

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA
"TOR VERGATA"**



FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

IN DIRITTO PUBBLICO

XX CICLO

**IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO
NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO:
PROFILI SOSTANZIALI, PROCEDIMENTALI
E PROCESSUALI**

Relatore:

Prof. Eugenio Picozza

Candidata:

Daniela Di Carlo

Coordinatore:

Prof. A. D'Atena

Anno Accademico 2007/2008

Alla mia famiglia,
sostegno e conforto di tutta una vita

Sommario

Capitolo Primo.....	4
Profili Sostanziali	4
1. I principi della Costituzione Italiana, il concetto sostanziale di contraddittorio e il suo legame col principio del giusto processo.....	5
2. I principi dell'ordinamento giuridico internazionale.....	8
3. I principi dell'ordinamento giuridico comunitario.....	12
3.1. Profili generali.....	12
3.2. Profili procedimentali.....	13
3.3. Profili processuali.....	19
4. I principi costituzionali prima e dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione.....	22
5. I principi del diritto amministrativo italiano e il diverso significato della realizzazione del principio del contraddittorio nel processo civile e nel processo amministrativo.....	26
Capitolo Secondo.....	30
Profili Procedimentali.....	30
1. Il principio del contraddittorio come cardine della tutela della situazione giuridica del cittadino nei confronti della p.a. nel corso del procedimento amministrativo.....	31
2. La legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalle Leggi nn. 15 e 80/2005.....	34
2.1. La figura del responsabile del procedimento.....	34
2.2. L'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento.....	37
2.3. L'obbligo di assicurare la partecipazione mediante il deposito di memorie, documenti e audizioni personali. Gli aspetti strutturali e funzionali.....	40
2.4. L'istruttoria procedimentale.....	46
2.5. La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.....	52
2.5.1. La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza tra legittimità ed equità della decisione amministrativa.....	56
2.5.2. Rapporti tra l'art. 10 bis, legge n. 241/1990 e la nuova disciplina della dichiarazione di inizio di attività (art. 19, legge n. 241/1990).....	58
2.6. L'attività amministrativa alla ricerca del consenso: l'attività consensuale e la predeterminazione amministrativa nell'ambito degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento.....	61
2.7. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi sotto il duplice profilo partecipativo e informativo. Coordinamento con la normativa sul diritto alla riservatezza.....	62
2.8. Legittimazione procedimentale e legittimazione processuale.....	65
2.9. L'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo.....	71
3. Riflessioni sulla necessità di compromesso tra esigenze di realizzazione del contraddittorio ed esigenze di accelerazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi.....	74
4. Implicazioni tra il principio del contraddittorio e l'amministrazione partecipata.....	76

5. Il contraddittorio nell'amministrazione decisoria contenziosa: ricorso gerarchico, ricorso gerarchico improprio, ricorso in opposizione.....	80
Capitolo Terzo	86
Profili Processuali.....	86
1. L'oggetto del giudizio e il principio del contraddittorio.	87
1.1. Il processo amministrativo come processo di parti.	87
1.2. I poteri di allegazione e di istruzione probatoria delle parti e del giudice. Il principio di acquisizione.....	90
1.3 Modificazioni al <i>thema decidendum</i> apportate dal ricorrente, dal controinteressato e dall'ufficio.	94
1.4. Il contraddittorio nella fase di istruzione preparatoria.....	97
1.5. Il contraddittorio nella fase di istruzione probatoria. Attività e provvedimenti del giudice. Applicazioni pratiche del principio del "giusto processo" nell'istruzione amministrativa.	100
1.6. Il contraddittorio nella fase decisoria.	105
1.7. La tipologia delle azioni nel processo amministrativo.	106
2. La regolare costituzione del giudice: l'astensione e la ricasazione.....	107
3. Le parti del processo: Nozioni Generali.....	111
3.1. La capacità di essere parte e la capacità processuale.....	111
3.2. La legittimazione a ricorrere.....	112
3.3. L'interesse a ricorrere.....	114
3.4. La rappresentanza tecnica.....	115
3.5. La costituzione in giudizio del ricorrente, delle parti intimato e degli intervenienti.	116
3.6. La perdita della qualità di parte: l'interruzione e l'estromissione	118
3.7. La successione nella posizione di parte.....	119
3.8. Il principio del litisconsorzio necessario e facoltativo, dal lato attivo e passivo....	120
4. Le parti del giudizio e il principio del contraddittorio.....	123
4.1. Il ricorrente.	123
4.2. Il resistente.....	125
4.3. Il controinteressato.	127
4.4. Il cointeressato.....	130
4.5. L'interveniente.....	131
4.6. L'evoluzione della figura del legittimo contraddittore nel giudizio amministrativo.	134
5. Gli atti del giudizio.....	135
5.1. Il ricorso.....	135
5.2. Il ricorso collettivo.	138
5.3. Il ricorso cumulativo.....	139

