

UNIVERSITÀ DI CATANIA
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



Nuova serie

310

PROSPETTIVE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

EFFICIENZA, QUALITÀ E NUOVE TECNOLOGIE

Atti del Convegno
(Catania, 5 e 6 ottobre 2023)

a cura di

SEBASTIANO LICCIARDELLO



Edizioni Scientifiche Italiane



UNIVERSITÀ DI CATANIA
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Nuova serie

310

PROSPETTIVE
DELLA GIUSTIZIA
AMMINISTRATIVA

EFFICIENZA, QUALITÀ
E NUOVE TECNOLOGIE

Atti del Convegno
(Catania, 5 e 6 ottobre 2023)

a cura di

SEBASTIANO LICCIARDELLO



Edizioni Scientifiche Italiane

Il volume è stato pubblicato con i fondi del progetto Pia.ce.ri (Piano di inCENTivi per la RICerca di Ateneo) Il nuovo diritto tra robotica e algoritmi.

Si ringrazia Marco Gaetano Pulvirenti per il lavoro di collazione e revisione.

LICCIARDELLO, Sebastiano (*a cura di*)

Prospettive della giustizia amministrativa. Efficienza, qualità e nuove tecnologie

Atti del Convegno (Catania, 5 e 6 ottobre 2023)

Collana: Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania, 310

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2026

pp. 200; 24 cm

ISBN 978-88-495-6093-0

© 2026 by Edizioni Scientifiche Italiane S.p.A.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it

E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFAR-TIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

E-book

ISBN 978-88-495-6094-7

Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale

(CC BY-NC-ND 4.0)



Indice

SEBASTIANO LICCIARDELLO, <i>La giustizia amministrativa in trasformazione. Tra processo e servizio</i>	7
MARIA IMMORDINO	33
MARCO MAZZAMUTO, <i>L'effettività della giustizia amministrativa</i>	41
FABIO SAITTA, <i>La (ragionevole?) discrezionalità del giudice amministrativo</i>	51
FABIO CINTIOLI, <i>Il processo amministrativo al tempo del PNRR</i>	85
GIOVANNI FABIO LICATA, <i>Appunti sulla formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo</i>	97
NICOLA DURANTE, <i>I principi del diritto amministrativo nella giurisprudenza</i>	117
ANNA ROMEO, <i>Il modello collegiale di definizione delle controversie amministrative</i>	125
GIOVANNI GIUSEPPE ANTONIO DATO, <i>L'applicazione dei precedenti dell'Adunanza plenaria nella giurisprudenza dei TAR</i>	133
MARCELLO CLARICH, <i>Servizio giustizia, processo ed effettività della tutela</i>	145
MARGHERITA RAMAJOLI, <i>La giustizia amministrativa come servizio pubblico tra efficienza e adeguatezza</i>	149
VITTORIA BERLINGÒ, <i>La legalità processuale a presidio della 'qualità' del 'servizio' giustizia: misure di precauzione e rischio 'sistemico-intersettoriale'</i>	157

ANNALISA GIUSTI, <i>L'equilibrio costituzionale dell'effettività della tutela cautelare</i>	163
FRANCESCO FABRIZIO TUCCARI, <i>Servizio giustizia, processo ed effettività della tutela: il caso delle cosiddette sentenze «di terza via»</i>	169
CARLO EMANUELE GALLO, <i>Conclude</i>	179

FRANCESCO FABRIZIO TUCCARI

Servizio giustizia, processo ed effettività della tutela: il caso delle cosiddette sentenze «di terza via»

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le cosiddette sentenze «di terza via» tra contraddittorio, pregiudizio effettivo e cooperazione processuale. – 3. Le indicazioni ritraibili dal “nuovo” art. 101, comma 2, c.p.c. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Uno degli osservatori privilegiati della transizione «[d]alla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio»¹ è ravvisabile, quasi come per un gioco di parole, proprio nella disciplina dei poteri del giudice, in particolare di quelli officiosi, in quanto specchio fedele del livello delle garanzie offerte dal sistema, quando ci si trovi nelle difficili terre di mezzo tra il principio dispositivo e quello dello *iura novit curia*².

