalità dei casi, attraverso l'obbligo di interpretazione conforme, ma che può persino imporre la disapplicazione della norma processuale nazionale (ancorché nel difetto di effetto diretto e primato), per consentire il pieno dispiegarsi dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma europea di diritto sostanziale.

2. Risale all'insegnamento di Giuseppe Chiovenda, probabilmente, la migliore definizione del principio di soccombenza: "Il processo per quanto possibile deve dare praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale"¹⁴; da qui l'affermazione che "Tutto ciò che fu necessario al riconoscimento del diritto è concorso a diminuirlo e deve essere reintegrato al subbietto del diritto stesso, in modo che questo non soffra detrimento dal giudizio"¹⁵.

708

In una primitiva elaborazione giurisprudenziale, consegue da ciò la perentoria statuizione della Corte costituzionale che "d[e]ll'accoglimento della domanda [...] è normale complemento la liquidazione delle spese e delle competenze, in difetto della quale il diritto di agire in giudizio, per antico insegnamento, sarebbe in guisa monca garantito"¹⁶.

Dunque, una sorta di biunivoca corrispondenza tra il principio di soccombenza e il principio di tutela giurisdizionale effettiva; donde — in questo primo approccio — l'illegittimità costituzionale di una norma processuale che non preveda la rigorosa applicazione del principio di soccombenza.

Si tratta tuttavia, senza dubbio, di una prospettiva ingannevole, frutto di un'eccessiva semplificazione del problema.

In effetti, bisogna raccogliere qui l'autorevole monito: "Quando le cose non sono semplici [...] pretendere la chiarezza, la semplificazione a

¹⁴ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I, 41.

¹⁵ G. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Roma, 1935, 157.

¹⁶ C. cost., 19 dicembre 1986, n. 303. Si noti che la sentenza, insolitamente essenziale nella scarsa motivazione, a rilevare l'ovvietà (come meglio dirò in seguito, solo apparente) della soluzione, è a firma di V. Andrioli, accreditato dai più come il successore naturale di Chiovenda, così da rendere ancora più evidente il collegamento tra le due affermazioni.

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

tutti i costi, è faciloneria, e proprio questa pretesa obbliga i discorsi a diventare generici, cioè menzogneri”¹⁷.

E, in realtà, oltremodo evidente che non vi sia quella biunivoca corrispondenza tra il principio di soccombenza e il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24 Cost.)¹⁸.

Lo dimostra in modo inconfutabile il fatto che, a livello globale, il principio di soccombenza non è ovunque adottato, e, anche là dove accolto, lo è pressoché mai in forma assoluta¹⁹. E ciò anche in Paesi che indubitabilmente si ispirano alla *rule of law*, nella quale campeggia in primo piano il principio della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive²⁰.

I vari ordinamenti si ispirano, infatti, a due antitetiche discipline processuali.

Da un lato, gli Stati membri dell'Unione europea si orientano al principio *victus victori*, che prevede ordinariamente l'obbligo della parte soccombente di rifondere alla parte vittoriosa le spese di lite.

Dall'altro, nell'ordinamento statunitense, invece, ciascuna delle parti sostiene le spese necessarie alla tutela giurisdizionale dei propri diritti, senza possibilità di rivalsa nei confronti della parte soccombente²¹.

709

¹⁷ I. CALVINO, *Una pietra sopra, Note sul linguaggio politico*, Torino, 1980.

¹⁸ J. E. BONINE, *Best Practices - Access to Justice (Agenda for Public Interest Law Reform)*, in www.accessinitiative.org, il quale spiega che “It applies in one form or another throughout much of Latin America, Europe, Asia, and Africa (although not in the United States, with one exception). In nations such as Argentina, Brazil, France, Mexico, and Sweden the policy is clearly stated in legislation. The policy is a significant barrier to access to justice when it is applied as a routine matter. It discourages potential middle-class plaintiffs more than others, because they have something to lose personally but no equivalent personal benefit to gain from winning a lawsuit whose purpose is not for economic compensation but to demand compliance with the law”.

¹⁹ J. E. BONINE, *op. loc. cit.*, dà una rappresentazione analitica di come il principio di soccombenza, là dove applicato, è comunque prevalentemente applicato in modo spurio, specialmente con riferimento alle controversie ove è coinvolto l'agire degli enti pubblici. Così è, tra gli altri, nel processo amministrativo spagnolo e finlandese, in Australia, Alaska (ove pure, a differenza di quanto accade a livello federale è vigente il principio *Loser pays/Two-way fee-shifting*), Estonia, Costa Rica. In altri paesi, si è, invece, introdotta, con riguardo ai giudizi amministrativi una particolare versione della *One-way loser pays*, comportante la condanna alle spese solo a favore del ricorrente privato contro l'ente pubblico resistente (*Government-pays*). Così è, tra gli altri, in Polonia e Slovacchia.

²⁰ M. P. CHITI, *Il mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 303 ss., afferma al proposito che ogni organismo amministrativo comunitario è “soggetto ai principi riassunti dalla nozione di *rule of law*, tra i quali il principio della giustiziabilità di tutti gli atti amministrativi dai quali possa discendere una violazione dei diritti e degli interessi delle persone coinvolte”.

²¹ J. Y. GOTANDA, *Awarding Costs and Attorneys' Fees*, in *International Commercial Arbitrations*, *Michigan Journal of International Law*, 1999, giustifica in questo modo la c.d.

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

Nei due differenti ordinamenti processuali, vi è, tuttavia, una contaminazione dei due criteri di imputazione finale delle spese di lite.

Invero, nella gran parte dei Paesi che si ispirano al principio di soccombenza (e così in Francia, Spagna e Inghilterra) si prevede — o per espressa disciplina normativa o per principio di elaborazione giurisprudenziale — la deroga al principio della soccombenza, e, dunque, la compensazione delle spese di lite, in ragione della particolarità della materia controversa, o per la situazione soggettiva delle parti coinvolte, o, ancora, per le concrete vicende del giudizio che ne rendono opinabile l'esito ²². Ricordava Lodovico Mortara in un scritto degli inizi del secolo scorso che le leggi francesi dell'epoca disponevano che "*Le juge peut, d'ailleurs, compenser les dépens par des motifs d'équité clairement établis et mentionnés dans le jugement*" ²³. E si afferma, ora, che in esito alla riforma delle *civil procedure rules* del 2013 che ha attribuito un ruolo cruciale al comportamento delle parti (prima e durante il processo) al fine di introdurre numerose e significative eccezioni al principio di soccombenza, "in Inghilterra la ripartizione delle spese di lite non segu[er]à più né il criterio strettamente oggettivo della soccombenza né quello temperato del principio di causalità, ma si colleg[er]à a un vero e proprio principio di responsabilità, quasi al pari di qualsiasi fattispecie di responsabilità civile" ²⁴.

Allo stesso modo, di converso, negli Stati Uniti d'America il principio di irripetibilità delle spese di lite è talvolta sostituito dal principio della soccombenza in chiave unilaterale, nel senso cioè che la condanna alla rifusione delle spese di lite è pronunciata solo a favore della parte debole del rapporto, in guisa tale da renderle possibile l'esercizio dell'iniziativa processuale, altrimenti messa a rischio dalla certezza di non potere

America rule: "The United States Supreme Court, which adopted the American rule in 1796, has set forth three reasons in support of it. First, in many cases the result of the litigation is uncertain and, as a result, it is unfair to penalize a losing party by assessing costs and fees for merely defending or prosecuting a lawsuit. Second, if losing parties were forced to bear their opponents' costs and fees, « the poor might be unjustly discouraged from instituting actions to vindicate their rights ». Third, claims for costs and fees would likely increase « the time, expense and difficulties of proof » in any given case and « would pose substantial burdens for the administration of justice [...] »".

²² M. LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013, 43 ss.

²³ L. MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1923, IV, 136.

²⁴ P. COMOGGIO, *Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo « update » delle Civil Procedure Rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 145 ss.

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

comunque recuperare le spese di lite, con vanificazione dell'utilità concreta della sua azione. E, al proposito, la Corte Suprema ha affermato che l'incoraggiamento delle iniziative processuali dei privati è, in realtà, funzionale all'azione dei pubblici poteri²⁵. Così da giustificare l'applicazione del principio di soccombenza, in deroga al principio generale di irripetibilità delle spese di lite, a favore del ricorrente contro gli atti della pubblica autorità, specie con riferimento a specifiche materie, quali l'ambiente, la giustizia sociale, la salute e i diritti civili²⁶.

Quanto sopra a evidenziare che il principio di soccombenza ha una valenza ambigua (o se vogliamo ambivalente) rispetto al principio della tutela giurisdizionale effettiva: è, al contempo, a protezione del principio (là dove consente di erogare una giustizia che non sia "in guisa monca"); ma costituisce, sotto altra prospettiva, anche un ostacolo all'effettivo esercizio del diritto di azione costituzionalmente garantito.

Come avverte la Corte costituzionale nella sua giurisprudenza più recente, "La prospettiva della condanna al pagamento delle spese di lite anche in qualsiasi situazione del tutto imprevista ed imprevedibile per la parte che agisce o resiste in giudizio può costituire una remora ingiustificata a far valere i propri diritti"²⁷.

Sicché, è da escludere che il principio di soccombenza sia "indefettibilmente coesistente alla tutela giurisdizionale"²⁸.

Ma non se ne può, nemmeno, prescindere, pena l'erogazione di una giustizia "monca", appunto.

Donde, la necessità di risolvere il problema innescato dalle opposte tensioni (a favore e contro) alle quali il principio di soccombenza sottopone il principio di tutela giurisdizionale effettiva (ma anche l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE, come poi vedremo), non già con una previsione astratta definita *ex ante*, che ingabbia la statuzione giudiziaria nella logica binaria (vero/falso) di una norma a fattispecie definita (*victus victori*), bensì con una clausola generale, che consenta al giudice di statuire sulle spese di lite all'esito della propria interpretazione valutativa di un concetto giuridico indeterminato (i "giusti motivi"), declinando *ex post*, sulla base di quanto emerso nella vicenda

711

²⁵ *Alyeska Pipeline Service Co. v. Wilderness Society*, 421 U.S. 240, 247 (1975), in www.supreme.justia.com.