5.4. Il controricorso e le difese in generale.....	140
5.5. Il ricorso incidentale.....	143
5.6. La domanda riconvenzionale.....	145
6. Il principio del contraddittorio nel giudizio d'appello.....	145
6.1. La pluralità di parti nel giudizio di impugnazione: cause inscindibili e cause scindibili.....	145
6.2. La legittimazione e l'interesse ad impugnare.....	146
6.3. Il ricorso in appello e l'intervento.....	150
6.4. Le impugnazioni incidentali.....	152
6.5. Il contenuto del contraddittorio nel giudizio d'appello: i poteri delle parti e del giudice.....	154
7. Il principio del contraddittorio negli altri giudizi.....	157
7.1. La tutela cautelare.....	157
7.2. Il regolamento di competenza.....	159
7.3. Il giudizio di ottemperanza.....	161
7.4. Il ricorso per cassazione e il regolamento preventivo di giurisdizione.....	164
8. L'estinzione del processo amministrativo.....	166
8.1. La rinuncia.....	166
8.2. La perenzione.....	168
8.3. La decadenza.....	169
8.4. La cessazione della materia del contendere e la sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere.....	170
9. La riassunzione del processo amministrativo. La translatio iudicii.....	171
10. L'opposizione di terzo.....	175
11. La revocazione.....	178
12. La correzione della sentenza.....	179
13. Le procedure giurisdizionali speciali.....	180
13.1. Le sentenze camerali.....	180
13.2. Il rito in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi.....	182
13.3. Il procedimento monitorio ingiuntivo.....	185

CAPITOLO PRIMO

PROFILI SOSTANZIALI

1. I PRINCIPI DELLA COSTITUZIONE ITALIANA, IL CONCETTO SOSTANZIALE DI CONTRADDITTORIO E IL SUO LEGAME COL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCESSO.

Il 7 gennaio 2000 è entrata in vigore la Legge costituzionale 23 novembre 1999, n.2 intitolata “*Inserimento dei principi del giusto processo nell’art.111 della Costituzione*”.

I primi due commi fissano una serie di principi relativi al processo in genere, quindi anche al processo amministrativo che qui interessa, prevedendo che “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*” e che “*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti al giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*”.

Si tratta, all’evidenza, di garanzie processuali enunciate dalla nostra Costituzione, così come da altre Costituzioni europee, in ritardo rispetto a quanto è avvenuto nel mondo anglosassone, prima con la *Magna Carta* del 1215 e poi con l’*Habeas Corpus* e i *Bill of Rights*; ovvero nel contesto internazionale, con la *Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo* proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948 e con il successivo *Patto sui diritti civili e politici*, approvato dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966; o infine nel contesto europeo, con la *Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU) siglata a Roma il 4 Novembre 1950.

Seppure in ritardo, si tratta però di una scelta precisa ed impegnata.

Precisa, perché si pone in linea con tutta una tradizione giuridica ed etico-ideologica risalente al costituzionalismo ottocentesco. Le Costituzioni europee dell’Ottocento e del primo Novecento non hanno sentito il bisogno di includere nel catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali alcune garanzie processuali, probabilmente per la fiducia che la dottrina civilprocessualistica riponeva nei “*principi di ragione naturale*”¹. Il principio del contraddittorio, ricollegato alla natura delle cose, espressione di un principio giuridico generale, non coincideva, di per sé, con il processo, pur essendone una manifestazione imprescindibile: “*esso era infatti, prima di tutto, una condizione extraprocessuale del processo medesimo*”². Già Seneca infatti: “*qui statuit aliquid, parte inaudita altera, aequum licet statuerit haud aequus fuerit*”.

Questa l’impostazione classica, poi ribaltata dalle concezioni positivistiche che si diffusero nella scienza giuridica nel primo dopoguerra: si continuò certo a parlare di un principio del contraddittorio, ma impoverito di quella carica etico-ideologica che lo rendeva categoria immanente al fenomeno processuale e condizionante l’intero rapporto giuridico processuale. Il contraddittorio finì per rimanere ai margini del fenomeno processuale, considerato un mero “*accidente*”, un elemento possibile in un *iter* procedimentale, ma nient’affatto necessario³. Carnelutti scrisse: il contraddittorio è “*un mezzo del processo non un fine*” per cui “*il difetto di contraddittorio può pregiudicare, ma non pregiudica in ogni caso, lo scopo del processo; il contraddittorio è uno strumento utile del processo, quando vi sono ragioni per contraddire, se non ve ne sono, è un ingombro*”⁴; e ancora “*la mancanza effettiva di contraddittorio non sta punto in contrasto logico col fine del processo, perché l’attuazione della legge, attraverso una decisione giusta, può ottenersi anche senza la cooperazione delle parti*”⁵.