Emblematico, in questo senso, è il precetto contenuto nell’art. 73, comma 3 del codice del processo amministrativo, a termini del quale «[s]e ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest’ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie»³.

In questo modo è stato codificato e disciplinato il fenomeno, già attenzionato dalla giurisprudenza, delle cosiddette sentenze «di terza via»⁴, in

¹ G.D. COMPORI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in ID. (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016, vol. VII, p. 7 ss.

² In argomento, per tutti, cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d’ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in AA.VV., *Principio della domanda e poteri d’ufficio del giudice amministrativo*, Annuario A.I.P.D.A. 2012, Napoli, 2013, p. 9 ss.

³ Per un’applicazione dell’art. 73, comma 3, di poco successiva all’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, Cons. St., Ad. Plen., 2 dicembre 2010, n. 3, in *Urb. e app.*, 2011, 1, p. 326 ss., con commento di A. TRAVI, *La Plenaria interviene sul c.p.a.: segnalazione da parte del giudice delle questioni rilevabili d’ufficio e concessione del beneficio dell’errore scusabile*.

⁴ In argomento cfr. per tutti, F. SAIITA, *La «terza via» e il giudice amministrativo: la «questione rilevata d’ufficio» (da sottoporre al contraddittorio) tra legislazione e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, p. 827 ss.; nonché lo studio monografico di G. CREPALDI,

cui la problematicità del rapporto tra i due richiamati principi raggiunge, probabilmente, la sua acme⁵.

Trattasi di fenomeno che, già all'approccio, necessita di un chiarimento, posto che le altre formule correntemente utilizzate per farvi riferimento (cosiddette sentenze «a sorpresa»⁶, «solitarie» o «solipsisticamente adottate»⁷), alternative e fungibili tra di loro sul piano linguistico e concettuale, non possono essere considerate semplici varianti lessicali della locuzione «sentenze “di terza via”», trattandosi di espressioni che alludono a fenomeni e concetti i quali, pur se aventi matrice comune, rimangono tuttavia distinti e diversi.

Da qui l'opportunità di una figurata previa azione qualificatoria che, restando nella metafora, potrà essere, per dirla con i giusprivatisti e a seconda del punto di vista da cui ci si pone, di regolamento di confini o di apposizione di termini.

E infatti, se entrambi questi tipi di sentenze, «di terza via» e tutte le «altre», traggono origine da una questione che sia stata rilevata d'ufficio, il loro discrimine risiede nella sottoposizione o meno della questione stessa al contraddittorio.

Ne consegue che non tutte le sentenze «di terza via» possono dirsi, perciò soltanto, anche pronunce «a sorpresa» o similari, dovendosi piuttosto qualificare come tali esclusivamente quelle fondate su questioni rilevate d'ufficio ma non condivise con le parti; ciò, ovviamente, a meno che non si tratti di questioni che le parti hanno trascurato (per negligenza) o tralascia-

Le pronunce della terza via. Difesa e collaborazione nel processo amministrativo, Torino, 2018. Per una prospettiva d'insieme dello stato dell'arte della materia, prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo, v. F. CEGLIO, *Le sentenze della “terza via” nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 8, p. 905 ss.

⁵ A. CASSATELLA, *La modulazione degli effetti delle sentenze amministrative e i limiti della creatività giurisprudenziale*, in A.G. OROFINO, O. RENAUDIE (sous la direction de/a cura di), *Le juge administratif et ses pouvoirs. Il giudice amministrativo e i suoi poteri*, Milano, 2024, p. 119 ss., spec. p. 129, nel fare riferimento alla «fisiologica creatività del giudice», che «pone in crisi il dogma dell'efficacia dichiarativa dell'interpretazione sottesa all'accertamento giudiziale», precisa a nota 21 «Il problema è, invero, più vasto e concerne i limiti dell'attività di qualificazione ed interpretazione della domanda giudiziale da parte del giudice, entro la cornice rappresentata dalle previsioni dell'art. 32 c.p.a. e dal contrasto latente fra autoreponsabilità della parte nella fissazione dell'oggetto della controversia e principio dello iura novit curia. Il contrasto si è fatto palese soprattutto con riferimento alle c.d. sentenze di “terza via” o a sorpresa, connesse all'emersione di questioni rilevabili d'ufficio in corso di causa [...]».

