

# Azione, “abuso processuale” ed “equa” condanna pecuniaria (art. 26 del c.p.a. approvato con d. lgs. n. 104 del 2010)

di

Dino Nazzaro  
Cons Tar Pescara

Pubblicato sul sito il 14 marzo 2011

*Leges a omnibus intelligi debent.  
Actio, enim, est ius perseguendi in iudicio  
quod sibi debetur. Non videtur vim nec dolum facere,  
qui iure suo utitur, et ordinaria actione experitur*

**SOMMARIO:** Azione e tempo (*Sistema-Giustizia, Diritto e Processo*). I Principi di soccombenza, di causalità e di responsabilità. Le spese di causa ed il processo amministrativo ( art. 26, comma 1°, c.p.a. ; artt. 91, 92, 93, 94, 96 e 97 c.p.c). La responsabilità processuale aggravata (artt. 88, 89, 96 c.p.c.. *L' illecito processuale e la sanzione pecuniaria da parte del giudicante*). L'art. 26 c.p.a. (*risarcimento, riparazione, punizione ed etica giudiziaria. “Acerba dicta in fundo”*).

## AZIONE E TEMPO

IL diritto è l'azione dell'uomo nel mondo storico  
(G. Capograssi).

\_\_L'azione giudiziaria, quale diritto potestativo con cui l'interessato pone in essere le condizioni per realizzare la sua “aspettazione di un bene della vita, garantita dalla volontà dello Stato” <sup>1</sup>, è un atto di responsabilità personale che presuppone un

---

<sup>1</sup>= G. CHIOVENDA. *Principi di diritto processuale civile* (1923). Jovene, Na, 1980 (ristampa anastatica con prefazione di V. Andrioli), p p. 29, 30, 43, nonché la sua prolusione bolognese del 3.2.1903: “L'azione nel sistema dei diritti”, ricordata da S. SATTA. *Giuseppe Chiovenda (nel centenario della nascita), Dir. e società, 1973 (1), p p. 61/72*, che definisce Chiovenda un “poeta – giurista” che, sulla scia di A. Rosmini e G. Capograssi, considera “il diritto qualche cosa che attuandosi giova al soggetto”. J. GOLDSCHMIDT. *Problemi generali del diritto. Opera postuma tradotta da T. Ravà, Cedam, Pd, 1950*, teorizza la cd. azione - aspettativa; N. TROCKER. *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo – I^ parte. Riv. trim. dir. proc. civ., 2007 (1), p. 35*, ricorda come l'azione sia essa stessa diritto primario dell'uomo.

In argomento, per gli aspetti generali ed approfondimenti: S. SATTA. *Commentario al codice di procedura civile. Vallardi, Mi, 1959/71*; V. ANDRIOLI. *Diritto processuale civile. Jovene, Na, 1979*; E. T. LIEBMAN. *Manuale di diritto processuale civile – I principi. Giuffré, Mi, 2007*; A. PROTO PISANI. *Lezioni di diritto processuale civile. Jovene, Na, 2008*; G. VERDE. *Profili del processo civile, 3 voll. Jovene, Na, 2008 e idem. Diritto processuale civile, 4 voll. Zanichelli, Bo, 2010*; F. P. LUISO. *Diritto processuale civile, 4 voll. Giuffré, Mi, 2009*; G. MONTELEONE. *Manuale di diritto processuale civile, 2 voll. Cedam, Pd, 2009*; C. MANDRIOLI. *Diritto processuale civile, 4 voll. Giappichelli, To, 2009* e dello stesso autore, in collaborazione con A. CARRATTA. *Corso di diritto processuale civile, 3 voll. Giappichelli, To, 2009/2010*; C. PUNZI. *IL processo civile. Sistema e problematiche, 4 voll. Giappichelli, To, 2010*; G. CONSOLO. *Spiegazioni di diritto processuale civile, 3 voll. Giappichelli, To, 2010*; L.

interesse valido ed effettivo (art.100 cpc), non potendo il processo rappresentare un inutile aggravio per il *Sistema – Giustizia*, inteso come apparato funzionale con i suoi “tempi” e “costi”.

IL “tempo”, insieme allo “spazio”, è la dimensione esistenziale dell’uomo (*c’è un tempo per ogni faccenda sotto il cielo: Qo – 3,1*) che, se spesso è un *ignaro consumatore del diritto (ex facto oritur jus)*, certamente deve essere un *consapevole attore del giudizio* che, come ogni attività (pubblica e/o privata), è un evento che ha una sua durata, determina un logorio psichico (*quid juris?*), pone problemi “economici”<sup>2</sup> e spesso allontana la “verità processuale”, tutta concentrata sulla “prova” (*narra mihi factum, dabo tibi ius*), che, se può avvalersi dei “nuovi saperi”, esige sempre il paziente e tempestivo accertamento, fatto di scienza e tecnica, ma soprattutto di un’analisi che va di particolare in particolare, anche se l’esito sarà solo e sempre “l’attendibilità”, non la certezza oggettiva.

La legge positiva, invero, stabilisce la regola, ma sarà l’interprete, in quanto uomo di pensiero, d’azione e di sentimenti, a porsi il discorso legale, che è sempre “filosofico”, dovendo convertire i valori storico – sociali in termini giuridici, al fine di realizzare il “diritto” come “scienza umana” evolutiva<sup>3</sup>.

IL diritto è stabile ma non immobile, è quotidiana esperienza giuridica che si fa consuetudine, norma, sentenza (*tridimensionalità gnoseologica*) ed acquista tanto più valore, quanto più si fa pratica concreta delle “idee di giustizia”, che, trasfuse nei principi normativi, diviene scienza positiva e diritto vivente (*attuazione ermeneutica*), teso a bilanciare la libertà di autodeterminazione con la necessaria coesistenza col volere degli altri (I. Kant).

Gli atti e/o comportamenti producono effetti giuridici interrelazionali (*hominis homini proportio*) e rappresentano la fenomenologia dell’agire umano (*tempus regit actum*), che sarà acquisizione e/o perdita di un diritto (usucapione e prescrizione), ovvero permanenza, continuità, periodicità, sospensione, interruzione, decadenza e scadenza, intrecciandosi in “rapporti”, “procedimenti amministrativi” o “processi giudiziari”<sup>4</sup>.

---

**MONTESANO – G. ARIETA – F. DE SANTIS.** *Corso base di diritto processuale civile.* Cedam, Pd, 2010; **P.P. COMOGLIO - C. FERRI – M. TARUFFO.** *Lezioni sul processo civile.* IL Mulino, Bo, 2011.

<sup>2</sup>= **D.D. FRIEDMAN.** *L’ordine del diritto.* IL Mulino, Bo, 2004, presuppone norme giuste ed efficaci; **F. CIPRIANI.** *IL processo civile nello Stato democratico .* Esi, Na, 2006, p. 33; **AA.VV.: IL mercato delle regole. Analisi economica del diritto, 2 voll.** IL Mulino, Bo, 2006; **G. NAPOLITANO – M. ABRESCIA.** *Analisi economica del diritto pubblico.* IL Mulino, Bo, 2009.

<sup>33</sup>= **G. RADBRUCH.** *Introduzione alla scienza del diritto.* Giappichelli, To, 1961; **B. ROMANO.** *IL riconoscimento come relazione giuridica fondamentale.* Rm, 1987; **P. LEGENDRE.** *IL giurista artista della ragione.* Giappichelli, To, 2000; **U. SANTARELLI.** *Ubi societas, ibi ius.* Giappichelli, To, 2011. **Il giurista puro e semplice è analitico e legale, R. POUND.** *Giustizia, diritto, interesse.* IL Mulino, Bo, 1962, p. 50; **U. SCARPELLI.** *Filosofia analitica e giurisprudenza.* Nuvoletti, Mi, 1953.

<sup>4</sup>= **M. LEONE.** *IL tempo nel diritto penale sostantivo e processuale.* Jovene, Na, 1974; **B. TROISI.** *La prescrizione come procedimento.* Esi, Na, 1980; **AA.VV. (L. Viola): Prescrizione e decadenza.** Cedam, Pd, 2009.

IL tempo fisiologico scorre naturalmente “*usque ad exitum*”, con un inizio ed una fine, cui conseguono effetti patologici, quali l’inefficacia, l’esaurimento e la consolidazione, poiché “*tempus omnia edax*”; ogni suo arresto è solo *fictio juris*, come allorquando si neutralizzano gli effetti *ex post* (provvedimento “ora per allora”), ovvero si blocca la scadenza per consentire la conclusione di trattative ad oltranza; l’inerzia, infine, è il tempo inattivo che si traduce nelle “omissioni” e nella realtà giuridica del “silenzio”<sup>5</sup>.