Nella fase più recente della riflessione scientifica si è avvertito, tuttavia, se non un ritorno alle categorie del diritto naturale, perlomeno una rivalutazione del principio del contraddittorio quale nucleo centrale del processo in senso dinamico ed operativo⁶. Lo stesso Carnelutti nella

¹ Cfr., le considerazioni di N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2001, p.381 e ss.

² Vedi a questo proposito F.BENVENUTI, voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, p. 743.

³ Vedi le posizioni di N.PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1998 p.673 e ss.

⁴ Si vedano le *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova 1933 n.99, pp. 168-171.

⁵ Vedi la posizione di BETTI, *Diritto Processuale Civile*, II ed., Roma 1936, p.89, Vedi anche sul punto CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p.169.

⁶ Cfr., a questo proposito voce *Contraddittorio*, in *Digesto Discipline privatistiche*, vol. IV.

suggestiva esortazione: “*torniamo al giudizio*”⁷, ha espresso l’orientamento dottrinale allora dominante: il contraddittorio è partecipazione delle parti e del giudice nel giudizio per la ricerca di una probabile verità⁸. Pretesa e difesa che, se astrattamente considerate, si pongono su un piano di potenziale conflittualità, nel contraddire, in posizione di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale, realizzano quelle condizioni di uguaglianza che rendono un processo giusto. Ora, proprio l’aggettivo “giusto” associato al processo, criticato da più parti come privo di vero valore, quasi rasente la tautologia, in realtà rappresenta un momento di sostanziale contatto tra due tradizioni giuridiche tanto lontane dogmaticamente quanto vicine nei risultati: l’esperienza di “*common law*” e quella di “*civil law*”. Con questa riforma costituzionale, l’Italia si impegna a ravvivare il dialogo con la realtà soprannazionale, per dare effettività all’interazione tra ordinamento giuridico italiano e sistema convenzionale (europeo ed internazionale)⁹. Troppo spesso in passato la nostra Corte costituzionale si è isolata trattando i documenti internazionali come una mera conferma del dato normativo interno¹⁰. Le nozioni di *due process of law*, *procès équitable*, *fair trial*, ci riportano infatti a proclamazioni internazionali:

1. l’art.10 della “*Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo*” recita: “*ogni persona ha diritto, in condizioni di piena uguaglianza, ad essere ascoltata pubblicamente e con giustizia da un tribunale indipendente ed imparziale*”.
2. l’art.14 del “*Patto internazionale sui diritti civili e politici*” prevede invece che “*tutti sono uguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia. Ogni persona ha diritto di farsi ascoltare, in corretto e pubblico giudizio, da un giudice competente, indipendente ed imparziale, costituito per legge*”.
3. l’art.6¹ della *Cedu* dispone che “*ogni persona ha diritto ad un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta*”.

Per cogliere l’universalità di questi valori basta osservare come, nonostante l’impronta individualistica del monopolio di parte nei sistemi processuali di “*common law*”, il diritto ad un effettivo contraddittorio rappresenti “il fulcro delle massime di *natural justice*, la cui indiscussa autorità s’impone in qualsiasi giurisdizione. Il rispetto inviolabile di tale diritto nella genesi storica e nell’evoluzione del *trial by jury* è quindi una componente essenziale delle regole di *fair hearing*, sulle quali si fonda la razionalità del procedimento giudiziario orale¹¹.

Di conseguenza, la legge processuale deve garantire ad ogni interessato l’effettiva possibilità di essere presente nel processo e la ragionevole opportunità di essere ascoltato dal giudice. Questo modo di concepire lo svolgimento del processo ha assunto un particolare risalto nell’ordinamento nordamericano dove, attraverso un’elaborazione dottrinale secolare, sono stati codificati principi fondamentali sintetizzabili con l’espressione “*due process clause*”: *notice and hearing*, *adequate notice*, *opportunità to be heard*¹².

Ma il vero vanto¹³ del sistema giuridico e giudiziario di *common law* è l’aver inserito tutte queste garanzie di legalità processuale in un quadro di correttezza e lealtà procedurale che il giudice deve imporre alle parti e osservare egli stesso: il “dovuto processo legale” non ha un

⁷ CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 165.

⁸ TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, cit., p.385 e PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Rivista di diritto processuale*, cit., pp. 678-681.

⁹ TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, cit., p.391.

¹⁰ V. Corte cost., 24 febbraio 1992, n. 62, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 337.

¹¹ ENCICLOPEDIA GIURIDICA TRECCANI alla voce CONTRADDITTORIO

¹² Cfr., le ampie considerazioni critiche di COUTURE, *La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”*, in *Riv. Dir. Proc.* 1954, pp. 88-89.

¹³ Cfr., RE, *Due process of law*, voce della *Enciclopedia giuridica Treccani*.

contenuto rigidamente prefissato, ma mostra delle aperture per verificare nei singoli casi concreti se siano rispettate le regole di equità, giustizia, imparzialità (*fairness*)¹⁴.

