



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXX

COORDINATORE Prof. Alessandro Simoni

**Per uno studio sulla difesa
dell'amministrazione in giudizio**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

Dottorando

Dott. Federico Orso

Tutore

Prof. Leonardo Ferrara

Coordinatore

Prof. Alessandro Simoni

Anni 2014/2018

INDICE

Introduzione	IV
--------------------	----

Capitolo I Dal ricorso contro atti o provvedimenti dell'autorità all'azione per la tutela di situazioni soggettive

Sezione prima Il problema dell'azione nel processo civile

1. Premessa	1
2. Il diritto di far valere in giudizio ciò che è dovuto: l'azione come frammento del diritto soggettivo	4
3. Dall' <i>actio</i> romana alla <i>Klagerecht</i> tedesca: l'azione diventa una situazione giuridica autonoma dal diritto soggettivo	9
4. La concezione concreta dell'azione di Chiovenda	12
5. Verso la pubblicizzazione del processo: l'affermazione delle concezioni astratte dell'azione.....	18
6. I tentativi di reazione alla 'deriva pubblicistica' delle concezioni astratte dell'azione: la 'teoria monistica' di Satta	22
7. (segue): la concezione 'mista' di Liebman	24

Sezione seconda La natura del ricorso alla quarta sezione del Consiglio di Stato

8. L'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato: un organo a cavallo tra funzioni amministrative e giurisdizionali.....	28
9. Il dibattito sulla natura della giurisdizione amministrativa: la concezione oggettivistica	33
10. (segue): la concezione soggettivistica	38
11. Le esatte coordinate del ricorso alla quarta sezione: una giurisdizione soggettiva, ma dai tratti marcatamente pubblicistici.....	42
12. Il disinteresse per la difesa della parte resistente	45
13. La crisi del processo d'impugnazione	53
14. Il mutamento in senso soggettivistico della concezione del processo amministrativo e l'interesse per la difesa in giudizio dell'amministrazione resistente	57

Capitolo II

Il ruolo della parte pubblica nel processo amministrativo: da invitata di pietra a parte necessaria

1.	Premessa.....	60
2.	L'atto che introduce il giudizio, a metà tra ricorso e citazione	63
3.	Oltre la questione nominalistica: la costituzione del rapporto processuale	67
4.	(segue): la presenza in giudizio dell'amministrazione resistente	70
5.	(segue): la contumacia dell'amministrazione resistente	73
6.	(segue): il principio dispositivo con metodo acquisitivo	79
7.	(segue): la disponibilità del giudizio da parte del ricorrente	84
8.	(segue): l'oggetto del giudizio e l'effetto di giudicato	87
8.1.	La preclusione processuale del dedotto e del deducibile ...	90
8.2.	La preclusione procedimentale dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.....	93
8.3.	Il giudicato a formazione progressiva	95
8.4.	La preclusione a scoppio ritardato	97
8.5.	Il diritto allo scioglimento dell'incertezza.....	99
9.	Alcune considerazioni d'insieme sulla trasformazione del tipo processuale: dall'amministrazione intimata a quella convenuta ...	102
10.	Il superamento del principio di indifferenza della costituzione in giudizio dell'amministrazione convenuta	104
a)	Il principio di non contestazione e gli argomenti di prova derivanti dal comportamento delle parti	105
b)	Il funzionamento del metodo acquisitivo.....	105
c)	I vizi di legittimità non caducanti	106
d)	L'effetto di giudicato	108
e)	La condanna alle spese	108
11.	Le conseguenze della mancata costituzione in giudizio dell'amministrazione convenuta	110
a)	Le ipotesi in cui risulti palese la fondatezza delle ragioni del ricorrente	111
b)	Le ipotesi in cui l'amministrazione dispone di valide argomentazioni difensive da opporre alle pretese attoree	113

Capitolo III

La resistenza dell'amministrazione convenuta: i limiti oggettivi e gli strumenti processuali della difesa

1.	Premessa.....	118
----	---------------	-----

2.	I limiti oggettivi della difesa dell'amministrazione convenuta: un'impostazione di metodo	122
3.	(segue): per una corretta applicazione del principio di preclusione del dedotto e del deducibile	124
4.	Il contenuto della difesa dell'amministrazione convenuta: dalla mera difesa all'eccezione di merito.....	129
5.	Il regime di rilevabilità delle eccezioni di merito nel giudizio di legittimità: dalla distinzione tra allegazione e rilevazione alle eccezioni in senso stretto.....	135
6.	Dall'ammissibilità in astratto all'esistenza in concreto delle eccezioni in senso stretto: la natura giuridica della difesa basata sull'annullamento non pronunciabile per violazione di norme sulla forma o sul procedimento	139
7.	(segue): la permanenza di profili di discrezionalità amministrativa nell'azione di adempimento.....	146
8.	La qualificazione dei fatti impeditivi: un problema aperto	150
Bibliografia.....		154

Introduzione

Vi è una differenza di approccio tra chi si occupa di giustizia amministrativa e i processualcivili, che cattura l'attenzione prima di ogni analisi sulle divergenze tra le due discipline.

I testi di diritto processuale civile si aprono normalmente con un'introduzione dedicata al carattere strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale, per poi dedicare un autonomo approfondimento a ognuno dei principali protagonisti del giudizio, tradizionalmente individuati nell'attore, nel convenuto e nel giudice.

Molto simile è il percorso tracciato dai testi di giustizia amministrativa, che si aprono di norma con un'introduzione dedicata alla genesi del processo amministrativo (che rappresenta, in fin dei conti, il modo degli amministrativisti di trattare il tema della strumentalità tra la sostanza e il processo) e proseguono con un'indagine sulle parti del giudizio.

Solo che stavolta i capitoli sono due e non più tre: ve n'è uno dedicato al ricorrente e un altro dedicato al giudice; ma non ve n'è, almeno generalmente, uno dedicato alla parte resistente.

Questa differenza suscita già di per sé un certo interesse, se si considera che il codice del processo amministrativo si apre enunciando i principi della «parità delle parti» e del «contraddittorio» (art. 2 c.p.a.), che è detto, per di più, «integralmente costituito» solo quando «l'atto introduttivo è notificato all'amministrazione resistente» (art. 27 c.p.a.).

Verrebbe allora provocatoriamente da dire che un primo tradimento dei suddetti principi si consumi nei testi di giustizia amministrativa: se alla parte resistente non è garantita la medesima attenzione ch'è riservata a quella ricorrente, è lecito avanzare più di un sospetto sulla piena affermazione del giusto processo nella giurisdizione amministrativa.

Questa forma quasi istintiva di interesse per l'enunciata differenza d'impostazione tra le due discipline processuali acquisisce contorni più definiti solo che se ne comincino a indagare in profondità le motivazioni.

Così, addentrandosi nello studio dell'evoluzione della giustizia amministrativa, ben presto s'intuisce che il disinteresse dei processualisti per la difesa dell'amministrazione intimata è dovuto a un certo inquadramento della natura del ricorso alla quarta sezione del Consiglio di Stato e a un modo d'interpretare l'*azione* nel giudizio amministrativo d'impugnazione (cap. I, parte II) profondamente diverso da quello proprio del processo ordinario (cap. I, parte I).

Al tempo in cui venne approvata la legge 31 marzo 1889, n. 5992, infatti, non era chiaro neppure se a questa nuova competenza dell'organo consultivo del Re dovesse attribuirsi natura amministrativa o giurisdizionale; quando poi tale nodo venne sciolto in favore del secondo corno dell'alternativa, ci vollero

comunque molti anni e l'apporto di vari studi monografici anche soltanto per affermare che l'amministrazione fosse una vera e propria *parte* del processo e potesse, pertanto, essere condannata a rifondere le spese giudiziali sostenute dal ricorrente in caso di soccombenza.

Tale resistenza culturale, del resto, era in perfetta sintonia con la prevalente convinzione che il ricorso «contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa» (art. 3, co. 1, l. 31 marzo 1889, n. 5992) avesse una funzione di verifica della legalità dell'azione degli apparati pubblici piuttosto che di tutela di una situazione soggettiva.

Il giudizio amministrativo, insomma, venne costruito in origine secondo lo schema del *processo a senso unico*¹, nel quale il ricorrente si rivolgeva all'autorità giudiziaria denunciando l'invalidità di un provvedimento, di cui il giudice era chiamato a verificare la legittimità, mediante l'accertamento della sussistenza dei vizi (e di quelli soltanto) lamentati nel ricorso, mentre all'amministrazione era attribuito un ruolo eventuale e, in ogni caso, marginale.

Con queste due ulteriori precisazioni. Che per un verso il collegio giudicante poteva accedere liberamente al fatto ed estendere la propria cognizione oltre le allegazioni di parte e che, per altro verso, la sentenza avrebbe dovuto fare in ogni caso «salvi» gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione (art. 17, co. 3, l. 31 marzo 1889, n. 5992): per effetto della prima circostanza, essa era 'protetta' dal pericolo che il ricorrente, approfittando di una sua eventuale assenza in giudizio, potesse beneficiare del *deficit* cognitorio del giudice; grazie alla seconda, l'ente intimato era garantito dal fatto che, anche in ipotesi di vittoria del ricorrente, il giudicato non avrebbe comunque potuto regolare in maniera definitiva il rapporto giuridico sotteso all'atto impugnato.

Ne emergeva quindi un'impostazione marcatamente pubblicistica, che collocava il giudice «al centro del processo» e le parti «alla periferia»².

Da un lato stava il ricorrente, che aveva piena signoria sulle fasi introduttiva ed estintiva del giudizio, ma doveva accontentarsi di ricevere una tutela *eventuale e indiretta*: eventuale perché il grado di satisfattività della tutela impugnatoria dipendeva dalla natura (oppositiva o pretensiva) del suo interesse; indiretta nella misura in cui la giurisdizione di legittimità era esercitata, innanzitutto, per garantire la legalità dell'azione degli apparati pubblici e, solo incidentalmente, per proteggere la sfera giuridica del destinatario dell'atto impugnato (così, per esempio, in caso di annullamento d'ufficio in corso di causa,

¹ L'espressione descrive in maniera eloquente la marginalità del ruolo dell'amministrazione intimata nella logica del processo da ricorso: v. GLEIJESES A., *Profili sostanziali del diritto amministrativo*, Napoli, 1962, p. 251; NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1983, p. 302; CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 189.

² È questa la metafora con cui CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, in IDEM (diretto da), *Trattato del processo civile*, Napoli, 1958, p. 113, assegnando al processo la funzione pubblicistica di risoluzione delle liti, illustrava la sua teoria astratta dell'azione.

il giudice dichiarava cessata la materia del contendere, indipendentemente dall'esistenza di un interesse del ricorrente all'accertamento dell'illegittimità).

Dall'altro lato si collocava l'amministrazione, che sceglieva liberamente se costituirsi o restare estranea al processo³, senza che questa sua decisione potesse influenzare la struttura del giudizio, limitare la cognizione del giudice o impedire in futuro la riedizione di un provvedimento col medesimo contenuto, purché privo dei vizi eventualmente accertati.

Nel mezzo si trovava il giudice, che era chiamato, indipendentemente dal contegno processuale dei due contendenti, a ripristinare la legalità violata mediante l'annullamento del provvedimento impugnato oppure a escludere la sussistenza dei vizi lamentati e a respingere il ricorso.

Ebbene, fin tanto che il quadro normativo inaugurato alla fine del diciannovesimo secolo è rimasto immutato, non si poteva ragionevolmente dubitare che, nella giurisdizione amministrativa, questo fosse l'assetto dei rapporti processuali tra le parti e il giudice.

Ma già a partire dall'entrata in vigore della Costituzione, la scelta di costruire il giudizio amministrativo come un «processo da ricorso» contro atti dell'autorità⁴ cominciava a manifestare dei chiari segnali di debolezza, nella misura in cui gli artt. 24, 103 e 113 configuravano «senza possibilità dubbio» il giudice amministrativo quale «vero giudice» preposto alla tutela di «situazioni soggettive»⁵.

Il resto lo ha fatto il legislatore ordinario nell'ultimo trentennio, dapprima collocando l'interesse legittimo in quella dimensione sostanziale che gli era stata assegnata dalla Costituzione e poi dando al giudizio amministrativo la forma di un autentico processo di parti.

Il presente lavoro, dunque, trae ispirazione dall'idea che la trasformazione del giudizio amministrativo abbia portato con sé, oltre all'esigenza di una rivisitazione dei poteri e delle facoltà del giudice, del ricorrente e dei terzi (sulle

³ Era questa una delle maggiori conseguenze della costruzione teorica di Feliciano Benvenuti, per il quale la partecipazione della parte pubblica sarebbe da ritenere «puramente eventuale» (così testualmente BENVENUTI F., *Evoluzioni nel processo amministrativo*, in *Jus*, XXIX, 1982, I-II, p. 36, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, p. 3684).

⁴ La teoria del processo da ricorso, come si dirà più approfonditamente nel secondo capitolo, venne elaborata a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso da Feliciano Benvenuti e definitivamente cristallizzata nella sua *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, XIX, 1970.

⁵ Con queste parole BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Milano, 1966, pp. 26-28 metteva in evidenza l'incompatibilità del sistema di giustizia amministrativa inaugurato alla fine del diciannovesimo secolo col rinnovato assetto costituzionale.

quali maggiormente s'è concentrata l'attenzione della scienza amministrativistica), pure l'opportunità di un ripensamento del ruolo dell'amministrazione resistente⁶.

Si sono prese cioè le mosse dall'ipotesi che a un certo modo di concepire la natura e il contenuto dell'azione ne corrisponda un certo altro di interpretare il contegno processuale del convenuto.

Per verificare l'esistenza di questa relazione, è sembrato opportuno prendere in esame le riflessioni dei processualcivili, che a lungo hanno dibattuto sul significato dell'azione e sui rapporti giuridici che s'instaurano tra chi agisce per la tutela di un proprio diritto soggettivo e chi si difende negando la fondatezza della domanda avversaria: così, ripercorrendo il dibattito scientifico animatosi tra i giuristi a partire dalla seconda metà del diciannovesimo secolo, la storia del processo civile ci è apparsa come distesa lungo un filo immaginario, ai cui estremi si sono collocate le impostazioni *privatistica* (di matrice chiovendiana) e *pubblicistica* (riconducibile a Carnelutti e al primo impianto del codice di procedura civile) e al cui centro si è posizionata la *teoria mista dell'azione*, ormai pressoché universalmente condivisa dagli studiosi del processo civile (e coniata da Liebman negli anni cinquanta).

Ebbene, da quest'indagine è emersa chiaramente l'esistenza di un nesso tra la concezione del processo e il ruolo dei suoi protagonisti: in quel moto di privatizzazione e pubblicizzazione della giurisdizione, di cui si dirà approfonditamente a tempo debito, le parti e il giudice si sono avvicendate alla guida del processo, con poteri e facoltà che sono variati nel tempo.

Preso atto di questo rapporto di dipendenza tra la teoria dell'azione e il ruolo delle parti, si è sottoposta quindi a esame l'attualità del *principio di indifferenza della costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente* (cap. II). Si è cercato cioè di appurare se, in seguito all'approvazione del c.p.a., possa ritenersi ancora valida l'affermazione della *facoltà* per l'ente intimato di scegliere liberamente il proprio atteggiamento difensivo o se, viceversa, a tale scelta si correlino oggi degli effetti giuridici tali da incidere prima sull'assetto dei rapporti processuali e poi su quello delle relazioni sostanziali cristallizzate dal passaggio in giudicato della sentenza.

Per saggiare l'attuale tenuta di questa impostazione si sono allora sottoposti a critica i capisaldi della teoria del *processo da ricorso* (cap. II, §§2-9), mettendone in discussione non soltanto il profilo lessicale, ipotizzando cioè che

⁶ A tale riguardo, è stato rilevato che «manca, tuttora, negli studi di diritto processuale amministrativo, una trattazione organica della difesa nel giudizio di legittimità» (ROMANO TASSONE A., *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 589).

l'atto introduttivo del giudizio amministrativo sia più correttamente da inquadrare in termini di *citazione*, ma anche analizzando le ricadute applicative di quella impostazione teorica.

Si è innanzitutto messa in dubbio la convinzione che nel giudizio amministrativo, differentemente da quello ordinario, il rapporto processuale si instauri al momento della costituzione in giudizio del ricorrente e non per effetto della sola notifica del ricorso: in tal senso, si è ritenuto che il riconoscimento per l'ente intimato, avvenuto per la prima volta con l'introduzione del c.p.a., di costituirsi indipendentemente dal deposito del ricorso (art. 46, co. 1), consenta di anticipare la pendenza della lite al momento in cui l'atto introduttivo è notificato all'amministrazione (§3). Si sono poi presi in esame l'obbligo di quest'ultima di depositare il provvedimento impugnato (art. 46, co. 2, c.p.a.) e la sua facoltà di opporsi alla rinuncia agli atti del ricorrente (art. 84, co. 3, c.p.a.), interpretandoli come indici del definitivo abbandono del c.d. 'processo a senso unico', nel quale era contemplata la totale inerzia dell'ente intimato (§§4 e 7). Ancora, si è immaginato di ammettere, anche nel giudizio di legittimità, la contumacia della parte resistente, facendo dipendere da questo contegno conseguenze analoghe a quelle che si producono nei confronti del convenuto che non si costituisce nel processo ordinario (§5). Si è proceduto quindi a una rivisitazione del meccanismo di funzionamento del 'metodo acquisitivo', suggerendo di limitarlo ai soli casi in cui l'esercizio dei poteri officiosi appaia necessario a ristabilire la parità delle parti sul piano sostanziale ed escludendo, pertanto, ogni possibilità di *soccorso istruttorio* del giudice nei confronti di un'amministrazione processualmente negligente (§6). Infine, s'è letto nell'ultratrentennale tentativo dottrinario e giurisprudenziale di assegnare al giudicato amministrativo effetti quanto più possibile soddisfattivi della pretesa attorea la volontà di superare l'impostazione pubblicistica del processo all'atto (§8).

Alla luce dei risultati ottenuti, nella parte conclusiva del secondo capitolo si sono quindi provate a individuare le conseguenze della mancata costituzione in giudizio dell'amministrazione, che si è detta *convenuta* e non più *intimata*: quelle che si producono sul piano processuale, con il rischio di stabilizzazione in capo al ricorrente di utilità che non gli sono riconosciute dal diritto sostanziale (§10); quelle che si possono registrare sul fronte del buon andamento e dell'economicità dell'azione amministrativa per effetto di un'incompleta (o assente) attività difensiva; da ultimo, la responsabilità erariale e disciplinare dei funzionari preposti a determinare le strategie processuali dell'ente per quegli effetti del giudicato che si potevano evitare (o quantomeno mitigare) mediante l'allestimento di una adeguata attività difensiva (§11).

Il punto di caduta di questo ragionamento sarà quindi non soltanto quello di ammettere che una difesa dell'amministrazione *possa* esservi, ma addirittura di giungere a ipotizzare che un'adeguata resistenza dell'ente convenuto sia da

configurare in termini di *obbligo*, date le innumerevoli conseguenze giuridiche che si producono per effetto di una sua eventuale inerzia.

Per quanto l'affermazione dell'*obbligo di difendersi* rappresenti, come s'illustrerà *sub* cap. II, una mera ipotesi di studio, bisognosa di ulteriori approfondimenti e verifiche, la presa di coscienza che le strategie processuali dell'amministrazione convenuta non sono prive di conseguenze giuridiche, sia sul piano processuale che su quello dei rapporti sostanziali cristallizzati nel giudicato, conduce definitivamente fuori dalla logica del processo da ricorso, consentendo l'emersione dell'amministrazione resistente da quel ruolo marginale dove era stata tradizionalmente relegata.

Una volta attribuita all'amministrazione la dignità di un'autentica *parte* del processo, si è cercato di dare contenuto al suo contegno difensivo (cap. III).

Innanzitutto, si sono provati a tratteggiare i limiti oggettivi della difesa dell'amministrazione convenuta, nel tentativo di distinguere gli argomenti che essa può spendere in giudizio da quelli che debbono invece essere riservati alla fase successiva al passaggio in giudicato della sentenza (§4). Sennonché, per risolvere questo problema è stato prima necessario indagare il funzionamento del principio di preclusione del dedotto e del deducibile nel processo amministrativo (§§2-3): infatti, per definire correttamente ciò che l'amministrazione può rilevare mediante l'esperimento di una difesa processuale e quel che, invece, non può in alcun modo entrare nel processo, è necessario definire preliminarmente quali siano i limiti interni della giurisdizione e quali gli effetti preclusivi del giudicato.

Da quest'indagine sono emerse, come si dirà nei paragrafi centrali del terzo capitolo, due conclusioni: da una parte la possibilità per l'amministrazione di difendersi mediante il ricorso a eccezioni di merito in senso proprio; dall'altra, l'inammissibilità delle eccezioni a carattere riconvenzionale e, a maggior ragione, delle domande riconvenzionali, attraverso le quali l'ente convenuto finirebbe per portare a conoscenza del giudice una parte di potere non ancora esercitata, conducendolo fuori dai limiti della sua giurisdizione.

Infine, si è dedicata l'ultima parte del lavoro a un'indagine sul regime di rilevabilità delle eccezioni di merito in senso proprio, al fine di verificare se, come accade nel giudizio ordinario, anche in quello amministrativo possa immaginarsi, quantomeno in ipotesi, che la rilevazione dell'esistenza di un fatto sia interdetta all'attività officiosa del giudice e venga riservata all'autonoma iniziativa delle parti: così, dopo aver dato risposta positiva a quest'interrogativo (§5), si sono analizzati negli ultimi paragrafi i casi dell'irrelevanza causale dei vizi sulla forma e sul procedimento e della permanenza dei profili di discrezionalità nell'azione di adempimento, che sono stati (il primo) o potrebbero esserlo (il secondo) qualificabili in termini di eccezione in senso stretto (§§6-8).

Capitolo I

Dal ricorso contro atti o provvedimenti dell'autorità all'azione per la tutela di situazioni soggettive

SOMMARIO: 1. Premessa – *Sezione prima*: Il problema dell'azione nel processo civile – *Sezione seconda*: La natura del ricorso alla quarta sezione del Consiglio di Stato

1. Premessa

Questa ricerca ha per oggetto la posizione dell'amministrazione resistente nel giudizio di legittimità. L'indagine, in particolare, è condotta guardando al fenomeno processuale nella prospettiva delle relazioni che s'instaurano tra i soggetti che prendono parte alla fase giudiziale, seguendo un'impostazione di metodo che è comunemente accolta dai processualisti.

Al riguardo, come si dirà nei primi paragrafi di questo capitolo, la consapevolezza che il processo sia una fonte autonoma di facoltà e obblighi tra le parti e il giudice, distinta dal rapporto giuridico sostanziale che ne forma l'oggetto, è una conquista tardo-ottocentesca dei processualciviliisti tedeschi.

Gli studiosi italiani del processo civile, raccogliendo i risultati del dibattito dottrinario che si era sviluppato in Germania, hanno accettato quest'idea solo all'inizio del ventesimo secolo. Maggiore è stato il ritardo degli amministrativisti, i quali, complice anche la tradizionale ricostruzione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva di natura processuale e strumentale alla tutela dell'interesse pubblico, hanno ammesso che sostanza e processo siano fenomeni giuridici autonomi soltanto in un'epoca relativamente recente.

Oggi, però, tale convinzione è talmente forte che nessun istituto del processo viene generalmente esaminato in una prospettiva diversa da quella che si è indicata in apertura, senza cioè che di esso siano presi in considerazione gli effetti giuridici che si producono tra le parti e il giudice.

Non fanno eccezione, ovviamente, gli atti coi quali le parti introducono in giudizio i fatti costitutivi delle proprie pretese e quelli modificativi, impeditivi o estintivi delle pretese avversarie. Anzi, essi rappresentano semmai la più vivida dimostrazione della dinamica processuale.

Pertanto, uno studio che si propone di indagare il comportamento processuale della parte resistente non può prescindere da un'analisi di quello della parte attrice. Difendersi in un processo significa in primo luogo determinare l'oggetto, e ancor prima il significato, dell'iniziativa attorea: il *controricorso* e il *ricorso incidentale* non vivono senza il *ricorso*; parimenti, la *negazione dei fatti costitutivi della domanda* non ha senso senza una loro *affermazione*; ancora, l'introduzione dei *fatti modificativi, impeditivi o estintivi* della pretesa attorea non può aver

luogo senza una chiara delimitazione dell'oggetto della domanda; allo stesso modo, le *produzioni documentali* e le *richieste istruttorie* della parte resistente non si apprezzano senza quelle di parte attrice; e via così dicendo.

Per questa ragione si è scelto di iniziare il presente lavoro con un'indagine sulla natura e sul significato dell'iniziativa di chi agisce per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi: solo così, si è convinti, si può davvero comprendere quale sia l'attuale posizione dell'amministrazione resistente nel giudizio di legittimità, al fine di verificare se e in quali termini l'evoluzione normativa che ha coinvolto il processo amministrativo nell'ultimo trentennio abbia comportato pure una trasformazione del suo ruolo.

È sembrato allora opportuno prendere le mosse dalle riflessioni dei processualcivili, che a lungo hanno dibattuto sulla teoria dell'azione, mettendo chiaramente in evidenza l'esistenza di una connessione tra il modo di concepire il processo e la definizione del ruolo dei suoi protagonisti.

Nella prima sezione, pertanto, si proverà a distendere la storia del processo civile lungo una linea immaginaria ai cui estremi si collocano le *concezioni privatistiche dell'azione* (§§2-4), dove primeggiano le parti e i loro interessi individuali, e quella *pubblicistica* (§5), nella quale viceversa campeggiano il giudice e i suoi, penetranti, poteri officiosi.

Il punto di equilibrio, si vedrà, è stato infine individuato dagli studiosi del processo civile nella *teoria mista dell'azione* (§7): una soluzione di compromesso che garantisce l'autonomia del processo assicurandone al contempo, attraverso il riconoscimento della *possibilità giuridica* tra le condizioni dell'azione, un collegamento diretto con il diritto sostanziale.

La seconda sezione sarà invece dedicata all'analisi del ricorso nel processo amministrativo. Seguendo un percorso analogo a quello appena tracciato con riferimento al giudizio ordinario, si proveranno qui a inquadrare il significato e il contenuto del ricorso «contro atti e provvedimenti di un'autorità» (§§8-10), al fine di verificarne l'assimilabilità con gli schemi elaborati nella scienza processualcivile (§11).

Il risultato sarà per certi versi sorprendente: il modello originario del ricorso alla quarta sezione, infatti, disvelerà elementi tipici sia dell'impostazione pubblicistica, con la quale condivide la tendenza a presidiare l'interesse generale al ripristino della legalità violata (la carneltuttiana *composizione della lite*), che di quella privatistica, nella quale l'azione rappresenta un diritto potestativo finalizzato a provocare l'attuazione della legge nei confronti del convenuto (che nel giudizio amministrativo assume i connotati del *diritto potestativo all'annullamento del provvedimento impugnato*).

In questa commistione tra elementi delle concezioni pubblicistica e privatistica si individueranno le ragioni del tradizionale disinteresse per la difesa dell'amministrazione resistente (§12).

In un processo che aveva la (sola) funzione di provocare l'annullamento dell'atto impugnato e che tutelava primariamente l'interesse generale (e solo indirettamente quello individuale del ricorrente) la parte intimata era gioco-forza costretta in una posizione di subalternità (a dispetto della posizione di autorità di cui godeva nella fase sostanziale): sia rispetto al giudice, al quale era rimesso il compito di prendersi cura dell'interesse pubblico, a prescindere dal contegno difensivo delle parti; sia rispetto al ricorrente, che non soltanto aveva piena signoria sulle fasi introduttiva ed estintiva del giudizio (mediante ricorso e rinuncia agli atti, originariamente inopponibile da parte dell'ente pubblico intimato), ma poteva per di più determinarne unilateralmente l'oggetto, mediante l'individuazione dei motivi di ricorso, senza che alla parte resistente fosse consentito provocarne in corso di giudizio l'allargamento attraverso eccezione o domanda riconvenzionale.

L'indagine condotta e i risultati ottenuti si riveleranno particolarmente fecondi per il prosieguo del lavoro e consentiranno, nella parte conclusiva di questo primo capitolo, di avanzare l'ipotesi che dalla crisi di quel modello processuale e dal mutamento in senso soggettivistico della giurisdizione (§13) scaturisca l'opportunità di ripensare il ruolo dell'amministrazione in giudizio (§14): un'autentica parte del processo, destinataria di poteri e facoltà nei confronti delle controparti e del giudice, chiamata a difendere il proprio interesse sostanziale in contraddittorio e in condizioni di parità con il ricorrente.

Sezione prima

Il problema dell'azione nel processo civile

SOMMARIO: 2. Il diritto di far valere in giudizio ciò che è dovuto: l'azione come frammento del diritto soggettivo – 3. Dall'*actio* romana alla *Klagerecht* tedesca: l'azione diventa una situazione giuridica autonoma dal diritto soggettivo – 4. La concezione concreta dell'azione di Chiovenda – 5. Verso la pubblicizzazione del processo: l'affermazione delle concezioni astratte dell'azione – 6. I tentativi di reazione alla 'deriva pubblicistica' delle concezioni astratte dell'azione: la 'teoria monistica' di Satta – 7. (segue): la concezione 'mista' di Liebman

2. Il diritto di far valere in giudizio ciò che è dovuto: l'azione come frammento del diritto soggettivo

Chiarite le ragioni per le quali si è scelto di iniziare il presente lavoro dalla teoria dell'azione, nonostante che la ricerca abbia a oggetto lo studio della difesa della parte resistente nella giurisdizione di legittimità, in questa sezione si illustreranno sinteticamente le concezioni che si sono avvicinate tra diciottesimo e diciannovesimo secolo tra i processualcivili e che hanno portato, almeno nel processo ordinario, a una sistemazione definitiva del problema all'inizio degli anni cinquanta del novecento.

Invero, fino alla seconda metà del XIX secolo, la letteratura giuridica non mostrò particolare interesse per la teoria dell'azione⁷.

Prima che Windscheid e Muther dessero vita alla loro celebre *Polemica intorno all'actio*⁸, inaugurando un dibattito⁹ destinato a soprirsi solo cento anni più tardi¹⁰, i giuristi si limitarono per decenni a riprodurre tralaticciamente le

⁷ Sebbene le discussioni in materia non potessero dirsi del tutto inesistenti, fu solo grazie al lavoro dei pandettisti che questo tema divenne uno dei più attuali e dibattuti nella scienza giuridica (così ORESTANO R., *Azione (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, §7).

⁸ Nel 1865 Windscheid pubblicò il suo *Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts* (Dusseldorf, 1865), ove pose per la prima volta in discussione la corrispondenza tra l'*actio* romana e la *Klagerecht* tedesca. La tesi fu contrastata dal Muther con un saggio intitolato *Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagerecht* (Erlangen, 1857), al quale Windscheid replicò nuovamente col *Die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther* (Buddeus, 1857). I tre saggi, tradotti in italiano, sono contenuti in HEINITZ E., PUGLIESE G. (a cura di), *Polemica intorno all'«actio» di Windscheid e Muther*, Firenze, 1954.

⁹ Una ricchissima raccolta bibliografica del dibattito dottrinario sul concetto di azione è contenuta in FURNO C., *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo. Appendice nota bibliografica (con qualche appunto sul concetto di azione)*, Firenze, 1942, pp. 295-299.

¹⁰ Sebbene il dibattito sulla teoria dell'azione non possa considerarsi definitivamente esaurito (prova ne siano le battute polemiche di MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale*

parole del Digesto, ove l'azione era definita come 'il diritto di far valere in giudizio ciò che è dovuto'¹¹.

Infatti, fin tanto che aveva continuato a prevalere una «visione unitaria del *ius civile*», suscettibile di tenere assieme il diritto pubblico e il diritto privato, «le vecchie formulazioni dell'esperienza romana erano apparse sufficienti» ai giuristi ottocenteschi: così, quel che inquadrava l'*actio* nel diritto romano ben avrebbe potuto continuare a descrivere l'azione nel diritto moderno¹².

A dire il vero, non mancarono le occasioni di insidiare questa certezza e di mettere in dubbio la corrispondenza tra l'*actio* romana e l'azione moderna.

Fu Savigny, per primo, a rilevare che mentre le fonti romane riconoscevano l'*actio* anche a chi non aveva subito alcuna minaccia o violazione della propria sfera giuridica, il diritto tedesco considerava questa circostanza un presupposto fondamentale della *Klagerecht*, ovvero del diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere tutela: mentre l'*actio* era una forma di esercizio della situazione sostanziale, il fondatore della c.d. scuola storica del diritto inquadrava l'azione come il «diritto alla tutela giudiziale derivante dalla violazione di un altro diritto»¹³.

Senonché, invece di inferire da quest'osservazione l'autonomia concettuale dell'azione moderna da quella romana, l'autore distingueva tra '*actio* potenziale' e '*actio* attuale': è vero, diceva, che la *Klagerecht* può essere esperita solo a seguito della violazione del diritto; ma la possibilità di agire dinnanzi a un giudice è una facoltà che, sia pur solo in potenza, «*sussiste* anche prima della violazione», sebbene divenga «*realizzabile* solo in seguito»¹⁴.

civile, I, Padova, 2015, pp. 167-180), l'interesse per la materia è scemato a partire dalla seconda metà del secolo scorso, dopo che alcuni autori, e in Italia soprattutto il Liebman, vi hanno fissato dei punti fermi, di cui si dirà *infra* nel testo (v., su tutti, LIEBMAN E.T., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 47 ss.). Che il dibattito attorno alla teoria dell'azione abbia oggi perduto vigore è stato evidenziato in particolare da DENTI V., *Azione – Diritto processuale civile (voce)*, in *Enc. giur. Trecc.*, III, Roma, p. 1 ss., e da FAZZALARI E., *Azione civile (voce)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 30 ss.

¹¹ La definizione viene attribuita a Celso, per il quale «*nihil aliud est actio quam ius quo sibi debeat iudicio persiquendi*» (D. 44, 7, 51).

¹² Sostiene al riguardo Orestano (*L'azione*, cit., §7) che, «fino a quando si era mantenuta una visione unitaria del *ius civile*, comprendente il diritto pubblico e il privato, le vecchie formulazioni dell'esperienza romana erano apparse sufficienti».

¹³ V. al riguardo VON SAVIGNY F.C., *System des heutigen romischen Rechts*, V, 1840-1849, §§ 204-205, trad. it. SCIALOJA V. (a cura di), *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886-1898; ma su questi aspetti vedi anche WINDSCHEID B., *Die actio des romischen Civilrechts*, cit., §1).

¹⁴ Così PUGLIESE G., *Introduzione*, in HEINITZ E., PUGLIESE G. (a cura di), *Polemica*, cit., p. XIII. Sottolinea l'A. come sia Savigny che il romanista francese Ortolan avessero colto «i mutamenti di significato che il termine *actio* aveva subito nella storia in rapporto ai diversi sistemi processuali», senza tuttavia trarne le dovute conclusioni. Dell'esistenza di queste posizioni dava conto anche Windscheid: «scrittori recenti hanno fatto distinzione fra azione

Pertanto, nonostante la potenziale decisività della sua obiezione, anche Savigny finì per avvalorare la tesi che la definizione romana di *actio* fosse idonea a descrivere pure la *Klagerecht* tedesca.

Altrove si provò invece a contestare la corrispondenza tra l'*actio* romana e l'azione moderna riflettendo sull'alterità dei soggetti passivi: mentre la prima doveva ritenersi senz'altro rivolta nei confronti dell'avversario (o, più propriamente, contro l'avversario), sul quale incombeva l'obbligo di riparare la violazione, il destinatario della seconda era più propriamente da individuarsi nello Stato, cui l'attore domandava tutela¹⁵.

In altre parole, la tendenza finalistica della *Klagerecht*, da intendersi come «invocazione del giudice» piuttosto che come «affermazione del diritto contro l'avversario»¹⁶, metteva bene in evidenza la maggiore rilevanza che il momento pubblicistico aveva nei sistemi processuali ottocenteschi rispetto a quella che gli era accordata nel processo formulare romano.

(Klagercht) eventuale e azione realmente già nata. Actio, essi hanno detto, non è soltanto quest'ultimo diritto, ma anche il primo. Actio è la facoltà, inerente a ogni diritto, di invocare nel caso esso debba venire leso la tutela dell'autorità giudiziaria; essa sussiste anche prima della violazione, ma diviene realizzabile solo in seguito a questa» (così WINDSCHEID B., *Die actio des römischen Civilrechts*, cit., §1). Alla distinzione tra azione potenziale e azione attuale aderirono, nella letteratura italiana, Galante, Venzi e Coviello (v. in proposito ESCOBEDO F., *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, p. 32).

¹⁵ L'intuizione viene attribuita a HASSE J.C., *Über das Wesen der «actio», ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der «in personam actio» un «in rem actio»*, 1833. Evidenzia Pugliese (*Introduzione*, cit., p. XIV) che Hasse «si era allontanato da queste idee tralattizie, sostenendo la tesi – rimasta per il momento senza seguito – che soggetto passivo dell'actio fosse lo Stato». Quest'intuizione, come si vedrà *infra* nel testo, sarà posta a base della teoria del 'rapporto processuale' (su cui v. MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2016, p. 39, ove viene indicato in VON BULOW O., *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvolraussetzungen*, Giessen, 1968, l'autore che mise a frutto la teoria dello Hasse).

¹⁶ Anche Chiovenda concordava con Hasse e Bulow sul fatto che mentre l'*actio* rappresenta prevalentemente un'affermazione di diritto contro l'avversario, la *Klagerecht* è, principalmente, una invocazione del giudice e, perciò, non può altrimenti intendersi che diretta allo Stato. Tuttavia, diceva il professore piemontese, sposando la teoria del rapporto processuale, «non trattasi che di accentuare diversamente i diversi lati d'un rapporto naturalmente identico [corsivo nostro]: in entrambi i diritti, non può a meno d'intendersi la necessità di provocare l'attività del potere pubblico a proprio vantaggio; ma nel concetto romano si guarda piuttosto ai risultati estremi dell'affermazione di diritto in giudizio, nel germanico all'effetto immediato, l'attività del giudice: conseguentemente là campeggia l'affermazione di diritto, qui la doglianza, quantunque entrambe si dirigano anche contro l'avversario» (CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti (1903)*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, p. 57, nota 14). Per una raccolta bibliografica della letteratura esistente in materia di 'rapporto processuale' si rimanda sempre a FURNO C., *Disegno sistematico*, cit., pp. 299-300.

Epperò, per quanto pure l'ultima osservazione potesse cogliere nel segno, neanche essa riuscì a scalfire la convinzione¹⁷, derivante dal modo di intendere l'azione che s'è appena illustrato, che tra questa e il diritto soggettivo vi fosse un rapporto di totale identità¹⁸. Così, almeno fino alla seconda metà dell'ottocento (e in Italia fino agli inizi del xx secolo) l'azione fu variamente declinata dai giuristi come una proprietà, una qualità, un elemento, una funzione o un annesso della situazione soggettiva, se non, direttamente, come «il diritto stesso nella sua tendenza all'attuazione»¹⁹.

Questa concezione dell'azione, che Chiovenda diceva 'impura', aveva come finalità quella di assecondare la primazia del diritto soggettivo sul processo²⁰: fin tanto che l'azione veniva costruita come un'appendice della situazione sostanziale, a essa (e, più in generale, alla fase giudiziale) non poteva essere riconosciuta alcuna autonomia.

Le ragioni di tale impostazione erano riconducibili alle resistenze che la c.d. 'scuola storica del diritto' manifestava nei confronti del processo di 'statalizzazione' dell'ordinamento giuridico. In quella visione, infatti, «il diritto soggettivo e lo stesso diritto oggettivo privato» erano considerati «del tutto indipendenti» non solo dall'«attività giurisdizionale» e «legislativa» dello Stato, ma finanche «dalla sua stessa esistenza»²¹.

¹⁷ Almeno fin tanto che, per dirla con Carnelutti, i pandettisti movessero alla teoria dell'*actio* «un'obiezione tanto semplice e valida da far meraviglia che per secoli e secoli i giuristi non l'abbiano avvertita»: se è consentito a chiunque rivolgersi al giudice, indipendentemente dall'effettiva titolarità del diritto soggettivo, era impossibile per l'A. che venisse negata l'autonomia dell'azione dalla situazione sostanziale (CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, cit., p. 111).

¹⁸ La considerazione è di nuovo di PUGLIESE G., *Introduzione*, cit., p. XIV.

¹⁹ Così CHIOVENDA G., *L'azione*, cit., p. 54, nota 11; ID., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, pp. 53-58. Un'esautiva rassegna delle posizioni degli autori che hanno sostenuto, con declinazioni varie, le teorie impure dell'azione è contenuta in ORESTANO R., *Azione*, cit., p. 785 ss. Invece, per una ricostruzione delle posizioni degli autori tedeschi che si occuparono dell'azione nella prima metà dell'ottocento v. WINDSCHEID B., *Pandekten*, §44, n. 5, 1886-1891, trad. it., FADDA C., BENZA P.E. (a cura di), Torino, 1925, pp. 125-126.

²⁰ CHIOVENDA G., *L'azione*, cit., p. 6. Per esattezza, l'Autore definiva alternativamente questi concetti di azione «misti» o «impuri». Qui, tuttavia, si preferisce chiamarli soltanto 'impuri', onde evitare confusione con quella che più avanti si individuerà come 'concezione mista dell'azione', oggi maggioritaria e i cui principali teorizzatori furono Betti e Liebman.

²¹ Quest'interpretazione 'storicistica' delle teorie dell'azione è di PEKELIS A., *Azione (voce)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, II, Torino, 1937, p. 91 ss., pubblicata di nuovo, senza variazioni, in *Novissimo Digesto*, II, Torino, 1958, p. 29 ss., con guida di aggiornamento bibliografico curata da LIEBMAN E.T. (*Appendice, Ivi*, pp. 46-47).

È nota al riguardo la tesi che il diritto nasca dalla consuetudine: ogni norma, sosteneva Savigny, è creata «prima mediante costume e credenza popolare, poi attraverso la giurisprudenza»; giammai «mediante l'arbitrio di un legislatore»²².

Ebbene, in questo clima culturale, di difesa dell'integrità dogmatica del diritto privato rispetto all'interferenza delle fonti di diritto pubblico, all'azione non poteva essere riconosciuta nessuna autonomia rispetto al momento sostanziale: il suo carattere accessorio e subordinato al diritto soggettivo, infatti, non rappresentava altro che «un corollario episodico» di una più ampia visione, ove allo stesso potere legislativo statale era riservata «la medesima funzione accessoria e subordinata rispetto al diritto positivo, opera del popolo»²³.

Al fondo di questa impostazione, quindi, si collocava una visione marcatamente liberale dei rapporti tra Stato e cittadino. Il processo veniva concepito come uno strumento preposto esclusivamente alla tutela dell'interesse individuale e lo Stato vi prendeva parte nelle vesti di un «personaggio di terzo piano», la cui unica funzione era quella di consentire al creditore di «avere ragione del suo avversario» e di raggiungere «i suoi fini individuali».

Di più: la circostanza che il giudice fosse un organo di promanazione statale non aveva alcuna influenza sull'azione, che rimaneva del tutto impermeabile alla natura pubblicistica del processo²⁴.

²² Delle parole di Savigny dà conto sempre PEKELIS A., *op. ult. cit.*, p. 91 ss.

²³ Sosteneva Pekelis che il dibattito intorno alla teoria dell'azione sia viziato da una «inversione teorica»: mentre, secondo l'Autore, sarebbero «i cosiddetti rapporti di diritto sostanziale» a avere «carattere secondario e riflesso» rispetto all'azione, rispetto cioè al «potere di fare esercitare [...] un'attività coattiva o sanzionatoria nei confronti dell'altro» (poiché «se questo potere manca [...] le stesse qualità di creditore o debitore non possono dirsi sussistenti, almeno in un senso che abbia una rilevanza per l'ordinamento»), le teorie dell'azione muovevano dalla primazia del diritto *privato* sostanziale su quello *pubblico* processuale. Le ragioni di tale atteggiamento, per Pekelis, risiedevano «nell'ambiente storico e politico» di quell'epoca: «l'integrità e l'autonomia del diritto privato» era per i processualisti «usciti dalla potente influenza dello storicismo savignano» una «imprescindibile [...] esigenza politica e sociale»; era infatti per loro impossibile «ammettere che il diritto privato» fosse «costruito [...] sulla base del diritto pubblico», senza con ciò «abdicare alla propria funzione di giuristi» (v. al riguardo PEKELIS A., *op. ult. cit.*, pp. 36-40). L'impostazione storicistica di Pekelis ebbe grande eco e venne condivisa da molti autori, tra i quali principalmente CALAMANDREI P., *La relatività del concetto di azione*, ora in ID., *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 1 ss.; ORESTANO R., *Azione*, cit., §§1-11.

²⁴ Così CALAMANDREI P., *La relatività*, cit., pp. 10-11.

3. Dall'*actio* romana alla *Klagerecht* tedesca: l'azione diventa una situazione giuridica autonoma dal diritto soggettivo

Fu Windscheid per primo a negare la corrispondenza tra l'*actio* romana e la *Klagerecht* tedesca.

Dal suo punto di vista, l'entrata in scena dello stato moderno aveva portato con sé una nuova sistemazione dei rapporti tra la sostanza e il processo: «il diritto», rilevava, «attribuisce ad ogni individuo la sfera di signoria, nella quale la sua volontà è legge per gli altri individui»; cosicché, qualora tale sfera giuridica venga violata «egli può dolersi e fare reclamo presso lo Stato, *custode del diritto* [corsivo nostro]²⁵, e lo Stato lo aiuta ad ottenere ciò che è suo»; pertanto, in questi ordinamenti, «il diritto è il *prius*» e «l'azione [è] il *posterius*»²⁶.

Viceversa, sosteneva Windscheid, nel sistema giuridico romano l'*actio* stava «al posto del diritto»²⁷. Questa circostanza, come è stato rilevato anche altrove, faceva sì che «ai giuristi romani [fosse] ignoto il concetto di diritto soggettivo», che finiva per essere totalmente assorbito da quello di *actio*; tanto è vero che «per dire che a Tizio spettava un diritto, dicevano che gli spettava l'*actio*»²⁸.

Il sistema giuridico romano, insomma, non sarebbe stato «l'ordinamento dei diritti», com'è quello degli stati moderni, ma «delle pretese [...] giudizialmente perseguibili»²⁹ e l'*actio*, in quest'ottica, rappresentava un'«espressione» (o meglio, la più importante espressione) del diritto sostanziale³⁰.

Senonché, animato dal desiderio di rendere più accettabile agli occhi dei giuristi tedeschi dell'epoca questo tentativo di superamento della tradizionale

²⁵ Queste parole testimoniano la presa di distanza di Windscheid dalla scuola storica: lo Stato non rappresenta più una minaccia per l'integrità e l'autonomia del diritto privato ma diventa addirittura il «custode del diritto». Come si avrà modo di dire *infra* nel testo, questo passaggio è di enorme importanza, perché pone le fondamenta del percorso di pubblicizzazione dell'azione, attorno al quale i giuristi dibatteranno per oltre mezzo secolo.

²⁶ In questi termini WINDSCHEID B., *Die actio des römischen Civilrechts*, cit., §1.

²⁷ Ancora WINDSCHEID B., *ult. op. cit.*, §1

²⁸ Indipendentemente dalle conseguenze che Windscheid intese trarre da queste considerazioni, la loro verità storica è difficilmente contestabile. Di ciò ne dà atto anche Liebman, pel quale «ai giuristi romani era ignoto il concetto di diritto soggettivo [...] essi conoscevano invece l'*actio*, che era il mezzo giuridico per il soddisfacimento delle proprie ragioni», tanto è vero che «per dire che a Tizio spettava un diritto, dicevano che gli spettava l'*actio*» (LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1973, p. 116).

²⁹ Sempre WINDSCHEID B., *ult. op. cit.*, §1.

³⁰ La tesi di Windscheid, infatti, assume maggiore chiarezza nel saggio di replica alla critica di Muther: «l'*actio* non ha per presupposto essenziale una violazione [...]. Essa [...] non è emanazione del diritto, bensì ne è l'espressione» (ID., *Die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther*, §1, cit., p. 291).

impostazione della scuola storica del diritto, Windscheid si avventurò in un complicato tentativo di tradurre in tedesco il termine *actio*.

A tale proposito, l'Autore provò a sostenere che nell'ordinamento moderno i diritti si sarebbero composti di pretese o ragioni, ch'egli chiamava *Anspruch*: «una molteplicità illimitata di ragioni» esercitabili «contro chiunque», nel caso dei diritti reali; «una [sola] ragione contro una persona determinata», nell'ipotesi dei diritti personali³¹.

L'*Anspruch*, però, sarebbe sorta, nella visione del pandettista, solo in seguito alla violazione del diritto sostanziale e avrebbe configurato un *nuovo diritto* a ottenere la reintegrazione nel godimento: il proprietario, per esempio, avrebbe sempre diritto alla restituzione del bene da parte del possessore *sine titulo*. Ma tale pretesa si trasformerebbe in azione soltanto qualora venisse «rifiutato il suo soddisfacimento»: continuando nell'esempio, quindi, il proprietario avrebbe avuto il diritto di adire l'autorità giudiziaria solo nell'ipotesi in cui il possessore non gli avesse restituito il bene in seguito alla sua 'messa in mora'³².

Fu l'esigenza di «esprimere questa direzione personale»³³ del diritto che spinse Windscheid a individuare proprio nell'*Anspruch* (e non nella *Klagerecht*) la traduzione moderna di *actio*³⁴: come quest'ultima, la prima «presuppone sempre un avversario determinato», dal quale si può pretendere qualcosa; pertanto, se l'*actio* era l'espressione con cui i romani indicavano ciò che si può pretendere dall'altro, ecco spiegato il perché l'Autore ne individui l'equivalente tedesco nella parola *Anspruch* (che letteralmente significa 'pretesa').

³¹ Così, letteralmente, WINDSCHEID B., *Pandekten*, §43, cit., pp. 122-123.

³² Il ragionamento è esemplificato dall'A. nel paragrafo conclusivo del suo primo saggio: «non ogni violazione di diritto ha per conseguenza un'immediata concessione di tutela giudiziale, ma solo quella violazione che comporta anche un diretto contrasto della volontà del violatore con la volontà del titolare. Se chi ha il dovere di farmi una prestazione in un determinato termine, me la rifiuta in quel momento, allora veramente lo Stato, dietro mia richiesta, procede subito alla coercizione contro di lui. Ma contro chi possiede la mia cosa lo Stato, sebbene in questo possesso vi sia certamente una violazione del mio diritto di proprietà, non procede subito alla coercizione, ma solo quando il possessore, dietro mia richiesta, si rifiuta di restituirmi la cosa; esattamente nello stesso modo in cui lo Stato mi dà man forte anche per perseguire il mio diritto di credito solo quando ce n'è bisogno, cioè quando è stato rifiutato il suo soddisfacimento» (così WINDSCHEID B., *Die actio des römischen Civilrechts*, cit., §23).

³³ L'osservazione è di CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 7. Egli riprende quasi letteralmente Windscheid, il cui riferimento è alla «tendenza del diritto ad assoggettarsi la volontà altrui come tale» (WINDSCHEID B., *Pandekten*, §43, cit., p. 121).

³⁴ Scrive letteralmente l'autore: «che uno abbia un'*actio* significa [...] che uno ha una pretesa» (WINDSCHEID B., *Die actio des römischen Civilrechts*, cit., §1).

Non è questa la sede per verificare la tenuta complessiva del pensiero windscheidiano, cui pure non furono risparmiate critiche³⁵.

Qui interessa piuttosto mettere a fuoco la dirompenza del risultato ottenuto: per la prima volta si assiste a una separazione netta tra la dimensione sostanziale e quella processuale³⁶; l'azione non è più configurata come un *elemento* del diritto soggettivo ma diventa una *situazione giuridica autonoma*.

Si realizzava così il superamento delle 'concezioni impure'.

A determinare tale svolta nel modo di interpretare i rapporti tra sostanza e processo fu innanzitutto la constatazione che quest'ultimo non è e non può essere descritto soltanto come un luogo di composizione del rapporto giuridico conteso, ma è a sua volta fonte autonoma di diritti e di obblighi reciproci tra le parti e il giudice: se da un lato l'azione è lo strumento posto nelle mani del creditore per avere ragione del debitore inadempiente, quale 'contropartita' del divieto di farsi «arbitrariamente ragione da sé medesimo»³⁷, dall'altro la proposizione di una domanda giudiziale (*Klagerecht*) fa sorgere un nuovo rapporto, di natura processuale, dal quale discendono diritti e obblighi reciproci tra le parti e il giudice.

Queste considerazioni provocarono l'emersione dello Stato e del giudice da quel «terzo piano», dove erano stati relegati dalla scuola storica, a un ruolo di prim'ordine, quali destinatari diretti dell'azione giudiziale.

Tale circostanza, a sua volta, comportò la trasmigrazione del dibattito dal terreno privatistico a quello pubblicistico: compito della dottrina processualistica, d'un tratto, non fu più di studiare la natura del rapporto obbligatorio nella fase contenziosa, ma divenne quello di analizzare il rapporto processuale sussistente tra le parti e il giudice³⁸.

³⁵ Per una critica approfondita v. PUGLIESE G., *Introduzione*, cit., p. XXIII ss., ove l'Autore, pur senza nulla togliere al «grande significato» dell'opera, evidenzia l'incoerenza di alcune costruzioni teoriche di Windscheid.

³⁶ Si pensi che persino Muther, che per primo criticò la posizione di Windscheid, finì suo malgrado per aderirvi, dando a essa basi ancor più solide di quelle che seppe dargli il suo 'avversario': «che diritto sostanziale e azione oggi non siano identici» sostenne addirittura Muther, «*appare chiaro* [corsivo nostro], se consideriamo che la persona dell'obbligato è diversa nel diritto sostanziale e nell'azione». Nel processo, rilevava l'Autore, «non ci si deve proporre solo la questione se l'attore abbia "pretese e diritti", ma principalmente quella se abbia verso lo Stato un diritto alla tutela giudiziaria. [...] Se si è constatato che sussistono i presupposti dell'azione, si deve ulteriormente domandare come sia qualificata l'azione del leso, se egli possa richiedere allo Stato particolari agevolazioni, se abbia pretesa a un dibattito sommario, ecc.: tutte cose che si riferiscono necessariamente, non all'esistenza del diritto dell'attore, ma a qualche cos'altro, ossia all'azione» (così MUTHER T., *Zur Lehre*, cit., §15).

³⁷ Queste sono le esatte parole con le quali gli artt. 392 e 392 c.p. descrivono la condotta incriminatrice dei reati di «esercizio arbitrario delle proprie ragioni».

³⁸ Che lo spostamento verso il diritto pubblico della teoria dell'azione abbia posto in maggior risalto la figura del giudice rispetto è rilevato da Calamandrei: a suo dire, a partire dalla

4. La concezione concreta dell'azione di Chiovenda

Mentre in Germania le tesi di Windscheid ebbero grande fortuna³⁹, tanto che, a partire dagli anni settanta dell'ottocento, l'autonomia dell'azione dal diritto soggettivo poteva dirsi pacificamente ammessa tra i giuristi tedeschi⁴⁰, l'eco di questo dibattito giunse in Italia con un certo ritardo.

Ancora nel 1887, infatti, nella prima edizione del suo *Manuale*, Ludovico Mortara descriveva l'azione come una «qualità» del diritto soggettivo⁴¹.

Non solo. Se per un verso furono necessari altri dieci anni (e la seconda edizione del manuale) per assistere al mutamento dell'impostazione mortariana in chiave pubblicistica⁴², per altro verso addirittura lo stesso Chiovenda,

Polemica tra Windscheid e Muther, l'azione è divenuta «un diritto soggettivo di per sé stante, indirizzato verso un diverso soggetto passivo, che non è più il debitore originario ma lo Stato, e mirante ad una diversa prestazione, che non è più l'adempimento ma la tutela giurisdizionale» (CALAMANDREI P., *La relatività*, cit., pp. 10-11). A tal riguardo Carnelutti, massimo propugnatore delle concezioni pubblicistiche dell'azione, sostenne «senza dubbio» che «il giudice è al centro del processo e le parti alla periferia» (CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, cit., p. 113).

³⁹ In particolar modo, una prima sistemazione delle tesi di Windscheid si deve a Bulow (*Die Lehre*, cit.) e a Wach (*Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885), ai quali va riconosciuto il merito di «aver determinato l'autonomia del diritto di agire più chiaramente che non fosse stato fatto innanzi» (CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 13).

⁴⁰ Per un accenno alle tendenze pubblicistiche della dottrina tedesca nel dibattito sull'azione vedi, tra gli altri: CALAMANDREI P., *La relatività*, cit., p. 10; CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 12; ORESTANO R., *Azione*, cit., §21.

⁴¹ Così MORTARA L., *Manuale della procedura civile*, Torino, 1887, p. 14. Si noti, non a caso, che il Mortara formula la propria definizione di azione continuando a richiamare, quasi per adesione, quella contenuta nel Digesto e attribuita a Celso (vedi *supra* §1).

⁴² Nella seconda edizione del *Manuale*, Mortara rivede e amplia il capitolo dedicato all'azione e all'eccezione (che raddoppia anche nel numero delle pagine), rompendo le maglie della tradizione nelle quali pareva costretta la sua prima formulazione. Stavolta l'azione viene qualificata come «rapporto di diritto pubblico che si svolge fra tre soggetti», avente a oggetto il «diritto [...] di provocare l'esercizio dell'autorità giurisdizionale dello stato contro le violazioni che stimiamo patite da un nostro diritto subbiiettivo». Sebbene non emerga espressamente dalle parole dell'Autore, questa riformulazione della teoria sembra muovere dalla consapevolezza che l'azione non è una mera *facoltà* annessa al diritto soggettivo, ma rappresenta necessariamente una situazione soggettiva autonoma, la cui esistenza prescinde dalla fondatezza della domanda: «è uopo far considerare», scrive Mortara, «che l'affermazione dell'offesa patita da un diritto può corrispondere o non corrispondere alla verità» essendo possibile «che lo stesso diritto di cui l'offesa è lamentata non esista» oppure «che esista ma non sia stato effettivamente offeso» (così MORTARA L., *Manuale della procedura civile*, Torino, 1887, p. 14 ss.). La concezione mortariana dell'azione assume una forma compiuta nel *Commentario*, ove viene definita come «rapporto di diritto che prendendo origine dal contrasto fra soggetti privati concernenti materia di diritti subbiettivi si svolge nel processo mediante l'applicazione della norma giuridica per opera ed autorità del magistrato»

che poco più tardi avrebbe inaugurato una nuova stagione della processualistica italiana⁴³, all'inizio del ventesimo secolo continuava a definire l'azione come «il diritto stesso fatto valere» in giudizio⁴⁴.

La svolta si ebbe soltanto nel 1903. In quell'anno, infatti, nella sua celebre prolusione bolognese, Chiovenda raccolse le sollecitazioni provenienti dalla dottrina tedesca e, coniugandole con la tradizionale impostazione romanistica, cui aveva continuato a aderire fino a quel momento, formulò un'inedita 'concezione concreta' dell'azione, alla quale attribuì la natura di *diritto potestativo* avente a oggetto il «potere di produrre l'effetto giuridico dell'attuazione della legge» nei confronti del convenuto⁴⁵.

In questa soluzione compromissoria tutto si teneva⁴⁶.

Innanzitutto, si collocava l'azione nel *sistema dei diritti*, facendone salva così la natura privatistica. Riconducendola nella categoria dei diritti potestativi⁴⁷, Chiovenda scioglieva il nodo rappresentato dalla difficoltà di ammet-

(si veda, letteralmente, MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, II ed., Torino, s.d., p. 538).

⁴³ La prolusione bolognese di Chiovenda del 1903 è considerata l'«atto di nascita» della «moderna scuola processualistica italiana» (così LIEBMAN E.T., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950., p. 49). Questa attribuzione, tuttavia, è contestata dal Monteleone, per il quale «una maggiore attenzione» all'opera di autori antecedenti a Chiovenda, come Pisanelli e Viti, «avrebbe evitato di attribuire affrettate primogeniture» (v. al riguardo MONTELEONE G., *Manuale*, cit., pp. 170-171).

⁴⁴ Così CHIOVENDA G., *Azione* (voce), in *Dizionario del diritto privato*, 1900.

⁴⁵ Così, testualmente, CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., pp. 23-24.

⁴⁶ È Calamandrei a sottolineare il carattere compromissorio (e per questo preferibile) della costruzione chiovendiana: «tra l'azione intesa come asservimento della giustizia all'interesse privato [concezioni impure], e l'azione intesa come asservimento dell'iniziativa privata all'interesse pubblico [concezioni astratte], l'azione come diritto potestativo significa convergenza dei due interessi, in quanto il singolo, che cerca nel processo la soddisfazione del suo interesse privato, dà così occasione allo Stato di soddisfare col render giustizia l'interesse collettivo» (CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1943, pp. 118-129).

⁴⁷ La qualificazione dell'azione come diritto potestativo rappresenta il profilo di maggiore originalità della teoria chiovendiana dell'azione. Fino a quel momento la categoria dei diritti potestativi si era «raggruppata intorno alla caratteristica comune, cioè la tendenza a produrre uno stato giuridico nuovo di fronte all'avversario». Sennonché, rilevò Chiovenda, una volta ammesso nel novero dei diritti potestativi il diritto di impugnare la legittimità del figlio, «si aprono le porte di questa categoria all'azione»: tra i «diritti del potere giuridico», quindi, non devono essere ricompresi solo «quelli che tendono alla produzione d'uno stato giuridico nuovo», ma anche «quelli che tendono a far corrispondere lo stato di fatto [...] allo stato di diritto» (così CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., pp. 20-24). Anche in questo caso, per un'ampia rassegna bibliografica sulla letteratura in materia di 'diritto potestativo', si rimanda a FURNO C., *Disegno sistematico*, cit., p. 295.

tere l'esistenza di una situazione soggettiva di vantaggio dalla quale non derivasse alcun obbligo per il soggetto passivo⁴⁸: questi diritti, infatti, si caratterizzano proprio in ciò, che il loro titolare produce, attraverso una «manifestazione di volontà», un effetto giuridico nei confronti del destinatario, che non solo non può far nulla per evitarlo, ma non è neppure tenuto ad «alcuna prestazione». Per queste ragioni, l'azione appariva a Chiovenda «il diritto potestativo per eccellenza», quale «potere [del creditore] di porre in essere la condizione perché una volontà concreta di legge sia tale e diventi effettiva nel campo dei fatti»⁴⁹.

In secondo luogo, con la sua concezione concreta l'autore riusciva non solo a garantire, almeno dal suo punto di vista e senza andare esente da critiche (delle quali si dirà *infra* §5)⁵⁰, l'autonomia dell'azione; ma anche a respingere gli eccessi pubblicistici delle teorie astratte (sulle quali v. sempre *infra* §5).

Dal primo punto di vista, quello dell'autonomia dell'azione, inquadrandola come *diritto potestativo all'attuazione della legge nei confronti del convenuto*, Chiovenda riuscì a separarla dalla situazione sostanziale: il diritto di agire, diceva, «non ha a che fare col diritto subbiettivo»; esso «non è una sua parte, non una sua funzione, non una sua potenza, né un diritto che sorge necessariamente dalla violazione d'un [altro] diritto», ma è una «figura giuridica autonoma»⁵¹.

⁴⁸ Una delle più gravi difficoltà che la dottrina dovette affrontare nella costruzione della teoria dell'azione riguardò proprio l'individuazione del soggetto passivo. Da una parte, i sostenitori delle concezioni privatistiche erano restii a indicarlo nel debitore-convenuto per la difficoltà di isolare il contenuto della sua obbligazione: ammessa l'autonomia dell'azione dal diritto soggettivo, infatti, non si capiva in cosa il lato passivo della prima potesse differenziarsi dal lato passivo della seconda. E siccome non si ammetteva l'esistenza di un rapporto obbligatorio senza che alla situazione di vantaggio del creditore corrispondesse una situazione di svantaggio del debitore, si escludeva che questi potesse essere il soggetto passivo dell'azione. Dall'altra parte, però, i fautori delle concezioni pubblicistiche mal digerivano la possibilità di individuare il destinatario dell'azione nel giudice, apparendo alquanto singolare che il *dominus* del processo potesse essere in qualche modo obbligato nei confronti delle parti. È questa la ragione per cui una certa parte della dottrina (tra gli altri Wach, Bulow, Muther e Hasse) giunse a individuare il soggetto passivo nello Stato (su questi aspetti si veda, diffusamente: CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, cit., pp. 110-114; CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 11; ORESTANO R., *Azione*, cit., §14). È chiara quindi la ragione per cui la soluzione di Chiovenda sia apparsa così allettante per la dottrina, finalmente sollevata dall'onere di determinare il contenuto del lato passivo del diritto d'azione.

⁴⁹ CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., pp. 21 e 24.

⁵⁰ Come si dirà, sotto questo profilo la teoria di Chiovenda non andava esente da critiche: nel tentativo estremo di salvaguardare la concretezza dell'azione e il nesso di strumentalità col diritto soggettivo, egli quasi finì per negarne di nuovo l'autonomia. E questo è esattamente ciò che gli rimproverò, qualche anno più tardi, Carnelutti (v. *infra* §5).

⁵¹ Sosteneva Chiovenda a chiare lettere che «l'azione [...] esiste ogni qual volta la legge fa dipendere da una volontà privata la propria attuazione: e non ha a che fare col diritto subbiettivo, non è una sua parte, non una sua funzione, non una sua potenza, né un diritto che

Allo stesso tempo, Chiovenda riuscì pure a evitare che questa *autonomia* dell'azione dal diritto soggettivo si trasformasse nella totale *astrazione* del processo rispetto alla sostanza: identificandola nel *potere di provocare l'attuazione della legge di fronte al debitore*, essa veniva infatti riconosciuta solo all'*effettivo titolare* della situazione soggettiva, unico in grado di avvantaggiarsi dell'effetto giuridico favorevole voluto dal diritto positivo. Così, mentre l'azione era configurata come il diritto a una sentenza favorevole e veniva data solo all'attore effettivamente titolare del diritto preteso, la domanda infondata era considerata un «atto lesivo dell'ordinamento», da cui sarebbe derivato il dovere del giudice di respingerla «anche senza istanza del convenuto»⁵².