L’art. 97 cost. considera il “tempo” come metro di efficienza dell’attività amministrativa<sup>6</sup>; il giudicante, però, deve essere il rigoroso paladino del principio *in iudicando criminosa celeritas est*, perché la giustizia se è rapida non mai sicura, in quanto il processo deve essere un *procedere* “fare un passo dopo l’altro”<sup>7</sup>, anche se

---

<sup>5</sup>= V. PARISIO. *I silenzi della pubblica amministrazione*. Giuffrè, Mi, 1996; M. MORGANTINI. *IL silenzio della pubblica amministrazione*. [www. Giustizia - amministrativa.it /documentazione/ studi\\_contributi/ 2010 - 4](http://www.Giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010-4).

<sup>6</sup>= A. VICARI. *I tempi della pubblica amministrazione*. Nuova Rass., 2010 (23-24), p. 2351.

<sup>7</sup>= F. CARNELUTTI. *Come si fa un processo*. Eri, To, 1961, p. 15, che ricorda l’insidia sempre presente dell’errore giudiziario, che non è solo del processo penale; C. D’ANGELANTONIO. *Confidenze d’avvocato*. Eri, To, 1955, p. 119; S. CHIARLONI. *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*. Riv. trim. dir. proc. civ., 2008, p. 129; J. VERGES. *Gli errori giudiziari*. Liberilibri, Mc, 2011, che stigmatizza i comportamenti pregiudiziali ed individua nella ricerca della colpevolezza e non dell’innocenza, l’errore fondamentale del processo penale. Da segnalare il testo di A. DE FRANCESCO. *IL giusto processo criminale come teatro di verità e giustizia*. Ed. Farediritto e-book, Bo, 2011, cap. I, § 1.4 e § 1.4.3, sul processo ideale che deve garantire la verifica razionale dell’agire statale e deve essere fondato su un *giusnaturalismo processuale*. Di rilievo è la sentenza (Cass. Pen., V, n. 3674/11.2.2011) che ha condannato per diffamazione il cronista che, oltre i fatti accaduti, fa una prognosi personale su fatti che dovrebbero ancora accadere, per orientare il lettore in chiave colpevolista, facendo un uso distorto del diritto di cronaca.

J. W. Goethe considera come “massima disgrazia della nostra epoca”, il non permettere “ad alcunché di pervenire a maturità”, perché il “fatto” che si vede si consuma “nell’istante prossimo” e si spreca i giorni e si vive sempre alla giornata, senza combinare nulla” (Lettera - novembre 1825). D. FUSARO. *Essere senza tempo. Accelerazione della storia e della vita*. Bompiani, Mi, 2010, ricorda che ormai si vive il “tempo senza tempo”, dove tutto corre in modo scomposto ed a ritmi elettrizzanti (cd. filosofia della fretta), senza la serena riflessione della “pazienza del concetto”, con un’evidente “ipertrofia dell’aspettativa” (cap. I, § 3) e la “tirannia dell’istante” postmoderno (cap. V, § 1) che ha eternizzato il presente, desertificando l’avvenire (cap. 5, § 5); tra il *carpe diem* ed il *tempus fugit* emerge “l’elogio della tartaruga”. M. Heidegger, nel suo capolavoro “Essere e Tempo” (1927), aveva già prefigurato l’inquietante forma di un perenne essere senza tempo; un processo che ha avuto nella “rivoluzione industriale” e nell’illuminismo francese la sua accelerazione per un futuro visto come “luogo di realizzazione di progetti, di emancipazione e di perfezionamento”. La post-modernità, vanificando l’avvenire, ha nichilisticamente reso eterno il presente, senza fini e destinazioni.

L’era digitale è “omni-comunicazione” (costantemente connessa), dove l’immagine prevale sulla scrittura; la “società conversativa” informa immediatamente e non fa riflettere, la cultura mediatica della “società digitale” è una post-cultura e considera internet “l’ultimo mondo libero” dove ciascuno può esprimersi ed essere “contropotere alle autorità costituite”. Vi sono due realtà: la contingente e la virtuale con le sue “contro-verità”; la persona è deprivata della coscienza e della verità, non ha più diritto di sapere e di scegliere, né può essere se stesso; alla trascendenza si è sostituito “l’omni-digitale”. J. RATZINGER. *Collaboratori della verità*, S. Paolo, Mi, 1994; D. TAPSCOTT. *Net generation. Come la generazione digitale sta cambiando il mondo*. Angeli, Mi, 2011, la “net.generation” rappresenta la “digital nomad”, solo interpersonalità, nessuna privacy.

ciò non significa affatto pendenze annose ed arretrati abnormi, che annullano il valore stesso della Giustizia, al pari di ogni *abuso del processo*; entrambi, infatti, sono fattori negativi per l'efficienza processuale<sup>8</sup>.

Nel processo confluiscono, invero, oltre al diritto, l'etica (regole deontologiche e morali) e l'economia (esigenze processuali di tempi e costi); per tale ultimo binomio si è coniato il termine *ecometica* (L. Nicotra)<sup>9</sup>.

\_\_Il diritto utilizza l'azione per dare "obiettività alla libertà umana", per lottare contro l'arbitrio e l'illegalità, non certo per mero spirito di litigiosità e/o possibili attese economiche, legate al "*dum pendet*"<sup>10</sup>.

IL diritto non è pensabile fuori dal processo, perché la norma sostanziale è astratta e statica, priva di ogni soffio umano che solo la *jurisdictio* è in grado di vitalizzare e dimensionarlo a misura della persona; l'azione è il motore di ogni pretesa ed il processo si serve della legalità per ottenere un risultato di Giustizia; alla sua autonomia, rispetto al diritto che si fa valere in giudizio, si accompagna la

---

<sup>8</sup>= N. PICARDI. *Manuale del processo civile*. Giuffrè, Mi, 2006, p. 215. IL "principio di abuso del diritto e/o processo" vuole essere un limite al brocardo *qui jure suo utitur, neminem laedit*, per vietare ogni uso distorto dell'azione giudiziaria, più ampiamente *infra sub nota* 43.

<sup>9</sup>= P. GIANNITTI. *Principi di deontologia giudiziaria*. Cedam, Pd, 2002; G. HAZARD – A. DONDI. *Etica della professione legale*. IL Mulino, Bo, 2005; G. CAPOZZI. *Diritto e morale come leggi del fare*. Satura, Na, 2006 ed *idem*. *Leggi "scritte" e "non scritte" del fare*. Diritto, scienza, religione, morale. Satura, Na, 2007. La vita è permeata di una costellazione di regole che sono alla base delle nostre determinazioni, F. SCHAUER. *Le regole del gioco*. IL Mulino, Bo, 2000.

IL Diritto si stacca dalla teologia nel XIII sec. d.c., per collegarsi alla Politica fino al sec. XIX, col tentativo di U. Grozio di renderlo autonomo in base alla sua naturalità; la Libertà lo ha poi riaccumunato all'Etica ed alla Politica, in nome dei diritti umani della persona, il "ponte essenziale" della "vita buona" ed il nuovo Ethos mondiale, AA.VV. *Diritti dell'uomo e società internazionale*. Vita e Pensiero, Mi, 1983 G. LIMONE. *Dal giusnaturalismo al giuspersonalismo. Alla frontiera geoculturale della persona come bene comune*. Graf - Università, Na, 2005, p. 79.

<sup>10</sup>= R. JHERING. *La lotta per il diritto*. Laterza, Ba, 1960, p. 43, contesta di aver voluto farsi apologeta delle cause all'infinito; P. CALAMANDREI. *Troppi avvocati*. Ed. La Voce, Fi, 1921, determinano le cause in eccesso; un dato questo ricordato recentemente dal presidente della Cassazione (E. Lupo) nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011, parlando di un numero di avvocati "enormemente superiore ai bisogni sociali" (rapporto di 32 avvocati per un giudice, mentre in Francia è 8 ad uno ed in Inghilterra 5 ad uno), con 332 legali per 100mila abitanti. IL prof. G. Alpa, presidente nazionale degli avvocati, ha ricordato come la riforma dell'ordinamento forense prevede limiti per l'accesso e controlli sull'effettivo esercizio professionale, mentre la *media-conciliazione* dovrebbe deflazionare il contenzioso giudiziario, [www.cortedicassazione.it/documenti-2011](http://www.cortedicassazione.it/documenti-2011). G. ARMONE - P. PORRECA. *La mediazione tra processo e conflitto*. Foro It., 2010, V, p. 95; M. FABIANI. *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*. [www.ipsoa.it/MediazioneCivile/pdf/Fabiani.pdf](http://www.ipsoa.it/MediazioneCivile/pdf/Fabiani.pdf), A. CALCAGNO. *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*. Ed. Filodiritto e.book, Bo, 2011, che illustra e commenta il D.lgs. n. 28/4.3.2010 ed il D.M. (Giustizia) 18.10.2010 n. 180. F. Carnelutti (*Teoria generale del diritto*. Soc. ed. "Foro Italiano", Rm, 1951, p. 20) adopera il termine "lite", ritenendolo più espressivo di contesa e/o controversia e/o causa, da ricomporre sul piano economico ed etico, mediante il diritto; *idem*. *Diritto e processo*. Morano, Na, 1958, P. CALAMANDREI. *IL concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*. Riv. dir. proc. civ., 1928, I, p. 1, 89; *idem*. *Gli avvocati e il duello*. Riv. dir. proc. civ., 1941, I, p. 362; *idem*. *IL processo come giuoco*. Riv. dir. proc. civ., 1950, I, p. 23.

strumentalità, essendo l'unico mezzo che permette al giudice di risolvere la causa, attuando la volontà della legge nel caso specifico <sup>11</sup>.