In questa prospettiva è scelta veramente impegnata quella del nostro ordinamento di confrontarsi con nuovi valori: alle garanzie individuali di tutela e strutturali di giustizia che già esistevano nella nostra Costituzione prima della riforma, si aggiungono i nuovi principi del “processo equo”: il “giusto processo” del nuovo art. 111 non è una mera *summa* aritmetica, ma ha una portata “relazionale”¹⁵. Quindi, se è vero che non esiste processo senza contraddittorio, così il contraddittorio stesso non è vero contraddittorio se non è corretto e leale¹⁶: il giudice e le parti devono relazionarsi a valori etici e deontologici¹⁷, tanto più viste le prospettive. Se il giudice, in certe circostanze e secondo determinate formalità, può essere ricusato dalla parte o astenersi egli stesso, alla parte -indifferentemente che agisca o resista in giudizio- non è assolutamente dato scegliere l'avversario.

In questo contesto la garanzia della “riserva di legge” non può essere intesa né in modo troppo elastico, né troppo rigido: nel primo caso, infatti, considerare “giusto” un processo solo perché regolato dalla legge significherebbe svalutare il dettato costituzionale e accogliere una concezione formalistica e superficiale; nel secondo caso, invece, esigere una disciplina legislativa puntuale ed esaustiva potrebbe far “regredire” il ruolo del giudice e pregiudicare la realizzazione di un’effettiva uguaglianza delle parti nei singoli casi concreti.

Per questo motivo la dottrina¹⁸ e la giurisprudenza¹⁹ interpretano la clausola nel senso che è sicuramente “giusto” quel processo che rispetta le condizioni minime inderogabili dell’art.111² Cost. (contraddittorio in condizioni di parità, giudice terzo ed imparziale, ragionevole durata del processo), fermo restando che non è necessariamente incostituzionale quel processo che “trovi invece nella legge una disciplina scarna e sintetica, all’insegna della celerità, della deformalizzazione e della semplificazione del rito, affidando ai poteri discrezionali di direzione processuale ed ai poteri d’iniziativa d’ufficio, di cui sia munito il giudice, la elastica determinazione delle forme, dei tempi e dei termini in cui gli atti del processo vanno compiuti, a seconda delle variabili caratteristiche delle situazioni processuali configurate²⁰”.

Di conseguenza, pur rimanendo valido il diritto inviolabile di difesa in ogni stato e grado del procedimento posto all’art. 24² Cost., non si può dedurre automaticamente l’incostituzionalità dei procedimenti a contraddittorio differito²¹, ma nell’ottica costituzionale si tratta di verificare quanto il differimento “pesi” sulla possibilità di difendersi o incida negativamente sulla sfera personale e patrimoniale dell’interessato. Per cui, se in linea di principio è possibile posticipare il contraddittorio da una fase sommaria ad altra fase di cognizione nell’ambito dello stesso grado di giudizio, è assolutamente incostituzionale

¹⁴ COMOGLIO, *Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.* 2002, p.718-721.

¹⁵ COMOGLIO, *op. cit.*, p.751.

¹⁶ TROCKER, *Processo civile e costituzione* in *Studi di diritto comparato* a cura di MAURO CAPPELLETTI, 1974, p.390.

¹⁷ Sul rapporto tra l’art.88 c.p.c. ed il “dovere di verità” posto all’art 14 del Codice deontologico forense, COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in *Nuova giur. Civ.* 1998, II, pp. 128 e ss.

¹⁸ Il panorama dottrinale sul punto è molto ampio, per tutti confronta COMOGLIO, *Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, n. 3 p.741 ss., M. BOVE, *Art.111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, n. 2, p.495 ss., M. CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, p.612 ss.

¹⁹ Cfr., Corte cost. 31 maggio 1996, n. 175 in cui si legge che “l’effettività del diritto di difesa non comporta che il suo esercizio debba essere disciplinato in modo identico in ogni tipo di procedimento o in ogni fase processuale, essendo legittima espressione della discrezionalità legislativa la modulabilità delle forme e dei contenuti del diritto in parola in relazione alle caratteristiche delle varie fasi e dei singoli procedimenti”.

²⁰ Così si esprime COMOGLIO, *op. cit.*, p.746.

²¹ Vedi tra le tante, Corte cost.,13 aprile 1995, n.119, 8 maggio 1996, n.148 e 1 ottobre 1997, n.306, rispettivamente in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 947; 1996, p. 1437 e 1997, p. 2875. Cfr sul punto COMOGLIO, in *Commentario della costituzione* a cura di G. BRANCA, pp.67-76.

chiudere quel grado di giudizio *inaudita altera parte et sine causae cognitione*, differendo al grado di impugnazione l'esercizio del diritto di difesa. In questa prospettiva, anche la clausola della ragionevole durata del processo, seppure rappresenti un forte monito per una migliore amministrazione della giustizia, perde molto della sua carica innovativa del sistema²² e ritorna, per così dire, nell'alveo della tradizione: se è doveroso e ragionevole evitare che le parti abusino del diritto tenendo comportamenti ostruzionistici e defatigatori che impediscano la immediata realizzazione dell'interesse giuridico, altrettanto doveroso e ragionevole è contemperare queste esigenze con la garanzia del contraddittorio tra le parti in condizioni di parità per evitare una giustizia frettolosa e sommaria.