²⁶ J. E. BONINE, *Best Practices*, cit.

²⁷ C. cost., 19 aprile 2018, n. 77.

²⁸ C. cost., 21 maggio 2014, n. 157.

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

controversa, il precetto del caso concreto, attingendo (non già alla sua personale opinione, bensì) ai valori costituzionali (e sovranazionali) in gioco.

3. Questo era quanto (correttamente) il nostro legislatore aveva previsto nell'originaria versione del codice di procedura civile (applicabile al processo amministrativo, nel rinvio espresso a esso operato dall'art. 26 c.p.a.): "Il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa" (art. 91 c.p.c.); nondimeno, "Se vi è soccombenza reciproca o concorrono altri giusti motivi, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti" (art. 92 c.p.c.).

In questa originaria formulazione della norma di rito, due, sono, dunque, le eccezioni alla regola processuale dell'addebito delle spese alla parte soccombente: (i) la soccombenza reciproca; (ii) indefinite ragioni di equità e di equanimità (per tali devono intendersi i "giusti motivi" ²⁹).

712

La prima delle due eccezioni ancorché possa, in effetti, condurre alla compensazione delle spese di lite in deroga al principio *victus victori*, in realtà, non è un'eccezione al principio di soccombenza, bensì la sua piana applicazione, sia pure con metodo analitico, nel caso in cui nel processo una parte abbia introdotto plurime domande risultando vittoriosa solo rispetto a talune di esse (soccombenza parziale), o entrambe le parti abbiano introdotto contrapposte domande risultando ambedue, parzialmente, vittoriose (soccombenza reciproca, in senso stretto) o, ancora, il processo sia stato sviato dal suo finale naturale in conseguenza di fatti sopravvenuti all'introduzione del giudizio (soccombenza virtuale). Ciò a valere, sia in una prospettiva, per così dire, statica (l'esito ultimo del giudizio), sia nel fluire delle vicende processuali (si immagini una parte soccombente nella fase cautelare e vittoriosa all'esito del giudizio, che ha diritto a una rivalutazione *ex post* della sua iniziativa cautelare, anche con riguardo all'imputazione delle spese di lite non più secondo il criterio di soccombenza bensì nella logica di un criterio equitativo, che potrebbe indurre il giudice a mandare assolta dalle spese di lite la parte vittoriosa

²⁹ Come ebbe a scrivere L. MOREARA, in *Commentario*, cit., 140: "Non credo utile o pratico dire, o tentare di dire, quali sono i motivi che autorizzano il magistrato a pronunciare la compensazione. Siamo nel dominio dell'equità; vorrei dire, più esattamente, della equanimità".

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

del giudizio che abbia nondimeno richiesto la tutela cautelare nel difetto dei suoi presupposti e sia in questo ambito, dunque, soccombente ³⁰). Così che l'astratta definizione di una soccombenza reciproca si specifica poi, in concreto, nella soccombenza parziale, reciproca e virtuale (quest'ultima ipotizzabile, nel processo amministrativo, non solo qualora sopraggiunga un provvedimento amministrativo integralmente soddisfacente delle pretese del ricorrente, ma anche quando la P.A. sia vittoriosa nel giudizio, quantunque in torto nella gestione del procedimento: com'è in tutte le ipotesi di cui all'art. 21-octies della l. n. 241/1990 ³¹).

Non è, però, di questo (la compensazione per soccombenza reciproca, nelle sue plurime declinazioni) che si vuole scrivere.

Ciò che si vuole qui approfondire è, invece, il tema dei motivi di equità e di equanimità che consentono la compensazione delle spese di lite anche a fronte della radicale soccombenza di una delle parti. E, cioè, le ipotesi nelle quali l'eccezione al principio di soccombenza si giustifica perché "alle volte, non solo chi perde può non aver torto, non solo in alcuni casi il giudice dà ragione ad una delle parti senza completa convinzione, ma sussistono altresì liti dubbie, tenute in vita in buona fede, o aventi ad oggetto questioni giuridiche controverse o complesse, che sconsigliano di addossare ad una sola delle parti le intere spese del giudizio" ³².

713

Qui la questione si fa più complessa e la soluzione più opinabile.

In effetti, al proposito, è accaduto che i giudici facessero un uso improprio dell'ampia latitudine di giudizio che la clausola generale assegnava loro nella definizione dell'indefinito (assai) concetto giuridico indeterminato dei "giusti motivi", così che diveniva diritto vivente l'affermazione della Suprema Corte che "La facoltà di compensare fra le parti le spese del giudizio rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, il quale non è tenuto a darne ragione con una espressa motivazione" ³³.

Però, così argomentando — come bene evidenziato dalla Corte costituzionale —, la discrezionalità traboccava nell'arbitrio, nella misura

³⁰ Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4275.

³¹ G. TACCOGNA, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in questa *Rivista*, 2005, 696 ss.

³² G. SCARSELLI, *Sulla necessità di tornare alla compensazione delle spese di lite per ragioni di equità*, in *Foro it.* 2017, V, 342.

³³ Cass., sez. un., 15 luglio 2005, n. 14989.

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

in cui la scelta discrezionale del giudice pretendeva di essere dispensata dall'obbligo (costituzionale) della motivazione ³⁴.

Nella considerazione di ciò, inevitabile, quantunque ridondante, fu dunque il primo (tra gli innumerevoli, in questi ultimi anni ³⁵) intervento del legislatore a meglio delimitare la latitudine del margine discrezionale di interpretazione valutativa che il concetto giuridico indeterminato dei "giusti motivi" assegnava al giudice: in esito alla novella del 2005, invero, i giusti motivi furono espressamente assoggettati (ma già lo erano prima, nel doveroso rispetto dell'art. 111 Cost.) all'obbligo di una specifica motivazione; così che fu precisato che "i giusti motivi [fossero] esplicitamente indicati nella motivazione" (così l'art. 92 c.p.c., come novellato dalla l. n. 263/2005).

Sennonché, il legislatore — evidentemente non pago nel perseguimento degli obiettivi (illeciti ³⁶, come vedremo) che si era prefissato — ritenne dopo pochi anni soltanto, di tornare a legiferare sul tema (solo apparentemente, secondario) della definizione in concreto del principio della soccombenza, prevendendo che la compensazione delle spese di lite (in deroga all'ordinario principio della loro recuperabilità nei confronti

714

³⁴ C. cost., 13 dicembre 2004, n. 395. Ciò, peraltro in risposta alla provocazione del giudice del rinvio, che prefigurava, addirittura, che il diritto vivente fosse, non solo evidentemente *contra legem*, ma persino configurasse comportamenti criminosi, riconducibili all'omissione di atti d'ufficio.

³⁵ Per un commento alle modifiche che sono state apportate all'art. 92, comma 2, c.p.c., si veda G. SCARSELLI, *op. cit.*, 343, il quale riferisce che "[...] pacificamente, e per circa duecento anni, si è ritenuto che il giudice avesse il potere-dovere, per ragioni di equità, di compensare le spese, senza stringenti obblighi di motivazione, e con un giudizio non sindacabile in Cassazione quanto alle valutazioni di merito. Dopo duecento anni, improvvisamente, si pensa al contrario di mutare questa normativa, e lo si fa per ben tre volte: lo si fa la prima volta nel 2005 (l. 28 dicembre 2005, n. 263), la seconda nel 2009 (l. 18 giugno 2009, n. 69), la terza nel 2014 (l. 10 novembre 2014, n. 162). Già la cosa appare paradossale, se non addirittura schizofrenica, qualcosa che resta immutato per duecento anni viene modificata tre volte nel giro di nove anni. E tutte le modifiche sono state nel senso di sottrarre al giudice il potere discrezionale di compensare le spese per ragioni di equità".

³⁶ C. PASQUINELLI, *Le leggi dannose: Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, Torino, 2013, parla di "legge illecita", a proposito di leggi nazionali in contrasto con i principi costituzionali e sovranazionali con effetto diretto nel nostro ordinamento, sia pure avvertendo che "si possa parlare di « legge illecita » solo impropriamente e con intenti meramente descrittivi del fenomeno [...] dovendosi tenere ben distinti l'atto legislativo, inteso come scelta politica, ed il giudizio sulla condotta dannosa imputabile al legislatore". Sicché, ai nostri fini, non vi è contraddizione in termini nell'affermare di obiettivi illeciti del legislatore, che trovano, peraltro, specifica sanzione proprio all'interno dell'ordinamento comunitario secondo il principio di responsabilità degli Stati membri verso i cittadini danneggiati da atti o omissioni del legislatore nazionale (C. giust. CE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich).

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

della parte soccombente) fosse ammissibile, da allora in poi, soltanto nella ricorrenza di “gravi ed eccezionali ragioni”, sempre da esternare in motivazione (così l’art. 92 c.p.c., come novellato dalla l. n. 69/2009).

Questo intervento — per quanto deprecabile nell’obiettivo (come vedremo) cui era funzionale e opinabile nel risultato che esso realizzava (la dissuasione dall’intrapresa di azioni di esito incerto) — manteneva, perlomeno, intatta la fondamentale (e come sarà poi evidente) indispensabile struttura della fattispecie normativa, ancora una volta definita attraverso un concetto giuridico indeterminato, sia pure di meno lata vaghezza³⁷, qual è quello delle “gravi ed eccezionali ragioni”, e, dunque, ancora una volta affidando all’interpretazione valutativa del giudice l’elaborazione (*ex post*) del precetto a valere per il caso concreto.

Di lì a poco, il legislatore intervenne nuovamente, questa volta abbandonando, tuttavia, la struttura a fattispecie indefinita, e sostituendo il concetto giudico indeterminato (“gravi ed eccezionali ragioni”), con un precetto (composto *ex ante*) a fattispecie definita, prevedendo la compensazione solo nella ricorrenza di due situazioni (di improbabile verifica, peraltro): la “assoluta novità della questione trattata” e il “mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti” (così l’art. 92 c.p.c., come novellato dal d.l. n. 132/2014)³⁸.