La posizione sostanziale presupposta è rappresentata dalla situazione giuridica (diritto soggettivo e/o d'interesse legittimo), mentre il processo si pone come una progressione e, quindi, un'*aspettativa*, rappresentata dallo "stato di speranza di una persona rispetto ad una decisione giudiziaria futura" (J. Goldschmidt); lo stato di attesa psicologica è co-esistenziale alla "dinamica processuale", tesa alla conclusiva sentenza finale.

L'azione si rivolge al giudice (art. 99 cpc), cui spetta far passare la pretesa individuale dal potenziale mondo dell'immaginario a quello del reale, attuando la pienezza della giurisdizione (artt. 24, 111, 113 cost.) <sup>12</sup>.

IL processo costituisce la realtà ordinativa del diritto sostanziale e ciascun soggetto è un mediatore dell'ordinamento che viene a dare "concretamento" alla legge <sup>13</sup>, consentendo l'intervento del giudice, la cui attività è bene espressa dalla formula tecnica *nemo iudex sine actore*.

La situazione soggettiva primaria, se non riconosciuta volontariamente, trova il suo riflesso nel processo, creandosi quel rapporto pubblico trilaterale che *vertit ad unum*: il *decisum*; lo scopo e l'esito del giudizio, che dovrebbe dare la certezza giuridica mediante l'oggettivazione del *dictum* astratto e generale <sup>14</sup>.

L'esercizio dell'azione significa che nessuno (parti e giudice) può porsi sopra il diritto; una volta esercitata, subentra la *viva vox iudicis* (diritto vivente); F. Carnelutti

---

<sup>11</sup>= N. PICARDI. *Manuale cit.*, p. 125; G. CALCATERRA. *Quando la norma incontra il fatto. Riv. notariato*, 2005 (3), p. 439, nasce l'ermeneutica giuridica, mediante la comprensione – intuizione, da parte del giudice della *legis voluntas*. L'interpretazione dà la struttura logica alle sentenze giudiziali, all'argomentazione giurisprudenziale che passa attraverso il testo normativo, le lacune e le antinomie, P. CHIASSONI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica. IL Mulino, Bo, 2007*, sempre più complicata da una normazione alluvionale e precaria, AA. VV ( A. Natalizi – G. Tiberi). *La tela di Penelope. IL Mulino, Bo, 2010*.

<sup>12</sup>= La giurisdizione comprende le diverse tutele *apud iudicem* di ogni situazione soggettiva, assicurandone l'effettività; di qui la sua estensione ad ogni norma che dà contenuto al potere giudicante e ne stabilisce le forme in cui esso si estrinseca (art. 111 cost., comma 8°). Spetta alle SS.UU. della Cassazione interpretare la norma attributiva della tutela giurisdizionale e verificare la concreta erogazione, ovvero l'adempimento del vincolo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale (Cass. S.U. n. 30254/23.12.2008), AA.VV ( P. Corder). *Quante magistrature oggi, quale magistratura domani. Cedam, Pd, 2010*.

<sup>13</sup>= L'espressione è di S. Satta che si autodefinisce (*Soliloqui e colloqui di un giurista. Cedam, Pd, 1968*, p. XV) come *l'enfant terrible* che è succeduto, nella cattedra patavina, al *vieux terrible* F. Carnelutti; entrambi hanno conferito alla scienza giuridica un alto valore "morale"; C. CARDIA. *Religione e religiosità in Salvatore Satta. Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003 (3), p. 777, ricorda come per il "maestro" la legge ed il giudizio sono utopie che possono accostarsi alla verità, ma ciò "che più conta è che sappiano recepire le aspirazioni migliori della vita umana". M. TURRINI. *La coscienza e le leggi. IL Mulino, Bo, 1991*; N. IRTI. *Diritto senza verità. Laterza, Rm – Ba, 2011*, essendo esso un prodotto artificiale della volontà, senza fondamenti ultimi, dominato più dalla forza e/o potere, che dalla ragione.

<sup>14</sup>= P. CALAMANDREI. *Verità e verosimiglianza nel processo civile. Riv. dir. proc. civ.*, 1955, I, p.164; S. SATTA. *IL processo nell'unità dell'ordinamento*, in *Soliloqui cit*, p.116.

parla del giudice come un poeta che intuisce *ultra facta*<sup>15</sup>, un artista creativo del diritto “*ars boni et aequi*”, in cui la Giustizia si coniuga con la Carità<sup>16</sup>; è il Carnelutti metagiuridico e/o teogiuridico<sup>17</sup>, convinto che *parva sapientia regitur mundus* e fa attuale l’insegnamento paolino: tre cose rimangono “la fede, la speranza e la carità, ma di tutte più grande è la carità”<sup>18</sup>.

S. Satta, da parte sua, stigmatizza il giudice “pensatore cerebrino” ed A. France ritiene che “il metodo che consiste nell’esaminare i fatti secondo le regole della critica è inconciliabile con la buona amministrazione della giustizia”, perché “se il magistrato avesse l’imprudenza di seguire questo metodo, i suoi giudizi dipenderebbero dalla sua saggezza personale, che il più delle volte è minima, e dalla fallibilità umana, che è costante”<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup>= L’intuizione dovrebbe assicurare la “verità – realtà”, attraverso una luce interiore che fa intravedere la soluzione, oltre le verità scientifiche; questo sarebbe per F. Carnelutti il giudice ideale (*Torniamo al giudizio. Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 32)..

<sup>16</sup>= F. CARNELUTTI. *Arte del diritto. Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffrè, Mi, 1958, p. 130; *idem. Arte e scienza. Sansoni, Fi*, 1957; *idem. Come nasce il diritto. Eri, To*, 1961, pp. 7, 37, 61, 92, il giudice deve completare la legge, il “prodotto semilavorato” col “giudizio”, l’autentica scienza del diritto, di cui il giudice è il “Cireneo”, perché *de-cidere* è tagliare per mezzo per dare *unicuique suum*; *idem. Vita d’avvocato. Eri, To*, 1961, pp. 8, 31, 37, 49, 55, 73; *idem. I valori giuridici del messaggio cristiano. Cedam, Pd*, 1950; *idem. Giustizia e Carità*, in “*Discorsi intorno al diritto*”, vol. III, Cedam, Pd, 1961; F. CALASSO. *Metodo e poesia. Conversazione con Francesco Carnelutti. Riv. ital. per le scienze giuridiche*, vol. LXXXIX, 1952/53, pp. 388/96, ricorda che la Verità micat in vertice e non bisogna illustrarla, mentre il metodo giuridico è solo un modo di ricerca, che ha nel processo la sua tecnica; N. IRTI. *La “metodologia del diritto” di Francesco Carnelutti. Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 775; *idem. Carnelutti tra ragione e fantasia. IL Tempo*, 13.6.1986.

<sup>17</sup>= “La Giustizia di Dio si manifesta indipendentemente dalla Legge ... l’uomo si giustifica per la Fede indipendentemente dalle opere della Legge” (*Paolo lt. Rm*, 3, 21-25 a .28); “Bisogna porre nel cuore e nell’anima ... i Comandamenti del Signore” (*Lb. Deuteronomio. 11, 18.26 - 28.32*), e metterli in pratica “per non essere simile a un uomo stolto che ha costruito la sua casa sulla sabbia” (*Vg.Mt.*, 7, 21-27); S. FERRARI. *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, Cristianesimo e Islam a confronto. IL Mulino, Bo*, 2002, evidenzia come l’idea di Giustizia è, per tutte e tre le religioni monoteistiche, nell’Essere supremo.

<sup>18</sup>= *Paolo Lt. Corinzi (12, 31 – 13)* “la carità è paziente, è benigna .. non è invidiosa, non si vanta, non si gonfia, non si adira, non gode dell’ingiustizia, ma si compiace della verità. Tutto copre, tutto crede, tutto spera, tutto sopporta. La carità non avrà mai fine”.