A questo punto, ci si deve porre un interrogativo di fondo: tutta questa costruzione del "giusto processo", è realmente prospettabile? Personalmente propendo per la negativa, ma non tanto per motivi giuridici, quanto per ragioni pratiche. Molti istituti giuridici, infatti, sono stati creati e altri se ne potranno creare a garanzia della "giustizia" del processo e della sentenza, e, se in astratto potrà parlarsi di un sistema sicuramente giusto, è nel concreto che non sarà mai automaticamente giusto²³: si pensi soltanto ai condizionamenti esterni che formano la personalità degli individui e, quindi, anche dei giudici, ineliminabili anche in quelle aule di Tribunale dove si predica l'uguaglianza di tutti di fronte alla Legge e la sottoposizione dei giudici alla Legge. E tra tutte le giurisdizioni, quella amministrativa solleva tradizionalmente più dubbi, forse per il rapporto di funzionalità che lega il giudice amministrativo alla cura dell'interesse pubblico.

2. I PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO INTERNAZIONALE.

Il significato del principio del contraddittorio, quale momento essenziale nella realizzazione di un "giusto processo" rappresenta (o dovrebbe rappresentare) un dato ormai acquisito in tutti quegli ordinamenti giuridici che pretendono di fondarsi sul *ad stato* di diritto²⁴. Molte delle conquiste di civiltà giuridica che oggi crediamo essere nell'ordine "naturale"²⁵ delle cose, infatti, costituiscono il portato di tutta una tradizione liberal-democratica²⁶ fatta di conflitti e di proclamazioni²⁷.

Nel dicembre del 1948 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approvò, sotto forma di risoluzione, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo con l'intento di assicurare ai popoli un futuro di pace e di giustizia. Tra i diritti contemplati, quello che direttamente ci riguarda è l'art. 10: "Ogni persona ha diritto, in condizioni di piena uguaglianza, ad essere ascoltata pubblicamente e con giustizia da un tribunale indipendente e imparziale", ulteriormente specificato dall'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: "Tutti sono uguali dinanzi ai tribunali

²² Cfr., sul punto le considerazioni di M. CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 610.

²³ Vedi per più ampie considerazioni sul punto E. PICOZZA, "Processo amministrativo e diritto comunitario", Padova, Cedam, 2003, pp.33-34, dove si legge in particolare: "Si suppone nell'onda del positivismo giuridico e della fiducia sulla professionalità del magistrato che attraverso la triplice garanzia del presupposto processuale riguardante l'indipendenza e l'imparzialità del giudice; della regola fondamentale del contraddittorio (riconosciuta esplicitamente anche dall'articolo 24 della Costituzione Italiana); ed infine attraverso la ragionevole rapidità del processo (seguendo quelle dottrine che iscrivono la rapidità negli elementi non solo della certezza dei rapporti giuridici, ma anche nella loro giustizia), quasi automaticamente il processo metta capo alla sentenza giusta. Che si tratti di un'illusione lo dimostra l'esperienza professionale di qualsiasi avvocato privo di pregiudizi"; IDEM, *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, p.10 ss.

²⁴ Cfr., i commenti di V. CRISAFULLI e L. PALADIN, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, p. 170 ss.

²⁵ Vedi sull'argomento le considerazioni di M. CECCHETTI, alla voce "Giusto processo" in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 595 ss.

²⁶ Cfr., A. D'ATENA, "Lezioni di diritto costituzionale", Giappichelli, Torino, 2001, p. 27 ss.

²⁷ Vedi a questo proposito P. F. GROSSI, "I diritti di libertà ad uso di lezioni", I, 1, II ed. Giappichelli, Torino, 1991, pp. 41-48.

e alle corti di giustizia. Ogni persona ha diritto di farsi ascoltare, in corretto e pubblico giudizio, da un giudice competente, indipendente e imparziale, costituito per legge”.

Accanto a queste proclamazioni si collocano poi altri atti di diritto internazionale corredati di un “meccanismo autonomo di tutela, azionabile dai singoli o dai gruppi”, che fa “capo ad istituzioni di garanzia di livello sopranazionale”²⁸: la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, infatti, è stata istituita per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle parti contraenti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e dai suoi protocolli.