In questo modo, però, il legislatore ha omissso di considerare che l’applicazione rigorosa del principio della soccombenza (alla maniera di Chiovenda, nel senso della matematica coincidenza tra il diritto definito dalla norma sostanziale e il diritto tutelato all’esito del processo) avrebbe, da un lato, sì massimizzato il diritto di azione *ex art. 24 Cost.*, ma

715

³⁷ M. ANGELONE, G. PALMIERI, *Il regolamento delle spese processuali dopo le recenti riforme del codice di procedura civile*, in *Giust. civ.*, 2013, 679 ss., affermano al proposito che “Tale irrigidimento porta ad escludere dalla compensazione molte delle fattispecie per le quali era sovente concessa: rapporti di parentela o di affinità tra le parti; la dubbiozza della lite; la natura della causa: quadro giurisprudenziale incerto; particolarità e complessità delle questioni trattate, il comportamento processuale tenuto dalle parti, ragioni di equità”. Di contro, G. MORLINI, *Il punto sulle spese di lite e la responsabilità per lite temeraria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 2081 ss., afferma che “il passaggio dai « giusti motivi » esplicitamente indicati in motivazione, alle « gravi ed eccezionali ragioni », più che un significativo mutamento di prospettiva giuridica, integra piuttosto un monito legislativo ad applicare il principio del *victus victori* e ad avere una maggiore prudenza nell’utilizzazione del potere di compensazione delle spese processuali, soprattutto in settori, come ad esempio il diritto del lavoro ed il diritto di famiglia, ove tale potere è spesso utilizzato in modo massivo”.

³⁸ Come riferisce G. SCARSELLI, *Sulla necessità di tornare alla compensazione delle spese di lite per ragioni di equità*, cit., 344, “il legislatore del 2014 fa esattamente quello che Ludovico Mortara aveva detto non si potesse fare, ovvero circoscrive in casi concreti e specifici — peraltro solo due — le ipotesi di compensazione delle spese di lite”.

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

indubabilmente, dall'altro, avrebbe costituito un ostacolo (talvolta insuperabile) all'esercizio di quel fondamentale diritto.

Come si è dinanzi dimostrato, sullo stimolo delle provocazioni indotte dal diritto comparato (nell'evidenza della giurisprudenza statunitense sulla regola della soccombenza in versione solo unilaterale, ma, come poi avremo modo di vedere, anche dalla giurisprudenza inglese sui *protective costs orders*), il principio di soccombenza è assolutamente ambiguo rispetto al principio di giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive; donde l'impossibilità di definire *ex ante* la soluzione del contrasto latente tra i due principi attraverso una norma a precetto definito, dovendosi, piuttosto, e inevitabilmente, risolvere quella antinomia sotto traccia nella logica *fuzzy* di una clausola generale, definita attraverso un concetto giuridico indeterminato (i giusti motivi della primitiva disciplina processuale dell'istituto della soccombenza, o anche altri, meno vaghi, concetti, come, appunto, le "gravi ed eccezionali ragioni" della novella).

716

Ma, per vero, la novella non era animata dalla (giusta) preoccupazione di trovare la migliore sintesi tra le due opposte tensioni cui è inevitabilmente esposto il principio della tutela giurisdizionale effettiva con riguardo al tema della imputazione delle spese di lite, perché — come ci rivela autorevolmente la Corte costituzionale — "Al fondo di questo contesto riformatore è la consapevolezza, sempre più avvertita, che, a fronte di una crescente domanda di giustizia, anche in ragione del riconoscimento di nuovi diritti, la giurisdizione sia una risorsa non illimitata e che misure di contenimento del contenzioso civile debbano essere messe in opera" ³⁹ ⁴⁰.

Inevitabile fu, perciò, l'intervento della Corte costituzionale, che, nel 2018, ha statuito l'illegittimità costituzionale dell'art. 92 c.p.c., nella sua nuova formulazione, "nella parte in cui non prevede che il giudice, in caso di soccombenza totale, possa non di meno compensare le spese tra

³⁹ C. cost., 19 aprile 2018, n. 77.

⁴⁰ R. METAFORA, *Le ipotesi di compensazione delle spese di lite*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 203 ss., afferma al proposito: "si è finito con il trasformare quello che era un potere equitativo dettato dall'esigenza di evitare che chi non aveva torto in pieno pagasse come se lo avesse, in uno strumento di bilanciamento tra il diritto delle parti ad agire in giudizio al fine di accedere alla tutela riconosciuta dall'ordinamento e il superiore interesse dello Stato di evitare l'eccesso della giurisdizione".

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni”⁴¹.

Donde, la riemersione, a disciplinare l'applicazione in concreto dell'astratto principio della soccombenza, di nuovo e necessariamente (a ricondurre la norma agli irrinunciabili valori costituzionali), di un concetto di vago (sia pure non nebuloso, come era in origine) significato: le indefinite “gravi ed eccezionali ragioni”.

In effetti, la discrezionalità valutativa del giudice, nella prospettiva della Corte costituzionale, non è ampia; essa ha, invero, precisato che “le ipotesi illegittimamente non considerate dalla disposizione censurata possono identificarsi in quelle che siano riconducibili a tale clausola generale e che siano analoghe a quelle tipizzate nominativamente nella norma, nel senso che devono essere di pari, o maggiore, gravità ed eccezionalità. Le quali ultime quindi — la « assoluta novità della questione trattata » ed il « mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti » — hanno carattere paradigmatico e svolgono una funzione parametrica ed esplicativa della clausola generale”.

Vi sono, tuttavia, ineludibili ragioni per ritenere che quel vincolo interpretativo si stemperi, se il giudice (come doveroso), nella definizione discrezionale del concetto giuridico indeterminato delle “gravi ed eccezionali ragioni”, valorizzi non solo i valori costituzionali ma anche, e soprattutto, i principi generali dell'ordinamento comunitario, e tra essi, in primo luogo, quelli che ellitticamente si definiscono con la formula dell'effetto utile dell'effetto diretto (*l'effet utile* della norma UE).

717

4. L'art. 26 c.p.a. definisce il principio di soccombenza, nel concreto della disciplina del processo amministrativo, attraverso il semplice rinvio alle regole del processo civile⁴². Vi si afferma, infatti, che “Quando emette una decisione, il giudice provvede anche sulle spese del giudizio, secondo gli articoli 91, 92, 96 e 97 del codice di procedura civile, tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3 comma 2”.

Tuttavia, vi è più di una ragione per dubitare dell'opportunità di un così semplicistico rinvio, a riportare pianamente nel processo ammini-

⁴¹ C. cost. n. 77/2018.

⁴² Sul principio di soccombenza nel processo amministrativo, si rinvia a M. INTERLANDI, *Efficienza della giustizia e responsabilità processuale delle parti nel giudizio amministrativo*, in questa Rivista, 2016, 1273 ss.

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

strativo le stesse regole (e si dovrebbe, probabilmente, ritenere, anche le stesse acquisizioni giurisprudenziali) del processo civile ⁴³.

Questo induce a ritenere, anzitutto, il precetto di cui all'art. 100 Cost., che definisce il giudizio amministrativo quale strumento di "tutela della giustizia nell'amministrazione", e che deve essere oggi valorizzato alla luce di quanto statuito nella celeberrima sentenza della Corte di giustizia nel caso Van Gend & Loss ⁴⁴: "La vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli [258 TFUE] e [259 TFUE] affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri". E perché no? Ciò consegue anche alla funzione pedagogica del Consiglio di Stato ⁴⁵: vale a dire, alla sua capacità di « fornire all'amministrazione canoni generali per il corretto uso del potere in una indeterminata serie di casi » ⁴⁶.

718

Dunque, l'iniziativa processuale dei singoli all'interno nel processo amministrativo, ove sono coinvolti gli atti dei pubblici poteri, è sì funzionale alla tutela (egoistica) della loro situazione giuridica soggettiva (eventualmente, come sovente succede, definita anche da una norma UE), come appunto accade nel processo civile, ma è qui funzionale, altresì, al perseguimento di un interesse pubblico: la tutela della legalità obiettiva.

Ciò non equivale, ovviamente, ad affermare che il soggetto leso dall'atto della pubblica autorità sia "protetto dall'ordinamento soltanto attraverso la tutela giurisdizione di quest'ultimo" ⁴⁷, secondo l'inaccet-

⁴³ In precedenza, la disciplina sull'imputazione delle spese nel processo amministrativo era definita dall'art. 68 r.d. n. 642/1907 (regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato): "La decisione contiene la condanna delle parti soccombenti alle spese, che vengono liquidate nella decisione stessa o dall'estensore. Nella tassazione non si comprendono le spese degli atti riconosciuti superflui. Le spese possono essere compensate in tutto o in parte, ove concorrano giusti motivi".

⁴⁴ C. giust. CE, 5 febbraio 1963, causa 26/62.

⁴⁵ In questo senso, in Francia si afferma una "*fonction pédagogique du Conseil d'Etat*" (M. FROMONT, *Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne et France. Convergences*, in *Revue française de droit administratif*, 2002, 551 ss.).

⁴⁶ F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 3385, il quale afferma al proposito che "la funzione di orientamento dell'azione dei pubblici poteri si svolge anche su un piano più generale, che si direbbe esemplare, di guida per l'esercizio della potestà amministrativa".

⁴⁷ G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, 1958, I, 187.

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

tabile ⁴⁸ definizione dell'interesse legittimo come "interesse occasionalmente protetto" ⁴⁹.

Qui si vuole solo sostenere che, all'interno del processo amministrativo, l'indispensabile tutela giurisdizionale della situazione giuridica soggettiva (che è centrale al processo) si coniuga necessariamente con la tutela della legalità oggettiva: e, in questo senso, l'iniziativa processuale del singolo è utile (e non d'intralcio) alla realizzazione di un obiettivo di interesse pubblico.

Dunque, un processo non solo a tutela della legalità oggettiva — come nella risalente concezione ⁵⁰ costituzionalmente inadeguata ⁵¹ —, ma un processo che realizza, al contempo, due funzioni: la tutela della legalità oggettiva e delle situazioni giuridiche soggettive.

Invertendo i fattori dell'originaria (ora desueta) impostazione, è la tutela dell'interesse legittimo che costituisce occasione per la tutela altresì del diritto oggettivo, che ne è l'immediata conseguenza ⁵².