Il diritto soggettivo e il diritto oggettivo rimanevano così saldamente al «comando» dell'azione e del processo, contemplati l'una come potere strumentale alla soddisfazione dell'interesse individuale dell'attore e l'altro come luogo servente la volontà astratta della legge⁵³. Il processo restava per Chiovenda il *processo delle parti* e il giudice rimaneva nell'ombra, col solo compito di garantire il soddisfacimento della situazione soggettiva dedotta in giudizio attraverso l'applicazione della legge.

Infine, l'aver mantenuto l'azione nell'ambito del diritto privato e l'aver conservato la primazia del diritto soggettivo sull'azione, non impedì comunque a Chiovenda di riconoscere «l'importanza del processo come istituto del diritto pubblico»⁵⁴. Pur individuando nel debitore l'unico destinatario dell'azione, l'autore non negava che una domanda giudiziale validamente proposta fosse già di per sé suscettibile di produrre effetti giuridici tra le parti e il giudice, indipendentemente dalla sua fondatezza. Ma questo rapporto, di natura processuale, veniva configurato in maniera autonoma rispetto a quello

sorge necessariamente dalla violazione d'un diritto». E a dimostrazione di ciò, l'Autore riportava alcuni esempi (quattro ne *L'azione nel sistema dei diritti*, divenuti otto nella II ed. delle *Istituzioni*) ove era data azione in assenza di un diritto soggettivo, come avviene per le azioni di accertamento negativo. Così, egli finiva per dire che «il diritto d'agire è una figura autonoma, necessariamente coordinata come ogni diritto a un interesse, ma non necessariamente a un altro diritto, e che può assumere veste privata o pubblica, secondo la natura dell'interesse a cui si collega» (v. CHIOVENDA G., *Istituzioni*, cit., pp. 22-24; ID., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., pp. 15-17). Così, se è vero che sette anni più tardi qualche autore continuava a negare che l'azione fosse «un diritto per sé stante», affermandone la natura di «funzione del diritto soggettivo» (così, testualmente, COVIELLO V., *Manuale di diritto civile*, I, Milano, 1910, p. 480), queste parole non rappresentavano altro che l'ultimo sussulto di una concezione del rapporto tra diritto sostanziale e processo ormai destinata a scomparire.

⁵² CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 19.

⁵³ Com'è stato efficacemente detto, «Chiovenda aveva fatto del processo il luogo servente della manifestazione della volontà della Legge, intesa come comando astratto posto [...] al di fuori del processo stesso» (CAVALLARO L., *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Trattatello di procedura civile* di SATTA S., Milano, 2015, p. VIII).

⁵⁴ CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 26.

sostanziale, avente a oggetto il diritto del creditore di provocare l'attuazione della legge di fronte al debitore.

Tale ricostruzione finì per porre l'elemento pubblicistico e quello privatistico «l'uno di fronte all'altro», come in due contenitori chiusi, senza che potessero «mai compenetrarsi né fondersi»⁵⁵: da una parte il diritto sostanziale d'azione, che coinvolge i privati e sorge solo in seguito alla proposizione di una domanda fondata; dall'altra il rapporto processuale tra le parti e il giudice, che nasce con la domanda giudiziale, ancorché infondata⁵⁶.

Fu questa la ragione che indusse Chiovenda (e gli altri sostenitori della concezione concreta dell'azione, fra cui in modo particolare Calamandrei⁵⁷ e Redenti⁵⁸) a distinguere tra presupposti processuali e condizioni dell'azione⁵⁹:

⁵⁵ Nella teoria chiovendiana, sottolineava Salvatore Satta, «la costruzione [...] del processo come rapporto giuridico, nel quale tutto l'elemento pubblicistico si riversava come in un vaso chiuso, accentuava il distacco, e manteneva il sistema nelle grandi linee della tradizione» (SATTA S., *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, p. 32, oggi in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 177).

⁵⁶ La posizione di Chiovenda è inequivocabile: il processo è un «rapporto autonomo [...] appartenente al diritto pubblico», avente «vita e condizioni proprie, indipendenti dalla esistenza della volontà concreta di legge affermata dalle parti, poiché essa si fonda [...] sulla norma [...] che obbliga il giudice a provvedere sulle domande delle parti quali che siano». In sintesi, per l'A., «altro è [...] l'azione, altro il rapporto processuale; quella spetta alla parte che ha ragione, questo è fonte di diritti per tutte le parti» (CHIOVENDA G., *Principi*, cit., p. 96).

⁵⁷ Calamandrei, come Chiovenda, definiva le condizioni dell'azione quei «*requisiti costitutivi* [...] che il giudice deve prendere in esame» per valutare la fondatezza della domanda «e stabilire quindi se essa meriti di essere accolta». Tali requisiti costitutivi erano la «relazione tra fattispecie e norma» (detta oggi *possibilità giuridica*), la «legittimazione a agire» e l'«interesse processuale» (CALAMANDREI P., *Istituzioni*, cit., pp. 118-129).

⁵⁸ Con Redenti la separazione tra *azione* e *processo* assume contorni ancor più chiari. L'autore, pur aderendo alla concezione concreta, deve riconoscere che «la legge per ciò solo che qualcuno vanta o accampa di avere una azione in concreto, bisogna che lo ammetta per intanto (come infatti lo ammette) a chiedere al giudice che provveda». Ma quest'incongruenza, invece che indurlo a dubitare dell'ammissibilità della concezione concreta, fu risolta sul piano terminologico: l'«azione-pretesa», intesa come possibilità riconosciuta a chiunque di rivolgersi alla autorità giudiziaria, a prescindere dalla fondatezza della domanda, andrebbe distinta dalla «azione-diritto», che sussiste soltanto in capo al titolare del diritto soggettivo. È Redenti stesso, però, a riconoscere il «paradosso» (da lui ritenuto solo «apparente») di questa costruzione: «quella azione che nella legge ci apparisce concepita in astratto [...] all'atto pratico e cioè in concreto la si vede e la si ritrova soltanto allo stato di pretesa» (così REDENTI E., *Diritto processuale civile*, vol. I, 1957, p. 52).

⁵⁹ Come noto, questa distinzione è tuttora avallata dalla dottrina, sia pur con significati differenti. I presupposti processuali e le condizioni dell'azione sono oggi considerati, tutti indistintamente, requisiti necessari per l'esame della domanda nel merito. Le due categorie si distinguono solo per l'oggetto cui sono riferite: i primi attengono al processo (competenza, rappresentanza processuale, legittimazione processuale e, ove previsto, espletamento preventivo del tentativo di conciliazione, della mediazione o della negoziazione assistita); i

se il processo può sorgere indipendentemente dall'esistenza dell'azione, è chiaro che i due rapporti giuridici poggiano su elementi costitutivi differenti⁶⁰. Così, perché possa dirsi validamente instaurato il rapporto processuale e il giudizio possa giungere sino a una pronuncia di merito, anche sfavorevole all'attore, è necessario che la domanda venga formulata secondo certe regole, fissate dalla legge processuale⁶¹. Affinché, invece, l'attore possa ambire a una sentenza favorevole (cioè, nella costruzione chiovendiana, affinché l'attore abbia il diritto di azione), nella logica di Chiovenda devono ricorrere tre condizioni che l'autore individuava nell'*esistenza*, nella *qualità* e nell'*interesse*⁶² (oggi dette *possibilità*, *legittimazione* e *interesse a agire*⁶³).

secondi, invece, attengono alla domanda e sono individuati nella possibilità giuridica, nella legittimazione e nell'interesse a agire (così MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit., p. 44). Tale distinzione, quindi, sembra sopravvivere più per ossequio alla tradizione che per ragioni teoriche: taluno, infatti, osservando che le condizioni dell'azione, come i presupposti processuali, sono richieste ai fini della decisione di merito, ha ricondotto la legittimazione e l'interesse in questa seconda categoria (così, LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 2015, pp. 218-229). Tale soluzione, non a caso, è stata ritenuta «più coerente» con la concezione mista dell'azione da MONTELEONE G., *Manuale*, cit., p. 177, nota 14.

⁶⁰ Fu Satta, in particolare, a accorgersi che i fautori delle concezioni concrete erano costretti «o a far seguire all'azione un rapporto giuridico del tutto nuovo, come quello processuale, che con l'azione non ha più nulla a che fare», come fece Chiovenda, che distingueva tra diritto soggettivo, azione e processo; «o a creare, accanto all'azione vera e propria, un'altra azione di carattere processuale, che è quella che veramente muove il processo», come fece Redenti distinguendo l'azione-diritto e dall'azione-pretesa (così SATTA S., *Ultime tendenze della teoria dell'azione*, in ID., *Soliloqui*, cit., p. 237-238). Quest'ordine di idee è stato raccolto da Monteleone, che parla di «triplicazione di entità giuridiche», sottolineando che, nella concezione concreta, «oltre alla distinzione tra diritto soggettivo ed azione» v'è quella «altrettanto se non più essenziale» tra azione e processo (MONTELEONE G., *Manuale*, cit., p. 171-172).

⁶¹ I «presupposti processuali», scriveva Chiovenda, rappresentano le «condizioni perché si abbia una qualsiasi pronuncia, favorevole o sfavorevole, sulla domanda» (CHIOVENDA G., *Principi*, cit., p. 96).

⁶² Per Chiovenda «diconsi condizioni per l'attuazione della legge [...] le condizioni necessarie per ottenere un provvedimento favorevole». Queste si individuano nella «esistenza di una volontà di legge che garantisca ad alcuno un bene obbligando il convenuto ad una prestazione», nell'«identità della persona dell'attore colla persona favorita dalla legge e della persona del convenuto colla persona obbligata» e nell'«interesse a conseguire il bene per opera degli organi pubblici» (così CHIOVENDA G., *Principi*, cit., p. 96).

⁶³ Su questi aspetti si vedano, tra i molti, LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 218-229; MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 49-66; RICCI G.F., *Diritto processuale civile*, vol. I, Bologna, 2015, pp. 93-98; VERDE G., *Diritto processuale civile*, vol. I, Bologna, 2015, p. 143-148.

5. Verso la pubblicizzazione del processo: l'affermazione delle concezioni astratte dell'azione

La costruzione chiovendiana ebbe l'indiscutibile merito di salvaguardare la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale. Attraverso la teorizzazione della legittimazione a agire in termini di effettiva titolarità della situazione dedotta in giudizio, l'azione conservava un rapporto così stretto col diritto soggettivo, che da esso dipendeva la sua stessa esistenza.

Guardata da questa prospettiva, però, la concezione concreta appariva ancora decisamente legata alla tradizione romanistica. Per quanto formalmente autonoma, l'azione continuava a identificarsi col rapporto giuridico sostanziale corrente tra le parti: se questa sta e cade col diritto soggettivo la sua autonomia finisce inevitabilmente per perdere consistenza, fino a scomparire del tutto⁶⁴.

Ma nella tesi di Chiovena era già contenuto il germe del suo superamento. L'idea di separare il piano sostanziale da quello processuale, infatti, si rivelò talmente «feconda»⁶⁵ che la dottrina, condizionata dalla nascente ideologia antiliberalista del regime fascista, proseguendo nell'indagine sulla natura e sullo scopo del processo (che era stato sì isolato dall'azione, ma che poi era rimasto perlopiù inesplorato⁶⁶), giunse ben presto alla formulazione di una

⁶⁴ Il rilievo è di Liebman, che evidenzia come nella teoria di Chiovena «l'azione continua a essere proprio il diritto che si deduce in giudizio» (LIEBMAN E.T., *L'azione*, cit., p. 55). Dello stesso avviso Carnelutti: «[...] diverso può essere il modo di vedere per quelli che, con le note formule del diritto alla sentenza favorevole o del potere di attuare la volontà della legge, sacrificano ancora il diritto subbiiettivo processuale sull'altare del diritto materiale; questi, in conclusione, finiscono per porre come contenuto del processo non l'azione ma, sotto la maschera di questo, il rapporto giuridico *de quo agitur*» (CARNELUTTI F., *Lite e funzione processuale (postilla)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, p. 33).

⁶⁵ Secondo Calamandrei, «l'idea feconda, la "scoperta", si potrebbe dire, di Giuseppe Chiovena, si concentra soprattutto nell'aver visto che l'azione, se pure si deve considerare come un diritto soggettivo di per sé stante, non si presta ad essere inquadrata nello schema tradizionale del diritto soggettivo in senso civilistico, il cui fulcro è costituito dalla prestazione rispettivamente pretesa e dovuta [...]. In realtà quando lo Stato rende giustizia, si muove non per rendere con proprio sacrificio un servizio a chi glielo chiede, ma per adempiere con ciò ad uno dei fini essenziali dello Stato, cioè per servire un interesse essenzialmente pubblico» (così CALAMANDREI P., *La relatività*, cit., p. 12). Dello stesso avviso è il Satta, per il quale «il germe» dell'«evoluzione pubblicistica» delle teorie dell'azione andava ricercato proprio in quel «distacco fra azione e processo» (SATTA S., *Gli orientamenti pubblicistici*, cit., p. 33).

⁶⁶ Diceva Calamandrei che nelle pagine di Chiovena non era chiaro «in che consiste[ss]e questo rapporto del titolare dell'azione collo stato»: che significa, si chiedeva, che «il titolare dell'azione ... può contare sull'attuazione della legge?» (CALAMANDREI P., *La relatività*, cit., p. 14).

concezione astratta dell'azione, del tutto sganciata dalla situazione sostanziale dedotta in giudizio⁶⁷.

Il percorso argomentativo seguito dai fautori di quest'orientamento (che d'ora in avanti si dirà 'pubblicistico'), e principalmente da Carnelutti⁶⁸, può essere sintetizzato in questi termini: se il processo nasce dall'incertezza sulla effettiva sussistenza del diritto soggettivo e se una domanda giudiziale, purché validamente proposta, obbliga il giudice a adottare una sentenza di merito, a prescindere dalla sua fondatezza, ciò significa che lo scopo del processo non può esser quello di tutelare il diritto affermato dall'attore; altrimenti, non si potrebbero giustificare quei processi che si concludono con una pronuncia di rigetto⁶⁹.

Anzi, a ben vedere, neppure una domanda proposta in difetto dei requisiti richiesti dalla legge processuale può dirsi del tutto inefficace, tant'è vero che il giudice deve comunque «provvedere intorno ad essa», tutt'al più «dichiarando che non ha potestà di decidere» per difetto dei presupposti processuali⁷⁰.

Col che, è rotto definitivamente ogni ponte tra l'azione e il diritto soggettivo⁷¹. Al processo, un tempo finalizzato a tutelare la situazione sostanziale dedotta in giudizio dall'attore, viene assegnata ora la funzione, tutta pubblicistica, di «far cessare la contesa»; e il suo oggetto diventa la «lite», cioè il «confitto di interessi» sorto in seguito alla contestazione della «pretesa» creditoria⁷². Ma tale pretesa, e questo è il risvolto praticamente interessante delle

⁶⁷ Oltre a Carnelutti, di cui si dirà ampiamente *infra* nel testo, hanno aderito a una concezione pubblicistica dell'azione, più o meno esplicitamente: CRISTOFOLINI G., *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, p. 105 ss.; FURNO C., *Disegno sistematico*, cit., pp. 344-345; ROCCO A., *La sentenza civile*, Torino, 1906, pp. 82-111; ZANZUCCHI M.T., *Il nuovo diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1943, pp. 52-67.

⁶⁸ Il riferimento è a CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. I, Roma, 1942, §§ 1-8, 206 e 323.

⁶⁹ Di queste argomentazioni danno atto CALAMANDREI P., *La relatività*, cit., pp. 15-17; LIEBMAN E.T., *L'azione*, cit., p. 60; SATTA S., *Gli orientamenti pubblicistici*, cit., p. 34.

⁷⁰ Così CARNELUTTI F., *Istituzioni*, cit., p. 293: «una domanda giudiziale può essere proposta da chiunque [...] appunto perché il diritto d'azione spetta a chiunque e di fronte a chiunque il giudice [...] deve adempiere all'obbligo suo, che è quello prima di tutto di verificare se esiste la sua potestà di accoglierla». Perciò, «anche se taluno, senza che ricorra per lui alcun titolo di rappresentanza o di sostituzione, domanda l'accertamento del diritto altrui, la sua domanda è valida e determina a carico del giudice l'obbligo di provvedere intorno a essa».

⁷¹ L'espressione è di Calamandrei, per il quale «a forza di insistere sulla indipendenza del diritto processuale dal diritto sostanziale, si è giunti a tirar su, tra di essi, una muraglia senza finestre» (CALAMANDREI P., *La relatività*, cit., p. 17).

⁷² Sul concetto di pretesa nella costruzione carneluttiana e sui rapporti tra questa, il diritto soggettivo e l'azione, v. CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, vol. II, 1926 (rist. Padova, 1986), §115.

concezioni pubblicistiche, conferisce a chiunque la avanzi il diritto di adire l'autorità giudiziaria, quantunque la domanda si riveli infondata nel merito⁷³.

Muovendo dal presupposto che la «coesistenza» pacifica degli uomini è una condizione necessaria al «soddisfacimento [...] dei loro bisogni», i fautori delle concezioni pubblicistiche consideravano la «disaggregazione» provocata dai conflitti intersoggettivi un «danno» non solo per i soggetti coinvolti, ma per l'intera società. Di conseguenza, l'interesse alla composizione di tali conflitti appariva loro un «interesse collettivo», non frazionabile tra i consociati, ma riferibile indistintamente in capo a ciascuno di essi⁷⁴. Anche il processo civile, in altre parole, «si faceva nell'interesse pubblico come il processo penale»⁷⁵.

L'esito naturale di quest'ordine di idee fu, allora, l'estromissione della legittimazione a agire dalle condizioni dell'azione⁷⁶: per proporre una domanda sarebbe stato sufficiente avervi interesse, a prescindere dall'effettiva titolarità del diritto soggettivo affermato⁷⁷.

⁷³ Quest'ordine di idee appare in tutta la sua chiarezza nel pensiero di Alfredo Rocco: «quello che occorre soltanto [...] perché esista un diritto d'azione è che esso si riferisca a un interesse primario in astratto tutelato dal diritto», essendo «a priori irrilevante» che «il diritto [esista] effettivamente, nel caso concreto» (così ROCCO A., *La sentenza civile*, cit., p. 82).

⁷⁴ Così si crede di aver quanto più fedelmente possibile riassunto il pensiero del Carnelutti formulato nell'apertura delle sue *Lezioni* (CARNELUTTI F., *Lezioni*, cit., §§8-9).

⁷⁵ Queste le parole di Carnelutti riportate in un suo saggio «destinato a essere pubblicato in Germania per informare i lettori tedeschi del nuovo c.p.c. italiano» (*Nuovo processo civile italiano*, in *Foro It.*, 1941, c. 25 ss.), per la cui analisi critica si rimanda a CIPRIANI F., *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, p. 55.

⁷⁶ Laddove la legittimazione a agire continua a figurare tra le condizioni dell'azione, come per esempio nelle pagine di Zanzucchi, ciò accade per un'inversione logica. Infatti, le condizioni dell'azione, meglio dette «condizioni di fondatezza della domanda», non vengono riferite «all'astratto potere di agire», ma «all'azione giudiziaria [...] indirizzata a uno scopo particolare». Ragione per cui, continua l'Autore, «anziché di condizioni dell'azione, si può e si dovrebbe più esattamente parlare di condizioni della sentenza di condanna, della misura cautelare, ecc.». Con questa premessa, la legittimazione a agire può continuare a essere enumerata tra le condizioni dell'azione; la sua sussistenza, però, non è più richiesta «al momento della domanda giudiziale» ma in quello «del provvedimento a cui la domanda tende» (ZANZUCCHI M.T., *Il nuovo diritto processuale*, cit., pp. 66-67).

⁷⁷ Sosteneva Carnelutti che «nessuna legittimazione è prescritta per gli atti processuali di parte» (CARNELUTTI F., *Istituzioni*, cit., pp. 292-293; ID., *Lezioni*, cit., §102). Ancor più decise le parole di Alfredo Rocco: «il diritto verso lo Stato all'accertamento della tutela giuridica spettante a determinati interessi [...] spetta a ogni subietto di diritti *come tale*, indipendentemente da qualunque altro presupposto» (ROCCO A., *La sentenza civile*, cit., p. 103). Su questa medesima lunghezza d'onda Zanzucchi, per il quale «l'azione è una potestà [...] nettamente distinta dai diritti materiali [...] avente natura astratta, ideale e generica [...] dalle pretese e dai diritti materiali [e] che prescinde dalla esistenza di queste pretese» (ZANZUCCHI M.T., *Il nuovo diritto processuale*, cit., p. 55).

L'azione, quindi, smetteva i panni del 'diritto potestativo dell'attore nei confronti del convenuto', per indossare quelli del «diritto subiettivo pubblico del cittadino verso lo Stato»⁷⁸, col quale era sollecitato il controllo dell'autorità giudiziaria sopra un conflitto d'interessi⁷⁹: mentre l'oggetto del processo diventava la «lite»⁸⁰, l'esercizio dell'azione somigliava sempre più a «esercizio privato di pubblica funzione»⁸¹ e le parti finivano addirittura per apparire meri ausiliari del giudice⁸². Così, il diritto soggettivo retrocedeva a interesse occasionalmente protetto e la giurisdizione civile, inesorabilmente, «si avvia[va] a diventare giurisdizione di mero diritto oggettivo»⁸³.

In un simile contesto culturale, che sulla scia dell'ideologia fascista faceva del rafforzamento dei «caratteri pubblici del processo civile» e dell'attuazione del «principio di autorità» i propri tratti distintivi, non poteva certo sorprendere che il codice di procedura civile del 1940 provvedesse a «riportare nel

⁷⁸ Con queste esatte parole si esprimeva ROCCO A., *La sentenza civile*, cit., p. 102. Non dissimile l'impostazione di Furno, che definiva l'azione «il diritto soggettivo pubblico processuale di chiedere l'intervento dello Stato per la tutela di una situazione giuridica, e quindi di provocare da parte dello Stato-giudice l'attuazione giurisdizionale del diritto mediante l'applicazione della sanzione» (FURNO C., *Disegno sistematico*, cit. p. 310). Per una ricostruzione storica della teoria del diritto pubblico soggettivo si rinvia al fondamentale scritto di ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, s.d., pp. 111-220.

⁷⁹ Danno atto di questa evoluzione: CALAMANDREI P., *La relatività*, cit., pp. 15-17; LIEBMAN E.T., *L'azione*, cit., p. 60; SATTA S., *Gli orientamenti pubblicistici*, cit., p. 34.

⁸⁰ Oltre a CARNELUTTI F., *Istituzioni*, cit., pp. 6-11, si veda al riguardo: CALAMANDREI P., *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti. Lite e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, p. 3 ss.; ID., *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti. Lite e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, p. 89 ss.; CARNELUTTI F., *Lite e funzione processuale*, cit., p. 23 ss.; ID., *Lite e processo (postilla)*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, p. 99 ss.

⁸¹ Testualmente, CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, pp. 214 e 891. Quest'approdo fu aspramente contestato sia da CALAMANDREI P., *Relatività*, cit., p. 15, che da SATTA S., *Gli orientamenti pubblicistici*, cit., p. 34.

⁸² V. CALAMANDREI P., *La relatività*, cit., p. 15. Diceva Carnelutti che «azione si dice per significare il complesso di attività, mediante le quali la parte svolge la sua *collaborazione* [corsivo nostro] con il giudice per la giusta composizione della lite» (CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, cit., p. 110); con l'azione, insisteva, «la parte partecipa all'attività processuale; così [...] non è più soltanto di fronte al giudice, come giudicabile, ma accanto al giudice come *collaboratrice* [corsivo nostro]» (CARNELUTTI F., *Lezioni*, cit., §94). Contro il pericolo di una degenerazione delle impostazioni pubblicistiche si scagliò il Satta: replicando ad Allorio, che aveva descritto la «storia ideale del diritto processuale» come la «storia della sua graduale pubblicizzazione» (*Significato della storia nello studio del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, p. 185 ss.), lo ammonì del rischio di una «progressiva eliminazione delle parti dal processo», con conseguente «trasformazione del magistrato in un Minosse che giudica con la coda anziché con la testa» (SATTA S., *Storia e «pubblicizzazione» nel processo*, in ID., *Soliloqui*, cit., p. 215).

⁸³ Così sempre CALAMANDREI P., *La relatività*, cit., p. 16.

giudice il fulcro del giudizio», sottraendo il processo a quello che veniva considerato un vero e proprio «arbitrio delle parti»⁸⁴. Fu proprio sulla scorta di queste argomentazioni che venne creata la figura del giudice istruttore e che venne respinto il principio di oralità, per il quale Chiovenda si era battuto fin dall'inizio del ventesimo secolo⁸⁵.

6. I tentativi di reazione alla 'deriva pubblicistica' delle concezioni astratte dell'azione: la 'teoria monistica' di Satta

Nella prolusione patavina del 1937, quella che ne certificò la separazione dalla 'scuola pubblicistica', Salvatore Satta rilevò con una forte vena polemica che Chiovenda non avrebbe mai potuto immaginare «quali sarebbero stati gli orientamenti che avrebbe assunto la [...] scienza sotto l'impulso delle sue dottrine». In effetti, arrivati alla carneluttiana affermazione d'analogia tra la giurisdizione civile e quella penale (v. *supra* §5), «si sente quasi d'istinto che si è toccato un termine al quale forse non si doveva giungere»⁸⁶.

Fu proprio il desiderio di arginare questa 'deriva pubblicistica' che animò la *concezione monistica* di Satta e quella *mista* di Liebman, di cui si dirà *infra* §7.

La prima ribaltava la prospettiva tradizionale, attribuendo al diritto sostanziale quel carattere secondario e riflesso che era sempre stato assegnato

⁸⁴ In questi termini si pronunciò il Ministro Grandi al Senato il giorno dell'approvazione del codice di procedura civile (GRANDI D., *Il nuovo processo civile. Discorso pronunciato nel Senato del Regno il 10 maggio 1940 dal Ministro Guardasigilli*, in LUGO A., BERRI M., *Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1942, p. VII). Com'è stato detto, il codice di procedura civile del 1940 «deriva[va] direttamente dai due progetti varati tra il 1937 e il 1939 da Arrigo Solmi», il cui «carattere iper-pubblicistico», sebbene poi in parte smorzato, finì per «trasformare il processo in uno strumento per mortificare le parti ed esaltare il giudice» (CIPRIANI F., *Il processo civile nello Stato democratico*, in ID., *Il processo civile nello Stato democratico*, Napoli, 2006, p. 10). I lavori preparatori furono, infatti, animati dall'idea che per avere un «processo rapido e snello» fosse necessario limitare «artifici dilatori, inganni ed imboscate» e imporre «alle parti e ai patroni un maggior senso di responsabilità, che consenta una maggiore iniziativa al giudice, che permetta una eliminazione sollecita di tutte quelle controversie, le quali non rappresentano fondate ed apprezzabili contestazioni pre opposte pretese giuridiche» (così il Ministro De Francisci in un intervento alla Camera del 1933, riportato testualmente da CIPRIANI F., *Pietro de Francisci e la Procedura civile*, in ID., *Il processo civile*, cit., p. 257). Su questi aspetti v. anche la GRANDI D., *Relazione alla Maestà del Re Imperatore*, in *Lex*, suppl. fasc. 31, 1940, pp. 1-58.

⁸⁵ Per approfondire le vicende legate alla nascita del c.p.c., si rimanda, oltre che ai due citati volumi di Cipriani (*Il codice di procedura e Il processo civile nello Stato democratico*), allo scritto di PROTO PISANI A., *Il Codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quaderni Fiorentini*, 1999, p. 713 ss.

⁸⁶ Così, testualmente, SATTA S., *Gli orientamenti pubblicistici*, cit., p. 32 e 34.

al processo⁸⁷. L'impostazione sattiana muoveva dalla convinzione che il dualismo tra processo e sostanza originasse da un'indebita attribuzione di 'materialità' («effettiva realtà») al diritto soggettivo, che rappresenta invece un semplice *escamotage* terminologico necessario per descrivere un «concetto» astratto. Infatti, sosteneva Satta, «solo partendo dall'idea di un diritto soggettivo A [...] si può affermare che esiste un diritto soggettivo B», qual è appunto l'azione, a esso strumentale; senonché, continuava, «in *rerum natura* non esistono diritti soggettivi» ma soltanto «interessi», che «chiamiamo diritti [...] in quanto la legge li riconosca e li garantisca». L'autonomia dell'azione, quindi, nelle teorie dualistiche, trarrebbe linfa solo «dall'idea di un ordinamento costituito da un complesso di norme che regolano tutta la vita associata» e «la forza di questa idea è tanto grande» che è stata scambiata «per una obiettiva realtà»⁸⁸.

Il vero è che questo «lavorio di astrazione» non tiene conto che «il diritto vive nel concreto» e che l'ordinamento non prende forma se non attraverso uno spontaneo «adeguamento» dei consociati «alla volontà obiettiva della norma». Perciò, insisteva l'A., dove tale adeguamento non vi sia, «è semplicemente assurdo parlare di un diritto [...] esistente prima e fuori dell'azione»⁸⁹: com'è stato rilevato da altri, in tempi più recenti, «il nostro

⁸⁷ Per una ricostruzione esaustiva del pensiero sattiano sul rapporto tra diritto sostanziale e processo, oltre a CAVALLARO L. (a cura di), *Trattatello di procedura civile* di SATTA S., cit., pp. 89-136, si vedano i seguenti scritti di SATTA S., oggi tutti pubblicati in *Soliloqui*, cit.: *Gli orientamenti pubblicistici*, cit., p. 32 ss.; *Il processo nell'unità dell'ordinamento*, p. 116 ss.; *L'azione nel diritto positivo (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, p. 822 ss.; *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, p. 195 ss.; *Ultime tendenze*, cit., p. 223 ss.; *Storia e «pubblicità»*, cit., p. 211 ss. Dello stesso Autore, si veda anche *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. giur.*, Milano, 1970, p. 218.

⁸⁸ In questi termini, CAVALLARO L. (a cura di), *Trattatello di procedura civile* di SATTA S., cit., pp. 94-95. Senza alcuna velleità ricostruttiva, sia qui consentito mettere in evidenza una certa assonanza di pensiero tra la posizione del Satta e quella, di qualche tempo successiva, dei 'realisti scandinavi'. Fu Alf Ross, in particolare, a contestare l'ipostatizzazione del diritto soggettivo, ch'egli considerava «soltanto un mezzo che consente di rappresentare visivamente, più o meno esattamente, il contenuto di un insieme di norme giuridiche [...] che connettono una certa pluralità disgiuntiva di fattispecie ad una certa pluralità cumulativa di conseguenze giuridiche» (così ROSS A., *Diritto e Giustizia*, Londra, 1958, §35, trad. it. GAVAZZI G. (a cura di), Torino, 1965, pp. 160-165).

⁸⁹ Così, sempre CAVALLARO L. (a cura di), *Trattatello di procedura civile* di SATTA S., cit., pp. 95-96. Si evince chiaramente da questa sintetica ricostruzione una certa affinità di pensiero tra Satta e Pekelis, del quale si è detto *supra* in nota al §2, cui si rinvia. Questi, infatti, proprio come Satta, denunciava l'«inversione teorica» che aveva caratterizzato il dibattito sul concetto di azione: a suo dire, sarebbero i «rapporti di diritto sostanziale» a avere «carattere secondario e riflesso» rispetto all'azione e non viceversa: se non esistesse il potere d'azione, diceva, «le stesse qualità di creditore o debitore non [potrebbero] dirsi sussistenti, almeno in un senso che abbia una rilevanza per l'ordinamento» (così, PEKELIS A., *Azione*, cit., pp. 36-37). Non è un caso che Satta, come si evince dal richiamo che ne fa trattando dell'azione,

creditore [...] avrà un bel vantare il suo diritto in confronto al suo debitore [...] ma, se questi non paga, non gli resta altro che l'azione giudiziale, dovendo altrimenti rassegnarsi alla totale perdita del suo vantato credito, e finché esso non sia accertato dal giudice la sua affermazione avrà il medesimo valore della negazione avversaria»⁹⁰. In conclusione, nella visione monistica di Satta, ove il diritto vive esclusivamente nel suo concreto attuarsi, può ben dirsi che l'azione sia «autonoma»; ma lo è soltanto «nel senso che non ha nessun diritto dietro di sé»⁹¹.

7. (segue): la concezione 'mista' di Liebman

Diversamente da Satta, Liebman proseguì nel solco tracciato da Chiovenda e collocò la sua *concezione mista* nell'ambito delle impostazioni dualistiche, ove l'azione e il diritto soggettivo sono considerate situazioni giuridiche autonome, ciascuna fondata su elementi costitutivi propri⁹². Anche nella costruzione liebmaniana, come in quella sattiana, era forte la volontà di reagire agli eccessi delle dottrine pubblicistiche; ma tale obiettivo veniva raggiunto senza strappi col passato, semplicemente cercando di correggere le «conclusioni poco soddisfacenti» delle precedenti formulazioni⁹³.

In tal senso, Liebman cercò di sintetizzare gli insegnamenti di Chiovenda coi risultati raggiunti dalle concezioni astratte. Infatti, se da una parte veniva ripristinato quel collegamento diretto tra processo e interesse individuale, che

abbia preso spunto da queste parole per formulare la sua teoria (v. CAVALLARO L. (a cura di), *Trattatello di procedura civile* di SATTA S., cit., p. 94, nota 9).

⁹⁰ In quest'ottica verrebbe meno «il dualismo tra diritto sostanziale ed azione [...] proprio perché nella realtà concreta non esiste un diritto certo ma solo l'azione giudiziale»; di conseguenza, «l'azione, il processo, la giurisdizione sono al centro dell'ordinamento giuridico, essi hanno funzione primaria e costitutiva del diritto, e non secondaria, strumentale e sostitutiva» (così, testualmente, MONTELEONE G., *Manuale*, cit., p. 175).

⁹¹ Ancora CAVALLARO L. (a cura di), *Trattatello di procedura civile* di SATTA S., cit., p. 97.

⁹² Per una ricostruzione completa della concezione mista dell'azione di LIEBMAN E.T. si veda, di questo Autore: *L'azione*, cit., p. 47 ss.; *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1951, pp. 1-27; 31-59; *Manuale*, cit. (di quest'ultima opera, vedi anche VIII ed., COLESANTI V., MERLIN E. (a cura di), Milano, 2012, pp. 137-153). La teoria dell'azione di Liebman era molto vicina a quella, di qualche anno antecedente, di BETTI E., *Ragione e Azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, p. 205 ss.

⁹³ Dopo aver condotto un «rapido esame delle principali dottrine», Liebman rilevava come ciascuna di esse fosse affetta da una «carattere unilaterale» e giungesse a «conclusioni poco soddisfacenti»: a suo dire, se per un verso appariva «inadeguata alle esigenze della teoria del processo» quella dottrina «che attribuisce all'azione natura "privata"», neppure coloro che la considerano di natura pubblica sembrano in grado di «precisare in modo accettabile il rapporto tra il cittadino e lo Stato» (così LIEBMAN E.T., *L'azione*, cit., p. 63).

pareva perduto nelle impostazioni pubblicistiche e che invece emergeva chiaramente nella costruzione chiovendiana, dall'altra parte si conservava la separazione tra azione e diritto soggettivo, che viceversa era rimasta incompiuta nella teoria concreta e realizzata perfettamente in quella astratta.

Dal primo punto di vista, veniva respinta con decisione la tesi che il diritto d'agire debba essere riconosciuto «a chiunque e in qualunque circostanza». L'azione, sosteneva Liebman, è sì «un diritto astratto», nel senso che «astrae» dalla «fondatezza» della pretesa dedotta in giudizio. Ma questa «astrattezza» non va intesa in senso assoluto: al contrario, il diritto d'agire «si riferisce» sempre «a una fattispecie determinata» dall'attore, coincidente con una «situazione» ch'egli considera «tale da costituire una minaccia o un pericolo alla sua posizione giuridica»⁹⁴.

Nella concezione mista, quindi, l'azione è posta in una relazione di *strumentalità* col diritto soggettivo: mentre la norma sostanziale «regola i rapporti giuridici, «conferendo diritti soggettivi e obblighi», il diritto d'agire sorge in capo al portatore di un interesse materiale «quando si forma una situazione suscettibile di richiedere l'intervento dell'organo giurisdizionale», affinché eserciti il «potere di dichiarare ed attuare le regole che disciplinano quei rapporti»⁹⁵.

Questa costruzione, peraltro, troverebbe diretto conforto nell'art. 24 Cost. che, pur riconoscendo in astratto a *tutti* la possibilità di agire in giudizio, la riserva in concreto solo a chi domanda la tutela dei *propri* diritti e interessi legittimi⁹⁶. Il potere «generico ed indeterminato, inesauribile ed inconsumabile» riconosciuto a chiunque di rivolgersi all'autorità giudiziaria non andrebbe quindi confuso col diritto d'agire, ch'è attribuito al solo fine di ottenere l'intervento del giudice per un *personale e specifico bisogno di tutela*⁹⁷.

Fu questa la ragione che indusse Liebman, all'inizio degli anni cinquanta, a rinsaldare quel collegamento tra l'azione e il diritto soggettivo, che era stato spezzato nel nome dell'interesse pubblico alla composizione della lite. E questa operazione non poteva che avvenire attraverso una rinnovata valorizzazione delle condizioni dell'azione, già elaborate nell'ambito della concezione

⁹⁴ Il «potere di agire», scriveva l'A., se considerato «nella sua estrema astrattezza e indeterminatezza», non ha «rilevanza alcuna nella vita e nel funzionamento pratico del processo». Infatti, ragionando in questi termini, non sarebbe possibile «stabilire un collegamento tra il processo e la fattispecie concreta per la quale esso viene proposto» (LIEBMAN E.T., *L'azione*, cit., pp. 63-65; ID., *Lezioni*, cit., pp. 22-25).

⁹⁵ In questi termini LIEBMAN E.T., *L'azione*, cit., p. 66. Sul rapporto di strumentalità tra «diritto sostanziale e processo» vedi le pagine fondamentali di PROTO PISANI A., *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e Giur.*, 1978, p. 1 ss.

⁹⁶ Per una dequotazione della previsione costituzionale, per cui «se anche l'art. 24 della Cost. mancasse, sarebbe esattamente lo stesso», v. MONTELEONE G., *Manuale*, cit., p. 168.

⁹⁷ Si crede così di aver fedelmente sintetizzato il percorso argomentativo sviluppato in LIEBMAN E.T., *Manuale*, VII ed., cit., pp. 140-144.

concreta e individuate, come noto, nella *possibilità*, nella *legittimazione* e nell'*interesse a agire*⁹⁸.

Si giunge così al secondo dei profili dianzi indicati, quello cioè della separazione tra diritto e azione. Infatti, nel restaurare il rapporto di strumentalità tra processo e interesse individuale, era necessario evitare di incorrere nuovamente nell'errore delle teorie concrete, che finivano loro malgrado per negare l'autonomia dell'azione. La soluzione fu trovata in una nuova interpretazione della legittimazione a ricorrere, costruita non già come 'effettiva titolarità' della situazione sostanziale dedotta in giudizio, ma come mera «appartenenza [...] all'attore» dell'interesse «a rimuovere il pregiudizio» lamentato con la proposizione della domanda. Ciò che conta ai fini della sussistenza dell'azione, in altre parole, non è la titolarità effettiva del diritto soggettivo, quanto piuttosto la mera *affermazione* della sua esistenza⁹⁹.

Delimitata in questi termini la schiera dei legittimati a agire, l'azione perdeva i caratteri del diritto a una sentenza favorevole e assumeva quelli di un diritto alla pronuncia di merito, qualunque ne sia il contenuto¹⁰⁰: un diritto «astratto rispetto al suo risultato», ma «concreto rispetto alla sua nascita», perché necessariamente collegato a una situazione giuridica soggettiva *possibile*, ancorché risultata inesistente all'esito del giudizio¹⁰¹.

⁹⁸ A una prima indagine, parrebbe che Liebman, dopo aver indicato la «possibilità» tra le condizioni dell'azione (*Lezioni*, cit., p. 25), abbia successivamente optato per la estromissione di tale requisito (*Manuale*, cit., pp. 120-125, ove sono menzionati soltanto l'«interesse» e la «legittimazione a ricorrere»). A un'attenta analisi, tuttavia, appare evidente che l'Autore ha continuato a annoverare la possibilità tra le condizioni dell'azione, sebbene sotto forma di requisito implicito nella legittimazione: infatti, nella sua ottica, legittimato a agire è «colui che invoca per sé la tutela giurisdizionale, con riferimento a un rapporto giuridico dal quale sia *possibile* pretendere una ragione di tutela a proprio favore» (v. *Manuale*, cit., p. 23). Il contrasto apparente è stato infine risolto nelle edizioni successive alla scomparsa del Liebman, nelle quali è stato aggiunto appositamente un paragrafo dedicato al «possibile oggetto dell'azione» (si veda l'ottava ed. del *Manuale*, curata da COLESANTI V., MERLIN E., cit., p. 144).

⁹⁹ Questo medesimo ordine di idee è contenuto nel pensiero di Betti, pel quale «l'essenziale per potersi dire che la parte (attore) fa valere una *ragione*, non è che questa sia *fondata in fatto*, nel caso concreto, – ciò che potrebbe anche non essere, e in ogni caso, all'inizio del processo non consta –, ma è che sia *fondata in diritto*, *in astratto*, nel senso che la parte deve riferirsi, affermandola, a norme e principi di diritto esistenti, cioè ad una effettiva volontà astratta di legge, la quale, ove fosse divenuta concreta nel caso – come si afferma – sarebbe idonea a giustificare il provvedimento richiesto con la domanda giudiziale» (così BETTI E., *Ragione*, cit., p. 217).

¹⁰⁰ In questa direzione si è mosso il nuovo *Code de Procedure Civile* francese, che all'art. 30, co. 1, definisce l'azione «*le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée*».

¹⁰¹ Si crede così di aver fedelmente riassunto il pensiero di Liebman come emerge dalle sue *Lezioni*, cit., pp. 21-25.

Con la concezione mista, divenuta oggi maggioritaria¹⁰², si giunge in definitiva a un significativo punto di equilibrio tra l'esigenza di garantire l'autonomia dell'azione dal diritto sostanziale e quella di evitare la «progressiva eliminazione delle parti [e dei loro interessi individuali] dal processo»¹⁰³, per far posto alla crescente importanza del giudice e dell'interesse pubblico. Il diritto soggettivo, infatti, resta saldamente al centro del processo e il giudice non è più chiamato a risolvere la lite, ma deve soltanto rispondere a una specifica domanda di tutela dell'attore.

¹⁰² Pur assestandosi su posizioni differenti, sulle quali l'economia di queste pagine non consente di indugiare, si ascrivono tra i sostenitori della concezione mista dell'azione: ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, pp. 269-284 e, in particolare, p. 284; BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Bari, 2009, pp. 52-59; BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2011, pp. 50-63; CORSINI G., *Dell'esercizio dell'azione*, in STELLA RICHTER G., STELLA RICHTER P. (diretto da), *La giurisprudenza sul Codice di Procedura Civile*, agg., 2011, p. 863 ss.; DENTI V., *Azione*, cit., pp. 3-4; FAZZALARI E., *Azione civile*, cit., p. 34; LUGO A., *Manuale di diritto processuale civile*, XVIII ed., DE ANGELIS C. (a cura di), Milano, 2012, p. 22; LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 218-229; MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 48-70 e, in particolare, p. 70; PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, in ALLORIO E. (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, vol. II, Torino, pp. 1055-1059; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, pp. 51-53, 196-198, 295; RICCI G.F., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 75-83; VERDE G., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 115-124 e, in particolare, p. 121. La concezione mista assume particolare chiarezza nel pensiero di Proto Pisani, che sebbene escluda la possibilità di ric collegare «il potere della parte di mettere in moto l'attività giurisdizionale [...] all'esistenza del diritto sostanziale fatto valere in giudizio», riconosce che «l'autonomia del processo dal diritto sostanziale [...] non può giungere a negare qualsiasi collegamento» tra l'uno e l'altro: «secondo il nostro diritto positivo» insiste, «tale collegamento è realizzato dall'essere la concreta situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio (individuata secondo le norme del diritto sostanziale, *situazione giuridica la cui esistenza o inesistenza risulterà solo a seguito del processo, nella decisione finale di merito del giudice* [corsivo nostro]) elemento costitutivo del potere di proporre la domanda giudiziale» (*Lezioni*, cit., pp. 196 e 198). Come già ampiamente rilevato, invece, non aderiscono alla concezione mista di Liebman: MONTELEONE G., *Manuale*, cit., pp. 167-185; SATTÀ S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, XIII ed., PUNZI C. (a cura di), Padova, 2000, pp. 126 ss.

¹⁰³ Come già rilevato *supra* in nota §5, l'espressione è di SATTÀ S., *Storia*, cit., p. 215.

Sezione seconda

La natura del ricorso alla quarta sezione del Consiglio di Stato

SOMMARIO: 8. L'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato: un organo a cavallo tra funzioni amministrative e giurisdizionali – 9. Il dibattito sulla natura della giurisdizione amministrativa: la concezione oggettivistica – 10. (segue): la concezione soggettivistica – 11. Le esatte coordinate del ricorso alla quarta sezione: una giurisdizione soggettiva, ma dai tratti marcatamente pubblicistici – 12. Il disinteresse per la difesa della parte resistente – 13. La crisi del processo d'impugnazione – 14. Il mutamento in senso soggettivistico della concezione del processo amministrativo e l'interesse per la difesa in giudizio dell'amministrazione resistente

8. L'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato: un organo a cavallo tra funzioni amministrative e giurisdizionali

Alla luce di quanto si è detto, la storia del processo civile ci appare come distesa lungo una linea immaginaria ai cui estremi si collocano la concezione privatistica e quella pubblicistica. Muovendo dalle impostazioni di derivazione romanistica, che ricostruivano l'azione come *annesso* del diritto soggettivo (Mortara), il fenomeno processuale si è progressivamente affrancato dalla situazione sostanziale (Chiovenda) sino a raggiungere le più estreme posizioni oggettivistiche (Carnelutti), per poi tornare indietro, verso soluzioni che realizzano un più equilibrato bilanciamento tra interesse individuale e processo (Liebman).

Come si è cercato di evidenziare, in questo moto di pubblicizzazione e privatizzazione, le parti e il giudice si sono avvicinate alla guida del processo¹⁰⁴: fin tanto che la fase giudiziale è stata contemplata come *appendice* del diritto soggettivo, l'attore e il convenuto hanno primeggiato sull'organo giudicante; viceversa, in una giurisdizione di tipo obiettivo, «il giudice» è stato collocato «al centro del processo» e «le parti» sono state relegate «alla periferia»¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Un moto che invero non sembra essersi del tutto arrestato neppure nel giudizio civile: per averne una dimostrazione è sufficiente il rinvio al noto dibattito inerente il potere del giudice di rilevare e dichiarare in sentenza con effetto di giudicato la nullità del contratto in un processo di impugnativa negoziale (sul punto si veda in particolare Corte Cass., Sez. Un. civ., sent. 12 dicembre 2014, n. 26242, §§4.5-4.10, dove si evidenzia quanto la soluzione del problema dipenda dall'opzione di fondo verso un'impostazione pubblicistica o privatistica del processo).

¹⁰⁵ Così, letteralmente, CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, cit., p. 113.

Ma, come si è visto, nel 1889 il dibattito sul rapporto tra diritto materiale e processo era ben lontano dal trovare una sistemazione e, anzi, i processual-civilisti italiani non si erano ancora neppure interessati ai problemi legati alla teoria dell'azione. Così, quando il Parlamento del Regno d'Italia, in seguito a complesse vicende storiche e politiche¹⁰⁶, istituì la quarta sezione del Consiglio di Stato, attribuendole competenza a «decidere sui ricorsi contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa», aventi a oggetto «un interesse d'individui»¹⁰⁷, non fu per nulla chiaro in quale punto della *nostra* linea immaginaria si collocasse la neonata giurisdizione amministrativa.

Anzi, a dire il vero, non fu chiaro neppure se alla quarta sezione fosse stata conferita una funzione giurisdizionale o se, invece, le fosse stato attribuito un compito di natura amministrativa¹⁰⁸. Un'ambiguità figlia dell'*iter* parlamentare di approvazione della legge¹⁰⁹, durante il quale le forze politiche

¹⁰⁶ La letteratura sul superamento del sistema di giurisdizione unica mediante l'istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato è sterminata e oggi si trova brevemente riassunta in ogni testo di diritto amministrativo (anche di carattere manualistico) che tratti la materia processuale. Tuttavia, oltre al fondamentale contributo di GIANNINI M.S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione (voce)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, §§2-4, si segnalano per profondità di analisi: CANNADA-BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1956, pp. 33-105; ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, 1901, pp. 633-653.

¹⁰⁷ Ai sensi dell'art. 3, co. 1, l. 31 marzo 1889, n. 5992 (poi riprodotto nell'art. 24 del t.u. Cons. St., adottato con r.d. 2 giugno 1889, n. 6166) «spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali».

¹⁰⁸ Per un'esposizione delle critiche e delle perplessità che i giuristi mossero all'istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, v. MEUCCI L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, p. 1 ss.

¹⁰⁹ Nella relazione di accompagnamento al disegno di legge, Crispi scriveva che «il nuovo istituto non [sarebbe stato] un tribunale giudiziario speciale od eccezionale, ma [sarebbe rimasto] nella sfera del potere esecutivo»; al contempo, però, il Ministro precisava che la competenza della quarta sezione non si sarebbe estesa «alle funzioni puramente politiche del potere esecutivo» che avrebbe conservato «piena ed intatta quella libertà che gli spetta nelle cose politiche» né avrebbe surrogato «l'azione propria dell'amministrazione» (questi frammenti sono tratti da ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, cit., p. 648).

che si battevano per il superamento del sistema di giurisdizione unica¹¹⁰ vinsero le resistenze degli avversari presentando surrettiziamente¹¹¹ i ricorsi *de quo* «come semplici perfezionamenti» del sistema contemplato dall'art. 3 l. 30 marzo 1865, n. 2248¹¹².

¹¹⁰ Il movimento per la riforma del sistema di giurisdizione unica prese le mosse subito dopo l'entrata in vigore della l. 20 marzo 1865, n. 2248, e trovò i suoi principali sostenitori nell'area liberale afferente alla sinistra storica. Oltre a Francesco Crispi (relatore del disegno di legge da cui è nata la l. 31 marzo 1889, n. 5992), Marco Minghetti (*I partiti politici e la ingerenza loro nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1881), Giuseppe Mantellini (*Lo Stato e il Codice civile*, Firenze, 1882) e Pasquale Demurtas-Zichina (*La giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1883), uno dei maggiori esponenti di tale corrente fu Silvio Spaventa, che il 7 maggio 1880 pronunciò all'Associazione costituzionale di Bergamo un vero e proprio discorso-manifesto per il superamento del sistema giustiziale esistente (*Giustizia nell'amministrazione*, oggi in *Quaderni del trentennale dell'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici*, vol. 10, Napoli, 2006, pp. 17-62).

¹¹¹ Infatti, mentre nel 1880 Spaventa riteneva che per garantire adeguata protezione agli interessi legittimi fosse sufficiente «completare l'opera del 1865», senza attuare riforme «che sconvolgano gli ordinamenti presenti», nove anni più tardi, nel suo discorso per la inaugurazione della quarta sezione del Consiglio di Stato (mai pronunciato perché la cerimonia si tenne in forma non solenne e rimasto inedito fino al 1909), sottolineava a chiare lettere la natura «giurisdizionale» di tale organo (SPAVENTA S., *Del Consiglio di Stato*, in *Quaderni del trentennale*, cit., pp. 125-152). A questo riguardo, è stato pure sottolineato come Spaventa, nel suo manifesto politico del 1880, avesse prospettato la natura amministrativa delle pronunce di annullamento della quarta sezione; tesi che, ovviamente, mal si conciliava con quella, sostenuta solo successivamente, della loro natura giurisdizionale (così CANNADA-BARTOLI E., *La tutela giudiziaria*, cit. p. 61). Su questi aspetti v. anche le interessanti riflessioni di BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, cit., §7, formulate prendendo spunto dal pensiero di Mantellini, pel quale oggetto della giustizia amministrativa era «il diritto obiettivo» e non il «diritto soggettivo», ch'era invece «materia della giustizia civile» (il riferimento dell'Autore era a MANTELLINI G., *Lo Stato e il Codice civile*, cit.).

¹¹² Guido Zanobini, in particolar modo, dopo aver rilevato che «gli autori della riforma del 1889» evitarono «per quanto possibile, di definire come giurisdizionali tali funzioni, prospettando i nuovi ricorsi [...] come semplici perfezionamenti» delle «difese amministrative [...] contemplate nell'art. 3 della legge del 1865», attribuì questo atteggiamento all'esigenza di «assicurare al progetto quel carattere meramente integrativo rispetto al sistema vigente che solo poteva renderlo conforme alle tendenze allora dominanti nel Parlamento». Proprio a tale circostanza l'Autore attribuiva la responsabilità di aver favorito l'opinione che la quarta sezione fosse stata investita non di una funzione giurisdizionale, ma di un semplice controllo amministrativo» (ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1958, p. 44). Che questa fosse l'impostazione dei sostenitori della legge del 1889 emergeva dal citato discorso di Spaventa, che considerava sufficiente «completare l'opera del 1865 con una nozione più chiara [...] delle condizioni ed esigenze proprie della giustizia». In tal senso, sarebbe servita una «semplice riforma delle attribuzioni e forse della composizione del Consiglio di Stato», da realizzarsi: 1) estromettendo il «potere ministeriale» dalla giurisdizione amministrativa; 2) graduando meglio le giurisdizioni («istanze»); 3) ricorrendo alla magistratura elettiva nelle giurisdizioni inferiori (testualmente: «chiamate nelle istanze inferiori [...]

Per questo motivo, prima che il legislatore, con r.d. 17 agosto 1907, n. 638, risolvesse la questione interpretativa in favore della natura giurisdizionale della quarta sezione, autorevole dottrina la negava sul duplice presupposto dei limiti soggettivi delle sue decisioni e del particolare oggetto della sua cognizione¹¹³.

Per un verso, si riteneva che i provvedimenti della quarta sezione non potessero dirsi giurisdizionali in quanto, revocando o confermando atti amministrativi, sarebbero stati suscettibili di produrre effetti «anche per i terzi che non presero parte al giudizio e pei quali sarebbe assurdo ammettere che le decisioni medesime abbiano carattere di cosa giudicata e forza di interdire qualsiasi difesa ai loro diritti eventualmente lesi»¹¹⁴.

Per altro verso, si diceva, «la giustizia amministrativa contenziosa» non può avere natura giurisdizionale perché «protegge anche interessi che non costituiscono diritti»¹¹⁵. E siccome «l'elemento precipuo di una giurisdizione» è proprio quello di «statuire su diritti subiettivi», è sufficiente rilevare che la competenza della quarta sezione si ricava per difetto da quella dei giudici ordinari, cui la legge del 1865 riserva *tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico*, per escluderne «a priori» il «carattere giurisdizionale»¹¹⁶.

l'elemento elettivo»); 4) disciplinando i procedimenti giudiziari «con tutte le garentie di giustizia e di verità»; 5) dando alle giurisdizioni superiori («istanze superiori») «forma, procedimento e indipendenza di vera magistratura sopra le controversie di diritto pubblico» (così SPAVENTA S., *Giustizia nell'amministrazione*, cit., pp. 56-57).

¹¹³ Di quest'avviso, in dottrina: ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 729-730; ROMANO S., *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, pp. 182-187; SCHANZER C., *La giurisdizione amministrativa in Francia e in Italia*, in *Giust. amm.*, 1896, p. 15 ss.; TOVAJERA M., *Sui rapporti tra la IV e la V sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1910. La tesi era sostenuta anche da Codacci-Pisanelli, che si oppose all'impugnabilità delle decisioni della quarta sezione dinnanzi alle Sezioni Unite della Cassazione per motivi di giurisdizione, proprio sul presupposto della loro natura amministrativa (CODACCI-PISANELLI A., *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, 1893, oggi in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, pp. 297-347 e, in particolare p. 346). Per la natura giurisdizionale, invece, si pronunciò fin da subito ARMANNI L., *La riforma del Consiglio di Stato e la giurisdizione amministrativa*, Assisi, 1889.

¹¹⁴ In questi termini, ROMANO S., *Principi*, cit., pp. 183-184.

¹¹⁵ Attesa l'indole non giurisdizionale della quarta sezione, Romano poneva a fondamento del ricorso indifferentemente «un diritto subiettivo, un interesse legittimo, un interesse occasionalmente protetto da una norma e, rispetto alla competenza di merito, anche, talvolta un interesse semplice». Ovviamente, proprio in quanto il ricorso al Consiglio di Stato «non può considerarsi né dà luogo all'esercizio di una giurisdizione», l'Autore sposa la tesi della doppia tutela, ammettendo che «la difesa dei diritti subiettivi col ricorso contenzioso [...] non esclud[a] l'azione giudiziaria» (ROMANO S., *Principi*, cit., p. 185).

¹¹⁶ In questi termini si esprimeva ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 729-730. Pur riconoscendo che «la competenza generale della Sezione IV pel vizio d'illegittimità [...] non prescinde [...] dall'elemento subiettivo», consistente in «un interesse proprio e individuale» del ricorrente, Orlando riteneva che «l'elemento obiettivo [...] pur avendo a

Quest'ultimo argomento, in particolare, colse nel segno e indusse Mortara, prima del 1907, a elaborare la nota teoria del «diritto soggettivo alla legittimità degli atti amministrativi». Se la natura giurisdizionale della quarta sezione veniva negata per l'inconsistenza dell'oggetto della sua cognizione, egli pensò che per vincere quest'obiezione sarebbe stato sufficiente munirla di tale consistenza¹¹⁷. E fu così che l'Autore identificò nel diritto di ciascun cittadino alla legittimità dell'azione amministrativa quella situazione soggettiva che il ricorrente azionerebbe con la sua domanda di annullamento. A prescindere dalle contestazioni che possono muoversi alla tesi di Mortara¹¹⁸, qui interessa porre l'accento sull'inversione logica che commette l'Autore, il quale, piuttosto che pronunciarsi sulla natura della quarta sezione solo dopo aver indagato la posizione giuridica del ricorrente, costruiva questa in funzione di quella: se la competenza del Consiglio di Stato era di tipo giurisdizionale, la situazione soggettiva del ricorrente non poteva avere altra natura che di diritto soggettivo¹¹⁹.

riscontro un elemento subiettivo [...] esercita[ss]e un'influenza più larga», dando «l'intonazione determinante alla competenza di quel magistrato». E anche se dopo la riforma del 1907 «tale assunto» non poteva essere più sostenuto «dal punto di vista positivo», l'Autore continuava a ritenere fondata «la ragione teorica» della sua tesi, considerando «elemento precipuo di una giurisdizione [...] quello di statuire su diritti subiettivi» (così si esprimeva Orlando nella II ed. de *La giustizia amministrativa*, cit., 1923, p. 129). Per una ricostruzione sintetica della tesi orlandiana, v. D'ALESSIO F., *Rapporti e conflitti*, cit., pp. 74-77, cui fa seguito la confutazione analitica delle argomentazioni che ne furono poste a fondamento (pp. 77-94).

¹¹⁷ Così MORTARA L., *Commentario*, cit., vol. I, pp. 463 ss. Anche della tesi di Mortara si può trovare una sintetica ricostruzione in D'ALESSIO F., *Rapporti e conflitti fra le due giurisdizioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1912, pp. 94-95, seguita, anche in questo caso da alcuni rilievi critici dell'Autore (pp. 96-97).

¹¹⁸ La tesi di Mortara, infatti, non consentiva di apprezzare l'individualità della situazione soggettiva del ricorrente, poiché in astratto tutti i consociati hanno interesse a che l'azione amministrativa si svolga in maniera legittima. Su questi aspetti gli accenni polemici di Chioventa, per il quale «un diritto alla legalità degli atti amministrativi non esiste che come diritto della generalità dei cittadini», poiché «il cittadino singolo non può reclamare contro gli atti illegali se non quando questi violino un suo vero diritto subiettivo individuale» (così CHIOVENTA G., *Lezioni di diritto amministrativo* (redatte da Ventura R. negli anni 1909-1910), Milano, 1991, p. 73; ma v. anche ID., *L'azione*, cit., p. 17). Critici rispetto alla tesi di Mortara furono, tra gli altri, anche: D'ALESSIO F., *Rapporti e conflitti*, cit., p. 99; SCIALOJA V., *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Giust. amm.*, 1901, IV, pp. 74-76. Per il primo, in particolar modo: «la protezione sarebbe accordata [...] all'interesse che ha ogni cittadino a che nei suoi riguardi l'azione amministrativa si contenga nei limiti rigorosi tassativamente fissati dal diritto obiettivo. Ma tale interesse [...] non è proprio del tale e del tal'altro, ma si appartiene alla collettività tutta quanta, pel cui prevalente vantaggio l'azione amministrativa si esplica ed il diritto pubblico obiettivo è stato dettato».

¹¹⁹ L'inversione logica tra situazione sostanziale e diritto d'azione era già emersa nel corso del dibattito parlamentare per l'approvazione della legge 2248 del 1865 e fu efficacemente

Questi dubbi furono infine dissipati con la riforma del testo unico sul Consiglio di Stato del 1907 che, dopo aver riconosciuto espressamente natura giurisdizionale sia alla quarta che alla quinta sezione¹²⁰, attribuì alle decisioni di questi organi efficacia di giudicato e riconobbe la possibilità di una loro impugnativa in Cassazione per questioni inerenti la giurisdizione¹²¹.

9. Il dibattito sulla natura della giurisdizione amministrativa: la concezione oggettivistica

L'affermazione della natura giurisdizionale della quarta sezione rappresentò senz'altro un punto fermo nel dibattito dottrinario sulla funzione dei nuovi consiglieri di Stato. A partire dal 1907, infatti, fu chiarito definitivamente che essa dovesse trovare collocazione su quella linea immaginaria che si è provato a tracciare nella prima parte di questo capitolo.

Restava però da capire in quale punto. E fu proprio per determinare la sistemazione concettuale di questa giurisdizione che si animò sia in giurisprudenza che in dottrina un acceso dibattito tra due opposte concezioni del processo amministrativo, quella oggettiva e quella soggettiva, che ancora oggi si contendono il campo, sia pur con 'etichette' e contenuti in parte diversi.

denunciata da Cordova. Egli, opponendosi a Mancini e a Rattazzi che difendevano la distinzione tra diritti e interessi, ebbe a dire: «voi mi dite, quando non vi è facoltà di citare, non vi è diritto [...] io rispondo che vi è diritto e che perciò mi dovete dare la facoltà di citare» (il passaggio è contenuto in CANNADA-BARTOLI E., *La tutela giudiziaria*, cit., p. 11).

¹²⁰ Il r.d. 17 agosto 1907, n. 642, era giustappunto rubricato «regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni *giurisdizionali* [corsivo nostro] del Consiglio di Stato».

¹²¹ Su questi aspetti si segnala il fondamentale scritto di CODACCI-PISANELLI A., *Le decisioni del Consiglio di Stato*, cit., pp. 297 ss. Nondimeno, qualcuno in dottrina continuava a affermare la natura amministrativa della quarta sezione: oltre a Orlando, che, come si è detto *supra* in nota, ribadiva *la ragione teorica* della sua tesi, fu Tovajera a confermare la propria convinzione anche dopo il 1907. Nella sua ottica, infatti, «i pochi ritocchi alla legge del 1889» non potevano ritenersi sufficienti a mutare la natura della quarta sezione e della quinta sezione: sebbene le «intestazioni dei capi I e II del titolo III della legge del 1907» definissero espressamente 'giurisdizionali' queste due sezioni, ciò non sarebbe stato vincolante perché «la portata assoluta del precetto legislativo sta in quanto *comanda* non in quanto *definisce*» (TOVAJERA M., *Sui rapporti tra la IV e la V sezione*, cit., pp. 24-25).

Al fondo della concezione oggettiva della giurisdizione amministrativa stava l'idea della natura processuale dell'interesse legittimo¹²². È nota al riguardo la tesi di Guicciardi¹²³, che distingueva le norme «in due grandi gruppi», caratterizzati «il primo dall'essere posto a tutela degli interessi giuridici individuali» e «il secondo dall'essere posto a garanzia dell'interesse pubblico»: così, mentre le une, dette *norme di relazione*, avrebbero avuto il compito di regolare i rapporti tra amministrazione e cittadino e sarebbero state suscettibili di costituire diritti soggettivi perfetti, le altre, dette *norme di azione*, sarebbero servite unicamente a disciplinare l'attività dei pubblici uffici, costituendo a loro carico «doveri giuridici» cui non sarebbe corrisposto «alcun diritto da parte di terzi»¹²⁴.

In altre parole, le norme di azione avrebbero la forza di vincolare l'amministrazione e la loro osservanza sarebbe un «requisito di validità» dei suoi

¹²² Tra gli oggettivisti si segnalano: ALESSI R., *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. Giur.*, 1953, p. 132 ss.; CALAMANDREI P., *La relatività*, cit., p. 20; CHIOVENDA G., *Principi*, cit., pp. 33-34 e 50; D'ALESSIO F., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1934, vol. II, pp. 386 ss.; ID., *Rapporti e conflitti*, cit., pp. 71-129 ss.; GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, III, Padova, 1954; RANELLETTI O., *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, pp. 377 ss.; ROMANELLI V.M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, pp. 289-303; SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, pp. 785 ss.; PICCARDI L., *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Studi in occasione del centenario*, cit., vol. II, pp. 269-307; PUCHETTI A.C., *Il ricorso gerarchico*, Padova, 1938, pp. 60 ss.