⁶ L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza nel processo amministrativo: il caso delle sentenze “a sorpresa” e dintorni*, in G.D. COMPORTELLI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio*, cit., p. 1059 ss., nonché in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, p. 1048 ss.; M.T. D'URSO, *Le sentenze “a sorpresa” o della “terza via”*, in *Riv. Corte conti*, 2022, 2, p. 70 ss.

⁷ R. COSTANTINO, *Principio del contraddittorio e decisioni della “terza via”*, in *Amm. e Cont. St. ed Enti Pub.*, 2011, 2 (pp. 26), p. 1; M.T. D'URSO, *Le sentenze*, cit., pp. 72-78.

to (per strategia difensiva) di sollevare, ch  in questo caso non   profilabile una pronuncia «a sorpresa» n , quindi, la necessit  della sua sottoposizione al confronto tra i contendenti⁸.

2. Fatta questa precisazione, pu  rilevarsi come, a seguito di quanto disposto dal richiamato art. 73, comma 3⁹, oggi nessuno sembri pi  dubitare che il fondamento dell'obbligo per il giudice di segnalare alle parti la questione da lui rilevata d'ufficio sia quello del rispetto del basilare principio del contraddittorio¹⁰, considerato nella sua duplice accezione orizzontale e verticale che evoca il rapporto tra le parti e, rispettivamente, quello tra esse e il giudice.

Nondimeno la disposizione in esame, sia per come formulata sia per come interpretata e applicata, ha messo capo ad altre questioni, la prima delle quali, derivante dalla mancata previsione, almeno in via diretta, delle conseguenze della violazione di quanto ivi previsto,   stata avvertita come problema di sistema che, in qualche misura,   aggravato dal confronto con la (quasi) coeva disposizione del codice di procedura civile, il quale invece sanziona di nullit  le sentenze di «terza via» pronunciate anche «a sorpresa»¹¹.

Di fronte al pur possibile rinvio esterno al codice di procedura civile previsto dall'art. 39 c.p.a., la persuasiva soluzione, interna al sistema, offerta dalla giurisprudenza¹², vale a dire l'annullamento con rinvio della sentenza *ex art. 105, comma 1, c.p.a. per error in procedendo* derivante da «violazione del contraddittorio e del diritto di difesa»¹³, rileva per almeno due aspetti.

⁸ Come ben chiarito da G. CREPALDI, *Le pronunce della terza via*, cit., p. 3.

⁹ E, ancor prima, dall'art. 111 Cost.: sul punto, per tutti, cfr., in giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1462; in dottrina, M. ANTONIOLI, *Riflessioni in tema di giurisdizione della responsabilit  degli amministratori delle societ  in mano pubblica, di sollecitazione del contraddittorio su questioni rilevabili d'ufficio ed effetti negli altri processi delle sentenze delle Sezioni unite che si pronunciano sulla giurisdizione* (nota a Corte conti, sez. III giur. centr. app., 5 novembre 2012, n. 707), in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, p. 524 ss., spec. pp. 533-536.

¹⁰ Tra le tante, in giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2022, n. 11348.

¹¹ Cfr. art. 101, comma 2, secondo periodo, cod. proc. civ., introdotto dall'art. 45, comma 13 della l. n. 69/2009: «[...] Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullit , un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione».

¹² Fin da Cons. St., sez. V, n. 1462/2011, cit.

¹³ Cfr. per tutte, oltre alle pronunce richiamate nella nota precedente, Cons. St., sez. V, 27 novembre 2011, n. 5970; sez. IV, 8 febbraio 2016, n. 478, 2 gennaio 2019, n. 5; sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2974, 13 agosto 2018, n. 4941, 1^o aprile 2019, n. 2151 e 30 gennaio 2020, n. 757; sez. II, 13 dicembre 2021, n. 8277; sez. III, 26 aprile 2022, n. 3124. Fa riferimento al sistema degli artt. 73, comma 3 e 105, comma 1 del c.p.a. Ad. Plen., 5 settembre 2018, n. 14, sia pure per escludere che l'omessa pronuncia possa essere equiparata a una sentenza «a sorpresa».