⁴⁸ E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 57; G. NAPOLITANO-M. ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 275, affermano al proposito che "la rappresentazione giuseconomica sembra [...] presentare qualche affinità con l'antica concezione, diffusa nei Paesi dell'Europa occidentale, come la Francia, la Germania e l'Italia, secondo cui il ricorrente nel processo amministrativo sarebbe un mero collaboratore ai fini della migliore tutela dell'interesse pubblico. Questa concezione, nel diritto positivo, deve ormai ritenersi superata nel momento in cui, a livello costituzionale e legislativo, sono esplicitamente riconosciuti specifici diritti dei cittadini nei confronti dell'amministrazione, in quanto tali tutelabili in giudizio (si v. ad es. art. 19, co. 4, Legge fondamentale tedesca, e art. 113 co. 1, Cost. it.)".

⁴⁹ O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato* (1892), ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992, 3 ss.

⁵⁰ S. SPAVENTA, *Discorso preparato per la inaugurazione della Quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 290 ss., nel quale si legge: "In questa giurisdizione non si tratta di definire controversie nascenti dalla collisioni di diritti individuali e omogenei, ma di conoscere solamente se il diritto oggettivo sia stato osservato. Ciò che può servire mediatamente anche all'interesse dell'individuo, ma non ne è l'immediata conseguenza. Il diritto oggettivo qui si realizza in sé e per proprio conto, senza che ne nasca in ogni singolo caso un diritto soggettivo, o, se può nascere, non è qui la sede dove possa farsi valere. L'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo e occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti; ma non è l'oggetto proprio della decisione, a cui tale riesame può metter capo".

⁵¹ V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 26 ss., afferma che il disegno costituzionale "sembra [...] configurare senza possibilità di dubbio il giudice amministrativo come vero giudice e come giudice che tutela le situazioni giuridiche soggettive proprie dei ricorrenti nei confronti della pubblica amministrazione: il che, se le parole hanno un senso, non significa «per la realizzazione dell'interesse della pubblica amministrazione alla legalità della sua azione» [...]".

⁵² In questo senso, anche P. PATRITO, *Frais de justice et juge administratif: notations sur la fonction de la jurisprudence, entre la France et l'Italie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1063 ss.,

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

Ciò è ora testualmente riconosciuto nell'art. 19 TUE, ove è, appunto, statuito che "La Corte di giustizia dell'Unione europea [per tale intendendosi, nel linguaggio dei trattati l'insieme delle istituzioni chiamate a esercitare la funzione giudiziaria sulla violazione delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, e, dunque, anche il nostro giudice amministrativo, quando opera come giudice decentrato dell'UE] Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati [e] Gli Stati membri stabiliscono rimedi necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".

Il contributo dell'azione del singolo alla tutela della legalità obiettiva è, peraltro, sottolineato dallo stesso legislatore comunitario, che ha appunto affermato, con riguardo allo specifico settore degli appalti pubblici, che "i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente"⁵³.

Donde, la difficoltà a comprendere (e accettare) interventi sul processo amministrativo che siano dichiaratamente in funzione deflattiva del contenzioso⁵⁴, che dovrebbe, invece, ritenersi un'utile risorsa per la collettività: qui, la risorsa scarsa da accrescere è, invero, proprio il

ove si legge, appunto, che "on peut soutenir que c'est la position de l'Administration, ou mieux, de la légalité même, qui est « occasionnellement protégée »/« occasionalmente protetta », en ce sens que la reconnaissance par le juge, du bon droit du requérant implique l'élimination de l'acte illégal et contribue au respect du principe de légalité par l'Administration".

⁵³ Direttiva 2014/24/UE (considerando n. 122).

⁵⁴ M. A. SANDULLI, in *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia*, in *Foro amm.*, 2012, 71 ss., afferma, al proposito: "L'accanimento legislativo nei confronti degli utenti del servizio giustizia impone una riflessione, o, meglio, una domanda di fondo sul reale obiettivo, o, comunque, sul reale effetto, delle nuove misure di « deflazione » del contenzioso. Si vuole effettivamente prevenire e reprimere l'uso improprio del processo e, attraverso di esso, l'ingiusto rallentamento del sistema giustizia o si mira piuttosto (o, in una visione meno cinica, si finisce quanto meno piuttosto per realizzare) un gravissimo diniego di tutela (e, dunque, una sostanziale zona franca delle amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati) nei settori delle commesse

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

contenzioso; a differenza che nel processo civile, a riguardo del quale la risorsa scarsa da proteggere è la giurisdizione. Ma, in ogni caso, in entrambe le prospettive, sempre in modo tale che sia incessantemente consentito (e mai ostacolato) l'accesso del singolo individuo al processo per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

Perciò, il problema delle spese di lite (all'interno del quale gioca un ruolo essenziale la disciplina, nel concreto delle regole processuali, del principio di soccombenza, ma anche l'anticipazione dei tributi giudiziari da parte di chi assume l'iniziativa giudiziaria, di cui poi si scriverà) non può essere affrontato allo stesso modo nei due differenti processi⁵⁵.

Come statuito dal Consiglio di Stato, invero, "il principio della soccombenza, richiamato dall'art. 92 c.p.c., cui rinvia l'art. 26 c.p.a., riceve attenuazione nel processo amministrativo a fronte della complessità delle regole che governano l'azione amministrativa, soggette a mutamento nel tempo con effetto sulla graduazione degli interessi dalla stessa coinvolti, alla cui cura è preposto l'organo pubblico chiamato in giudizio"⁵⁶.

Il che induce anche a una riflessione aggiuntiva.

Non solo l'applicazione del principio di soccombenza deve tenere conto, nel processo amministrativo, dell'utilità intrinseca dell'iniziativa processuale del singolo per l'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa, in guisa tale da essere attenuato per evitare che il costo delle spese di lite possa disincentivare l'azione processuale (ciò che, invece, costituisce inopinatamente il dichiarato proposito del nostro legislatore⁵⁷), ma a questo risultato deve condurre, altresì, la considera-

721

pubbliche e della tutela della concorrenza (maggiormente colpiti dall'aumento del contributo e più facilmente soggetti alle sanzioni per atti non sintetici)?".

⁵⁵ E. FOLLIERI, *Le tipologie di azioni*, in G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 200. critica, invece, l'attuale prassi dei giudici amministrativi di compensare le spese di lite o comunque di liquidarle in misura insufficiente, e afferma che "[...] occorrerebbe, soprattutto, che il giudice amministrativo prendesse coscienza del fatto che il soccombente paga le spese non per « punizione » o per sanzione, ma perché il processo deve dare a chi ha ragione « praticamente tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire » [nel richiamo all'insegnamento di Chiovenda], ivi comprese le spese affrontate per promuovere il giudizio".

⁵⁶ Cons. Stato, sez. III, 4 luglio 2014, n. 3394.

⁵⁷ G. SCARSELLI, *Sulla necessità di tornare alla compensazione delle spese di lite per ragioni di equità*, cit., 346, afferma al proposito che "la ragione evidente per la quale il legislatore ha pensato questa modifica è semplicemente quella di disincentivare l'esercizio del diritto di azione e di difesa. Non è pertanto una riforma volta a migliorare il regime delle spese nel processo civile; è una riforma volta solo a spaventare chi debba far valere in giudizio i propri diritti, nella speranza che i cittadini utilizzino meno la tutela giurisdizionale e si riduca il

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

zione che: (i) nel processo amministrativo l'interesse pubblico primeggia su quello privato; (ii) la complessità delle regole e il loro continuo fluire nel senso della deformalizzazione dell'azione amministrativa e della dequotazione dei vizi formali e procedurali al fine dell'annullamento dell'atto della pubblica amministrazione rendono assai incerto il successo dell'iniziativa processuale del privato nei confronti della pubblica amministrazione (come le statistiche, ove è nettamente prevalente la soccombenza del ricorrente, rendono evidente).

Si pensi, con riguardo al rilievo sub (i), a quanto statuito dalla Corte di giustizia sull'estensibilità al rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE della regola processuale che i trattati avevano, in origine, previsto all'art. 264 TFUE solo per l'azione di annullamento degli atti amministrativi comunitari ai sensi dell'art. 263 TFUE ⁵⁸, e che consente, oggi, alla Corte di giustizia, anche con riguardo a rinvii pregiudiziali che condizionano l'esito di un giudizio nazionale su di un provvedimento amministrativo nazionale ove siano coinvolti diritti e interessi legittimi definiti anche attraverso una norma UE, di limitare gli effetti della pronuncia al futuro, così da elidere la naturale efficacia retroattiva dell'annullamento di un atto, *ab origine*, invalido.

Ciò che, più in generale, ha indotto di recente il nostro Consiglio di Stato ad affermare che "Anche se — in base ad una regola fondamentale che è stata affermata *ab antiquo et antiquissimo tempore* dal Consiglio di Stato (come ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela) — l'accoglimento del ricorso comporta normalmente l'eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, l'applicazione di tale regola può, in alcuni casi, risultare incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale. Allorché ciò accada, la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc*

contenzioso. Ovviamente il tutto a prescindere dal considerare se le controversie rinunciate per timore delle spese siano fondate o infondate, di litiganti in buona e cattiva fede, di parti abbienti o non abbienti, ecc."

⁵⁸ C. giust. CE, 27 febbraio 1985, causa 112/83, *Société des produits de maïs*, che ha così statuito: "la possibilità che la Corte limiti nel tempo gli effetti della dichiarazione d'invalidità di un regolamento, in occasione del ricorso pregiudiziale contemplato dall'art. [267 TFUE], comma 1, lett. b), trova fondamento nell'interpretazione dell'art. [264 TFUE] alla luce della necessaria coerenza fra il rinvio pregiudiziale e il ricorso d'annullamento, i quali costituiscono due aspetti del sindacato di legittimità voluto dal trattato. La facoltà di limitare nel tempo gli effetti dell'invalidità di un regolamento comunitario, nell'ambito sia dell'art. [263 TFUE], sia dell'art. [267 TFUE], è un potere attribuito alla Corte dal trattato, nell'interesse dell'uniforme applicazione del diritto comunitario nell'intera Comunità".