¹²³ Ancor più che in Guicciardi, che come vedremo *infra* nel testo è stato il capofila della concezione obiettiva del processo amministrativo, l'idea che l'affermazione della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa dipendesse dalla natura sostanziale dell'interesse legittimo emerge chiaramente nel pensiero di Alessi (che condivideva con Guicciardi l'adesione alla concezione oggettivistica). Egli, infatti, sostenne chiaramente che «la costruzione di una categoria di *interessi legittimi*, distinta da quella di interessi di fatto in quanto tutelati da una norma giuridica, implica l'accoglimento della concezione individualistico-soggettiva della giurisdizione amministrativa: giacché può dirsi che una norma tuteli – direttamente o indirettamente – un interesse, solo quando al titolare sia data la possibilità di far valere in via giurisdizionale il mancato soddisfacimento dell'interesse stesso, onde ottenere in giudizio il suo soddisfacimento coattivo» (ALESSI R., *Interesse sostanziale*, cit., p. 132 ss.). Per una definizione di interesse legittimo nel pensiero dell'Alessi, si veda anche *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 307-333.

¹²⁴ GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 33-34; ID., *Diritti, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, cc. 33-42. A Guicciardi va riconosciuto di aver illustrato la differenza tra queste due categorie di norme più lucidamente di quanto non fosse stato fatto in passato. Nondimeno, l'idea da cui muove la sua tesi era già chiaramente rinvenibile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda, che distingueva tra «norme che regolano l'attività pubblica pel conseguimento d'un bene *pubblico*» e dalle quali «nascono diritti *collettivi*» tali per cui «il singolo non può farli valere» e ipotesi in cui «la legge che regola l'attività pubblica ha avuto di mira il suo interesse personale, immediato, diretto», conferendogli un vero e proprio «diritto verso lo Stato» (così CHIOVENDA G., *Lezioni*, cit., p. 56; *Principi*, cit., p. 34).

atti; ma «nei confronti della generalità dei cittadini esse costitui[rebbero] semplicemente un *fatto giuridicamente irrilevante* [corsivo nostro]». Perciò, qualora i pubblici uffici agissero in «violazione di una norma di azione», non tutti i cittadini risulterebbero lesi «in un proprio interesse giuridicamente rilevante» e non tutti godrebbero di un «rimedio giuridico per la repressione dell'invalidità dell'atto e per la attuazione della sanzione prevista dalla norma violata»¹²⁵.

Tuttavia, possono esservi «alcuni cittadini» che risultano «avvantaggiati o svantaggiati in modo particolare» dall'osservanza o inosservanza delle norme di azione; e questi soggetti sono il titolare del diritto soggettivo compreso dall'esercizio del potere amministrativo, il c.d. «diritto affievolito», e il titolare dell'interesse alla repressione di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica altrui, detto «interesse occasionalmente protetto»¹²⁶.

Sebbene queste situazioni soggettive fossero meritevoli di una qualche forma di tutela, il legislatore non poteva certo trasformarle «da interessi di mero fatto», quali esse sono, in veri e propri «interessi giuridici», elevandole

¹²⁵ In queste parole di Guicciardi (tratte sempre da *La giustizia amministrativa*, cit., p. 37), pare riecheggiare il celebre discorso pronunciato da Stanislao Mancini nel corso dei lavori parlamentari per l'approvazione della legge 2248 del 1865: «sia pure che questo cittadino è stato ferito, e forse gravemente, nei propri interessi, che perciò?», si chiedeva il politico liberale, «che cosa ha sofferto in tutte le ipotesi testé decorse? Semplicemente una lesione degli interessi?». E alla gravità di queste domande, si rispondeva con quel noto «ebbene, ch'ei si rassegni», ch'è tutt'oggi la più efficace testimonianza di quell'ideologia liberale che distingueva tra diritti soggettivi e interessi di mero fatto, da cui tutt'al più scaturisce l'interesse all'annullamento del provvedimento amministrativo (questo passaggio è riportato in moltissimi testi di giustizia amministrativa; tra i tanti, si indica NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, cit., p. 79).

¹²⁶ Così, GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 37-41. Su questo fronte, è interessante anche la riflessione di Renato Alessi, che isolava cinque tipi di situazione soggettiva del privato verso l'amministrazione: 1) diritto soggettivo (stipendio d'un pubblico impiegato); 2) interesse la cui realizzazione dipende dall'esercizio di un potere discrezionale (elargizione di un sussidio); 3) interesse di fatto la cui realizzazione dipende dall'adozione di un provvedimento nel solo interesse pubblico (adozione di dazi doganali); 4) interessi concorrenti di più soggetti, alcuni soltanto dei quali possono trovare soddisfazione (concorso pubblico); 5) diritti soggettivi affievoliti (revoca di una concessione). La seconda e la quarta ipotesi dimostrerebbero per l'Autore l'inconsistenza sostanziale dell'interesse legittimo e, quindi, la natura oggettiva della giurisdizione amministrativa. In particolare, egli evidenziava che in entrambi questi casi la pretesa dell'aspirante beneficiario del sussidio o dell'aspirante vincitore del concorso ben potrebbe rimanere insoddisfatta in presenza di un provvedimento legittimo. Così, «se fosse vero che l'interesse individuale (interesse legittimo) occupa [nella giurisdizione amministrativa] una posizione corrispondente a quella occupata dal diritto soggettivo nella giurisdizione ordinaria, si dovrebbe giungere all'assurdo di ammettere la possibilità di un ricorso [...] in base semplicemente al fatto che un determinato concorrente non ha ottenuto un piazzamento utile in graduatoria, giacché l'interesse individuale non può essere soddisfatto dalla legittimità della procedura» (ALESSI R., *Interesse sostanziale*, cit., pp. 138-150 ss.).

così al rango di diritti soggettivi; e ciò in quanto, come s'è detto, l'«invalidità dell'atto amministrativo dipende esclusivamente dalla violazione di [...] norme [...] scritte per l'Amministrazione e non per il cittadino», la cui unica funzione è quella di «assicurare la conformità dell'azione amministrativa all'interesse pubblico e non già agli interessi individuali [corsivo nostro]»¹²⁷.

Ecco che allora l'ordinamento si sarebbe limitato a riconoscere ai «portatori di interessi qualificati» un «potere di impugnativa» degli atti ritenuti invalidi, tale per cui, nonostante l'interesse individuale del ricorrente resti «un interesse di fatto per il diritto sostanziale», esso acquista «rilevanza giuridica nel campo processuale», legittimando «il suo portatore ad agire per la tutela dell'interesse pubblico»¹²⁸. Questo *interesse* prende «il nome di interesse legittimo: il quale è pertanto la *proiezione processuale dell'interesse qualificato* [corsivo nostro]»¹²⁹.

La giustizia amministrativa, in definitiva, veniva designata dai fautori della concezione oggettivistica non già come complesso di strumenti offerti al cittadino per tutelare il proprio interesse individuale contro gli atti illegittimi, quanto piuttosto come «l'insieme delle guarentigie predisposte per *assicurare*

¹²⁷ Di nuovo, GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 42-43.

¹²⁸ Identica a quella di Guicciardi era la posizione di Alessi, il quale, senza usare mezzi termini, sosteneva che «non ha ragione di esistere una categoria di interessi distinta da quella degli interessi di fatto». Per l'Autore, infatti, «da un punto di vista sostanziale tutti gli interessi individuali che non costituiscono altrettanti diritti perfetti rimangono su di un identico piano di mero fatto, onde essi vengono in considerazione da un punto di vista giuridico – sempre sotto il profilo sostanziale – con una mera funzione negativa di limite al concetto ed alla sussistenza dei diritti perfetti [...]. Viceversa è da un punto di vista processuale che l'interesse individuale acquista un vero rilievo giuridico positivo, in quanto che la sussistenza di un interesse individuale costituisce la condizione del ricorso alla giurisdizione amministrativa: mera funzione processuale, quindi, dell'interesse individuale, sotto il quale profilo esso si accosta senz'altro all'interesse processuale richiesto per la proposizione di qualsiasi azione giurisdizionale. [...]. In una parola, nei giudizi amministrativi, *l'interesse processuale altro non è che la proiezione processuale della lesione di un interesse di fatto qualificato* [corsivo nostro]» (ALESSI R., *Interesse sostanziale*, cit., pp. 154-155).

¹²⁹ Di grande interesse sono, infine, le conseguenze che Guicciardi traeva dalla sua costruzione in punto di definizione dell'interesse legittimo: se questo non ha alcuna rilevanza giuridica sostanziale, ma rappresenta esclusivamente la proiezione processuale di un interesse di fatto, sosteneva, «grave errore sarebbe quello di concepire l'interesse qualificato come qualche cosa di consimile e minore rispetto al diritto soggettivo [...] perché l'interesse qualificato è esso stesso un interesse semplice, che acquista una rilevanza giuridica soltanto ai fini processuali». Con questa differenza: che «mentre chi fa valere giuridicamente un diritto soggettivo fa valere direttamente un interesse giuridico proprio, il portatore dell'interesse qualificato fa valere un interesse altrui, l'interesse pubblico, il solo che sia tutelato dalle norme di azione, mentre l'ordinamento giuridico ignora, e lascia realizzarsi in linea puramente di fatto, quel vantaggio che all'interesse individuale potrà derivare dalla sua coincidenza con l'interesse pubblico» (GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, cit., p. 44).

la legalità ed il buon uso dei suoi poteri discrezionali da parte dell'Amministrazione pubblica [corsivo nostro]»¹³⁰. Riecheggiano così le parole di Calamandrei, che usava il processo amministrativo come esempio di «giurisdizione tipicamente di diritto oggettivo»: nei ricorsi alla quarta sezione, sosteneva, l'interesse individuale del cittadino era piegato al perseguimento di un «fine pubblico»; l'aspirazione all'annullamento dell'atto illegittimo, infatti, non doveva ritenersi nulla più che «uno stimolo per indurre il cittadino a rendere allo Stato il servizio di denunciargli una illegalità commessa nella pubblica amministrazione»¹³¹.

¹³⁰ Con queste esatte parole Guicciardi apriva *La giustizia amministrativa*, cit., p. 1. Ancor più netta era la posizione di Alessi, per il quale la «funzione della giurisdizione amministrativa è puramente e semplicemente la repressione della illegittimità onde può essere affetto un atto o provvedimento amministrativo, senza alcun riferimento sostanziale ad interessi individuali che possano eventualmente trovare in linea di fatto un soddisfacimento concomitante alla repressione della illegittimità» (ALESSI R., *Interesse sostanziale*, cit., p. 151). Sulla stessa lunghezza d'onda si poneva Romanelli: col ricorso, diceva, «il privato viene [...] a cooperare con l'amministrazione nell'espletamento di una funzione, che, se può essere condizionata da un interesse privato, ha di mira [...] l'osservanza obiettiva dell'ordine giuridico [...] per la tutela dello stesso interesse pubblico, alla cui soddisfazione si dirige l'attività amministrativa». Questi pensieri, sebbene fossero riferiti ai ricorsi amministrativi, potevano ritenersi validi anche per quelli giurisdizionali: «non si vuole affatto disconoscere», scriveva l'A. «le differenze che [...] sussistono [...] tra l'annullamento pronunciato da un organo della giurisdizione amministrativa e quello effettuato da un organo dell'amministrazione attiva»; esse, però, «non toccano il carattere unitario di questa funzione statutale, ma vanno piuttosto ricercate nella diversità delle forme, nel procedimento attuato e nelle garanzie che l'accompagnano» (ROMANELLI V.M., *L'annullamento*, cit., p. 268 e 303). Su questi aspetti, v. anche PICCARDI L., *La distinzione fra diritto e interesse*, cit., pp. 274-275 (per il quale «il giudice amministrativo persegue l'interesse pubblico [...] tutelando *eventualmente* uno o più interessi secondari, nella misura giustificata dalla loro coincidenza coll'interesse pubblico») e RANELLETTI O., *Le garanzie*, cit., p. 19 e 392 (che definiva la giurisdizione «l'attività dello Stato, diretta a far valere e attuare il diritto obbiettivo nei singoli rapporti concreti»).

¹³¹ CALAMANDREI P., *La relatività*, cit., pp. 20-21. Nel giudizio amministrativo, scriveva Calamandrei, «l'azione si depura sempre più [...] dai suoi aspetti sostanziali, e sempre più chiaramente diventa un mezzo per mantenere l'osservanza del diritto oggettivo, mentre il diritto soggettivo retrocede al grado di un interesse occasionalmente protetto, che non è più oggetto della tutela, ma mera condizione di legittimazione». È interessante al riguardo anche il pensiero di D'Alessio: egli sostenne la natura obiettiva della giurisdizione amministrativa, in quanto suo requisito fondamentale sarebbe stato «quello di prescindere e non di essere subordinata all'interesse individuale». Nella sua ottica, infatti, il ricorso individuale era giustificato da *mere ragioni di opportunità pratica*, solo perché «l'istituzione di un pubblico ministero» o la «concessione di un'azione popolare» avrebbero causato «inconvenienti» maggiori; ma se «si tiene conto della tendenza della giurisprudenza ad allargare sempre di più la categoria degli interessi che possono dar titolo a proporre il ricorso», insisteva, «si vede di leggieri come [...] il ricorso vada ormai concedendosi ad una serie sempre più ampia di casi, *così da potersi legittimamente raffigurare ad una vera e propria azione popolare [corsivo nostro]*» (D'ALESSIO F., *Rapporti e conflitti*, cit., pp. 111-117, ove si fanno ampi richiami alle parole di Salandra). Che l'individualità del ricorso fosse dettata esclusivamente da *ragioni di opportunità*

Come avrebbe rilevato nella seconda metà del ventesimo secolo Feliciano Benvenuti, la concezione obiettiva «ebbe probabilmente anche la funzione di rendere più accettabile l'idea» che il nuovo contenzioso rappresentasse una giurisdizione e non invece «un nuovo complesso di rimedi amministrativi»¹³²: una soluzione di compromesso, che fosse capace, per un verso, «di costruire un sistema di controllo giurisdizionale sull'attività dell'amministrazione» e, per l'altro, di lasciare impregiudicato «il principio della separazione dei poteri e, in particolare, il divieto per il giudice ordinario di incidere sul modo con cui l'amministrazione esercita il proprio potere»¹³³.

10. (segue): la concezione soggettivistica

Su un piano diverso si ponevano i fautori della concezione soggettiva¹³⁴. Essi, riconoscendo all'interesse legittimo natura sostanziale, concepirono i

pratica era opinione condivisa anche da Romanelli: qualora tutti fossero ammessi al ricorso, avvertiva, l'amministrazione «dovrebbe impiegare, per questi scopi, un'attività uguale a quella che impiega per i suoi fini ordinari» (ROMANELLI V.M., *L'annullamento*, cit., pp. 269 e 293).

¹³² Così BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, cit., §9.

¹³³ In questi termini VERDE G., *Ma cos'è questa giustizia amministrativa?*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 596. Nell'ottica dell'A., la natura oggettiva della giurisdizione avrebbe garantito che «lo stato-apparato nello svolgimento del suo potere [...] non può essere sottoposto al controllo dei giudici ordinari», ma solo a quello «di un organo di giurisdizione la cui funzione è quella di garantire la legittimità dell'azione amministrativa».

¹³⁴ A questa posizione, sia pur con declinazioni talvolta assai differenti, hanno aderito la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie. Tra i moltissimi autori che hanno sostenuto la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, si segnalano: BORSI U., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938; CANNADA-BARTOLI E., *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pp. 335 ss.; CASETTA E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 628-633; GARBAGNATI E., *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, 1950; MIELE G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, pp. 49-76; ROVELLI F., *Osservazioni sulla natura del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, 1940; ID., *Sui caratteri delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, p. 208; SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, in CARNELUTTI F. (diretto da), *Trattato del processo civile*, Napoli, 1963, pp. 38-143; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1959, p. 585 ss.; SCIALOJA V., *Sulla funzione della IV Sezione*, cit., p. 61 ss.; VITTA C., *La giurisdizione amministrativa e il diritto oggettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, p. 352; ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. I e II, Milano, 1958. Sebbene non abbia mai preso posizione in maniera espressa, tra i soggettivisti va annoverato anche Presutti, che considerava «gli interessi legittimi [...] veri diritti»: il fatto «che essi si [facciano] valere innanzi ad una giurisdizione, sia pure speciale», significava per l'Autore «che è loro accordata [...] tutela

ricorsi alla quarta sezione come strumenti diretti a tutelare non già l'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa, quanto piuttosto quello del ricorrente alla reintegrazione o all'ampliamento della propria sfera giuridica.

Prima di tratteggiare i caratteri fondamentali di quest'impostazione, va tuttavia segnalata una circostanza di enorme interesse, la cui fecondità si spera possa emergere con maggiore chiarezza nel prosieguo dell'esposizione. La notazione consiste in ciò che tra i sostenitori delle due concezioni si registra una notevole convergenza sia argomentativa che lessicale, che si dissolve soltanto al momento delle conclusioni: così, dopo aver seguito percorsi logici simili, gli uni affermano la natura oggettiva della giurisdizione amministrativa e gli altri quella soggettiva.

Con riferimento a questi ultimi si può prendere a esempio la tesi di Zanobini. Egli sosteneva che «se la norma prende in considerazione l'interesse individuale per sé stesso e, come interesse del tutto distinto da quello generale, ne assicura con mezzi idonei la realizzazione, il detto interesse è costituito nella posizione di diritto soggettivo»; diversamente, «se [...] la norma prende in considerazione un interesse diverso da quello individuale di cui si tratta, ossia un interesse generale, e si preoccupa solo di assicurare la soddisfazione di questo, producendo come conseguenza indiretta la difesa dell'interesse individuale, quest'ultimo resta nella categoria degli'interessi solo indirettamente protetti».

In quest'ottica, l'interesse legittimo veniva inquadrato come un «interesse individuale *strettamente connesso con un interesse pubblico* [corsivo nostro] e protetto dall'ordinamento soltanto attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo»¹³⁵. Insomma, almeno fin qui, è evidente l'assonanza della visione zanobiniana con quella guicciardiana: anche nella prima, gli interessi legittimi originano da norme che hanno a oggetto la cura di interessi generali e non individuali¹³⁶.

giurisdizionale e che in conseguenza sono dei veri e propri diritti» (PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Messina-Milano, 1933, pp. 179-181).

¹³⁵ ZANOBINI G., *Corso*, vol. I, cit., pp. 185-187. Sulla base di questa sistemazione concettuale, l'Autore isolava quattro differenti situazioni soggettive: nel caso del potere vincolato, 1) se i vincoli sono posti nell'interesse individuale, si tratterebbe di diritti soggettivi perfetti; 2) se i vincoli sono posti nell'interesse generale, saremmo di fronte a interessi legittimi; nel caso di un potere discrezionale, 3) per la parte coperta dalla legge (legittimità), si sarebbe in presenza di interessi legittimi; 4) per la parte non coperta dalla legge (merito), si tratterebbe di interessi semplici o discrezionalmente protetti (così, vol. I, pp. 189-190).

¹³⁶ L'affinità tra le due concezioni si apprezza ancor più chiaramente nel pensiero di Scialoja che, pur aderendo alla concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa, riteneva che il giudizio davanti alla quarta sezione non avesse come oggetto né «la pura e semplice tutela dell'ordine giuridico obiettivo», né «la pura e semplice difesa dell'interesse leso dall'atto amministrativo», ma «una combinazione di questi due elementi [corsivo nostro]», tale per

Ma diversamente dagli oggettivisti, Zanobini, come tanti altri¹³⁷, si convinse che «gli interessi legittimi», promanando da norme giuridiche di natura sostanziale, costituissero a loro volta «una categoria di diritto sostanziale»¹³⁸.

Questa tesi, nonostante le ampie argomentazioni¹³⁹, appariva però decisamente contraddittoria. Infatti, anche Zanobini, come gli oggettivisti, sosteneva che, mentre «tutti hanno interesse al regolare svolgimento dell'attività amministrativa», può darsi che taluno abbia «un interesse particolare» all'osservanza delle norme che regolano i pubblici poteri¹⁴⁰; e ancora lui, sempre come gli oggettivisti, riconosceva che questo *particolare interesse* non offre al suo titolare altro vantaggio che quello di «mettere in moto speciali ricorsi, per ottenere che [...] gli atti emanati» in «violazione delle norme stabilite a tutela dell'interesse generale» fossero annullati, ottenendo così, *indirettamente*, l'eliminazione della lesione patita¹⁴¹.

Pure nella costruzione zanobiniana, quindi, l'interesse legittimo non è altro che la *situazione soggettiva occasionalmente protetta dall'ordinamento*, che consente al suo titolare di reagire all'esercizio illegittimo del potere amministrativo attraverso un ricorso finalizzato a provocare l'annullamento dell'atto impugnato.

Arrivati a questo punto, però, rimaneva oscuro quale fosse il contenuto sostanziale dell'interesse legittimo. Come nella visione oggettivista, anche qui l'unico interesse materiale sembra essere quello *di mero fatto* all'ottenimento o alla conservazione del bene della vita. L'interesse legittimo, invece, parrebbe sorgere soltanto quando quell'interesse di fatto è leso dall'esercizio illegittimo

cui «la difesa dell'interesse si ha solo in quanto importi una riparazione dell'ordine giuridico obiettivo violato» (SCIALOJA V., *Sulla funzione della IV Sezione*, cit. p. 76).

¹³⁷ Tutti gli autori che aderirono alla concezione soggettiva (alcuni dei quali elencati *supra* in nota), infatti, attribuivano all'interesse legittimo natura sostanziale.

¹³⁸ ZANOBINI G., *Corso*, vol. I, cit., p. 192. L'interesse legittimo, diceva, è «personale» e si distingue «da quello indiretto e puramente generico, che ognuno può avere al regolare svolgimento dell'azione amministrativa»; esso rappresenta una situazione soggettiva che «appartiene al diritto materiale, al pari di quello riconosciuto e tutelato col diritto soggettivo» (così, testualmente, *Corso*, cit., vol. II, p. 210).

¹³⁹ A sostegno della sua tesi, l'Autore riteneva che «nessuna ragione logica» impedisse «di ritenere che la stessa norma possa provvedere contemporaneamente alla tutela di due distinti interessi, quello generale e quello individuale: tanto più che questi si presentano fra loro così compenetranti e connessi, da rendere la protezione del secondo effetto naturale, e non accidentale, della protezione del primo». In altre parole, «la garanzia dell'interesse individuale discende» dalla norma di diritto sostanziale «in modo *del tutto indipendente* [corsivo nostro] dalla norma di diritto processuale che stabilisce i mezzi di attuazione della prima»: l'esistenza della norma di diritto sostanziale, quindi, è «*sufficiente* [corsivo nostro] a dare tutela indiretta all'interesse individuale» (ZANOBINI G., *Corso*, vol. I, cit., pp. 193-194).

¹⁴⁰ Si noti, anche qui, la forte assonanza col percorso argomentativo di Guicciardi.

¹⁴¹ ZANOBINI G., *Corso*, vol. I, cit., p. 189.

del potere e, pertanto, sembrerebbe avere la mera *funzione processuale* di consentire al suo titolare una reazione di tipo impugnatorio¹⁴². Non a caso, appunto, Zanobini definiva la giurisdizione di legittimità una «giurisdizione di annullamento»: la competenza del Consiglio di Stato, si legge nel secondo volume del *Corso*, «è limitata [...] ai soli ricorsi diretti all'annullamento degli atti amministrativi, esclusi perciò quelli rivolti ad una pronuncia di condanna e quelli aventi per oggetto la riforma e la sostituzione dell'atto impugnato»¹⁴³.

In definitiva, quindi, la concezione dell'interesse legittimo come *interesse occasionalmente protetto* disvela una notevole affinità con quella guicciardiana della *proiezione processuale dell'interesse qualificato*, poiché, in entrambi i casi, il contenuto dell'interesse legittimo coincide col *diritto potestativo del ricorrente all'annullamento del provvedimento illegittimo*¹⁴⁴.

Ciononostante, Zanobini affermava la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa: l'interesse legittimo, diceva, «è tutelato, contro le eventuali irregolarità dell'atto amministrativo, dalle stesse norme che stabiliscono le con-

¹⁴² Proprio da questi rilievi traevano spunto le note polemiche di GARBAGNATI E., *La giurisdizione amministrativa*, cit., 1950, p. 52. In questo scritto, l'Autore negava che fosse esatto «definire l'interesse legittimo come un interesse tutelato giuridicamente, in via indiretta o riflessa, da una norma emanata nell'interesse generale»; a suo modo di vedere, infatti, se il soggetto che ne è titolare «può occasionalmente trarre una speciale utilità dall'osservanza di una data norma, a differenza degli altri subietti facenti parte della collettività, nel cui interesse è stata emanata, è logico concludere che l'interesse in questione ha per oggetto un bene diverso dalla semplice osservanza della norma stessa [corsivo nostro]». La posizione di Garbagnati, sebbene inaccettabile nelle conclusioni (in quanto, nonostante i buoni propositi iniziali, finiva per avallare la tesi di Zanobini), resta comunque di grande interesse: emerge con chiarezza dalle sue parole che, fin quando l'interesse legittimo è costruito come *interesse occasionalmente protetto*, ovvero sia come *frazione artificialmente soggettivizzata* dell'interesse di tutti alla legittimità dell'azione dei pubblici uffici, non sarà possibile dimostrarne la rilevanza giuridica, né tantomeno farne l'oggetto del processo amministrativo.

¹⁴³ ZANOBINI G., *Corso*, vol. II, cit., pp. 184-185. In questo stesso errore finiva per cadere anche Sandulli: egli, infatti, per un verso sosteneva che «non diversamente [dal] giudizio civile la parte non tende [...] alla affermazione del diritto oggettivo, ma unicamente alla tutela del proprio interesse leso dall'azione dell'amministrazione»; per altro verso, però, riconosceva che «a differenza di quanto avviene per la tutela dei diritti [...] alla tutela degli interessi legittimi presso i tribunali amministrativi si fa luogo mediante un ricorso, vale a dire mediante un'impugnativa rivolta alla caducazione dell'atto dal quale sia derivata la lesione contro cui è sollevata la doglianza» (SANDULLI A.M., *Manuale*, cit., pp. 586 e 592).

¹⁴⁴ È Romanelli, per esempio, a osservare la convergenza tra il pensiero dei soggettivisti e quello degli oggettivisti (tra i quali ultimi egli si ascriveva): «anche la dottrina la quale ritiene, che "oggetto" del ricorso sia "un interesse di individui o di enti morali giuridici", riconosce nelle sue premesse teoriche, che nel ricorso amministrativo la protezione dell'interesse individuale del ricorrente è soltanto accidentale od occasionale». E aggiungeva: «il che [...] val quanto dire che in tal giudizio ha un'indubbia prevalenza l'elemento obiettivo» (ROMANELLI V.M., *L'annullamento*, cit., p. 298).

dizioni di sostanza e di forma di questo a garanzia dell'interesse generale [corsivo nostro]»; e «ove tali norme siano violate, [...] il singolo può ottenere la difesa del suo interesse [corsivo nostro], facendo valere tale violazione e tali vizi come motivi di annullamento, dinanzi alla giurisdizione amministrativa»¹⁴⁵.

11. Le esatte coordinate del ricorso alla quarta sezione: una giurisdizione soggettiva, ma dai tratti marcatamente pubblicistici

Sebbene col tempo sia prevalsa la tesi della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, la convergenza degli argomenti usati da chi la sostenne con quelli cui fece ricorso chi vi si oppose è motivo di riflessione.

Quest'assonanza tra posizioni apparentemente tanto distanti dimostra che l'idea che prevalse fu sì quella di una giurisdizione preposta alla tutela di interessi individuali e perciò di natura soggettiva; ma non per questo così lontana da quelle posizioni pubbliciste che assegnavano ai ricorsi al Consiglio di Stato una mera funzione di denuncia della illegittimità dell'atto impugnato.

S'impose quindi una concezione *ibrida*, difficilmente collocabile in uno degli schemi elaborati dai processualisti per l'azione civile. Infatti, la tesi dominante traeva senz'altro ispirazione dall'azione *concreta* di Chiovenda, nella misura in cui, facendo coincidere la situazione sostanziale con quella processuale, riconosceva l'azione solo all'effettivo titolare dell'interesse legittimo; per altri versi, invece, questa tesi s'avvicinava alla *concezione astratta* di Carnelutti, con la quale condivideva l'impostazione pubblicistica del processo.

Dal primo punto di vista, si è detto che i soggettivisti, come del resto gli oggettivisti, costruirono l'interesse legittimo quale *diritto all'annullamento del provvedimento impugnato*. In questa formula, s'intuisce, c'era molto della concezione chiovendiana dell'azione come *diritto potestativo dell'attore di porre in essere le condizioni per l'attuazione della volontà dello Stato nei confronti del convenuto*¹⁴⁶.

¹⁴⁵ ZANOBINI G., *Corso*, vol. II, cit., pp. 209-210. Per maggiore approfondimento, oltre agli autori citati nelle note precedenti, v. anche AMORTH A., *Figura giuridica e contenuto del diritto soggettivo affievolito*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, p. 195 ss.; IDEM, *Una nuova sistemazione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, I, p. 65 ss.; FAGIOLARI G., *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, p. 285 ss.; VACCHELLI G., *La difesa giurisdizionale dei diritti del cittadino contro l'autorità amministrativa*, in ORLANDO V.E. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 1907.

¹⁴⁶ Come detto *supra* nel testo §4, un'esauritiva ricostruzione di questa teoria è contenuta in CHIOVENDA G., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., pp. 3 ss. È D'Alessio, per esempio, a evidenziare la correlazione tra ricorso alla quarta sezione e concezione concreta: «l'azione», scriveva, «si presenta [...] come il *potere giuridico di porre in essere la condizione per la attuazione della volontà della legge*». E non è un caso che tale impostazione si sia rivelata funzionale a

In più, trattandosi dell'unico momento di rilevanza giuridica dell'interesse legittimo, il diritto di domandare l'annullamento dell'atto era riconosciuto solo a chi risultasse effettivamente titolare dell'interesse sostanziale sotteso al ricorso: affermare che un cittadino fosse titolare di un interesse legittimo equivaleva a dire che gli spettava il diritto di adire la quarta sezione per veder annullato il provvedimento lesivo di un proprio interesse materiale. Parimenti, invertendo i termini dell'equazione, il risultato non cambiava: riconoscere a un cittadino il diritto di domandare l'annullamento dell'atto lesivo di un proprio interesse materiale equivaleva a attribuirgli la titolarità di un interesse legittimo.

Insomma: nella concezione dominante, interesse legittimo e diritto di agire finivano per coincidere del tutto.

Si spiega così la divergenza tra il modo in cui è interpretata la legittimazione a agire dai giudici ordinari e quello in cui è tradizionalmente contemplata la legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo. Mentre nel giudizio civile, in sintonia coll'ormai prevalente *concezione mista*, l'azione è data a chi *si affermi* titolare di un diritto soggettivo, purché vi abbia *interesse* e si riferisca a una situazione giuridica *possibile*, a prescindere dalla sua *effettiva titolarità*¹⁴⁷, il diritto a ricorrere al giudice amministrativo è riconosciuto solo a chi sia *effettivamente titolare* dell'interesse legittimo¹⁴⁸. E ciò in quanto, come s'è

provare la natura obiettiva della giurisdizione amministrativa: «che se così è», diceva riferendosi alla tesi chiovendiana, «evidente è altresì che l'azione si esercita a tutela del diritto subiettivo, ma non esclusivamente né necessariamente per tale scopo» (D'ALESSIO F., *Rapporti e conflitti*, cit., p. 104). Stesse identiche considerazioni possono essere fatte per il Piccardi, che, aderendo alla concezione obiettiva della giurisdizione amministrativa (sia pur in un'accezione parzialmente divergente da quella oggettivistica pura), descriveva il ricorso alla quarta sezione come un «diritto (potestativo) di ricorso contro gli atti compiuti dall'amministrazione» (PICCARDI L., *La distinzione fra diritto e interesse*, cit., p. 257). Su questi aspetti v. anche RANELLETTI O., *Le guarentigie*, cit., p. 412.

¹⁴⁷ Vedi le considerazioni che si sono fatte *supra* nella parte conclusiva del §4 in relazione alla concezione concreta di Chiovenda, ove s'è evidenziato che, senza una netta separazione tra situazione sostanziale e situazione processuale, la legittimazione a ricorrere non può che coincidere con l'*effettiva titolarità* del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo.

¹⁴⁸ Senza anticipare quanto si dirà più approfonditamente *infra* nel testo, la legittimazione a ricorrere è tradizionalmente interpretata nel giudizio amministrativo «non come affermazione della titolarità della posizione qualificata necessaria ai fini del ricorso [...] ma come effettiva titolarità di tale posizione» (così, testualmente, TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 194): è «fuor di dubbio», scriveva Sandulli, che la legittimazione a ricorrere «riguarda non la mera affermazione, ma l'effettiva titolarità della posizione soggettiva sostanziale» (SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., p. 211). Sui problemi della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo, con particolare riferimento all'azione di nullità, v. anche VETRÒ F., *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 186-200, per il quale, in linea con l'impostazione maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza, «la legittimazione ad agire risiede in capo al soggetto titolare

detto, situazione sostanziale e processuale coincidono, così come accadeva nella concezione concreta di Chiovenda¹⁴⁹.

Ma da un secondo punto di vista, riconoscendo all'interesse legittimo una *tutela solo indiretta*, mediata dal perseguimento dell'interesse generale alla legittimità degli atti amministrativi, la visione dominante s'avvicinava anche alla *concezione astratta* di Carnelutti, che, come si è visto *supra* §5, assegnava alla giurisdizione la funzione di ripristinare la legalità violata dall'esistenza di una lite intersoggettiva¹⁵⁰.

Ebbene, quest'impostazione si riproduceva in forma analoga nella concezione zanobiniana. Infatti, se la difesa dell'interesse soggettivo si realizza attraverso la denuncia di una violazione di norme che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo «a garanzia dell'interesse generale» e, soprattutto, se l'unico rimedio offerto per la tutela dell'interesse individuale è l'annullamento dell'atto impugnato, è di tutta evidenza che la giurisdizione amministrativa ha come scopo primario quello di ripristinare la legalità. La soddisfazione della situazione soggettiva del ricorrente, invece, resta *mediata e eventuale*: mediata perché dipende dalla tutela di un interesse generale; eventuale perché si realizza solo qualora l'annullamento dell'atto impugnato consenta al ricorrente di riottenere il bene della vita che gli era stato sottratto dall'esercizio

della situazione giuridica che si assume essere stata lesa per effetto del comportamento [...] posto in essere dalla pubblica Amministrazione» (v. in particolare p. 187).

¹⁴⁹ Che l'idea della legittimazione a ricorrere come *effettiva titolarità* dell'interesse legittimo dipenda dalla coincidenza della situazione sostanziale con quella processuale fu evidenziato, per esempio, da Casetta. Egli, infatti, fu tra i pochi a sostenere, fin dagli anni cinquanta del secolo scorso, che «l'ammissibilità del ricorso [...] non si ricollega in nessun caso alla *effettiva e concreta esistenza* della lesione di un interesse materiale del ricorrente [...], ma semplicemente alla *mera affermazione* [corsivo nostro] da parte sua dell'esistenza di un atto amministrativo non rispondente ad almeno uno degli elementi della fattispecie normativa che attingono alle modalità di esercizio di un potere conferito all'amministrazione». Ebbene, tale convinzione era rappresentata proprio come conseguenza diretta del fatto che «anche nel campo degli interessi legittimi, non è sempre vero che l'interesse materiale e quello processuale non possono esistere disgiuntamente l'uno dall'altro» (CASSETTA E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo*, cit., pp. 660-661).

¹⁵⁰ Per apprezzare l'assonanza della concezione del processo amministrativo che prevalse con la visione pubblicistica di Carnelutti, si pensi alle motivazioni che venivano addotte da chi si opponeva all'estensione degli effetti del giudicato di annullamento: «la decisione», scriveva l'Avvocato dello Stato Elio Vitucci nel 1963, «deve conservare la sua funzione tipica di dirimere quella lite, esclusa ogni finalità didascalica in ordine alla legittimità di atti futuri» (VITUCCI E., *I problemi del processo amministrativo visti dalla parte resistente*, in *Problemi del processo amministrativo. Atti del IX convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1964, p. 73).

illegittimo del potere (il che avviene, com'è noto, solo nel caso degli interessi legittimi oppositivi)¹⁵¹.

In conclusione, se si volesse collocare la giurisdizione amministrativa (o, almeno, la concezione che di essa prevalse immediatamente dopo l'istituzione della quarta sezione) in un punto esatto di quella linea immaginaria che si è tracciata nella prima parte di questo capitolo, dovremmo posizionarla in prossimità del polo pubblicistico. Con una precisazione però: la concezione prevalente era solo in parte assimilabile a quella astratta carneltuttiana, perché in essa, come s'è detto, potevano rinvenirsi alcuni dei tratti caratterizzanti l'azione concreta di Chiovenda¹⁵².

12. Il disinteresse per la difesa della parte resistente

Questo lavoro ha tratto ispirazione dal rilievo empirico dello scarso interesse che la dottrina ha tradizionalmente manifestato per la difesa in giudizio dell'amministrazione. Ebbene, dopo aver indagato la natura del processo amministrativo e aver isolato alcuni dei tratti che lo caratterizzarono sin dal momento della sua nascita, si possono adesso sondare le ragioni giuridiche che provocarono e giustificarono quel disinteresse.

Il processo amministrativo, si è visto nei paragrafi precedenti, nasce come giudizio di diritto obiettivo, con la funzione di realizzare un controllo di legalità sull'azione amministrativa e, solo indirettamente, di offrire tutela alla situazione soggettiva del ricorrente. Come si è avuto modo di evidenziare,

¹⁵¹ Si noti, anche qui, l'assonanza coi concetti espressi dal 'soggettivista' Piccardi, per il quale mentre il giudizio amministrativo «tutela *necessariamente* l'interesse dell'amministrazione, non protegge che *eventualmente* l'interesse del soggetto privato». Infatti, insisteva: «se il ricorso è rigettato, l'interesse dell'amministrazione riceverà quella protezione che consiste nello stesso rifiuto all'interesse del ricorrente di una forma di tutela non giustificata dalla sua coincidenza coll'interesse dell'amministrazione»; ma allo stesso modo, «quando il giudice accoglie il ricorso, riconoscendo che l'atto impugnato non ha sufficientemente tutelato l'interesse del ricorrente, egli soddisfa, al tempo stesso, di necessità, l'interesse dell'amministrazione, che non poteva non essere lesa da un atto compiuto con ingiustificato sacrificio di un interesse privato con esso coincidente» (PICCARDI L., *La distinzione fra diritto e interesse*, cit., p. 260-261). Se il pensiero dei soggettivisti collima con quello degli oggettivisti anche in un passaggio così fortemente orientato in senso pubblicistico (dove addirittura l'interesse dell'amministrazione è tutelato anche in caso di accoglimento del ricorso!), si ha una inequivocabile dimostrazione della vicinanza tra le due concezioni.

¹⁵² Nigro, per esempio, accosta esplicitamente l'azione amministrativa di impugnazione alla concezione concreta di Chiovenda: «il potere di natura processuale», scriveva, «il quale consiste nel diritto di chiedere al giudice l'annullamento dell'atto amministrativo viziato [...] coincide con l'azione in senso concreto, vale a dire con il diritto della parte al provvedimento favorevole del giudice» (NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, cit., p. 293).

cioè, esso aderiva a una visione pubblicistica della giurisdizione e di quella faceva propri i lineamenti essenziali.

Tra questi, per quanto qui più interessa, spiccava senz'altro la 'primazia del giudice sulle parti': che *il giudice fosse al centro e le parti alla periferia*, per usar di nuovo l'efficace formula di Carnelutti, fu evidente fin dalla scelta di costruire il giudizio amministrativo come processo su *ricorso* alla quarta sezione, invece che per *citazione diretta in giudizio* dell'amministrazione¹⁵³.

Invero, come si dirà più approfonditamente *infra* cap. II, lo schema adottato nel 1889 era il frutto (e per certi versi lo è ancora) di una soluzione compromissoria in base alla quale il ricorso, sebbene fosse formalmente «diretto al Consiglio di Stato», doveva essere previamente «notificato all'autorità» che aveva emanato il provvedimento impugnato¹⁵⁴. Dopodiché, ma soltanto in seguito alla 'costituzione in giudizio' del ricorrente, era consentito all'amministrazione «presentare [...] memorie, fare deduzioni ed istanze sull'ammessibilità e sul merito del ricorso e produrre quei documenti che risultassero utili a sostegno del [proprio] assunto»¹⁵⁵.

Epperò, nonostante esistesse fin dall'origine questa forma 'embrionale' di contraddittorio, il giudizio amministrativo, al tempo della sua nascita, non

¹⁵³ A dimostrazione di ciò, si pensi che nel 1905 Federico Cammeo pubblicò sulla rivista *Giurisprudenza Italiana* (IV, p. 46 ss.) un saggio, ancora oggi molto conosciuto, intitolato *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione* (ripubblicato nel 2016 nella sezione denominata 'documenti storici' del sito *internet* istituzionale della Giustizia amministrativa). Ebbene, a dispetto delle attese che il lettore di oggi può legittimamente riporre rispetto al contenuto di uno scritto con una intitolazione simile, l'Autore si dedicava esclusivamente allo studio dell'art. 2 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, analizzando le azioni che il cittadino poteva esperire davanti al giudice ordinario per la «tutela dei suoi diritti contro la pubblica amministrazione». Ciò testimonia che, nonostante fossero trascorsi ben sedici anni dall'istituzione della quarta sezione, *l'azione contro l'amministrazione* restava esclusivamente quella rivolta al giudice ordinario per la tutela dei diritti soggettivi, mentre ciò che si proponeva alla quarta sezione era un semplice *ricorso contro l'atto*, il cui fine immediato era quello di garantire la legalità dell'azione amministrativa.

¹⁵⁴ Disponeva infatti l'art. 9, co. 2, l. 31 marzo 1889, n. 5992 (poi riprodotto nell'art. 30 del t.u. Cons. St., adottato con r.d. 2 giugno 1889, n. 6166): «[...] il termine per ricorrere alla quarta sezione del Consiglio di Stato è di giorni 60 dalla data in cui la decisione amministrativa sia stata notificata [...]. Il ricorso è diretto al Consiglio di Stato e deve essere, nei termini suddetti, notificato all'autorità dalla quale è emanato l'atto o provvedimento impugnato o alle persone alle quali l'atto o provvedimento medesimo direttamente si riferisce. L'originale ricorso, colla prova delle eseguite notificazioni e coi documenti sui quali si fonda, deve essere dal ricorrente, entro trenta giorni successivi alle notificazioni medesime, depositato insieme all'atto o provvedimento impugnato, nella segreteria del Consiglio di Stato».

¹⁵⁵ In questi termini era l'art. 10 l. 31 marzo 1889, n. 5992 (poi riprodotto nell'art. 31 del t.u. Cons. St., adottato con r.d. 2 giugno 1889, n. 6166).

aveva affatto le sembianze di un *processo di parti*. Il ricorso e il 'controrricorso'¹⁵⁶, infatti, non mettevano il giudice nella posizione di stabilire quale tra gli interessi contrapposti dovesse prevalere secondo il diritto obiettivo (come avviene nel giudizio ordinario), ma gli attribuivano un compito ben diverso, ch'era quello di verificare la sussistenza dei vizi di legittimità dell'atto affermati dal ricorrente¹⁵⁷. In altre parole, come si legge sovente nei testi di giustizia, il processo amministrativo è nato come *processo all'atto* e non come *processo sul rapporto*¹⁵⁸.

A tutta prima, si potrebbe dubitare della compatibilità di questo rilievo con l'affermazione della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa: se col ricorso alla quarta sezione, per dirla con Sandulli, il cittadino «tende [...] alla tutela del proprio interesse»¹⁵⁹, si sarebbe ragionevolmente indotti a credere che questo *interesse*, e non l'*atto*, dovesse essere l'oggetto del giudizio.

Al contrario, il 'processo all'atto' era perfettamente in linea con la concezione soggettiva del giudizio che s'impose all'indomani dell'istituzione della quarta sezione e che, come si dirà *infra* in questo capitolo, sopravvisse inalterata per molti decenni: in quella visione, infatti, col ricorso al giudice il cittadino denunciava un'illegittimità dell'atto impugnato per carenza di determinati requisiti prescritti dalla legge nell'interesse generale; ché, al contrario, se si trattasse di norme poste a presidio di un suo interesse individuale, si sarebbe davanti a un diritto soggettivo perfetto e la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario.

Ora, se la norma che col ricorso si afferma violata è scritta in favore della generalità dei consociati e non del solo ricorrente, è evidente che «il diritto di ricorrere e il diritto di contraddire [...] sono attribuiti dalla legge *indipendentemente da un rapporto giuridico sostanziale fra ricorrente e Amministrazione* [corsivo nostro]». L'oggetto del processo, quindi, non poteva che essere l'atto, perché

¹⁵⁶ Il termine *controrricorso* (introdotto per la prima volta nell'art. 51, co. 1, r.d. 17 agosto 1907, n. 642) è utilizzato, fin dall'origine del processo amministrativo, per individuare l'atto con cui l'amministrazione offre al giudice le proprie controdeduzioni alle ragioni poste dal ricorrente a sostegno della domanda. Quest'atto di parte si differenzia dal *ricorso incidentale*, col quale un controinteressato (e, tradizionalmente, non anche l'amministrazione) impugna, a sua volta e per ragioni diverse, il provvedimento impugnato con il ricorso principale.

¹⁵⁷ Sulla natura formale del giudizio amministrativo si vedano le pagine illuminanti di BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, cit., §8: «un problema di validità», rilevava l'A., «tende necessariamente a portarsi a un livello formale».

¹⁵⁸ Si tratta, invero, di una notazione molto frequente in letteratura: «non possono sorgere dubbi», scriveva Nigro, «sul fatto che il legislatore del 1889 abbia inteso conferire al processo amministrativo natura di giudizio di impugnazione»; «l'atto amministrativo», continuava, «campeggia in questo processo in quanto esso è [...] un *processo di impugnazione dell'atto amministrativo*, un processo di *demolizione giuridica* [...], cioè, in definitiva, un *processo all'atto*» (NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, cit., p. 293).

¹⁵⁹ Così, SANDULLI A.M., *Manuale*, cit., pp. 586.

le norme che regolano l'esercizio dell'azione amministrativa non avevano creato alcun rapporto giuridico tra amministrazione e cittadino: «per definizione», scriveva Rovelli, «non vi è [alcun] rapporto giuridico sostanziale che soggiaccia al giudizio amministrativo»¹⁶⁰.

Tirando le fila del ragionamento, dunque, col ricorso al giudice il cittadino eserciterebbe il proprio diritto (potestativo) all'annullamento di un atto adottato in violazione di norme poste a presidio dell'interesse collettivo e lesivo di un suo interesse individuale (che, però, riceverebbe tutela soltanto indiretta); di conseguenza, oggetto del processo sarebbero esclusivamente quei profili di illegittimità dell'atto impugnato posti dal ricorrente a sostegno della propria domanda di annullamento¹⁶¹.

Queste considerazioni parrebbero già di per sé sufficienti a giustificare lo scarso interesse per il contegno processuale dell'amministrazione¹⁶²: sul ricorrente graverebbe esclusivamente l'onere di dimostrare che il provvedimento è illegittimo perché adottato in violazione di quelle norme, da lui stesso indicate, che disciplinano l'esercizio del potere; al giudice spetterebbe di verificare la conformità dell'atto impugnato rispetto ai parametri normativi (e a quelli soltanto) individuati dal ricorrente; così, all'amministrazione che ha adottato il provvedimento non sarebbe dato altro atteggiamento difensivo che quello di *negare le affermazioni attoree*¹⁶³. Nel giudizio di legittimità, infatti,

¹⁶⁰ In questi termini si esprimeva ROVELLI F., *Osservazioni*, cit., p. 336.

¹⁶¹ Ciò emergeva limpidamente dal pensiero di Sandulli: «nonostante che [...] gli interessi legittimi [...] siano, di norma, l'oggetto della tutela accordata [...] attraverso la giurisdizione amministrativa d'impugnazione [...], è da escludere dunque che [...] essi possano essere considerati anche come oggetto del giudizio e cioè della materia su cui il Consiglio di Stato è chiamato a operare e a realizzare il risultato del giudizio» (SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., p. 50). Scriveva infatti Nigro, prima di soffermarsi su quella che chiamò «la crisi del processo di impugnazione», che l'«oggetto» del processo amministrativo «non [poteva] che essere la verifica dell'affermazione [...] del ricorrente che esso ha il potere di provocare l'annullamento dell'atto» (NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, cit., p. 297).

¹⁶² Non deve sorprendere, allora, che quando il Centro Studi Amministrativi della provincia di Como decise di dedicare l'appuntamento di Varenna del 1963 ai «problemi del processo amministrativo», nella relazione dedicata a «i problemi del processo amministrativo visti dalla parte resistente» (di Elio Vitucci) non vi fosse neppure un solo riferimento agli strumenti di difesa dell'amministrazione resistente. Infatti, nonostante il relatore si soffermò sul contraddittorio nel processo amministrativo e critichi la prassi di rimandare la difesa delle amministrazioni all'udienza di discussione («rispetto al giudizio ordinario», rilevava, «manca un atto: la comparsa di risposta del convenuto: il controricorso»), nessun accenno viene fatto al contenuto di tale difesa, dando per scontato che la parte resistente non possa far altro che contestare la fondatezza delle affermazioni attoree (VITUCCI E., *I problemi del processo amministrativo visti dalla parte resistente*, cit., p. 62).

¹⁶³ Sosteneva a questo proposito Lugo che la «struttura rigida» del processo di legittimità si opponesse all'applicazione nel giudizio amministrativo della regola contenuta nell'art. 34 c.p.c.: «la lite amministrativa», diceva l'Autore, «ha un contenuto tipico e necessario nella impugnazione di un determinato atto amministrativo» e, pertanto, la possibilità delle parti

chi resiste «non ha da dimostrare che l'atto [sia] legittimo» (*rectius*, verrebbe da dire, non può dimostrare che l'atto sia legittimo), ma solo «che non sussistono i vizi di legittimità asseriti nel ricorso»¹⁶⁴.

L'amministrazione, in altre parole, non potrebbe tenere alcun contegno difensivo diverso dalla c.d. *mera difesa*¹⁶⁵; non solo perché la legge non glielo consente, ma soprattutto perché nessun altro atteggiamento processuale avrebbe logicamente senso¹⁶⁶.

Non avrebbe alcun senso che l'amministrazione introducesse in giudizio, attraverso una *eccezione di merito*¹⁶⁷, fatti estintivi, modificativi o impeditivi della situazione soggettiva del ricorrente, perché questa non rappresenta l'oggetto del giudizio: il ricorrente, si è detto, non lamenta la lesione di una situazione soggettiva, ma denuncia soltanto una difformità dell'atto impugnato rispetto a un parametro normativo (che, solo indirettamente, si ripercuote sul suo

di estendere il «contenuto della lite nel corso della trattazione, con l'introduzione di nuovi elementi [...] trova ostacolo, prima che nel limite della giurisdizione, nella struttura del processo» (LUGO A., *Sulla struttura del giudizio amministrativo di legittimità*, in MIELE G. (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Vicenza, 1968, pp. 157-158).

¹⁶⁴ Di grande interesse è, su questi aspetti, la posizione di Rovelli, che costruiva la dialettica processuale tra cittadino e amministrazione prendendo spunto dalla tesi chiovendiana su azione e eccezione: proprio come Chiovenda, egli inquadrava il ricorso come diritto potestativo all'annullamento del provvedimento illegittimo e il controricorso come «potere di ottenere dal giudice il rigetto del ricorso» (v. ancora ROVELLI F., *Osservazioni*, cit., pp. 337-338).

¹⁶⁵ Con quest'espressione si intende fare riferimento all'ipotesi in cui la parte resistente si limiti alla «semplice negazione dei medesimi fatti costitutivi allegati dall'attore» (MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit., p. 148), ovvero, nel processo amministrativo, all'ipotesi in cui l'amministrazione si limiti a contestare le ragioni poste dal ricorrente a fondamento della domanda di annullamento.

¹⁶⁶ Scriveva a tale riguardo Nigro che «la resistenza dell'amministrazione convenuta non può che consistere nella difesa del modo con il quale essa ha esercitato il potere utilizzato», poiché a essa non è consentito «né contrattaccare né ampliare i termini della controversia», nel tentativo di cercare «sotto il profilo del fatto e del diritto, un terreno diverso e più comodo di controversia». Di conseguenza, insisteva: «quanto alla natura della controversia, [...] il processo è a "senso unico"» nel senso che all'amministrazione resistente «non è data né la possibilità di azione riconvenzionale [...] ed è discutibile se si diano eccezioni (in senso proprio)»; sul piano del «contenuto della resistenza», invece, «l'amministrazione è vincolata, nella sua difesa, alla scelta operata con l'atto e alla giustificazione che ne ha dato nell'atto, o che è individuabile attraverso l'atto, quanto al potere esercitato ed ai fatti utilizzati» (NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, cit., pp. 301-302).

¹⁶⁷ Senza anticipare quanto si dirà più approfonditamente *infra* cap. II, con la locuzione 'eccezione di merito' si fa riferimento all'ipotesi in cui la parte resistente non si limita a contestare l'esistenza dei fatti costitutivi posti a fondamento della domanda attorea (quella che si è chiamato *mera difesa* o che può anche definirsi *eccezione in senso improprio*), ma introduce in giudizio fatti modificativi, impeditivi o estintivi, idonei a 'disinnescare' gli effetti giuridici che l'attore pretende ricollegare a quelli costitutivi da lui affermati (su questi aspetti, v. MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 149-159).

interesse materiale). Soltanto quest'affermazione di difformità, e nient'altro, è ciò che l'amministrazione, se lo ritiene opportuno, può contestare¹⁶⁸.

Parimenti, priva di senso apparirebbe un'eventuale estensione dell'oggetto del giudizio da parte dell'amministrazione resistente, attraverso la presentazione di una *domanda riconvenzionale*¹⁶⁹. Tant'è vero che, per opinione unanimemente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, l'amministrazione costituita non è legittimata a presentare un *ricorso incidentale* col quale introdurre una domanda di annullamento dell'atto impugnato per ragioni ulteriori rispetto a quelle indicate col ricorso principale: se l'amministrazione, per esempio, si dovesse convincere che l'atto impugnato è illegittimo per motivi diversi da quelli indicati nel ricorso, ben potrebbe, si è sempre detto, agire in autotutela, annullando d'ufficio il provvedimento *de quo*¹⁷⁰.

Di più. Se anche l'amministrazione rinunciasse a presentare memorie o a fare deduzioni¹⁷¹, il processo d'impugnazione manterrebbe comunque intatta

¹⁶⁸ Di quest'opinione era Sandulli, per il quale «nei giudizi di impugnazione», sarebbe stato «molto difficile [...] ipotizzare “eccezioni” in senso proprio»; anzi, con formula tranciante, l'A. finiva per dire che «non sono [...] ipotizzabili casi di eccezioni di merito salvo quelli in cui si sia verificata una rinuncia o una transazione in ordine ai punti toccati dal provvedimento impugnato, rispetto ai quali il ricorrente eserciti le proprie pretese di caducazione o di riforma» (SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., p. 359). Si deve a Gleijeses un'approfondita illustrazione delle ragioni per cui «la posizione dei convenuti nel giudizio civile [sarebbe] diversa da quella che la P.A. ed i controinteressati assumono nel processo amministrativo», ammettendo che «tale netta differenza si mostra[ss]e nettamente nel campo delle eccezioni»: nella sua ottica, «l'Amministrazione resistente e il controinteressato non solo non sono titolari di un diritto di azione, ma neanche di un potere di eccezione *strictu sensu*», poiché «le sole eccezioni che conosce il processo amministrativo» sono quelle riguardanti «fatti e circostanze rilevabili d'ufficio, di fronte alle quali il giudice deve respingere la domanda, anche in assenza del convenuto, o se il medesimo non ne faccia richiesta e perfino contro la sua volontà» (GLEIJESES A., *Profili sostanziali*, cit., pp. 144-148).

¹⁶⁹ Si tratta, è noto, dello strumento di 'difesa attiva' col quale la parte convenuta «esercita» a sua volta un'«azione [...] contro l'attore nel medesimo processo», purché dipenda «dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla casa come mezzo di eccezione» (MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 160-165). Di «inammissibilità» dell'«azione riconvenzionale» nel processo amministrativo ha espressamente parlato VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p. 157.

¹⁷⁰ Quest'argomento è utilizzato in forma pressoché unanime dalla dottrina processualistica. Ancora oggi nei testi di giustizia è condiviso l'«indirizzo tradizionale» che nega la «utilizzabilità del ricorso incidentale» da parte «dell'amministrazione resistente», almeno «per quelle ipotesi in cui le censure (proposte in via principale ed incidentale) siano rivolte nei confronti del medesimo procedimento» (D'ORSOGNA M., FIGORILLI F., *Lo svolgimento del processo di primo grado: la fase introduttiva*, in SCOCA F.C. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 335).

¹⁷¹ Si noti, infatti, che l'art. 10 della l. 31 marzo 1889, n. 5992, non poneva alcun obbligo di costituzione in giudizio in capo all'amministrazione: «l'autorità e le parti alle quali il ricorso fosse stato notificato», si leggeva nel testo di legge, «*possono* [corsivo nostro] presentare nella

la propria struttura: infatti, sul ricorrente continuerebbe a incombere inalterato l'onere di dimostrare la difformità del provvedimento rispetto ai parametri normativi indicati nel ricorso; e il giudice, dal canto suo, continuerebbe a avere il compito di verificare la conformità dell'atto impugnato rispetto a quei soli parametri¹⁷².

Inoltre, la scelta dell'amministrazione di partecipare attivamente o meno al processo non avrebbe potuto produrre conseguenze di alcun tipo neppure sul piano dell'apporto conoscitivo: già nella legge istitutiva della quarta sezione, infatti, il processo amministrativo si ispirava al *principio acquisitivo*, tale per cui il giudice, qualora avesse ritenuto «incompleta [...] l'istruzione dell'affare» o avesse considerato contraddittori rispetto alle risultanze documentali «i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato», ben avrebbe potuto «richiedere all'Amministrazione interessata nuovi schiarimenti» o «documenti» oppure «ordinare [...] nuove verificazioni»¹⁷³.

Una soluzione, quella del metodo acquisitivo, perfettamente in linea con la concezione obiettiva del giudizio: se la funzione della quarta sezione era quella di verificare la legalità dell'azione amministrativa, l'accesso del giudice al fatto non poteva essere limitato alle allegazioni di parte, ma doveva potersi estendere fin dove il collegio, ch'era al centro del processo, lo avesse ritenuto necessario per rendere una *sentenza giusta*, che consentisse di garantire adeguata tutela all'interesse pubblico.

segreteria del Consiglio di Stato memorie [eccetera]» (il testo fu poi riprodotto nell'art. 24 del t.u. Cons. St., adottato con r.d. 2 giugno 1889, n. 6166). Dunque, l'amministrazione avrebbe potuto scegliere di non partecipare al giudizio, senza con ciò violare alcuna norma di legge.

¹⁷² È proprio quel che rilevava lucidamente Sandulli: «essendo l'oggetto del giudizio rappresentato dall'accertamento della sussistenza (o insussistenza), nell'atto impugnato, dei difetti denunciati col ricorso, e attenendo quindi tutta l'indagine circa la sussistenza di questi ultimi alla verifica della fondatezza della domanda, è evidente che il giudice è tenuto a compiere tale indagine, sotto tutti i possibili profili, indipendentemente dalle obiezioni e dalle richieste dei soggetti intimati [corsivo nostro]» (SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., p. 359).

¹⁷³ Così recitava l'art. 16 l. 31 marzo 1889, n. 5992 (poi riprodotto nell'art. 37 t.u. Cons. St., approvato con r.d. 2 giugno 1889, n. 6166). Il fatto che il giudice intervenisse «direttamente sul materiale istruttorio introdotto dalle parti» trovava per Sandulli «la sua giustificazione di fondo» proprio «nel fatto che, una volta promosso, il processo in esame prosegue necessariamente verso la sua conclusione, e che perciò in esso *il contraddittorio può anche mancare (di fatto)* [corsivo nostro]» (SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., p. 376). Sembrava naturale, in linea con quanto si è detto nel testo, l'ipotesi che l'amministrazione rinunciassero a partecipare al giudizio, offrendo al giudice il suo prezioso apporto conoscitivo: era necessario, quindi, riconoscere al giudice poteri idonei a consentirgli di ricostruire il fatto anche a prescindere dalla partecipazione spontanea della parte resistente.

Infine, lo scarso interesse per la difesa dell'amministrazione trovava linfa nella limitatezza degli effetti di giudicato rispetto al riesercizio del potere¹⁷⁴. Se l'oggetto del processo non si estendeva al rapporto ma era circoscritto all'atto, o meglio ai singoli profili d'illegittimità dell'atto lamentati dal ricorrente, a fare *stato a ogni effetto tra le parti* non potevano che essere tali profili. Non a caso, già nella legge istitutiva della quarta sezione si stabiliva il principio per cui, in caso di accoglimento del ricorso e di annullamento dell'atto da parte del giudice, dovevano esser fatti «salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità»¹⁷⁵.

Questa 'clausola di salvezza' fece sì, almeno fino alla formulazione della teoria degli *effetti conformativi* di Nigro¹⁷⁶, che il processo finisse per rappresentare una 'parentesi' nell'esercizio del potere amministrativo: il 'rischio' maggiore che l'amministrazione correva era che il provvedimento venisse annullato per uno dei vizi di legittimità lamentati dal ricorrente; ma concluso il processo, essa poteva adottare un nuovo atto, anche col medesimo contenuto, purché privo di quel vizio (e solo di quello)¹⁷⁷.

In un simile quadro, non può certo stupire che ci siano voluti molti anni e l'apporto teorico di alcuni studi monografici anche solo per affermare che

¹⁷⁴ Osservava al riguardo il Sandulli che «l'accertamento della validità dell'atto ha luogo [...] nei limiti dell'impugnativa [...] e cioè con riferimento ai soli vizi [...] denunciati (col ricorso principale, o, eventualmente, con quello incidentale): nulla impedisce che, annullato un provvedimento per un certo vizio, esso venga rinnovato col medesimo contenuto, purché depurato di quel vizio» (SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., p. 54, ma vedi anche p. 414, dove si afferma che l'«annullamento di un provvedimento amministrativo [...] non esclude del tutto la possibilità che l'Amministrazione possa porre in essere un nuovo atto del medesimo contenuto»). Nel senso che «l'oggetto del giudizio amministrativo è costituito dall'accertamento della legittimità o meno di un determinato provvedimento amministrativo in relazione ai motivi dedotti dalle parti» v. anche VIRGA P., *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 160.

¹⁷⁵ Si leggeva, infatti, nell'art. 17, co. 3, l. 31 marzo 1889, n. 5992, che «se [la sezione] accoglie il ricorso per altri motivi, nei casi previsti dall'art. 3, annulla l'atto o provvedimento, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa» (questa disposizione fu poi riprodotto nell'art. 38 t.u. Cons. St., approvato con r.d.2 giugno 1889, n. 6166).

¹⁷⁶ Con questa espressione, è noto, si fa riferimento all'idea che «la sentenza amministrativa non si limit[ia] ad eliminare l'atto ma necessariamente si pon[ga] come attività di identificazione del corretto modo di esercizio del potere (*idest* del corretto assetto di interessi) e cioè come regola del comportamento futuro dell'amministrazione» (sugli effetti conformativi della sentenza v. NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, cit., pp. 306 ss.).

¹⁷⁷ Si pensi, almeno sino all'introduzione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a., al caso di un atto impugnato e annullato per vizi di forma, «eliminati i quali, l'amministrazione [poteva] riprodurlo con immutato contenuto». Non a caso, questo argomento era utilizzato per dimostrare che «l'interesse che si difende con il ricorso ex art. 26 della legge sul Consiglio di Stato è diretto alla legittimità degli atti amministrativi» (CANNADA-BARTOLI E., *La tutela giudiziaria*, cit. pp. 24-25).

l'amministrazione fosse una *parte* del processo amministrativo e, quindi, potesse essere condannata alle spese in caso di soccombenza¹⁷⁸.

13. La crisi del processo d'impugnazione

Come s'è visto, la concezione pubblicistica della giurisdizione e il disinteresse per la difesa dell'amministrazione resistente, che di quella concezione era una ricaduta immediata, radicavano il loro fondamento nella legislazione del 1889¹⁷⁹. Sebbene molti degli autori che si sono richiamati abbiano continuato a sostenere, anche dopo il quarantotto, la tesi dell'interesse legittimo come situazione soggettiva occasionalmente protetta e della natura pubblicistica della giurisdizione amministrativa, è indubbio che queste convinzioni si siano formate e abbiano ottenuto il proprio accreditamento scientifico negli anni a cavallo tra i due secoli.

La resistenza di tali opinioni al mutato assetto costituzionale è facilmente spiegabile: per un verso, i tratti essenziali del processo amministrativo erano rimasti (e sarebbero a lungo rimasti, almeno sul piano normativo) quelli individuati dalla legge istitutiva della quarta sezione¹⁸⁰; per altro verso, fu largamente condivisa l'idea che la Costituzione avesse recepito il sistema ereditato dal passato, limitandosi ad alcune sistemazioni marginali¹⁸¹.

Quest'ultima tesi non era certo del tutto infondata, tenuto conto che gli artt. 101 ss. Cost. conferivano dignità costituzionale all'assetto realizzato dal combinato disposto della legge abolitiva del contenzioso con quella che istituì

¹⁷⁸ Il riferimento va innanzitutto a: D'ALESSIO F., *Le parti nel processo amministrativo*, Milano, 1915; SALEMI G., *Il concetto di parte e la pubblica amministrazione nel processo civile, penale e amministrativo*, Roma, 1916. Su questi aspetti, però, v. anche SALEMI G., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1939, pp. 218-224. Di grande interesse è, in particolar modo, il lavoro di Salemi, che, dopo aver illustrato le ragioni per le quali riteneva di attribuire all'amministrazione la natura di 'parte', condusse un accurato esame della dottrina e della giurisprudenza che nega[vano] o riconosc[evano] alla pubblica amministrazione la qualità di parte nel processo amministrativo» (SALEMI G., *Il concetto di parte*, pp. 274-318).