Sul piano teorico-sistematico, essa mette in luce (e valore) la diversa impostazione normativa dei due sistemi processuali quanto a natura e consistenza, dichiarativa in quello civile e costitutiva in quello amministrativo, del potere attribuito al giudice, con evidenti implicazioni nel ruolo assegnatogli all'interno della fattispecie astratta e rivestito nell'ambito di quella concreta.

In termini sistematico-disciplinari, la soluzione in esame comporta che le pronunce «di terza via» che non siano state rese anche «a sorpresa», ferma restandone ovviamente l'eventuale nullità o ingiustizia, non potranno essere considerate erranee per violazione del contraddittorio ma, semmai, potranno esserlo per profili diversi.

La dottrina, nel prendere atto del principio così affermato, si è chiesta se esso valga automaticamente e indistintamente per tutte le questioni rilevate d'ufficio e non sottoposte al contraddittorio; o se, invece, vi siano “zone franche” dalla operatività degli artt. 73 e 105 e, nel caso, quali.

L'opinione pressoché unanime fa leva, in linea con i principi affermati dalla giurisprudenza, sulla tradizionale funzione di garanzia delle parti assolta dal contraddittorio, che perciò rappresenta un bene/interesse/valore assoluto, come tale da assicurarsi sempre e comunque¹⁴.

Nel secondo senso la tesi, rimasta isolata, di chi, muovendo dall'annossa *querelle* processualcivile sulla nullità “a prescindere” o meno della sentenza «a sorpresa»¹⁵, individua il fondamento del precetto contenuto nell'art. 73 nel contraddittorio inteso, piuttosto, come strumento conoscitivo finalizzato alla «giustizia della decisione»¹⁶, per poi distinguere tra sentenze che, in relazione al tipo di questione rilevata d'ufficio e posta a base della decisione, sono potenzialmente idonee ad arrecare un pregiudizio effettivo al diritto di difesa e sentenze che invece non lo sono. Nei confronti delle prime, pronunciate su questioni di fatto o miste (di fatto e di diritto), opera senz'altro il meccanismo degli artt. 73 e 105¹⁷; non così per le seconde, rese su questioni di puro diritto, dovendosi ragionare invece in termini di

¹⁴ Ai richiamati contributi di F. SAITTA, G. CREPALDI, F. CEGLIO (cfr. nota 3) e M. ANTONIOLI (cfr. nota 8), *adde* M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, p. 100 ss.

¹⁵ *Querelle* per i cui riferimenti bibliografici e giurisprudenziali si rinvia a L. BERTONAZZI, *op. loc. cit.*

¹⁶ L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza*, cit., p. 167 ss.

¹⁷ Da notare come l'A. faccia discendere il rinvio al primo giudice dalla «nullità (‘virtuale’) della sentenza ‘a sorpresa’» (*op. ult. cit.*, p. 160), anziché dal suo annullamento; principio, questo, che si ritrova anche in alcune pronunce giurisprudenziali come, ad es., Cons. St., sez. II, n. 8277/2021: «[...] la violazione dell'art. 73, comma 3, del codice del processo amministrativo comporta la nullità della sentenza di primo grado per violazione dell'incomprimibile diritto di difesa, presidiato dagli articoli 24 e 111 della Costituzione, il che integra una delle tassative ipotesi di rimessione della causa al primo giudice previste dall'art. 105, comma 1, del codice del processo amministrativo».

«giustizia»/«ingiustizia», anziché di «validità»/«invalidità», della decisione che non abbia previamente sottoposto la questione al contraddittorio¹⁸.

A supporto di questa impostazione si evidenzia come, nel dibattito processualciviltistico, alle medesime conclusioni siano pervenuti, sebbene con polifonia di accenti, anche coloro i quali predicano una nozione funzionalmente combinata o integrata di contraddittorio, «ove coesistono le due anime (di garanzia delle parti e di *instrumentum veritatis*)»¹⁹, oppure ricollegano la problematica in esame al diverso e meno stringente principio di reciproca collaborazione tra il giudice e le parti, la cui violazione non dà luogo a nullità, ma rileva, semmai, sotto il profilo disciplinare²⁰.