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

dell'atto impugnato può essere derogata, a seconda delle circostanze, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti, ovvero con la loro decorrenza *ex nunc*, ovvero ancora escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi⁵⁹.

Questo quale espressione di un principio generale rinvenibile anche nella disciplina speciale degli appalti pubblici, ove è, appunto, previsto che "il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta" (art. 122 c.p.a.).

Donde, in ogni caso, la subordinazione degli effetti della pronuncia giudiziaria alla sua compatibilità con l'interesse pubblico.

Si consideri, al contempo, con riguardo al rilievo sub (ii) all'attuale disciplina dei vizi formali dell'atto di cui all'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990, a mente del quale "Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Così che il ricorrente potrebbe avere ragione *ex ante* (perché il vizio dell'atto, in effetti, sussisteva), ma potrebbe, nondimeno, essere soccombente nell'azione di annullamento da lui intrapresa dinanzi al giudice amministrativo, perché la pubblica amministrazione riesce a dimostrare (*ex post*) nel corso del processo che, anche nel rigoroso rispetto delle regole procedurali e formali (in effetti, violate), il provvedimento sarebbe comunque stato deliberato con il medesimo contenuto.

E queste sono obiettivamente ragioni sufficienti a giustificare (ma, probabilmente, anche a imporre) una diversa declinazione del principio di soccombenza all'interno del processo amministrativo.

Ciò che, in effetti, grazie all'intervento additivo della Corte costituzionale del 2018 e alla riproposizione nella norma processuale di una

723

⁵⁹ Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

clausola generale definita attraverso un concetto giuridico indeterminato ("gravi ed eccezionali ragioni"), è concesso al giudice amministrativo di fare in via interpretativa (e vedremo, poi, anche nell'obbligo di interpretazione conforme di cui all'art. 4 TUE), senza necessariamente mettere in discussione la validità della norma, nel suo confronto sia con gli artt. 24 e 100 Cost. (con conseguente emersione di un problema di costituzionalità) sia con gli artt. 19 TFUE e 47 della Carta di Nizza (con possibilità di risolvere l'antinomia con l'immediata disapplicazione della norma nazionale antinomica).

5. Quanto sopra consente di affermare che all'interno del processo amministrativo vi sono ordinariamente "gravi ed eccezionali" ragioni che militano a favore della compensazione delle spese di lite.

Donde, l'ossimoro delle eccezionali ragioni ordinariamente presenti nel processo amministrativo a giustificazione della deroga, qui (nella prassi giurisprudenziale ⁶⁰) pressoché sistematica, al principio di soccombenza.

724

Si tratta, tuttavia, di una contraddizione solo apparente: giacché si deve intendere l'eccezione riferita alle specifiche caratteristiche e funzionalità del processo amministrativo, all'interno del quale campeggia in primo piano l'interesse pubblico, rispetto all'ordinario processo civile (con riguardo al quale il principio di soccombenza è stato codificato), ove invece si contrappongono antagoniste sfere giuridiche in una prospettiva egoistica.

A ben vedere, si tratta di riproporre all'interno del processo quella medesima regola espressamente codificata nel diritto sostanziale, al proposito degli accordi amministrativi, con riguardo ai quali i principi del codice civile si applicano solo "in quanto compatibili" (art. 11 della l. n. 241/1990), e che conduce pianamente all'inversione del rapporto tra regola ed eccezione, in ragione delle ontologiche differenze tra gli

⁶⁰ Resta, fortunatamente, un caso isolato la sentenza Cons. Stato, sez. VI, 2 febbraio 2012, n. 586 di condanna dei ricorrenti alla rifusione delle spese di lite a favore della stazione appaltante per l'impugnazione dell'aggiudicazione di un appalto (di rilevante valore, in effetti) nell'importo di € 100.000,00. Ciò che sicuramente si giustificava nell'applicazione del d.m. n. 55/2014 (il regolamento per la determinazione dei parametri dei compensi per le professioni forensi), ma che, se fosse divenuto il nuovo approccio del giudice amministrativo nella liquidazione delle spese di lite, avrebbe probabilmente fatto suonare le campane a morto per la giustizia amministrativa, in un settore (quello degli appalti pubblici) ove la necessità di un controllo diffuso della legalità dovrebbe essere più avvertito che in altri.

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

accordi amministrativi e i contratti, tra la discrezionalità amministrativa e l'autonomia negoziale ⁶¹.

Le regole sono le stesse, ma la loro applicazione concreta è del tutto differente.

Donde, la compensazione può ritenersi ordinaria all'interno del processo amministrativo (come, in effetti, è secondo consolidata giurisprudenza), ma eccezionale rispetto al processo generalmente inteso, del quale il processo civile costituisce il paradigma di riferimento.

Una conferma di ciò, dell'esservi cioè ordinariamente all'interno del processo amministrativo ragioni "gravi ed eccezionali" per la compensazione delle spese di lite, ci viene, ancora una volta, da un approccio al problema in una logica di diritto comparato.

Basti por mente, in relazione a ciò, al sistema inglese, ove è connotata al principio della *rule of law* l'applicazione rigorosa del criterio della soccombenza (da qui la definizione dello stesso, a livello globale, quale *English rule*), eppure la giurisprudenza, nella sua incessante creazione pretoria della regola di giudizio concreta a partire dai principi, ha da ultimo elaborato lo strumento dei *protective costs orders*.

725

Si legge, al proposito, nella sentenza Regina v Lord Chancellor Ex parte Child Poverty Action Group ⁶²: "Ritengo, pertanto, che le condizioni necessarie per la pronuncia di un provvedimento preventivo sulle spese nei casi di controversie di interesse pubblico sono che la Corte sia persuasa che le questioni sollevate siano veramente di importanza pubblica generale e che all'esito di un sufficiente apprezzamento del merito della domanda si possa concludere che è nell'interesse pubblico deliberare il provvedimento [...] Queste condizioni necessarie non sono, tuttavia, sufficienti per deliberare il provvedimento. Il tribunale deve anche

⁶¹ M. GIAVAZZI, *Il difetto funzionale della causa e la (ir)risolubilità degli accordi amministrativi*, in *Dir. econ.*, 2011, 247 ss.

⁶² *High Court of Justice, Queen's Bench Division*, 29 gennaio 1998: "I conclude, therefore, that the necessary conditions for the making of a pre-emptive costs order in public interest challenge cases are that the court is satisfied that the issues raised are truly ones of general public importance, and that it has a sufficient appreciation of the merits of the claim that it can conclude that it is in the public interest to make the order [...] These necessary conditions are not, however, sufficient for the making of an order. The court must also have regard to the financial resources of the applicant and respondent, and the amount of costs likely to be in issue. It will be more likely to make an order where the respondent clearly has a superior capacity to bear the costs of the proceedings than the applicant, and where it is satisfied that, unless the order is made, the applicant will probably discontinue the proceedings".

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

tenere conto delle risorse finanziarie dall'attore e del convenuto e dell'importo dei costi che potrebbero essere in discussione. Sarà più probabile pronunciare il provvedimento qualora il convenuto abbia chiaramente una capacità superiore di sostenere le spese del procedimento rispetto all'attore e se si accerta che, a meno che il provvedimento non sia deliberato, l'attore probabilmente rinunciarebbe ad agire".

In tal modo fu, appunto, elaborata la dottrina dei *protective costs orders*.

Nella ricorrenza di quelle che si possono senz'altro definire gravi ed eccezionali ragioni (la controversia coinvolge una questione di "importanza pubblica generale" la cui decisione è d'interesse pubblico e si ritiene che l'attore desisterebbe dall'azione se rischiasse di subire l'applicazione rigorosa del principio di soccombenza), il giudice può deliberare un provvedimento che manda esente dal rischio di soccombenza la parte attrice.

726

La teoria, inizialmente affermata con sintagmi indefiniti (interesse pubblico, importanza pubblica) attraverso una formula dapprima sintetica, si è poi tradotta in una più analitica definizione dei suoi presupposti applicativi.

Si legge, al proposito, nella sentenza *Corner House Research v Secretary of State for Trade and Industry*⁶³: "Negli ultimi venti anni è emersa una opinione diffusa, sia in questo Paese sia nei Paesi di *Common Law* all'estero che hanno adottato il regime « costi seguono l'evento », che l'accesso alla giustizia è talvolta ingiustamente impedito se vi è aderenza servile al normale regime dei costi di diritto privato [...] Vorremmo quindi riaffermare i principi che governano la materia in

⁶³ *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*, 1 marzo 2005: "Over the last 20 years there has been a growing feeling in some quarters, both in this country and in common law countries abroad which have adopted the « costs follow the event » regime, that access to justice is sometimes unjustly impeded if there is slavish adherence to the normal private law costs regime [...] We would therefore restate the governing principles in these terms: 1. A protective costs order may be made at any stage of the proceedings, on such conditions as the court thinks fit, provided that the court is satisfied that: i) The issues raised are of general public importance; ii) The public interest requires that those issues should be resolved; iii) The applicant has no private interest in the outcome of the case; iv) Having regard to the financial resources of the applicant and the respondent(s) and to the amount of costs that are likely to be involved it is fair and just to make the order; v) If the order is not made the applicant will probably discontinue the proceedings and will be acting reasonably in so doing. 2. If those acting for the applicant are doing so pro bono this will be likely to enhance the merits of the application for a PCO. 3. It is for the court, in its discretion, to decide whether it is fair and just to make the order in the light of the considerations set out above".

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

questi termini. Un *protective costs order* può essere pronunciato in qualsiasi fase del procedimento, a condizione che, secondo l'opinione del Tribunale, siano soddisfatte le seguenti condizioni: i) le questioni sollevate siano di importanza pubblica generale; ii) l'interesse pubblico richiede che tali questioni siano risolte; (iii) il richiedente non ha un suo personale interesse nell'esito del caso; iv) viste le risorse finanziarie dell'attore e del convenuto e l'ammontare dei costi che possono essere coinvolti, è equo pronunciare il provvedimento; v) se il provvedimento non fosse deliberato, il richiedente probabilmente interromperebbe il procedimento".