¹⁷⁹ Si intende qui fare riferimento anche alla legislazione successiva al 1889, ma confermativa di quell'impostazione: la l. 7 marzo 1907, n. 62, che istituì la quinta sezione del Consiglio di Stato; il regolamento di procedura del Consiglio di Stato, approvato con r.d. 17 agosto 1907, n. 642; infine, il testo unico sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, ove furono riordinate le leggi di giustizia amministrativa.

¹⁸⁰ Come si dirà meglio *infra* cap. II, infatti, i primi segnali di rottura con il tipo processuale selezionato dalla legislazione di fine ottocento si avranno soltanto con la legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali del 1971.

¹⁸¹ È questo quanto emerge dalle riflessioni di BACHELET V., *La giustizia amministrativa*, cit.

il giudice amministrativo: proprio come in passato, mentre «la funzione giurisdizionale» era riservata ai «magistrati ordinari»¹⁸², al «Consiglio di Stato» (definito altrove «organo [...] di giustizia nell'amministrazione»¹⁸³) veniva riconosciuta «giurisdizione per la tutela [...] degli interessi legittimi» e, solo «in particolari materie indicate dalla legge», «anche» dei «diritti soggettivi» (confermando così la soluzione escogitata dalla l. 30 dicembre 1923, n. 2840, che aveva istituito la «giurisdizione esclusiva»)¹⁸⁴.

Fuorviata dai menzionati segnali di continuità, la dottrina finì per non vedere quei profili del rinnovato quadro costituzionale che, invece, rappresentavano senz'altro una rottura col passato. Come rilevò lucidamente Vittorio Bachelet negli anni sessanta, in una lettura della Carta rimasta per molto tempo isolata, il «sistema legislativo precedente alla costituzione del 1948» doveva ritenersi «incompatibile» con quello realizzato dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.: «qualunque interpretazione del nostro sistema di giustizia amministrativa», diceva, non poteva prescindere da queste disposizioni, che configurano, «senza possibilità di dubbio», il giudice amministrativo come «vero giudice», preposto alla tutela di «situazioni giuridiche soggettive proprie dei ricorrenti nei confronti della pubblica amministrazione»¹⁸⁵.

È vero, quindi, che la Costituzione faceva proprio l'assetto dualistico preesistente, adottando il criterio di riparto della giurisdizione ratificato con lo storico concordato del 1930 (sia pur con alcune rilevanti eccezioni¹⁸⁶)¹⁸⁷. Ma è altrettanto vero che l'avvento della Repubblica rappresentò uno stravolgimento nel modo di concepire il rapporto tra amministrazione e cittadini: a un modello ispirato alla primazia del sovrano rispetto ai sudditi, se ne sostituì uno nuovo, ove «i pubblici uffici» dovevano assicurare «il buon andamento e l'imparzialità» dell'azione amministrativa, contando su «pubblici impiegati» posti non più alle dipendenze del Re, ma al «servizio esclusivo della

¹⁸² In questi termini l'art. 102, co. 1, Cost., per il quale «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario».

¹⁸³ Così l'art. 100, co. 1, Cost. che definisce il Consiglio di Stato quale «organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione».

¹⁸⁴ È questo, come noto, il contenuto dell'articolo 103, co. 1, Cost.

¹⁸⁵ Scriveva nel 1966 Vittorio Bachelet: «se le parole hanno un senso», non può più dirsi che la giurisdizione amministrativa sia preposta a realizzare l'«interesse della pubblica amministrazione alla legalità della sua azione» (BACHELET V., *La giustizia amministrativa*, cit., pp. 26-28).

¹⁸⁶ Si vedano in proposito gli artt. 103, co. 1, e 113, co. 3, Cost.

¹⁸⁷ Il riferimento è al c.d. «concordato Romano - D'Amelio» (Cons. St., Ad. Plen., sent. 14 giugno 1930, nn. 1 e 2; Corte Cass., Sez. un., sent. 15 luglio 1930, n. 2680), con il quale le due corti, nella loro massima composizione, convenivano che il «criterio base per la discriminazione delle competenze» dovesse essere ricercato nella «natura intrinseca della controversia» (NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, cit., p. 176).

Nazione»¹⁸⁸. A fronte di questa nuova sistemazione delle relazioni tra potere pubblico e cittadino, era normale che alla situazione soggettiva dell'amministrato venisse attribuita la stessa rilevanza costituzionale di quella che gli è riconosciuta nei rapporti privati: come esisteva il giudice per la difesa dei diritti soggettivi, così doveva esistere un giudice posto a presidio degli interessi legittimi, perché a «tutti» venisse assicurata la possibilità di «agire in giudizio» per la «tutela», indifferentemente, degli uni e degli altri. E poco importa che tale compito venisse attribuito allo stesso giudice che era già stato chiamato, in passato, a conoscere dei ricorsi contro gli atti e i provvedimenti dell'autorità, perché, da quel momento in poi, egli avrebbe dovuto smettere le vesti di organo posto a presidio della legalità amministrativa, per indossare quelle di *vero giudice* «per la tutela [...] degli interessi legittimi» nei confronti dell'amministrazione¹⁸⁹.

L'entrata in vigore della Costituzione, in altre parole, segnava un punto di svolta per la giustizia amministrativa e gettava le basi per quella che Nigro, più tardi, avrebbe definito la «crisi del processo di impugnazione»¹⁹⁰. Man mano che «l'interesse pubblico» veniva percepito come «grande assente dalla scena della giustizia amministrativa»¹⁹¹, sostituito nel ruolo di protagonista dall'interesse legittimo, maturava anche «la consapevolezza che il processo amministrativo» fosse «qualcosa di più di un mero processo all'atto»¹⁹².

Cominciò allora quel noto lavoro di interpretazione, con cui la giurisprudenza, forzando le maglie di una legislazione dimostratasi del tutto inadeguata a rispondere alla crescente domanda di tutela, ha progressivamente trasformato il giudizio amministrativo «in un giudizio pieno», nel quale «nessuna regola processuale formale» avrebbe potuto «giustificare un diniego di giustizia»¹⁹³.

¹⁸⁸ Il riferimento è ovviamente all'art. 98, co. 1, Cost.

¹⁸⁹ È questo, in estrema sintesi, quanto emerge dalle riflessioni di BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, cit.

¹⁹⁰ Così, NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, cit., pp. 306-319.

¹⁹¹ Questa era la conclusione cui arrivava GIANNINI M.S. nel suo *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, §29: «oramai», che «il giudizio amministrativo» sia «volto a tutelare situazioni soggettive delle parti» e non sia «un mero giudizio di riesame», rilevava l'A., «i più giovani studiosi, fuori delle polemiche e delle preoccupazioni dei primi quattro decenni del secolo, lo rilevano apertamente».

¹⁹² Di nuovo NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, cit., pp. 306.

¹⁹³ In questi termini SATTA F., *Giustizia amministrativa (voce)*, in *Enc. dir., agg. VI*, Milano, 2002, §2. Come rileva l'A., «già alla fine dell'Ottocento si era trovato il sistema per impugnare il silenzio»; più tardi, poi «il quadro era stato completato: la sospensione dell'esecuzione era divenuta tutela cautelare a tutti gli effetti; al giudicato si era dato il valore suo proprio, di regola per l'azione futura dell'amministrazione, il cui rispetto va sindacato con ogni rigore».

Così, se già nel 1963 Enrico Guicciardi, aprendo il convegno di Varenna, sottolineava come gli studiosi del processo amministrativo avessero «da molto tempo [...] rilevato e segnalato non poche lacune e insufficienze della sua attuale disciplina»¹⁹⁴, vent'anni più tardi, nella stessa sede, un presidente di sezione del Consiglio di Stato usava toni ben più netti: «è opinione comune che la disciplina del processo amministrativo sia largamente superata nella sua concezione teorica, antiquata nella tecnica processuale cui si ispira, talora contraddittoria, spesso gravemente carente in parecchi dei suoi istituti»¹⁹⁵.

Da qui in poi la storia è nota. Dapprima la legge sul procedimento amministrativo, che consacrava definitivamente la natura sostanziale dell'interesse legittimo. Poi il d.lgs. 80 del 1998 e la l. 205 del 2000 che, conferendo al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulle questioni patrimoniali consequenziali all'illegittimità del provvedimento, abbatterono la tradizionale «contrapposizione tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, per sostanziale incorporazione [...] della prima nella seconda»¹⁹⁶. Cinque anni più tardi fu la volta della l. 15 del 2005 che, introducendo la categoria dei c.d. «vizi formali non caducanti», incrinava irrimediabilmente lo schema del processo all'atto¹⁹⁷. Poco dopo, con l'introduzione della *traslatio iudici*, avvenuta nel 2009 all'esito di una lunga e incessante fase di estensione della giurisdizione esclusiva (che aveva, da un certo punto di vista, bilanciato il conferimento al

¹⁹⁴ GUICCIARDI E., *Presentazione*, in ID., *Problemi del processo amministrativo*, Milano, 1964, p. 19. Queste «lacune» e queste «insufficienze», diceva Guicciardi già nel 1963, «si fanno sentire in modo sempre più grave con effetti sfavorevoli per l'efficienza della giustizia resa dal giudice amministrativo, e indicano l'esigenza di una revisione e integrazione delle norme relative».

¹⁹⁵ Come s'è detto *supra* nel testo, anche Longo rilevava che ci si sarebbe dovuti «meravigliare del contrario», visto che, diceva, «il nucleo essenziale» del processo amministrativo «rimonta alle leggi del 1889 (quando ancora era incerta la stessa natura giurisdizionale della IV sezione del Consiglio di Stato), del 1907 del 1923» (LONGO F., *Presentazione del tema del convegno*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione. Atti del XXXI convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1988, pp. 10-11). Erano quelli i mesi in cui le Camere discutevano il 'progetto di legge Labriola', col quale veniva proposta una radicale trasformazione del processo amministrativo: il tentativo di riforma, come noto, si rivelò del tutto infruttuoso; il fermento di quegli anni, tuttavia, è già di per sé indice di quanto i tempi fossero maturi per una profonda rivisitazione della disciplina del processo amministrativo.

¹⁹⁶ Con l'estensione al giudice amministrativo della competenza a conoscere le questioni patrimoniali consequenziali all'illegittimità del provvedimento, «cadeva» definitivamente «il fondamento storico della giustizia amministrativa»: da quel momento, infatti, «tutti potevano avere la stessa tutela sostanziale» (SATTA F., *Giustizia amministrativa*, cit., §9).

¹⁹⁷ Il riferimento è qui, ovviamente, al modo in cui certa dottrina ha interpretato l'introduzione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a.: escludendo l'annullabilità dell'atto «adottato in violazione di norme sulla forma o sul procedimento» qualora «sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato», questa norma testimonierebbe lo spostamento dell'oggetto del processo dall'atto al rapporto (v. su questi aspetti quanto si dirà *sub cap.* III).

giudice ordinario delle controversie in materia di pubblico impiego), si è abbandonata l'idea che la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa costituissero «due compartimenti stagni»¹⁹⁸: non solo le controversie in cui il giudice amministrativo è chiamato a interpretare e applicare le norme di diritto comune sono aumentate a dismisura¹⁹⁹, ma vengono fatti addirittura salvi gli effetti processuali della domanda proposta a un giudice privo di giurisdizione²⁰⁰. Infine, col codice del processo amministrativo e coi suoi due correttivi, si è giunti al definitivo superamento del modello tradizionale: atipicità delle misure cautelari²⁰¹; atipicità dei mezzi istruttori²⁰²; e, soprattutto, atipicità delle azioni²⁰³.

14. Il mutamento in senso soggettivistico della concezione del processo amministrativo e l'interesse per la difesa in giudizio dell'amministrazione resistente

Le considerazioni svolte nel paragrafo che precede fanno insorgere il sospetto che l'evoluzione del processo amministrativo abbia potuto determinare anche una trasformazione del ruolo della parte pubblica intimata.

Se è vero che l'indifferenza per la posizione processuale dell'amministrazione e la sua collocazione in un ruolo di subalternità rispetto al ricorrente e

¹⁹⁸ Questa eloquente espressione è di PROTO PISANI A., *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, p. 373.

¹⁹⁹ Come noto, oggi l'art. 133 c.p.a. conta un numero talmente elevato di materie riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo da indurre quasi a dubitare dell'attualità del criterio di riparto individuato dall'articolo 103, co. 1, Cost.

²⁰⁰ È questo il principio che emerge dall'art. 59, co. 1 e 2, l. 18 giugno 2009, n. 69: «il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione»; dopodiché, qualora la domanda sia riproposta al giudice indicato entro tre mesi dal suo passaggio in giudicato di tale pronuncia, «nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute».

²⁰¹ Il testo vigente dell'art. 55 c.p.a., infatti, consente al ricorrente di chiedere «l'emanazione di misure cautelari [...] che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso».

²⁰² Esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento, infatti, nel processo amministrativo sono ormai ammessi tutti i mezzi di prova (v. gli artt. 63 ss. c.p.a.).

²⁰³ Come noto, a seguito dell'approvazione del secondo correttivo al codice del processo, con l'introduzione dell'azione di adempimento, si ritiene che ormai anche il giudizio amministrativo sia ispirato al principio di atipicità delle azioni. Sul «superamento della tipicità delle azioni» v. l'approfondimento di VETRÒ F., *L'azione di nullità*, cit., pp. 123-152.

al giudice era una conseguenza diretta di una certa concezione del giudizio, viene spontaneo domandarsi se al mutare di questa non debba seguire anche un ripensamento delle considerazioni che si sono fatte *sub* §12.

Tale sospetto assume contorni ancor più chiari ove si prenda in esame il codice del processo amministrativo, dal quale pare emergere, già a prima lettura, una forte valorizzazione del ruolo dell'amministrazione intimata²⁰⁴. Senza voler qui anticipare quanto si dirà più approfonditamente *infra*, essa sembra come affiorata dal ruolo nel quale era stata relegata dalla legislazione prerепubblicana e è chiamata adesso a partecipare al giudizio in posizione di «parità» rispetto al ricorrente, con il quale deve cooperare «per la realizzazione della ragionevole durata del processo»²⁰⁵.

La richiamata atipicità delle azioni, in particolare, con la possibilità per il cittadino di domandare la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno o in certi casi anche all'adempimento, dimostra che il provvedimento non è più (o almeno non è più *necessariamente*) il principale protagonista del giudizio amministrativo. Vengono a mancare così le fondamenta di quella costruzione che giustificava lo scarso interesse per il contegno processuale della parte intimata: se in gioco non è più soltanto la sorte dell'atto e se, come si dirà meglio nel prosieguo, gli effetti del giudicato diventano (almeno in alcune ipotesi) suscettibili di regolare in modo definitivo il rapporto giuridico sostanziale sotteso all'esercizio del potere, si può allora avanzare l'ipotesi che l'amministrazione possa difendersi (o addirittura *abbia l'obbligo di difendersi*) in modo più ampio rispetto al passato, anche attraverso la spendita di argomenti ulteriori alla mera negazione dei fatti costitutivi affermati dal ricorrente²⁰⁶.

È proprio questa la direzione in cui sembra andare il codice del processo. Per la prima volta si parla espressamente di *costituzione in giudizio* dell'amministrazione e le si consente addirittura di costituirsi prima del ricorrente e indipendentemente dalla sua scelta di coltivare il processo. Si ammette, come si faceva in passato, che anch'essa possa «presentare memorie, fare istanze, indicare i mezzi di prova [...] e produrre documenti» (art. 46 c.p.a.); ma per la

²⁰⁴ In questo senso è andata pure quella dottrina che si è recentemente interessata dell'amministrazione come parte attrice: «è perfettamente legittimo», è stato detto, «che l'amministrazione, anziché azionare i propri poteri di autotutela, faccia ricorso al giudice per salvaguardare la posizione soggettiva che gli deriva dall'esecuzione del contratto accessivo alla concessione» (così FOA' S., *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Napoli, 2012, p. 161).

²⁰⁵ Questo è quel che emerge chiaramente dalla lettura dell'art. 2 c.p.a.

²⁰⁶ A tale riguardo, è stato rilevato come con «l'ingresso ufficiale della "pretesa" nell'universo del processo amministrativo anche in quest'ultimo l'azione si separa definitivamente dalla posizione soggettiva: in un certo senso, si scindono quegli elementi – sostanza e processo – la cui unione aveva tradizionalmente caratterizzato la giustizia amministrativa (PAJNO A., *Introduzione*, in QUARANTA A., LOPILATO V. (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, p. 46).

prima si introducono anche a suo carico termini perentori oltre i quali non le sono più consentite difese diverse da quelle condotte oralmente nell'udienza di trattazione (art. 73 c.p.a.).

Insomma, all'esito di questa prima parte dell'indagine si ha la sensazione che il tema della difesa dell'amministrazione in giudizio non possa più essere trattato come un argomento marginale, secondario a quello dell'azione (che ha sin qui pressoché monopolizzato l'interesse degli studiosi del processo amministrativo) e meriti oggi maggiore attenzione. Pertanto, i prossimi due capitoli saranno dedicati all'analisi del ruolo processuale della parte pubblica, nonché ai limiti, agli strumenti e ai tempi della sua opposizione alle pretese attoree.

Capitolo II

Il ruolo della parte pubblica nel processo amministrativo: da invitata di pietra a parte necessaria

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'atto che introduce il giudizio, a metà tra ricorso e citazione – 3. Oltre la questione nominalistica: la costituzione del rapporto processuale – 4. (segue): la presenza in giudizio dell'amministrazione resistente – 5. (segue): la contumacia dell'amministrazione resistente – 6. (segue): il principio dispositivo con metodo acquisitivo – 7. (segue): la disponibilità del giudizio da parte del ricorrente – 8. (segue): l'oggetto del giudizio e l'effetto di giudicato – 8.1 La preclusione processuale del dedotto e del deducibile – 8.2 La preclusione procedimentale dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza – 8.3 Il giudicato a formazione progressiva – 8.4 La preclusione a scoppio ritardato – 8.5 Il diritto allo scioglimento dell'incertezza – 9. Alcune considerazioni d'insieme sulla trasformazione del tipo processuale: dall'amministrazione intimata a quella convenuta – 10. Il superamento del principio di indifferenza della costituzione in giudizio dell'amministrazione convenuta: a) Il principio di non contestazione e gli argomenti di prova derivanti dal comportamento delle parti; b) Il funzionamento del metodo acquisitivo; c) I vizi di legittimità non caducanti; d) L'effetto di giudicato; e) La condanna alle spese – 11. Le conseguenze della mancata costituzione in giudizio dell'amministrazione convenuta: a) le ipotesi in cui risulti palese la fondatezza delle ragioni del ricorrente; b) le ipotesi in cui l'amministrazione dispone di valide argomentazioni difensive da opporre alle pretese attore

1. Premessa

Il primo capitolo è servito per mettere in luce le ragioni del tradizionale disinteresse dei processualisti per la difesa dell'amministrazione intimata. In particolare, si è avuto modo di evidenziare la connessione che vi è tra questa circostanza e l'originaria struttura del giudizio amministrativo come *processo da ricorso* contro un atto: infatti, fin tanto che l'azione di impugnazione è stata contemplata come strumento di verifica della legalità dell'azione amministrativa e non come iniziativa finalizzata alla tutela della sfera giuridica del ricorrente, lo studio del contegno della parte resistente era privo d'interesse perché insuscettibile di determinare conseguenze sulla struttura o sull'esito del processo.

Si è giunti a questo risultato gradualmente, all'esito di una ricostruzione storica che ci ha mostrato l'evoluzione del giudizio ordinario come distesa su di una linea immaginaria ai cui estremi si collocano la concezione privatistica,

dove le parti e i loro interessi sono gli indiscussi protagonisti del processo, e quella pubblicistica, che viceversa pone al centro il giudice e la soluzione della lite.

Quando però si è provato a collocare su questa linea immaginaria il ricorso alla quarta sezione del Consiglio di Stato, si è avuto difficoltà a inquadrarlo in uno dei modelli elaborati dai processualciviliisti. Come s'è visto, infatti, in esso la prevalente ispirazione pubblicistica, tipica di un processo celebrato innanzitutto a tutela dell'interesse generale, conviveva con alcuni tratti distintivi della concezione concreta dell'azione di matrice privatistica, nella quale viceversa la situazione soggettiva dell'attore è a tal punto protagonista del giudizio che il diritto di agire sta e cade con essa.

Nondimeno, i risultati raggiunti hanno consentito di mettere bene in evidenza i motivi per i quali l'amministrazione è stata originariamente relegata in una posizione di subalternità rispetto al ricorrente e, soprattutto, al giudice, al quale venne assegnato, come si dirà più approfonditamente *infra* in questo capitolo, il ruolo di vero e proprio *dominus* del giudizio. Finché il processo ha avuto a oggetto quei soli profili di legittimità dell'atto posti a sostegno della domanda di annullamento, i compiti delle parti erano ben chiari: il ricorrente aveva l'onere di dimostrare la sussistenza dei vizi denunciati; il giudice doveva verificare la fondatezza delle affermazioni attoree, cercando la *verità* anche attraverso l'esperimento dei suoi, penetranti, poteri officiosi; l'amministrazione, se voleva, poteva partecipare al giudizio, limitandosi però a negare la sussistenza delle affermazioni attoree.

Anzi: vista l'ampiezza dei poteri istruttori del giudice e la limitatezza degli effetti del giudicato amministrativo, quest'ultima poteva liberamente scegliere di non partecipare al giudizio senza che tale decisione si rivelasse dannosa per il suo interesse di parte (che veniva e talvolta è tutt'oggi inquadrato non già come un interesse di parte eguale e contrario a quello del ricorrente, ma come interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa, della cui tutela il giudice dovrebbe farsi integralmente carico, a prescindere dal contegno processuale dell'amministrazione resistente).

Se quel che si è detto è vero e la causa del tradizionale disinteresse per la difesa dell'amministrazione risiede proprio nella struttura del giudizio amministrativo come *processo da ricorso contro un atto*, si può allora immaginare che la trasformazione di questa struttura abbia comportato il superamento delle ragioni di quel disinteresse e che, pertanto, tale tema meriti oggi maggiore attenzione di quella che gli è stata riservata in passato.

Si proverà quindi adesso a raccogliere questa suggestione.

In coerenza con il percorso argomentativo seguito sinora, il punto di riferimento dell'indagine sarà rappresentato, ancora una volta, dalla struttura del giudizio. In particolare, si cercherà in questo secondo capitolo di dimostrare il collegamento che v'è tra la scelta del c.p.a. di abbandonare il modello

processuale di tipo impugnatorio e il superamento del *principio di indifferenza della costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata*.

Lo si farà innanzitutto mettendo in evidenza la natura ancipite dall'atto con il quale si introduce il giudizio amministrativo, che si colloca a metà tra un ricorso, del quale conserva il nome, e una citazione, della quale pare aver acquisito lo scopo (§2). A partire da questo rilievo, si suggeriranno le conseguenze che derivano dalla diversa sistemazione dei rapporti processuali tra le parti e il giudice nella fase introduttiva, come attualmente disciplinata dal codice del processo amministrativo (§§3-8): l'anticipazione della litispendenza; la collocazione dell'amministrazione intimata tra le parti necessarie del giudizio; la possibilità di immaginare la contumacia del convenuto; il restringimento dei poteri acquisitivi del giudice nella fase istruttoria; la possibilità per l'amministrazione di opporsi alla rinuncia al ricorso; infine, l'ampliamento degli effetti del giudicato.

A farne le spese sarà il c.d. modello del *processo a senso unico*²⁰⁷.

Di là dalla questione nominalistica, si proverà a dimostrare come nell'attuale contesto normativo l'amministrazione abbia tolto i panni di un'autorità pubblica che mal sopporta di «essere chiamata rea»²⁰⁸ nel processo per indossare quelli di un'autentica parte convenuta. Seguendo logiche ispirate all'economicità e all'efficacia delle proprie determinazioni, essa è chiamata a individuare quale sia il contegno difensivo maggiormente vantaggioso per la tutela del suo interesse di parte, nella consapevolezza che la mancata partecipazione al giudizio (o anche soltanto una difesa lacunosa) potrebbe comportare delle conseguenze svantaggiose a suo carico.

Proprio la dimostrazione che dalla mancata costituzione dell'amministrazione o dal mancato esperimento da parte sua di una difesa esaustiva possano derivare delle conseguenze negative costituisce l'obiettivo di questo capitolo.

Per un verso si illustreranno i termini nei quali il *deficit* istruttorio derivante dall'assenza dell'amministrazione intimata, limitando la cognizione del giudice alle sole allegazioni di parte attrice, la espone al rischio di subire gli effetti potenzialmente negativi del giudicato (§10).

²⁰⁷ È questa un'eloquente espressione (GLEIJESES A., *Profili sostanziali*, cit., p. 251; NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, cit., p. 302; CLARICH M., *Giudicato e potere*, cit., p. 189) che riprenderemo più volte *infra* nel testo e con la quale si richiama il modello del processo da ricorso: nella logica di queste pagine, con la locuzione *senso unico* si indica la circostanza che l'amministrazione intimata è stata tradizionalmente inquadrata come parte eventuale del giudizio ed estranea al rapporto processuale, che almeno in prima battuta si costituiva tra il ricorrente e il giudice.

²⁰⁸ Sono proprio queste le parole con le quali BENVENUTI F., *Processo amministrativo (ragioni e struttura)* (voce), in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1988, p. 454, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 3979, giustifica l'originaria eventualità della presenza dell'amministrazione al giudizio.

Per altro verso si avvanzerà l'ipotesi che questi effetti, qualora fossero evitabili attraverso una partecipazione attiva al giudizio (o mediante il riconoscimento extraprocessuale di una pretesa attorea palesemente legittima) oppure si rivelino sostanzialmente ingiusti (perché il ricorrente ha tratto giovamento dall'inerzia difensiva dell'amministrazione al punto di conseguire, attraverso il processo, un effetto vantaggioso che non gli sarebbe spettato e si sarebbe potuto evitare con una partecipazione attiva al giudizio di entrambe le parti), potrebbero addirittura rappresentare una fonte di responsabilità erariale per i funzionari che sono preposti a determinare le strategie processuali dell'amministrazione (§11).

2. L'atto che introduce il giudizio, a metà tra ricorso e citazione

Illustrati il piano e gli obiettivi dell'indagine, si può adesso iniziare l'analisi muovendo dalla fase introduttiva del processo.

Per entrare nel vivo di questo argomento è opportuno tornare di nuovo sulla constatazione, accennata nel primo capitolo (§12), che il giudizio amministrativo sia stato costruito sullo schema del c.d. 'processo da ricorso'²⁰⁹, nel quale l'atto introduttivo svolge la funzione di *vocatio iudicis* e non quella di *vocatio in ius*, che è propria invece dell'atto di citazione²¹⁰.

Sebbene tale affermazione trovi fondamento nella lettera della legge, che ancora oggi chiama «ricorso» l'atto che introduce il giudizio davanti alle giurisdizioni amministrative²¹¹, può esser sufficiente ricordare i motivi che spinsero il legislatore del 1889 ad adottare questa soluzione per convincersi che l'argomento necessita di un approfondimento ulteriore.

Al riguardo, va ricordato che la scelta fu dettata in origine dall'incertezza sulla natura del giudizio amministrativo²¹². Così, scegliendo il ricorso, la legge istitutiva della quarta sezione evitava di prendere posizione in favore della

²⁰⁹ Quest'affermazione si trova frequentemente in letteratura e è molto ben sintetizzata nelle parole di Caianello, per il quale «mentre il processo civile è definito come processo da citazione, caratterizzato cioè dalla *vocatio in ius* del convenuto, quello amministrativo è definito, appunto, processo da ricorso, caratterizzato dalla *vocatio iudicis*, cioè dall'invito rivolto al giudice di sindacare l'atto amministrativo» (CAIANELLO V., *Ricorso giurisdizionale amministrativo (voce)*, in *Enc. giur. Trec.*, Roma, p. 2).

²¹⁰ Si veda a questo riguardo l'art. 163, co. 3, n. 7), c.p.c., che include nel suo contenuto l'indicazione del giorno dell'udienza di comparizione, l'invito a costituirsi entro un certo termine e quello a comparire dinanzi al giudice.

²¹¹ Il riferimento è alla legge n. 5992 del 1889, nella quale l'atto introduttivo del giudizio amministrativo venne per la prima volta chiamato 'ricorso'.

²¹² Vedi *supra* cap. I, §8, nella parte in cui si è dato conto del dibattito sulla natura giurisdizionale o amministrativa del ricorso alla quarta sezione del Consiglio di Stato.

natura giurisdizionale e utilizzava un nome che, rievocando i rimedi amministrativi esistenti²¹³, si sarebbe potuto adattare a entrambe le soluzioni.

Non solo. Determinante in tal senso fu pure la finalizzazione «contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa»²¹⁴: anche a voler ammettere la natura giurisdizionale del ricorso, dunque, l'azione non pareva rivolta alla controparte ma al giudice²¹⁵, al quale si domandava di annullare il provvedimento impugnato²¹⁶. La veste migliore da dare all'atto introduttivo apparve perciò proprio quella del ricorso, che è tipicamente l'atto processuale di parte che «si rivolge al giudice in funzione di un provvedimento»²¹⁷.

Se queste sono le ragioni dalle quali origina la scelta di costruire il giudizio amministrativo come processo da ricorso, si può tornare rapidamente su quel che si è rilevato nei paragrafi conclusivi del precedente capitolo (§§13-14) per dimostrare che esse non godano più di particolare attualità.

L'entrata in vigore della Costituzione, si è visto, ha segnato un punto di svolta per la giustizia amministrativa e ha gettato le basi per la *crisi del processo d'impugnazione*: man mano che l'interesse pubblico perdeva il suo ruolo di protagonista per lasciar posto alla situazione soggettiva del ricorrente, maturava

²¹³ Di questa derivazione dà atto BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, cit., p. 589 ss. Concorde CAIANELLO V., *Ricorso giurisdizionale*, cit., il quale parla di vera e propria «commistione di concetti».

²¹⁴ L'articolo 3 della legge 5992 del 1889, infatti, attribuiva alla quarta sezione del Consiglio di Stato la competenza a «decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa».

²¹⁵ In questi termini BENVENUTI F., *Decadenza per mancato deposito dell'atto impugnato*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1951, III, p. 1257, ora in IDEM, *Scritti giuridici*, II, 2006, p. 1093, per il quale «il ricorso [...] non è diretto a chiamare un avversario avanti il giudice ma a costituire il “giudice” della controversia».

²¹⁶ Riecheggia qui l'idea di Hasse, di cui si è dato conto in cap. I, §2, dell'azione come *Klagerecht* rivolta allo Stato. Anche secondo Cordopatri, dopo una prima fase in cui si atteggiava «a forma ancillare, rispetto all'atto di citazione, di proposizione della domanda», il ricorso, interpretando una «visione dell'*actio* come diritto astratto verso lo stato», veniva utilizzato come «forma di domanda introduttiva di un processo orale, concentrato e d'ispirazione vagamente pubblicistica», relegato al «settore (marginale) delle procedure nelle quali il carente o sfumato profilo 'contraddittorio' della pretesa determina la mancanza o l'attenuazione dell'esigenza di difesa» (CORDOPATRI F., *Ricorso dir. proc. civ. (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, pp. 733- 738).

²¹⁷ In questi termini CERINO CANOVA A., *Ricorso (dir. proc. civ.) (voce)*, in *Enc. giur. Trec.*, Roma, 1991, p. 1. Il nesso tra l'oggetto del processo amministrativo e la scelta del ricorso come atto introduttivo emerge chiaramente anche nelle parole del Benvenuti: «nel processo amministrativo sono da tener presenti le particolarità che dipendono dal fatto che esso è un processo da ricorso anziché un processo da citazione. Il che, a sua volta, dipende dal fatto che oggetto del ricorso è l'affermazione della invalidità di un atto amministrativo e non anche un rapporto giuridico» (BENVENUTI F., *Contraddittorio (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 738 ss., ora anche in IDEM, *Scritti*, cit., p. 2040).

sia in dottrina che in giurisprudenza la consapevolezza che il giudizio amministrativo fosse diventato qualcosa di più di un mero processo all'atto.

Questa crisi è stata poi assecondata, sia pur con un certo ritardo, anche dal legislatore, che a partire dalla legge sul procedimento amministrativo e sino all'introduzione del codice del processo, dando attuazione al rinnovato assetto costituzionale, ha definitivamente riconosciuto all'interesse legittimo una vera e propria dimensione sostanziale, fatta (secondo la lettura tradizionale della dottrina) di pretese e facoltà suscettibili di orientare le scelte discrezionali dell'amministrazione procedente. Forte della sua acquisita dimensione sostanziale, la situazione soggettiva del ricorrente ha infine rimosso l'atto dal centro del processo per diventare, senza possibilità di ripensamento, l'oggetto della tutela davanti alle giurisdizioni amministrative.

Epperò, nonostante i rilievi appena svolti, la soluzione adottata alla fine del diciannovesimo secolo non è stata più oggetto di ripensamento e è rimasta immutata anche nel codice del processo amministrativo, che di nuovo ha scelto il ricorso come atto introduttivo²¹⁸.

Una circostanza, quest'ultima, che appare di per sé di notevole interesse e le cui ragioni meritano, a loro volta, di essere approfondite.

A questo proposito, la stabilità dell'opzione suddetta pare riconducibile alla combinata azione di due fattori.

Per un verso non può dirsi ancora del tutto compiuto quel percorso di abbandono dell'originaria impostazione oggettivistica della giurisdizione amministrativa, che ancora oggi potrebbe far apparire in certa misura più adeguato introdurre il giudizio con un atto che riecheggi l'aggressione a un provvedimento piuttosto che una chiamata della controparte davanti al giudice²¹⁹.

Per altro verso, però, anche qualora si fosse preso atto che l'avvicinamento del processo amministrativo a quello ordinario sarebbe stato tale da giustificare l'adesione allo schema della citazione, è ormai da tempo condivisa in dottrina l'idea che tra la forma dell'atto introduttivo e la natura del giudizio non possa più identificarsi una relazione biunivoca, ben potendo un processo di parti ispirato al principio del contraddittorio essere introdotto mediante ricorso²²⁰.

²¹⁸ Si veda su tutti l'articolo 41, co. 1, c.p.a. per il quale «le domande si introducono con ricorso al tribunale amministrativo regionale competente».

²¹⁹ È pressoché sterminato il numero di lavori dedicati a saggiare il livello di compiutezza del percorso di trasformazione del processo amministrativo da un giudizio sull'atto a un giudizio sul rapporto. Tra i tanti, si segnala qui GRECO G., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Diritto e Società*, 2016, p. 204 ss.

²²⁰ La dottrina che si è cimentata nello studio dei c.d. 'processi da ricorso' ha da tempo dimostrato l'improduttività di qualsiasi tentativo di formulare una teoria della struttura del processo o della natura della situazione sostanziale a esso sottesa muovendo dalla veste

Questa seconda osservazione trova una conferma diretta nel processo del lavoro, che è come noto introdotto con ricorso, ma che condivide con il rito ordinario (è quasi superfluo rilevarlo) i tratti tipici di una giurisdizione di diritto soggettivo il cui oggetto è rappresentato dalla situazione soggettiva della quale il ricorrente domanda tutela e non dall'atto (dove vi sia) del datore di lavoro.

In altre parole, sebbene vi sia chi ritiene che anche nel processo amministrativo sarebbe più corretto parlare di atto di citazione, apparendo l'uso del ricorso giustificato soltanto da ragioni di carattere storico²²¹, secondo molti la trasformazione di questo processo in un giudizio sul rapporto non comporterebbe necessariamente tale conseguenza.

Fermandosi qui, si potrebbe quasi pensare di abbandonare il tema, avanzando l'ipotesi che l'uso del ricorso come atto introduttivo del giudizio amministrativo rappresenti un'eredità del passato, ormai insuscettibile di produrre effetti sul piano della natura del processo.

La sensazione però è che la questione non possa essere liquidata con tanta semplicità e che occorra soffermarsi oltre sulla 'teoria del processo da ricorso' per verificare se dietro la questione nominalistica, di per sé irrilevante, si celino o meno risvolti applicativi di interesse ancora attuale.

Per farlo, è allora opportuno dar conto del pensiero di Feliciano Benvenuti, il quale realizzò una vera e propria sistemazione teorica del processo amministrativo muovendo dalla natura dell'atto introduttivo.

Nell'idea dell'Autore veneziano il ricorso rappresentava la forma archetipa di instaurazione dei giudizi nei quali si fosse fatta questione di atti autoritativi e che, pertanto, fossero contrassegnati dalla non paritarietà delle posizioni sostanziali delle parti. Preso atto di questa peculiarità egli riconduceva

dell'atto introduttivo. Confrontando le ipotesi di 'processo da ricorso', infatti, emerge chiaramente l'assenza di tratti comuni fissi: «la verità è», scrive Cordopatri, «che il nesso fra la struttura del processo da ricorso e la situazione sostanziale non ha, ne può avere, natura per così dire ontologica, ma si profila, più semplicemente, quale rapporto di carattere storico o contingente» (CORDOPATRI F., *Ricorso dir. proc. civ. (voce), cit.*, pp. 738-739).

²²¹ Così PICOZZA E., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2016, p. 77. Secondo l'A., «la dizione di "ricorrente" non appare conforme alla configurazione teorica e dogmatica della parte sostanziale e processuale, cui spetta e che esercita il diritto di azione nel processo amministrativo»: sottolinea Picozza che «l'esistenza di un rapporto giuridico sostanziale tra la parte privata (attore) e quella convenuta (resistente) configura infatti il processo amministrativo anche di legittimità come *vocatio in ius* e non più *vocatio iudicis*». Pertanto, conclude, «anche nel processo amministrativo si chiama attore chi è o si afferma titolare del diritto di azione». Di questa evoluzione, d'altro canto, dava criticamente conto già nel 1951 il Benvenuti, che rilevava come «il processo amministrativo da un tipo puro di processo da ricorso sta evolvendo verso il tipo di processo da citazione, come è quello ordinario» (BENVENUTI F., *Decadenza, cit.*, p. 1096; in argomento e più ampiamente v. anche IDEM, *Evoluzioni del processo amministrativo, cit.*, p. 3673).

ai processi da ricorso almeno sei caratteristiche fisse: l'identificazione della costituzione del rapporto processuale nel momento della costituzione del ricorrente; la non necessaria presenza in giudizio dell'amministrazione, che doveva ritenersi intimata e non convenuta; la conseguente assenza dell'istituto della contumacia; l'attribuzione al giudice di poteri acquisitivi della prova; la piena disponibilità del giudizio in capo al ricorrente; la limitazione dell'effetto di giudicato ai motivi di illegittimità dell'atto affermati nel ricorso²²².

L'ipotesi che qui si sostiene e della quale si cercherà di dare adeguata dimostrazione nelle pagine che seguono è che, sebbene quest'impianto teorico non sembri più trovare fondamento nell'attuale contesto normativo, esso condizioni ancora oggi notevolmente il ruolo dell'amministrazione in giudizio, continuando a orientare molte delle soluzioni interpretative escogitate in giurisprudenza e in dottrina.

3. Oltre la questione nominalistica: la costituzione del rapporto processuale

Procedendo nel senso appena indicato, si può iniziare l'analisi di ciascuna delle caratteristiche richiamate partendo dallo studio dei problemi legati alla genesi del rapporto processuale.

La giurisprudenza, convinta che nei processi da ricorso l'azione fosse rivolta al giudice e non alla controparte, ha sempre individuato il momento costitutivo del rapporto processuale (o della litispendenza, se si preferisce utilizzare una terminologia più neutra) nella costituzione del ricorrente, apparendole soltanto questo il momento in cui il cittadino dimostrerebbe la propria volontà di iniziare un processo²²³. Infatti, diversamente da quanto

²²² Il riferimento è in particolare alle riflessioni in argomento del BENVENUTI F., del quale v. in particolare: *Processo amministrativo*, cit., p. 1851 (v. specificamente p. 3979); *Lo svolgimento del giudizio innanzi al Consiglio di Stato, nella teoria e nella pratica*, in *Atti del III convegno di studi di scienza dell'amministrazione sul tema La giustizia nella amministrazione (Varenna 19-22 settembre 1958)*, Milano, p. 157 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 1851; *Parte nel processo (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 198, p. 962, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 3625. Va detto sin d'ora che il pensiero del Benvenuti, per quanto autorevole, è stata duramente contestata da voci altrettanto autorevoli, per le quali l'importanza della forma dell'atto introduttivo sarebbe stata «sopravvalutata» dal Benvenuti (così NIGRO M., *La giustizia amministrativa*, cit., p. 304, ma nello stesso senso CANNADA BARTOLI E., *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Noviss. Dig.*, XIII, Torino, 1966, p. 1080).

²²³ In questi esatti termini l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 25 febbraio 1982, n. 2, in *giustizia-amministrativa.it*, dove si richiama la precedente pronuncia dell'Adunanza Plenaria 28 luglio 1980, n. 35. Il percorso argomentativo dell'Adunanza Plenaria può essere sintetizzato in questi termini: se il processo amministrativo è un processo da ricorso e se i processi da ricorso si caratterizzano in ciò che l'atto introduttivo è rivolto

avviene nel giudizio ordinario, dove è contemplata la contumacia dell'attore e il convenuto può in ipotesi costituirsi anche da solo al fine di ottenere una pronuncia di accertamento negativo della pretesa attorea, la giurisprudenza ha ritenuto per molto tempo che nel processo amministrativo la notificazione del ricorso all'amministrazione resistente e ai controinteressati non fosse di per sé suscettibile di produrre alcun effetto²²⁴.

A una più attenta lettura, tuttavia, acquisita la consapevolezza che dall'uso del ricorso non può farsi derivare alcuna conseguenza sul fronte della natura del processo (vedi a questo proposito quanto si è detto nel §2), la tesi illustrata non pare condivisibile per almeno due ragioni.

In primo luogo perché il ricorso al giudice amministrativo, a dispetto di quanto dovrebbe lasciar intendere l'adesione allo schema della *vocatio iudicis*, veniva e viene tutt'oggi notificato prima alla parte resistente e ai controinteressati e solo successivamente depositato nella cancelleria del tribunale²²⁵, esattamente come accade con l'atto di citazione nel processo civile ordinario²²⁶.

al giudice, il rapporto processuale non può ritenersi istaurato fin tanto che questi non ne sia a conoscenza.

²²⁴ Secondo questa giurisprudenza, che si rifà alle due citate sentenze dell'Adunanza Plenaria, «la costituzione del rapporto processuale avviene tramite una fattispecie complessa a formazione progressiva, che ha inizio con la notificazione e si conclude con il deposito del ricorso notificato, atteso che, diversamente opinando, si verificherebbe l'assurdo che una lite, che ancora si incardina secondo un meccanismo di *vocatio iudicis* e non di *vocatio in iudicium*, potrebbe dirsi pendente senza che l'ufficio, primo destinatario della domanda di giustizia, ne conosca l'esistenza e, conseguentemente, senza che nessuna attività processuale, a partire dalla fissazione dell'udienza, possa e debba essere svolta» (così, anche recentemente: Tar Campania - Napoli, sez. V, sent. 3 marzo 2010, n. 1277; Cons. St., sent. 22 aprile 2008, n. 1849; Tar Campania - Salerno, sez. I, sent. 7 marzo 2006, n. 239; Cons. St., sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3394; Tar Sardegna, sent. 21 marzo 2003, n. 350; Tar Sardegna, 23 luglio 2002, n. 932; Tar Campania - Napoli, sez. V, sent. 17 dicembre 2001, n. 5485).

²²⁵ Questo è quanto emerge dal combinato disposto degli articoli 27, co. 1, e 45, co. 1, che fissano in capo al ricorrente l'onere di notificare il ricorso «all'amministrazione resistente e [...] ai controinteressati» e, successivamente, di depositarlo «nella cancelleria del giudice». Tali disposizioni ricalcano in larga misura quanto già disponeva l'articolo 9 della menzionata legge 5992 del 1889, ai sensi del quale «il ricorso è diretto al Consiglio di Stato e deve essere [...] notificato all'autorità dalla quale è emanato l'atto o alle persone alle quali l'atto o provvedimento medesimo direttamente si riferisce» e successivamente «deve essere [...] depositato [...] nella segreteria» del giudice.

²²⁶ La differenza fondamentale tra i processi instaurati con atto di citazione e quelli instaurati con ricorso sta in ciò che «mentre nel sistema dell'atto di citazione la domanda è portata prima a conoscenza della controparte e poi del giudice, nel sistema del ricorso la domanda è portata prima a conoscenza del giudice e poi della controparte» (PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale*, cit., p. 56). Si prenda su tutti l'esempio del rito del lavoro, nel quale

In secondo luogo, perché tale tesi finisce per perdere di vista l'unico momento che qui dovrebbe davvero interessare, che è quello dell'esercizio dell'azione²²⁷. È sufficiente al riguardo dare lettura degli artt. 29 ss. c.p.a. per comprendere come il legislatore, mantenendosi peraltro nel solco di una tradizione risalente alla legge istitutiva della quarta sezione²²⁸, abbia incardinato l'azione nella notificazione del ricorso all'amministrazione e ai controinteressati, ritenendo questo (e non quello del deposito nella cancelleria del giudice) il momento in cui si interrompono i termini di decadenza²²⁹.

Dunque, se l'azione si esercita con la notificazione del ricorso all'amministrazione resistente e ai controinteressati formali, sfugge la ragione per la quale nel processo amministrativo, «per il solo fatto che questo è ispirato al modello della *vocatio iudicis*», debba attendersi anche il deposito del ricorso²³⁰. Tanto più che, a ulteriore dimostrazione della validità del principio di indifferenza della forma dell'atto introduttivo rispetto alla natura del giudizio, non è più sostenibile neppure l'argomento che escludeva la possibilità delle parti resistenti di costituirsi autonomamente e a prescindere dal contegno serbato dal ricorrente: il codice del processo amministrativo, innovando molto su questo piano, fissa infatti il *dies a quo* del termine di costituzione delle parti intime nel giorno del «perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso»²³¹ e non più in quello della scadenza del termine assegnato al ricorrente per il deposito²³². Dopo l'entrata in vigore del c.p.a., pertanto,

l'attore deposita il ricorso nella cancelleria del giudice competente e, solo successivamente, lo notifica al convenuto assieme al decreto di fissazione dell'udienza (v. l'art. 415 c.p.c.).

²²⁷ Di questo avviso BACCARINI S., *Piccolo mondo antico: la teoria del «processo da ricorso»*, nota a Cons. St., sez IV, 16 luglio 2007, n. 4002, in *Dir. proc. amm.*, pp. 1153-1154.

²²⁸ Sin dalla legge istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato, infatti, il termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di annullamento si interrompeva con la sola notificazione del ricorso «all'autorità dalla quale è emanato l'atto» e non con il suo deposito nella segreteria del giudice (si veda al riguardo l'art. 9 della solita l. 5992 del 1889).

²²⁹ Questa tesi era già sostenuta da PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962, p. 200, e da CANNADA BARTOLI E., *Processo amministrativo*, cit., p. 1080.

²³⁰ In questi termini v. Cons. St., sent. 5 agosto 2011, n. 4704. Secondo i giudici romani, infatti, il modello della *vocatio in ius* e quello della *vocatio iudicis* «dal punto di vista strutturale [...] non divergono in modo significativo, perché sia nel processo amministrativo che in quello civile da citazione il giudice in realtà è concretamente investito della controversia solo successivamente alla notifica dell'atto introduttivo».

²³¹ Si veda l'art. 46 c.p.a. a memoria del quale «nel termine di sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso, le parti intime possono costituirsi, presentare memorie, fare istanze, indicare i mezzi di prova di cui intendono valersi e produrre documenti».

²³² Questa era la disciplina contenuta nella legge istitutiva della quarta sezione (v. l'art. 10 della l. 5992 del 1889, per il quale «nel termine di trenta giorni successivi a quello assegnato pel deposito del ricorso [corsivo nostro], l'autorità e le parti alle quali il ricorso fosse stato notificato, possono presentare nella segreteria del Consiglio di Stato memorie, fare deduzioni ed istanze

ben può accadere che l'amministrazione si costituisca prima del ricorrente e indipendentemente dal deposito del ricorso, «non fosse altro che per chiedere al giudice di dichiararlo inammissibile»²³³.

Nonostante le resistenze di una certa giurisprudenza²³⁴, quindi, il modello del processo da ricorso può dirsi ormai sotto questo profilo definitivamente abbandonato e il rapporto processuale deve ritenersi validamente instaurato già con la notificazione dell'atto introduttivo all'amministrazione intimata, senza che sia necessario attendere la costituzione del ricorrente.

4. (segue): la presenza in giudizio dell'amministrazione resistente

Proseguendo nell'indagine dei riflessi che il modello del 'processo da ricorso' ha prodotto e continua a produrre nei confronti della parte resistente, occorre guardare adesso al tema della presenza in giudizio dell'amministrazione intimata.

Va detto subito che in un processo da ricorso che possa dirsi davvero autentico l'unico soggetto *necessario* dovrebbe essere il ricorrente. Viceversa, la partecipazione della parte pubblica sarebbe da ritenere «puramente eventuale»²³⁵ poiché su di essa non dovrebbe gravare l'onere di «prospettare al giudice una situazione sostanziale in antitesi a quella illustrata nell'atto introduttivo»²³⁶: mentre nei processi introdotti con citazione l'attore tenderebbe

sull'ammissibilità e sul merito del ricorso e produrre quei documenti che reputassero utili a sostegno del loro assunto») e confermata prima nell'art. 37 del Testo Unico del Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, («nel termine di trenta giorni a quello assegnato per il deposito del ricorso [corsivo nostro], l'autorità e le parti [...] possono presentare memorie, fare istanze, produrre documenti, e anche un ricorso incidentale, con le stesse forme prescritte per il ricorso») e successivamente nell'articolo 22 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, («nel termine di venti giorni successivi a quelli stabiliti per il deposito del ricorso [corsivo nostro], l'organo che ha emesso l'atto impugnato e le altre parti interessate possono presentare memorie, fare istanze e produrre documenti»).

²³³ Così, di nuovo, Cons. St., sent. 5 agosto 2011, n. 4704, *cit.* Di questo orientamento giurisprudenziale dà ampio conto VERCILLO G., *La notifica del ricorso*, in POLICE A. (a cura di), *Processo amministrativo*, p. 179.

²³⁴ Vedi a titolo esemplificativo Cons. St., sent. 19 dicembre 2016, n. 5363, per la quale «nel processo amministrativo, l'instaurazione del rapporto processuale si verifica all'atto della costituzione in giudizio del ricorrente, mediante il deposito del ricorso giurisdizionale (con la prova delle avvenute notifiche) presso la segreteria del Tar; l'individuazione della pendenza del rapporto processuale, in altri termini, mentre nei giudizi che iniziano con citazione va fissata nel momento della notificazione di essa («vocatio in jus»), in quelli, come nel caso in esame, introdotti con ricorso si ha nel momento del relativo deposito [corsivi nostri]».

²³⁵ Esattamente così BENVENUTI F., *Evoluzioni*, *cit.*, p. 3684.

²³⁶ Ancora BENVENUTI F., *Parte nel processo*, *cit.*, p. 3635.

«a trascinare la controparte davanti al giudice» per «obbligarlo a discutere» la materia contesa, nei giudizi che si introducono con ricorso l'azione avrebbe la sola funzione di investire il giudice della controversia «senza che la controparte debba necessariamente essere presente in giudizio»²³⁷. Con il che troverebbe conferma l'ipotesi avanzata sopra per la quale l'adesione al modello del ricorso era originariamente giustificata dall'idea della «superiorità sociale» dell'amministrazione, che mal si sarebbe adattata «a trovarsi sulla stessa posizione del ricorrente», non accettando «di essere chiamata rea» nel processo²³⁸.

Arrivati a questo punto, però, se l'amministrazione deve essere libera di non costituirsi, va da sé che il processo debba essere strutturato in modo tale che il giudice possa decidere con la sola presenza del ricorrente. Infatti, la legge istitutiva della quarta sezione non soltanto faceva gravare solo su quest'ultimo l'onere di depositare l'atto impugnato, peraltro entro un termine perentorio a pena di decadenza dell'azione²³⁹, ma escludeva del tutto l'amministrazione da ogni altro onere processuale²⁴⁰: ai fini della decisione del giudice, insomma, dovevano ritenersi sufficienti la prospettazione del ricorrente e la «contraddizione [...] data dall'esistenza del provvedimento impugnato»²⁴¹.

Sono queste le ragioni per le quali, quella stessa dottrina che aveva teorizzato il modello del 'processo da ricorso' criticò poi aspramente la scelta del legislatore di eliminare la sanzione della decadenza per la mancata produzione del provvedimento da parte del ricorrente e di introdurre, viceversa, il dovere di depositarlo in capo all'amministrazione: pur nella consapevolezza che dietro tale misura stava una domanda di effettività della tutela, fu subito rilevato

²³⁷ Sempre BENVENUTI F., *Processo amministrativo*, cit., p. 3979.

²³⁸ Di nuovo, seguendo la costruzione di Feliciano Benvenuti (*op. ult. cit.*, p. 3979), «l'amministrazione non può rifiutarsi di soggiacere alla sentenza ma può rifiutarsi di soggiacere all'onta di vedersi chiamata in giudizio come qualsiasi cittadino».

²³⁹ Ai sensi dell'art. 9, co. 3 e 4, della l. 5992 del 1889 «l'originale ricorso [...] deve essere dal ricorrente [...] depositato insieme all'atto o provvedimento impugnato, nella segreteria del Consiglio di Stato» entro i «trenta giorni successivi alle notificazioni medesime», da «osservarsi a pena di decadenza».

²⁴⁰ Scorrendo l'intera legge 5992 del 1889, infatti, non si rinviene a carico dell'amministrazione intimata alcun onere processuale, ma solamente la facoltà di «presentare [...] memorie, fare deduzioni ed istanze sull'ammessibilità e sul merito del ricorso e produrre quei documenti che reputassero utili a sostegno del loro assunto» (art. 10).

²⁴¹ Diceva ancora il Benvenuti che «se il termine per il ricorso è imposto a pena di decadenza proprio per ottenere rapidamente la certezza del giudizio, l'onere del deposito dell'atto impugnato è statuito allo scopo di costituire il limite dell'oggetto del giudizio da parte dell'amministrazione» (*op. ult. cit.*, p. 3979).

come questa soluzione finisse per alterare irrimediabilmente il modello originario²⁴². Una volta che veniva introdotto il dovere per l'amministrazione di depositare l'atto impugnato, lo schema del «processo a senso unico»²⁴³ risultava definitivamente abbandonato, ottenendosi per questa via l'effetto, ancorché indiretto e non voluto, di spingere l'amministrazione a costituirsi in giudizio: come si può facilmente intuire, infatti, se quest'ultima è obbligata a palesarsi per produrre l'atto impugnato, è difficile che essa non colga tale occasione per depositare un atto di costituzione, ancorché puramente di stile e privo di argomenti difensivi.

Anche su questi aspetti non si è più fatta marcia indietro e tutt'ora il codice, disinteressandosi di tenere fede a un tipo processuale prestabilito, per un verso contempla la costituzione dell'amministrazione²⁴⁴ e per altro verso fa gravare su di essa innumerevoli oneri processuali²⁴⁵, finanche prevedendo per alcuni di essi, come si dirà più avanti, termini perentori a pena di decadenza²⁴⁶. Tanto è vero che è oggi opinione incontrastata che l'amministrazione, assieme al ricorrente e ai controinteressati formali, sia parte *necessaria* del processo amministrativo²⁴⁷.

Ma vi è di più. L'allontanamento dal modello originario del 'processo da ricorso' è su questo fronte ormai tale che è divenuto forse opportuno domandarsi se, in luogo di quel '*diritto* di non prendere parte al giudizio' di cui

²⁴² Si veda di nuovo BENVENUTI F., *Evoluzioni*, cit., p. 3684, che riteneva quella modifica contrastante «con lo schema del processo da ricorso, dove l'unico soggetto necessario è il ricorrente, mentre l'amministrazione resistente è un soggetto puramente eventuale».

²⁴³ Per utilizzare una eloquente espressione di Marcello Clarich, sulla quale torneremo *infra* nel testo §8.1

²⁴⁴ Si veda al riguardo l'art. 46 c.p.a. del quale si dirà più approfonditamente *infra* nel testo.

²⁴⁵ Senza voler anticipare aspetti che si tratteranno meglio più avanti, basti qui sottolineare come in capo all'amministrazione gravi l'onere di depositare il provvedimento impugnato (art. 46, co. 2, c.p.a.) e quello di depositare documenti non oltre il quarantesimo giorno antecedente l'udienza di trattazione (art. 73, co. 1, c.p.a.).

²⁴⁶ Il riferimento è qui all'onere, menzionato nella nota precedente, di depositare i documenti non oltre il quarantesimo giorno antecedente l'udienza di trattazione (art. 73, co. 1, c.p.a.).

²⁴⁷ L'idea che l'amministrazione sia *parte necessaria* del processo amministrativo è oggi ampiamente condivisa e per rendersene conto è sufficiente scorrere un qualsiasi manuale di diritto processuale amministrativo (si vedano a titolo esemplificativo: CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 488; CANGELLI F., *Le parti*, in COCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, p. 227; TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, p. 231; TROPIANO F.M., *Le parti e i difensori*, in CIRILLO G.P. (a cura di), *Il nuovo diritto amministrativo*, in SANTANIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo*, pp. 299-300; MIGNONE C., VIPIANA P.M., *Manuale di giustizia amministrativa*, Padova, 2012). Va detto però che la dottrina include l'amministrazione tra le parti necessarie del giudizio perlopiù nel senso che a essa, ai sensi dell'art. 27 c.p.a., deve essere *necessariamente* notificato l'atto introduttivo del giudizio.

parlava Benvenuti, non sussista oggi un vero e proprio *obbligo* dell'amministrazione di costituirsi e di difendersi con tutti i mezzi e le argomentazioni disponibili, al fine di raggiungere una pronuncia che sia quanto più possibile soddisfattiva del suo interesse di parte. Ma di questo si dirà più specificamente *infra* §10 e 11.

5. (segue): la contumacia dell'amministrazione resistente

Rimanendo nell'ambito della fase costitutiva del giudizio, va detto che la natura *eventuale* della presenza dell'amministrazione porta con sé la mancanza nel processo amministrativo della contumacia²⁴⁸.

La ragione di questa consequenzialità si può facilmente comprendere se si pensa che tale istituto, nel processo ordinario, ha la funzione di garantire alla parte costituita che si giunga a sentenza irrevocabile anche senza le controparti. A tal fine è previsto che esse incorrano in tutte le decadenze processuali che maturano nel tempo in cui non si sono costituite e che subiscano gli effetti della sentenza pronunciata in difetto del loro apporto conoscitivo²⁴⁹.

²⁴⁸ Che l'assenza dell'istituto della contumacia sia una conseguenza diretta di quanto si è detto supra nel testo emerge chiaramente da Tar Basilicata, sent. 28 marzo 1995, n. 120: «il giudizio amministrativo», dice il tribunale lucano, «è caratterizzato da un'istanza esclusivamente rivolta al giudice [...] sicché la domanda (intesa, questa, come atto di esercizio del potere di azione) non è tanto volta all'affermazione del diritto nei confronti della controparte quanto, piuttosto, ad esporre direttamente al giudice le ragioni poste a base della pretesa illegittimità del provvedimento amministrativo, al cui annullamento il ricorrente tende e dalla cui emanazione egli, quale titolare della situazione sostanziale, può in concreto, sia pure indirettamente, ricevere tutela»; pertanto, è proprio «dalla mancanza della *vocatio in ius* nel processo amministrativo» che deriverebbero «sia l'assenza dell'istituto della contumacia sia la piena operatività della rinuncia al ricorso, indipendentemente dall'accettazione delle altre parti».

²⁴⁹ Questo è quanto emerge dalla disciplina processualcivile della contumacia (artt. 290 ss. c.p.c.). Infatti, «la parte che è stata dichiarata contumace può costituirsi in ogni momento del procedimento fino all'udienza di precisazione delle conclusioni», (art. 293, co. 1, c.p.c.) ma «può chiedere al giudice istruttore di essere ammesso a compiere attività che gli sarebbero precluse» soltanto «se dimostra che la nullità della citazione o della sua notificazione gli ha impedito di avere conoscenza del processo o che la costituzione è stata impedita da causa a lui non imputabile». In questo caso, «il giudice, se ritiene verosimili i fatti allegati, ammette, quando occorre, la prova dell'impedimento, e quindi provvede sulla rimessione in termini delle parti» (art. 294, co. 1 e 2, c.p.c.). Per alcune letture di fondo sulla contumacia, v. BRANDI P., *Contumacia (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 462; COSTA S., *Contumacia*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 772; GIANNOZZI G., *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1963.

Di conseguenza, fin tanto che la legge non faceva gravare sull'amministrazione alcun onere processuale, non aveva senso parlare della sua contumacia. Se essa poteva costituirsi direttamente all'udienza di trattazione senza incorrere in decadenze o addirittura poteva scegliere di non partecipare al giudizio senza per questo far mancare il suo punto di vista (che stava già nell'atto impugnato), non si sentiva nessuna esigenza di garantire al ricorrente che si giungesse a sentenza definitiva anche in assenza della parte intimata.

Ebbene, l'attuale fondatezza di tali argomenti è stata recentemente messa alla prova dall'ordinanza del Tar Lecce con la quale il giudice pugliese ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dell'art. 44, co. 4, c.p.a. nella parte in cui limita la rinnovazione delle notificazioni alle sole ipotesi di nullità per causa non imputabile al ricorrente²⁵⁰.

La vicenda, invero, trae origine dall'articolo 46, co. 24, della legge 18 giugno 2009, n. 69, che estendeva ai giudizi amministrativi la disciplina dell'art. 291 c.p.c., consentendo la rinnovazione delle notificazioni nulle indipendentemente dall'imputabilità soggettiva delle cause²⁵¹. Tale previsione, introdotta peraltro al di fuori della delega dell'art. 44 e suscettibile quindi di immediata applicazione²⁵², venne poi abrogata l'anno successivo in sede di approvazione del codice, dove si prese atto che essa finiva per mettere in discussione la perentorietà dei termini di decadenza brevi fissati per l'esercizio delle azioni amministrative²⁵³.

Si scelse così di introdurre, in luogo della disciplina processualcivile, un meccanismo che si adeguasse maggiormente all'esigenza di stabilità dell'azione degli apparati pubblici e che consentisse la rimessione in termini del ricorrente solo in caso di nullità delle notifiche per «causa non imputabile al notificante»²⁵⁴.

²⁵⁰ Il riferimento è a Tar Puglia, sez. Lecce, ord. 9 maggio 2013, n. 179.

²⁵¹ L'articolo 46, co. 24, della legge 18 giugno 2009, n. 69, stabiliva infatti che «il primo comma dell'art. 291 del Codice di procedura civile si applica anche nei giudizi davanti ai giudici amministrativi e contabili».

²⁵² Come noto, infatti, l'art. 44 l. 69 del 2009 recava la «delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo», in forza della quale è stato poi approvato il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. La circostanza che la previsione di cui si discorre fosse contenuta al di fuori della delega, pertanto, non era priva di rilevanza, perché la rendeva operativa indipendentemente dalla (e prima della) approvazione del codice.

²⁵³ Infatti, stando alla disciplina che introduceva l'art. 46, co. 24, della l. 69 del 2009, se l'amministrazione non si fosse costituita per via di una nullità della notificazione, il giudice avrebbe dovuto assegnare al ricorrente un nuovo termine perentorio entro il quale rinnovarla e la rinnovazione avrebbe impedito la formazione delle decadenze di cui agli artt. 29 ss. c.p.a. Con il che, si capisce, si sarebbe finito per consentire l'aggiramento dei termini di impugnazione anche per motivi imputabili alla mera negligenza del ricorrente.

²⁵⁴ Così, testualmente, l'art. 44, co. 4, c.p.a.

Su questa soluzione si appuntava quindi l'attenzione del giudice rimettente, il quale la riteneva inadeguata ad assicurare quel coordinamento con «le norme del codice di procedura civile» espressive di «principi generali» che era richiesto dalla legge delega²⁵⁵.

Posta in questi termini, la questione poteva senza dubbio rimanere estranea al tema oggetto di queste pagine: ben avrebbe potuto la Corte limitarsi a rilevare che la disciplina contenuta nell'art. 291 c.p.c. non rappresenta un principio generale, evitando così di menzionare la contumacia. Ma la Consulta si è spinta oltre e ha voluto sottolineare come, di là dal rispetto dei criteri di delega, il vero ostacolo «all'applicabilità della richiamata regola processual-civilistica» dovesse rinvenirsi nella «peculiare struttura» del giudizio amministrativo. E ciò in quanto tale processo sarebbe «caratterizzato da brevi termini perentori per la sua introduzione» e «*dall'assenza dell'istituto della contumacia*»²⁵⁶.

Per la Corte, quindi, due sono le ragioni per le quali non avrebbe senso prevedere nel processo amministrativo un meccanismo di rinnovazione delle notifiche nulle per cause imputabili al ricorrente. Innanzitutto perché i termini di decadenza brevi si giustificano per la necessità di garantire la stabilità degli atti amministrativi e non consentono alcuna possibilità di deroga (salvo, s'intende, per il caso in cui la nullità della notifica sia dovuta a cause non imputabili al ricorrente). In secondo luogo perché, mentre tale meccanismo è preordinato nel processo civile alla dichiarazione di contumacia del convenuto, perderebbe di utilità nel processo amministrativo dove tale istituto non è contemplato.