<sup>19</sup>= S. SATTA. *Giuseppe Chiovenda cit.*, p. 70, osserva che la “famigerata interpretazione evolutiva” travalica la stessa “adattamento storica”, che è costante e normale per tutti, compreso il giudice, anche inconsapevolmente; *idem. I pretori d’assalto. Serio e faceto nella Giustizia. IL Tempo* 15.2.1974; F. CALASSO. *Storicità del diritto. Giuffrè, Mi*, 1966, pp. 125, 140, 173, 198, sempre rispondente alla vita; C. ESPOSITO. *Diritto costituzionale vivente. Giuffrè, Mi*, 1992; A. FRANCE (1844-1924). *Crainquebille (a cura di C. Nordio). Liberilibri, Mc.*, 2003, p. 35. J-B. PAQUELIN “Moliere” (1622-1673). *IL Misanthropo, “Tutto il teatro”, F.lli Melita, Sp*, 1982, p. 131, fa esclamare al protagonista: “ho per me la giustizia e perdo il processo”. Per una vasta panoramica extra-giuridica sulla macchina della Giustizia si segnala il bellissimo libro di M. Nobili: *L’immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia. IL Mulino, Bo*, 2009, titolo che richiama F. Carrara che definisce “immoralità necessaria” la carcerazione preventiva.

## PRINCIPI DI SOCCOMBENZA, DI CAUSALITÀ E DI RESPONSABILITÀ

Miseria è compagna di processo.  
(Rabelais)

IL processo, quale complesso di fatti ed atti tecnici, presuppone un'organizzazione giudiziaria che, per i suoi costi, non può sfuggire al Fisco; la totale gratuità si pone come un idealistico principio di alta civiltà giuridica<sup>20</sup>, di difficile realizzazione, perché la previsione di una prestazione patrimoniale rappresenta il filtro immediato più efficace per prevenire gli eccessi di "cause"; non va, infine, dimenticato che l'avvocato è un libero professionista che si caratterizza per il suo diritto all'onorario, sempre dovuto anche in ipotesi di revoca del mandato, con spettanze parametriche al *decisum* (Cass. Civ. n. 226/5.1.2011).

La logica processuale, salvo soluzioni atipiche, vuole che vi sia un vincitore ed un perdente che, per il principio di "soccombienza", subisce la condanna alle spese di causa; essa è la regola di ogni processo<sup>21</sup>, e rappresenta la normale conseguenza giuridica per chi ha avuto "torto"<sup>22</sup>, non potendo l'altra parte sopportare il costo del giudizio<sup>23</sup>.

La vera soccombienza è quella *reale* (esito finale negativo nel merito della causa), mentre sarà *virtuale* per le ipotesi di sentenze meramente processuali o di cessata materia del contendere, in cui viene fatta rigida applicazione del principio di causalità, che comunque non può escludere la previa verifica dell'infondatezza della stessa pretesa (Cass. Lav. n. 17334/2005).

La condanna alle spese di giudizio, se non si motiva la compensazione parziale e/o totale<sup>24</sup>, è un dato obiettivo e la sua omissione rende ipotizzabile il ricorso all'errore

---

<sup>20</sup>= P. CALAMANDREI. *Processo e democrazia*. Cedam, Pd, 1954; *idem*. *IL processo civile sotto l'incubo fiscale*. Riv. dir. proc. civ., 1931, I, p. 50, *idem*. *Processo e Giustizia*. Riv. dir. proc. civ., 1950, I, p. 273.

<sup>21</sup>= L'art. 90 del cpc, che pone l'onere dell'anticipazione delle spese a carico delle parti, è stato abrogato (art. 299 D. Lgs. n. 113/2002) e per le spese di giustizia vi è il nuovo T.U (DPR. n. 115/2002). IL "contributo unificato" è un costo ripetibile sul soccombente (art. 9 L. n. 488/1999; art. 13, comma 6-bis, DPR. n. 115/30.5.2002, introdotto dall'art. 21 D.L. n. 223/4.7.2006), anche in ipotesi di compensazione giudiziale e/o non costituzione avversaria, P. PORRECA. *La nuova disciplina delle spese processuali tra tutela e sanzione*. [www.csm.it/incontri/relaz/19478.pdf](http://www.csm.it/incontri/relaz/19478.pdf).

<sup>22</sup>= W. CESARINI SFORZA. *IL diritto e il torto*. Eri, To, 1960, p. 8, la giustizia è una relazione di reciprocità anche economica.

<sup>23</sup>= S. COSTA. *Manuale di diritto processuale*. Utet, To, 1980, p. 381, la condanna alle spese è una necessità del processo, che G. Chiovenda definisce un "credito condizionato" all'esito della lite; C. RIPEPI. *Concorso di norme e concorso di azioni nella responsabilità per spese e danni nel processo civile*. Riv. trim. dir. proc. civ., 1987 (2), pp. 340/396, pone come cardine il princ. sostanziale della responsabilità; P. BIAVATTI. *IL difficile cammino della condanna alle spese: variazioni sul tema*. Giur. di merito, 2007 (1), p. 95.

<sup>24</sup>= La compensazione si ha di norma per la soccombienza reciproca (Cass. Civ., II, n. 4278/22.2.2011), per conciliazione (art. 92, comma 3°, cpc), per estinzione del processo (art. 310 cpc: ciascuna parte sopporta le proprie spese), ovvero per gravi motivi esplicitati (art. 92, comma 2° cpc, art. 45, comma 11°, L. n. 69/2009). La motivazione è stata, invero, sempre generica sul tipo: "giustificati motivi",

materiale <sup>25</sup>; la liquidazione delle spese è, infatti, un'operazione consequenziale che ha i suoi parametri inconfutabili nella soccombenza e/o causalità (*victus victori*), rappresentando il bilanciamento all'onere dell'anticipazione delle spese <sup>26</sup>.

IL soggetto perdente si assume la responsabilità dei costi processuali della causa e tale peso economico rappresenta il freno immediato agli eccessi della litigiosità <sup>27</sup>, che F. Carnelutti considera il contro-stimolo all'azione per i meno abbienti; dal 2002, però, si può beneficiare delle nuove norme sul gratuito patrocinio <sup>28</sup>.

---

“equità”, “valide ragioni”, mentre occorre enunciare la specifica giustificazione: lite dubbia, complessa, novità della fattispecie, *ius superveniens*, declaratoria di incostituzionalità *in procedendo*, non accettazione di proposta conciliativa valida in relazione alle risultanze processuali (Cass. Civ. SS.UU. nn. 20598 e 20599 del 30.7.2008). La mancanza di una motivazione specifica rappresenta una violazione di legge ed un eccesso di discrezionalità del giudice. Le spese per gli atti nulli restano a carico del soggetto che li ha fatti, mentre le spese eccessive e/o superflue, perché né opportune, né necessarie e/o sproporzionate rispetto allo scopo, non sono considerate dal giudice.

<sup>25</sup>= Cass. Civ. SS. UU. n. 16037/7.7.2010 ha applicato l'art. 391-bis c.p.c. per l'ipotesi in cui il giudice non ha provveduto sull'istanza di distrazione delle spese processuali, statuendo che il difensore deve esperire il rimedio della correzione degli errori materiali; ciò è ancor più valido per l'omissione della stessa statuizione sulle spese.

<sup>26</sup>= M.T. ZANZUCCHI. *Diritto processuale civile*. Giuffrè, Mi, 1964, vol. I, pp. 366, 374.

<sup>27</sup>= Giustiniano: *Istitutiones*, lb. IV, tit. XVI, *De poena .. litigantium*.

M.A. Sandulli: *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*. *Federalismi.it* (n.14/2010), che considera le condanne alle spese per la fase cautelare e per eccesso causidico, misure deflative di ordine economico. Per gli appalti pubblici, le soluzioni deflative sono di natura stragiudiziale: il parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per la via extra-giudiziale (art. 6, comma 7°, lett. n- D. Lgs. n. 163/2006 – cod. appalti), l'informativa preventiva sul ricorso giurisdizionale che s'intende proporre, ai fini di riesame (art. 243-bis cod. app.), la transazione scritta in sede esecutiva (art. 239 cod. app.), l'accordo bonario per le riserve (art. 240 cod. app.), l'arbitrato (art. 241 cod. app.), F. AULETTA. *IL contratto come rimedio endoprocedimentale*. *Giust. civ.*, 2001 (9), p. 407; M. BOVE. *La giustizia privata*. Cedam, Pd, 2009. Esse sono soluzioni sul tipo delle Alternative Dispute Resolution (ADR), F. CARINGELLA – R. DE NICTOLIS – V. POLI: *Le ADR*. Dike, Rm, 2008, cui si è aggiunta la media – conciliazione (D. Lgs. n. 28/2010), delineando un vero e proprio sistema di “giustizia alternativa”.