La complessità del sistema di protezione dei diritti è tale che gli Stati contraenti sono chiamati ad un triplice intervento, legislativo, amministrativo, giurisdizionale, al fine di rispettare gli impegni assunti. Del resto, non potrebbe essere diversamente, visto che tutto il sistema convenzionale è ispirato al principio di sussidiarietà: né la Corte potrebbe essere una “quarta istanza”, né gli Stati potrebbero esimersi da quelle responsabilità che gli derivano direttamente dalla legittimazione democratica²⁹. Anzi, le parti contraenti devono rispondere delle violazioni alla Convenzione anche nei casi in cui essi eseguono un obbligo internazionale o comunitario e persino quando l’incompatibilità deriva da un regolamento comunitario, da una direttiva self executing, da una sentenza straniera esecutiva, non potendosi trincerare dietro assunzioni di obblighi o trasferimenti di competenze³⁰.

Prima di iniziare un discorso sul principio del contraddittorio e sul modello di equo processo proposto dalla Corte, è opportuno considerare il processo di fronte alla Corte³¹.

Il sistema originario prevedeva che gli Stati membri potessero promuovere un ricorso per il solo fatto di aver aderito alla Convenzione, mentre i singoli individui, le organizzazioni non governative e i gruppi di privati, potevano agire per la tutela dei propri diritti subordinatamente all’accettazione da parte dello Stato di appartenenza; ugualmente condizionata all’accettazione dello Stato era la competenza della Corte, vero organo giurisdizionale, in alternativa della quale era prevista la competenza del Comitato dei ministri: un organo politico che non offriva garanzie di imparzialità ed indipendenza e il cui procedimento era dominato dalla segretezza.

Tuttavia, l’esigenza di un riconoscimento dei diritti processuali dei privati fu avvertita dalla Corte e dalla Commissione, che, a livello di prassi, garantirono le seguenti opportunità difensive:

- le osservazioni presentate dal privato alla Commissione venivano trasmesse alla Corte;
- la Commissione poteva farsi assistere dal rappresentante del ricorrente o dal ricorrente stesso davanti alla Corte;
- il ricorrente poteva intervenire direttamente al processo; essere destinatario di tutti gli atti processuali; essere consultato in merito all’opportunità dell’adozione di provvedimenti istruttori; prendere la parola in udienza, rispondere, interpellare.

Con il Protocollo n. 11 viene decisamente riequilibrata la posizione processuale delle parti private e di quelle istituzionali nel momento di instaurazione del giudizio: i ricorsi individuali delle persone fisiche, delle organizzazioni non governative, dei gruppi di privati, possono essere proposti davanti alla Corte senza il tramite statale (art. 34). Differenze permangono solo nella fase preliminare davanti al Comitato, che sindacava la ricevibilità dei soli ricorsi privati, e

²⁸ Cfr., P. CARETTI, *I diritti fondamentali (Libertà e diritti sociali)*, Torino, Giappichelli, pp. 439- 442.

²⁹ Vedi L. WILDHABER, *La tutela dei diritti dell’uomo da parte della Corte europea e dei tribunali nazionali*, in, *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 2000-2, p. 416-417.

³⁰ Vedi meglio per una ricostruzione dei rapporti tra ordinamenti giuridici nazionali, internazionale e comunitario, B. CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in, *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 2000-2, pp. 429 ss.

³¹ Vedi per ampi riferimenti, D. E. TOSI, *Il protocollo n.11 alla convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali: la tutela dei diritti fondamentali davanti alla nuova Corte europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001-1, *passim*.

circa l'istanza di fissazione di un'udienza di discussione, che deve essere obbligatoriamente concessa solo agli Stati.

Per il resto, la procedura è ispirata al principio di parità delle parti:

- la Corte procede all'esame della questione in contraddittorio con i rappresentanti delle parti e, se del caso, ad un'inchiesta per la quale tutti gli Stati interessati forniranno tutte le facilitazioni necessarie ai fini della sua efficace conduzione;
- la Camera procede d'intesa con le parti in causa e stabilisce i termini per il deposito delle osservazioni scritte, fissa le eventuali udienze e il relativo procedimento orale;
- le udienze sono pubbliche e gli atti processuali accessibili al pubblico (eccetto le legittime limitazioni).

Tra tutti i diritti riconosciuti dalla Convenzione, quello che direttamente riguarda il principio del contraddittorio è il diritto ad un processo equo, codificato all'art. 6¹: “*Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta*”.

Per la precisione, il contenuto del principio del contraddittorio è reso in modo più esplicito al III comma del medesimo articolo, che però riguarda specificamente il processo penale:

- diritto di essere informato nel più breve tempo possibile, in una lingua comprensibile e in modo dettagliato;
- diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la difesa;
- diritto di difendersi personalmente o a mezzo di rappresentante tecnico e, se non si è abbienti, diritto al gratuito patrocinio;
- diritto di farsi assistere da un interprete in giudizio.

Ora, il fatto che queste garanzie processuali non siano esplicitamente contenute anche nel primo comma, che riguarda il processo in genere, non significa che non siano importanti nel processo civile o amministrativo³²: specialmente in cause in cui siano parti un privato e un ente pubblico è fondamentale realizzare un contraddittorio effettivamente paritario.