Orbene, se l'assumere in tesi l'una o l'altra funzione del contraddittorio, così come il combinarle o integrarle tra loro, costituisce il frutto di una scelta di campo, il meccanismo della previa sottoposizione alle parti, anche delle questioni rilevate d'ufficio che siano di puro diritto, dovrebbe operare, se non altro per ragioni di opportunità, pure nell'ipotesi in cui si acceda all'idea del contraddittorio come *instrumentum veritatis*. Ciò perché sembra indubitabile il beneficio che può trarne la formazione del convincimento del giudice sulla rilevanza della questione ai fini del decidere, ancor prima e oltre che sul merito della stessa.

Il contraddittorio, dunque, come «metodo», se non l'unico possibile, certamente quello, ossia *il* metodo per antonomasia che, non soltanto identifica a vista il processo, ma che oramai va sempre più caratterizzando anche il resto²¹.

Prova ne sia che, indipendentemente dalla funzione che si ritenga di dover attribuire al contraddittorio, questa impostazione sia riscontrabile in purezza e pienezza anche nel procedimento amministrativo, per definizione meno garantistico del processo, considerata la prevista inapplicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo della l. n. 241/1990 «[...] al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*»²²; disposizione, quest'ultima, che mette convenzionalmente capo a un'ipotesi di vero e proprio contraddittorio e non di semplice partecipazione²³ procedimentale.

¹⁸ Il che non dovrebbe escludere che anche per queste sentenze possa valere quanto si è detto nel testo con riferimento alle pronunce «di terza via» che non siano anche «a sorpresa», ossia che esse, oltre a essere ingiuste, possano essere annullabili (per motivi diversi dalla violazione del contraddittorio) o nulle.

¹⁹ L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza*, cit., p. 168, a cui si rinvia per gli ulteriori richiami di dottrina e di giurisprudenza.

²⁰ *Op. ult. cit.*, p. 162 ss.

²¹ In questo senso, G. CREPALDI, *Le pronunce della terza via*, cit., pp. 10-11.

²² Cfr. art. 21-*octies*, comma 2, terzo periodo della l. n. 241/1990.

²³ Nei cui confronti opera, sussistendone i presupposti, il regime delle illegittimità non invalidanti previsto, appunto, dall'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo della l. n. 241/1990.

Ciò posto, anche a voler ritenere che la sottoposizione al contraddittorio della questione rilevata d'ufficio sia ascrivibile al principio collaborativo, che il c.p.a. declina dichiaratamente in termini di cooperazione²⁴ «per la realizzazione della ragionevole durata del processo»²⁵, non sembrano esservi elementi per revocare in dubbio la piena e indistinta operatività della regola contenuta nell'art. 73. E infatti, se la questione viene rilevata in udienza, la sua indicazione a verbale non incide in alcun modo sulle tempistiche processuali, essendo prevista soltanto la possibilità di discuterla oralmente *illico et immediate*²⁶; se invece essa emerge dopo il passaggio in decisione, l'assegnazione del termine per il deposito di memorie, pur obiettivamente spostando in avanti la definizione della controversia, non sembra tuttavia di per sé sola idonea a compromettere la «ragionevole» durata del processo, vieppiù considerando che non sono contemplati termini per eventuali repliche.

Ché anzi, se le parti hanno illustrato a dovere le rispettive posizioni, trattasi di previsione che può perfino contribuire a contenere la durata del processo, agevolando la formazione del convincimento conclusivo, a beneficio dei tempi di redazione della sentenza e della tendenziale minor esposizione di quest'ultima a impugnative di sorta, con la conseguente possibile deflazione del contenzioso e, così, anche dell'ulteriore durata della controversia complessivamente considerata.

In quest'ordine di idee, il richiamato criterio del pregiudizio effettivo finirebbe per rivestire valenza neutra, considerato che esso trae origine proprio dal principio di ragionevole durata, al cui interno ha trovato fer-

²⁴ Vocabolo, questo, inteso da alcuni come sinonimo di “collaborazione” e da altri come avente un significato autonomo, che al confronto con quest'ultima può identificare, a seconda delle tesi in campo e dei settori o delle specifiche attività prese in considerazione, qualcosa di più o, all'opposto, di meno. Quanto alla valenza semantica del sintagma all'interno del codice del processo amministrativo, dalla disamina complessiva dell'articolato sembra emergere l'idea della cooperazione come collaborazione il cui *quid pluris* sta nella reciprocità e condivisione dell'obiettivo e, ancor prima, del percorso per raggiungerlo.