Sulla tematica generale e per altri aspetti particolari, F. CORDOPATRI. *L'abuso del processo e la condanna alle spese*. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 249; U. MIGNOSI. *Le spese di lite nel processo tributario*. *IL Fisco*, 2010 (2), p. 207.

<sup>28</sup>= F. CARNELUTTI. *Come si fa un processo cit.*, p.68, ritiene che l'assistenza giudiziaria non dovrebbe essere inferiore all'assistenza sanitaria. G. NICOLUCCI. *Patrocinio a spese dello Stato: una storia infinita*. *Giur. merito*, 2002 (6), p. 1278, che sarebbe ancora da perfezionare; G. SCARSELLI. *IL nuovo patrocinio a spese dello Stato nei processi civili ed amministrativi*. Cedam, Pd, 2003; per una sintesi completa, F. CORDOPATRI. *Spese giudiziali civili*. *Enc. Il Diritto*, vol. 15<sup>^</sup>, Pirola – Sole24ore, 2007, pp. 348/359.

IL DPR n. 115/2002 ha regolamentato tutte le “spese di Giustizia” e la Corte di Giustizia UE con sentenza del 22.12.2010 (causa C-279/09) ha esteso il gratuito patrocinio anche alle persone giuridiche quale “aiuto sociale ... necessario per assicurare un accesso effettivo alla Giustizia” a tutte le persone, fisiche e giuridiche; V. CARBONE – F. PONTIERI. *Ancora sul gratuito patrocinio per i reati tributari*. *Riv. dir. trib.*, 2007 (11), p. 110, è per l'ammissione sulla base della dimostrata reale situazione di indigenza.



Scultoreo è il pensiero di Montesquieu: “quando la nuova arte della procedura moltiplicò i processi e li resi eterni; quando la scienza di eludere le istanze più giuste si fu raffinata; quando il litigante imparò a fuggire unicamente per farsi inseguire ... quando le ragioni andarono perdute sotto volumi di parole e di iscritti .. quando la cattiva fede trovò dei consigli ... fu necessario arrestare i litiganti col timore delle spese”<sup>29</sup>.

## SPESE DI CAUSA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

**Nemo videtur dolo exequi, qui ignorat  
causam cur non debeat petere.**

\_\_IL processo amministrativo ha subito la tendenziale abitudine ad una generalizzata compensazione delle spese di causa, che sarebbe stata facilitata dal fatto che nel processo amministrativo mancherebbe l'onere della nota spese ex art. 75 d.att.cpc<sup>30</sup>, col conseguente formarsi di un contenzioso patologicamente esuberante.

IL G.A. non ha utilizzato, quindi, la condanna alle spese di causa, quale strumento di dissuasione per le azioni temerarie, anche perché è stato sempre propenso alla compensazione in favore della P.A. soccombente, per l'inconscia necessità di non gravare sulle casse pubbliche, nonché, specie per le controversie di pubblico impiego, per aver parificato il pubblico dipendente al lavoratore privato “soggetto debole”<sup>31</sup>.

La legge TAR del 1971 (n. 1034) non ignora, invero, i principi della soccombenza e della causalità, e stabilisce che, quando si dà atto della cessata materia del contendere, il G. A. “provvede sulle spese” (art.23, u.c.), nonché, definendo il giudizio, con la “sentenza provvede sulle spese del giudizio”, applicando le norme del codice di procedura civile (art. 26, u.c.); il r.d. n. 642/1907 (art. 68) ricorda che la decisione contiene la condanna delle parti soccombenti alle spese, definita “tassazione” che non ricomprende le spese per gli atti riconosciuti superflui, fatta salva la facoltà di compensazione totale e/o parziale per “gravi motivi”.

L'art. 26, comma 1°, c.p.a (D. Lgs. n. 104/2010) ha puntualizzato che il giudice amministrativo, quando emette una decisione cautelare o definitiva, deve statuire sulle spese di causa, in base agli articoli 91, 92, 93, 94, 96 e 97 del c.p.c., quali norme processuali generali e comuni; esso è un obbligo giudiziale e la condanna alle spese deve essere limitata a quelle realmente sostenute e necessarie, sfrondate di quelle eccessive o inutili e sproporzionate, quali ad esempio la consulenza di parte e/o la presenza di più difensori.

## RESPONSABILITA' PROCESSUALE AGGRAVATA

<sup>29</sup>= *Lo Spirito delle leggi (1748- Ginevra), Utet, To, 2 voll. ( a cura di S. Cotta), 2005, cap. 35.*

<sup>30</sup>= *M. RUSSO. Il nuovo codice di rito amministrativo, giustizia amministrativa e amministrazione giusta (D.Lgs. 2.7.2010 n. 104 in vigore dal 16.9.2010). LexItalia.it, 19.10.2010 sub n.5.10; E. BRANDOLINI. Guida operativa al nuovo processo amministrativo. Cedam, Pd, 2011.*

<sup>31</sup>= *Per un'analisi critica della regola laboristica, D. NAZZARO. Nuova disciplina della svalutazione monetaria e delle spese processuali nelle cause previdenziali (art. 16 L. 412/91 e art. 4 D.L. 384/92). Riv. Inail, 1993 (4-5), p. 273.*

**Actum frustratorium nemo praesumitur facere.**

\_\_Su un piano generale, l'art. 88 cpc pone il principio di "lealtà e probità", essenziale tutte le volte in cui possano essere violate le regole del contraddittorio (*alter-vocatio*)<sup>32</sup>, ed è una responsabilità che prescinde dalla soccombenza, attenendo esclusivamente al comportamento processuale delle parti, che devono rispettare le regole del giuoco (T. Liebman), attraverso la correttezza etico – morale (E. Redenti), assunta come principio giuridico fondamentale del processo<sup>33</sup>.

L'art. 2 c.p.a., invero, esplicita i principi della parità di trattamento, del contraddittorio e del giusto processo (art. 111 cost.), nonché la regola della cooperazione tra giudice e parti per realizzare la ragionevole durata del processo<sup>34</sup>.

IL dovere di lealtà non impone alla parte di dire la verità, che è, peraltro, un principio morale assoluto (I. Kant) presente nel diritto col divieto di falsa testimonianza; la P.A., però, è costituzionalmente tenuta ad operare sempre secondo una "buona amministrazione", e per essa sussiste l'obbligo processuale di esibire tutti gli atti favorevoli all'istante, così come gli eventuali contro-interessati non possono sottrarre dal fascicolo un documento già esibito, perché favorevole alla controparte.

L'uso di espressioni sconvenienti ed offensive, non concernenti la vicenda processuale, comporta altra responsabilità per danni (art.89 cpc) ed il giudicante ha la facoltà di assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento patrimoniale e non, sempre indipendentemente dalla soccombenza; l'esimente, posta a garanzia del pieno esercizio del diritto di difesa, non opera quando vi è la volontà di offendere la controparte in modo gratuito<sup>35</sup>.

Entrambe le norme hanno la specifica funzione di salvaguardare la correttezza del comportamento processuale<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup>= V. ANDRIOLI. *Commento al codice di procedura civile. Jovene, Na, 1954, pp. 243, 282, parla di responsabilità per colpa. Sulla centralità del "contraddittorio" (adversarial), R.A. Kagan: La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto. IL Mulino, Bo, 2010. La leale collaborazione potrebbe porsi anche in ipotesi di malattia del difensore che non compare in udienza e deve giustificare la indispensabilità del rinvio di causa (C.G.A – Sez. Giur., n. 11/5.1.2011).*

<sup>33</sup>= E' stato ritenuto contrastante con l'art. 88 c.p.c., il fatto di aver proceduto esecutivamente nonostante che il debitore abbia consegnato un assegno circolare al difensore, non autorizzato dal cliente ad incassarlo (Cass. Civ. III, n. 11379/16.5.2006).

<sup>34</sup>= P. STANZIONE – B. TROISI. *Principi generali del diritto civile. Giappichelli, To, 2011; G. F. RICCI. Principi di diritto processuale civile. Giappichelli, To, 2010.*

<sup>35</sup>= G. CARLONI. *La cd. immunità giudiziale quale linea di confine tra il pieno esercizio del diritto di difesa e l'uso gratuito di espressioni ingiuriose nell'ambito di una controversia giudiziaria. Cass. Pen., 2010 (10), p. 3470.*

<sup>36</sup>= R. BEGHINI. *Comportamento processuale e risarcimento del danno. Cedam, Pd, 2003.*

\_\_L'art. 96 cpc, prevede una responsabilità processuale aggravata per *lite temerarietà*, con la possibilità di condanna per i danni dovuti all'aver agito e/o resistito con malafede o colpa grave (*proxima dolo*), ovvero avendo la consapevolezza di essere nel torto, e, quindi, di aver abusato dell'azione giudiziaria facendo uso distorto del processo; se la *mala fides* rappresenta una volontà finalizzata principalmente ad un puro scopo ostativo, la *culpa gravis* si ha anche in presenza di una ignoranza inescusabile circa la reale esistenza del preteso diritto che si vuole far valere (*Cass. Civ.nn. 19976/2005; 14789/2007; 24645/2007*).