Nella sentenza resa nel caso *Morel*³³, la Corte ricorda che il diritto ad un procedimento contraddittorio “implica, in linea di principio, la facoltà per le parti di un processo, penale o civile, di avere cognizione di ogni documento o osservazione presentata al giudice, anche da parte di un magistrato indipendente, in vista di influenzare la sua sentenza e di dibatterla” (sentenza *Lobo Machado c. Portogallo* del 20 febbraio 1996, *Recueil* 1996-I, p. 206-207, par.31). Inoltre, “il principio della parità delle armi – elemento della più ampia nozione di equo processo – esige che a ciascuna parte sia data l'opportunità di svolgere le proprie ragioni e difese in condizioni che non la pongano in una situazione di sostanziale svantaggio rispetto alla controparte” (sentenza *Niderost- Huber c. Svizzera* del 18 febbraio 1997, *Recueil* 1997-I, p. 107, par. 23).

A proposito del diritto di prova, nella sentenza resa nel caso *Dombo Bebeer c. Paesi Bassi*³⁴, la Corte ha stabilito che, salvo il potere discrezionale del giudice, non può essere dichiarata inammissibile l'unica prova disponibile per sostenere le ragioni difensive dell'una o dell'altra parte, eventualmente anche in deroga alla normativa interna sulle prove³⁵. In questa linea, anche la segnalazione di lacune istruttorie deve avvenire in contraddittorio con entrambe le

³² L'art. 6 è dunque applicabile ai processi civili *latu sensu*, anche se si tratta dell'impugnazione di un atto amministrativo: sentenze *Zimmermann e Steiner c. Svizzera* del 13 luglio 1983, *Zanatta c. Francia* del 28-3-2000, *Malbous c. Repubblica Ceca* del 12 luglio 2001, in materia di espropriazioni. Il giudice, poi, deve poter valutare l'atto amministrativo: sentenza *Sidiropoulis c. Grecia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, 880.

³³ Sentenza 6 giugno 2000, *Morel c. Francia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000-3, p.944 ss.

³⁴ Sentenza del 27-10-1993, in *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 1, 153.

³⁵ Vedi sul punto le considerazioni di G. TARZIA, “L'art.111 Cost. e le garanzie europee del giusto processo civile”, in *Rivista di diritto processuale*, 2001-1, p. 10.

parti. In determinati casi, poi, è lo stesso giudice europeo che non si ritiene vincolato alla valutazione dei fatti operata dalle autorità nazionali.

Sempre in occasione del caso *Morel*, la Corte ha avuto modo di rilevare l'importanza di un'altra garanzia processuale ai fini dell'effettività del contraddittorio: il diritto ad un tribunale imparziale. La Corte ricorda che l'imparzialità, ai sensi dell'art. 6¹ deve essere valutata secondo un duplice approccio: il primo consiste nel tentare di accertare la convinzione personale di un determinato giudice in una determinata occasione; il secondo conduce a verificare che egli offra garanzie sufficienti per escludere al riguardo ogni legittimo dubbio³⁶. Di conseguenza, la mera circostanza, per un giudice, di aver già adottato delle decisioni prima del processo non può, di per sé, suscitare dubbi, mentre, al contrario, si deve parlare di imparzialità se il giudice può partecipare a due fasi di giudizio sulla stessa controversia³⁷.

Ancora su questo tema, la Corte ha scelto di tutelare l'imparzialità del giudice agendo su due fronti: da un lato valutando la legittimità delle critiche rivolte ai giudici, dall'altro sindacando l'opportunità delle dichiarazioni rese dai giudici al pubblico³⁸. Sotto il primo profilo, si ricordano le sentenze *Barfod c. Danimarca*³⁹, *Prager e Oberschlick c. Austria*⁴⁰ e *De Haes e Gijssels c. Belgio*⁴¹, dalle quali emerge il timore che critiche infondate possano minare la fiducia del pubblico nell'amministrazione della giustizia ed indurre i soggetti interessati a ricercare, piuttosto, un contraddittorio "a mezzo stampa". Sotto il secondo profilo, invece, i giudici dovrebbero astenersi da comportamenti equivoci (da cui si possa trarre anche solo l'impressione di un'apparente parzialità) o comunque dal ricercare una sorta di "legittimazione popolare", per la stessa ragione per cui è previsto che si acceda alle cariche per concorso e non mediante elezioni.

Sempre in tema di rispetto del principio del contraddittorio è interessante considerare la sentenza resa nel caso *Pellegrini c. Italia*⁴², vista l'ampiezza con cui la Corte affronta il problema dei diritti della difesa⁴³. Nel caso concreto si tratta della violazione alla Convenzione commessa dall'Italia nell'esecuzione di una sentenza del giudice canonico che dichiarava la nullità di un matrimonio concordatario, ma, in generale, la Corte prevede che, "ai fini del riconoscimento in Italia di una sentenza resa in uno Stato non contraente della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il giudice italiano deve verificare che in quel processo sia stato assicurato il rispetto del principio del contraddittorio, che costituisce uno degli elementi del processo equo così come sancito dall'art. 6 par. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In particolare, "la Corte afferma che la possibilità per le parti di un processo di conoscere e discutere i documenti e le osservazioni presentate dalla controparte ai giudici, costituisce un aspetto fondamentale del diritto al contraddittorio, senza il quale non vi è equo processo"⁴⁴.