²⁵ V. art. 2, comma 2.

²⁶ Cfr. Cons. Giust. Amm., sez. giur., 27 luglio 2012, n. 721, che, in considerazione del divieto di rinviare la causa ad altra udienza, ha escluso l'obbligo per il giudice di assegnare un termine per il deposito di memorie, anche quando vi sia un'espressa richiesta delle parti in questo senso; critica, nei confronti di questa soluzione, F. POLLASTRO, *Rilevabilità d'ufficio delle questioni da cui può dipendere la decisione a garanzia del contraddittorio*, in *Il Merito.org*, 3 dicembre 2018 (p. 9), che evidenzia come la sua ragion pratica, ossia la garanzia del principio della ragionevole durata del processo, non andrebbe considerata in assoluto, dovendo essere necessariamente temperata con il principio di effettività della tutela, anche nella prospettiva di evitare «una eccessiva strozzatura e compressione del confronto tra le parti, con la possibilità peraltro di determinare decisioni “deboli”, più facilmente attaccabili tramite impugnazioni» (p. 6). In argomento, v. altresì F. SAITTA, *Nova in appello e sentenze della ‘terza via’: quando il giudice amministrativo ha troppa fretta di decidere* (nota a Cons. Giust. Amm., sez. giur., 16 giugno 2021, n. 534), in *GiustAmm.it*, 2021, 6 (p. 12).

tile terreno di sviluppo, soprattutto quando, a seguito dell'inserimento di quest'ultimo tra i principi costituzionali del giusto processo, il baricentro del sistema di tutela giurisdizionale è andato progressivamente spostandosi in questa direzione²⁷.

3. Senonché, il criterio del pregiudizio effettivo, consacrato nell'omonimo principio e identificato anche mediante altre espressioni²⁸, pur essendo rimasto al momento estraneo al sistema processuale amministrativo, è stato recentemente codificato all'interno di quello civile, dove invero già operava a livello di diritto vivente²⁹, per effetto della c.d. «riforma Cartabia»³⁰, che ha introdotto, subito prima della disposizione sulla nullità delle sentenze «a sorpresa», quasi a mo' di cappello introduttivo, la previsione secondo cui «[i]l giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni»³¹.

Occorre dunque farvi cenno per le indicazioni che possono ritrarsene sia rispetto al processo civile sia, allargando il campo d'osservazione, in una prospettiva di carattere più generale.

Presente nel dibattito processualcivilistico fin dalla metà del XIX secolo, e rimasto estraneo alla sistematica del codice di rito del 1940 che si è orientato sulla diversa regola del raggiungimento dello scopo³², il principio in parola, ispirato all'antico canone francese «*pas de nullité sans grief*»³³, ha preso piede all'ombra del principio di ragionevole durata del processo, per svilupparsi in misura e con pervasività e pregnanza tali da indurre la giurisprudenza ad affermare l'esistenza di un diritto «[...] al rispetto delle regole del processo» nel solo caso in cui, «[...], appunto in dipendenza dalla loro violazione», si sia «[...] subito un concreto pregiudizio»³⁴.

²⁷ In giurisprudenza cfr., tra le tante, Cass., sez. III, 13 luglio 2018, n. 18522; in dottrina, per una prospettiva monografica, v. R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità processuali*, Napoli, 2020.

²⁸ Per poter identificare il principio del pregiudizio effettivo si è dapprima fatto riferimento alla teoria del nesso, poi al principio della causalità del vizio e, successivamente, al principio di offensività della nullità.

²⁹ Per una prospettiva d'insieme v., in giurisprudenza, Cass., sez. III civ., 26 settembre 2023, n. 27424 (ord.); in dottrina, R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo*, cit.

³⁰ Cfr. art. 3, comma 7, d.lgs. n. 149/2022.

³¹ Cfr. art. 101, comma 2, primo periodo, c.p.c.