L'ipotesi tipica è quella dello *improbis litigator etiam damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur* (*Iustiniani institutiones, IV, 16, 1*)<sup>37</sup>; nei provvedimenti cautelari e di esecuzioni forzate, fondati su un titolo che potrebbe risultare inesistente, alla colpa grave si sostituisce la "normale prudenza"<sup>38</sup>.

Non è sufficiente, pertanto, la semplice opinabilità e/o la inaccettabilità della tesi proposta, eccessivamente originale.

\_La condanna avviene su istanza di parte e/o *ex officio*, va oltre le spese processuali e serve di ristoro per i danni arrecati alla controparte; è liquidata nella stessa sentenza e non in separato giudizio, stante la inscindibile connessione con la causa. Essa è strutturata di un elemento soggettivo (colpa grave o malafede) ed uno oggettivo, rappresentato dal danno arrecato alla controparte con le condotte processuali dilatorie o defatigatorie, ovvero per aver agito in modo temerario ed inutilmente; comportamenti che violano la giusta durata del processo (art. 111 cost, comma 2<sup>^</sup> e L. n. 89/2001) e sono un danno anche per il "Sistema-Giustizia", il che dà una ulteriore connotazione sanzionatorio - punitiva a tale condanna<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup>= F. CARNELUTTI. *Limiti della responsabilità processuale della parte*. *Riv. dir. proc.*, 1960, p.1; S. COSTA. *op. cit.*, p. 383; D. POTETTI. *La responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c.: un nuovo fronte per assicurare l'uso corretto del processo?* *Arch. giur. circ. e sinistri*, 2008 (11), p. 905, che parla di rinascita dell'art. 96 cpc a tutela della giustezza e della ragionevole durata del processo; A. CERRATO. *Lite temeraria, nuove frontiere del danno*, *Diritto e Giustizi@*, 2006 (11),II, p. 1915; R. BREDA. *Responsabilità processuale aggravata tra risarcimento del danno e sanzione*. *Nuova giur. civ. comm.*, 2010 (5),I, p. 488.

<sup>38</sup>= A. BUTANI. *Responsabilità del creditore per eccessiva iscrizione ipotecaria su beni del debitore*. *Nuova giur. civ. comm.*, 2000 (5), pp. 617/625; Cass. Civ. SS.UU. n. 4077/2010, richiamata da A. TERLIZZI. *Ipoteca temeraria. Equitalia condannata al risarcimento danni*. *Diritto & Giustizi@*, 19.1.2010, riconosce colpevole di abuso di diritto, chi iscrive ipoteca col titolo esecutivo sospeso, ovvero per un credito inesistente, mentre non vi sarebbe alcun limite quantitativo per la iscrizione ipotecaria, rispondendo il debitore con tutto il suo patrimonio (art. 2740 c.c.); l'esecutato, però, ha la possibilità di chiedere la riduzione (artt. 2874/2876 c.c. ed art. 496 cpc), G. FLORIDIA. *Misura cautelare eseguita, inesistenza del diritto e responsabilità processuale aggravata*. *Dir. industriale*, 2007 (4), p. 327; A. DIDONE. *Note sulla condanna alle spese e al risarcimento del danno nell'ipotesi di rigetto dell'istanza di fallimento*. *Giust. Civ.*, 2007 (1) ,I, p. 639; L. R. CORRADO. *L'agente della riscossione risarcisce il danno morale per abuso nell'attività esecutiva*. *Dir & Giustizi@ del 15.2.2011*.

<sup>39</sup>= *Trib. Varese – Sez. civ. I, sent. n. 98/22.1.2011*, parla di danno indiretto all'Erario per le conseguenze della legge Pinto.

Un campo aperto alla responsabilità processuale aggravata è l'istituto, spesso abusato, del regolamento di giurisdizione (*Cass. Civ. SS.UU.ord. n. 3057/2009*), nonché le impugnative avverso provvedimenti ordinatori (*Cass. Civ. n. 24645/2007*), per i quali è pacificamente escluso ogni tipo di gravame (artt. 273 e 274 cpc); in realtà siffatta responsabilità è determinata da ogni ostruzionismo processuale utilizzato per differire nel tempo i pagamenti, poiché *qui cito non dat, minus dat*. Ipotesi classiche sono: la causa per disconoscimento di sottoscrizione che poi alla verifica risulta vera; il frazionamento in più domande giudiziali di un credito unico (*Cass. Civ. SS.UU. n. 23726/2007 e n. 15476/2008*); le istanze incidentali per aprire autonome fasi di giudizio, senza alcun reale bisogno, quali ad esempio le ricusazioni e le querela di falso.

C. Mandrioli considera l'art. 96, comma 1<sup>^</sup>, cpc, come una norma speciale e specifica per "illecito processuale" che ha il suo danno nel giudizio che si è voluto imporre alle controparti, sobbarcando lo Stato di un inutile carico giudiziario.

Si è parlato anche di "danno esistenziale da processo", che, attraverso l'art. 2059 c.c. e l'art. 2 cost., potrebbe essere ricompreso nell'ambito dell'art. 96 cpc<sup>40</sup>; una tale condanna presuppone logicamente la soccombenza totale (*Cass. Civ. nn. 16057/2002 e 21590/2009*)<sup>41</sup> e non è considerato concorrente con l'art. 2043 c.c. (*Cass. Civ., II, n.26004/2010*)<sup>42</sup>; la norma processuale, invero, è esaustiva di ogni illecito *in agendo vel procedendo* e non trova alcuna possibile alternativa nell'art. 2043 c.c. (*Cass. Civ. nn. 13455/2004; 16308/2007; 28226/2008*).

Sanzionandosi l'*abuso del mezzo processuale*, coerenza vorrebbe che a beneficiarie *pro parte* del risarcimento fossero anche le casse dello Stato<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup>= S. CHIARLONI. *Danno esistenziale e attività giudiziaria*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001 (3), pp.759/768; M.C. PULSONI. *Danno esistenziale e responsabilità processuale aggravata*. *Resp. civ. e prev.*, 2005 (6), p. 1430, G. GIUSTI. *IL danno esistenziale alla prova della responsabilità per i danni processuali*. *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 630; D. CHINDEMI. *Danno esistenziale da responsabilità processuale aggravata*. *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 147; G. FINICCHIARO. *La funzione punitiva del danno esistenziale da lite temeraria*. *Giur. it.*, 2006 (11), I, p. 2127.

<sup>41</sup>= Problematica è l'ammissibilità per la soccombenza parziale e/o reciproca, P. PAJARDI. *Brevi appunti sulla responsabilità aggravante per le spese e i danni del processo della parte parzialmente vittoriosa*. *Giur. it.*, 1967, I, p. 461. Illogica sarebbe la condanna per responsabilità processuale aggravata in presenza della compensazione delle spese di causa, che ha valore primario ed assorbente, escludente l'art. 96 c.p.c..

<sup>42</sup>= S. SATTA – C. PUNZI. *Diritto processuale civile*. Cedam, Pd, 2000, p. 131. L'art. 96 cpc è norma speciale rispetto all'art. 2043 c.c. e va esercitata davanti al giudice funzionalmente competente sia per l'*an* che per il *quantum*, senza possibilità di una condanna generica con riserva di separato giudizio sulla determinazione della somma dovuta, che è liquidabile anche d'ufficio (*Cass. civ. III, n. 10960/6.5.2010*).