Insomma, se la dichiarazione di contumacia del convenuto serve al giudice ordinario per accertare che quella parte, ritualmente messa a conoscenza dell'esistenza di un processo che la riguarda, ha liberamente scelto di non parteciparvi, tale esigenza non esisterebbe nel processo amministrativo, dove vi sono soltanto due possibilità: o la notifica è andata a buon fine nei termini di legge e l'amministrazione ha scelto liberamente di non partecipare al giudizio; o l'azione è decaduta e non c'è spazio per nessuna rinnovazione.

A ben vedere, però, il ragionamento della Corte non tiene debitamente in considerazione che, come si è detto, la dichiarazione di contumacia non

²⁵⁵ Criterio di delega, quest'ultimo, che ha trovato diretta attuazione nell'articolo 39 c.p.a., dove si fa generico rinvio alle disposizioni del codice di procedura civile «in quanto compatibili o espressione di principi generali».

²⁵⁶ Si legge infatti in Corte Cost., sent. 31 gennaio 2014, n. 18, che «la peculiare struttura» del giudizio amministrativo sia «di per sé ostativa all'applicabilità» della regola contenuta nell'art. 291 c.p.c., atteso che in tale giudizio, «caratterizzato da brevi termini perentori per la sua introduzione e *dall'assenza dell'istituto della contumacia*», vige «l'opposto principio per cui, ai fini della regolare instaurazione del rapporto processuale, il ricorso deve essere ritualmente notificato entro il prescritto termine di decadenza all'amministrazione resistente».

esaurisce la sua funzione con l'accertamento della volontà del contumace di non partecipare al giudizio, ma serve innanzitutto a far maturare nei confronti di quest'ultimo le decadenze processuali che si formano nel tempo in cui egli non partecipa al giudizio.

Alla luce di quest'ultima osservazione, occorre allora domandarsi se sia ancora attuale l'estromissione dell'istituto contumaciale dal processo amministrativo, posto che oggi il codice limita l'esercizio di alcune facoltà processuali entro termini perentori che si rivolgono anche all'amministrazione. Si pensi al riguardo all'art. 73, co. 1, c.p.a., che fissa in quaranta giorni antecedenti l'udienza di trattazione il termine ultimo per la produzione di documenti: non sarebbe allora del tutto peregrino immaginare che il ricorrente possa trarre un qualche vantaggio dalla dichiarazione di contumacia dell'amministrazione, con la quale il giudice accerti che essa è stata ritualmente intimata e che, scegliendo di non partecipare al giudizio, è decaduta da tale facoltà.

Ma l'utilità della dichiarazione di contumacia potrebbe arricchirsi ulteriormente se si ritenesse applicabile al processo amministrativo la disciplina contenuta nell'art. 292 c.p.c., che esclude, fatte salve alcune eccezioni, l'obbligo di notificazione al contumace degli atti processuali²⁵⁷. Proprio in questa direzione pareva andare una pronuncia del Consiglio di Stato, rimasta per il momento isolata, che ammetteva, «ancor più in ragione della disciplina [...] contenuta nell'art. 44, co. 4, c.p.a.», l'applicazione nel processo amministrativo dell'art. 291 c.p.c. e, quindi, se ne potrebbe dedurre, anche del successivo art. 292 c.p.c.²⁵⁸

Si immagini allora l'ipotesi in cui il collegio, ritenendo che all'esito di una prima udienza di trattazione la controversia non sia ancora matura per la deliberazione, decida di rinviare il processo a un'udienza successiva. In questo caso, qualora trovasse applicazione la disciplina contenuta nell'art. 292 c.p.c.,

²⁵⁷ Ai sensi dell'art. 292 c.p.c., infatti, sono notificate al contumace solamente «l'ordinanza che ammette l'interrogatorio o il giuramento, e le comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali da chiunque proposte». Fatte salve queste eccezioni, «tutti gli altri atti non sono soggetti a notificazione o comunicazione».

²⁵⁸ Questa pronuncia è di particolare interesse perché guarda all'art. 44, co. 4, c.p.a. in una prospettiva diversa a quella si era posta la Corte Costituzionale con la sentenza n. 18 del 2014. Infatti, fermo restando che la particolare esigenza di celerità non contende di estendere al giudizio amministrativo la disciplina dell'art. 291 c.p.c., va detto che per effetto di tale disposizione la contumacia trova nel codice una sua prima forma embrionale di disciplina. Pertanto, se si volesse cogliere e valorizzare la novità di questa norma, si potrebbe immaginare che per essa trovino applicazione anche le disposizioni del c.p.c. alle quali fa diretto riferimento (che sono, appunto, tutte quelle contenute negli artt. 290 ss. c.p.c.).

l'amministrazione intimata e non costituita, che sia stata dichiarata contumace, perderebbe il diritto di ricevere comunicazione di tale rinvio²⁵⁹.

Ma vi è di più. L'introduzione della contumacia si rivelerebbe utile anche a garantire una corretta operatività del principio di non contestazione²⁶⁰, sulla scorta di quanto avviene nel giudizio ordinario²⁶¹. Infatti, non essendo previsto nel processo amministrativo un momento di verifica della regolare costituzione delle parti, si pone qui il grave problema di stabilire quale valore dare all'assenza (volontaria) dell'amministrazione regolarmente intimata.

Una prima soluzione potrebbe essere quella di attribuire a tale comportamento il significato di acquiescenza tacita a tutti fatti costitutivi dedotti dal ricorrente²⁶². Sarebbe tuttavia sin troppo facile osservare che, per questa via, si finirebbe per riconoscergli un vantaggio eccessivo e ingiustificato²⁶³, finanche superiore a quello ch'egli avrebbe nel processo ordinario, dove è pacifico che il principio di non contestazione operi solo in caso di regolare costituzione del convenuto²⁶⁴.

²⁵⁹ Questa soluzione, peraltro parrebbe già in una certa misura emergere dall'estensione analogica dell'art. 71, co. 5, c.p.a. che vincola l'ufficio di segreteria del giudice a comunicare «il decreto di fissazione [dell'udienza] sia al ricorrente che alle parti costituite in giudizio»: pertanto, se il decreto di fissazione della prima udienza di trattazione deve essere notificato unicamente alle parti costituite, a maggior ragione solo a queste dovrà essere comunicato un eventuale decreto di rinvio dell'udienza.

²⁶⁰ Sul quale principio di non contestazione v. recentemente FOLLIERI F., *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1012-1033; GAFFURI F., *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, Milano, 2018; ROMANO E., *La "non contestazione" nel processo amministrativo*, Torino, 2016.

²⁶¹ Sia sufficiente sul punto richiamare PROTO PISANI A., *Lezioni*, cit., p. 409, che esclude l'operatività del principio di non contestazione nei processi contumaciali rilevando come «la contumacia del convenuto» sia nel nostro ordinamento «un comportamento neutro, che non ha valore di *ficta confessio*».

²⁶² Questa soluzione è stata per esempio seguita da Tar Toscana, sez. III, sent. 28 luglio 2017, n. 1009 (che richiama a sua volta Tar Campania (Salerno), Sez. I, sent. 19 novembre 2014, n. 1943), per il quale «in considerazione della mancata costituzione dell'amministrazione comunale va peraltro applicato, il principio di non contestazione di cui al 4° comma dell'art. 64 c.p.a., *dovendosi ragionevolmente dedurre che, rispetto a quanto dedotto in ricorso e riscontrato dal Collegio giudicante, l'amministrazione non avesse alcuna difesa utile da opporre* [corsivo nostro]». Sulla stessa lunghezza d'onda, anche prima dell'approvazione del codice del processo amministrativo, Tar Sardegna (Cagliari), sez. II, sent. 11 novembre 2009, n. 1723, per il quale «la mancata costituzione dell'Amministrazione intimata *impone al Collegio di ritenere [...] corretta la ricostruzione della vicenda come esposta nell'atto introduttivo del giudizio* [corsivo nostro]».

²⁶³ A ben vedere, questa soluzione pare in contrasto con la lettera dell'art. 64, co. 2, c.p.a., che ammette il funzionamento del principio di non contestazione solamente per il caso di «fatti non specificatamente contestati dalle parti *costituite* [corsivo nostro]».

²⁶⁴ Questo è infatti il rilievo di Tar Torino (Piemonte), sez. II, sent. 25 luglio 2016, n. 1063, dove si afferma che «non può [...] trovare accoglimento la tesi [...] secondo la quale la mancata costituzione dell'amministrazione proverebbe l'assunto [del ricorrente]» in quanto «per

Ma anche a voler percorrere l'alternativa di ispirazione processualcivilitica, escludendo così l'operatività del principio di non contestazione in caso di mancata costituzione della parte intimata²⁶⁵, non si riuscirebbero comunque a evitare possibili esiti paradossali: in difetto di conseguenze negative, l'amministrazione potrebbe talvolta ritenere più vantaggioso non costituirsi piuttosto che farlo assumendosi il faticoso onere di contestare gli argomenti posti dal ricorrente a sostegno della domanda. Insomma, essa finirebbe addirittura per trarre un (indebito) vantaggio dalla sua assenza, senza al contempo subire gli effetti negativi che gli artt. 291 c.p.c. ss. fanno dipendere dalla contumacia del convenuto nel processo ordinario.

In definitiva, pare ormai venuta meno quella *peculiare struttura* del processo amministrativo che lo rendeva incompatibile con la contumacia e sarebbe forse opportuno che la giurisprudenza valorizzasse la portata innovativa dell'art. 44, co. 4, c.p.a. quale viatico per l'ingresso di quest'istituto anche nel processo amministrativo.

pacifica giurisprudenza *l'effetto probatorio del principio della non contestazione non può realizzarsi nei confronti della parte che (per altro esercitando una prerogativa prevista per legge) resta del tutto estranea al giudizio* [corsivo nostro]». Per il giudice piemontese infatti «solo il soggetto che, partecipando al processo, non contesta specifiche allegazioni, abbina ad una condotta difensiva attiva una puntuale inerzia cui è possibile attribuire un significato incidente sull'accertamento dei fatti». La sentenza, peraltro, richiama a sostegno della propria tesi Cass., sez. lav., sent. 14 gennaio 2015, n. 461, dove si afferma che «il principio di non contestazione presuppone un comportamento concludente della parte costituita», e Cass., sez. lav., sent. 21 novembre 2014, n. 24885, dove si dice che «la contumacia integra un comportamento neutrale cui non può essere attribuita valenza confessoria e comunque non contestativa dei fatti allegati dalla controparte, che resta onerata della relativa prova». Su questa stessa linea innumerevoli sentenze, sia dei giudici territoriali che del Consiglio di Stato, che respingono nel merito il ricorso nonostante la mancata costituzione dell'amministrazione intimata, negando quindi in questi casi operatività al principio di non contestazione. Tra le tante, v.: Tar Piemonte (Torino), sez. II, sent. 21 marzo 2018, n. 343; Cons. St., sez. V, sent. 7 febbraio 2018, n. 800; Tar Campania (Napoli), sez. VII, 31 gennaio 2018, n. 677; Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2018, n. 559; Tar Campania (Napoli), sez. II, 10 gennaio 2018, n. 149. Ma vi sono anche pronunce di accoglimento rese in assenza dell'amministrazione intimata fondate non sul presupposto della non contestazione ma su quello del raggiungimento della prova: v. per esempio Tar Veneto (Venezia), sez. II, sent. 21 agosto 2013, n. 1073, nella quale il giudice territoriale ha ritenuto che, «malgrado la mancata costituzione dell'Amministrazione comunale», il ricorrente avesse provato la sussistenza di «tutti i presupposti richiesti dall'art. 2043 c.c. per il riconoscimento del danno extracontrattuale».

²⁶⁵ Questa conclusione pare condivisa (anche se la questione non è espressamente trattata) anche da GAFFURI F., *Il principio di non contestazione*, cit., pp. 256-275, il quale contempla sempre ai fini dell'operatività del principio la partecipazione al giudizio dell'amministrazione intimata.

6. (segue): il principio dispositivo con metodo acquisitivo

Dopo aver analizzato le conseguenze che l'adesione allo schema del ricorso comporta nella fase costitutiva del giudizio, si possono adesso esaminare quelle che si producono nella fase istruttoria.

Si è detto che l'atto introduttivo svolgerebbe nei processi da ricorso la funzione di *vocatio iudicis* e non di *vocatio in ius* e che, pertanto, il rapporto processuale si instaurerebbe innanzitutto tra ricorrente e giudice. E si è detto anche che tale rapporto sarebbe validamente stabilito con la costituzione del solo ricorrente, che avviene mediante il deposito del ricorso e dell'atto impugnato, a prescindere dalla presenza in giudizio dell'amministrazione intimata.

Vero tutto questo, è allora comprensibile che la fase istruttoria debba essere congegnata in modo tale da consentire al giudice di rimediare a quelle «deficienze del contraddittorio» che giocoforza si creano in un giudizio che nella sua fase genetica è viziato da una simile disparità delle parti²⁶⁶.

Quest'ultima considerazione merita però particolare attenzione.

A tale riguardo occorre tenere presente che nel processo amministrativo la disparità delle parti si apprezza non soltanto su di un piano sostanziale, dove per ovvie ragioni il ricorrente potrebbe non disporre di elementi sufficienti a dar prova delle affermazioni contenute nell'atto introduttivo, ma riguarda anche il fronte processuale. Infatti, l'adesione al modello del ricorso, con tutte le conseguenze che ne derivano, comporta che, qualora l'amministrazione non partecipi al giudizio o comparendovi scelga di rimanere inerte, «venga meno quel dialogo» che garantisce nel processo ordinario «la scoperta della verità»²⁶⁷.

Pertanto, nei processi da ricorso sarebbe necessario conferire all'organo giudicante uno strumentario adeguato non soltanto a superare quella «mancanza di equivalenza» che il ricorrente sconta nei confronti dell'amministrazione «sul terreno della realtà pratica», ma anche, viceversa, a vincere quella mancanza di equivalenza che l'amministrazione, a sua volta, sconta nei confronti del ricorrente sul piano processuale per via della particolare natura del giudizio d'impugnazione: «quella possibile *mancanza di contraddittorio* [corsivo

²⁶⁶ BENVENUTI F., *Istruzione nel processo amministrativo (voce)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 204, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 3043. Secondo l'A., infatti, mentre «il metodo dispositivo è tipico dei processi da citazione nei quali si ha una perfetta parità delle parti che è presumibile che ciascuna sia in grado di apportare a dimostrazioni delle proprie affermazioni di fatto gli elementi della realtà extraprocessuale [...], il processo amministrativo è, invece, un processo da ricorso, nel quale, anziché aversi una *vocatio in iudicium*, si ha una *vocatio in iudicis*, di modo che il rapporto processuale viene a instaurarsi prima che su un collegamento tra le parti, su un collegamento tra una parte ed il giudice, mentre l'altra parte rimane, per così dire, eventuale e non necessaria».

²⁶⁷ Sempre BENVENUTI F., *op. ult. cit.*, p. 3048.

nostro]», cioè, «che dipende dalla struttura del processo amministrativo come processo da ricorso»²⁶⁸.

Sono queste le considerazioni che indussero Benvenuti a coniare la teoria del *principio dispositivo con metodo acquisitivo*²⁶⁹, che per un verso fa gravare sulle parti, come in tutti i processi di tipo accusatorio²⁷⁰, l'onere di introdurre i fatti idonei a dimostrare la fondatezza delle proprie affermazioni; ma per l'altro, diversamente dal processo ordinario, conferisce al giudice il potere di acquisire d'ufficio i mezzi per la prova di quei fatti²⁷¹.

Il passaggio è particolarmente delicato e va chiarito ulteriormente.

Nei testi di giustizia amministrativa, infatti, si è soliti giustificare il metodo acquisitivo esclusivamente sul piano sostanziale, adducendo «l'esigenza di riequilibrare [...] le posizioni delle parti e di porre rimedio a una sperequazione» derivante dalla circostanza che, almeno «in genere», è l'amministrazione a disporre «della prova dei fatti rilevanti»²⁷².

Epperò, come si è appena visto, Feliciano Benvenuti, che di tale principio è stato il primo teorizzatore, aggiungeva alla suddetta esigenza di porre rimedio allo squilibrio delle parti sul piano sostanziale (che assume il contegno di un 'soccorso istruttorio' a beneficio del ricorrente) pure la necessità di avviare a un'eventuale carenza di contraddittorio determinata dall'assenza dell'amministrazione (che, viceversa, assume le sembianze di un 'soccorso istruttorio' realizzato a beneficio dell'ente pubblico intimato).

Tanto è vera l'esistenza di questa doppia giustificazione che, come si dirà *infra* in questo paragrafo, non sono affatto rare le circostanze in cui il giudice amministrativo, tutt'oggi, si sente autorizzato a esperire i propri poteri istrut-

²⁶⁸ Ancora BENVENUTI F., *op. ult. cit.*, p. 3049.

²⁶⁹ La teoria del principio dispositivo con metodo acquisitivo, anticipata da BENVENUTI F. in uno scritto del 1952 (*L'onere del principio di prova nel processo amministrativo*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione – sezioni civili*, XXXI, 1952, p. 774, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 1103), è stata poi illustrata in maniera dettagliata l'anno successivo dallo stesso A. nella sua monografia *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.

²⁷⁰ Sulla contrapposizione tra sistema inquisitorio e sistema dispositivo v. MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 120-130 (con particolare attenzione alle considerazioni contenute nelle note 61 e 62).

²⁷¹ Come noto, sono molto ampi i poteri che il c.p.a. riconosce al giudice nella fase istruttoria. Egli può «chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti e documenti» (art. 63, co. 1), «ordinare anche a terzi di esibire in giudizio i documenti o quanto altro ritenga necessario» (art. 63, co. 2), «ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero [...] disporre una consulenza tecnica» (art. 63, co. 4), «disporre [...] l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile» (art. 63, co. 5) e, infine, «disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione» (art. 64, co. 3).

²⁷² Così, fra i tanti, TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2010, p. 257.

tori per rimediare a un *deficit* cognitorio dipendente dalla negligenza processuale dell'amministrazione (qualora essa non si sia costituita o, pur avendolo fatto, sia rimasta inerte).

Impostato in questi termini il ragionamento e chiarito il duplice fondamento teorico del metodo acquisitivo, si può adesso provare a saggiarne l'attualità, tenendo presente che in questa materia, come in tema di giudicato (v. *infra* §8), esercita ancora una forte influenza l'impostazione originaria del giudizio amministrativo come processo da ricorso contro un atto di un apparato pubblico.

Va detto subito che al fondo del metodo acquisitivo parrebbe stare la convinzione che il processo amministrativo non possa accontentarsi di trovare una verità processuale, quale essa sia, ma debba essere finalizzato al raggiungimento di una sentenza *giusta*. Per quanto non sia questa la sede per affrontare un tema di dimensioni tanto vaste da aver impegnato per anni schiere di processualisti²⁷³, sia qui consentito rilevare come dalla disciplina della fase istruttoria contenuta nel c.p.a. emerga chiaramente la tensione tra queste due alternative: da un lato si caricano le parti dell'onere della prova e dell'onere di fornire gli elementi di prova, vincolando la decisione del giudice alle «prove proposte dalle parti» e ai «fatti non specificatamente contestati»²⁷⁴; dall'altro lato si attribuiscono al collegio poteri istruttori di rilevante entità, quali la richiesta d'ufficio di chiarimenti o documenti alle parti, nonché l'acquisizione, sempre officiosa, «di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione»²⁷⁵.

Fermandosi qui, dunque, si potrebbe dire che nel codice del processo amministrativo abbia trovato cittadinanza proprio quel metodo istruttorio di cui si è dato sommariamente conto nella prima parte di questo paragrafo.

Forse, però, una più attenta lettura delle norme contenute negli artt. 63 ss. c.p.a. suggerisce che la scelta non sia stata esattamente questa o almeno che non lo sia stata in quegli esatti termini che furono teorizzati da Benvenuti, quale meccanismo processuale preposto a rimediare non soltanto allo squilibrio sostanziale delle parti ma anche a quello processuale²⁷⁶.

²⁷³ Per avere un'idea della vastità della letteratura sul tema, v. MOTTO A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, p. 72, nota 25, dove l'A. contesta la validità delle teorie che tendono a riconoscere rilevanza giuridica alla c.d. «sentenza ingiusta» quale decisione che rende incontrovertibile una situazione giuridica in termini difformi da quelli reali.

²⁷⁴ Vedi l'articolo 64, co. 2, c.p.a.

²⁷⁵ Vedi quanto si è già detto *supra* in nota in merito ai poteri officiosi del giudice di cui agli artt. 63 e 64 c.p.a.

²⁷⁶ È la tesi sostenuta da BRIANI R., *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'art. 111 della Costituzione*, Milano, 2013, la quale sostiene, all'esito di una solida ricostruzione argomentativa, che «la disciplina contenuta nel codice fa (definitivamente) venir meno la possibilità di ricostruire i rapporti tra giudice e parti in chiave di "principio dispositivo con metodo acquisitivo"» (così, letteralmente, v. p. 364). Su questi aspetti v.

Per verificare quest'ipotesi si guardi innanzitutto al primo comma dell'articolo 64 c.p.a., che attribuisce alle parti «l'onere di fornire gli elementi di prova *che siano nella loro disponibilità* [corsivo nostro]» e che riguardino «fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni». A meno di non far cadere nel vuoto la portata dispositiva di questa norma, parrebbe lecito immaginare che i poteri officiosi del giudice debbano muoversi non soltanto nell'esclusivo ambito dei fatti introdotti dalle parti, ma altresì tra quei soli elementi di prova che siano al di fuori della disponibilità del ricorrente e dell'amministrazione intimata.

Di talché se ne potrebbe dedurre che il giudice possa sì esercitare il suo potere di acquisizione, ma senza con questo né ampliare la *quaestio facti*, né acquisire elementi di prova favorevoli alla parte che avrebbe potuto autonomamente produrli.

Il primo limite è qui di scarso interesse. Non già perché privo di importanza, ma perché in esso affondano le radici tutti i processi di parti, dove il giudice è chiamato a decidere *iuxta alligata*. È quindi fuor di dubbio, anche nel processo amministrativo, che il collegio debba limitarsi a conoscere i fatti affermati o negati dai soggetti costituiti.

Ai fini dell'indagine che si conduce è invece di maggiore interesse il secondo limite, concernente la sfera di disponibilità degli elementi di prova. Infatti, aderendo all'interpretazione offerta poc'anzi, che circoscrive il potere acquisitivo del giudice ai soli elementi di prova estranei alla sfera di disponibilità della parte che ne trae beneficio, si dovrebbe ammettere che il codice abbia accolto a metà la costruzione benvenutiana, contemplando i soli rimedi giudiziali idonei a colmare quelle «deficienze del contraddittorio» che derivano dalla disparità delle parti sul piano sostanziale e non anche quelle che si producono sul piano processuale²⁷⁷.

anche SAIITTA F., *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 93-134.

²⁷⁷ In questo senso Tar Sicilia (Catania), sez. I, sent. 1 agosto 2011, n. 2044, dove si sottolinea che «il consolidato principio dispositivo con metodo acquisitivo» ha ricevuto a seguito dell'approvazione del codice del processo «un'importante precisazione, con l'introduzione di un onere probatorio pieno per le parti che abbiano la disponibilità degli atti». Pertanto «la potestà del collegio di disporre gli opportuni mezzi probatori è meramente residuale e circoscritta alle sole ipotesi in cui la parte diversa dall'amministrazione non abbia la disponibilità degli atti posti a fondamento delle doglianze trasfuse nel giudizio o necessiti la prova che atti di parte siano stati dalla stessa acquisiti [corsivo nostro]». In tal senso, continua il giudice siciliano, «va interpretato anche il primo comma dell'art. 63 [...] in quanto non avrebbe senso alcuno tenere fermo il principio dell'onere della prova se il potere di indagine fosse comunque "libero" o limitato solo dalla necessità di indicare un principio di prova». Di conseguenza, «il libero scrutinio probatorio da parte del giudice» dovrebbe ritenersi «contraddittorio con i principi espressi dai primi tre commi dell'art. 64», posto che «il potere di indagine è rilasciato ad una mera "possibilità" [...] recessiva rispetto alla doverosità sancita al secondo comma [dell'art. 64 c.p.a.]».

Insomma, stando all'interpretazione che qui si propone, al giudice sarebbe consentito acquisire quei soli elementi di prova favorevoli alle parti private che si trovino al di fuori della loro disponibilità. Al contrario, non gli sarebbe consentita l'acquisizione degli elementi di prova che l'amministrazione avrebbe potuto introdurre se si fosse costituita e se avesse partecipato attivamente al giudizio²⁷⁸.

Non solo. Se il correttivo al metodo dispositivo deve essere circoscritto ai soli rimedi giudiziali suscettibili di ristabilire la parità delle parti sul piano sostanziale, si potrebbe addirittura immaginare di limitare i poteri acquisitivi del giudice alle sole ipotesi in cui l'indisponibilità di un elemento di prova da parte del ricorrente sia *incolpevole*: alle sole ipotesi, cioè, nelle quali l'indisponibilità non fosse evitabile mediante l'esercizio tempestivo del diritto di accesso

Sennonché, a questa condivisibile impostazione teorica non fa seguito un'applicazione coerente del principio: per il Tar Catania, infatti, ove «vi sia un fatto incerto, in quanto contestato dalla stessa amministrazione costituita, ma non supportato da documenti dalla stessa prodotti in giudizio, il giudice, al fine di chiarire i contorni del giudizio, potrà disporre l'acquisizione di cui al comma 3; analogamente, potrà farlo ove le contrapposte produzioni documentali non siano sufficienti a chiarire i contorni del giudizio». Il tiro si aggiusta invece nel prosieguo della motivazione, dove si ammette che «se il medesimo fatto [...] seppur non corroborato da una esaustiva produzione documentale, sia posto a fondamento delle doglianze e l'amministrazione, seppur costituita, non lo contesti, per il disposto di cui al comma 2 [dell'art. 64 c.p.a.], va ritenuto provato e, quindi, a fronte della doverosità di formazione del convincimento ivi espressa, non è dato al giudice accedere alla possibilità di acquisizione documentale».

Di segno totalmente contrario è invece quella giurisprudenza del Consiglio di Stato che, anche nei casi di mancata costituzione dell'amministrazione e nonostante il disposto dell'art. 104, co. 2, c.p.a., ammette la possibilità per il giudice dell'appello di acquisire d'ufficio documenti non prodotti in primo grado, affermando che «il giudizio amministrativo si fonda, in tema di prova, sul principio dispositivo con metodo acquisitivo (artt. 63 e 64 c.p.a.) e, sulla base di tale principio, è consentito al giudice, anche nel grado di appello, di disporre eventuale istruttoria per l'acquisizione degli atti ritenuti necessari per la sua decisione» (così Cons. St., sez. III, sent. 14 giugno 2012, n. 3529. Sulla stessa lunghezza d'onda Tar Sicilia (Catania), sez. IV, sent. 16 maggio 2014, n. 1369, che afferma chiaramente che «il potere di indagine del giudice non è interdetto nelle ipotesi in cui l'amministrazione non sia costituita [...] per il sol fatto che la stessa non sia intervenuta nel processo [...] sicché il giudice, in questo caso, potrà avvalersi del suo potere di indagine, ove le prove fornite dalle altre parti non siano sufficienti a determinare il suo giudizio».

²⁷⁸ A questa medesima conclusione giunge BRIANI R., *L'istruzione probatoria*, cit. Per l'A. «le iniziative probatorie del giudice non costituiscono [...] un rimedio contro gli effetti delle preclusioni imposte alle attività istruttorie delle parti» poiché «se il giudice potesse supplire alle carenze o alle omissioni imputabili all'inerzia o a colpa di uno dei litiganti, tenendolo indenne dalle conseguenze processuali sfavorevoli correlate al mancato assolvimento dell'onere probatorio da cui lo stesso era gravato, verrebbero meno la sua imparzialità e la "condizione di parità" tra le parti» (pp. 152-153). Pertanto, il giudice «non può mai intervenire per colmare le lacune istruttorie imputabili a colpa o negligenza dei litiganti, ma può attivarsi solo "eccezionalmente" per assumere la prova o le prove che non si trovino nella disponibilità della parte che almeno in astratto può trarne vantaggio» (p. 339).

(pur nella consapevolezza che questo tema, sul quale è già in corso un ampio dibattito dottrinario, meriterebbe un'attenzione maggiore di quella consentita dall'economia di queste pagine)²⁷⁹.

In definitiva, per quanto i riflessi del modello processuale originariamente selezionato per il giudizio amministrativo esercitino tutt'oggi ampia influenza nella fase istruttoria, pare ormai irrimediabilmente aperta una breccia anche su questo fronte e i tempi sembrano maturi per una valorizzazione in chiave processualcivilistica delle norme contenute negli articoli 63 e seguenti del codice del processo amministrativo.

7. (segue): la disponibilità del giudizio da parte del ricorrente

Proseguendo nell'indagine dei riflessi prodotti dalla scelta del ricorso come atto introduttivo del giudizio amministrativo, merita senz'altro un cenno il tema della rinuncia agli atti (o della rinuncia all'azione, a seconda della tesi che si preferisce²⁸⁰).

Giunti a questo punto dell'illustrazione, dovrebbe essere piuttosto facile intuire la ragione per la quale, se l'atto introduttivo svolge la funzione di *vocatio iudicis* e la presenza dell'amministrazione al giudizio è solo eventuale, il ricorrente deve poter rinunciare alla prosecuzione del processo indipendentemente dall'accettazione delle altre parti²⁸¹. Pertanto, il regolamento di procedura del Consiglio di Stato riconosceva a quest'ultimo la facoltà di «rinunciare

²⁷⁹ Tale dibattito è ricostruito da BRIANI R., *L'istruzione probatoria*, cit., p. 63 ss., dove emerge come giurisprudenza e dottrina siano concordi nell'escludere che il mancato esercizio del diritto di accesso possa rivelarsi di pregiudizio per il ricorrente. Tanto più che il codice del processo amministrativo contempla espressamente la possibilità per entrambe le parti di rivolgere al giudice una «istanza motivata» con la quale chiedere al presidente di sezione «i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria» (art. 65, co.1, c.p.a.).

²⁸⁰ Non si affronta qui la questione se la rinuncia al ricorso nel processo amministrativo configuri rinuncia agli atti o rinuncia all'azione. Per una ricostruzione del dibattito si rimanda a: CAVALLO M.B., *Sub art. 84 Rinuncia*, in GAROFOLI R., FERRARI G., *Codice del processo amministrativo. Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, II, 2012, p. 1348; MENCHINI S., RENZI A., *Sub art. 84 Rinuncia*, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 822, dove si dà conto del contrasto tra l'orientamento dottrinario che inquadra sempre la rinuncia al ricorso come rinuncia all'azione e quello che la inquadra come tale unicamente qualora lo spirare del termine decadenziale non consenta al titolare dell'azione di esercitarla nuovamente.

²⁸¹ Questa tesi emerge chiaramente da BENVENUTI F., *Estinzione del processo (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 941, ora in ora in *Scritti giuridici*, cit., pp. 2449-2451 e in particolare nella nota 26, dove l'A. evidenzia la correlazione tra processo da ricorso e mancata previsione dell'istituto dell'accettazione dell'amministrazione intimata.

al ricorso» in qualunque stadio della controversia, senza subordinare l'efficacia estintiva di tale scelta alla volontà della controparte, alla quale era riconosciuto soltanto il diritto di riceverne comunicazione²⁸².

Anche su questo fronte, però, l'autenticità dell'impostazione originaria è stata con il tempo scalfita e già con la legge istitutiva dei tar si prevedeva che in caso di rinuncia da parte del ricorrente «ciascuna delle parti costituite» potesse «proporre opposizione al collegio»²⁸³. Tale soluzione è stata poi confermata dal codice del processo amministrativo, che oggi subordina l'estinzione del giudizio per rinuncia del ricorrente alla mancata opposizione delle parti «che hanno interesse alla prosecuzione»²⁸⁴.

Proprio l'interesse alla prosecuzione del giudizio merita però qualche parola in più, nella misura in cui ha finito per creare l'illusione che, almeno dal punto di vista dell'amministrazione resistente, nulla fosse cambiato rispetto al passato e che la costruzione tradizionale (quella che si rifaceva alla benvenutiana teorizzazione del processo da ricorso) avesse mantenuto intatta la propria validità. Infatti, con un argomento equivalente a quello che si è tradizionalmente usato per negare la possibilità per la parte pubblica di proporre ricorso incidentale, in dottrina e in giurisprudenza è stata condivisa l'idea che l'amministrazione, non potendo avere mai un interesse alla prosecuzione del giudizio, non avrebbe comunque motivo di opporsi alla rinuncia del ricorrente²⁸⁵.

²⁸² Ai sensi dell'articolo 46 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, «in qualunque stadio della controversia si può rinunciare al ricorso mediante dichiarazione sottoscritta dalla parte o dall'avvocato [...] o mediante dichiarazione verbale», aggiungendo poi che la rinuncia dovesse essere «notificata alla controparte». La ragione di questa scelta, sosteneva Benvenuti, è tutta processuale e si giustifica con la constatazione «che il rapporto processuale nei confronti della controparte è, se non proprio inesistente, molto diverso che non nel processo civile» (BENVENUTI F., *Lo svolgimento del giudizio innanzi al Consiglio di Stato*, cit., p. 1851). Invero, l'argomento utilizzato per giustificare la scelta del legislatore rivela un certo grado di debolezza. Se la rinuncia non è subordinata all'accettazione della controparte perché quest'ultima non sarebbe parte del rapporto processuale, non si capisce come tale regola possa funzionare nei casi in cui l'amministrazione partecipa al giudizio.

²⁸³ Così l'art. 26, co. 7, l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

²⁸⁴ Vedi su questo aspetto l'art. 84, co. 3, c.p.a. per il quale «il processo si estingue» solo «se le parti che hanno interesse alla prosecuzione non si oppongono».

²⁸⁵ È esattamente questa la confusione nella quale sembra cadere NOCELLI M., *L'estinzione e l'improcedibilità nel processo amministrativo*, in SANTANIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 712, il quale finisce per riscontrare nella lettera dell'art. 84, co. 3, la tesi benvenutiana che negava la possibilità per l'amministrazione di opporsi alla rinuncia al ricorso muovendo dalla natura del giudizio amministrativo: «la struttura impugnatoria del giudizio amministrativo e il dogma del c.d. processo da ricorso», scrive l'A., «sono ragioni in grado di giustificare l'unilateralità della rinuncia [...] laddove le altre parti non abbiano un interesse *sostanziale e contrario* alla definizione del giudizio nel merito».

Come si sia giunti a una simile conclusione, del resto, appare scontato: se il processo ha per oggetto l'atto impugnato (come si dirà *infra* §8), la sentenza di annullamento non si potrà mai rivelare praticamente utile a quella parte che, qualora condividesse le ragioni del ricorrente, potrebbe annullare d'ufficio il provvedimento, ottenendo così lo stesso risultato della pronuncia giudiziale²⁸⁶. Priva d'interesse deve ritenersi per la parte intimata anche la sentenza di rigetto, posto che i termini di decadenza brevi impediscono la riproposizione in futuro da parte del ricorrente della medesima azione²⁸⁷.

Certo è, però, che lo spostamento della questione dal piano della struttura del giudizio a quello dell'interesse alla sua prosecuzione ha consentito a dottrina e giurisprudenza di ammettere, almeno in astratto, la possibilità per l'amministrazione di opporsi alla rinuncia del ricorrente. Così, l'unilateralità della rinuncia è stata esclusa tutte le volte in cui il processo amministrativo, abbandonando la sua tradizionale natura impugnatoria, avesse a oggetto un vero e proprio rapporto giuridico: in queste circostanze, infatti, anche la parte pubblica può avere interesse alla prosecuzione del giudizio; cosicché negarle la possibilità di opporsi alla rinuncia comporterebbe un'alterazione della parità processuale delle parti, consentendo a una sola di esse di disporre della posizione soggettiva di entrambe²⁸⁸.

In definitiva, quindi, sebbene la possibilità per l'amministrazione intimata di opporsi alla rinuncia del ricorrente continui a essere perlopiù esclusa, almeno nei giudizi puramente impugnatori, la ragione che giustifica oggi tale approdo è diversa da quella che lo giustificava in passato e non ha (o almeno non dovrebbe avere) più nulla a che vedere con la struttura del giudizio amministrativo come processo da ricorso²⁸⁹.

²⁸⁶ Era proprio questo, infatti, l'argomento con il quale il Guicciardi giustificava l'esclusione dell'accettazione della rinuncia al ricorso nel processo amministrativo (GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, cit., p. 271 ss.).

²⁸⁷ Come rilevato da BAIONA S., *Sub Art. 84 Rinuncia*, in CARINGELLA F., PROTTO M. (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, anche questo è un argomento molto ricorrente tra quelli utilizzati per escludere la possibilità per l'amministrazione di opporsi alla rinuncia.

²⁸⁸ In questo senso NOCELLI M., *L'estinzione*, cit., p. 713-714: «sembra che il codice», rileva l'A., «abbia voluto mantenere la tradizionale preminenza della parte ricorrente [...], introducendo, tuttavia, un doveroso temperamento»; e tale temperamento può essere azionato dalle parti resistenti «solo se abbiano un interesse sostanziale alla prosecuzione del giudizio e, cioè, alla sua definizione nel merito a tutela di una posizione giuridica soggettiva che sia altrettanto meritevole di tutela [...] di quella fatta valere in giudizio».

²⁸⁹ Di questa opinione pare anche RENNA M., *Unilateralità e irrevocabilità della rinuncia al ricorso nel processo amministrativo (Nota a Cons. Stato sez. VI 23 settembre 2002, n. 4805)*, in *Il Foro Amm. C.d.s.*, 2002, pp. 2983-2993. L'A., pur condividendo il merito della decisione nella parte in cui afferma l'unilateralità della rinuncia al ricorso nel processo amministrativo, contesta il percorso argomentativo seguito dai giudici di Palazzo Spada. Mentre infatti la sentenza

Anche su questo piano, pertanto, il tipo processuale originario pare sorpassato e ai sensi dell'art. 84, co. 3, c.p.a. nulla vieta ormai all'amministrazione di opporsi alla rinuncia del ricorrente dimostrando di aver qualche interesse alla pronuncia giudiziale²⁹⁰, in misura pressoché analoga²⁹¹ a quanto avviene nei processi da citazione davanti ai giudici ordinari²⁹².

8. (segue): l'oggetto del giudizio e l'effetto di giudicato

Nei paragrafi che precedono si sono analizzati i riflessi che l'introduzione del processo mediante ricorso comporta nelle fasi costitutiva, istruttoria ed estintiva del giudizio. È adesso arrivato il momento di concludere l'indagine su questo tema guardando alle conseguenze che il tipo processuale in esame produce sul fronte del giudicato.

Per introdurre l'argomento può essere utile recuperare di nuovo alcune considerazioni che si sono fatte nei paragrafi precedenti. In particolare, vale la pena ricordare come nei processi da ricorso l'atto introduttivo non acquisisca i connotati di una chiamata della controparte in giudizio per far valere nei suoi confronti una pretesa giuridicamente rilevante, quanto piuttosto quelli di una istanza rivolta al giudice con la quale il ricorrente chiede di verificare la legittimità del provvedimento impugnato. Anzi: è stata proprio tale finalizzazione, si è detto, a determinare la scelta di ispirare il giudizio amministrativo a questo schema processuale.

Da qui se ne sono tratti, tra le altre cose, la natura eventuale della presenza dell'amministrazione in giudizio e, di conseguenza, l'obbligo per il ricorrente

«appare implicitamente riproporre, senza alcuna meditazione, la tesi tralaticia dell'unilateralità» basata «sulla distinzione fra la forma della *vocatio iudicis* e quella della *vocatio in ius*», l'A. pone l'accento «sulla distinzione tra la natura sostanzialmente impugnatoria e costitutiva e la natura sostanzialmente dichiarativa delle azioni esperibili davanti al giudice amministrativo» così da rendere predicabile «l'unilateralità della rinuncia soltanto di fronte all'esercizio di un'azione di impugnazione».

²⁹⁰ Su questi aspetti v. MORO S., *L'andamento anormale del processo: sospensione, incidente di falso, interruzione, estinzione*, in SASSANI B., VILLATA R. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, pp. 1184-1185.

²⁹¹ Invero, la disciplina dell'opposizione alla rinuncia nel processo amministrativo (nel quale è sufficiente, ai sensi dell'art. 84, co. 3, un consenso tacito delle controparti) non è comunque del tutto analoga a quella del processo ordinario, dove l'estinzione del processo è subordinata al consenso esplicito delle controparti (art. 306 c.p.c.).

²⁹² Alla medesima conclusione giunge MORO S., *op. ult. cit.*, pp. 1182-1183 e in particolare la nota 143, dove è richiamato un interessantissimo passaggio di Mauro Renna nel quale l'A. critica aspramente la teoria del processo da ricorso. Di questo avviso anche PASSARELLI DI NAPOLI G., *Sub art. 84 Rinuncia*, in LEONE G., MARUOTTI L., SALTELLI C. (a cura di), *Codice del processo amministrativo. Commentato e annotato con giurisprudenza*, Verona, 2010, p. 660.

di depositare l'atto impugnato: se la parte pubblica può liberamente scegliere di non partecipare al processo, si è constatato, il giudice deve essere messo in condizione di decidere con la presenza del solo ricorrente.

Pertanto, affinché il giudizio amministrativo, almeno nella sua accezione più autentica di processo da ricorso, possa dirsi validamente instaurato, è sufficiente che il ricorrente si costituisca mediante deposito dell'atto impugnato.

L'atto impugnato, quindi, sta al centro del giudizio e non può sorprendere che la dottrina e la giurisprudenza abbiano tradizionalmente guardato a esso per individuare l'oggetto del processo e delimitare l'effetto di giudicato della sentenza: «è da escludere», scriveva Benvenuti, «che al giudicato amministrativo possa riconnettersi l'effetto di sostituire all'atto la pronuncia giurisdizionale come statuizione positiva su di un rapporto», poiché tale rapporto tra amministrazione e cittadino entra nel giudizio «solo attraverso lo schermo del problema concreto di validità dell'atto amministrativo»²⁹³.

Ma vi è di più. Non soltanto il giudice, in un processo da ricorso, accede al rapporto in forma mediata, attraverso lo schermo dell'atto impugnato; ma conosce quest'atto esclusivamente per verificare la sussistenza dei vizi di legittimità affermati dal ricorrente e, in aggiunta, solo «attraverso la configurazione» ch'egli ne dà «secondo il proprio interesse»²⁹⁴.

Così circoscritto l'oggetto del giudizio, va da sé che la sentenza non possa ambire a regolare in modo definitivo il conflitto di interessi sotteso all'atto impugnato, la cui sistemazione è riservata all'autonomia degli apparati amministrativi. Pertanto, la decisione del giudice è povera di effetti ulteriori rispetto alla statuizione sulla validità formale di quello specifico atto, potendo definire il rapporto soltanto da questo, limitato, punto di vista.

Anzi, a voler essere del tutto rigorosi e a volersi attenere allo schema più autentico del processo da ricorso, la sentenza del giudice amministrativo non dovrebbe ritenersi neppure suscettibile di produrre un vero e proprio effetto di giudicato. Infatti, i vincoli al riesercizio del potere non deriverebbero tanto dall'incontrovertibilità della decisione, quanto piuttosto dalla «sentenza come

²⁹³ Così, testualmente, BENVENUTI F., *Giudicato (voce)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 897, ora in *Scritti giuridici*, cit., pp. 2606-2608. Significativa è la giustificazione che l'A. ne dà: «che la sentenza amministrativa non colga [...] il rapporto in modo diretto e positivo, risulta dal fatto che [...] il livello al quale il legislatore ha costruito e posto il giudice amministrativo è tale da consentire a questo di cogliere solo taluni aspetti formali dell'atto amministrativo»: insomma, il Consiglio di Stato «è stat[o] concepit[o] e costruit[o] non come giudice dell'amministrazione e quindi del rapporto tra amministrazione e cittadino, ma come giudice nell'amministrazione e quindi di quel profilo esteriore del rapporto [...] che viene riassunto nella formula della validità dell'atto».

²⁹⁴ Sempre BENVENUTI F., *ult. op. cit.*, p. 2608.

fatto», che imporrebbe all'amministrazione di tener conto dell'accertamento giudiziale per la sua futura attività provvedimentale²⁹⁵.

Tuttavia, lo si è detto ampiamente nella parte conclusiva del capitolo precedente, con l'entrata in vigore della Costituzione questo modello è progressivamente entrato in crisi fino a dimostrarsi del tutto inadeguato a soddisfare le esigenze di tutela nascenti da una nuova sistemazione dei rapporti tra Stato e cittadino. L'insufficienza di una sentenza che esaurisce il proprio effetto nell'annullamento o nella conferma dell'atto impugnato è emersa dapprima rispetto agli interessi legittimi pretensivi²⁹⁶ e poi si è manifestata con altrettanto vigore anche rispetto a quelli oppositivi: la sicura collocazione dell'interesse legittimo nel campo del diritto sostanziale, la risarcibilità dei danni derivanti dall'illegittimità degli atti, la tutela avverso il silenzio rifiuto, l'azione di adempimento e il forte ampliamento della giurisdizione esclusiva, hanno condotto il processo amministrativo ben oltre i ristretti confini dell'atto, avvicinando sensibilmente la cognizione del giudice speciale a quella del giudice ordinario²⁹⁷.

²⁹⁵ Sostiene Benvenuti, infatti, che «gli effetti della sentenza si esauriscono nella pronuncia dichiarativa o costitutiva e non c'è un effetto valido dell'accertamento giudiziale che non muoia, per così dire, nella pronuncia principale o nel dispositivo»; pertanto, «quegli effetti ulteriori che si traggono dall'accertamento vengono ripresi su di un piano diverso, e cioè in quello dell'esercizio del potere rispetto al quale non è tanto l'incontrovertibilità del giudicato a precludere la strada all'autorità amministrativa in un senso o nell'altro, quanto la sentenza come fatto, della quale quell'esercizio di potere risente, essendo stata inclusa tra i limiti di esso» (BENVENUTI F., *ult. op. cit.*, p. 2617).

²⁹⁶ Lo rilevano FERRARA L., MANNUCCI G., *Giudicato (dir. amm.) (voce)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 2015, p. 3.

²⁹⁷ Da questo punto di vista, è innegabile che quell'«*opzione strutturale* [corsivo nostro] verso una decisione tendenzialmente volta al *definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio* [corsivo di nuovo nostro]», suscettibile di assicurare alla decisione giudiziale «stabilità, certezza, affidabilità», debba ritenersi ormai propria anche del giudizio amministrativo (il riferimento è alla celebre Cass., Sez. Un. civ., sent. 12 dicembre 2014, n. 26242, rel. Travaglino, §§4.3-4.4.1). Nell'ottica delle Sezioni Unite, infatti, questo è il solo svolgimento coerente coi principi fondamentali del processo ordinario (individuati nella «corrispettività sostanziale» tra oggetto della domanda e oggetto del giudicato, nella «stabilità delle decisioni giudiziarie», nell'«armonizzazione e concentrazione delle decisioni», nell'«effettività della tutela», nella «giustizia delle decisioni», nell'«economia (extra)processuale», nel «rispetto della non illimitata risorsa-giustizia», nella «lealtà e probità processuale» e nell'«uguaglianza formale delle parti»). Pertanto, tenuto conto che tali principi hanno ormai pacificamente cittadinanza nel giudizio amministrativo, a quest'ultimo deve estendersi anche la summenzionata *opzione strutturale*.

Questa tendenza all'ampliamento della tutela ha investito anche il fronte del giudicato e da più parti si è cercato di riconoscere alle sentenze amministrative effetti suscettibili di regolare in modo quanto più possibile definitivo il rapporto tra amministrazione e cittadino²⁹⁸.

Al riguardo, vale qui la pena richiamare, almeno sommariamente, alcune delle più significative teorie che sono andate in questa direzione.

8.1. La preclusione processuale del dedotto e del deducibile

In primo luogo va segnalato il tentativo dottrinario, mai condiviso in giurisprudenza (se non in caso di attività interamente vincolata)²⁹⁹, di estendere al giudizio amministrativo il principio processualcivilistico della preclusione del dedotto e del deducibile, in base al quale l'amministrazione sarebbe costretta, proprio come la parte convenuta in un processo ordinario, a rappresentare al giudice, mediante la proposizione di eccezioni di merito, tutti i fatti modificativi, impeditivi o estintivi della pretesa attorea al c.d. bene della vita³⁰⁰.

Questa teoria muoveva dall'insoddisfazione per l'assetto della giustizia amministrativa che, per un verso, limitava la decisione di merito «ad una sorta di larva [...] inidonea ad essere tradotta in precetti o comandi concretamente attuabili»³⁰¹ e, per altro verso, riduceva il giudizio di ottemperanza a un (ulteriore) momento di tutela «del buon andamento dell'azione amministrativa».

Tale tesi, insomma, rappresentava una reazione all'idea, condivisa pure dai sostenitori del giudicato a formazione progressiva (v. *infra sub* §8.3), che l'amministrazione non possa «essere costretta a ottemperare» alla sentenza di merito prima che tale «decisione sia passata per il filtro di un giudice», quale

²⁹⁸ Per avere un quadro esaustivo (più esaustivo di quanto non si riuscirà a fare *infra* nel testo) delle teorie che si sono mosse in questa direzione v. CLARICH M., *Giudicato*, cit., pp. 23-113.

²⁹⁹ Vedi al riguardo, tra le ultime, Cons. St., sez. IV, sent. 15 dicembre 2017, n. 5910, §1.2.

³⁰⁰ Hanno provato a esperire questo tentativo CORSO G., *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Il Foro It.*, 1989, V, cc. 421-436; VERDE G., *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 642-668. Prima di loro questa strada era già stata percorsa da PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., (v. in particolare pp. 581-582).

³⁰¹ Rileva l'A. che anche «se si riesce a convincere il giudice dell'esattezza delle affermazioni contenute nel ricorso, la sentenza conterrà sempre una clausola con la quale l'amministrazione è posta in grado di ribadire il precedente provvedimento in base a ragioni o profili che non sono venuti in rilievo nel corso del giudizio» (VERDE G., *Osservazioni*, cit., p. 656).

quello dell'ottemperanza, particolarmente «sensibile alle esigenze dei pubblici poteri»³⁰².

Ebbene, la tesi in esame capovolge letteralmente questa prospettiva.

Così, proprio come avviene nella giurisdizione ordinaria, mentre al giudizio di cognizione viene assegnata la funzione di regolare in maniera definitiva il rapporto sotteso all'atto impugnato, alla fase di ottemperanza è attribuita quella, stavolta puramente esecutiva³⁰³, di dare attuazione al vincolo contenuto nella pronuncia di merito.

Tutto questo, però, era reso possibile da una acritica estensione al processo amministrativo dei principi della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (in particolar modo nella sua declinazione di dovere per il giudice di pronunciarsi anche sui fatti introdotti mediante eccezione) e della preclusione del dedotto e del deducibile³⁰⁴. Così facendo, da una parte si garantiva all'amministrazione la possibilità di dedurre fatti ulteriori a quelli posti a fondamento dell'atto impugnato che siano «idonei ad escludere che comunque il ricorrente possa aver titolo al provvedimento richiesto»³⁰⁵; e dall'altra parte le si precludeva «di confermare il provvedimento annullato con una motivazione o sotto profili diversi da quelli già esaminati o esaminabili in giudizio»³⁰⁶.

Il risultato pratico è di tutta evidenza: all'esito del giudizio di cognizione il ricorrente risultato vincitore sarebbe titolare di un vero e proprio diritto al riconoscimento del bene della vita che gli è stato negato dal provvedimento

³⁰² Sono questi termini nei quali imposta il suo ragionamento VERDE G., *Osservazioni*, cit., pp. 648-653.

³⁰³ Sia Corso che Verde, infatti, concordano sulla natura esecutiva del giudizio di ottemperanza (v. CORSO G., *Processo amministrativo*, cit., c. 435; VERDE G., *Osservazioni*, cit., p. 650).

³⁰⁴ È questo un ulteriore aspetto di convergenza tra la ricostruzione di Corso e di Verde (v. CORSO G., *Processo amministrativo*, cit., cc. 428-429, che VERDE G., *Osservazioni*, cit., p. 654). Di particolare interesse al riguardo la riflessione del secondo A., il quale nega che l'esclusione dell'operatività del principio di preclusione del dedotto e del deducibile nel giudizio amministrativo possa dipendere dalla sua natura di processo da ricorso: «con tale costruzione», dice Corso, «non contrasterebbero [...] un obbligo processuale dell'amministrazione di esplicitare tutte le ragioni per le quali è stato emanato o si è rifiutato di emanare un provvedimento; una consequenziale preclusione per la stessa di confermare il provvedimento annullato con una motivazione o sotto profili diversi da quelli già esaminati o esaminabili in giudizio; un obbligo del giudice di tener conto di tutti i motivi per i quali l'atto è stato impugnato, senza poter far ricorso al criterio dell'assorbimento». Invero, non si ritiene di poter condividere tale opinione. Tutt'al contrario, come si sta provando a dimostrare nel testo, si crede che la causa originaria dell'inapplicabilità di tutte le sopraelenate conquiste della processualciviltistica al giudizio amministrativo risieda proprio nella circostanza che quest'ultimo è costruito come processo da ricorso contro un atto.

³⁰⁵ In questi termini CORSO G., *Processo amministrativo*, cit., c. 428.

³⁰⁶ Così VERDE G., *Osservazioni*, cit., p. 654.

di rigetto o dal silenzio rifiuto dei quali sia stata accertata l'illegittimità. Pertanto, qualora l'amministrazione non soddisfi la pretesa del ricorrente risultato vincitore nella fase cognitoria, questi potrà ottenere quella medesima utilità rivolgendosi al giudice dell'ottemperanza (o meglio, si dovrebbe dire, rivolgendosi al giudice dell'esecuzione).

A ben vedere, tuttavia, questa teoria prova troppo. Animata dal desiderio di assicurare al ricorrente una utilità pratica quanto più possibile ampia, essa finisce per fare del «diritto al bene finale» l'oggetto del processo, dimenticando però che «sul piano sostanziale» tale situazione giuridica «non esiste o [quantomeno] non esiste ancora»³⁰⁷. In altre parole, nel tentativo estremo di riconoscere al ricorrente «tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»³⁰⁸, si perde di vista la seconda parte di questo fondamentale insegnamento chiovendiano e cioè che il processo deve dare al ricorrente niente più di quel che il diritto gli riconosce sul piano sostanziale. È questa la ragione per cui i processualciviliisti enumerano tra le condizioni dell'azione, oltre alla legittimazione e all'interesse (nei termini che si sono visti *supra* cap. I, §7), la possibilità giuridica, intesa come «riferimento a un rapporto giuridico dal quale sia possibile pretendere una ragione di tutela a proprio favore»³⁰⁹.

Il vizio di fondo di questa tesi, dunque, è quello di focalizzare l'attenzione sulla fase decisoria senza preoccuparsi di garantirne una coerenza con quella introduttiva: se la legge fa dipendere il conseguimento di una determinata utilità (bene della vita) dal libero esercizio del potere discrezionale di un apparato amministrativo, quella utilità non potrà entrare nel giudizio come oggetto della domanda e a maggior ragione non potrà uscirne come oggetto della sentenza di accoglimento.

Il punto, in conclusione, non è tanto (o non è solo) che, per la limitatezza degli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione delle parti e del giudice, il giudizio amministrativo non riesce a essere sufficientemente soddisfacente delle pretese attoree, ma è che quella pretesa, dove dipenda dall'esercizio del potere discrezionale, non può proprio entrare nel giudizio.

Il problema, insomma, non è di natura processuale, ma sostanziale: l'ostacolo all'ottenimento del bene della vita ambito dal ricorrente per via giudiziale sorge nella fase introduttiva sotto forma di inammissibilità della domanda e non in quella decisoria in termini di ineffettività della tutela.

³⁰⁷ Il rilievo è di FERRARA L., MANNUCCI G., *Giudicato*, cit., p. 4.

³⁰⁸ Il riferimento è, ovviamente, alla nota espressione di CHIOVENDA G., *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi*, cit., p. 110.

³⁰⁹ Ancora una volta si torna a LIEBMAN E.T., *Manuale*, VII ed., cit., p. 23.

8.2. La preclusione procedimentale dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza

Nel paragrafo precedente si è avuto modo di constatare come, nei casi in cui l'ottenimento del bene della vita ambito dal cittadino dipenda dall'esercizio di un potere amministrativo autenticamente discrezionale, esso non possa formare l'oggetto di una domanda giudiziale per carenza delle condizioni necessarie dell'azione (e in special modo della possibilità giuridica).

Come si è detto, insomma, la questione è di natura sostanziale e non processuale: il giudice non può pronunciarsi sulla spettanza di quel bene perché esso dipende dall'esercizio di un potere non ancora esaurito.

È questa la ragione per la quale una certa dottrina ha provato a lavorare proprio sul piano sostanziale, cercando di fissare già a livello procedimentale l'obbligo per l'amministrazione di esaurire il proprio potere discrezionale³¹⁰: così facendo, si capisce, si risolverebbe l'ostacolo (di natura sostanziale) alla formulazione di domande aventi a oggetto il bene della vita ambito, ancorché dipendente dal potere di scelta dell'ente competente, nella misura in cui quel potere deve essersi necessariamente esaurito nella fase procedimentale.

Si tratta di un tentativo di grande interesse, non soltanto per la dirompenza del risultato che l'A. raggiunge, ma anche per la ricchezza di spunti che si possono trarre dal percorso argomentativo suggerito.

L'Autore muove dal dibattito sui criteri identificativi dell'azione per poi ipotizzare alcune possibili ricadute sul fronte dell'amministrazione. A suo avviso, se si esclude che a ogni *causa petendi* possa corrispondere un autonomo diritto di azione e si assume che questo vada individuato con quell'unico diritto all'invalidazione dell'atto che ricomprende tutti i possibili motivi di ricorso, se ne dovrebbe dedurre, per simmetria, che il potere amministrativo «sia unitario» e prescindendo dal singolo episodio della vita che ha dato luogo al suo esercizio. Vero tutto questo, sarebbe allora opportuno contrapporre all'onere del ricorrente di dedurre nel processo tutti i motivi di invalidità dell'atto impugnato quello dell'amministrazione di dedurre tutti i fatti costitutivi del potere. Se così non fosse, l'oggetto del processo muterebbe a seconda del punto di vista: mentre per il ricorrente sarebbe rappresentato dall'esercizio del potere unitariamente inteso, per la parte resistente andrebbe individuato nei singoli motivi di ricorso.

³¹⁰ Il riferimento è, ovviamente, a CLARICH M., *Giudicato*, cit. Per un approfondimento critico su questa impostazione v. anche CONSOLO C., *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, pp. 171-200. Dello stesso Autore vedi anche: *Giustizia amministrativa (voce)*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, III, Milano, 2006, pp. 2767-2775; *La giustizia*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. 1, Milano, 2000.

Ora, per far sì che l'oggetto del processo sia per entrambe le parti il potere unitariamente inteso, occorre pensare a una regola che equipari la mancata deduzione da parte dell'amministrazione di tutti i fatti costitutivi alla loro effettiva deduzione. E è qui che il ragionamento dell'Autore offre lo spunto più interessante: se il giudizio amministrativo «ha la struttura di processo a senso unico³¹¹» e non consente all'amministrazione «di dedurre (in via di eccezione) nuovi elementi atti a giustificare l'emanazione dell'atto», egli ritiene che l'unica via per ottenere un simile risultato sia quella di costringere l'amministrazione a dedurre tutti i fatti costitutivi dell'esercizio del potere nella fase procedimentale³¹².

In altre parole, seguendo quest'impostazione, l'amministrazione avrebbe l'onere di istruire ogni fattispecie in maniera esaustiva, tenendo conto di tutti i fatti costitutivi del potere conosciuti o conoscibili al momento dell'adozione del provvedimento. Con una duplice conseguenza: che il giudizio d'impugnazione avrebbe a oggetto non più l'atto, ma, per il suo tramite, l'esercizio del potere amministrativo unitariamente inteso; e che la sentenza di annullamento impedirebbe all'amministrazione di adottare un nuovo atto col medesimo contenuto dispositivo, ancorché fondato su elementi di fatto o di diritto diversi (a condizione, ovviamente, che fossero già conosciuti o conoscibili).

Non è questa la sede per indugiare sulle possibili debolezze della costruzione in esame³¹³ o per verificare se e in quali termini essa abbia trovato conferma nell'art. 10 *bis* della l.p.a., almeno con riguardo ai procedimenti a istanza di parte³¹⁴.

Preme invece qui maggiormente rilevare come tale tesi sia stata dichiaratamente orientata dai limiti del «contesto normativo» dell'epoca, che non consentivano di percorrere una soluzione «in linea con quanto accade [...] nei

³¹¹ Questa considerazione è di enorme interesse perché testimonia come lo stesso Clarich individui nella struttura del giudizio amministrativo come processo da ricorso un ostacolo alla possibilità di estendere al giudizio amministrativo il principio della preclusione del dedotto e del deducibile: dire che tale processo è «a senso unico» equivale a dire che, mentre spetta al solo ricorrente delimitare la *quaestio facti*, l'amministrazione può difendersi solo contestando la veridicità delle affermazioni attoree, mediante mere difese, e non anche introducendo fatti impeditivi, modificativi o estintivi ulteriori a quelli dedotti nel provvedimento che si oppongono alla pretesa attorea.

³¹² All'esito del ragionamento che si è sintetizzato nel testo, per Clarich «appare possibile [...] giustificare teoricamente e far applicazione nell'ambito del procedimento amministrativo [corsivo nostro] di un principio analogo a quello secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile» (CLARICH M., *Giudicato*, cit., p. 194).

³¹³ Per le quali si rinvia a quanto è detto in FERRARA L., MANNUCCI G., *Giudicato*, cit., p. 4.

³¹⁴ Sul punto si rinvia alle considerazioni di CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 279-280.

processi di impugnazione proposti innanzi al giudice civile contro atti di esercizio di diritti potestativi stragiudiziali»³¹⁵. Questa considerazione, si crede, è di enorme importanza perché consente di ipotizzare, ragionando al contrario, che al mutare del contesto normativo quegli stessi argomenti utilizzati per teorizzare la 'preclusione procedimentale' possano essere spesi a sostegno di una preclusione processuale del dedotto e del deducibile di ispirazione processualcivilistica.

Sono queste le ragioni per le quali, più avanti, si tornerà nuovamente sulla tesi in esame, nel tentativo di capire se il contesto normativo consenta oggi all'amministrazione di difendere (o, come si proverà a dire, finanche obblighi l'amministrazione a difendere) la sua azione non soltanto attraverso *mere difese*, ma anche mediante *eccezioni di merito*. Per questa via, gli argomenti utilizzati a sostegno della 'preclusione procedimentale del dedotto e del deducibile' potrebbero rivelarsi decisivi per sostenere quella processuale.

8.3. Il giudicato a formazione progressiva

Dal tentativo di estendere gli effetti del giudicato amministrativo senza passare per le strade del processo civile nasce la teoria del giudicato a formazione progressiva³¹⁶.

Con questa teoria dottrina e giurisprudenza hanno tentato di individuare un punto di equilibrio tra l'esigenza di riconoscere alla sentenza amministrativa effetti stabili e la consapevolezza che, almeno dove residuano margini di discrezionalità, il giudice della cognizione non possa regolare in maniera definitiva l'assetto degli interessi sottesi all'atto impugnato.

³¹⁵ Così, testualmente, CLARICH M., *Giudicato*, cit., p. 194.

³¹⁶ La teoria del giudicato a formazione progressiva trova il suo germe nel pensiero di Nigro: a suo avviso, poiché «la regola posta dalla sentenza amministrativa è (o può essere) una regola implicita, elastica, incompleta e condizionata», spetterebbe al giudice dell'ottemperanza di «rendere esplicita la regola, traducendo dal negativo al positivo gli accertamenti del primo giudice sul corretto modo di esercizio del potere; dare un contenuto concreto all'obbligo della ripristinazione risolvendo i molti problemi possibili al riguardo; identificare il vincolo gravante sui tratti di azione amministrativa non incisi direttamente dal giudicato; decidere circa la rilevanza delle sopravvenienze». Di conseguenza, per tutto ciò che esula dalla mera attività di individuazione del «corretto modo di esercizio del potere», il giudice dell'ottemperanza svolgerebbe una «attività di cognizione» (NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, cit., p. 410). Successivamente questa teoria è stata affinata da CALABRÒ C., *L'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo*, in *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione su "il giudizio di ottemperanza"*, Milano, 1983, p. 180 ss. e da VIPIANA P.M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990, p. 414. Per una ricostruzione della teoria e per una sua critica v. FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al giudizio di esecuzione*, Milano, 2003, pp. 53-57.

La premessa da cui si muove è duplice: per un verso si ritiene che il dispositivo di una sentenza amministrativa di merito non sia (o almeno non sia sempre) suscettibile di attuazione mediante una mera attività esecutiva; per altro verso, si crede che al giudizio di ottemperanza debba essere riconosciuta una natura mista esecutiva e cognitoria.

Il giudice dell'ottemperanza, quindi, sarebbe chiamato innanzitutto a interpretare la sentenza di merito; poi a individuare il comportamento che l'amministrazione dovrebbe tenere per attenersi alle prescrizioni del dispositivo della cognizione; infine, dovrebbe valutare la conformità tra il comportamento dovuto e quello tenuto³¹⁷. Ove tale valutazione dia esito positivo, il ricorso andrebbe rigettato e il conflitto di interessi dovrebbe ritenersi definitivamente risolto. In caso contrario, il giudice dovrebbe esercitare i poteri conferitigli dall'art. 114, co. 4, c.p.a., «prescrivendo» da una parte le «modalità» di ottemperanza alla sentenza di merito «anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo [...]» (lett. a) e dichiarando dall'altra parte la nullità degli «atti in violazione o elusione del giudicato» (lett. b).

Alla fase di cognizione, dunque, farebbe seguito una sorta di dialogo costruttivo tra amministrazione e giudice dell'ottemperanza che, per approssimazioni successive, dovrebbe condurre all'esatta composizione degli interessi in gioco, facendo salvi a un tempo la riserva di amministrazione e la legalità dell'azione amministrativa.