³² Per un'accurata ricostruzione delle dinamiche evolutive del principio in esame, si rinvia a R. DONZELLI, *op. ult. cit.*, p. 2 ss., anche per gli ulteriori indispensabili richiami bibliografici e giurisprudenziali.

³³ Le cui prime tracce risalgono almeno al XVII secolo: sul punto cfr., oltre al richiamato lavoro di R. DONZELLI, anche M. STELLA, *Nullità processuali e tutela del contraddittorio. Combien est effective le préjudice effective?*, in *Dir. proc. civ. it. comp.*, 2022, 4, p. 385 ss.

³⁴ Per tutte, Cass., SS.UU., 9 agosto 2018, n. 20685; sez. III, n. 27424/2023, cit.

Di fronte alle varie e serrate critiche dottrinali, volte a negare diritto di cittadinanza al principio del pregiudizio effettivo³⁵ o comunque a circoscriverne drasticamente in vario modo l'ambito di operatività³⁶, la stessa giurisprudenza ha poi chiarito che «non è necessaria l'individuazione di un pregiudizio "altro" (*id est*, un pregiudizio effettivo ulteriore), da porre a fondamento della sanzione di nullità, rispetto alla lesione dei diritti processuali essenziali», primi su tutti il contraddittorio e, più in genere, il diritto di difesa³⁷.

In quest'ordine di idee, a meno di voler ipotizzare un'improbabile "dietrofront" da parte della riforma³⁸, l'unica lettura compatibile e coerente con il quadro di riferimento venutosi a formare nel frattempo sembra essere quella di ricollegare l'accertamento del pregiudizio effettivo, ai fini della pronuncia dei provvedimenti opportuni, alle ipotesi in cui le modalità di determinazione del contraddittorio non risultino affatto disciplinate o siano disciplinate soltanto in parte dalla legge e, dunque, vadano affidate, in tutto o per mera differenza, alle determinazioni del giudice³⁹.

³⁵ Assumendo la violazione del principio di legalità, sulla scorta della considerazione che, «se le regole che fissano e limitano, anche in modo meticoloso, i poteri del giudice vengono liberamente interpretate dai giudici stessi, allora la funzione di garanzia che il codice ha si perde, e il giudice si arroga un nuovo potere che la legge non gli riconosce, e che è quello di superare le regole del processo»: così R. CAPONI, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*, in *Foro it.*, 2010, I, 6, c. 1794 ss.

³⁶ Chi evidenziando che la violazione del contraddittorio, indipendentemente da come lo si intenda (presidio di garanzia delle parti o *instrumentum veritatis*), non richiede la dimostrazione di un pregiudizio ulteriore (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2023, I. *Principi generali*, p. 34 ss.); chi evidenziando la sovra-ordinazione valoriale del principio del contraddittorio e del diritto di difesa rispetto ai principi della ragionevole durata del processo e del pregiudizio effettivo (R. CAPONI, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*, cit., spec. c. 1796); chi escludendo l'operatività del principio del pregiudizio effettivo nei confronti delle nullità rilevabili d'ufficio e testuali (V. CAPASSO, *Legge vs. principi: le Sezioni Unite chiamate a riscrivere la disciplina della nullità degli atti processuali*, in *Corr. giur.*, 2021, 6, p. 838 ss.), nonché di quelle extraformali (di tutte, come ritiene D. AMADEI, *Presupposti processuali, invalidità della sentenza ed impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1, p. 103 ss., o soltanto di quelle «radicali», come invece afferma A. BRIGUGLIO, *Violazione del contraddittorio e sistema delle impugnazioni (mito e realtà del carattere autonomamente invalidante della violazione)*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1 p. 127 ss.); chi riconducendo il principio del pregiudizio effettivo al divieto di abuso del processo, la cui violazione, lungi dall'impedire l'esercizio della facoltà di eccepire una nullità formale, può al più comportare una responsabilità *ex art.* 96 c.p.c. (R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo*, cit., p. 175 ss.)

³⁷ Per tutte, Cass., SS.UU., 25 novembre 2021, n. 36596, in *Foro it.*, 2022, I, 1, c. 117 ss., con nota di V. CAPASSO, *Quando la nullità «fait nécessairement grief»: le sezioni unite e l'intrinseca offensività della nullità da violazione del contraddittorio*; sez. III, n. 27424/2023, cit.