<sup>43</sup>= L.P. COMOGLIO. *Abuso del processo e garanzie costituzionali*. *Riv. dir. proc.*, 2008 (2), p. 319, parla di "illecito plurioffensivo". In argomento ed in generale, A. ANSANELLI. *Abuso del processo*. *Dig. disc. priv. sez. civile – Agg.*, tomo I, Utet, To, 2007, §1-2(p.8); A. GRAZIOSI. *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto(frazionato) o abuso del diritto d'azione?* *Corr. giur.*, 2009, p. 1133. L'abuso di diritto è nozione negativa che si pone come illecito atipico, P. RESCIGNO. *Abuso del diritto*. *IL Mulino, Bo*, 2001; *idem*. *L'abuso del diritto (una significativa rimediazione delle Sezioni Unite)*. *Corr.giur.*, 2008 (6),

Il comma 3<sup>^</sup> dell'art. 96 del cpc, introdotto dalla L. n. 69/2009 (art.45,comma 12<sup>^</sup>)<sup>44</sup>, ha sostituito l'art. 385, comma 4<sup>^</sup>, del c.p.c. (introdotto dal D. Lgs. n. 40/2006 per i ricorsi per Cassazione) e prevede, in forma generalizzata per ogni abuso del processo, che “quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”; è una previsione residuale ed “attenuata” che, incidendo sul “giusto processo” (art. 111 cost.), va oltre la logica risarcitoria e vorrebbe essere “punitiva” (*punitive damage*) per il soccombente che, anche se non è possibile parlare di una “pena privata”<sup>45</sup>, è assoggettato ad una sanzione accessoria di natura civile, posta a presidio di un interesse privato nonché pubblico; parrebbe, invero, più appropriato parlare di una “penalità processuale”<sup>46</sup>. Se per l'ipotesi del 1<sup>^</sup> comma dell'art. 96 vanno provati gli elementi costitutivi dell'illecito (art. 2697 c.c.), per la fattispecie del 3<sup>^</sup> comma non occorre alcuna prova del pregiudizio e della colpa grave o del dolo, trattandosi di una *sanzione processuale accessoria ed aggiuntiva a tutte le altre*, tesa ad assicurare la ragionevole durata del processo ed il contenimento dei relativi costi collettivi, prendendo le distanze dalla struttura tipica dell'illecito civile e considerando il solo abuso dello strumento processuale<sup>47</sup>.

---

p. 746; G. PINO. *IL diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto. Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 25; M.P. MARTINES. *Teorie e prassi sull'abuso del diritto. Cedam, Pd, 2006.*

<sup>44</sup>= G. DE MARZO. *Le spese giudiziali e le riparazioni nella riforma del processo civile. Foro it.*, 2009, V, 397; G. SCARSELLI. *Le novità per il processo civile (L. 18 giugno 2009 n. 69). Le modifiche in tema di spese. Foro it.*, 2009, V, 310; A. CARRATTA – C. MANDRIOLI. *Come cambia il processo civile. L. 69/2009. Giappichelli, To, 2009, p. 31; D. POTETTI. Novità della L. n. 69 del 2009 in tema di spese di causa e responsabilità aggravata, Giur. merito*, 2010 (4),I, p. 936; R. GIORDANO. *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale cd. aggravata. Giur. merito*, 2010 (2),II, p. 43; P. PORRECA. *La riforma dell'art. 96 c.p.o. e la disciplina delle spese processuali nella L. n. 69 del 2009, Giur. merito*, 2010 (7-8), I, p. 1834, che considera l'art. 96, comma 3<sup>^</sup>, una norma di chiusura. L'autore pone anche una interazione tra l'art. 96 c.p.c. e l'art. 13 D. Lgs. n. 28/2010, che disciplina le spese processuali dopo la non conclusa mediazione, in ipotesi di giudizio che corrisponde interamente alla proposta di mediazione – conciliazione, con la previsione di un versamento al bilancio dello Stato di una somma pari al già versato contributo unificato.

<sup>45</sup>= P. GALLO. *Pene private e responsabilità civile. Giuffrè, Mi, 1996; S. PATTI. Pena privata. In F.D. BUSNELLI – S. PATTI. Danno e responsabilità civile. Giappichelli, To, 2003, p. 235, M. G. BARBATELLA. Pene private. Giuffrè, Mi, 2006.* Esse sono, infatti, dei mezzi di coercizione indiretta che creano obbligazioni privatistiche.

<sup>46</sup>= E. MORANO CINQUE. *La condanna ex art. 96, comma 3<sup>^</sup>, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria. Resp. civ. e prev.*, 2010 (9), p. 1837, che fa considerazioni critiche su tale istituto processuale.

<sup>47</sup>= Cass. Civ. SS.UU. n. 2636/2009 ha irrogato a carico del soccombente la condanna ad un'ulteriore somma (art. 385, comma 4<sup>^</sup>) per aver proposto ricorso senza procura speciale, ma in base ad una procura generale rilasciata anteriormente all'emanazione della sentenza impugnata. La Corte cost.le ha riconosciuto la legittimità dell'art. 385 cpc, ora abrogato, perché non si colloca nell'area della responsabilità civile (sent. n. 435/2008 e n. 422/2008).

L'abrogato art. 385, comma 3<sup>^</sup>, c.p.c., richiedeva, a differenza dell'art. 96, comma 3<sup>^</sup>, cpc, la colpa grave e poneva il limite del doppio dei massimi tariffari, il che è stato anche alla base del metodo di liquidazione, per illecito processuale, attraverso un aumento percentuale delle spese di causa.

### L'ART. 26 DEL C.P.A.

**Aequitatem evidens poscit.**

\_\_ IL citato art. 96, comma 3<sup>o</sup>, c.p.c., anticipa, per forma e contenuto, la norma del c.p.a. (art.26, n.2) che, però, pone, al G.A., quale condizione precisa, la circostanza che la “decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati”.

Essa rappresenta la novità del c.p.a., ritenuto un mero riassunto del passato <sup>48</sup>, introducendo un principio di onerosità, che può subire un aggravamento mediante tale condanna ulteriore, “anche d'ufficio”, per la parte soccombente, tenuta a pagare “in favore dell'altra parte ... una somma di denaro *equitativamente* determinata”, che rappresenta una “sanzione pecuniaria giudiziale” a valenza composita multipla: risarcitoria e/o riparatoria per la parte vincente, punitiva e/o giuridicamente pedagogica nella visuale del giudicante.

Tale norma, invero, sembra voler richiamare l'art. 74 c.p.a. (sentenza in forma semplificata) che fa riferimento alla “manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso”, definibile con sentenza breve anche mediante il possibile riferimento motivazionale “ad un precedente conforme” <sup>49</sup>; in effetti la norma ha una valenza generale, ma è evidente come l'economia processuale consiglierà di utilizzabile, in ipotesi, la sentenza breve, senza dimenticare come essa vuole rappresentare essenzialmente un significativo atto *di etica giudiziaria*, collegabile al principio di solidarietà di cui all'art. 2 cost. (*Cass. Civ. SS.UU. n. 25831/2007*), con la previsione di un *collateral benefc* per la contro-parte, quale compensazione di *opportunities costs* (perdita di possibili occasioni lucrose), senza alcun vantaggio per il sistema “Giustizia”, cui ben poteva prevedersi la destinazione di una percentuale per alimentare il fondo per il “gratuito patrocinio”.

La disposizione, che vorrebbe essere un adattamento specifico per il giudizio amministrativo, vale per tutte le parti in causa, ivi compreso l'Ente pubblico. Essa vuole prevenire azioni e/o impedire resistenze giudiziali che trovano la loro ragione nella pura “*volutas pugnandi*”, mancando *ab origine* un valido fondamento giuridico;

---

<sup>48</sup>= R. CAPONI. *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*. [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) (agosto 2010) ed ora in *Foro It.*, 2010, V, p. 267, che è critico non ritenendolo all'altezza del codice processuale tedesco ed un atto di mera ricognizione. E' facile osservare come un diritto, che è stato essenzialmente giurisprudenziale, non poteva ignorare quello che è lo “*jus receptum*”, orientandosi a colmare l'aspetto della “effettività della tutela” che ha posto in discussione la stessa utilità della giustizia amministrativa, R. CHIEPPA. *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*. *Giustizia – amministrativa.it* (n.7/20109).

<sup>49</sup>= F. CARINGELLA – M. PROTTO. *Codice del nuovo processo amministrativo*. Dike, Rm., 2010, pp. 337, 343.

la Costituzione (art. 24), nell'affermare che "tutti possano agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi", postula una necessaria diligenza ed esclude le azioni non finalizzate alla valida tutela della propria posizione sostanziale, ma aventi una mera funzione ostativa<sup>50</sup>; il diritto è limite (P. Calamandrei) ed i "nuovi diritti" rischiano di portare troppo lontano e diventare ingiustizia (Voltaire).

La fattispecie di cui all'art. 26, comma 2°, del c.p.a., ha una finalità precisa: eliminare gli inutili faldoni dagli archivi giudiziari, ponendo una remora, non solo psicologica, ma anche economica, senza richiedere alcun elemento soggettivo di colpa e/o malafede, bensì il fatto che la questione dedotta è manifestamente nel torto, essendo i precedenti giurisprudenziali univoci in senso negativo.

La norma, però, non dovrebbe essere applicata nella ipotesi in cui si voglia stimolare un mutamento giurisprudenziale, con approfondite argomentazioni giuridiche, anche se del tutto originali.

Soggetto passivo è sempre il soccombente e la lite, più che essere ritenuta temeraria, si prospetta *inutiliter* per la palese totale infondatezza della pretesa, in base a quello che la giurisprudenza considera un vero e proprio *jus receptum*, talché il buon senso avrebbe dovuto sconsigliare ogni ricorso al giudice; in punto, un ruolo importante ha l'avvocato, che, quale esperto di diritto, deve dissuadere la parte, anche se non può arrivare al punto di non accettare l'incarico.