Quei presupposti (importanza pubblica della questione, interesse pubblico alla decisione, esercizio dell'azione a tutela di un interesse diffuso, situazione di vantaggio economico del convenuto) sono di frequente realizzazione all'interno del processo amministrativo.

Donde, la conferma — anche in ragione di una comparazione con quanto accade in altri ordinamenti pure ispirati alla rigorosa applicazione del principio di soccombenza — che nel processo amministrativo si realizzano ordinariamente le "gravi ed eccezionali ragioni" che militano a favore della compensazione delle spese di lite, al fine di incoraggiare l'effettivo esercizio del diritto di azione, a tutela anche dell'interesse pubblico alla legalità obiettiva.

727

6. Quantunque si riferisca al differente (ma connesso) problema dei tributi giudiziari, è senz'altro utile a definire le coordinate ermeneutiche comunitarie (al fine della corretta interpretazione conforme della norma processuale nazionale alla norma UE), da utilizzare per l'interpretazione valutativa (a valorizzare il principio dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE di diritto sostanziale) del concetto giuridico indeterminato ("gravi ed eccezionali ragioni") di cui all'art. 92 c.p.c., quanto sostenuto dall'Avvocato Generale Jääskinen nella causa Orizzonte Salute⁶⁴: "Si dice che il giudice del XIX secolo Sir James Matthew abbia affermato che « in Inghilterra la giustizia è aperta a tutti, come l'Hotel Ritz ». La causa in esame fornisce alla Corte l'opportunità di considerare se lo stesso valga per i procedimenti giurisdizionali relativi all'aggiudicazione di appalti pubblici in Italia disciplinati dal diritto dell'Unione sugli appalti pubblici".

⁶⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Nilo Jääskinen nella causa C-61/14.

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

Essendo quello indubitabilmente l'obiettivo ("la giustizia aperta a tutti"), il vincolo teleologico che inevitabilmente condiziona l'interprete (e dunque la discrezionalità valutativa che la norma assegna al giudice) è che tra le due opposte tensioni alle quali il principio di soccombenza inevitabilmente sottopone il principio di tutela giurisdizionale effettiva (ma anche quello di effettività della norma UE ⁶⁵) deve sempre essere scelta quella che favorisce l'accesso alla giustizia, piuttosto che quella che — al fine di garantire la pienezza del diritto tutelato in giudizio ("tutto quello e proprio quello che ha diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale" ⁶⁶) — rischia nondimeno di "costituire una remora ingiustificata a far valere i propri diritti" ⁶⁷.

A fortiori, è da escludere la compatibilità comunitaria di una norma processuale che sia dichiaratamente ispirata al perseguimento dell'obiettivo del "contenimento del contenzioso" ⁶⁸, qual è in chiara evidenza l'art. 92 c.p.c. nella sua novellazione del 2014 (quantunque edulcorata

728

⁶⁵ Si legge nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Nilo Jääskinen nella causa Orizzonte Salute: "Innanzitutto, rilevo che le norme giuridiche applicabili al diritto fondamentale a un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 della Carta, o al diritto al « sindacato giurisdizionale », che traggono origine dagli articoli 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sono diverse da quelle che emergono quando la questione da determinare è se una sanzione o una norma procedurale di uno Stato membro sia incompatibile con il principio di effettività, nel senso che la norma di cui trattasi rende in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Queste ultime non sono state create nell'ambito dei diritti fondamentali conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, ma piuttosto sono venute in essere in funzione delle limitazioni poste dal diritto dell'Unione all'autonomia procedurale degli Stati membri". Sostiene al proposito J. KROMMENDIJK, *Is there light on the horizon? The distinction between « Rewe effectiveness » and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, in *CMLR*, 2016, 1395 ss.: "Is there a difference between Rewe effectiveness and the PEJP? Most authors seem to answer this question in the affirmative. It seems difficult, however, to make a sharp distinction in practice [...] both principles should also be distinguished from effectiveness more generally (effet utile), which is a much broader concept and which could be said to comprise both the PEJP and Rewe effectiveness [...] the two principles essentially serve a different purpose. While the PEJP largely serves to protect individuals and aims to enable individuals to enforce their rights, Rewe effectiveness is also or primarily focused on the effective application of EU law in the Member States through a minimum standard of national (procedural) law". In effetti, la Corte poi conclude sbrigativamente nel senso che: "Per quanto riguarda il principio di effettività, la Corte ha già avuto modo di affermare che esso implica un'esigenza di tutela giurisdizionale, sancita dall'articolo 47 della Carta, che il giudice nazionale è tenuto a rispettare", riconducendo, dunque, il principio di tutela giurisdizionale effettiva all'interno del principio di effettività, quale sua declinazione specifica.

⁶⁶ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 41.

⁶⁷ C. cost., 19 aprile 2018, n. 77.

⁶⁸ C. cost. n. 77/2018.

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

nella sua portata deflattiva dall'intervento additivo della Corte costituzionale del 2018).

In guisa tale che il giudice nazionale, operante come giudice decentrato del sistema di giustizia comunitaria — definito in sintesi dall'art. 19 TUE nei suoi principi fondanti (rispetto del diritto/tutela giurisdizionale effettiva) —, nel corretto adempimento dell'obbligo di interpretazione conforme (quale misura giurisdizionale concreta di rispetto dell'obbligo di leale cooperazione *ex art. 4 TUE*), dovrà interpretare in senso lato il concetto giuridico indeterminato delle "gravi ed eccezionali ragioni".

Così che, in questo modo, impostando il problema della declinazione in concreto del principio di soccombenza secondo la (ineludibile) prospettiva comunitaria, la logica *fuzzy* dell'interpretazione valutativa della clausola generale di cui al combinato disposto degli artt. 26 c.p.a. e 92 c.p.c. diviene meno vaga.

In questa prospettiva, invero, sono semmai in predicato le modalità per realizzare la tutela giurisdizionale effettiva e per garantire l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE di diritto sostanziale, ma certo non è fumoso l'obiettivo, che indiscutibilmente è quello di preferire la scelta processuale che agevola l'accesso alla giustizia ("le porte aperte").

Ciò, ancorché, in certe particolari circostanze, questo avvenga a discapito della pienezza della tutela giurisdizionale del diritto controverso, che, dunque, bene potrà (ma, anzi, dovrà in taluni casi) subire la falciatura dei costi giudiziari, se questo sarà ritenuto dal giudice utile a consentire l'esercizio del diritto di azione nella sua più ampia latitudine.

L'ineludibile interferenza dell'imputazione dei costi processuali sull'effettività della norma UE di diritto sostanziale è, del resto, resa evidente dai ripetuti interventi della Corte di giustizia su questo (apparentemente trascurabile) aspetto del contenzioso.

La Corte di giustizia ha affrontato la questione dei costi del processo e del loro impatto sull'esercizio del diritto di azione, per la prima volta, nella causa *Impact*⁶⁹, con riguardo a una specifica disciplina processuale nazionale che imponeva la devoluzione di una stessa controversia a due differenti giudici *ratione temporis*, e ha al proposito affermato che "risulterebbe contrario al principio di effettività se dovessero risulterne per i singoli in questione, ciò di cui la verifica spetta al giudice nazionale, inconvenienti procedurali in termini, segnatamente, di costo [...] tali da

⁶⁹ C. giust. CE, 15 aprile 2008, causa C-268/06.

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti fondati sulla suddetta direttiva".

La Corte di giustizia è poi tornata in argomento con la sentenza *DEB* ⁷⁰, ove essa ha appunto statuito che "Spetta, al riguardo, al giudice nazionale verificare se le condizioni di concessione del gratuito patrocinio costituiscano una limitazione del diritto di accesso alla giustizia che lede la sostanza stessa di tale diritto, se tendano a uno scopo legittimo e se sussista un nesso ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito [e] Per valutare la proporzionalità il giudice nazionale può tener presente altresì l'entità delle spese giudiziali che devono essere anticipate e la natura dell'ostacolo all'accesso alla giustizia che esse potrebbero costituire, se sormontabile o insormontabile".

Nella sentenza *Edwards* ⁷¹, con riguardo alla Convenzione di Aarhus ⁷² che prevede il diritto a procedure "obiettive, eque, rapide e non eccessivamente onerose", la Corte di giustizia ha statuito che "il requisito inerente al procedimento « non eccessivamente oneroso », nel settore ambientale, contribuisce al rispetto del diritto ad un ricorso effettivo, sancito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché del principio di effettività secondo cui le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione".

Infine, nella sentenza *Toma* ⁷³, la Corte di giustizia è nuovamente tornata sul tema delle spese di giustizia, e, con riguardo all'art. 47 della Carta, ha statuito che "dalla giurisprudenza della Corte nonché da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo emerge che il diritto di ricorso ad un giudice non è un diritto assoluto e che, pertanto, può contenere restrizioni proporzionate che perseguano uno scopo legittimo e non pregiudichino tale diritto nella sua stessa sostanza, incluse quelle connesse al pagamento delle spese di giustizia", mentre con riferimento ai principi *Rewe* di effettività, ha affermato che "una normativa nazionale,

⁷⁰ C. giust. UE, 22 dicembre 2010, causa C-279/09.

⁷¹ C. giust. UE, 21 aprile 2013, causa C-260/11.

⁷² Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, firmata nella cittadina di Aarhus, in Danimarca il 25 giugno 1998.

⁷³ C. giust. UE, 30 giugno 2016, causa C-205/15.

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

come quella di cui al procedimento principale, qualora non esenti i soggetti che si avvalgono dei loro diritti derivanti dall'ordinamento giuridico dell'Unione dalle spese come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, nell'ambito di procedimenti di esecuzione forzata relativi a entrate pubbliche, non sembra rendere di per sé l'esercizio di tali diritti praticamente impossibile o eccessivamente difficile".

Sul rapporto tra i costi del giudizio e l'effettività della tutela si è espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Stankov*⁷⁴, ove essa ha statuito che la regola della soccombenza non costituisce una restrizione al diritto di agire in giudizio ed è perciò compatibile con l'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione, sempreché l'importo delle spese di giudizio non sia, in concreto, di impedimento effettivo all'esercizio di quel diritto.