³⁸ Come pure ritenuto da C. DELLE DONNE, *Contraddittorio e "pregiudizio effettivo" dopo la Riforma Cartabia*, in *Judicium.it*, 2023, 1, p. 145 ss., che però auspica una differente lettura della novella, rispettosa cioè del principio del contraddittorio.

³⁹ Per tutti, F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile, Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, p. 22 ss.; R. DONZELLI, *Note sul nuovo art.*

4. A conclusione di queste brevi riflessioni, che in realtà costituiscono soltanto l'avvio di un più ampio percorso d'indagine, è possibile affermare che nel processo amministrativo, così come d'altronde nel processo civile, gli assetti di disciplina, di diritto scritto e di diritto vivente, delle c.d. sentenze «di terza via» assicurano il giusto contemperamento delle ragioni dell'effettività con quelle dell'efficienza e dell'efficacia⁴⁰.

Nel prisma di questo tipo di sentenze, che evocano la suggestiva figura del c.d. «giudice programmato»⁴¹, è nitidamente visibile la peculiarità del servizio giustizia, da intendersi qui non solo e non tanto in senso aziendalistico e prestazionale ma, probabilmente ancor prima e oltre, come «*service public* «à la française»»⁴², ossia come funzione e al tempo stesso come servizio alla cui stregua «l'esercizio della *iurisdictio* implica un potere che tuttavia si confronta con quello delle parti in un perfetto equilibrio»⁴³.

Se la cifra distintiva della transizione richiamata in premessa consiste nel «reinterpretare» l'antica «specialità» del giudice amministrativo per metterla «a completo servizio» dei cittadini⁴⁴, lo strumento principe che ne permette la realizzazione è quello del (vero) processo di parti, che per essere (realmente) tale postula, da un lato, la parità tra queste ultime e, dall'altro, il confronto tra il potere del giudice e quello delle stesse parti a cui si è appena fatto riferimento.

Il caso delle c.d. sentenze «di terza via» ne costituisce una delle riprove più evidenti.

101 c.p.c., in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1, p. 214 ss.; V. CAPASSO, *Note sul (nuovo?) contraddittorio post d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, tra apprezzabili conferme e qualche occasione perduta*, in *Dir. proc. civ. it. comp.*, 2023, 1, p. 77 ss.; F. SAVINO, *Sul rapporto tra nullità della sentenza e pregiudizio effettivo: la modifica dell'art. 101 c.p.c. comma 2, pur evocando il pregiudizio effettivo e facendo riaffiorare i dubbi che le Sezioni Unite avevano chiarito, non fonda il possibile riconoscimento normativo*, *ivi*, 2024, 1, p. 96 ss.; M. STELLA, *Il giudice garante del contraddittorio: il novellato art. 101 c.p.c. e i riflessi in materia di invalidità processuale*, in *Il Diritto Processuale Civile.it*, 2024, 1, p. 102 ss.

⁴⁰ Riprendendo il titolo del lavoro del volume collettaneo a cura di G.D. COMPORTI, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*.

⁴¹ C. GRAZIOSI, *La terza via e il giudice programmato: spunti sistemici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 2, p. 511 ss., che però, ai fini della nullità delle norme processuali violate, sostiene la tesi della necessità del pregiudizio effettivo.

⁴² In argomento, per tutti, E. BRILLET, *Le service public «à la française»: un mythe national au prisme de l'Europe*, in *L'Ec. pol.*, 2004, 4, p. 20 ss.; J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici. Per la Francia del domani* (Prefazione all'edizione italiana e traduzione a cura di R. Cavallo Perin e B. Gagliardi), Napoli, Jovene, 2011, p. 16 ss.

⁴³ In questo senso, S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, Milano, XIX, 1970, p. 224 ss.; l'espressione tra virgolette è di G. DE GIORGI CEZZI, *Giustizia (amministrazione della)*, in *Enc. dir.*, Milano, *I Tematici, III. Funzioni amministrative* (dir. da B.G. Mattarella e M. Ramajoli), 2022, pp. 566 ss., 570.

⁴⁴ Così G.D. COMPORTI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, cit., pp. 38 e 40.