Neppure questa tesi però convince del tutto. Nel tentativo di tenere insieme esigenze pragmatiche (la garanzia di stabilità del giudicato) e ragioni giuridiche (la separazione dei poteri)³¹⁸, essa finisce per raggiungere risultati insoddisfacenti su entrambi i fronti: dal primo punto di vista gli esiti sono

³¹⁷ In questi termini Cons. St., Ad. Plen., sent. 6 aprile 2017, n. 1, §6.2.2.

³¹⁸ Che l'intento sia questo emerge chiaramente dalle parole dell'Adunanza Plenaria che, nell'avallare la tesi del giudicato a formazione progressiva, si dice «ben consapevole» dell'esistenza di tesi che «facendo leva sul principio di effettività della giustizia amministrativa, prospettano la necessità di pervenire all'affermazione del divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, ma non ritiene di poter aderire a tale indirizzo che appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione» (Cons. St., Ad. Plen., sent. 15 gennaio 2013, n. 2, §5).

talvolta grotteschi e sovente la domanda di stabilità risulta avvilita dal defaticante dialogo³¹⁹ tra amministrazione e giudice dell'ottemperanza³²⁰; ancor più deludenti sono forse gli effetti che si producono dal secondo punto di vista, posto che la separazione dei poteri appare garantita solo su di un piano formale, dando viceversa vita questa navetta tra giudice e amministrazione a un intreccio quasi inestricabile, dove si perde di vista la funzione dell'uno e dell'altra.

Ciononostante, la teoria del giudicato a formazione progressiva ha avuto un notevole successo in giurisprudenza³²¹ e è stata infine avallata da ben tre recenti sentenze dall'Adunanza Plenaria³²². Per i giudici di Palazzo Spada, infatti, ove l'interesse legittimo non abbia a oggetto il bene finale ma solo quello «strumentale e procedimentale» alla «conclusione [legittima] del procedimento», la sua struttura verrebbe «progressivamente arricchita e rafforzata nel corso dei vari giudizi» di ottemperanza «a mano a mano che il giudice [dichiara] la nullità per violazione del giudicato degli atti adottati dall'Amministrazione o dal commissario *ad acta*»³²³.

8.4. La preclusione a scoppio ritardato

Sempre con l'obiettivo di conciliare l'esigenza di stabilità dei giudicati amministrativi con il principio di separazione dei poteri, oltre alla tesi del giudicato a formazione progressiva si è fatta recentemente largo in giurisprudenza la c.d. teoria della preclusione 'a scoppio ritardato' (nota anche come teoria

³¹⁹ Prendendo fino in fondo coscienza di questa realtà, qualcuno ha finito per ammettere che «la litigiosità non è sempre fine a sé stessa e che la capacità di affrontare complesse battaglie legali può diventare, alla fine dei conti, un vantaggio competitivo» (così VALAGUZZA S., *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 297).

³²⁰ Si pensi, tanto per fare un esempio, che il contenzioso che ha dato luogo alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2017 (sulla quale v. il commento di VALAGUZZA S., *L'illusione ottica*, cit., p. 296) è durato circa quattordici anni, nei quali si sono avvicendati ben undici giudizi, tra merito e ottemperanza.

³²¹ In seguito all'approvazione del codice del processo amministrativo hanno aderito alla teoria del giudicato a formazione progressiva, tra le altre: Cons. St., sez. IV, sent. 9 febbraio 2016, n. 522; Cons. St., sez. V, sent. 23 marzo 2015, n. 1558; Cons. St., sez. IV, sent. 27 gennaio 2015, n. 362; Cons. St., sez. V, sent. 12 novembre 2013, n. 5380.

³²² Il riferimento, oltre che alla già menzionata Cons. St., Ad. Plen., sent. 15 gennaio 2013, n. 2, è anche a: Cons. St., Ad. Plen., sent. 9 giugno 2016, n. 11 (sulla quale v. il commento di SPADARO N., *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 1169); Cons. St., Ad. Plen., sent. 22 febbraio 2017, n. 1.

³²³ Queste parole si leggono nella menzionata Cons. St., Ad. Plen., sent. 9 giugno 2016, n. 11, §51-52.

del *one shot* temperato), che individua nella conclusione del procedimento successivo alla prima decisione di merito il momento in cui si esaurisce il potere amministrativo.

In virtù di questa teoria, «l'amministrazione – a seguito dell'annullamento di un proprio atto – può rinnovarlo una sola volta». Pertanto, essa è tenuta a «riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando una volta per tutte, ogni questione ritenuta rilevante, senza potere successivamente tornare a decidere in senso sfavorevole neppure in relazione a profili non ancora esaminati»³²⁴. Con la conseguenza pratica che, «in seguito a un secondo giudicato annullatorio», l'amministrazione non potrebbe più «fare emergere [...] elementi in grado di contrastare la pretesa del privato»³²⁵.

Il principio della preclusione a scoppio ritardato non avrebbe però «valore assoluto», ma retrocederebbe davanti a «fatti sopravvenuti» suscettibili di «escludere in radice la possibilità di attribuire al privato l'utilità sperata». Pertanto, anche a seguito del secondo annullamento giudiziale di un provvedimento con contenuto dispositivo negativo, l'amministrazione conserverebbe la possibilità di negare l'accoglimento dell'istanza per una terza volta qualora tale scelta sia motivata da una sopravvenienza³²⁶.

Neanche questa teoria può dirsi soddisfacente e, sebbene sia apprezzabile dal punto di vista pragmatico, mostra due gravi debolezze.

In primo luogo, essa è del tutto priva di copertura normativa e non è chiaro il motivo per il quale il potere dovrebbe esaurirsi all'esito del secondo procedimento e non, in ipotesi, in seguito all'approvazione del terzo, del sesto o del decimo provvedimento.

³²⁴ In questi termini esatti Cons. St., sez. III, sent. 14 febbraio 2017, n. 660, §11. Ma sono molte le sentenze che hanno sostenuto la teoria del *one shot* temperato: Cons. St., sez. III, sent. 3 novembre 2017, n. 5087; Cons. St., sez. VI, sent. 31 ottobre 2016, n. 4567, §11; Cons. St., sez. VI, sent. 31 ottobre 2016, n. 4567, §11; Cons. St., sez. VI, sent. 31 ottobre 2016, n. 4566, §11; Cons. St., sez. IV, sent. 29 gennaio 2015, n. 439, §2.1; Cons. St., sez. IV, sent. 29 gennaio 2015, n. 438, §2.3.5; Cons. St., sez. IV, sent. 6 ottobre 2014, n. 4987, §2.3.1; Cons. St., sez. IV, sent. 4 marzo 2014, n. 1018, §3.2; Cons. St., sez. VI, sent. 11 febbraio 2013, n. 769. Con riguardo alle decisioni dei giudici territoriali v., tra le tante, Tar Toscana, sez. III, sent. 2 febbraio 2018, n. 183.

³²⁵ Così Cons. St., sez. IV, sent. 23 giugno 2017, n. 3069, §5.2, lett. b). È questa una pronuncia di particolare interesse, non tanto per il principio espresso, che appare identico a quello delle sentenze citate nella nota precedente, quanto piuttosto perché evidenzia la correlazione che vi è tra questa teoria e l'impossibilità di ammettere nel processo amministrativo italiano la regola della preclusione del dedotto e del deducibile processualcivile (che nella sentenza viene chiamata «regola del *one shot*»).

³²⁶ Tra le tante pronunce che sottolineano questa eccezione alla regola della preclusione a scoppio ritardato, si veda la già menzionata Cons. St., sez. III, sent. 14 febbraio 2017, n. 660, §13.

In secondo luogo, resta insoluta la questione legata all'atteggiamento processuale dell'amministrazione, non essendo del tutto chiaro se essa, almeno nel secondo giudizio (che avrebbe per oggetto il rapporto), possa difendersi attivamente introducendo con eccezione di merito eventuali ulteriori fatti modificativi, impeditivi o estintivi che si oppongono all'accoglimento della pretesa attorea. Qualora a questa domanda venisse data risposta negativa, come sembrerebbe dalla lettura delle sentenze citate in nota, ne dovrebbero scaturire le stesse considerazioni critiche che sono state fatte con riferimento alla teoria della preclusione procedimentale (vedi *supra* in nota): infatti, si finirebbe così per riconoscere al ricorrente una posizione di forza financo superiore a quella dell'attore nel processo civile (che rimane sempre e comunque esposto al rischio che il convenuto introduca nel processo fatti modificativi, impeditivi o estintivi della sua pretesa).

8.5. Il diritto allo scioglimento dell'incertezza

Agli eccessi di pragmatismo e alle incongruenze delle ricostruzioni che si sono viste sinora una certa dottrina ha contrapposto la teoria del diritto allo scioglimento dell'incertezza³²⁷.

Questa tesi muove dal superamento della contrapposizione guicciardiana tra norme di azione e norme di relazione (v. *supra* cap. I, §9). Invero, non si nega che la legge fissi talvolta in capo all'amministrazione doveri finalizzati alla soddisfazione di interessi generali mediante norme attributive di potere prive di un destinatario determinato. Ma si ritiene che una simile nozione di dovere equivalga «a quelle di compito o di funzione» e debba pertanto rimanere confinata al binomio «dovere-potere»³²⁸.

Viceversa, questa stessa nozione di dovere, che è «per definizione irrilevante», non è più idonea a descrivere il rapporto giuridico che lega il cittadino

³²⁷ La teoria è stata proposta da FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza*, cit.

³²⁸ L'A., infatti, sottopone a critica serrata la nozione di dovere, dimostrando la sua inidoneità, almeno nell'accezione romaniana di situazione soggettiva posta «a protezione di interessi del tutto oggettivi o che non si impersonano in soggetti diversi da quelli cui tali doveri sono imposti», a esprimere la relazione tra la p.a. e il cittadino, titolare di un interesse legittimo»: una volta acquisito che l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva attiva e di natura sostanziale, alla quale va riconosciuta «pari dignità del diritto soggettivo», davanti a questo non può più stare il dovere, a meno di non voler rinunciare a tutte (o quasi) le conquiste della scienza processual-amministrativa, a partire dalla concezione soggettivistica del giudizio (vedi FERRARA L., *ult. op. cit.*, pp. 107-113).

all'amministrazione a partire dall'«istante in cui si verifica la fattispecie concreta»³²⁹: «di pari passo», afferma l'A., «ove si riconosca che l'interesse legittimo è situazione giuridica soggettiva [attiva], deve nondimeno rinvenirsi una situazione soggettiva dal lato passivo». Pertanto, a fronte dell'interesse legittimo non può esservi il potere o il dovere, ma deve esservi necessariamente un obbligo³³⁰.

Allo stesso tempo, nel configurare la situazione giuridica passiva dell'amministrazione in termini di obbligo, si spinge quella attiva del cittadino verso la dimensione del diritto soggettivo; e in particolare verso quella di un diritto soggettivo di credito, avente a oggetto pretese, poteri e facoltà che in caso di attività vincolata gli garantiranno il conseguimento dell'utilità finale e in caso di attività discrezionale realizzeranno il suo diritto allo scioglimento dell'incertezza attraverso un provvedimento legittimo (oppure, se lo si vuol dire in altri termini, realizzeranno la sua *chance* di ottenere il bene della vita)³³¹.

Si giunge così al risvolto praticamente interessante della teoria in esame. Infatti, una volta che si è abbandonata l'impostazione tradizionale che inquadrava il rapporto amministrativo in base alla relazione dovere-interesse legittimo e lo si è ricostruito secondo il modello civilistico diritto-obbligo, risulta sgombrato il campo dal timore che l'esercizio in sede esecutiva del potere amministrativo discrezionale possa comportare una violazione del principio della divisione dei poteri³³²: «se esiste un obbligo», si dice, «questo non può restare inadempito, neppure quando l'adempimento richieda l'esercizio di un potere discrezionale»³³³.

³²⁹ Il punto di vista dell'A. è qui quello della «distinzione tra norma come prescrizione astratta e norma come prescrizione concreta»: pertanto, «del dovere si ragionerebbe dal punto di vista della norma, e non viceversa da quello della proiezione della norma medesima sui singoli soggetti, che è quanto dire dal punto di vista della sua applicazione» (sempre FERRARA L., *ult. op. cit.*, pp. 132-133).

³³⁰ Ancora FERRARA L., *ult. op. cit.*, p. 112.

³³¹ Rileva l'A., utilizzando quale termine di paragone la definizione che del diritto soggettivo dava Mario Nigro nel suo manuale di giustizia amministrativa, che «se gli interessi legittimi costituiscono somma o sintesi di pretese, facoltà e poteri, essi non differiscono affatto dai diritti soggettivi» (di nuovo FERRARA L., *ult. op. cit.*, pp. 172-173).

³³² che non si intenda il principio della divisione dei poteri nella sua accezione originaria, «che ha segnato il passaggio dalla monarchia assoluta alla monarchia costituzionale», o in quella propria dello Stato liberale, dove tale principio è stato utilizzato per individuare tre poteri «tra loro meccanicamente e rigidamente separati», ma lo si intenda nell'accezione di «proiezione del principio democratico» e di «garanzia dell'indipendenza della magistratura» (vedi FERRARA L., *ult. op. cit.*, pp. 2-3)

³³³ Sempre FERRARA L., *ult. op. cit.*, pp. 94-95: «non vi è obbligo», insiste l'A., «se il suo adempimento non è garantito in ogni caso». Ragionando in questi termini, «l'obbligo [...] si impone sull'esistenza del potere amministrativo, il cui esercizio diventa lo strumento di attuazione della volontà della legge, come accertata dal giudice».

Tirando le fila del ragionamento, dunque, «sulla pubblica amministrazione» graverebbe «una obbligazione complessa avente a oggetto una prestazione attraverso la quale, nel mentre si riconosce interamente la *chance* al cittadino, soddisfacendo il suo interesse strumentale» si dimostra anche se egli ha più o meno diritto al bene della vita ambito: così, se «l'atto illegittimo rappresenta un inadempimento dell'obbligo di dare tale compiuta dimostrazione» e «l'adempimento tardivo è sempre possibile», non sono viceversa «ammissibili successivi [...] atti di inadempimento». Di conseguenza, «il riesercizio illegittimo del potere» integrerebbe sempre «un inadempimento dell'obbligazione originaria» e giustificerebbe sempre, sul piano processuale, una sentenza di condanna «alla quale fa immediatamente seguito il processo di esecuzione»³³⁴.

In conclusione, «la dimostrazione della sussistenza di una situazione obbligatoria» in capo all'amministrazione «fa del giudizio di legittimità la sede dell'accertamento dell'(eventuale) inadempimento e del giudizio di ottemperanza la sede dell'(eventuale) adempimento coattivo»³³⁵.

A una lettura superficiale questa teoria potrebbe apparire ripropositiva di quella che voleva trasferire nel giudizio amministrativo la preclusione processuale del dedotto e del deducibile.

In realtà non è affatto così. Al contrario, qui si tenta di correggere la tesi proposta *sub* §8.1 nella parte in cui quest'ultima, rivelando la propria incoerenza, trasformava in oggetto del giudicato un'utilità pratica che non avrebbe potuto rappresentare neppure l'oggetto della domanda: il giudice della cognizione, si è visto, diventava in quel modo amministratore, sostituendo le sue valutazioni alle scelte discrezionali degli apparati burocratici.

Tale vizio, invece, non si ripropone in questa sede. Qui si prende atto che quando la legge fa dipendere dall'esercizio discrezionale del potere la produzione di un effetto vantaggioso, il cittadino destinatario dell'azione amministrativa è titolare di un diritto di credito avente a oggetto non già direttamente il vantaggio ma (solo) la *chance* di ottenerlo. Pertanto, l'oggetto della domanda e successivamente quello del giudicato non può che essere rappresentato da questa medesima *chance*. Alla domanda di annullamento dell'atto impugnato, quindi, il ricorrente non potrà affiancare quella di condanna dell'amministrazione a riconoscergli l'utilità finale, poiché questa non è giuridicamente possibile. Di conseguenza, egli potrà chiedere soltanto la condanna dell'obbligato a dargli un atto legittimo, che rappresenta esattamente «tutto quello e proprio quello ch'egli», nelle ipotesi di attività discrezionale, «ha diritto di conseguire piano sostanziale» (su questi aspetti si tornerà più approfonditamente *infra* cap. III, §§2-3).

³³⁴ Queste sono le conclusioni alle quali giunge FERRARA L., *ult. op. cit.*, pp. 190-191.

³³⁵ Di nuovo FERRARA L., *ult. op. cit.*, pp. 194-195.

Una volta che il giudice della cognizione abbia condannato l'amministrazione a sciogliere l'incertezza del ricorrente attraverso l'adozione di un atto legittimo, ogni successivo provvedimento illegittimo rappresenterà una violazione del giudicato e darà al cittadino risultato vincitore il diritto di domandare al giudice dell'ottemperanza di sostituirsi all'amministrazione e di adottare in sua vece un atto legittimo (che, si badi bene, non potrà e non dovrà neppure stavolta essere necessariamente favorevole³³⁶).

9. Alcune considerazioni d'insieme sulla trasformazione del tipo processuale: dall'amministrazione intimata a quella convenuta

L'indagine condotta sin qui pare aver suffragato l'ipotesi che l'approvazione del codice del processo abbia segnato l'abbandono del modello originariamente calettato sul c.d. processo da ricorso.

Ciascuno dei profili analizzati, senza alcuna eccezione, si presta a questa osservazione. Anzi: anche dove il tipo processuale di riferimento sembrerebbe essere, all'apparenza, ancora quello dell'aggressione unilaterale all'atto, sono molteplici gli indici normativi che ne suggeriscono il superamento.

In primo luogo, si è potuto constatare come l'atto introduttivo del giudizio amministrativo, a dispetto del nome che porta, non svolga più la funzione di *vocatio iudicis* ma quella, ben diversa, di *vocatio in ius*, che è tipica dell'atto di citazione. A tale conclusione si è potuti giungere prendendo da una parte atto dell'anticipazione della genesi del rapporto processuale al momento della notificazione del ricorso all'amministrazione e dall'altra parte dell'introduzione a suo carico dell'obbligo di depositare l'atto impugnato. In particolare, non si è mancato di rilevare come quest'ultima previsione abbia finito per introdurre indirettamente a carico della parte pubblica un vero e proprio obbligo di costituirsi (a meno di non voler immaginare il caso di un'amministrazione intimata che si limita a depositare l'atto impugnato senza prendere parte al giudizio).

Un secondo elemento di rottura con il modello del processo da ricorso è emerso poi sul fronte dell'estinzione del giudizio per rinuncia del ricorrente. A questo riguardo si è letta nella disciplina dell'art. 84, co. 3, c.p.a. la dimo-

³³⁶ La questione è ben chiara a FERRARA L., *ult. op. cit.*, pp. 262-268, al quale «viene naturale domandarsi attraverso quali criteri sia esercitato» il giudice dell'esecuzione debba esercitare il potere discrezionale dell'amministrazione, suggerendo che questi debbano essere gli stessi che egli utilizza quando giudica: «l'organo giurisdizionale», ipotizza l'A., dovrà essere guidato «non dai criteri della politica ma dai criteri della ragionevolezza».

strazione che il rapporto processuale non si instaura più soltanto tra il ricorrente e il giudice, ma contempla anche l'amministrazione intimata, alla quale non a caso è riconosciuto il diritto di opporsi alla rinuncia.

Ancora, l'abbandono dello schema del ricorso è apparso netto pure con riferimento all'oggetto del giudizio e, conseguentemente, all'effetto di giudicato. Infatti, benché la dottrina e la giurisprudenza non abbiano ancora individuato un approdo definitivo, v'è comunque su questo piano univocità nel ritenere che, in un'ottica di garanzia dell'effettività della tutela, gli effetti delle sentenze amministrative non possano essere circoscritti ai soli motivi di ricorso dedotti nel ricorso (e presi in esame dal giudice), ma debbano dare al ricorrente un'utilità che sia quanto più possibile stabile.

Nondimeno, come s'è rilevato in apertura di questo paragrafo, dall'analisi condotta sembrerebbero essere emersi alcuni elementi di continuità con il modello originario del processo da ricorso. Si pensi alla contumacia, esclusa dal giudizio amministrativo proprio per via della sua «peculiare struttura», che non consentirebbe di far discendere conseguenze negative dall'assenza volontaria della parte intimata; oppure al modo in cui viene interpretato il potere acquisitivo del giudice amministrativo, quale strumento preordinato a colmare non soltanto le lacune nascenti dalla disparità delle parti sul piano sostanziale ma anche quelle derivanti dalla loro (presunta) asimmetria processuale.

Epperò, persino con riferimento a questi due ultimi profili, che parrebbero offrire la prova contraria dell'ipotesi che qui si è provato a sostenere, le perplessità sollevate sembrano aver colto nel segno: non soltanto si crede di aver dimostrato l'opportunità di dare cittadinanza all'istituto contumaciale nel giudizio amministrativo, ma si è messa pure a nudo l'irragionevolezza di un uso dei poteri acquisitivi per fini diversi dalla necessità di assicurare la parità delle parti su di un piano squisitamente sostanziale.

Volendo portare a conclusione il ragionamento, quindi, pare potersi considerare definitivamente superata l'idea che all'amministrazione sia riservato il ruolo di una *convitata di pietra* in un processo che ha per protagonisti esclusivi il ricorrente e il giudice.

Tutt'al contrario, sembra esservi spazio per ammettere che non si debba più parlare dell'amministrazione come di una *parte intimata* ma come *parte convenuta*³³⁷. Questo non solo per esigenze di ordine lessicale, che suggeriscono sempre di accompagnare all'evoluzione dei modelli la sostituzione dei nomi,

³³⁷ Si recupera qui l'idea di PICOZZA E., *Manuale*, cit., p. 77, alla quale si è fatto cenno *supra* nel testo in chiusura del §2 di questo capitolo. Ma le stesse considerazioni parrebbero potersi trarre anche da BACCARINI S., *Piccolo mondo antico*, cit., pp. 1153-1154 e da TROPEA G., *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzione delle parti*, in SASSANI B., VILLATA R. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, cit., pp. 428-432; 439-443.

ma per il significato che è proprio di tali parole: all'idea di una parte *eventuale* alla quale è sufficiente «far conoscere»³³⁸ l'esistenza di un ricorso che non la riguarda direttamente, se non per avere a oggetto un atto da essa emanato, occorre sostituire quella di una parte *necessaria* da «convocare in giudizio» e «contro la quale è proposta l'azione giudiziaria»³³⁹.

10. Il superamento del principio di indifferenza della costituzione in giudizio dell'amministrazione convenuta

Abbattuta la fortezza concettuale eretta a protezione della parte intimata, si può adesso provare a penetrare il castello e a catturare la regina.

Del resto, la mappa per raggiungere le segrete stanze dove s'è per decenni 'nascosta' l'amministrazione si era già disegnata in chiusura del §4 di questo capitolo, dove si immaginava che l'allontanamento dal modello originario del 'processo da ricorso' fosse ormai tale da consentire di ipotizzare un vero e proprio *obbligo* per l'amministrazione di costituirsi e di difendersi con tutti i mezzi e le argomentazioni disponibili, al fine di raggiungere una pronuncia quanto più possibile soddisfattiva del suo interesse di parte.

Quell'idea, che aveva allora soltanto la forza di una suggestione, pare adesso aver acquisito consistenza in seguito alla presa di coscienza del superamento del *principio di indifferenza della costituzione dell'amministrazione in giudizio*: infatti, come s'è diffusamente argomentato e come si dirà ancora, la scelta di costituirsi è divenuta ormai per la parte pubblica tutt'altro che priva di conseguenze.

In particolare, si illustreranno qui alcuni degli effetti processuali che potrebbero derivare dalla scelta dell'amministrazione di non partecipare al giudizio: a) la sua assenza potrebbe assumere rilievo come argomento di prova (se non addirittura, secondo una certa interpretazione del principio di non contestazione, come acquiescenza tacita alle affermazioni attoree); b) il giudice, non potendo ricorrere ai propri poteri officiosi per andare in soccorso a un'amministrazione negligente (come si è suggerito *sub* §6), dovrebbe limitare la sua cognizione alle sole allegazioni di parte attrice, con il rischio che questo *deficit* cognitorio si riverberi negativamente sulla corretta rappresentazione dei fatti; c) il ricorrente, poi, dovrebbe risultare sempre vincitore nelle

³³⁸ Questo è il significato attribuito al verbo «intimare» da OLI G.C., MAGINI L. (a cura di), DEVOTO G., OLI G.C., *Nuovo vocabolario illustrato della lingua italiana*, I, Milano, 1987, p. 1533. Dello stesso avviso BATTAGLIA S., *Grande dizionario della lingua italiana*, VIII, Torino, 1973, p. 293.

³³⁹ Sono questi invece i significati attribuiti al verbo «convenire» da OLI G.C., MAGINI L. (a cura di), DEVOTO G., OLI G.C., *Nuovo vocabolario*, cit., p. 731 e BATTAGLIA S., *Grande dizionario della lingua italiana*, III, Torino, 1971, p. 719.

controversie concernenti la mancata comunicazione di avvio del procedimento (oltretutto, secondo una certa interpretazione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a., in quelle relative agli atti adottati in violazione delle norme sulla forma e sul procedimento); d) inoltre, l'amministrazione potrebbe dover subire gli effetti di un giudicato sostanzialmente ingiusto (o almeno viziato da un *deficit* cognitorio); e) infine, la sua assenza potrebbe determinare una condanna alle spese del giudizio in caso di vittoria del ricorrente nel merito.

a) Il principio di non contestazione e gli argomenti di prova derivanti dal comportamento delle parti. Come si è già avuto modo di dire *supra* §6, non è affatto chiaro se in assenza dell'amministrazione operi il principio di non contestazione di cui all'art. 64, co. 2, c.p.a., scorgendosi in giurisprudenza decisioni che interpretano questo contegno come ammissione tacita di fondatezza degli argomenti dedotti dal ricorrente³⁴⁰.

Ma anche laddove si ritenesse che tali pronunce sono destinate a rimanere isolate perché contrastanti con la lettera della legge³⁴¹, resterebbe la possibilità per il giudice di «desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo» (art. 64, co. 4, c.p.a.): così, fatta uscire dalla porta sotto forma di *prova legale*, la non contestazione rientrerebbe dalla finestra nelle vesti di *prova indiziaria*, con la conseguenza che l'assenza dell'amministrazione finirebbe comunque per incidere (negativamente) sulla determinazione giudiziale³⁴².

b) Il funzionamento del metodo acquisitivo. In secondo luogo, la scelta dell'amministrazione di non partecipare al giudizio potrebbe avere conseguenze dirompenti sul fronte del funzionamento del c.d. metodo acquisitivo. Qualora infatti, come si è suggerito *supra* §6, venisse fatta di tale princi-

³⁴⁰ Vedi in proposito Tar Toscana, sez. III, sent. 28 luglio 2017, n. 1009, Tar Campania (Salerno), Sez. I, sent. 19 novembre 2014, n. 1943, e Tar Sardegna (Cagliari), sez. II, sent. 11 novembre 2009, n. 1723, già citate in questo capitolo in nota *sub* §5.

³⁴¹ Come si è rilevato *supra* in nota *sub* §5, infatti, una lettura fedele dell'art. 64, co. 2, c.p.a. imporrebbe di considerare il principio di non contestazione applicabile soltanto nei confronti delle «parti costituite».

³⁴² Così, per esempio, in Tar Piemonte (Torino), sez. II, sent. 25 febbraio 2011, n. 196, dove si afferma che «l'assenza di ogni difesa da parte dell'amministrazione comporta l'applicazione del principio di non contestazione ex art. 64, comma 2, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, [...] ovvero, argomenti di prova sfavorevoli ex art. 64, co. 4, medesimo testo, dovendosi ricavare che, rispetto a quanto dedotto in ricorso e asserito da questo collegio, l'amministrazione non avesse alcuna difesa utile da opporre». Una considerazione di questo tipo emerge anche nell'appena menzionata Tar Toscana, sez. III, sent. 28 luglio 2017, n. 1009, dove si registra, come del resto in Tar Piemonte, una certa *confusione* tra i commi secondo e quarto dell'art. 64 c.p.a.

pio un'applicazione davvero coerente con le ragioni giuridiche che lo giustificano nell'attuale contesto normativo, l'assenza della parte pubblica non dovrebbe più essere considerata una ragione sufficiente a consentire al giudice l'esercizio dei poteri officiosi di acquisizione delle prove³⁴³.

Anche in tal caso, quindi, la mancata costituzione dell'amministrazione potrebbe rivelarsi determinante per l'esito del processo ed esporre la controversia al rischio che delle «pur laconiche indicazioni» di parte ricorrente siano ritenute «sufficienti a sorreggere la domanda»: in assenza di una seria contraddizione, il collegio giudicante potrebbe non essere nelle condizioni di conoscere e valutare ai fini della propria decisione «elementi giuridici-fattuali eventualmente ostativi alla richiesta»³⁴⁴.

c) I vizi di legittimità non caducanti. A sostegno dell'ipotesi avanzata in apertura di questo paragrafo concorre anche la disciplina dei vizi di legittimità non caducanti di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a. Sorvolando sul dibattito che si è acceso attorno all'interpretazione di questa disposizione³⁴⁵ ed escludendo l'ipotesi che un simile ragionamento possa estendersi anche ai giudizi

³⁴³ Come anche rileva quella giurisprudenza che si è menzionata *supra* in nota §6 e in particolare in Tar Sicilia (Catania), sez. I, sent. 1 agosto 2011, n. 2044.

³⁴⁴ In questi esatti termini Tar Emilia-Romagna (Parma), sez. I, sent. 19 giugno 2017, n. 215: «il Collegio reputa che le pur laconiche indicazioni fornite da parte ricorrente (che non ha neppure indicato in quale epoca sarebbe avvenuta l'occupazione dei propri beni) siano comunque sufficienti a sorreggere la domanda sul silenzio, dato che la mancata costituzione dell'Amministrazione intimata ha impedito di conoscere l'esistenza di elementi giuridici-fattuali eventualmente ostativi alla richiesta». Dello stesso tenore anche: Tar Marche (Ancona), sez. I, sent. 21 febbraio 2014, n. 271, dove l'amministrazione intimata viene condannata anche in considerazione del fatto che «la [sua] mancata costituzione» ha fatto sì che restassero «incontestati» gli elementi costitutivi dedotti dal ricorrente a fondamento della sua pretesa (che nel caso di specie erano «la mancata conclusione del procedimento» e «la scadenza del termine di legge»); Tar Campania (Napoli), sez. VI, sent. 12 novembre 2010, n. 24047, che condivide «le conclusioni sostanziali cui [...] parte ricorrente è pervenuta» anche in considerazione del fatto che «l'amministrazione, ritualmente intimata, non ha ritenuto di costituirsi in giudizio».

³⁴⁵ Si rinvia a questo riguardo a FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 108; IDEM, *Novità legislative e peso della tradizione (replicando a Fabio Saitta a proposito dell'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in *Giustamm*, 2008; IDEM, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 229; SAIITTA F., *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ultimo, e 21 octies, comma 2, l. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm.*, Tar, 2006, p. 2295; IDEM, *Art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990: ecco perché si finisce per "rimpiangere il passato" (discussione con Leonardo Ferrara, atto quarto)*, in *Giustamm*, 2008; IDEM, *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: il lupo perde il*

concernenti gli atti adottati in violazione delle norme sulla forma e sul procedimento, si può dire con sicurezza che, almeno nelle ipotesi di mancata comunicazione di avvio del procedimento, gravi sull'amministrazione resistente l'onere di dimostrare in giudizio che «il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Va da sé, pertanto, che la mancata costituzione dell'amministrazione convenuta assicurerebbe in questi casi la vittoria al ricorrente, che potrà limitarsi ad allegare il mancato ricevimento dell'avviso di cui all'art. 7 l.p.a. per ottenere dal giudice l'annullamento del provvedimento impugnato³⁴⁶.

L'amministrazione, quindi, di fronte a una domanda di questo tipo sembrerebbe avere due sole possibilità: riconoscere le ragioni del ricorrente e annullare il provvedimento impugnato in autotutela; oppure costituirsi e provare a dimostrare in giudizio che il contenuto dell'atto non poteva essere diverso da quello in concreto adottato.

La scelta di non partecipare al processo, viceversa, appare del tutto irragionevole e non può che produrre conseguenze dannose: dove la partecipazione del ricorrente al procedimento avrebbe potuto comportare una diversa sistemazione dei rapporti, il mancato esercizio del potere di annullamento d'ufficio costringe il cittadino a sopportare inutilmente i costi di un giudizio ed espone l'ente al rischio di una condanna alle spese (vedi *infra* lett. e); laddove invece il provvedimento non poteva essere diverso da quello in concreto adottato, la mancata costituzione in giudizio dell'amministrazione non soltanto la vincola agli effetti di un giudicato di annullamento che si sarebbe potuto evitare con una difesa adeguata, ma la costringe pure, qualora intenda adottare di nuovo quel provvedimento, a iniziare un altro procedimento, con un ulteriore, evitabile, dispendio di risorse a carico dell'ente.

pelo, ma non il vizio (ovvero "in claris ... fit interpretatio"), in Giustamm, 2009; IDEM, *Annulamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio?*, in Giustamm, 2008.

³⁴⁶ In questi termini: Tar Veneto (Venezia), sez. III, sent. 21 maggio 2015, n. 551; Tar Veneto (Venezia), sez. III, sent. 14 novembre 2013, n. 1288; Tar Veneto (Venezia), sez. III, sent.; Tar Veneto (Venezia), sez. III, sent. 2 settembre 2013, n. 1098; Tar Veneto (Venezia), sez. III, sent. 12 settembre 2013, n. 1097; Tar Veneto (Venezia), sez. III, sent. 23 maggio 2013, n. 747; Tar Lazio (Roma), sez. III, sent. 14 aprile 2017, n. 4640. In tutte queste pronunce si nega «che il legislatore abbia voluto sostanzialmente normativizzare il principio giurisprudenziale» del raggiungimento dello scopo affermato dalla giurisprudenza prima del 2005. Per i giudici territoriali, «la significativa circostanza che l'effetto sanante si abbia solo nel caso in cui sia la stessa amministrazione costituendosi in giudizio a dimostrare "che il provvedimento non avrebbe [...] potuto essere diverso da quello in concreto adottato" [...] significa che la giurisprudenza formatasi prima della novella non può essere recepita sic et simpliciter»: pertanto, «la ridetta lettura, in realtà, si traduce in una disapplicazione della disposizione, le quante volte conduca alla declaratoria di non annullabilità in caso di mancata costituzione dell'amministrazione».

d) L'effetto di giudicato. Ancora, a favore del superamento del principio di indifferenza della costituzione in giudizio dell'amministrazione convenuta sta la tendenza all'ampliamento dell'effetto di giudicato delle sentenze amministrative.

Quale che sia la teoria cui si preferisce aderire tra quelle che si sono menzionate *supra* §8 e di là dalle implicazioni problematiche che ciascuna di esse comporta, è da più parti avvertita in maniera stringente la necessità di assicurare alle decisioni dei giudici amministrativi una stabilità che vada oltre i motivi di illegittimità dedotti dal ricorrente ed esaminati dal collegio.

Ma se la tendenza del giudizio amministrativo è sempre più quella di consentire, almeno fin dove questo si riveli giuridicamente *possibile*, una regolazione tendenzialmente³⁴⁷ definitiva del rapporto sotteso all'atto impugnato, è istintivo affermare che l'amministrazione non possa più sottrarsi (o almeno non possa più farlo senza valutarne attentamente le conseguenze) dal far valere in giudizio le proprie ragioni. Continuare a sostenere il contrario, nell'attuale contesto normativo, significherebbe accettare che il giudizio possa finire per accordare al ricorrente un'utilità pratica ch'egli non avrebbe ottenuto se gli fosse stata opposta una difesa adeguata³⁴⁸.

Un rischio, quest'ultimo, che diviene particolarmente concreto qualora si aderisca alla teoria della preclusione a scoppio ritardato (§8.4): dovendosi il secondo giudizio concludere con una sentenza che regola in maniera definitiva il rapporto anche nelle ipotesi in cui residuano margini di discrezionalità, la possibilità che il ricorrente tragga un indebito vantaggio dall'assenza dell'amministrazione in giudizio assume contorni ben visibili.

e) La condanna alle spese. Da ultimo, non va dimenticata la questione della condanna alle spese del giudizio. Sebbene infatti, con una motivazione del tutto apparente³⁴⁹, la tendenza dei giudici amministrativi sia perlopiù

³⁴⁷ L'uso dell'avverbio tendenzialmente è d'obbligo, nella misura in cui resta sempre salva la possibilità per l'amministrazione di rivalutare l'interesse pubblico in concreto alla luce di una sopravvenienza di fatto o di diritto (come avvenuto nella controversia che ha dato luogo a Cons. St., Ad. Plen., sent. 6 aprile 2017, n. 1, di cui si è diffusamente dato conto in questo capitolo *sub* §8.3).

³⁴⁸ E ancora una volta il pensiero torna alle più volte citate Tar Emilia-Romagna (Parma), sez. I, sent. 19 giugno 2017, n. 215, Tar Marche (Ancona), sez. I, sent. 21 febbraio 2014, n. 271, e Tar Campania (Napoli), sez. VI, sent. 12 novembre 2010, n. 24047, che affermano esattamente quanto si è detto nel testo.

³⁴⁹ Vi sono infatti centinaia di sentenze che riportano in calce diciture del tipo «non vi è luogo a pronuncia in ordine al regime delle spese processuali *attesa la mancata costituzione dell'amministrazione resistente* [corsivo nostro]» o, ancor più semplicemente, «la mancata costituzione dell'amministrazione esonera il collegio dal provvedere sulle spese», senza alcuna spiegazione sulle ragioni per le quali la mancata costituzione della parte intimata dovrebbe giustificare una decisione di questo tipo (così, tra le tante: Tar Campania (Napoli), sez. II,

quella di compensare le spese pure nelle ipotesi di accoglimento del ricorso³⁵⁰, si registrano talvolta anche decisioni di segno contrario.

Con un argomento che qui si ritiene di condividere, il Consiglio di Stato ha affermato in diverse occasioni che «la mancata costituzione dell'amministrazione inadempiente» non possa escludere in via di principio che «la parte privata [...] vittoriosa nel merito, abbia diritto al rimborso delle spese sostenute»³⁵¹. Anzi, in una logica di correttezza processuale, verrebbe quasi da dire che l'assenza dell'amministrazione dovrebbe addirittura essere considerata di per sé un indice suscettibile di giustificare la condanna alle spese (tanto più nei casi in cui il ricorrente sia risultato vittorioso nel merito).

Questo tema, forse poco stimolante su di un piano scientifico, è però di enorme importanza se guardato nella sua stretta materialità.

Com'è stato osservato da chi si è proposto di dare una lettura economica del diritto, l'amministrazione è innanzitutto «una tecnica di allocazione di risorse scarse» come il «tempo» e il «denaro»³⁵². Di talché, è fin troppo intuitivo rilevare che le risorse impiegate per indennizzare un cittadino che ha avuto giustizia delle proprie ragioni davanti a un giudice non siano per nulla bene

sent. 29 maggio 2018, n. 3526; Cons. St., sez. III, sent. 04 maggio 2018, n. 2658; Tar Lazio (Roma), sez. II, sent. 14 aprile 2018, n. 4129; Tar Piemonte (Torino), sez. II, sent. 21 marzo 2018, n. 343; Tar Calabria (Catanzaro), sez. I, sent. 16 marzo 2018, n. 655). In un caso del 2012, addirittura, il Consiglio di Stato, nonostante l'accoglimento del ricorso, ha deciso di compensare le spese «anche tenuto conto della mancata costituzione dell'Amministrazione in entrambi i gradi» (così Cons. St., sent. 24 settembre 2012, n. 5080).

³⁵⁰ Tra le decisioni più recenti, v. Cons. St., sez. III, sent. 24 ottobre 2018, n. 6055; Cons. St., sez. III, sent. 24 ottobre 2018, n. 6054; Tar Calabria (Catanzaro), sez. II, 27 settembre 2018, n. 1652; Tar Puglia (Bari), sez. I, sent. 20 settembre 2018, n. 1232; Tar Puglia (Bari), sez. I, 12 settembre 2018, n. 1223.

³⁵¹ In questo senso le identiche Cons. St., sez. IV, sent. 28 novembre 2013, nn. 5709 e 5710, che provano a fare ordine in materia di spese fissandone tre principi regolatori: a) in primo luogo, si ammette che «nel regime di regolazione previsto dall'art. 26 c.p.a., sussistono margini di apprezzamento discrezionale riservati al giudice del merito circa il riparto delle spese di lite» (e a questo riguardo si richiama Cons. St., sez. VI, sent. 9 febbraio 2011, n. 872); b) in secondo luogo si accoglie «il principio tradizionale secondo cui la statuizione sulle spese di giudizio è espressione di una lata discrezionalità del giudice, sindacabile in sede di appello solo per violazione del principio secondo cui le spese non possono essere poste a carico della parte vittoriosa o in caso di compensazione palesemente irragionevole o errata alla stregua della motivazione adottata» (e a questo proposito si richiama Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2012, n. 5232); c) ma in terzo luogo si nega che l'esclusione dalla condanna alle spese dell'amministrazione soccombente, intimata e non costituita, possa essere sorretta da una motivazione «apodittica» per la quale «dalla mancata costituzione in giudizio dell'Amministrazione soccombente discenderebbe» come conseguenza necessitata «che nulla dovrebbe disporsi circa le spese di giudizio». Pertanto, nel caso di specie il collegio riconosce alla parte privata vittoriosa nel merito il diritto al rimborso delle spese sostenute.

³⁵² Così NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. XII.

allocate: anzi, con un linguaggio a-tecnico, ma eloquente, si potrebbe parlare a buon titolo di *risorse sprecate*.

Tanto più si può condividere quest'opinione quando il ricorrente sia addirittura riuscito a trarre un vantaggio dall'assenza dell'amministrazione in giudizio, come avvenuto in quella recente controversia, già menzionata *sub* lett. b), dove «le pur laconiche indicazioni fornite da parte ricorrente» sono state ritenute «sufficienti a sorreggere la domanda»³⁵³.

In un caso come quello appena richiamato, la negligenza dell'amministrazione non soltanto ha messo a repentaglio, come si dirà meglio *infra* §11, tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie oggetto del processo, che potrebbero subire un detrimento da una sentenza *sostanzialmente ingiusta* (anche se processualmente ineccepibile), ma ha finito pure per esporre l'ente al rischio di un danno patrimoniale derivante da una condanna alle spese che si sarebbe potuta evitare con un comportamento processuale diligente.

Infatti, come si proverà ad argomentare *infra*, anche in questo caso sembrano esservi due possibilità: la prima è che il ricorrente abbia ragione e allora l'amministrazione avrebbe dovuto anticipare il processo e agire in autotutela, riconoscendogli a livello stragiudiziale tutto quello ch'egli aveva diritto di conseguire sul piano sostanziale; l'altra possibilità, invece, è che sussistessero degli argomenti difensivi ragionevoli da opporre alla domanda del ricorrente e allora l'amministrazione avrebbe dovuto spenderli in giudizio, evitando quantomeno la condanna alle spese³⁵⁴.

11. Le conseguenze della mancata costituzione in giudizio dell'amministrazione convenuta

Quanto si è detto nel paragrafo precedente induce quasi istintivamente a formulare alcune considerazioni ulteriori e a indagare più approfonditamente le conseguenze che potrebbero scaturire dalla mancata partecipazione dell'amministrazione al giudizio.

³⁵³ Vedi di nuovo Tar Emilia-Romagna (Parma), sez. I, sent. 19 giugno 2017, n. 215, Tar Marche (Ancona), sez. I, sent. 21 febbraio 2014, n. 271, e Tar Campania (Napoli), sez. VI, sent. 12 novembre 2010, n. 24047.

³⁵⁴ Al fondo di questa considerazione vi è l'idea che il codice del processo amministrativo non abbia fatto proprio il principio di corrispondenza tra la soccombenza nel merito e la soccombenza di spese. Pertanto, ben si potrebbe immaginare che se l'amministrazione, pur soccombendo, si sia difesa con argomenti provvisti di un qualche fondamento, il collegio possa compensare le spese. Per esempio, Tar Puglia (Bari), sez. I, sent. 9 novembre 2012, n. 1903, ha ritenuto di compensare le spese «considerata la novità delle questioni trattate» e «il complessivo sviluppo della vicenda amministrativa».

Per districarsi nella selva dei problemi che si stagliano all'orizzonte, conviene innanzitutto tenere distinte le ipotesi nelle quali sia *palese la fondatezza delle ragioni del ricorrente* (che si vedranno *sub* lett. a) da quelle dove invece l'amministrazione disponga di *valide argomentazioni difensive*, che siano *ragionevolmente suscettibili*, almeno *in astratto* e ferma restando l'*inevitabile alea del processo*, di garantirle delle *chance* di vittoria nel merito (che si vedranno *sub* lett. b).

a) Le ipotesi in cui risulti palese la fondatezza delle ragioni del ricorrente. Se la fondatezza delle ragioni del ricorrente risulta palese, questo significa che l'amministrazione si è resa inadempiente nei suoi confronti, non avendogli riconosciuto quello ch'egli avrebbe avuto diritto di conseguire sul piano sostanziale: che abbia adottato un provvedimento illegittimo, mancato di rispondere a un'istanza dalla quale scaturiva l'obbligo di provvedere oppure abbia cagionato un danno ingiusto con la sua azione, l'amministrazione resta comunque obbligata all'adempimento (per quanto tardivo) della sua obbligazione.

Pertanto, in tutte le ipotesi in cui l'amministrazione avrebbe dovuto dare qualcosa al ricorrente e risulti palese che non lo abbia fatto, essa dovrebbe cercare di mettere in campo ogni strumento a sua disposizione che sia idoneo a evitare di farsi trascinare in giudizio, riconoscendogli in via stragiudiziale quello che gli spetta (e che gli avrebbe dovuto già dare nel procedimento).

Qui, infatti, la scelta di attendere l'esito del giudizio non può che rivelarsi dannosa per l'amministrazione (oltreché per il cittadino ricorrente³⁵⁵), sia che essa scelga di non parteciparvi, sia che essa decida di costituirsi: rimanendo assente, non soltanto si troverebbe a subire gli effetti di un giudicato sfavorevole (neppure minimamente mitigato dalle sue prospettazioni difensive³⁵⁶), ma rischierebbe anche di vedersi condannata a rifondere le spese processuali sostenute dalla parte attrice³⁵⁷; scegliendo di costituirsi, oltre a subire le conseguenze appena menzionate, finirebbe pure per impiegare inutilmente risorse umane ed economiche per l'allestimento di una difesa processuale, che si rivelerebbe senz'altro vana.

³⁵⁵ Il ricorrente, infatti, cercherà di trasferire sull'amministrazione convenuta i costi del processo, domandandone la condanna alle spese e il risarcimento dei danni derivanti dall'adempimento tardivo.

³⁵⁶ Alla luce di quel che si è detto *supra* nel testo *sub* §6, il giudice non potrebbe soccorrere l'amministrazione assente ricercando elementi di prova ch'essa avrebbe potuto produrre se si fosse tempestivamente costituita.

³⁵⁷ Come si è visto *supra* §10, lett. e), infatti, nonostante la tradizionale reticenza dei giudici amministrativi nel condannare l'amministrazione al pagamento delle spese processuali, si sono recentemente registrati dei casi (del tutto condivisibili) nei quali il collegio si è determinato in questo senso, proprio in considerazione del fatto che l'ente convenuto, risultato soccombente nel merito, non si era neppure costituito in giudizio.

Così, a seconda del contenuto della domanda attorea, l'amministrazione dovrebbe adempiere tardivamente la propria obbligazione, determinandosi di volta in volta secondo logiche ispirate al buon andamento, all'imparzialità e all'economicità dell'azione.

Provando a esemplificare, davanti a un'azione di annullamento (art. 29 c.p.a.), l'amministrazione dovrebbe eliminare d'ufficio il provvedimento impugnato; di fronte a un'azione di nullità (art. 31, co. 4, c.p.a.), essa dovrebbe riconoscere le ragioni del ricorrente ed eliminare gli eventuali effetti sfavorevoli che si sono prodotti in via di fatto; qualora sia convenuta in giudizio per il risarcimento di un danno patrimoniale conseguente a un'illegittimità provvedimento (art. 30 c.p.a.), l'ente convenuto dovrebbe tentare di risolvere la controversia in via transattiva.

Restano da esaminare le ipotesi dell'azione di adempimento e dell'azione avverso il silenzio-rifiuto (o inadempimento).

La prima è quella più semplice: qualora il ricorrente abbia domandato la condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento di natura vincolata (o rispetto al quale non residuano ulteriori margini di discrezionalità) che gli era stato *illegittimamente negato*, l'amministrazione dovrebbe riconoscergli in via stragiudiziale l'utilità richiesta.

Più complicata è invece la seconda ipotesi.

A tale riguardo, va preliminarmente ricordato che, quando il procedimento «consegua *obbligatoriamente* a un'istanza», la mancata adozione di un provvedimento espresso integra *sempre* la violazione di un obbligo da parte dell'amministrazione³⁵⁸. In questi casi, quindi, dove il fatto costitutivo della domanda (il silenzio inadempimento) sussista, il ricorrente avrà *sempre* ragione di pretendere la condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento espresso e l'amministrazione dovrà essere *sempre* condannata a sciogliere l'incertezza del ricorrente con un provvedimento espresso (e legittimo).

Arrivati a questo punto, però, occorre distinguere l'obbligo di provvedere dal contenuto del provvedimento richiesto: la circostanza che il silenzio inadempimento integri sempre la violazione di un obbligo, infatti, non comporta necessariamente il diritto del ricorrente di ottenere l'effetto giuridico desiderato, ma soltanto quello di essere sollevato dall'incertezza attraverso l'adozione di un provvedimento legittimo³⁵⁹.

Quindi: dove si tratti di un provvedimento di natura vincolata (o rispetto al quale non residuano ulteriori margini di discrezionalità), l'amministrazione

³⁵⁸ È questo quel che emerge chiaramente dalla lettera dell'art. 2 della l.p.a., per il quale «ove il procedimento consegua *obbligatoriamente* ad un'istanza [...] le pubbliche amministrazioni hanno il dovere [*rectius*, l'obbligo] di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso»: pertanto, nei casi in cui l'amministrazione abbia l'obbligo di procedere, la mancata adozione di un provvedimento espresso integra sempre un'ipotesi di inadempimento.

³⁵⁹ È questa, come noto, la tesi di FERRARA L., *Domanda giudiziale*, cit., pp. 657-668.

convenuta dovrebbe anticipare il giudizio e riconoscere al ricorrente l'utilità richiesta; dove viceversa si tratti di un provvedimento discrezionale, l'amministrazione dovrà sì adempiere tardivamente al suo obbligo, ma nel farlo conserverà il potere di negare l'utilità desiderata dal ricorrente, purché il rigetto avvenga mediante l'adozione di un atto legittimo.

b) Le ipotesi in cui l'amministrazione dispone di valide argomentazioni difensive da opporre alle pretese attoree. In questo secondo ordine di ipotesi il ragionamento si complica notevolmente perché vengono in gioco considerazioni che rischiano di allontanare nuovamente dalla logica del processo di parti e di far confluire ancora una volta l'interesse pubblico all'interno del giudizio amministrativo.

Come è stato sostenuto da una certa dottrina, infatti, mentre per le parti private la scelta di costituirsi «può essere assolutamente libera», per l'amministrazione non si potrebbe dire altrettanto: «se il provvedimento impugnato è stato emanato», si dice, «ciò significa che [...] è stato ritenuto utile per il soddisfacimento del pubblico interesse»; pertanto, «disinteressarsi» della «sua sorte» e «non rappresentare al giudice le ragioni che hanno indotto ad emanarlo» significherebbe «rinunciare a tutelare il pubblico interesse perseguito»³⁶⁰.

I termini di questo ragionamento sono chiarissimi. Il fatto, però, è che per questa via si attribuisce alla difesa dell'amministrazione una natura doverosa³⁶¹, dimenticando che la nozione di dovere, che è «per definizione irrelato», non è più idonea a descrivere i rapporti giuridici a partire dall'«istante in cui si verifica la fattispecie concreta»³⁶². Di conseguenza, ragionando nei

³⁶⁰ Così GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, p. 171. Egli ammette che «la costituzione in giudizio non è un atto dovuto» e che deve ritenersi «rimessa alla scelta delle controparti», le quali, «in relazione alla loro valutazione in ordine all'importanza del contenzioso, potranno scegliere se essere presenti avanti il giudice o se non svolgere alcuna attività processuale». Al contempo, però, l'A. avverte che «mentre per le parti private la scelta in ordine alla costituzione in giudizio può essere assolutamente libera, per la pubblica amministrazione [...] la valutazione è differente»: «se il provvedimento impugnato è stato emanato, ciò significa che il medesimo è stato ritenuto utile per il soddisfacimento del pubblico interesse»; pertanto, «disinteressarsi [...] rispetto alla sua sorte in sede giudiziale e non rappresentare al giudice le ragioni che hanno indotto ad emanarlo significa rinunciare a tutelare il pubblico interesse perseguito».

³⁶¹ È questo un esito inevitabile se si ammette che la ragione per la quale l'amministrazione dovrebbe costituirsi in giudizio e difendere le proprie determinazioni risiede nella tutela dell'interesse pubblico: è evidente, infatti, che per questa via si fuoriesce dal binomio diritto-obbligo per abbracciare la logica irrelata del binomio dovere-potere.

³⁶² Come si è detto supra nel testo e in nota cap. II, §8.5, il punto di vista di FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., pp. 132-133, è qui quello della «distinzione tra norma come prescrizione astratta e norma come prescrizione concreta»: pertanto, «del dovere si ragionerebbe dal punto di vista della norma, e non viceversa da quello della proiezione della

termini che si sono appena illustrati, si finisce di nuovo per assegnare al processo, che dovrebbe servire a tutelare i diritti soggettivi e gli interessi legittimi del ricorrente (v. *supra* cap. I, §13), la ben diversa *funzione* (amministrativa) di soddisfare l'interesse pubblico³⁶³.

Per questo motivo, si suggerisce qui un percorso argomentativo in parte diverso, suscettibile di tenere distinte *le situazioni soggettive di natura obbligatoria* che convergono e si confrontano paritariamente nel processo amministrativo da quegli *effetti giuridici di diversa natura* (su tutti: la responsabilità erariale³⁶⁴ e disciplinare dei funzionari coinvolti) che si producono all'esito del giudizio e che dipendono dal modo in cui l'amministrazione ha difeso in quella sede il proprio interesse di parte.

Terminata questa premessa, si possono ora passare in rassegna gli effetti derivanti dalla mancata partecipazione al giudizio dell'amministrazione nei casi in cui essa disponga di valide argomentazioni difensive da opporre alle pretese attoree.

È quasi immediato riconoscere che, questa volta, le stesse logiche ispirate ai principi di buon andamento, imparzialità ed economicità dell'azione, che nei casi trattati *sub a)* avevano suggerito all'amministrazione convenuta di evitare il giudizio, la spingono qui a *costituirsi* e a *difendersi*. Di più: quelle stesse ragioni che sopra l'avevano indotta a dare in via stragiudiziale al ricorrente tutto quello ch'egli aveva domandato con il ricorso, la esortano stavolta a predisporre una difesa processuale che sia quanto più completa possibile e idonea a garantire una tutela piena delle sue ragioni.

Se quel che si è detto è vero, si può allora affermare che quando l'amministrazione dispone di *valide argomentazioni difensive*, che siano *ragionevolmente suscettibili*, almeno *in astratto* e ferma restando *l'inevitabile alea del processo*, di garantirle delle *possibilità* di vittoria nel merito, il *mancato (o incompleto) esperimento di una difesa giudiziale tempestiva* integri sempre una violazione dei summenzionati principi di buon andamento, imparzialità ed economicità dell'azione³⁶⁵.

norma medesima sui singoli soggetti, che è quanto dire dal punto di vista della sua applicazione».

³⁶³ Tale effetto emerge chiaramente nel ragionamento di TROPEA G., *Ricorso principale*, cit., p. 540, per il quale «mentre per le parti private la scelta in ordine alla costituzione in giudizio può essere assolutamente libera, per la pubblica amministrazione la valutazione dovrebbe essere differente, in quanto l'amministrazione è preordinata alla tutela di pubblici interessi».

³⁶⁴ Anche GALLO C.E., *Manuale*, cit., p. 171, nel prosieguo del suo ragionamento rileva infatti come, «anche per evitare possibili azioni di responsabilità avanti la Corte dei Conti [corsivo nostro]», «l'amministrazione» dovrebbe «responsabilmente valutare se difendere o meno in giudizio il proprio atto, e, nell'ipotesi in cui non ritenga di difenderlo, se sussistano i presupposti per procedere in via di autotutela».

³⁶⁵ Ferma restando la necessità di evitare che l'interesse pubblico confluisca nuovamente nel giudizio amministrativo, qui può tornare utile il ragionamento di GALLO C.E., *Manuale*, cit., p. 171, per il quale «se il provvedimento impugnato è stato emanato, ciò significa che

La rilevanza giuridica e le conseguenze di questa violazione si vedranno subito. Intanto, però, occorre sottolineare come tale vicenda debba rimanere distinta da quella che forma l'oggetto del processo amministrativo e non debba (né possa) in nessun modo condizionarne le dinamiche e l'esito: come si è detto *sub* §6, per esempio, la circostanza che l'amministrazione non si sia difesa attivamente non autorizza il giudice a ricorrere ai suoi poteri istruttori.

Detto che l'unico comportamento coerente coi principi di buon andamento, imparzialità ed economicità dell'azione consiste qui nell'esperimento di un'adeguata difesa processuale da parte dell'amministrazione, si immagini il caso che essa decida di non prendere parte al processo o che, prendendovi parte, se ne disinteressi.

Quest'ipotesi sembra, a sua volta, dare vita a due ulteriori possibilità: la prima è che il ricorrente, nonostante la negligenza dell'amministrazione, non riesca a dimostrare la sussistenza dei fatti costitutivi posti a fondamento della propria pretesa e il giudice rigetti la sua domanda; la seconda è che il giudice accolga il ricorso.

Si prenda in esame la prima ipotesi. Qui l'amministrazione, pur avendo accettato il rischio che il ricorrente possa trarre giovamento dalla sua assenza, non ha subito in concreto alcun danno: la domanda è stata rigettata e l'ente convenuto non dovrà patire le conseguenze di un giudicato sfavorevole.

In assenza di un danno patrimoniale, quindi, si possono senz'altro in questo caso escludere delle conseguenze sul fronte erariale. Resta semmai da verificare se il comportamento negligente dei funzionari preposti a determinare le strategie difensive dell'amministrazione possa rilevare in qualche modo sul piano disciplinare.

Più impegnativo è invece il secondo fronte, concernente le ipotesi nelle quali il ricorrente risulti vittorioso. Per facilitare l'esposizione delle questioni che si pongono conviene, ancora una volta, suddividere le ipotesi a seconda che la sentenza risulti, all'esito di uno scrutinio postumo³⁶⁶, *sostanzialmente giusta* oppure *sostanzialmente ingiusta*³⁶⁷.

il medesimo è stato ritenuto utile per il soddisfacimento del pubblico interesse». Pertanto, delle due l'una: o l'amministrazione si ricrede e revoca il provvedimento impugnato; oppure rimane convinta che quella determinazione rappresenti un corretto adempimento della propria obbligazione nei confronti dell'attore e, quindi, la difende con tutti gli strumenti processuali che sono a sua disposizione.

³⁶⁶ Il riferimento è qui allo scrutinio che, a seconda dei casi, dovranno effettuare il giudice contabile o la commissione disciplinare competenti per determinare, rispettivamente, la responsabilità erariale o disciplinare dei funzionari preposti alla determinazione delle strategie processuali dell'amministrazione.

³⁶⁷ Come si è rilevato *supra* §6, il tema della giustizia sostanziale delle sentenze è vastissimo e non può essere questa la sede per affrontarlo. Il riferimento che si è fatto qui alle sentenze *sostanzialmente ingiuste* deve ritenersi, però, puramente descrittivo: non si nega che una sentenza, quando divenga definitiva, è per definizione una *sentenza giuridicamente giusta* (fatto

Nel primo caso le conseguenze sono molto simili a quelle che si sono viste nell'ipotesi di rigetto della domanda attorea. Infatti, per quanto gli effetti del giudicato siano stavolta sfavorevoli, qualora emerga che la difesa processuale dell'amministrazione non avrebbe potuto influire sulla determinazione del giudice, che si è rivelata sostanzialmente corretta, l'interesse di entrambe le parti risulta adeguatamente tutelato: l'ente convenuto sarà condannato a dare al ricorrente esattamente quello che gli spettava sul piano sostanziale e che esso gli avrebbe dovuto riconoscere prima e fuori del giudizio.

Pertanto, essendo stata fatta una sintesi corretta degli interessi in gioco, l'amministrazione convenuta non ha subito alcun danno per via della mancata partecipazione al giudizio. Quindi, anche in quest'ipotesi, sembra potersi escludere la responsabilità erariale dei funzionari preposti a determinare le strategie processuali dell'ente e resta semmai da vagliare soltanto la possibilità che il loro comportamento negligente rilevi su di un piano disciplinare.

Con una precisazione però: in caso di una condanna alle spese determinata in tutto o in parte dalla scelta dell'amministrazione di non costituirsi (v. i casi citati in nota *supra* §10, lett. e), quella responsabilità erariale che si è appena esclusa potrebbe riaffiorare, esponendo i funzionari all'obbligo di rifondere all'ente gli oneri di difesa riconosciuti alla controparte vittoriosa.

Le conseguenze più rilevanti si producono invece quando all'esito di uno scrutinio postumo la sentenza si riveli *sostanzialmente ingiusta* (ancorché processualmente ineccepibile). In questo caso, infatti, è evidente che la decisione del giudice è stata condizionata dall'assenza dell'amministrazione, che se si fosse adeguatamente difesa, avrebbe potuto ottenere un risultato diverso e più vantaggioso.

In quest'ipotesi, differentemente da tutte le altre, la sentenza ha prodotto un danno per l'ente convenuto. Pertanto, laddove emerga che quest'effetto svantaggioso si sarebbe potuto evitare con una difesa tempestiva, i funzionari preposti a determinare le strategie processuali dell'amministrazione coinvolta sembrano stavolta esposti al rischio di un'inculpazione da parte della Procura della Repubblica presso la Corte dei Conti.

In considerazione di tutto quello che si è detto, si può quindi convenire con chi ha rilevato l'opportunità che «la scelta di non costituirsi», così come, verrebbe da dire, quella di costituirsi, debba essere «formalizzata» in una vera e propria *determinazione a difendersi*, nella quale l'amministrazione dia conto

salvo l'esperimento dei mezzi di impugnazione straordinari); si vuole soltanto mettere in evidenza che quella sintesi degli interessi possa non essere stata *sostanzialmente* giusta, perché viziata da una dinamica processuale (la negligenza difensiva di una parte, per esempio) che non ha consentito al giudice di avere un quadro completo della controversia.

delle ragioni per le quali ritiene di dovere (o di non dovere) partecipare attivamente al giudizio³⁶⁸. Questa determinazione, poi, rappresenterà il punto di riferimento di ogni valutazione successiva al giudizio e concernente la responsabilità disciplinare o erariale dei funzionari coinvolti.

³⁶⁸ Di nuovo GALLO C.E., *Manuale*, cit., p. 171.

Capitolo III

La resistenza dell'amministrazione convenuta: i limiti oggettivi e gli strumenti processali della difesa

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I limiti oggettivi della difesa dell'amministrazione convenuta: un'impostazione di metodo – 3. (segue): per una corretta applicazione del principio di preclusione del dedotto e del deducibile – 4. Il contenuto della difesa dell'amministrazione convenuta: dalla mera difesa all'eccezione di merito – 5. Il regime di rilevanza delle eccezioni di merito nel giudizio di legittimità: dalla distinzione tra allegazione e rilevazione alle eccezioni in senso stretto – 6. Dall'ammissibilità in astratto e all'esistenza in concreto delle eccezioni in senso stretto: la natura giuridica della difesa basata sull'annullamento non pronunciabile per violazione di norme sulla forma o sul procedimento – 7. (segue): la permanenza di profili di discrezionalità amministrativa nell'azione di adempimento – 8. La qualificazione dei fatti impeditivi: un problema aperto

1. Premessa

I primi due capitoli hanno avuto a oggetto lo studio della trasformazione del ruolo dell'amministrazione resistente nel giudizio di legittimità.

In particolare, si sono prese le mosse dalla teoria dell'azione e si è cercato di mettere in evidenza la relazione che v'è tra il modo di concepire l'iniziativa attorea e quello di definire la natura e i contenuti dell'opposizione di parte convenuta (così nel primo capitolo, §§2-11).

Quest'indagine, si crede, ha consentito di individuare le ragioni del tradizionale disinteresse della scienza amministrativistica per la difesa della parte pubblica resistente: finché è prevalsa l'idea che col ricorso al giudice amministrativo il cittadino esercitasse il suo diritto potestativo all'annullamento di un atto adottato in violazione di norme poste (innanzitutto) a presidio dell'interesse pubblico (e solo indirettamente di un suo interesse individuale), l'amministrazione convenuta è parsa relegata nel ruolo di un vero e proprio convitato di pietra.

Da una parte, laddove l'ente intimato avesse deciso di costituirsi, non gli era dato altro atteggiamento difensivo che quello di negare le affermazioni del ricorrente attraverso l'esperimento di mere difese³⁶⁹. Dall'altra parte, qualora esso avesse deciso di rimanere estraneo al giudizio, il processo avrebbe

³⁶⁹ A questo riguardo, s'è notato, non avrebbe avuto alcun senso consentire all'amministrazione resistente di formulare eccezione di merito con le quali introdurre fatti modificativi, impeditivi o estintivi della situazione giuridica soggettiva affermata dal ricorrente, perché

comunque mantenuto intatte la propria funzione, di 'sindacato di legittimità dell'atto'³⁷⁰, e la propria struttura, di «processo a senso unico» (su tutti questi aspetti v. *supra* cap. I, §12)³⁷¹.