7. In Italia, l'aumento (abnorme) dei tributi giudiziari fu motivato da dichiarati obiettivi deflattivi del contenzioso sugli appalti pubblici⁷⁵. Sicché, nel caso *Orizzonte Salute*, ne fu giustamente posta in dubbio la compatibilità con il diritto europeo. Il giudice amministrativo nazionale sostenne, invero, che "La compatibilità della normativa italiana sul contributo unificato in materia di contratti pubblici, con il diritto comunitario ed in particolare con la direttiva dell'Unione europea 89/665 (c.d. direttiva ricorsi), appare dubbia, sia perché l'aumento continuo e progressivo del contributo unificato, oltre ad avere un effetto dissuasivo in ordine alla contestazione degli esiti di gara, contrasta con i principi comunitari di proporzionalità e di divieto di discriminazione, nonché, soprattutto, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, sia perché la misura del contributo risulta del tutto sganciata dal valore

731

⁷⁴ C. eur. dir. uomo, 12 luglio 2007, Case of *Stankov V. Bulgaria*, ove si legge: "The requirement to pay fees to civil courts in connection with claims they are asked to determine cannot be regarded as a restriction on the right of access to a court that is incompatible per se with Article 6 § 1 of the Convention. However, the amount of the fees assessed in the light of the particular circumstances of a given case is a material factor in determining whether or not a person enjoyed his right of access".

⁷⁵ P. PATRITO, *Frais de justice et juge administratif*, cit., afferma al proposito del regime della tassazione dei ricorsi sugli appalti pubblici che l'abnorme incremento degli stessi è "La façon la plus simple pour réduire le nombre des recours! Surtout dans un moment où la politique voudrait assurer une plus grande liberté à l'Administration face au caractère considéré invasif de la justice administrative (on dit que le juge administratif « bloque les chantiers ») laquelle constituerait un obstacle à l'efficacité et rapidité de l'activité administrative et, au fond, au développement économique de l'Italie".

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

effettivo della causa, coincidendo talvolta anche coll'utile d'impresa preventivato in sede di partecipazione alla gara" ⁷⁶.

La Corte di giustizia, nella causa *Orizzonte Salute* ⁷⁷ ha, però, concluso che "L'articolo 1 della direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2007/66, nonché i principi di equivalenza e di effettività, non ostano né alla riscossione di tributi giudiziari multipli nei confronti di un amministrato che introduca diversi ricorsi giurisdizionali relativi alla medesima aggiudicazione di appalti pubblici né a che tale amministrato sia obbligato a versare tributi giudiziari aggiuntivi per poter dedurre motivi aggiunti relativi alla medesima aggiudicazione di appalti pubblici, nel contesto di un procedimento giurisdizionale in corso. Tuttavia, nell'ipotesi di contestazione di una parte interessata, spetta al giudice nazionale esaminare gli oggetti dei ricorsi presentati da un amministrato o dei motivi dedotti dal medesimo nel contesto di uno stesso procedimento. Il giudice nazionale, se accerta che tali oggetti non sono effettivamente distinti o non costituiscono un ampliamento considerevole dell'oggetto della controversia già pendente, è tenuto a dispensare l'amministrato dall'obbligo di pagamento di tributi giudiziari cumulativi".

Ancorché l'esito del giudizio sia, in effetti, insufficiente a contrastare una legislazione dichiaratamente in funzione deflattiva del contenzioso amministrativo sugli appalti pubblici, quel poco di risultato concreto è però utile a definire una teoria generale dell'imputazione dei costi legali.

Questo è, invero, il principio astratto affermato dalla Corte di giustizia: "la direttiva 89/665 non contiene alcuna disposizione attinente specificamente ai tributi giudiziari da versare da parte degli amministrati per proporre, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva medesima, un ricorso di annullamento avverso una decisione asseritamente illegittima relativa ad un procedimento di aggiudicazione di appalti pubblici [nondimeno], dato che siffatti tributi giudiziari costituiscono modalità procedurali di ricorso giurisdizionale destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione ai candidati ed agli offerenti lesi da decisioni delle autorità aggiudicatrici, essi non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665".

Dunque, quantunque la questione dei costi del processo (e, tra essi,

⁷⁶ T.r.g.a., Trento, 29 gennaio 2014, n. 23.

⁷⁷ C. giust. UE, 6 ottobre 2015, causa C-61/14.

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

i tributi giudiziari) appartenga all'autonomia procedurale degli Stati membri, non rientrando nella disciplina della direttiva 2007/66/CE sulle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici e dunque nella minore latitudine della competenza "in merito alla forma e ai mezzi" *ex art. 288 TFUE*, nondimeno anche in questo ambito, secondo l'insegnamento della Corte di giustizia, è più corretto impostare la questione in termini di competenza processuale funzionalizzata ⁷⁸, dovendosi valutare la concreta scelta processuale con riguardo ai noti principi *Rewe* di equivalenza e di effettività ⁷⁹ ⁸⁰, piuttosto che di una effettiva autonomia processuale, che in natura (quando sono coinvolte nel giudizio situazioni giuridiche soggettive definire da una norma comunitaria) non esiste.

Così che sono, senz'altro, da contrastare norme processuali e, soprattutto, sono da escludere interpretazioni delle stesse, in chiave deflativa del contenzioso, essendo indubitabilmente impedito dalla dottrina *Rewe* l'esercizio dell'autonomia processuale (*recte*: la competenza processuale funzionalizzata) per introdurre misure che abbiano a rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di azione e, con esso, l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE.

733

8. Sull'abbrivio di quanto statuito (sia pure con un inibito *self-restraint*) dalla Corte di giustizia nella sentenza *Orizzonte Salute*, il Consiglio di Stato, intervenendo in sede consultiva sull'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., prevedente l'onere di impugnare taluni atti endoprocedimentali nelle procedure di appalto pubblico ⁸¹, ha affermato che "tale onere di immediata impugnazione, dovrà essere compensato [...] con una rimodulazione del contributo unificato [perché] la Corte di giustizia dell'Unione europea è già intervenuta sulla misura del contributo unificato per i pubblici appalti, come previsto dalla legge italiana, riconoscen-

⁷⁸ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*: cit., 39.

⁷⁹ C. giust. CE, 16 dicembre 1976, causa 22/76.

⁸⁰ J. KROMMENDIJK, in *Is there light on the horizon*, cit., a commento della sentenza afferma: "This judgment is relevant, as it is the ECJ's first step in demarcating the discretion of EU Member States in determining the amount of court fees in areas where EU law applies. The ECJ examined the Italian scheme in the context of the procedural autonomy of Member States and the limitations thereto under the principle of effectiveness (« *Rewe effectiveness* ») and equivalence".

⁸¹ Come introdotto dall'art. 204, comma 1, lett. b), del d.lg. n. 50/2016, poi abrogato dall'art. 1, comma 22, lett. a), del d.lg. n. 32/2019.

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

done la legittimità comunitaria « a condizione » di una interpretazione caso per caso ispirata al criterio di proporzionalità”⁸².

Quel monito è stato del tutto disatteso dal nostro legislatore, che, nel nuovo regime dell’obbligo d’impugnazione degli atti endoprocedimentali (poi da ultimo opportunamente abbandonato con la novella del 2019), ha trascurato di intervenire sulla misura del contributo unificato dovuta su ricorsi coinvolgenti differenti atti della medesima sequenza procedimentale.

Tuttavia, quella è la strada da percorrere per rendere compatibile (necessariamente in una logica di compromesso e non di massimizzazione) gli opposti principi coinvolti nell’addebito delle spese di lite: la tutela piena del diritto controverso, da un lato, e l’effettività della tutela giurisdizionale e l’effetto utile dell’effetto diretto della norma UE di diritto sostanziale, all’altro.

734

Il principio di soccombenza (coessenziale al principio della tutela piena del diritto controverso) è compatibile con l’effettività della tutela giurisdizionale e l’effetto utile dell’effetto diretto della norma UE solo a condizione che la soluzione sia affidata a una “interpretazione caso per caso ispirata al criterio di proporzionalità”.

In questo senso militano pure le Conclusioni dell’Avvocato Generale Jääskinen nella causa Orizzonte Salute⁸³, ove, appunto, si legge che “Il principio di effettività, nel senso del divieto, sancito a carico degli Stati membri nella sentenza San Giorgio, di istituire norme procedurali che rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione, non comporta alcun test di proporzionalità [mentre] Il diritto al « sindacato giurisdizionale » e all’accesso alla giustizia ai sensi dell’articolo 47 della Carta [...] sono soggetti al tradizionale criterio della limitazione che comporta l’analisi della circostanza se le misure che lo circoscrivono siano previste dalla legge e se le stesse soddisfino i requisiti derivanti dal principio di proporzionalità, vale a dire il perseguimento di uno scopo legittimo, la necessità, l’idoneità allo scopo e la caratteristica di essere circoscritte a quanto imposto per perseguire lo scopo legittimo. Ciò si riflette attualmente nell’articolo 52, paragrafo 1, della Carta”.

Ciò che l’opportuno intervento della Corte costituzionale del 2018 —

⁸² Cons. Stato, Commissione Speciale, parere n. 464 del 21 marzo 2016.

⁸³ Conclusioni dell’Avvocato Generale Nilo Jääskinen nella causa C-61/14.

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

che con la sua sentenza additiva ha reintrodotto nel nostro ordinamento processuale una fattispecie definita attraverso un concetto giuridico indeterminato (“gravi ed eccezionali ragioni”) — consente al giudice di fare, utilizzando il margine di valutazione discrezionale, connaturato all’interpretazione valutativa della clausola generale, non già sulla scorta di una sua opinabile stima comparativa dei valori in gioco, bensì nella corretta applicazione, nel caso concreto, del principio di proporzionalità (con riguardo al principio di tutela giurisdizionale effettiva) e di ragionevolezza (con riferimento invece al principio di effettività)⁸⁴, inteso come bilanciamento della misura processuale sotto esame con altre esistenti nell’ordinamento nel suo insieme⁸⁵.

Conforto su questa conclusione, ancora una volta, si ritrae dall’analisi della questione in una prospettiva di diritto comparato.