— Tale art. 26, comma 2°, c.p.a., al pari dell'art. 96, comma 3°, cpc, potrebbe essere riconducibile alla figura del *punitive o exemplary damage* che non presuppone la prova di un danno effettivo per la sua funzione essenzialmente sanzionatoria, la cui quantificazione monetaria andrebbe collegata al valore, alla natura, all'oggetto, alla durata della causa ed anche al grado culturale del soggetto<sup>51</sup>.

La liquidazione spesso viene fatta, specie nel processo civile, attraverso un aumento percentuale delle spese di giudizio<sup>52</sup>; dovendo essa rappresentare una "condanna ulteriore"; è preferibile una pronuncia separata, al fine di evidenziare che vi è stato un abuso del processo.

La soccombenza, che doveva costituire già una sanzione, ha evidentemente perso la sua capacità dissuasiva ed il legislatore ha ritenuto di dover reprimere specificamente siffatto illecito processuale<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup>= M.F. GHIRGA. *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso della domanda giudiziale*. Giuffrè, Mi, 2004; C.E. GALLO. *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*. In *Dir. e processo*, vol. IV, Esi, Na, 2008.

<sup>51</sup>= V. D'ACRI. *I danni punitivi*. EPC, Rm, 2005.

<sup>52</sup>= Tale prassi era stata determinata dall'ultimo comma dell'art. 385 del cpc., previsto per i ricorsi in Cassazione, che faceva riferimento, come limite, al doppio dei massimi tariffari; la norma è stata abrogata dall'art. 46, comma 20°, L. 69/2009.

<sup>53</sup>= A. ARLOTTA. *Brevi riflessioni in tema di responsabilità professionale dell'avvocato*. *Giur. merito*, 2009(3), II, p. 666.

\_\_L'art. 26 c.p.a, al di là di ogni parificazione del processo amministrativo con quello civile, ha comunque una sua particolarità perché la pronuncia, anche d'ufficio, di una condanna nei confronti del soccombente, presuppone che la decisione sia fondata su "ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati"; essa prescinde da ogni mala fede o colpa grave e la funzione "etico - correttiva" è del tutto preminente, volendosi fronteggiare le "liti meramente avversative", vera zavorra per la Giustizia, il cui unico fine è quello di ostacolare il buon diritto della controparte di turno, sperando nel fatidico "*dum pendet, rendet*", che andrebbe riconsiderato alla luce degli interessi legali e della svalutazione monetaria, che conseguono la condanna patrimoniale.

La mala fede o colpa grave può essere anche presente, ma basilare è la oggettività giurisprudenziale, che non potrebbe non essere conosciuta dall'avvocato diligente, anche attraverso una rapida ricerca su rassegne e/o banche dati; non di rado è lo stesso avvocato avversario a segnalare la palese infondatezza del ricorso, con pertinenti richiami della giurisprudenza.

Perplessità sorgono quando la parte sta in giudizio personalmente senza il patrocinio del legale (art. 23 c.p.a.), anche se tale scelta comporta l'assunzione di un siffatto rischio processuale; al limite il Tribunale potrebbe, prima dell'assunzione in decisione, richiamare la giurisprudenza, prospettando la possibile manifesta infondatezza del gravame e se *humanum errare, diabolicum perseverare*.

I precedenti giurisprudenziali, conformi e reiterati, acquisiscono, specie nel diritto amministrativo, valore assorbente; ciò, però, non significa la mummificazione del diritto, facendone quasi una prassi immodificabile; la "*viva vox iudicis*" rappresenta, infatti, sempre il riscontro forte dell'esperienza giuridica<sup>54</sup>, essendo il diritto una realtà aperta e l'attività concreta va analizzata e verificata in tutte le sue sfaccettature; il caso singolo non è sempre quello tipico e la *rerum similiter iudicatarum auctoritas* non potrà mai cristallizzare la giurisprudenza in un sistema chiuso<sup>55</sup>.

*Acerba dicta in fundo*; è stata diffusa, via internet, la segnalazione di un'associazione sportiva (Giulemanidallajuve) che ha avuto respinto l'appello, avverso la sentenza del Tar Lazio (Rm, III-ter, n.5492/2008), da parte del Consiglio di Stato (C.S.VI, n. 831/8.2.2011) e fa la seguente osservazione: "fatto ben più grave è la sproporzione delle sanzioni inflitte: 50.000 euro ... non vi è dubbio alcuno che .. abbia voluto imporre una pesante punizione che farà da monito a chi ... ha deciso di non arrendersi alle ingiustizie", concludendo che "i nostri legali non ricordano infatti sanzioni economiche così pesanti". 50.000 euro è, invero, una somma che appare *ictu oculi* eccessiva, quasi si volesse reprimere la stessa passione sportiva od evidenziare una contrapposizione netta, tra giudicante e ricorrente, sulla stessa vicenda calcistica che ha interessato il Coni, la Figc e il F. C. Internazionale spa.

---

<sup>54</sup> = G. ZACCARIA. *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi*. Cedam, Pd, 1976, p. 85.

<sup>55</sup> = S. PUGLIATTI. *Grammatica e diritto*. Giuffrè, Mi, 1978, p. 127.



La lettura delle sentenze evidenzia che vi sono state delle pesanti condanne per le spese legali: €6000= in I° grado ed €12000= cadauno in favore del Coni, della Figc e dell'Inter spa (totale €36000), oltre gli accessori di legge (Iva, Cpa) e solo €1000= per il ministero, facendo ritenere che le stesse contenessero una sanzione pecuniaria in favore di alcuni soggetti.

Oggetto dell'impugnativa è il lodo arbitrale (libero ed irritale) del 27.10.2006, considerato quale atto amministrativo espressivo della volontà ultima dell'ordinamento sportivo (C.S., VI, n. 268/25.1.2007); il Tribunale amministrativo ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso per la rilevata carenza di legittimazione attiva *ad causam* della predetta associazione, ritenuta estranea all'ordinamento. Tesi confermata in appello, negandosi la sussistenza di un interesse collettivo, il valore esponenziale dell'associazione di sportivi simpatizzanti, la lesione d'immagine dell'associazione e la possibilità di una sostituzione processuale alla società di calcio penalizzata; l'associazione sportiva non sarebbe elevabile a "formazione sociale" per il solo fatto di rappresentare la tifoseria di una blasonata società di calcio, il che, stante la forte penetrazione sociale ed identitaria della passione calcistica, rappresenta un aspetto evolutivo che meriterebbe forse una riconsiderazione più prudente.

Quel che interesse puntualizzare in questa sede, è che la statuizione di cui all'art. 26 citato, deve essere sempre espressa e separata, per valutarne l'entità reale, trattandosi di una potestà che non consente certamente brucianti punizioni, che inevitabilmente porterebbero a considerazioni non favorevoli per l'organo giudicante, poiché la norma parla di "somma di denaro *equitativamente* determinata" ed il G. A. è storicamente un giudice d'equità (*ad-aequare*, bilanciare).

Altra considerazione da fare è che male ha fatto il legislatore a non delimitare questa potestà, che amo qualificare di "etica giudiziaria", la quale per sua essenza deve essere lontana da ogni eccesso ed opportunamente "misurata" (*mensus* da *metiri*, radice greca *metis* che significa "prudenza", donde il latino *mitis* e l'italiano "mite"). In ipotesi di autentico salasso patrimoniale, è, infatti, da chiedersi quali sarebbero i possibili rimedi giurisdizionali.

IL Cons. di Stato, invero, è un giudice di ultimo grado (art. 6 c.p.a.), ma vi è sempre l'art. 111 cost. che considera *contra legem* ogni provvedimento che viene a ledere immotivatamente la sfera patrimoniale soggettiva.

L'equità non consente affatto di poter arrecare danni economici per via giudiziale.

Ritengo che dovrebbe essere ammessa la revocazione, anche straordinaria, assimilando la non equa liquidazione della somma all'errore di fatto.

La previsione di cui al n. 2 dell'art. 26 cpa, si prospetta potenzialmente incostituzionale, poiché, in assenza della *iudicis prudentia*, non vi è alcun freno normativo.

La fattispecie, al pari dell'art. 96, comma 3°, è lacunosa ed approssimativa sia nei presupposti (*an*), sia per la determinazione del *quantum*<sup>56</sup>; se per il primo aspetto l'art. 26, comma 2°, c.p.a. ha quale parametro le ragioni manifeste e gli orientamenti

---

<sup>56</sup>= G. SCARSELLI. *Le novità del processo civile*, cit, p. 264, stigmatizza l'assenza di un valido parametro, tipo quello dell'abrogato art. 385 c.p.c..

giurisprudenziali consolidati, il secondo è aperto all'arbitrio, con l'equità che da *cerebrina* si trasformerebbe in *paradossale*.