Si è immaginato, quindi, che dalla crisi del processo d'impugnazione e dal mutamento in senso soggettivistico della giurisdizione amministrativa potesse scaturire un rinnovato interesse per la difesa dell'amministrazione resistente: in un processo che è preordinato, in misura sempre maggiore, a regolare in modo definitivo il rapporto che intercorre tra le parti (sia che questo avvenga *in prima battuta*³⁷², a *scoppio ritardato*³⁷³ o attraverso il *progressivo* susseguirsi di giudicati³⁷⁴), la scelta dell'amministrazione di costituirsi e di difendere attivamente il proprio interesse non sembra più del tutto indifferente.

questa non rappresentava l'oggetto del giudizio, che era invece individuato nell'atto impugnato. A maggior ragione priva di significato sarebbe stata una domanda riconvenzionale con la quale l'ente convenuto lamenta la legittimità del provvedimento impugnato per ragioni diverse da quelle dedotte dal ricorrente: se ritiene che l'atto è illegittimo, si è sempre detto, l'amministrazione ben può annullarlo d'ufficio (v. su questi aspetti cap. I, §12).

³⁷⁰ Indipendentemente dalla costituzione in giudizio dell'amministrazione, infatti, sul ricorrente sarebbe continuato a gravare l'onere di dimostrare la difformità del provvedimento rispetto ai parametri normativi indicati nel ricorso e il giudice, dal canto suo, avrebbe mantenuto intatto il proprio dovere di verificare la conformità dell'atto impugnato rispetto a quei soli parametri, anche attraverso l'esperienza dei suoi, invadenti, poteri istruttori.

³⁷¹ Per utilizzare di nuovo l'efficace espressione di NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, cit., pp. 301-302, ripresa da CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, cit., p.189.

³⁷² Era questa la tesi formulata da CORSO G., *Processo amministrativo di cognizione*, cit., cc. 421-436, VERDE G., *Osservazioni*, cit. pp. 642-668 e PIRAS A., *Interesse legittimo*, 1962, pp. 581-582, che avevano immaginato l'estensione al giudizio amministrativo del principio di preclusione del dedotto e del deducibile, in misura analoga a quanto accade nel giudizio ordinario (su questi aspetti v. più approfonditamente *supra* nel testo, cap. II, §8.1)

³⁷³ È questa la tesi seguita da parte della giurisprudenza, per la quale «l'amministrazione – a seguito dell'annullamento di un proprio atto – può rinnovarlo una sola volta»; pertanto, si dice, essa è tenuta a «riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando una volta per tutte, ogni questione ritenuta rilevante, senza potere successivamente tornare a decidere in senso sfavorevole neppure in relazione a profili non ancora esaminati». Con la conseguenza pratica che, «in seguito a un secondo giudicato annullatorio», l'amministrazione non potrebbe più «fare emergere [...] elementi in grado di contrastare la pretesa del privato» (in questi esatti termini la già citata Cons. St., sez. IV, sent. 23 giugno 2017, n. 3069, §5.2, lett. b); per una più approfondita rassegna giurisprudenziale si rinvia comunque al cap. II, §8.4).

³⁷⁴ Seguendo questa tesi di matrice giurisprudenziale, per il cui approfondimento si rinvia a quanto detto *supra* nel testo cap. II, §8.3, alla fase di cognizione farebbe seguito una sorta di dialogo costruttivo tra amministrazione e giudice dell'ottemperanza che, per approssimazioni successive, dovrebbe condurre all'esatta composizione degli interessi in gioco, facendo salvi a un tempo la riserva di amministrazione e la legalità dell'azione amministrativa (in questi termini la citata Cons. St., Ad. Plen., sent. 15 gennaio 2013, n. 2, §5).

Sulla spinta di questa suggestione, s'è allora provato a dimostrare il superamento della «teoria del processo da ricorso»³⁷⁵, sottoponendone a critica i capisaldi e giungendo, per questa via, a formulare alcune conclusioni (v. cap. II): l'arretramento della costituzione del rapporto processuale al momento della notificazione del ricorso, come accade con l'atto di citazione nel giudizio ordinario (§3); l'abbandono della benvenutiana *facoltà* dell'amministrazione di partecipare al giudizio (§4); l'ammissibilità della contumacia dell'ente convenuto, tradizionalmente negata per via del preteso carattere 'eventuale' della sua presenza in giudizio (§5); il restringimento dei poteri acquisitivi del giudice, nell'ottica di una sempre maggiore affermazione della logica liberale sottesa al principio dispositivo (§6); l'indebolimento della signoria del ricorrente sulla prosecuzione del giudizio, in conseguenza del riconoscimento all'amministrazione del potere di opporsi alla rinuncia di cui all'art. 84 c.p.a. (§7); infine, l'ultradecennale spinta di dottrina e giurisprudenza per la formazione di un giudicato quanto più possibile satisfattivo della pretesa attorea (§8).

Si crede, così, di aver esaustivamente dimostrato il superamento di quello che s'è chiamato, con licenza letteraria, *principio di indifferenza della costituzione in giudizio dell'amministrazione convenuta*: se vuole evitare che delle «pur laconiche indicazioni fornite da parte ricorrente» possano essere ritenute «sufficienti a sorreggere la domanda», l'amministrazione non può far altro che costituirsi e difendere attivamente il proprio interesse di parte, poiché la sua «mancata costituzione» avrebbe l'effetto di impedire al giudice «di conoscere l'esistenza di elementi giuridici-fattuali eventualmente ostativi alla richiesta»³⁷⁶(§10).

Non solo. Oltre ad aver messo in evidenza le conseguenze che la mancata predisposizione di una difesa da parte dell'amministrazione resistente genera sul processo, condizionandone l'esito, si sono saggiati pure gli effetti che si

³⁷⁵ Come si è ampiamente illustrato *supra* nel testo Cap. II, §§2-9, la teoria del processo da ricorso è riconducibile all'opera di Feliciano Benvenuti, per il quale il ricorso rappresentava la forma archetipa di instaurazione dei giudizi nei quali si fosse fatta questione di atti autoritativi, contrassegnati dalla non paritarietà delle posizioni sostanziali delle parti. Preso atto di questa peculiarità, s'è detto, egli riconduceva ai processi da ricorso sei caratteristiche: l'identificazione della costituzione del rapporto processuale nel momento della costituzione del ricorrente; la non necessaria presenza in giudizio dell'amministrazione, che doveva ritenersi intimata e non convenuta; la conseguente assenza dell'istituto della contumacia; l'attribuzione al giudice di poteri acquisitivi della prova; la piena disponibilità del giudizio in capo al ricorrente; la limitazione dell'effetto di giudicato ai motivi di illegittimità dell'atto affermati nel ricorso (per un'ampia rassegna bibliografica del lavoro di Benvenuti, v. *supra* in nota cap. II, §2).

³⁷⁶ In questi termini la più volte citata Tar Emilia-Romagna (Parma), sez. I, sent. 19 giugno 2017, n. 215.

producono per il buon andamento³⁷⁷ e per l'economicità³⁷⁸ dell'azione, nonché sul piano della responsabilità erariale e disciplinare dei funzionari preposti a determinare le strategie processuali dell'ente convenuto³⁷⁹.

Si è quindi arrivati, in conclusione, all'affermazione della opportunità per l'amministrazione, almeno nelle ipotesi in cui essa abbia validi argomenti difensivi da spendere in giudizio a sostegno delle proprie determinazioni (cap. II, §11, lett. b), di costituirsi e difendersi spendendo ogni possibile argomento a sostegno della propria determinazione (con tutte le precisazioni necessarie, per le quali si rinvia al §11 del precedente capitolo).

Si tratta adesso, e è questo l'oggetto di interesse delle pagine che seguono, di dare un contenuto alla difesa dell'ente convenuto: dapprima se ne individueranno i limiti oggettivi, nel tentativo di calettare la resistenza dell'amministrazione sulla base di una corretta individuazione della situazione giuridica soggettiva che può formare oggetto della domanda (§§2-3); successivamente si cercherà di verificare l'ammissibilità delle eccezioni e delle domande riconvenzionali nel giudizio di legittimità (§4) e se ne indagherà il regime di rilevanza (§5); infine, si sottoporranno a un attento esame due argomenti difensivi che sono stati qualificati (il primo) o potrebbero esserlo (il secondo) come eccezioni di merito in senso stretto (§§6-7).

³⁷⁷ Si vedano a questo proposito le considerazioni fatte *supra* nel testo cap. II, §11, in merito all'opportunità che, nei casi in cui risulti palese la ragione del ricorrente, l'amministrazione convenuta metta in campo ogni strumento a sua disposizione per evitare di farsi trascinare in giudizio, riconoscendo in via stragiudiziale al cittadino tutto quanto gli spetta sul piano sostanziale.

³⁷⁸ Come s'è visto *sub* cap. II, §11, la strategia processuale dell'ente convenuto produce delle ricadute pure sul fronte economico: in primo luogo, la predisposizione di una difesa processuale comporta di per sé una spendita di risorse economiche e umane; in secondo luogo, un'eventuale sconfitta nel merito potrebbe determinare la condanna al pagamento delle spese processuali sostenute dal ricorrente; in terzo luogo, l'annullamento giudiziale di un atto, a maggior ragione nelle ipotesi in cui poteva essere evitato mediante la predisposizione di una difesa attiva, comporta la dispersione delle risorse impiegate per la sua realizzazione e il raddoppio dei costi procedurali derivanti dalla necessità di rinnovare l'atto.

³⁷⁹ Si è infatti immaginato, sempre *sub* cap. II, §11, che la scelta dei funzionari preposti a determinare le strategie processuali dell'ente convenuto, laddove si riveli dannosa per l'ente sul piano del buon andamento e dell'economicità dell'azione, possa rilevare ai fini disciplinari e a fini di responsabilità erariale.

2. I limiti oggettivi della difesa dell'amministrazione convenuta: un'impostazione di metodo

Illustrati il piano e l'obiettivo dell'indagine del presente capitolo, si può iniziare con il primo fronte, concernente la delimitazione dei limiti oggettivi della difesa dell'amministrazione convenuta.

Prima di addentrarsi nel merito della questione posta, però, è necessaria una premessa di metodo. Da tutto quel che si è detto nelle pagine che precedono emerge la convinzione che a una certa concezione dell'azione debba corrispondere una precisa idea dell'opposizione e che a una determinata sistemazione dei problemi concernenti l'oggetto del giudizio debba connettersi un'analoga soluzione sul fronte della resistenza. Pertanto, per rendere più chiara l'indagine sui limiti oggettivi della difesa, è opportuno innanzitutto chiarire a quali concezioni dell'azione e del giudicato si intende qui aderire.

Sul fronte dell'azione, si ritiene che a dispetto di alcuni sbandamenti della giurisprudenza e della dottrina³⁸⁰, che per certi aspetti paiono ancora aderire alla concezione concreta-pubblicistica del processo all'atto delineata *supra* (cap. I, §11)³⁸¹, il giudizio amministrativo debba ispirarsi alla teoria mista unanimemente accettata dai processualcivili (cap. I, §6).

Seguendo quest'ordine di idee, quindi, anche nel processo amministrativo il diritto di agire dovrebbe esser riconosciuto a chiunque, avendo un qualche *interesse* giuridicamente rilevante alla pronuncia giudiziale, si *affermi* titolare di una situazione giuridica soggettiva *possibile*³⁸²: da una parte, costruendo la legittimazione come *mera affermazione* della titolarità della pretesa azionata piuttosto che come sua *effettiva titolarità*, si garantirebbe la separazione tra sostanza e processo³⁸³; al contempo, però, aggiungendo alle condizioni dell'azione la *possibilità*, intesa come astratta riconoscibilità in capo all'attore della pretesa

³⁸⁰ Come si è rilevato *sub* cap. I, §11, mentre nel giudizio civile, in sintonia con la concezione mista, l'azione è data a chi si affermi titolare di un diritto soggettivo, a prescindere dalla sua effettiva titolarità, il diritto a ricorrere al giudice amministrativo è riconosciuto solo a chi sia effettivamente titolare dell'interesse legittimo.

³⁸¹ L'uso dell'inedita espressione *concezione concreta-pubblicistica* rende sinteticamente l'idea delle conclusioni raggiunte *sub* cap. I, §11, dove si è rilevata la tradizionale convergenza nel giudizio amministrativo della natura soggettiva della giurisdizione con l'impronta chioventiana di un'azione intesa come *diritto potestativo all'annullamento dell'atto impugnato*.

³⁸² Come si è detto *supra* nel testo e in nota cap. I, §7, nella concezione mista legittimato a agire è «colui che invoca per sé la tutela giurisdizionale, con riferimento a un rapporto giuridico dal quale sia *possibile* pretendere una ragione di tutela a proprio favore» (LIEBMAN E.T., *Manuale*, cit., p. 23).

³⁸³ Infatti, come si è già dimostrato nella prima parte del cap. I, solo costruendo la legittimazione a agire come *affermazione* della pretesa azionata si garantisce la separazione tra sostanza e processo, poiché viceversa, ove si predicasse quale condizione per l'azione l'*effettiva titolarità* della situazione soggettiva, questa e quella finirebbero per coincidere del tutto.

azionata, si riserverebbe al processo la *sola* funzione di dare alle parti *tutto quello e proprio quello* ch'esse hanno diritto di conseguire sul piano sostanziale, escludendo che il giudizio possa servire a creare situazioni soggettive che non esistono (o, almeno, che non esistono ancora³⁸⁴)³⁸⁵.

È questo il motivo per il quale si è convinti (ma lo si dirà meglio *infra* §3) che la teoria della preclusione del dedotto e del deducibile, almeno nei termini in cui essa è stata richiamata dalla dottrina amministrativistica³⁸⁶, non possa trovare applicazione nel processo amministrativo, né in prima battuta (cap. II, §8.1) né a scoppio ritardato (cap. II, §8.3): laddove l'effetto giuridico vantaggioso desiderato dal ricorrente sia subordinato all'esercizio di un potere autenticamente discrezionale³⁸⁷, è da escludere che esso possa formare l'oggetto della domanda, poi del processo e infine del giudicato³⁸⁸.

Diversamente, secondo una più coerente sistemazione del problema, in queste circostanze il ricorrente non potrebbe domandare nulla di più che la

³⁸⁴ Per voler utilizzare ancora l'espressione di FERRARA L., MANNUCCI G., *Giudicato*, cit., p. 4.

³⁸⁵ Per questa ragione pare preferibile utilizzare la formula «giudizio di spettanza» in luogo della più utilizzata «giudizio sul rapporto» (ROMANO TASSONE A., *Sulla regola del dedotto e del deducibile nel giudizio di legittimità*, in *Giustamm*, 2018, §1): quando il processo amministrativo ha per oggetto una situazione giuridica soggettiva correlata all'esercizio di un potere autenticamente discrezionale, esso non potrà mai concludersi con una regolazione definitiva del rapporto; nondimeno, *anche in questo caso il processo dovrà dare al ricorrente tutto quello e proprio quello che gli spetta sul piano sostanziale*, consistente nella pretesa che l'amministrazione adotti un provvedimento legittimo, qualunque ne sia il contenuto dispositivo (secondo la più volte menzionata impostazione di FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza*, cit.).

³⁸⁶ Da intendersi cioè come regola processuale suscettibile di trasformare il giudizio amministrativo in un giudizio sul rapporto, facendo coincidere con la conclusione del giudizio di cognizione (il primo o il secondo, in relazione a quale teoria si intende aderire) il termine entro il quale l'amministrazione, se intende evitare il consolidamento della situazione giuridica di vantaggio in capo al ricorrente, deve introdurre a sostegno della propria determinazione tutti gli argomenti di cui è a conoscenza.

³⁸⁷ Laddove cioè, secondo la celebre sistemazione teorica di PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, pp. 60-100 (ripubblicato in IDEM, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, pp. 197-215), lo schema di produzione degli effetti della fattispecie azionata corrisponda alla sequenza norma-fatto-potere discrezionale-effetto.

³⁸⁸ Nella consapevolezza che «fra oggetto del processo e oggetto del giudicato sussiste [...] una correlazione strettissima» (PROTO PISANI A., *Lezioni*, cit., p. 61), va però tenuto sempre presente il fondamentale insegnamento contenuto in Cass., Sez. Un. civ., sent. 12 dicembre 2014, n. 26242, rel. Travaglino, §5.4: è innegabile che «oggetto del processo, oggetto della domanda giudiziale e oggetto del giudicato» siano «cerchi concentrici»; ma le loro aree «non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili» perché «la reale portata del giudicato» va misurata sulla base dei «motivi della decisione».

condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento legittimo, quale che sia il suo contenuto dispositivo (cap. II, §8.5)³⁸⁹.

3. (segue): per una corretta applicazione del principio di preclusione del dedotto e del deducibile

Fatta chiarezza in ordine alla natura delle opzioni teoriche selezionate sul fronte dell'azione, si possono ora trarre le conseguenze attese sul piano della difesa dell'amministrazione convenuta.

Per farlo occorre distinguere di nuovo a seconda che la situazione soggettiva dedotta in giudizio sia correlata all'esercizio di un potere vincolato (in astratto oppure in concreto, per effetto dell'esaurimento della discrezionalità) o di un potere discrezionale³⁹⁰.

Il caso più semplice è quello del potere vincolato. Qui, si è detto, l'azione può tendere al conseguimento dell'effetto giuridico vantaggioso desiderato dal ricorrente (l'utilità finale) e quindi il giudicato potrà avere a sua volta l'effetto di attribuirglielo o di negarglielo in modo definitivo.

A questo punto, volendo mettere a frutto i risultati raggiunti nel secondo capitolo, concernenti l'opportunità che l'amministrazione convenuta si costituisca e si difenda spendendo ogni possibile argomento a sostegno della propria determinazione (cap. II, §§10-11), ne deriva che essa, se vuole evitare che il ricorrente ottenga per via giudiziale più di quel che gli spetterebbe sul piano sostanziale, non possa limitarsi a negare i fatti costitutivi dedotti dal ricorrente, ma debba introdurre tutti i fatti modificativi, impeditivi o estintivi di

³⁸⁹ Come già rilevato nel testo *sub* cap. II, infatti, secondo la costruzione di FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., quando la produzione dell'effetto giuridico favorevole desiderato dal ricorrente dipende dall'esercizio di un potere autenticamente discrezionale, egli non potrà mai domandare al giudice della cognizione di produrlo con sentenza: il giudice, infatti, rilevando che la pretesa azionata non è *possibile* (o almeno non è ancora possibile), dovrebbe rigettare in rito la domanda per carenza delle condizioni dell'azione.

³⁹⁰ Le parole utilizzate hanno qui, più che altrove, un significato ben preciso: quel che muta a seconda della natura vincolata o discrezionale del potere amministrativo non è la natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio (che è sempre un interesse legittimo avente il proprio fatto costitutivo nelle «regole sostanziali che vincolano l'azione amministrativa»), ma il suo oggetto: esso, infatti, «consisterà nell'applicazione delle regole [sostanziali che vincolano l'azione amministrativa] e quindi nell'attribuzione del bene della vita nel primo caso; nell'attribuzione della chance risultante dalla legge, e quindi nello scioglimento del soggetto privato dall'incertezza in cui la stessa legge lo ha lasciato, nel secondo caso» (FERRARA L., *Domanda giudiziale*, cit., p. 646).

cui è a conoscenza (e si vedrà *infra* §4 quali sono gli strumenti ch'essa ha a disposizione per farlo)³⁹¹.

Pertanto, in questa prima ipotesi, ogni dimenticanza dell'amministrazione resistente andrà a suo diretto svantaggio perché la esporrà al rischio che i fatti costitutivi dedotti dal ricorrente possano essere ritenuti sufficienti all'accoglimento della domanda, con la conseguente stabilizzazione dell'effetto giuridico desiderato (il bene della vita) a vantaggio di quest'ultimo³⁹².

Più complesso è il caso dell'attività (autenticamente) discrezionale.

Preso atto che stavolta la domanda non può tendere al conseguimento dell'effetto giuridico vantaggioso ambito dal ricorrente e che, di conseguenza, il giudicato non potrà avere l'effetto di attribuirglielo o di negarglielo in modo definitivo, l'amministrazione non parrebbe tenuta stavolta a spendere in giudizio tutte le ragioni possibili a sostegno della propria determinazione³⁹³: anche in ipotesi di soccombenza, infatti, essa potrà nuovamente adottare, se lo ritiene opportuno, un provvedimento avente lo stesso contenuto dispositivo di quello annullato, purché sia legittimo³⁹⁴.

³⁹¹ Infatti, se come si è detto l'azione può tendere in queste ipotesi al conseguimento dell'effetto giuridico vantaggioso desiderato dal ricorrente e quindi il giudicato potrà avere a l'effetto di attribuirglielo o di negarglielo in modo definitivo, l'amministrazione ha nel giudizio l'ultima occasione possibile di far valere i fatti modificativi, impeditivi o estintivi della pretesa attorea.

³⁹² Il riferimento qui va di nuovo a quelle pronunce menzionate *supra* cap. II nel testo e in nota, dove «le pur laconiche indicazioni fornite da parte ricorrente» sono state ritenute «sufficienti a sorreggere la domanda sul silenzio, dato che la mancata costituzione dell'Amministrazione intimata ha impedito di conoscere l'esistenza di elementi giuridici-fattuali eventualmente ostativi alla richiesta» (così Tar Emilia-Romagna (Parma), sez. I, sent. 19 giugno 2017, n. 215). Sullo stesso ordine di idee si sono menzionate anche Tar Marche (Ancona), sez. I, sent. 21 febbraio 2014, n. 271, e Tar Campania (Napoli), sez. VI, sent. 12 novembre 2010, n. 24047).

³⁹³ Sembra essere questo, del resto, l'ordine delle idee nel quale si pone FERRARA L., *Domanda giudiziale*, cit., p. 640, quando rileva che «se manca il fatto costitutivo della situazione giuridica soggettiva del ricorrente avente per oggetto il bene finale, non ha senso neppure ragionare di una difesa (tramite eccezione) volta a introdurre fatti impeditivi o estintivi dello stesso fatto costitutivo». Del resto, continua l'A. (pp. 658-659), «ripetuto che il giudicato amministrativo si appunta sull'interesse legittimo e sulla sua lesione, così come quello civile sul diritto di credito insoddisfatto, sembra doversi aggiungere che, nella stessa maniera in cui quest'ultimo (il giudicato civile) non copre né le ragioni e i modi dell'inadempimento [...] né dell'adempimento [...], parimenti *nel giudizio amministrativo non si deve immaginare la necessità di una condanna e di un giudicato sui modi di riesercizio del potere* [corsivo nostro]: una considerazione, quest'ultima, che pare confermare la possibilità di una condanna all'esatto adempimento che sia suscettibile di vincolare il riesercizio del potere soltanto con riguardo ai profili coperti dalla legge (o sui quali si è esaurita la discrezionalità) e che, viceversa, lascia libera l'amministrazione di determinarsi come crede sulle porzioni di potere rimaste libere.

³⁹⁴ Come noto, è questa la tesi di FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza*, cit., alla quale qui si aderisce e della quale si è dato ampio riscontro *supra* cap. II, §8.5.

Quest'affermazione merita però di essere precisata. Quando il giudizio verte su di una situazione soggettiva correlata all'esercizio di un potere discrezionale, all'esito della fase di cognizione non potrà formarsi alcuna preclusione in ordine alla parte di potere rimasta libera³⁹⁵. Viceversa, la preclusione del dedotto e del deducibile opererà regolarmente sulle parti di potere che sono coperte dalla legge e su quelle dove l'amministrazione ha esaurito la propria discrezionalità: su quelle parti di potere cioè che erano contemplate dalla domanda e che all'esito del processo saranno coperte dal giudicato. Pertanto, su questi ultimi due profili l'amministrazione è comunque obbligata a spendere in giudizio tutte le ragioni a sostegno della propria determinazione e di cui essa sia a conoscenza³⁹⁶.

Ebbene: se è vero tutto quel che s'è immaginato, si può allora provare a dire qualcosa di più in merito al funzionamento della preclusione del dedotto e del deducibile nel giudizio amministrativo.

A ben vedere, infatti, se si segue il percorso argomentativo indicato nelle pagine che precedono, la specialità del nostro processo appare sotto questo profilo decisamente sfumata, se non del tutto azzerata: infatti, come nel giudizio ordinario, il giudicato amministrativo copre i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che si pongono come *antecedente logico necessario* della pronuncia, ancorché non dedotte dalle parti³⁹⁷.

³⁹⁵ Il motivo per il quale non si può formare alcuna forma di preclusione sulla parte residuale di potere discrezionale è chiaramente spiegato da FERRARA L., *Domanda giudiziale*, cit., p. 640: «il riesercizio del potere [...] non corrisponderebbe [...] a una eccezione (in senso stretto [forse sarebbe meglio dire *in senso proprio*]), ma a una eccezione riconvenzionale, o a una domanda riconvenzionale [...]: pertanto, non potrebbe ricorrere nessuna preclusione processuale rispetto alla deduzione di siffatta eccezione (o domanda che sia)». Come si dirà meglio nel testo, infatti, è pacifico che la preclusione del dedotto e del deducibile si forma unicamente rispetto alle pregiudiziali in senso logico (quelli cioè che non potrebbero costituire oggetto di una domanda – principale o riconvenzionale – autonoma) e non anche alle pregiudiziali in senso tecnico, che viceversa potrebbero costituire oggetto di un'autonoma domanda di parte.

³⁹⁶ Quel che s'immagina, in altre parole, è la formazione di un giudicato composito dal quale scaturisce per l'amministrazione l'obbligo di dare al ricorrente un provvedimento legittimo, riesercitando un potere che è definitivamente vincolato (anche in ordine ai profili deducibili ma non dedotti in giudizi) nella parte coperta dalla legge o sulla quale si è esaurita la discrezionalità, ma che resta libero (senza nessuna preclusione) sui profili in cui l'amministrazione conserva la propria discrezionalità.

³⁹⁷ A tale riguardo, occorre tenere in debita considerazione, anche nel giudizio amministrativo, gli approdi raggiunti dalla giurisprudenza civilistica tesi a evitare le conseguenze negative che potrebbero derivare da un'applicazione meccanicistica del principio di preclusione del dedotto e del deducibile (il riferimento è di nuovo alla più volte menzionata Cass., Sez. Un. civ., sent. 12 dicembre 2014, n. 26242, rel. Travaglino). In particolare, va tenuto presente che «il nostro ordinamento positivo non riconosce[e] cittadinanza all'idea di un giudicato implicito che postuli il rigoroso e ineludibile rispetto dell'ordine logico-giuridico delle questioni» (§5.2.1); pertanto, «l'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato

Con questa differenza però: che mentre nei giudizi aventi a oggetto situazioni giuridiche correlate all'esercizio di un potere vincolato (o a discrezionalità esaurita) l'assenza di ogni fatto modificativo, impeditivo o estintivo della pretesa attorea è da ritenersi un antecedente logico necessario della sentenza di accoglimento³⁹⁸, nei giudizi aventi a oggetto situazioni correlate all'esercizio di un potere discrezionale la sentenza favorevole ha come antecedente logico necessario unicamente l'assenza di quei fatti modificativi, impeditivi o estintivi della pretesa attorea che concernono le porzioni di potere coperte dalla legge o sulle quali si è esaurita la discrezionalità amministrativa³⁹⁹.

Proprio a questo riguardo, è stato appunto rilevato che nei giudizi aventi a oggetto situazioni correlate all'esercizio di un potere discrezionale «da motivazione postuma vera e propria», con la quale l'amministrazione convenuta deduce in giudizio ragioni ostative alla produzione dell'effetto desiderato dal ricorrente mai rilevate nel corso del procedimento, «non corrisponderebbe

su un determinato punto ha evidentemente risolto in senso non ostativo tutti quelli il cui esame doveva ritenersi preliminare a quello esplicitamente deciso, pur apparendo persuasivo, *va opportunamente temperato* [corsivo nostro]» (§5.2.4). In quest'ottica, per un verso non si deve far l'errore di «sovrapporre la successione cronologica delle attività di cognizione del giudice con il quadro logico della decisione complessivamente adottata in esito ad esse» e, per altro verso, occorre distinguere «l'ordine di trattazione delle questioni [...] dall'ordine di decisione delle stesse» (§5.2.5). Ragionando in questi termini «oggetto del processo, oggetto della domanda giudiziale e oggetto del giudicato risultano allora cerchi concentrici, ma *le cui aree non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili* [corsivo nostro]: infatti, in forza dei principi di speditezza, economia e celerità delle decisioni ben può darsi il caso che «una pronuncia fondata sulla ragione più liquida [...] impedisc[a] di affermare la perfetta sovrapponibilità dell'oggetto del processo all'oggetto del giudicato» (§5.4). Insomma, per le Sezioni Unite «il tema non si presta a soluzioni generalizzate [...] ma evoca la necessità di una duplice distinzione, a seconda cioè, del tipo di sentenza (di accoglimento o di rigetto) pronunciata, e del tipo di comportamento [...] tenuto dal giudice nell'estensione della motivazione» (§5.7). D'altro canto, sebbene l'art. 276 c.p.c. imporrebbe l'esame prima delle questioni pregiudiziali (fra le quali andrebbero esaminate prima quelle di rito e poi quelle di merito) e poi del merito della controversia, tale ordine è suscettibile di essere sovvertito sulla base della «natura della questione», della sua «idoneità a definire il giudizio», della sua «maggiore evidenza», della sua «maggiore preclusività» e della «volontà del convenuto» (§5.14.3).

³⁹⁸ Tenendo sempre in considerazione però l'ammonimento delle Sezioni Unite, più volte richiamato in nota in questo paragrafo, secondo il quale l'«oggetto del processo», l'«oggetto della domanda giudiziale» e l'«oggetto del giudicato» devono essere considerati «cerchi concentrici» ma «le cui aree non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili» (Cass., Sez. Un. civ., sent. n. 26242 del 2014).

³⁹⁹ La ragione è sempre la solita che si è rilavata più sopra in nota: «se manca il fatto costitutivo della situazione giuridica soggettiva del ricorrente avente per oggetto il bene finale, non ha senso neppure ragionare di una difesa (tramite eccezione) volta a introdurre fatti impeditivi o estintivi dello stesso fatto costitutivo» né, di conseguenza, può aver senso immaginare che su questi fatti impeditivi o estintivi si formi alcuna preclusione (FERRARA L., *Domanda giudiziale*, cit., p. 640).

[...] a una eccezione» in senso proprio ma «a una eccezione riconvenzionale» o più esattamente «a una domanda riconvenzionale»⁴⁰⁰.

Se così è, tutto si tiene ancora una volta.

Dal summenzionato rilievo, infatti, deriva che mentre i fatti modificativi, impeditivi o estintivi della pretesa attorea concernenti le porzioni di potere coperte dalla legge (o sulle quali si è esaurita la discrezionalità amministrativa) rappresentano questioni pregiudiziali *in senso logico*, quelli relativi alle porzioni di potere rimaste libere costituiscono questioni pregiudiziali *in senso tecnico*⁴⁰¹: pertanto, se i primi possono essere introdotti dalla parte convenuta mediante un'eccezione (in senso proprio) e su di essi si forma una preclusione piena, sui secondi, viceversa, potendo essere introdotti in giudizio tramite una domanda (riconvenzionale) autonoma, non può formarsi alcuna preclusione⁴⁰².

In definitiva, la preclusione del dedotto e del deducibile parrebbe funzionare sempre allo stesso modo. Solo che nel primo caso, poiché la domanda tende (*rectius*, può tendere se il ricorrente lo chiede) al conseguimento dell'effetto vantaggioso desiderato dal ricorrente (il c.d. bene della vita), il giudicato copre tutti i fatti modificativi, impeditivi o estintivi della pretesa attorea. Nel secondo caso, poiché la domanda può mirare *solo* allo scioglimento dell'incertezza mediante un provvedimento legittimo (e non anche all'utilità finale desiderata dal ricorrente, che ancora non esiste), il giudicato non potrà estendersi all'intero rapporto (che è correlato all'esercizio di un potere discrezionale non ancora completamente esercitato⁴⁰³) ma solo a quella parte di esso

⁴⁰⁰ Sempre FERRARA L., *Domanda giudiziale*, cit., p. 640.

⁴⁰¹ Come noto, la dottrina e la giurisprudenza processualciviltiche distinguono le questioni pregiudiziali a seconda che il loro rapporto di dipendenza con l'oggetto della domanda sia meramente *logico* oppure *tecnico*, identificando nelle prime quegli antecedenti logico-giuridici necessari a pervenire alla statuizione finale e alle quali non possono non estendersi gli effetti di giudicato, anche in assenza di una domanda di parte. A tali questioni, pertanto, non si estenderebbe la disciplina dettata dall'art. 34 c.p.c., che viceversa troverebbe applicazione solo con riferimento alle questioni pregiudiziali in senso tecnico (quelle cioè che possono formare oggetto di una domanda autonoma rispetto alla principale). Su questi aspetti v., tra i tanti, GALANTI L., *Nullità contrattuale tra giudicato esterno e giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, §6 e tutti gli autori da essa richiamati nella nota n. 39.

⁴⁰² È questo quel che emerge dalla lettura del §2.9 della solita Cass., Sez. Un. civ., sent. n. 26242 del 2014: «in tema di questioni pregiudiziali», si rileva, è da considerarsi «pacifico» il principio per cui «occorre distinguere quelle che sono tali soltanto in senso logico», le quali «investono circostanze che rientrano nel fatto costitutivo dedotto in causa», da quelle «pregiudiziali in senso tecnico», che «concernono circostanze distinte e indipendenti dal detto fatto costitutivo [...] e che possono dar luogo ad un giudizio autonomo [corsivo nostro]»; con la conseguenza, si aggiunge, che «la formazione della cosa giudicata sulla pregiudiziale in senso tecnico può aversi, unitamente a quella sul diritto dedotto in lite, solo in presenza di espressa domanda di parte di soluzione della questione stessa».

⁴⁰³ È voluta l'assonanza con la lettera dell'art. 34, co. 2, c.p.a., per il quale «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati».

che è coperta dalla legge o sulla quale si è esaurita la discrezionalità⁴⁰⁴. È soltanto su questa porzione di potere, dunque, che può trovare applicazione la preclusione del dedotto e del deducibile⁴⁰⁵.

4. Il contenuto della difesa dell'amministrazione convenuta: dalla mera difesa all'eccezione di merito

Quanto si è detto nel paragrafo precedente ci consegna una certezza e un interrogativo.

La certezza è che il contegno difensivo dell'amministrazione non può più essere circoscritto esclusivamente alla *mera difesa*, come avveniva nell'originaria impostazione del processo da ricorso di tipo impugnatorio di cui si è dato conto *supra* cap. I, §12. Viceversa, lo strumentario difensivo messo a disposizione della parte resistente deve oggi necessariamente contemplare anche le *eccezioni di merito*⁴⁰⁶: se il giudicato si estende agli antecedenti logici necessari

⁴⁰⁴ A questa stessa conclusione sembra giungere CARBONE A., *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, §4.7, che all'esito di un condivisibile percorso argomentativo afferma che l'operatività del principio di preclusione del dedotto e del deducibile «deve essere posta in relazione con l'accertamento compiuto in ordine alla valutazione della fondatezza della pretesa [...] concretizzandosi, la sua portata, nel *precludere alla P.A. la possibilità non solo di determinazioni differenti, ma anche nuove, se relative ad elementi non emersi ma preesistenti* [corsivo nostro], in merito all'attività amministrativa i cui profili risultano già coperti, esplicitamente o anche solo implicitamente, dalla statuizione di condanna».

⁴⁰⁵ È questo l'ostacolo sul quale si scontra chi non vede che di *giudizio sul rapporto*, inteso come giudizio preordinato a regolare in maniera definitiva il rapporto giuridico che intercorre tra cittadino e amministrazione, si può parlare solamente nei casi di attività vincolata o a discrezionalità esaurita (TROPEA G., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, §9, per il quale «il giudizio amministrativo sul rapporto fallisce nella misura in cui si scontra dinanzi all'ostacolo più insidioso: la piena applicabilità del dedotto e del deducibile»). Viceversa, come già si è accennato *supra* in nota (§2) nelle ipotesi di attività autenticamente discrezionale, è più corretto parlare di un *giudizio di spettanza*, nel quale il ricorrente può al massimo domandare la condanna dell'amministrazione a dargli un provvedimento qualsiasi, purché sia legittimo, ch'è tutto quello e proprio quello che gli spetta sul piano sostanziale. Di nuovo: il problema non sta nel funzionamento del principio di preclusione del dedotto e del deducibile, ma nell'inammissibilità in rito delle domande che mirano al conseguimento di utilità che in diritto sostanziale non esistono o non esistono ancora.

⁴⁰⁶ In coerenza con la teoria dell'azione cui si è scelto di aderire (la c.d. concezione mista), con il termine 'eccezione' si intende in questa sede inquadrare la «richiesta di una decisione negativa su una domanda altrui sul fondamento di fatti impeditivi, modificativi o estintivi» (MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit., p. 151) oppure, il che è lo stesso, il «potere processuale del convenuto di inserire nella *quaestio facti* tutte le circostanze di fatto

della pronuncia nei termini che si sono appena visti, all'ente convenuto deve essere consentito di andare oltre la mera negazione dei fatti costitutivi affermati dal ricorrente, introducendo quei fatti impeditivi, modificativi o estintivi della pretesa attorea che finirebbero altrimenti per essere coperti dalla pronuncia giudiziale e non sarebbero spendibili nuovamente in sede di riesercizio del potere. Se così non fosse, alla parte pubblica verrebbe impedito di difendersi adeguatamente e il giudice, per via del *deficit* cognitorio che giocoforza deriverebbe da un simile assetto, rischierebbe di dare al ricorrente più di quello che gli spetta sul piano sostanziale⁴⁰⁷.

In altre parole, preso atto che l'effetto di giudicato non è più circoscritto ai soli motivi di ricorso dedotti dal ricorrente ma coinvolge tutti gli aspetti del potere che risultano coperti dalla legge o sui quali si è esaurita la discrezionalità amministrativa, si deve ammettere che la parte convenuta allarghi la *quaestio facti* a questi ultimi profili mediante la formulazione di *eccezioni di merito*⁴⁰⁸.

che, secondo la costruzione legale della fattispecie, sono collegate al fatto costitutivo affermato dall'attore da un nesso di efficacia impeditiva, modificativa o estintiva» (FABBRINI G., *L'eccezione di merito*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, p. 276). Oltre ai testi appena menzionati, per una ricostruzione generale della teoria dell'eccezione v.: BOLLAFFI R., *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936; CAPPELLETTI M., *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1610 ss.; IDEM, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 266 ss.; CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, cit., p. 178; IDEM, *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 446 ss.; IDEM, *Eccezioni e analisi dell'esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 644 ss.; CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, II ed., Napoli, 1935, pp. 289-292 ss.; IDEM, *Principi di diritto processuale civile*, cit., pp. 270-272; IDEM, *Sulla «eccezione»*, 1927, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, pp. 149-150; COLESANTI V., *Eccezione (dir. proc. civ.) (voce)*, in *Enc. giur.*, Milano, 1965, p. 172 ss.; COSTA S., *Eccezioni (diritto vigente) (voce)*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1960, c. 348 ss.; DENTI V., *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 22 ss.; IDEM, *In tema di eccezioni riconvenzionali*, in *Giur. it.*, 1964, p. 119 ss.; ESCOBEDO F., *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, pp. 1-51; FABBRINI G., *Eccezione (voce)*, in *Enc. giur. trecc.*, Roma, 1989, p. 276; LIEBMAN E.T., *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 449 ss.; ORIANI R., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1156 ss.; IDEM, *Eccezioni rilevabili*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1011 ss.; IDEM, *L'eccezione di merito*, in *Foro it.*, 1991, c. 5 ss.; PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998; PUGLIATTI S., *Eccezione (in senso generale) (voce)*, in *Enc. giur.*, Milano, 1965, p. 151 ss.

⁴⁰⁷ Il riferimento è ancora una volta a quei casi che si sono visti *supra* cap. 2, §§10-11, dove le «pur laconiche indicazioni» di parte ricorrente sono state ritenute «sufficienti a sorreggere la domanda»: è evidente infatti che se all'amministrazione non venisse data la possibilità di difendere appieno il proprio interesse di parte, mediante l'introduzione di quei fatti modificativi, impeditivi o estintivi della pretesa attorea che, qualora non dedotti, risulterebbero coperti dal giudicato, la sentenza rischierebbe di consolidare a vantaggio un'utilità che non gli spetterebbe sul piano sostanziale.

⁴⁰⁸ Questa direzione, peraltro, sembra già essere stata intrapresa da una parte della dottrina. In particolare, l'opinione che l'amministrazione possa resistere in giudizio anche allargando la *quaestio facti* pare condivisa da: D'ORSOGNA M., FIGORILLI F., *Lo svolgimento del processo*,

Si pensi a questo proposito, a mero titolo esemplificativo, all'esistenza di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo della pretesa attorea intervenuto in epoca antecedente alla conclusione del procedimento dal quale è scaturita la controversia, conosciuto o conoscibile da parte dell'amministrazione procedente. Ebbene, in questo caso, facendo applicazione del principio di preclusione del dedotto e del deducibile nei termini illustrati *sub* §3, in capo all'amministrazione graverebbe l'onere di eccepire (e provare) in giudizio l'esistenza di quel fatto, obbligando il giudice a tenerlo in considerazione ai fini della decisione di merito (art. 64, co. 1, c.p.a.); in caso contrario, tale fatto finirebbe per essere coperto dal giudicato e non sarebbe più spendibile in sede di riesercizio del potere.

L'interrogativo riguarda invece la possibilità per l'amministrazione convenuta di estendere la *quaestio iuris* mediante la proposizione di *eccezioni a carattere riconvenzionale*⁴⁰⁹ o di vere e proprie *domande riconvenzionali*⁴¹⁰. Differentemente da quanto avviene per le eccezioni semplici, in questo caso la parte

cit. p. 325, i quali prevedono che l'«esibizione di atti e documenti» possa ricevere in futuro «un'applicazione certamente più ampia di quella che sinora ne era stata fatta in quanto si risolve in uno *strumento indispensabile* [corsivo nostro] per l'amministrazione che intende evitare l'annullabilità dei provvedimenti impugnati»; GALLO C.E., *Manuale*, cit., sia nella parte in cui sottolinea l'opportunità che l'amministrazione si costituisca in giudizio per difendere il proprio provvedimento (p. 171), che in quella in cui qualifica, come si dirà *infra* nel testo, l'argomento difensivo di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, secondo alinea, l.p.a. come un'eccezione in senso stretto; ROMANO TASSONE A., *Il ricorso incidentale*, cit., p. 581 ss.

⁴⁰⁹ Con la locuzione 'eccezione a carattere riconvenzionale' (o più semplicemente 'eccezione riconvenzionale') si individua l'atteggiamento del convenuto che rileva l'esistenza di un fatto modificativo, impeditivo o estintivo della pretesa avversaria che sarebbe di per sé suscettibile di formare l'oggetto di un'autonoma domanda riconvenzionale, ma al solo fine di provocare il rigetto della domanda avversaria. In altre parole, come è stato recentemente rilevato da Cass. civ., sez. III, sent. 25 ottobre 2016, n. 21472, «la distinzione tra domanda ed eccezione riconvenzionale non dipende dal titolo posto a base della difesa del convenuto, e cioè dal fatto o dal rapporto giuridico invocato a suo fondamento, ma dal relativo oggetto, vale a dire *dal risultato processuale che lo stesso intende con essa ottenere, che è limitato, nel secondo caso, al rigetto della domanda proposta dall'attore* [corsivo nostro]».

⁴¹⁰ La domanda riconvenzionale individua il contegno difensivo del convenuto che «esercita una sua propria autonoma azione [...] contro l'attore nel medesimo processo» (MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit., p. 161 e, in particolare, v. la nota 41 per una ricostruzione dei fondamentali riferimenti bibliografici sul tema). La letteratura in materia di domanda riconvenzionale è vastissima; tra i contributi fondamentali si segnalano: DINI, *La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*, Milano, 1978; IDEM, *Riconvenzione (voce)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 965; FRANCHI G., *Della competenza per connessione*, in ALLORIO E. (diretto da), *Comm. c.p.c.*, I, Milano, 1973, p. 350; JAEGER N., *La riconvenzione nel processo civile*, Padova, 1930; MORELLO V., *Note sulla c.d. domanda trasversale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 389; NAPPI P., *La domanda proposta in via riconvenzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 751; TARZIA G., BALBI C., *Riconvenzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989., p. 665; VULLO E., *La domanda riconvenzionale*, Milano, 1995; IDEM,

pubblica introdurrebbe in giudizio dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda mai sollevati nel corso del procedimento e afferenti a profili di potere discrezionale non ancora esercitato. Pertanto, muovendosi nell'ordine di idee suggerito nel paragrafo precedente, tali strumenti di difesa avrebbero la peculiarità di consentire all'amministrazione l'introduzione di fatti modificativi, impeditivi o estintivi che, qualora non dedotti, non verrebbero travolti dal giudicato e resterebbero spendibili in sede di riesercizio del potere⁴¹¹.

A quest'interrogativo sembrerebbe però doversi dare risposta negativa.

L'ipotesi in esame, infatti, è quella della c.d. *motivazione postuma*, attraverso la quale l'amministrazione convenuta integrerebbe in giudizio la motivazione del provvedimento, aggirando così le regole del procedimento e mettendo il ricorrente nella scomoda posizione di dover formulare un 'ricorso giudiziale al buio'. Sono queste le ragioni per le quali tala pratica è ritenuta inammissibile sia in dottrina⁴¹² che in giurisprudenza⁴¹³, dove si afferma l'obbligo per l'ente convenuto di illustrare nel procedimento i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la sua decisione⁴¹⁴.

Riconvenzione (voce), in *Dig. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 256; ZAPPAROLI F., *Note sulla «reconventio reconventionis»*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 191.

⁴¹¹ Come si è detto *sub* §3, infatti, si ritiene che nel caso in cui all'atto impugnato sia sotteso l'esercizio di un potere discrezionale, il principio di preclusione del dedotto e del deducibile possa trovare applicazione esclusivamente per quegli aspetti del potere che sono coperti dalla legge o sui quali si è esaurita la discrezionalità.

⁴¹² Tra i molti che si sono occupati del tema v., di recente: CARBONE A., *L'azione di condanna ad un fare.*, cit., §4.6; CORSO G., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. Amm.*, 2014, pag. 463; MANNUCCI G., *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 837; RAMAJOLI M., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 894; IDEM, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della l. n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 460.

⁴¹³ La giurisprudenza è piuttosto netta nell'affermare che la motivazione debba «precedere e non seguire l'atto» e che, pertanto, questa non possa «essere integrata nel corso del giudizio con la specificazione di ulteriori elementi di fatto che giustificerebbero il provvedimento impugnato» (così Cons. St., sez. VI, sent. 9 giugno 2016, n. 2456). Tra le tante pronunce che vanno in questa direzione, v.: Cons. St., sez. VI, sent. 8 settembre 2017, n. 4253; Cons. St., sez. V, sent. 27 giugno 2017, n. 3136; Cons. St., sez. VI, sent. 18 luglio 2016, n. 3194; Cons. St., sez. V, sent. 25 febbraio 2016, n. 750; Cons. St., sez. III, sent. 26 febbraio 2016, n. 790; Cons. St., sez. V, sent. 20 agosto 2013, n. 4194; Cons. St., sez. V, sent. 27 agosto 2012, n. 4610.

⁴¹⁴ Le ragioni principali per le quali in dottrina si ritiene perlopiù inammissibile la motivazione postuma sono sintetizzate da TROPEA G., *Motivazione*, cit., §7, che a sua volta richiama CAPORALE M., *Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma, nota a Cons. Stato, Sez. IV, n. 1018/2014*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1696: «a) necessaria contestualità della motivazione rispetto alla formazione del provvedimento adottato [...]; b) garanzia per il cittadino, che altrimenti sarebbe costretto a ricorrere "al buio"; c) [...] l'idea secondo cui

La distinzione tra le due ipotesi che si sono prese in esame merita però qualche precisazione ulteriore perché talvolta si registra in dottrina una certa confusione tra *l'integrazione giudiziale della motivazione*, che qui si è inquadrata come eccezione 'semplice', e la *motivazione postuma*, alla quale si è invece attribuita natura di eccezione a carattere riconvenzionale.

Come è stato rilevato da una certa dottrina, mentre nel primo caso «l'amministrazione deve limitarsi a *chiarire quanto già emerso nel procedimento*», nel secondo caso «le si permette di ampliare o riformulare l'impianto giustificativo attraverso l'introduzione di *argomenti nuovi, non desumibili dall'originario percorso procedimentale* [corsivi nostri]»⁴¹⁵. La differenza è di quelle che non possono certo passare inosservate: se l'integrazione della motivazione consiste in un 'mero' *perfezionamento* della qualità dell'atto, nell'altra ipotesi l'amministrazione *crea* in giudizio una motivazione del tutto nuova⁴¹⁶.

La questione, allora, sembra investire di nuovo l'oggetto del processo e un certo modo di interpretare il suo spostamento dall'atto al rapporto.

L'idea che il giudizio amministrativo abbia acquisito la funzione di regolare in maniera definitiva l'assetto dei rapporti giuridici sottesi all'atto impugnato (il c.d. *giudizio sul rapporto*) è divenuta talmente forte da aver indotto una certa dottrina ad ammettere l'ampliamento indiscriminato della *quaestio iuris* da parte dell'ente convenuto, fino a immaginare addirittura la possibilità che questo eserciti il proprio potere discrezionale in giudizio, con un atto processuale a carattere difensivo⁴¹⁷.

Come si è rilevato *supra* §3, però, ancora una volta il desiderio di giungere a un giudicato pieno, quanto più possibile satisfattivo delle ragioni attoree, ha finito per far dimenticare che il processo non è e non può essere un luogo di

con la motivazione successiva si invertirebbe l'ordine logico-cronologico procedimento/processo, imponendosi al provato di attivare lo strumento della tutela giurisdizionale al solo scopo di essere reso partecipe delle ragioni alla base della decisione; d) l'idea [...] secondo cui all'annullamento dell'atto, per mancanza o insufficienza della motivazione, non è scontato che debba far seguito altro atto con un contenuto sostanzialmente identico».

⁴¹⁵ In questi termini MANNUCCI G., *Uno, nessuno, centomila.*, cit., p. 860.

⁴¹⁶ Le riflessioni sono sempre di MANNUCCI G., *ult. op. cit.*, p. 861.

⁴¹⁷ Era questo in definitiva l'approdo di quella dottrina che riteneva applicabile al processo amministrativo il principio di preclusione del dedotto e del deducibile, senza i correttivi che si sono immaginati *supra* in questo capitolo §§2-3: se il processo ha per oggetto il rapporto amministrativo nella sua interezza, comprensivo degli aspetti del potere discrezionale non ancora esercitati, non resterebbe che ammettere la possibilità per l'amministrazione di sciogliere tutte le proprie riserve con atto processuale di natura difensiva. A queste conclusioni sembra giungere anche quella giurisprudenza (di cui dà ampiamente conto TROPEA G., *Motivazione*, cit., §7) che, facendo leva sull'articolo 21 *octies*, co. 2, l.p.a. riconosce la possibilità per l'amministrazione di introdurre in giudizio, con proprio atto difensivo, delle ragioni a sostegno della determinazione impugnata mai sollevate prima né altrimenti desumibili dagli atti del procedimento.

amministrazione attiva: si è finito cioè per non vedere che se il bene della vita (l'utilità ambita dal ricorrente) non può entrare nel giudizio attraverso la domanda perché non esiste o non esiste ancora al momento del ricorso, a maggior ragione non può formare l'oggetto della sentenza. In altre parole, se l'effetto giuridico desiderato dal ricorrente è subordinato all'esercizio di un potere discrezionale non del tutto esaurito, il ricorso con il quale si domanda la produzione di tale effetto è inammissibile per carenza delle condizioni dell'azione (in special modo per carenza della *possibilità giuridica*) e deve essere quindi rigettato in rito⁴¹⁸.

Insomma: il punto dolente non sta tanto in ciò che forma o può formare l'oggetto della sentenza e del giudicato, ma in quel che forma o può formare l'oggetto della domanda e del processo. Una volta preso atto che il giudizio deve 'limitarsi' a dare al ricorrente nulla di più di quello che egli ha diritto di conseguire sul piano sostanziale e che «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»⁴¹⁹, si sono acquisiti tutti gli strumenti necessari per distinguere le ragioni che l'ente convenuto può spendere in giudizio da quelle che esso deve invece riservare alla fase procedimentale successiva all'annullamento dell'atto impugnato.

Le prime, aventi natura di eccezioni semplici, allargano la *quaestio facti* senza ampliare l'oggetto del processo e, laddove non introdotte in giudizio dall'amministrazione resistente, risultano coperte dal giudicato e non più spendibili in sede di riesercizio del potere. Le seconde, aventi natura di eccezioni a carattere riconvenzionale, fanno confluire nel giudizio un potere discrezionale non ancora esercitato e, laddove non dedotte, non risultano comunque coperte dal giudicato.

In definitiva, quindi, quanto si è detto sino a qui induce a ritenere che nel processo amministrativo di legittimità possano trovare spazio soltanto le eccezioni 'semplici' e non anche quelle a carattere riconvenzionale.

Con una precisazione però: l'approdo al quale si è giunti non vale in alcun modo a giustificare la dequotazione della motivazione, che anche nella logica suggerita in questa sede resta «il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo»⁴²⁰; solo che quando la sua carenza dipende dall'assenza di elementi afferenti a profili del potere interamente coperti dalla legge o sui quali si è esaurita la discreziona-

⁴¹⁸ È questo l'ordine di idee che si è seguito *supra* nel testo §§2-3 e che richiama la posizione di FERRARA L., *Domanda giudiziale*, cit., *passim*.

⁴¹⁹ Vedi l'articolo 34, co. 2, c.p.a.

⁴²⁰ In questi esatti termini Corte Cost., ord. 26 maggio 2015, n. 92, che ha riconosciuto nella motivazione «un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti».

lità, all'amministrazione convenuta deve esser data la possibilità di un'*integrazione* giudiziale dell'impianto motivazionale. Questo anche al fine di evitare, si ripete, che l'applicazione del principio di preclusione del dedotto e del deducibile comporti la cristallizzazione a vantaggio del ricorrente di un'utilità che non gli spetta sul piano sostanziale.

Ciò non toglie che la violazione dell'obbligo di motivazione possa rilevare sotto altri profili, indipendentemente dalla sua integrazione in giudizio.

In primo luogo, tale vizio del provvedimento può condizionare la decisione sulle spese del giudizio, talvolta assunta dal collegio giudicante «indipendentemente dalla soccombenza» (art. 92 c.p.c.), avuto riguardo al comportamento processuale delle parti⁴²¹.

In secondo luogo, la questione può acquisire rilevanza per il responsabile del procedimento sia sul piano disciplinare, quale violazione di un obbligo derivante dalle sue mansioni, che su quello erariale, avendo tale comportamento negligente costretto l'ente a sostenere i costi del processo e, eventualmente, anche a ristorare il ricorrente delle spese giudiziali sostenute.

Infine, traendo spunto da quella dottrina che vede nella motivazione «un autonomo diritto di informazione del privato»⁴²², si potrebbe finanche immaginare che la lesione di questo diritto determini la responsabilità dell'amministrazione, con il conseguente obbligo di risarcire il danno cagionato al cittadino ricorrente⁴²³.

5. Il regime di rilevabilità delle eccezioni di merito nel giudizio di legittimità: dalla distinzione tra allegazione e rilevazione alle eccezioni in senso stretto

Una volta che si sono ammesse le eccezioni di merito nel giudizio amministrativo di tipo impugnatorio, si pone il problema di determinarne il regime di rilevabilità⁴²⁴. In particolare, si tratta di capire se anche in questa sede, come

⁴²¹ Vedi in tal senso l'art. 26 c.p.a. e gli artt. 91 ss. c.p.c. ai quali il primo rimanda.

⁴²² Di nuovo MANNUCCI G., *Uno, nessuno, centomila*, cit., p. 860, ma nello stesso senso anche RAMAJOLI M., *Il declino*, cit., *passim*, che evidenzia come la motivazione sia «strumento di legittimazione e di razionalizzazione di qualsiasi pubblico potere e che la mancanza di motivazione costituisce il “tramite essenziale dell'esercizio arbitrario del potere”» (§5).

⁴²³ Il supporto normativo, d'altro canto, potrebbe essere rappresentato dall'art. 34, co. 3, in base al quale «quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori».

⁴²⁴ Come noto, le eccezioni si suddividono a seconda del loro regime di rilevabilità: laddove siano sollevabili anche d'ufficio, si parla di *eccezioni in senso lato*; quando invece l'effetto impeditivo, modificativo o estintivo si produce solo a condizione che quel fatto venga rilevato su istanza di parte, si parla di *eccezioni in senso stretto*.

nel processo ordinario, si possa immaginare l'esistenza di ipotesi nelle quali la rilevazione dei fatti allegati è riservata alle parti (c.d. eccezioni in senso stretto) o se, viceversa, il giudice debba sempre inferire dal materiale istruttorio di cui è a conoscenza gli effetti impeditivi, modificativi o estintivi che ne discendono a prescindere da un impulso di parte (c.d. eccezioni in senso lato).

Affinché i termini di quest'indagine possano risultare più facilmente comprensibili, tuttavia, vale forse la pena di provare a fare chiarezza sulla distinzione che v'è tra l'*allegazione* di un fatto e la sua *rilevazione*⁴²⁵.

In particolare, per quanto qui maggiormente interessa, tale operazione di 'pulizia lessicale' è funzionale a mettere in discussione l'automaticità del collegamento che, a una lettura superficiale, potrebbe rischiare di ingenerarsi tra il riconoscimento in capo al giudice del potere di disporre l'acquisizione di elementi di prova e l'attribuzione, sempre in suo favore, del distinto potere di rilevazione dei fatti allegati: se nel processo amministrativo il giudice può addirittura acquisire d'ufficio gli elementi di prova che ritiene utili per la decisione, si potrebbe pensare che a maggior ragione egli possa rilevare d'ufficio ogni fatto che emerge dall'istruttoria⁴²⁶.

Viceversa, in questa sede si vuol provare a dimostrare come, per un verso, il potere di rilevazione officiosa non si estenda necessariamente a tutti i fatti che emergono dagli elementi di prova acquisiti d'ufficio e, per altro verso, la circostanza che un fatto emerga da un'allegazione di parte non ne esclude di per sé la rilevabilità officiosa. Insomma, così come l'onere di allegazione che

⁴²⁵ Che allegazione e rilevazione diano luogo a due fasi distinte è pacifico per i processual-civilisti: «le operazioni che intorno al fatto si compiono in un processo civile», ha sostenuto Giovanni Fabbrini, «si possono ridurre a quattro: acquisizione agli atti del giudizio di una dichiarazione assertoria attestante l'esistenza del fatto; acquisizione agli atti del giudizio di elementi probatori idonei a convalidare il contenuto di tale affermazione; qualificazione giuridica del fatto; *applicazione degli effetti alla situazione sottoposta a giudizio* [corsivo nostro]». Ebbene: «il *quid proprii* che caratterizza e distingue la c.d. eccezione in senso stretto dalla c.d. eccezione in senso lato si riferisce in modo specifico al quarto dei momenti indicati e non anche agli altri: in ogni caso l'attestazione della esistenza del fatto [...] deve essere contenuta nella narrazione o nelle produzioni delle parti [allegazione]; in ogni caso, il regime probatorio rimane identico; in ogni caso, rimane indiscusso il principio *iura novit curia* [...]; *cambia* [...] *solo l'ultimo momento, perché rispetto alle eccezioni in senso stretto il giudice non può applicare, senza istanza dell'interessato, l'effetto del fatto alla situazione sottoposta al giudizio* [corsivo nostro]» (FABBRINI G., *L'eccezione di merito*, cit., p. 266).

⁴²⁶ Il rischio di confusione tra allegazione e rilevazione, peraltro, è stato denunciato anche da FERRARA L., *L'allegazione dei fatti*, cit., §4, il quale, parlando dell'annullabilità non pronunciabile per violazione delle norme sulla forma o sul procedimento (art. 21 *octies*, co. 2, primo alinea, l.p.a.), ne ammette la rilevabilità d'ufficio a «condizione» che «i fatti emergano dagli atti di causa» o «siano notori». Nell'ottica dell'A., infatti, «non potrebbe [...] essere il giudice ad allegare d'ufficio la circostanza fattuale che rende necessitato l'effetto [...] del provvedimento», poiché «sarebbe altrimenti violato il principio del divieto di utilizzazione del sapere privato del giudice».

incombe sulle parti va tenuto distinto dall'altro (eventuale) onere, sempre di parte, di rilevare i fatti modificativi, impeditivi o estintivi delle pretese avversarie, allo stesso modo il potere del giudice di acquisire d'ufficio gli elementi di prova utili per la decisione non va confuso con il suo (eventuale) potere di rilevazione officiosa dei fatti che emergono dagli elementi di prova allegati in giudizio (indipendentemente dalla parte da cui provengono).

Per ragioni di carattere espositivo, conviene iniziare quest'indagine dall'*allegazione*, termine tecnico con il quale si individua la fase processuale in cui le parti e, a certe condizioni, il giudice introducono in giudizio, attraverso i propri atti processuali, i fatti concernenti la questione controversa⁴²⁷.

Questa fase, almeno in via di principio, deve svolgersi prima dell'udienza di discussione. Così, qualora non vi siano mezzi di prova da assumere nel contraddittorio tra le parti (o addirittura fuori dall'udienza⁴²⁸) e il giudice non ritenga di dover disporre d'ufficio l'acquisizione di ulteriori elementi di prova utili per la decisione⁴²⁹, la collezione del materiale probatorio ha inizio con il deposito del ricorso e del controricorso⁴³⁰ e si conclude con lo spirare del termine per la produzione di documenti, memorie e repliche⁴³¹.

Come s'è rilevato *supra* cap. II, §6, la fase di allegazione si caratterizza nel giudizio amministrativo per essere rimessa, quantomeno in prima battuta, all'autonoma iniziativa delle parti, sulle quali incombe «l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni»⁴³².

Una coerente lettura degli artt. 64 ss. c.p.a., infatti, suggerisce di circoscrivere il ricorso al c.d. metodo acquisitivo ai soli casi in cui l'esercizio dei poteri officiosi sia necessario ad arginare la disparità delle parti su di un piano sostanziale: l'intervento del giudice, cioè, deve servire soltanto per porre rimedio all'eventuale situazione di minorata difesa nella quale potrebbe venirsi a trovare quel ricorrente che, per via della sua materiale difficoltà di accesso alle informazioni in possesso dell'amministrazione, non sia in grado di dar prova dei fatti posti a fondamento della sua pretesa; viceversa, il giudice non dovrebbe mai ricorrere ai suoi poteri acquisitivi per rimediare a una negligenza

⁴²⁷ Si veda a questo riguardo COMOGLIO L.P., *Allegazione (voce)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 272.

⁴²⁸ L'articolo 68, co. 2, c.p.a., infatti, contempla espressamente la possibilità che un mezzo di prova debba essere acquisito fuori udienza.

⁴²⁹ L'art. 73, co. 3, infatti, consente al giudice di rilevare una questione d'ufficio anche dopo il passaggio in decisione.

⁴³⁰ A questo proposito, l'art. 40, co. 1, lett. c), individua tra i contenuti del ricorso anche «l'esposizione sommaria dei fatti».

⁴³¹ Stavolta il riferimento è all'art. 73, co. 1, c.p.a.

⁴³² In questi termini il più volte menzionato art. 64, co. 1, c.p.a.

delle parti o per assicurare al processo il raggiungimento a tutti i costi della verità storica.

Con il termine 'rilevazione', invece, si individua quell'attività processuale con la quale le parti, oppure il giudice, fanno discendere da un fatto allegato quel determinato effetto modificativo, impeditivo o estintivo che gli è attribuito dalla legge⁴³³.

L'allegazione e la rilevazione, pertanto, pur trovandosi in un rapporto di stretta dipendenza, rappresentano due momenti distinti: perché un fatto produca l'effetto desiderato, è necessario che sia stato allegato da una delle parti e che la sua esistenza emerga dai mezzi di prova prodotti; ma la circostanza che quel fatto emerga come esistente dagli atti di causa non è di per sé sufficiente a far sì che quegli effetti si producano, se le parti o il giudice mancano di *rilevarlo*.

Che si tratti di due fasi distinte, peraltro, appare evidente pure dalla lettura del codice, che le circoscrive entro autonomi limiti temporali: proprio perché logicamente successiva, la rilevazione dei fatti è ammessa ben oltre lo spirare del termine fissato per l'allegazione, potendo avvenire finanche «dopo il passaggio in decisione» della controversia⁴³⁴.

Di là da questa distinzione di carattere procedurale, la differenza di maggior rilievo tra le due attività in esame sta in ciò che mentre l'allegazione è rimessa all'autonoma iniziativa delle parti (anche se soltanto in prima battuta e con i ricordati poteri istruttori del giudice), con riguardo alla rilevazione non esiste un principio analogo. Anzi, dall'articolo 73, co. 3, c.p.a. parrebbe inferirsi la regola opposta: imponendo al giudice l'obbligo di indicare alle parti le questioni rilevate d'ufficio che intende porre a fondamento della sua decisione⁴³⁵, il codice sembra affermare che, almeno di regola, la rilevazione dei fatti è ammessa, oltreché su istanza di parte, anche d'ufficio⁴³⁶.

⁴³³ Questa definizione può essere facilmente tratta dalla ricostruzione contenuta in MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 149-159.

⁴³⁴ Il giudice, infatti, «se la questione emerge dopo il passaggio in decisione», deve assegnare alle parti «un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie» (art. 73, co. 3, c.p.a.).

⁴³⁵ È questo, infatti, il principio che emerge dall'art. 73, co. 3, c.p.a.