Al proposito, la Corte costituzionale spagnola, chiamata a giudicare della compatibilità del principio di soccombenza⁸⁶ con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ha, appunto, statuito che “contrariamente a quanto generalmente stabilito dalla legge comparata, il legislatore [spagnolo] non ha stabilito come regola generale, in particolare in primo grado, la condanna alla rifusione delle spese di lite secondo il criterio obiettivo della soccombenza, e, al contrario, lo collega alla temerarietà o alla malafede del soccombente. L’uso prevalente di quest’ultimo criterio non trasforma, tuttavia, l’istituto della soccombenza in una misura sanzionatoria, ma limita semplicemente, in risposta a criteri soggettivi, la responsabilità del soccombente rispetto al pagamento delle spese del processo.

735

⁸⁴ J. KROMMENDIJK, in *Is there light on the horizon*, cit., afferma al proposito che: “as Advocate General Jääskinen also noted in his Opinion in *Orizzonte*, the PEJP is subject to the limitation test laid down in Article 52(1) Charter. An infringement of Rewe effectiveness could be justified by way of the so-called procedural rule of reason (also known as the Van Schijndel test). When performing this test, the ECJ conducts a contextual analysis of the legal system of the Member State, which means that the system of procedural rules as a whole could compensate for situations in which the rule as such makes it «virtually impossible or excessively difficult» to exercise EU rights”.

⁸⁵ J. KROMMENDIJK, in *Is there light on the horizon*, cit..

⁸⁶ In quel sistema, peraltro, nei contenziosi amministrativi di primo grado, il soccombente è tenuto a rifondere le spese di lite a favore della parte pubblica, solo in caso di mala fede o di lite temeraria. In questo senso, l’art. 139 della Ley 29/1998, *reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa* statuisce che “En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se impondrán las costas a la parte cuyas pretensiones hayan sido desestimadas cuando de otra manera se haría perder al recurso su finalidad”.

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

Da un altro punto di vista, non si può ammettere che nella fattispecie vi siano persino indicazioni di violazione del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva proclamata dall'art. 24.1 della Costituzione. E vero che questo diritto fondamentale può essere violato da norme che impongono condizioni di accesso alla giurisdizione che impediscono o ostacolano l'esercizio del diritto, ma ciò solo se gli ostacoli legali siano inutili ed eccessivi e carenti di ragionevolezza e proporzionalità rispetto agli scopi che il legislatore può perseguire legalmente entro il quadro della Costituzione; e si deve anche affermare che, in astratto, può anche costituire una violazione del suddetto diritto fondamentale, l'imposizione di requisiti o conseguenze impeditive o di ostacolo, ma [...] puramente limitative o dissuasive dell'esercizio delle azioni e dei ricorsi per la difesa giurisdizionale di diritti e interessi legittimi; ma, con maggior ragione, tale violazione costituzionale è concepibile solo se i requisiti legali o le conseguenze dell'esercizio dell'azione o del ricorso fossero irragionevoli o sproporzionati o il risultato limitante o dissuasivo derivato da essi comporterebbe un reale impedimento a detto esercizio”⁸⁷.

736

Perciò, conclusivamente: (i) è da escludere la compatibilità costituzionale e comunitaria della rigorosa applicazione del principio di soccombenza, senza che sia consentito al giudice di calibrare in concreto la pronuncia sul rimborso delle spese di lite in modo tale da evitare che il rischio di soccombenza costituisca una remora eccessiva all'esercizio

⁸⁷ *Tribunal constitucional*, 19 febbraio 1986, n. 171, ove si legge: “En nuestro ordenamiento, al contrario de lo que se establece en general en el Derecho comparado el legislador no haya establecido como regla general, sobre todo en la primera instancia, la condena en costas según el criterio objetivo del vencimiento y que, por el contrario, la anude a la temeridad o mala fe del condenado. La utilización prevalente de este último criterio no transforma, sin embargo, el instituto de la condena en costas en una figura sancionatoria, sino que simplemente limita, en atención a criterios subjetivos, la responsabilidad del vencido respecto al pago de los gastos del proceso. Desde otro punto de vista, tampoco puede admitirse que en el presente caso existan siquiera indicios de violación del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado por el art. 24.1 de la C.E. Es cierto que este derecho fundamental puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución; e incluso debe afirmarse que, en abstracto, también puede constituir una violación del citado derecho fundamental la imposición de requisitos o consecuencias no ya impeditivas u obstaculizadoras, sino [...] meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de las acciones y recursos legalmente habilitados para la defensa jurisdiccional de derechos e intereses legítimos; pero, con mayor razón, tal violación constitucional sólo es pensable si los requisitos o consecuencias legales del ejercicio de la acción o recurso fueran irrazonables o desproporcionados o el resultado limitativo o disuasorio que de ellos deriva supusiera un impedimento real a dicho ejercicio”.

PRINCIPIO DI SOCCOMBENZA VS. EFFETTO UTILE

giurisdizionale dei propri diritti; (ii) l'ampia latitudine che il sintagma indeterminato delle "gravi ed eccezionali ragioni" (ora, in effetti, meno lato degli originari "giusti motivi") assegna all'interpretazione valutativa del giudice deve ispirarsi ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità, e deve opportunamente valorizzare la specificità del processo amministrativo, ove è più direttamente coinvolto l'interesse pubblico e più stretto è il nesso con l'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE di diritto sostanziale, così com'è reso evidente dalla sentenza *Van Gend & Loos* (la vigilanza dei singoli quale strumento di controllo sulla legalità dell'azione dei pubblici poteri); (iii) sono da escludere, in quanto, soprattutto, in contrasto con i canoni *Rewe* a conformazione dell'autonomia processuale degli Stati membri, interpretazioni del concetto giuridico indeterminato delle "gravi ed eccezionali ragioni" che inducano ad assegnare al principio di soccombenza un'impropria funzione deflattiva del contenzioso amministrativo; (iv) l'obbligo di analitica (e non stereotipata) motivazione della scelta di compensare le spese di lite, in deroga al generale principio di soccombenza, bene potrebbe essere assolto nel richiamo ai casi specifici (ma, invero, di generale applicazione all'interno del processo amministrativo) elaborati dalla giurisprudenza inglese sui *protective costs orders* (importanza pubblica della questione, interesse pubblico alla decisione, l'esercizio dell'azione a tutela di un interesse diffuso, la situazione di vantaggio economico del convenuto).

737

A questo ultimo proposito si potrebbe, anzi, giungere a una soluzione che, nel rispetto del canone costituzionale dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (e di ogni loro concreta statuizione), abbia a semplificare l'onere motivazionale del giudice amministrativo. Si potrebbe, invero, sostenere che, essendo quelle situazioni (eccezionali per il processo civile, ma) normalmente ricorrenti all'interno del contenzioso amministrativo, la compensazione delle spese di lite debba costituire la regola ordinariamente applicata all'interno del processo amministrativo, dovendosi semmai motivare la condanna della parte soccombente all'integrale rifusione delle spese di lite.

Ciò che (all'esito di un approccio superficiale) potrebbe sembrare in antinomia con la disciplina processuale codificata, dove la regola è segnata al principio di soccombenza (art. 91 c.p.c.) e l'eccezione è la compensazione (art. 92 c.p.c.), ma che, invece, è la piana applicazione dell'obbligo di interpretazione conforme *ex art. 4 TUE* a protezione dei principi *Rewe* di equivalenza e di effettività, quali parametri insuperabili

DOTTRINA

MASSIMO GIAVAZZI

(e non ignorabili) di ogni corretta esegesi normativa che coinvolga anche situazioni giuridiche soggettive definite dalla norma UE, rispetto alla cui tutela giurisdizionale l'autonomia processuale degli Stati membri si declina in una assai meno lata competenza processuale funzionalizzata⁸⁸.

Bisogna, invero, evitare che le porte del tribunale, anziché aperte a tutti come quelle dell'Hotel Ritz, siano invece accessibili solo agli audaci⁸⁹, come i campi di battaglia delle epopee greche: a chi non abbia timore di mettere a repentaglio con la sua iniziativa processuale l'intera propria esistenza, o, perlomeno, una parte significativa del proprio personale patrimonio, per di più, magari, a tutela di un interesse concreto che non gli appartiene, se non come anelito ideale di giustizia. Per secolare tradizione i giudici potevano derogare alla rigorosa applicazione del principio di soccombenza (*victus victori*) per ragioni di equità e di equanimità. Negli ultimi anni (2005, 2009, 2014) il legislatore nazionale è intervenuto per ben tre volte a disciplinare la norma (l'art. 92 c.p.c.) attraverso cui si esprime, in concreto, il principio di soccombenza. I continui interventi del legislatore hanno, via via sempre più, ridotto sino a eliminare il potere discrezionale del giudice di compensare le spese per ragioni di equità. Ciò per dichiarati ed evidenti obiettivi di deflazione del contenzioso. Questo è deprecabile in assoluto. Lo è di più con riguardo al processo amministrativo, regolato da quella stessa disciplina del processo civile (art. 26 c.p.a.), quantunque qui il singolo che agisce in giudizio tuteli anche un interesse collettivo alla protezione della legalità obbiettiva. Vi sono, tuttavia, plurime ragioni per dubitare che l'applicazione rigorosa del principio di soccombenza sia adeguato al perseguimento dell'*effet utile* della norma UE. Ciò che rende necessaria una rilettura della norma processuale nazionale in senso conforme ai principi e alle norme comunitari e, nel caso, persino la sua disapplicazione per contrasto con gli stessi.

738

⁸⁸ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, cit.

⁸⁹ J. E. BONINE, *Best Practices*, cit., il quale spiega che "It applies in one form or another throughout much of Latin America, Europe, Asia, and Africa (although not in the United States, with one exception)", riferisce di una vicenda processuale paradigmatica: "In the United Kingdom the policy is in theory available to citizens who win a lawsuit, but in reality it is sometimes applied against citizens with little mercy, leading them to be afraid even to start litigation. For example, in a case in U.K. challenging a governmental decision that would be destructive of farmland, in order to provide an access road to a college, the lawyers for the college informed the individuals challenging the decision that by the time the case had reached the High Court they had already incurred costs of £127,000. The individuals were at risk of losing their houses if they continued. They did continue, and they ultimately won the case, but others are not likely to be so brave. Colleagues have characterized this policy as « the major barrier » in U.K.".