⁴³⁶ Fermi restando i problemi legati al rapporto tra la rilevabilità officiosa delle questioni emergenti dagli atti di causa e il principio della domanda, che diventano particolarmente spinosi quando è in gioco la *nullità del provvedimento amministrativo*: come segnala VETRÒ F., *L'azione di nullità*, cit., pp. 218-241, infatti, «non è possibile comprendere se il legislatore abbia voluto mantenere una linea di continuità con l'orientamento tradizionale del giudice civile, disponendo che il giudice possa rilevare *'sempre'* la nullità dell'atto nel rispetto, però, della domanda giudiziale, delle allegazioni delle parti e, quindi, senza integrare le censure del ricorrente; oppure, se abbia voluto consentire la rilevabilità a prescindere della domanda introduttiva del giudizio» (v. in particolare p. 234).

In quest'ultima considerazione sta il risvolto praticamente interessante di quel che si è detto: per un verso, nel processo amministrativo, come in quello ordinario⁴³⁷, la rilevazione di un fatto allegato e provato può avvenire a opera sia del giudice che delle parti; per altro verso, però, nulla vieta in astratto al legislatore di riservare la rilevazione di certi fatti a quella sola parte che può trarne giovamento, mediante la previsione di eccezioni in senso stretto.

6. Dall'ammissibilità in astratto all'esistenza in concreto delle eccezioni in senso stretto: la natura giuridica della difesa basata sull'annullamento non pronunciabile per violazione di norme sulla forma o sul procedimento

La conclusione alla quale si è giunti in chiusura del precedente paragrafo non solleva però l'interprete dal difficile compito di verificare di volta in volta l'esatta natura degli atteggiamenti difensivi della parte convenuta.

Tutt'al contrario, semmai, l'astratta ammissibilità delle eccezioni in senso stretto nel giudizio di legittimità impone di maneggiare con un'attenzione ancora maggiore gli strumenti di difesa dell'amministrazione resistente, poiché è proprio sulla loro qualificazione in una direzione o nell'altra che finiscono per gravare l'equilibrio dei rapporti processuali e la tenuta stessa del principio di separatezza dei poteri: impedire al giudice di porre a fondamento della sua decisione un fatto emergente dagli atti di causa solo perché l'ente convenuto ha mancato di rilevarne l'esistenza, significa mettere il primo nelle condizioni

⁴³⁷ Sul problema della individuazione delle eccezioni in senso stretto nel giudizio ordinario sono stati versati sia in dottrina che in giurisprudenza fiumi d'inchiostro. La tesi maggioritaria, tuttavia, sembra ormai essere quella che propone di riservare la rilevabilità a istanza di parte alle sole ipotesi nelle quali questo sia espressamente richiesto dalla legge (questo almeno è ciò che emerge a chiare lettere dalla più volte menzionata Corte Cass., Sez. Un. civ., sent. 12 dicembre 2014, n. 26242), oppure a quelle che formano «oggetto di un contraddittorio che la parte che resiste potrebbe far valere (e anche non far valere) con un'azione autonoma», come avviene per la «risoluzione del contratto» o per i «diritti all'annullamento dei contratti per errore, violenza, dolo o per incapacità» (MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit., p. 157). È d'obbligo segnalare, tuttavia, come parte della dottrina abbia contestato duramente il percorso di «pubblicizzazione» in atto nella giurisprudenza civilistica, fondato sull'idea che il processo debba raggiungere una verità quanto più possibile vicina a quella sostanziale, in nome di un generale principio di «giustizia delle decisioni»: «nel dubbio», è stato detto, «ha da prevalere l'idea che occorra l'iniziativa dell'interessato, come quella che appare comunque più rispettosa della sfera di autonomia che l'ordinamento riconosce in materia civile, e dovrebbe tutelare anche delimitando quella che, a volte, può aver l'aria di una troppo vasta "invasione" della detta sfera» (così COLESANTI V., *No-stalgie in tema di eccezioni*, in *Dir. proc. civ.*, 2016, p. 293). Per delle note critiche v. anche CAVALLINI C., *Il principio della domanda e la «giustizia della decisione»: verso una nuova iurisprudenza?*, in *Dir. proc. civ.*, 2016, p. 302 ss.

di adottare, scientemente, una decisione *sostanzialmente ingiusta*; pertanto, come accade nel processo ordinario⁴³⁸, anche nel giudizio amministrativo occorre assicurarsi che tale esito corrisponda esattamente a una precisa volontà del legislatore.

A tale riguardo, si sottoporranno qui di seguito a critica severa due ipotesi che sono state inquadrate (la prima) o potrebbero esserlo (la seconda) come eccezioni di merito in senso stretto, concernenti rispettivamente l'*annullamento non pronunciabile*⁴³⁹ di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a., (v. *infra* in questo §) e la *non pronunciabilità della condanna all'esatto adempimento per la permanenza di margini di esercizio della discrezionalità* di cui all'art. 31, co. 3, c.p.a. (v. il §7).

Si prenda innanzitutto in esame la prima delle due disposizioni.

Come noto, raccogliendo una prassi giurisprudenziale che si era andata consolidando a partire dalla metà degli anni novanta, la l. 11 febbraio 2005, n. 15, ha stabilito che gli atti adottati in violazione «delle norme sulla forma o sul procedimento» non sono annullabili qualora, per via della natura vincolata, sia «palese» che il loro contenuto dispositivo «non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Con la precisazione, però, che laddove l'amministrazione abbia ommesso di comunicare l'avvio del procedimento ai soggetti che hanno diritto di esserne messi a conoscenza, il provvedimento impugnato non è annullabile, a prescindere dalla natura vincolata o discrezionale, soltanto qualora sia l'ente convenuto a dimostrare in giudizio l'irrilevanza causale della propria omissione.

Sull'interpretazione dell'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a. sono state spese moltissime parole⁴⁴⁰ e, in particolar modo, l'attenzione degli studiosi si è concentrata attorno al fondamento teorico della disciplina⁴⁴¹, alla natura dell'atto

⁴³⁸ O, almeno, come dovrebbe accadere nell'impostazione maggioritaria, della quale s'è dato conto nella nota precedente, rinviando alla posizione espressa dalla più volte menzionata Corte Cass., Sez. Un. civ., sent. 12 dicembre 2014, n. 26242.

⁴³⁹ Secondo l'espressione di FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*, cit.

⁴⁴⁰ A questo riguardo si rinvia ai testi citati in nota *sub* cap. II, §10, lett. c).

⁴⁴¹ Se sia corretto, cioè, ricondurre il fondamento della non pronunciabilità dell'annullamento nella carenza di interesse a ricorrere: «il provvedimento non è annullabile», si legge sovente in dottrina, «perché, non potendo esso avere un contenuto diverso, il ricorrente non potrebbe ricavare alcun concreto vantaggio, nemmeno in termini di risarcimento del danno, dal suo annullamento» (così SAITTA F., *Nuove riflessioni*, cit., §4). Quest'impostazione, però, è stata efficacemente contestata da chi rileva che se la disciplina *de quo* trovasse davvero fondamento nella carenza dell'interesse a ricorrere, saremmo davanti a una pronuncia di rito e non, come invece si ritiene, a una sentenza di merito (FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*, cit., §2).

adottato in violazione delle norme formali o procedurali⁴⁴², alla delimitazione dell'ambito di applicazione dei due alinea⁴⁴³ e al regime probatorio delle ipotesi ivi disciplinate⁴⁴⁴.

Non è questa la sede per ripercorrere le tappe fondamentali del dibattito dottrinario cui si è appena fatto riferimento, né per indagare ulteriormente alcuno dei profili sopra menzionati. Piuttosto, nell'intento di procedere oltre e di spostare l'attenzione su un fronte diverso, si preferisce qui adottare per ciascuno di essi una ricostruzione data, che può essere brevemente riassunta nei termini che seguono⁴⁴⁵.

Innanzitutto, stando all'impostazione alla quale si aderisce, l'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a. prenderebbe in esame quelle sole ipotesi di *antigiuridicità* procedimentale che, per la loro irrilevanza causale, non si sono riverberate sul contenuto dispositivo del provvedimento impugnato⁴⁴⁶: in altre parole, la violazione formale o procedimentale si è verificata, ma non è stata tale da aver influito sulla determinazione amministrativa, la quale, pertanto, non avrebbe potuto essere diversa da quella in concreto adottata.

Se questo è il dato di partenza dal quale si muove, va da sé che tali provvedimenti debbano ritenersi legittimi, in quanto in essi è contenuta una sintesi corretta degli interessi in gioco: o perché, trattandosi di attività vincolata, la

⁴⁴² Se si tratti cioè di un provvedimento legittimo perché comunque idoneo al raggiungimento dello scopo e, tutt'al più, meramente irregolare, oppure illegittimo ma non annullabile per l'irrilevanza causale del vizio formale o procedurale lamentato (che è l'impostazione prevalente sia in dottrina, che in giurisprudenza): per una ricostruzione esaustiva delle tesi in campo si rinvia a FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*, cit., §§2-3.

⁴⁴³ Se cioè, come parrebbe emergere da una lettura 'incrociata' dei due alinea, il primo debba applicarsi esclusivamente ai provvedimenti di natura vincolata e il secondo, viceversa, trovi applicazione anche con riferimento all'esercizio di poteri discrezionali.

⁴⁴⁴ Questo profilo attiene cioè al significato che deve attribuirsi alla locuzione «qualora l'amministrazione dimostri in giudizio» contenuta nel secondo alinea. Si rinvengono qui almeno tre diverse teorie: secondo una prima impostazione, l'indicazione non varrebbe a sollevare il ricorrente dall'onere di offrire un principio di prova della rilevanza causale dell'omissione; una seconda tesi ammette che tale locuzione abbia l'effetto di invertire l'onere della prova; infine, v'è chi ha sostenuto che la norma varrebbe a introdurre un vero e proprio meccanismo presuntivo, tale da mettere il ricorrente nelle condizioni di limitarsi ad allegare il mancato ricevimento dell'avviso (è questa la tesi di FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*, cit., §6).

⁴⁴⁵ Si aderisce cioè alla ricostruzione ricavabile da: FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*, cit.; IDEM, *Novità legislative e peso della tradizione*, cit.; IDEM, *L'allegazione dei fatti e la loro prova*, cit.

⁴⁴⁶ Com'è stato detto, infatti, nei casi contemplati dall'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a. «è assente [...] la lesione dell'interesse legittimo, perché, nel momento in cui il provvedimento è stato emanato e il ricorrente si rivolge al giudice, la mancata realizzazione dell'interesse materiale è conforme al diritto e la definizione dell'incerto stato in cui versa la soddisfazione dello stesso interesse materiale è avvenuta» (FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*, cit., §2).

decisione amministrativa corrisponde alla volontà della legge (primo alinea); oppure perché dall'istruttoria procedimentale sono emersi degli elementi che avrebbero sicuramente convinto l'amministrazione a determinarsi in quei termini esatti, qualunque potesse essere l'apporto conoscitivo del ricorrente non interpellato (secondo alinea)⁴⁴⁷.

La patologia, quindi, non concerne il provvedimento (che s'è detto legittimo), ma solo il procedimento. Di talché, dove questa anti-giuridicità procedimentale, causalmente irrilevante rispetto alla determinazione conclusiva, abbia nondimeno danneggiato la sfera giuridica del destinatario dell'atto, la tutela più adeguata per il ricorrente non può essere quella eliminativa (che rappresenterebbe addirittura una forma di iper-protezione dell'attore, nella misura in cui finirebbe per dargli più di quanto egli ha diritto sul piano sostanziale), ma quella risarcitoria: l'amministrazione, cioè, sarebbe 'solamente' obbligata a ristorarlo dell'eventuale danno ingiustamente patito, senza che da quest'obbligo possa in alcun modo scaturire il diritto all'annullamento dell'atto impugnato (che è legittimo e pertanto non annullabile)⁴⁴⁸.

Infine, e è questo un dato di enorme importanza per il prosieguo del ragionamento, nel caso di omessa comunicazione di avvio del procedimento, l'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a. avrebbe introdotto una presunzione relativa di rilevanza causale della partecipazione⁴⁴⁹: la mera *allegazione* della violazione dell'obbligo di cui all'art. 7 l.p.a., cioè, consentirebbe al ricorrente di provare la rilevanza causale dell'illiceità procedimentale e, di conseguenza, l'illegittimità del provvedimento impugnato, spostando sull'amministrazione l'onere di dimostrare che quest'ultimo «non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato», di là da qualsiasi integrazione istruttoria.

⁴⁴⁷ A questo riguardo, FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*, cit., §3, ha messo in evidenza come il provvedimento impugnato per la violazione di una norma sulla forma o sul procedimento non possa dirsi illegittimo per almeno tre ragioni: perché «non è annullabile», perché «l'interesse legittimo è soddisfatto» e perché «la prestazione principale è stata adempiuta». Ma se il provvedimento non è illegittimo e una patologia v'è stata, «deve concludersi che questa concerne un oggetto differente: non il provvedimento ma il procedimento».

⁴⁴⁸ Da questo punto di vista, si dice, «se è vero che nel processo si fanno valere situazioni giuridiche di cui il soggetto ha (afferma di avere) l'attuale disponibilità [...] l'annullamento costituirebbe una sorta di *iperprotezione*». Pertanto, occorre immaginare il ricorso a forme di protezione diverse e, suggerisce Ferrara, «a partire da Cass., Sez. un., n. 500/1999 si sono aperti nuovi orizzonti in termini di tutela» (sempre FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*, cit., §3).

⁴⁴⁹ Su questo punto, la ricostruzione è chiara: «consentendo al ricorrente, tanto in presenza di atti vincolati che di atti discrezionali, di dedurre meramente il vizio della partecipazione, il legislatore ha, infatti, instaurato una sorta di meccanismo presuntivo sull'influenza che ha la partecipazione sul buon esito del procedimento» (di nuovo FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*, cit., §6).

Individuati i punti fermi della disciplina dell'annullamento non pronunciabile, si possono adesso prendere in esame i due profili che qui maggiormente interessano, attinenti alla *natura processuale* degli argomenti difensivi fondati sull'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a. e al loro *regime di rilevabilità*.

Per chiarezza dell'esposizione, è opportuno dire sin d'ora che qui non si condivide la tesi, sostenuta da parte della dottrina⁴⁵⁰ e diffusa anche in giurisprudenza⁴⁵¹, che qualifica il contegno difensivo basato sull'irrelevanza causale della violazione formale o procedimentale in termini di *eccezione in senso stretto*.

Come si cercherà di dimostrare, infatti, tale conclusione non può essere accolta per almeno due ragioni. Da una parte, a causa di una difettosa interpretazione della dialettica processuale che s'instaura tra ricorrente ed ente convenuto, s'è finito per vedere un'eccezione là dove sembra esservi più esattamente una mera difesa. Dall'altra parte, però, anche volendo riconoscere al contegno difensivo basato sull'irrelevanza causale del vizio formale o procedimentale natura di eccezione (come si dirà *infra* §8), il meccanismo di inversione dell'onere della prova previsto nel secondo alinea non pare giustificare la rilevabilità solo a istanza di parte.

Con riguardo alla prima delle questioni indicate, va ricordato che per qualificare correttamente un'iniziativa difensiva della parte intimata è indispensabile inquadrare altrettanto correttamente la natura della domanda: come s'è diffusamente detto sin dalla premessa del primo capitolo, la *negazione dei fatti*

⁴⁵⁰ In dottrina, v. su tutti, GALLO C.E., *Manuale*, cit., p. 204: «nella seconda ipotesi che la norma menziona», afferma l'A. riferendosi all'art. 21 *octies*, co. 2, facendosi riferimento alla dimostrazione in giudizio da parte dell'amministrazione che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sembra immaginabile che la parte pubblica dimostri il fondamento di una propria domanda». L'ipotesi che si tratti di un'eccezione, peraltro, è ampiamente vagliata pure da FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*, cit.; IDEM, *Novità legislative e peso della tradizione*, cit.; IDEM, *L'allegazione dei fatti e la loro prova*, cit.

⁴⁵¹ Si segnala in questo senso: Tar Genova, sez. I, sent. 17 ottobre 2013, n. 1217, per la quale «in ogni caso, occorre il presupposto dell'eccezione da parte della P.A., imposta dall'art. 21 *octies* comma 2 inciso ultimo, l. n. 241 del 1990»; Tar Genova, sez. I, sent. 15 dicembre 2006, n. 1699; Tar Genova, sez. I, sent. 16 novembre 2006, n. 1543; Tar Catania, sez. I, sent. 11 gennaio 2006, n. 14, per la quale «l'art. 21 *octies*, l. n. 241 del 1990 descrive un meccanismo che ha tutte le caratteristiche di una vera e propria eccezione, con la conseguenza che [...] e, pertanto, non è rilevabile d'ufficio»; Tar Catania, sez. I, sent. 11 gennaio 2006, n. 14. Di particolare interesse è Tar Genova, sez. II, sent. 11 gennaio 2013, n. 72, in quanto fotografa l'ipotesi di una domanda di annullamento basata sulla mera allegazione della violazione dell'obbligo di cui all'art. 7 l.p.a., rispetto alla quale l'amministrazione intimata omette ogni contestazione: «si impone», afferma il giudice genovese, «una diagnosi positiva in ordine alla sussistenza del vizio di legittimità», in quanto, «in difetto di eccezione da parte della difesa erariale, non può trovare applicazione la sanatoria processuale prevista dall'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990».

costitutivi della pretesa attorea non ha senso senza che si abbia chiara la loro affermazione; parimenti, si è insistito, l'introduzione di fatti modificativi, impeditivi o estintivi dell'effetto giuridico ambito dal ricorrente non può aver luogo senza un'esatta individuazione dei fatti costitutivi.

Occorre pertanto concentrare l'attenzione innanzitutto sulla domanda.

Ebbene, parlando delle azioni di impugnazione in generale, non paiono esservi ostacoli ad ammettere che il fatto costitutivo della pretesa vada individuato nel vizio di incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge di volta in volta posto a fondamento dell'iniziativa attorea. Esemplificando, se Tizio agisce per l'annullamento di un diniego, affermando che tale determinazione è il risultato della falsa applicazione di una certa norma di legge, quest'affermazione rappresenta il fatto costitutivo posto a sostegno della pretesa eliminativa. Pertanto, il ricorrente riuscirà ad assolvere il proprio onere probatorio *ex artt. 64, co. 1, c.p.a. e 2697 c.c.* dimostrando la sussistenza del vizio di legittimità lamentato.

L'amministrazione, dal canto suo, potrà difendersi, per un verso, limitandosi a negare la sussistenza del vizio di legittimità affermato dal ricorrente (cioè attraverso una mera difesa) oppure, per altro verso, introducendo un fatto modificativo, impeditivo o estintivo della pretesa attorea, che sia suscettibile di provocare il rigetto della domanda (mediante cioè un'eccezione di merito; purché, come s'è detto *sub §4*, non abbia carattere riconvenzionale). Pertanto, l'amministrazione avrà assolto il proprio onere probatorio *ex artt. 64, co. 1, c.p.a. e 2697 c.c.* laddove riesca a dimostrare l'infondatezza del fatto costitutivo affermato dall'attore oppure la sussistenza di un fatto modificativo, impeditivo o estintivo della sua pretesa eliminativa.

Il quadro appena descritto, tuttavia, si complica nelle ipotesi contemplate dall'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a. Qui, infatti, si è detto sopra, la legge prende in considerazione quei vizi che non coinvolgono il provvedimento ma, quantomeno in prima battuta, solo il procedimento: sin tanto che non emerge la rilevanza causale del vizio, s'è visto, l'atto deve ritenersi legittimo nonostante la violazione della norma sulla forma o sul procedimento.

In queste ipotesi, quindi, quel che deve fare il ricorrente non è tanto (o meglio, non è solo) dimostrare la sussistenza della violazione di una norma sulla forma o sul procedimento, ma deve dar prova della *rilevanza causale* di questa violazione sul contenuto dispositivo dell'atto impugnato.

Insomma: il fatto costitutivo, stavolta, non è rappresentato come in ogni altra azione di impugnativa dal solo vizio di legittimità, quanto piuttosto dalla *rilevanza causale del vizio formale o procedimentale*.

Ora, se la rilevanza causale del vizio formale o procedimentale rappresenta il fatto costitutivo della pretesa eliminativa del ricorrente, la sua negazione da parte dell'ente convenuto integra giocoforza una mera difesa e non un'eccezione. L'amministrazione, infatti, nel mentre afferma che il contenuto

dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, non sta introducendo un fatto nuovo, impeditivo, modificativo o estintivo della pretesa attorea, ma si sta limitando a negare il fatto costitutivo posto dal ricorrente a fondamento della domanda: da una parte, egli sostiene che una certa violazione formale o procedimentale s'è riverberata sull'atto impugnato al punto che, in sua assenza, il contenuto dell'atto sarebbe stato diverso da quello in concreto adottato; dall'altra, l'amministrazione nega l'assunto di parte attrice (e cioè la rilevanza causale della violazione di legge), affermando che, di là dalla sussistenza di quel vizio sulla forma o sul procedimento, il contenuto dell'atto non poteva che essere quello in concreto adottato.

L'indagine, tuttavia, non può dirsi esaurita sin tanto che non si è verificata la tenuta del ragionamento rispetto al secondo alinea dell'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a., concernente l'omessa comunicazione di avvio del procedimento.

Nell'ordine di idee al quale s'è scelto di aderire, si è visto, tale disposizione avrebbe la funzione di introdurre una presunzione relativa di rilevanza causale del vizio procedimentale, in forza della quale il ricorrente proverebbe la sussistenza del fatto costitutivo posto a fondamento della domanda di annullamento attraverso la mera allegazione del difetto di partecipazione; sarebbe a quel punto onere dell'amministrazione dimostrare che la violazione dell'art. 7 l.p.a. non abbia influito sul contenuto dispositivo dell'atto impugnato, nella misura in cui questo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Abbagliate da tale meccanismo di inversione dell'onere della prova, la dottrina e giurisprudenza hanno visto nel secondo alinea dell'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a. un'eccezione in senso stretto: se grava sull'amministrazione l'onere di dimostrare l'irrilevanza causale della violazione procedurale, è stato sostenuto da più parti, questa regola non dovrebbe trovare applicazione in mancanza di un'«espressa eccezione» di parte convenuta⁴⁵².

Questa opinione, però, è doppiamente errata.

Lo è innanzitutto perché, come si crede di aver dimostrato, il rilievo della irrilevanza causale dei vizi formali o procedurali non integra un'eccezione di merito ma una mera difesa.

A ben vedere, per l'amministrazione convenuta nulla (o quasi) cambia tra primo e secondo alinea. Per 'salvare' il provvedimento impugnato, infatti, essa è sempre chiamata a dimostrare l'irrilevanza causale della violazione formale o procedimentale. Con questa sola differenza: che mentre nei casi contemplati dal primo alinea l'onere probatorio scatta soltanto dopo che il ricorrente abbia prodotto in giudizio elementi di prova suscettibili di convincere

⁴⁵² Si fa qui di nuovo riferimento a GALLO C.E., *Manuale*, cit., p. 204, e a tutta la giurisprudenza citata *supra*, sempre in questo §, in nota.

il giudice della rilevanza causale della violazione (poiché in assenza di questo sforzo, la domanda dovrà essere respinta dal giudice, indipendentemente dal contegno difensivo della parte intimata), davanti all'omessa comunicazione di avvio del procedimento, l'onere scatta per effetto della mera allegazione del vizio, del quale è presunta, per espressa previsione di legge, la rilevanza causale.

Ma di là da queste osservazioni, l'opinione che si tratti di un'eccezione in senso stretto è errata anche perché con essa si finisce per confondere l'onere della prova con l'onere di rilevazione: la circostanza che spetti all'amministrazione provare l'irrilevanza causale del vizio procedurale non ha nulla a che vedere con l'attribuzione a suo carico dell'onere di rilevazione del vizio medesimo (v. quel che s'è detto *supra* §5 in ordine alla distinzione tra allegazione e rilevazione).

A tale riguardo, infatti, va detto che anche laddove si tentasse di costruire l'irrilevanza causale della mancata comunicazione di avvio del procedimento in termini di eccezione di merito (conclusione alla quale si potrebbe giungere ripensando il modo di qualificare i fatti impeditivi, come si dirà più approfonditamente *infra* §8), se ne dovrebbe comunque ammettere la rilevanza officiosa: se l'effetto processuale prodotto dal secondo alinea è solo quello di introdurre una presunzione relativa che consenta di inferire l'illegittimità del provvedimento impugnato dalla violazione dell'obbligo di cui all'art. 7 l.p.a., nulla vieta al giudice di ritenere vinta tale presunzione indipendentemente dalla formulazione di un'istanza di parte; la circostanza che la prova debba essere fornita dall'amministrazione resistente, in altre parole, non comporta alcuna conseguenza in punto di rilevanza, che in assenza di indicazioni normativamente contrarie non può che ritenersi ammissibile pure d'ufficio.

Così, per concludere, qualora dalle allegazioni di parte convenuta (o addirittura da quelle delle altre parti costituite) emergano elementi sufficienti a dimostrare che il contenuto dispositivo dell'atto impugnato non poteva essere diverso da quello in concreto adottato, è indubbio che il giudice possa rilevare la questione d'ufficio: non solo perché la vicenda si gioca tutta sul fatto costitutivo e sulla tenuta della presunzione relativa, ma anche perché la lettera dell'art. 21 *octies*, co. 2, l.p.a. riserva all'ente convenuto soltanto la prova dell'irrilevanza causale e non anche la sua rilevazione.

7. (segue): la permanenza di profili di discrezionalità amministrativa nell'azione di adempimento

Quel che si è detto con riguardo all'annullamento non pronunciabile può essere esteso, in misura pressoché analoga, all'ipotesi contemplata dall'art. 31,

co. 3, c.p.a., concernente la permanenza dei profili di discrezionalità amministrativa nell'azione di condanna all'adempimento⁴⁵³.

Trattandosi di una delle più importanti innovazioni introdotte nel codice del processo amministrativo, l'azione di adempimento ha destato grande interesse in dottrina⁴⁵⁴, in special modo tra coloro che ne avevano già sottolineato l'opportunità, quale indifferibile strumento di garanzia di effettività e pienezza della tutela giudiziale⁴⁵⁵. Tuttavia, in continuità con il percorso argomentativo seguito nel paragrafo precedente, non s'intende qui ripercorrere il dibattito dottrinario che si è acceso attorno all'introduzione di questa misura; quel che interessa, piuttosto, è di nuovo l'analisi del meccanismo di dialettica processuale che s'instaura tra ricorrente e amministrazione quando il primo si rivolge al giudice chiedendo la condanna della seconda all'esatto adempimento.

Ancora una volta, quindi, è necessario prendere le mosse dal contenuto della domanda e dalla individuazione dei fatti costitutivi che sono posti a suo fondamento.

⁴⁵³ Come noto, quest'azione consente al ricorrente di domandare al giudice l'accertamento non soltanto sulla illegittimità dell'atto impugnato o del silenzio serbato dall'amministrazione, ma anche sulla «fondatezza della pretesa dedotta in giudizio» (art. 31, co. 3, c.p.a.).

⁴⁵⁴ Senza alcuna pretesa di completezza, v. tra i molti che si sono occupati dell'azione di adempimento: CARBONE A., *Azione autonoma di condanna ad un "facere" provvedimento e azione di adempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 1661-1689; IDEM, *Azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; IDEM, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. – T.a.r.*, 2011, pp. 2959-2967; IDEM, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm. – T.a.r.*, 2011, pp. 1499-1521; CARPENTIERI P., *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 385-427; FERRARA L., *Domanda giudiziale*, cit.; GISONDI R., *Via libera all'azione di adempimento per ottenere il rilascio del permesso di costruire*, in *Urb. app.*, 2012, pp. 591-598; PAGNI I., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 328-343; SAITTA F., *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, pp. 2673-2680; VAIANO D., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 715-720.

⁴⁵⁵ In questo senso, v. in particolar modo CLARICH M., *Tipicità delle azioni*, cit., p. 600, il quale ammetteva, ben prima dell'introduzione del codice del processo amministrativo, che l'«azione di adempimento» avrebbe rappresentato «la presa d'atto dell'evoluzione dell'ordinamento processuale lungo la direttrice della "paritarità" del diritto amministrativo», da intendersi come «emancipazione dell'interesse legittimo [...] da incrostazioni e rigidità che non hanno oggi più ragion d'essere».

Dal primo punto di vista, quello della domanda, è stato condivisibilmente detto che l'azione di adempimento realizza in forma piena il giudizio sul rapporto⁴⁵⁶. Per essa, infatti, il giudice conosce tutte le relazioni di diritto e obbligo che intercorrono tra le parti, giungendo a una pronuncia suscettibile di regolarne il rapporto in maniera definitiva: «la decisione di condanna», si dice in letteratura, «non lascia [...] alla successiva azione dell'autorità amministrativa spazi di valutazione in relazione alla pretesa definitivamente accertata, atteggiandosi il conseguente esercizio del potere come attività meramente esecutiva della condanna stessa»⁴⁵⁷.

In estrema sintesi, quindi, con l'azione di adempimento il ricorrente domanda al giudice di accertare l'esistenza del proprio diritto all'ottenimento di una determinata utilità e, per l'effetto, di condannare l'ente convenuto a provvedere in tal senso.

Tuttavia, nel rispetto del principio di separatezza dei poteri e in ossequio alla regola processuale per la quale «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»⁴⁵⁸, l'azione di adempimento può essere esperita soltanto in due circostanze: che «si tratti di attività vincolata»; oppure che risultino assenti «ulteriori margini di esercizio della discrezionalità» e non siano «necessari adempimenti istruttori che debbono essere compiuti dall'amministrazione»⁴⁵⁹.

Ora, nelle ipotesi di attività vincolata l'individuazione dei fatti costitutivi posti a fondamento della domanda appare abbastanza semplice: il ricorrente, nel chiedere al giudice di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, deve provare di essere titolare di tutti i requisiti richiesti dalla legge per l'ottenimento dell'utilità desiderata.

Va da sé, pertanto, che il contegno difensivo basato sulla carenza in capo al ricorrente di alcuno dei requisiti richiesti dalla legge per l'ottenimento del beneficio sperato, integrando la negazione del fatto costitutivo posto a sostegno della domanda, vada qualificato in termini di mera difesa.

Più complicata, almeno apparentemente, è la seconda ipotesi.

⁴⁵⁶ Su questo punto v'è in dottrina unanimità di consensi. Fra i tanti, v. TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 219, per il quale con l'azione di adempimento la tutela giudiziale degli interessi legittimi «si avvicina a quella dei diritti soggettivi» nella misura in cui, attraverso la sentenza, «il cittadino può ottenere quanto gli spettava».

⁴⁵⁷ CARBONE A., *L'azione di condanna ad un fare*, cit., §4.3

⁴⁵⁸ In questi termini l'art. 34, co. 2, c.p.a.

⁴⁵⁹ Sono queste, infatti, le due ipotesi contemplate dall'art. 31, co. 3, c.p.a., ai sensi del quale «il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio *solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione [corrispondenti ai nostri]*».

Qui, infatti, la domanda del ricorrente mira all'ottenimento di un beneficio che dipende, almeno in astratto, dall'esercizio di un potere discrezionale. Di conseguenza, alla stregua di quel che s'è detto poc'anzi, il ricorrente non può accontentarsi stavolta di porre a fondamento della propria pretesa l'affermazione della titolarità dei requisiti richiesti dalla legge, ma deve pure sforzarsi di dimostrare che, allo stato in cui si trova l'istruttoria, non permangono in capo alla parte convenuta ulteriori margini di esercizio della discrezionalità.

In altre parole, l'insieme dei fatti costitutivi della domanda si presenta qui più composito rispetto al caso precedente, nella misura in cui di esso devono farne necessariamente parte, oltre ai requisiti richiesti dalla legge, pure l'assenza di ulteriori margini di esercizio della discrezionalità.

Se così è, però, anche stavolta non si incontrano particolari difficoltà nella qualificazione del contegno difensivo dell'ente convenuto che afferma la permanenza della sua discrezionalità oppure insiste per la necessità di ulteriori adempimenti istruttori: di nuovo, trattandosi di una negazione del fatto costitutivo posto a fondamento della pretesa attorea, quest'atteggiamento deve essere qualificato in termini di mera difesa.

In conclusione, non può porsi alcun dubbio in ordine alla rilevanza officiosa della permanenza di ulteriori profili di discrezionalità o della necessità di adempimenti istruttori che debbono essere compiuti dall'amministrazione, poiché trattandosi di elementi afferenti al fatto costitutivo, l'onere di dimostrarne la sussistenza grava, naturalmente, in capo al ricorrente⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ In questo senso è la giurisprudenza unanime: Tar Napoli, sez. VI, sent. 30 marzo 2018, n. 2061; Cons. St., sez. V, sent. 18 luglio 2017, n. 3552; Tar Roma, sez. I, sent. 30 maggio 2017, n. 6402; Tar Napoli, sez. V, sent. 2 maggio 2017, n. 2318; Cons. St., sez. III, sent. 2 maggio 2016, n. 1660; Tar Campobasso, sez. I, sent. 4 dicembre 2015, n. 445; Tar Catania, sez. I, sent. 5 novembre 2015, n. 2565; Tar Roma, sez. II, sent. 4 agosto 2015, n. 10651; Tar Roma, sez. I, 12 giugno 2015, n. 8279; Tar Torino, sez. I, sent. 23 maggio 2014, n. 936; Tar Campobasso, sez. I, 17 aprile 2014, n. 264; Cons. St. sent. 14 ottobre 2013, n. 5000. Emblematica è in particolare Cons. St., sent. 8 settembre 2016, n. 3827, dove si sottolinea «che se si tratta di attività discrezionale l'Amministrazione *deve in ogni caso* [corsivo nostro] svolgere i suoi compiti istituzionali e provvedere, con valutazioni che non possono essere sostituite da quelle del giudice», escludendo ogni possibilità che il giudice debba omettere di rilevare la permanenza dei profili di discrezionalità in assenza di un'iniziativa processuale dell'amministrazione convenuta.

8. La qualificazione dei fatti impeditivi: un problema aperto

Le considerazioni che si sono svolte nei due precedenti paragrafi in merito all'annullabilità non pronunciabile e alla permanenza dei profili di discrezionalità nell'azione di adempimento denunciano l'esistenza di un più generale problema di qualificazione dei fatti impeditivi.

Per comprendere fino in fondo la questione alla quale si fa riferimento, è forse opportuno tornare brevemente su entrambe le fattispecie analizzate.

Con riguardo alla prima ipotesi, si sono prese le mosse dal rilievo che nei casi contemplati dall'art. 21 *octies*, co. 2, il ricorrente non possa limitarsi ad allegare l'esistenza del vizio sulla forma o sul procedimento, ma debba necessariamente sforzarsi di dimostrarne la rilevanza causale rispetto al contenuto dispositivo. Da questa considerazione si è fatta poi discendere la conseguenza che quando l'amministrazione convenuta si difende negando la rilevanza causale affermata nel ricorso, 'limitandosi' cioè a contestare il fatto costitutivo posto a fondamento della pretesa attorea, essa stia sperando una mera difesa e non un'eccezione di merito.

A una conclusione analoga si è giunti pure nell'altra ipotesi, seguendo un percorso argomentativo sostanzialmente identico: se il fatto costitutivo della domanda di adempimento è rappresentato dall'esistenza dei requisiti richiesti dalla legge e dall'esaurimento della discrezionalità, se n'è tratta la conseguenza che il contegno difensivo dell'amministrazione che afferma di non aver ancora esaurito i propri margini di scelta vada inquadrato in termini di mera difesa.

A ben vedere, però, se si guarda al problema da una prospettiva diversa, si potrebbe ragionevolmente sostenere che, in entrambe le ipotesi analizzate, l'amministrazione convenuta non si stia limitando a contestare l'esistenza del fatto costitutivo dedotto dal ricorrente, ma stia introducendo in giudizio un fatto impeditivo della pretesa attorea.

In effetti, a un'attenta analisi, la dialettica processuale che s'instaura tra le parti nei due casi presi in esame non sembra affatto dissimile da quella che si viene a creare nel giudizio ordinario tra chi domanda l'adempimento del contratto e chi si difende affermando il vizio della volontà; oppure ancora tra chi agisce per il risarcimento del danno *ex* art. 2043 c.c. e chi resiste sostenendone l'inevitabilità.

Proviamo a verificare la tenuta di questi accostamenti.

Nel primo degli esempi menzionati, il fatto costitutivo della domanda di adempimento pare doversi individuare nell'affermazione della esistenza di un contratto validamente concluso tra le parti.

Ebbene, se il convenuto si difendesse affermando di avere già adempiuto, il suo atteggiamento sarebbe indubbiamente da qualificare in termini di eccezione (la c.d. 'eccezione di adempimento'): egli non starebbe negando il fatto

costitutivo allegato dall'attore (che anzi riconosce come esistente e veritiero), ma introdurrebbe un fatto estintivo della sua obbligazione, allargando così la *quaestio facti*. Qualora invece, come si è ipotizzato in questa sede, egli si difendesse affermando l'esistenza di un vizio della volontà tale da aver impedito l'insorgenza a suo carico della pretesa obbligazione al pagamento del prezzo pattuito, la sensazione è che il convenuto finisca per contestare l'esistenza stessa del fatto costitutivo posto a sostegno della domanda: se la volontà del convenuto era viziata, il contratto non s'è validamente concluso e il fatto costitutivo affermato dall'attore, di conseguenza, non può dirsi esistente.

Identico appare il funzionamento della dialettica processuale che si instaura tra le parti nel secondo degli esempi menzionati, concernente l'azione di responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*

Qui, infatti, il fatto costitutivo deve essere individuato nella triplice affermazione dell'esistenza di un danno, della sua antigiuridicità e della natura dolosa o colposa della responsabilità del convenuto. Di conseguenza, una difesa basata sull'affermazione della inevitabilità del danno sembra insistere, escludendolo, proprio sull'elemento soggettivo e, quindi, sul fatto costitutivo affermato dall'attore: se l'evento dannoso non poteva essere evitato, si capisce, non si vede come possa essere imputato alla colpa del convenuto.

Pertanto, anche in questa seconda ipotesi, il contegno difensivo del resistente non sembrerebbe avere l'effetto di *impedire* la pretesa attorea, quanto piuttosto quello di escludere l'esistenza di un danno ingiusto.

Il punto di caduta del ragionamento appena sviluppato appare inevitabile: gli atteggiamenti difensivi basati sul vizio della volontà e sulla inevitabilità del danno inquadrerebbero due ipotesi di mera difesa e non di eccezione. Ma tale conclusione non può essere accettata per ragioni di coerenza del sistema: non soltanto sono entrambi inquadrati, sia in dottrina che in giurisprudenza, come fatti impeditivi fondativi di eccezioni di merito⁴⁶¹, ma nel primo caso ne viene addirittura affermata la rilevabilità solo a istanza di parte (si parla cioè di una ipotesi di eccezione in senso stretto)⁴⁶².

⁴⁶¹ Per quanto riguarda l'eccezione di annullamento v. la nota successiva; per quanto attiene alla inevitabilità del danno v. Cass. civ., sez. VI, sent. 5 giugno 2018, n. 14355, per la quale «in materia di risarcimento danni per responsabilità civile conseguente a un infortunio subito da uno studente all'interno della struttura scolastica [...] è a carico della scuola la prova del *fatto impeditivo* [corsivo nostro], cioè l'inevitabilità del danno nonostante la predisposizione di tutte le cautele idonee a evitare il fatto».

⁴⁶² La rilevabilità solo a istanza di parte dell'eccezione di annullamento è talmente nota che non meriterebbe neppure una nota bibliografica. Per completezza e a mero titolo esemplificativo, si veda tra i tanti GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 2008, p. 286, dove sottolinea che mentre «la nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice», viceversa «l'annullamento [...] può essere pronunciato dal giudice solo su domanda o su eccezione della parte legittimata».

La vicenda illustrata suggerisce allora che l'origine del problema possa risiedere altrove e vada ricercata nella qualificazione stessa di *fatto impeditivo*.

Si tratta cioè di capire se tale locuzione individui un elemento esterno alla fattispecie azionata dall'attore, che si aggiunge a essa neutralizzandone l'effetto giuridico, oppure inquadri l'assenza di un suo elemento strutturale (una sorta di 'segno meno' del fatto tipico): nel primo caso, s'intende, sarebbero da inquadrare come eccezioni di merito sia l'irrilevanza causale del vizio sulla forma o sul procedimento (v. *supra* §6), che la permanenza dei profili di discrezionalità (v. *supra* §7); nel secondo, viceversa, entrambe le ipotesi inquadrebbero delle mere difese.

I termini della questione che si è appena posta sono ben noti alla scienza penalistica, dove si è tradizionalmente consumato uno scontro, non ancora sopito, tra i sostenitori della teoria bipartita del reato e i fautori di quella tripartita⁴⁶³: per i primi, il reato si comporrebbe di due 'sole' parti costitutive, individuate rispettivamente nell'*elemento oggettivo*, consistente nel fatto tipico descritto dalla norma incriminatrice, e in quello *soggettivo*, da intendersi come ascrivibilità dell'evento al dolo o alla colpa dell'autore; per i secondi, invece, a questi elementi sarebbe da aggiungere l'*antigiuridicità*, intesa come effettiva contrarietà del fatto al complessivo sistema di valori contemplato dall'ordinamento⁴⁶⁴.

Con questa conseguenza: che mentre nell'ottica dei bipartitisti le scriminanti sarebbero da qualificare come «cause esterne, *impeditive* della punibilità [corsivo nostro] e perciò suscettive di operare soltanto ove ne sia stata raggiunta la prova piena», per i tripartitisti esse farebbero parte della struttura del reato e quindi anche il solo «dubbio» sulla loro esistenza giustificerebbe una sentenza assolutoria⁴⁶⁵.

Così sinteticamente illustrati i termini del dibattito, appare intuitiva la similitudine con il problema oggetto di queste pagine: se per la teoria bipartita le scriminanti rappresentano dei fatti impeditivi, in quella tripartita esse individuano un 'elemento mancante' del reato; pertanto, in questo secondo caso, la loro sussistenza non *impedirebbe* tanto la produzione dell'effetto giuridico voluto dall'attore-procuratore (che è la condanna dell'imputato), ma renderebbe piuttosto impossibile l'integrazione stessa del fatto costitutivo posto a sostegno della domanda-imputazione (ovverosia l'esistenza del reato).

⁴⁶³ V. a questo riguardo; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna, 2014, pp. 188-193 e tutti gli autori citati nelle note da 50 a 53; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, pp. 101-103.

⁴⁶⁴ Un'accurata rassegna degli autori che propendono per l'una o per l'altra tesi è realizzata da MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit. p. 101, nota n. 7, alla quale si rinvia.

⁴⁶⁵ Ancora FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., p. 192.

Questa digressione di carattere penalistico si rivela nel caso di specie più che mai utile, perché consente di mettere a fuoco la diversa importanza che la questione terminologica posta produce nei diversi campi del diritto.

Mentre nel processo penale la scelta tra le due opzioni illustrate comporta una significativa conseguenza sul fronte probatorio⁴⁶⁶, non altrettanto si può dire nel processo amministrativo, dove il tema appare relegato su di un piano meramente nominalistico: nel giudizio di legittimità, infatti, quel che conta non è tanto distinguere gli atteggiamenti difensivi a seconda che integrino mere difese oppure eccezioni, quanto piuttosto differenziare queste ultime in base al loro regime di rilevanza.

Quanto si è andati dicendo in questo paragrafo, quindi, pur avendo contribuito al complessivo lavoro di sistemazione dei concetti afferenti alla difesa dell'amministrazione convenuta, non produce particolari conseguenze nelle ipotesi prese in esame *sub* §§6 e 7: infatti, indipendentemente dalla loro qualificazione in termini di mere difese o eccezioni, non vi sono ragioni per affermare che *l'annullabilità non pronunciabile* e la *permanenza di profili di discrezionalità* possano essere rilevate solo a istanza di parte.

In conclusione, sebbene si creda (e si ritenga di averlo esaurientemente dimostrato) che queste due ipotesi configurino mere difese e non eccezioni, ancor quando si preferisca, in forza di una certa qualificazione dei fatti impeditivi, la tesi opposta, si dovrebbe comunque ammetterne la rilevanza d'ufficio, per l'assenza di elementi che consentano di sostenere la tesi contraria.

⁴⁶⁶ Invero, com'è stato notato, la «tradizionale preoccupazione della giurisprudenza, di evitare per ragioni di difesa sociale che il semplice dubbio sulle scriminanti potesse giustificare conclusioni assolutorie, oggi non ha più ragion d'essere stante la chiara soluzione normativa in proposito espressamente accolta nel terzo comma dell'art. 530 del nuovo codice di procedura penale», a memoria del quale «il giudice dovrà comunque pronunciare sentenza di assoluzione piena anche ove vi sia il dubbio sull'esistenza di cause di giustificazione» (così FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., p. 192).

Bibliografia

ALESSI R., *Interesse sostanziale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa*, in *Arch. Giur.*, 1953, p. 132 ss.

ID., *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 307-333

AMORTH A., *Figura giuridica e contenuto del diritto soggettivo affievolito*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, p. 195 ss.

ID., *Una nuova sistemazione nella giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, I, p. 65 ss.

ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979

ARMANNI L., *La riforma del Consiglio di Stato e la giurisdizione amministrativa*, Assisi, 1889

BACCARINI S., *Piccolo mondo antico: la teoria del «processo da ricorso»*, nota a Cons. St., sez IV, 16 luglio 2007, n. 4002, in *Dir. proc. amm.*, pp. 1153-1154

BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella costituzione italiana*, Milano, 1966

BAIONA S., *Sub Art. 84 Rinuncia*, in CARINGELLA F., PROTTO M. (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010

BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Bari, 2009

BATTAGLIA S., *Grande dizionario della lingua italiana*, VIII, Torino, 1973

BIAVATI P., *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2011

BENVENUTI F., *Contraddittorio (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 738 ss., ora anche in ora in ID. *Scritti giuridici*, Milano, 2006, pp. 2037-2058

ID., *Decadenza per mancato deposito dell'atto impugnato*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1951, III, p. 1257, ora anche in ID., *Scritti giuridici, cit.*, pp. 1091-1098

ID., *Estinzione del processo (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 941 ss., ora anche in ID., *Scritti giuridici, cit.*, pp. 2435-2454

ID., *Evoluzioni nel processo amministrativo*, in *Jus*, XXIX, 1982, I-II, p. 36, ora anche in ID. *Scritti giuridici, cit.*, pp. 3673-3688

ID., *Giudicato (voce)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 897, ora anche in *Scritti giuridici, cit.*, pp. 2597-2634

ID., *Giustizia amministrativa (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano, XIX, 1970

ID., *Istruzione nel processo amministrativo (voce)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 204, ora anche in *Scritti giuridici, cit.*, pp. 3039-3052

ID., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953

ID., *L'onere del principio di prova nel processo amministrativo*, in *Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione – sezioni civili*, XXXI, 1952, p. 774, ora anche in *Scritti giuridici, cit.*, pp. 1103-1108

ID., *Lo svolgimento del giudizio innanzi al Consiglio di Stato, nella teoria e nella pratica*, in *Atti del III convegno di studi di scienza dell'amministrazione sul tema La giustizia nella amministrazione (Varenna 19-22 settembre 1958)*, Milano, p. 157 ss., ora anche in *Scritti giuridici, cit.*, pp. 1847-1858

ID., *Parte nel processo (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 198, p. 962, ora anche in *Scritti giuridici, cit.*, pp. 3625-3646

ID., *Processo amministrativo (ragioni e struttura) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1988, p. 454, ora anche in *Scritti giuridici, cit.*, pp. 3967-3984

BETTI E., *Ragione e Azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, p. 205 ss.

BOLAFFI R., *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936

BORSI U., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1938

BRANDI P., *Contumacia (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 462 ss.

BRIANI R., *L'istruzione probatoria nel processo amministrativo. Una lettura alla luce dell'art. 111 della Costituzione*, Milano, 2013

CAIANELLO V., *Ricorso giurisdizionale amministrativo (voce)*, in *Enc. giur. Trec.*, Roma

CALABRÒ C., *L'ottemperanza come prosecuzione del giudizio amministrativo*, in *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione su "il giudizio di ottemperanza"*, Milano, 1983, p. 180 ss.

CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1943

ID., *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti. Lite e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, p. 3 ss.

ID., *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti. Lite e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, p. 89 ss.

ID., *La relatività del concetto di azione*, ora in ID., *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 1 ss.

CAMMEO F., *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905, IV, p. 46 ss.

CANGELLI F., *Le parti*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, p. 227 ss.

CANNADA-BARTOLI E., *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pp. 335 ss.

ID., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1956

ID., *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Noviss. Dig.*, XIII, Torino, 1966, p. 1080 ss.

CAPORALE M., *Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma, nota a Cons. Stato, Sez. IV, n. 1018/2014*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1696 ss.

CAPPELLETTI M., *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 1610 ss.

ID., *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 266 ss.

CARBONE A., *Azione autonoma di condanna ad un "facere" provvedimento e azione di adempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 1661-1689

ID., *Azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012

ID., *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. – T.a.r.*, 2011, pp. 2959-2967

ID., *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in *Foro amm. – T.a.r.*, 2011, pp. 1499-1521

ID., *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2018

CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, in IDEM (diretto da), *Trattato del processo civile*, Napoli, 1958

ID., *Eccezioni e analisi dell'esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 644 ss.

ID., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, vol. I, Roma, 1942

ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, vol. II, 1926 (rist. Padova, 1986)

- ID., *Lite e funzione processuale (postilla)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, p. 23 ss.
- ID., *Lite e processo (postilla)*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, p. 99 ss.
- ID., *Nuovo processo civile italiano*, in *Foro It.*, 1941, c. 25 ss.
- ID., *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936
- ID., *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 446 ss.
- CARPENTIERI P., *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 385-427
- CASETTA E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 628-633
- CAVALLARO L., *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Trattatello di procedura civile* di SATTA S., Milano, 2015, p. VIII
- CAVALLINI C., *Il principio della domanda e la «giustizia della decisione»: verso una nuova iurisprudenzia?*, in *Dir. proc. civ.*, 2016, p. 302 ss.
- CAVALLO M.B., *Sub art. 84 Rinuncia*, in GAROFOLI R., FERRARI G., *Codice del processo amministrativo. Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, II, 2012, p. 1348
- CELSE, D. 44, 7, 51
- CERINO CANOVA A., *Ricorso (dir. proc. civ.) (voce)*, in *Enc. giur. Trec.*, Roma, 1991
- CHIOVENDA G., *Azione (voce)*, in *Dizionario del diritto privato*, 1900
- ID., *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi, cit.*, p. 110 ss.
- ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, II ed., Napoli, 1935
- ID., *L'azione nel sistema dei diritti (1903)*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, p. 3 ss.
- ID., *Lezioni di diritto amministrativo* (redatte da Ventura R. negli anni 1909-1910), Milano, 1991
- ID., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928
- ID., *Sulla «eccezione»*, 1927, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, pp. 149-150
- CIPRIANI F., *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992

ID., *Il processo civile nello Stato democratico*, in ID., *Il processo civile nello Stato democratico*, Napoli, 2006

ID., *Pietro de Francisci e la Procedura civile*, in ID., *Il processo civile*, cit., p. 257 ss.

CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989

ID., *Giustizia amministrativa (voce)*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di Diritto pubblico*, III, Milano, 2006, pp. 2767-2775

ID., *La giustizia*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. 1, Milano, Giuffrè, 2000

ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013

ID., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 279-280

CODACCI-PISANELLI A., *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, 1893, oggi in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900

COLESANTI V., *Eccezione (dir. proc. civ.) (voce)*, in *Enc. giur.*, Milano, 1965, p. 172 ss.

ID., *Nostalgie in tema di eccezioni*, in *Dir. proc. civ.*, 2016, p. 293 ss.

COMOGLIO L.P., *Allegazione (voce)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 272 ss.

CONSOLO C., *Per un giudicato pieno e paritario a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, pp. 171-200

CORSO G., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Diritto Amministrativo*, 2014, p. 463 ss.

COSTA S., *Eccezioni (diritto vigente) (voce)*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1960, c. 348 ss.
ID., *Contumacia*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 772 ss.

COVIELLO V., *Manuale di diritto civile*, I, Milano, 1910

CORDOPATRI F., *Ricorso dir. proc. civ. (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, pp. 733- 738

CORSINI G., *Dell'esercizio dell'azione*, in STELLA RICHTER G., STELLA RICHTER P. (diretto da), *La giurisprudenza sul Codice di Procedura Civile*, agg., 2011

CORSO G., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. Amm.*, 2014, p. 463 ss.

ID., *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Il Foro It.*, 1989, V, cc. 421-436

CRISTOFOLINI G., *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, p. 105 ss.

D'ALESSIO F., *Istituzioni di diritto amministrativo*, II, Torino, 1934

ID., *Le parti nel processo amministrativo*, Milano, 1915

ID., *Rapporti e conflitti fra le due giurisdizioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1912

DEMURTAS-ZICHINA P., *La giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1883

DENTI V., *Azione – Diritto processuale civile (voce)*, in *Enc. giur. Trecc.*, III, Roma, p. 1 ss.

ID., *In tema di eccezioni riconvenzionali*, in *Giur. it.*, 1964, p. 119 ss.

ID., *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 22 ss.

DINI, *La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*, Milano, 1978

ID., *Riconvenzione (voce)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 965 ss.

D'ORSOGNA M., FIGORILLI F., *Lo svolgimento del processo di primo grado: la fase introduttiva*, in SCOCA F.C. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 335 ss.

ESCOBEDO F., *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, pp. 1-51

FABBRINI G., *Eccezione (voce)*, in *Enc. giur. trecc.*, Roma, 1989

ID., *L'eccezione di merito*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano, 1973, p. 276 ss.

FAGIOLARI G., *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, p. 285 ss.

FAZZALARI E., *Azione civile (voce)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 30 ss.

FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al giudizio di esecuzione*, Milano, 2003

- ID., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 108 ss.
- ID., *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 229 ss.
- ID., *Novità legislative e peso della tradizione (replicando a Fabio Saitta a proposito dell'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in *Giustamm*, 2008
- FERRARA L., MANNUCCI G., *Giudicato (dir. amm.) (voce)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 2015
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna, 2014
- FOA' S., *Giustizia amministrativa, atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Napoli, 2012
- FOLLIERI F., *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1012-1033
- FRANCHI G., *Della competenza per connessione*, in ALLORIO E. (diretto da), *Comm. c.p.c.*, I, Milano, 1973, p. 350
- FURNO C., *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo. Appendice nota bibliografica (con qualche appunto sul concetto di azione)*, Firenze, 1942
- GAFFURI F., *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, Milano, 2018
- GALANTI L., *Nullità contrattuale tra giudicato esterno e giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015
- GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 2008
- GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2012
- GARBAGNATI E., *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Milano, 1950
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 522 ss.
- GIANNINI M.S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione (voce)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970

GIANNOZZI G., *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1963

GISONDI R., *Via libera all'azione di adempimento per ottenere il rilascio del permesso di costruire*, in *Urb. app.*, 2012, pp. 591-598

GLEIJESES A., *Profili sostanziali del diritto amministrativo*, Napoli, 1962

GRANDI D., *Il nuovo processo civile. Discorso pronunciato nel Senato del Regno il 10 maggio 1940 dal Ministro Guardasigilli*, in LUGO A., BERRI M., *Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1942, p. VII ss.

ID., *Relazione alla Maestà del Re Imperatore*, in *Lex*, suppl. fasc. 31, 1940, pp. 1-58

GRECO G., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Diritto e Società*, 2016, p. 204 ss.

GUICCIARDI E., *Diritti, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, cc. 33-42

ID., *La giustizia amministrativa*, III, Padova, 1954

ID., *Problemi del processo amministrativo*, Milano, 1964

HASSE J.C., *Über das Wesen der «actio», ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der «in personam actio» un «in rem actio»*, 1833

JAEGER N., *La riconvenzione nel processo civile*, Padova, 1930

LIEBMAN E.T., *Appendice*, in *Novissimo Digesto*, II, Torino, 1958, pp. 46-47

ID., *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 449 ss.

ID., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 49 ss.

ID., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 47 ss.

ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1951

ID., *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1973

ID., *Manuale*, cit., VIII ed., COLESANTI V., MERLIN E. (a cura di), Milano, 2012

LONGO F., *Presentazione del tema del convegno*, in *Processo amministrativo: quadro problematico e linee di evoluzione. Atti del XXXI convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1988, pp. 10-11

- LUGO A., *Manuale di diritto processuale civile*, XVIII ed., DE ANGELIS C. (a cura di), Milano, 2012
- ID., *Sulla struttura del giudizio amministrativo di legittimità*, in MIELE G. (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Vicenza, 1968, pp. 157-158
- LUISE F.P., *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 2015
- MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2016
- MANNUCCI G., *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 837
- MANTELLINI G., *Lo Stato e il Codice civile*, Firenze, 1882
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009
- MENCHINI S., RENZI A., *Sub art. 84 Rinuncia*, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 822 ss.
- MEUCCI L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, p. 1 ss.
- MIELE G., *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, pp. 49-76
- MIGNONE C., VIPIANA P.M., *Manuale di giustizia amministrativa*, Padova, 2012
- MINGHETTI M., *I partiti politici e la ingerenza loro nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1881
- MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, I, Padova, 2015
- MORELLO V., *Note sulla c.d. domanda trasversale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 389 ss.
- MORO S., *L'andamento anormale del processo: sospensione, incidente di falso, interruzione, estinzione*, in SASSANI B., VILLATA R. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, pp. 1184-1185

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, II ed., Torino, s.d.

ID., *Manuale della procedura civile*, Torino, 1887

MOTTO A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012

MUTHER T., *Zur Lehre von der Romischen Actio, dem heutigen Klagrecht*, Erlangen, 1857, ora in HEINITZ E., PUGLIESE G. (a cura di), *Polemica intorno all'«actio» di Windscheid e Muther*, Firenze, 1954

NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014

NAPPI P., *La domanda proposta in via riconvenzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, p. 751 ss.

NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1983

NOCELLI M., *L'estinzione e l'improcedibilità nel processo amministrativo*, in SANTANIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 712 ss.

OLI G.C., MAGINI L. (a cura di), DEVOTO G., OLI G.C., *Nuovo vocabolario illustrato della lingua italiana*, I, Milano, 1987

ORESTANO R., *Azione (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959

ORIANI R., *Eccezioni rilevabili (e non rilevabili) d'ufficio*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1156 ss.

ID., *Eccezioni rilevabili*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1011 ss.

ID., *L'eccezione di merito*, in *Foro it.*, 1991, c. 5 ss.

ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Milano, 1901

PAGNI I., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 328-343

ID., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998

PAJNO A., *Introduzione*, in QUARANTA A., LOPILATO V. (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, Milano, 2011

PASSARELLI DI NAPOLI G., *Sub art. 84 Rinuncia*, in LEONE G., MARUOTTI L., SALTELLI C. (a cura di), *Codice del processo amministrativo. Commentato e annotato con giurisprudenza*, Verona, 2010, p. 660 ss.

PEKELIS A., *Azione (voce)*, in *Nuovo Digesto Italiano*, II, Torino, 1937, p. 91 ss., ripubblicata, senza variazioni, in *Novissimo Digesto*, II, Torino, 1958, p. 29 ss.

PICCARDI L., *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Studi in occasione del centenario*, cit., vol. II, pp. 269-307

PICOZZA E., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2016

PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I-II, Milano, 1962

PUCHETTI A.C., *Il ricorso gerarchico*, Padova, 1938

PUGLIATTI S., *Eccezione (in senso generale) (voce)*, in *Enc. giur.*, Milano, 1965, p. 151 ss.

PUGLIESE G., *Introduzione*, in HEINITZ E., PUGLIESE G. (a cura di), *Polemica intorno all'«actio» di Windscheid e Muther*, Firenze, 1954

PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. III, Messina-Milano, 1933

PROTO PISANI A., *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e Giur.*, 1978, p. 1 ss.

ID., *Appunti sulla tutela costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, pp. 60-100

ID., *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, p. 373

ID., *Dell'esercizio dell'azione*, in ALLORIO E. (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, vol. II, Torino, pp. 1055-1059;

ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012

ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003

ID., *Il Codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quaderni Fiorentini*, 1999, p. 713 ss.

QUARANTA A., LOPILATO V. (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit.

RAMAJOLI M., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 894 ss.

ID., *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della l. n. 241/1990, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 460 ss.

RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937

RENNA M., *Unilateralità e irrevocabilità della rinuncia al ricorso nel processo amministrativo (Nota a Cons. Stato sez. VI 23 settembre 2002, n. 4805)*, in *Il Foro Amm. C.d.s.*, 2002, pp. 2983-2993

RICCI G.F., *Diritto processuale civile*, vol. I, Bologna, 2015

REDENTI E., *Diritto processuale civile*, vol. I, 1957

ROCCO A., *La sentenza civile*, Torino, 1906

ROMANELLI V.M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939

ROMANO E., *La "non contestazione" nel processo amministrativo*, Torino, 2016

ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, s.d.

ID., *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901

ROMANO TASSONE A., *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 581 ss.

ID., *Sulla regola del dedotto e del deducibile nel giudizio di legittimità*, in *Giustamm*, 2018

ROSS A., *Diritto e Giustizia*, Londra, 1958, §35, trad. it. GAVAZZI G. (a cura di), Torino, 1965

ROVELLI F., *Osservazioni sulla natura del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, 1940

ID., *Sui caratteri delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, p. 208 ss.

SAITTA F., *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, pp. 2673-2680

ID., *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ultimo, e 21 octies, comma 2, l. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. - Tar*, 2006, p. 2295 ss.

ID., *Art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990: ecco perché si finisce per "rimpiangere il passato" (discussione con Leonardo Ferrara, atto quarto)*, in *Giustamm*, 2008

ID., *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: il lupo perde il pelo, ma non il vizio (ovvero "in claris ... fit interpretatio")*, in *Giustamm*, 2009

ID., *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 93-134

ID., *Annulamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio?*, in *Giustamm*, 2008

SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904

SALEMI G., *Il concetto di parte e la pubblica amministrazione nel processo civile, penale e amministrativo*, Roma, 1916

ID., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1939

SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, in CARNELUTTI F. (diretto da), *Trattato del processo civile*, Napoli, 1963, pp. 38-143

ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1959

SATTA S., *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, p. 32, oggi in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 177

ID., *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. giur.*, Milano, 1970, p. 218

ID., *Giustizia amministrativa (voce)*, in *Enc. dir., agg. VI*, Milano, 2002

ID., *L'azione nel diritto positivo (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, p. 822 ss.

ID., *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, p. 195 ss.

ID., *Storia e «pubblicizzazione» nel processo*, in ID., *Soliloqui*, cit., p. 215 ss.

SATTA S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, XIII ed., PUNZI C. (a cura di), Padova, 2000

SCHANZER C., *La giurisdizione amministrativa in Francia e in Italia*, in *Giust. amm.*, 1896, p. 15 ss.

SCIALOJA V., *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Giust. amm.*, 1901

SPADARO N., *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione spreca-
cata dall'adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 1169 ss.

SPAVENTA S., *Giustizia nell'amministrazione, oggi* in *Quaderni del trentennale
dell'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici*, vol. 10, Napoli, 2006, pp. 17-62
ID., *Del Consiglio di Stato*, in *Quaderni del trentennale*, cit., pp. 125-152

TARZIA G., BALBI C., *Riconvenzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano,
1989., p. 665

TOVAJERA M., *Sui rapporti tra la IV e la V sezione del Consiglio di Stato*, Roma,
1910

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014 e 2016

TROPEA G., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in
Dir. proc. amm., 2017, p. 1235 ss.

ID., *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzione delle parti*, in SASSANI B., VIL-
LATA R. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, cit., pp. 428-432

TROPIANO F.M., *Le parti e i difensori*, in CIRILLO G.P. (a cura di), *Il nuovo diritto
amministrativo*, in SANTANIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo*, pp. 299-
300

VACCHELLI G., *La difesa giurisdizionale dei diritti del cittadino contro l'autorità am-
ministrativa*, in ORLANDO V.E. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, II,
Milano, 1907

VAIANO D., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze
giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 715-720

VALAGUZZA S., *L'illusione ottica del giudicato a formazione progressiva*, in *Dir. proc.
amm.*, 2018, p. 297 ss.

VERCILLO G., *La notifica del ricorso*, in POLICE A. (a cura di), *Processo ammini-
strativo*, p. 179 ss.

VERDE G., *Diritto processuale civile*, vol. I, Bologna, 2015

- ID., *Ma cos'è questa giustizia amministrativa?*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 596
- ID., *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze dei giudici amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 642-668
- VETRÒ F., *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012
- VIPIANA P.M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990
- VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1971
- VITTA C., *La giurisdizione amministrativa e il diritto oggettivo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, p. 352 ss.
- VITUCCI E., *I problemi del processo amministrativo visti dalla parte resistente*, in *Problemi del processo amministrativo. Atti del IX convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1964, p. 73 ss.
- VON BULOW O., *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvolraussetzungen*, Giessen, 1968
- VON SAVIGNY F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, V, 1840-1849, trad. it. SCIALOJA V. (a cura di), *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886-1898
- VULLO E., *La domanda riconvenzionale*, Milano, 1995
- ID., *Riconvenzione (voce)*, in *Dig. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 256
- WINDSCHEID B., *Die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther, Buddeus*, 1857, ora in HEINITZ E., PUGLIESE G. (a cura di), *Polemica*, cit.
- ID., *Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Dusseldorf, 1865, ora in HEINITZ E., PUGLIESE G. (a cura di), *Polemica*, cit.
- ID., *Pandekten*, §44, n. 5, 1886-1891, trad. it., FADDA C., BENZA P.E. (a cura di), Torino, 1925
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1958
- ZANZUCCHI M.T., *Il nuovo diritto processuale civile*, vol. I e II, Milano, 1943
- ZAPPAROLI F., *Note sulla «reconventio reconventionis»*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 191 ss.