Ma la Corte va ancora oltre, precisando che la nozione di "equo processo" di cui all'art. 6 Cedu, va ricostruita in base a quei parametri che risultano dalla sua stessa giurisprudenza, non

³⁶ Vedi per esempio, la sentenza *Gautrin e altri c. Francia* del 20 maggio 1998, *Recueil*, 1998-III, p. 1030-1031, par. 58.

³⁷ Sentenza 28 agosto 1997, *De Hoan c. Paesi Bassi*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, 167.

³⁸ Vedi per ampi riferimenti, E. GIARDINI, "Le critiche al potere giudiziario e la libertà d'espressione del giudice secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo", in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2002-3, p. 490 ss.

³⁹ Sentenza del 22 febbraio 1989, Serie A n. 149.

⁴⁰ Sentenza del 26 aprile 1995, Serie A n. 313.

⁴¹ Sentenza del 24 febbraio 1997, *Recueil*, 1997-I.

⁴² Sentenza del 20 luglio 2001, sul ricorso n. 30882/96, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002-1, p. 254 ss.

⁴³ Già in passato, ma più discretamente, la Corte aveva espresso il medesimo punto di vista. Si ricordano le sentenze rese nei casi *Lobo Machado c. Portogallo*, del 20-2-1996; *Vermeulen c. Belgio*, della stessa data; *Mantovanelli c. Francia*, del 18-3-1997; *Ruiz-Mateos c. Svezia*, del 23-6-1993; *Niderost-Huber c. Svizzera*, del 18-2-1997.

⁴⁴ Cfr. per ampi riferimenti, P. PIRRONE, "Il caso *pellegrini* dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: efficacia in Italia di sentenze ecclesiastiche ed equo processo", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001-4, p. 2063 ss.

rilevando il fatto che le norme sostanziali o procedurali straniere siano compatibili con gli *standards* italiani, anzi, a maggior ragione, anche questi ultimi devono essere adeguati.

In quest'ottica, la Cedu è veramente strumento per "massimizzare" il sistema di protezione dei diritti, soprattutto in quei casi in cui i principi (es. l'uguaglianza delle parti) abbiano un contenuto elastico ed indeterminato⁴⁵: elastico per il variare delle nozioni nello spazio e nel tempo; indeterminato perché non si possono individuare *a priori* i casi di violazioni. Né, tra l'altro, la Corte europea può sindacare in astratto la conformità della legislazione nazionale a quella europea, dovendo invece decidere nei singoli casi concreti: il che non significa necessariamente concretezza della violazione. Infatti, mentre i ricorsi individuali presuppongono una lesione effettiva dei diritti processuali garantiti dalla Convenzione, i ricorsi statali, secondo parte della dottrina⁴⁶, ne prescindono. Per cui uno Stato, può ben ricorrere contro un altro Stato membro della Convenzione, anche se solo in astratto una norma giuridica non è conforme alla Convenzione.

Conclude il quadro di tutela l'art. 13 Cedu, che dispone: "*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad una istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali?*".

Da queste disposizioni si evincono importanti conclusioni. Innanzi tutto le persone vittime di una violazione dell'art.6 devono poter contare sulla possibilità di un ricorso interno effettivo; esaurite le vie di ricorso interne, tali soggetti possono comunque rivolgersi alla Corte europea. In secondo luogo, la Corte può reprimere la violazione da qualsiasi fonte sia stata causata: più spesso si tratterà di norme giuridiche interne incompatibili con la Convenzione; in altri casi si tratterà addirittura della mancanza di norme interne di adeguamento del sistema nazionale a quello europeo. Ma, cosa più importante, gli individui sono tutelati contro le disfunzioni amministrative *lato sensu*, quindi anche contro le violazioni procedurali commesse dai giudici nell'amministrazione della giustizia.

3. I PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO COMUNITARIO.

3.1. PROFILI GENERALI.

Il Trattato di Maastricht⁴⁷, così come modificato dal Trattato di Amsterdam⁴⁸, dispone all'art. 6¹⁻² che "*L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto di diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario*".

Si tratta, all'evidenza, di disposizioni di fondamentale importanza in quanto registrano il passaggio della C.E. dallo status di Comunità economica a quello di Comunità di diritto: in quest'ottica il rispetto dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali non rappresenta più un limite, quanto invece il fondamento dell'Unione, tant'è vero che l'art. 1² dello stesso Trattato dispone: "*Il presente Trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini?*".

In questo nuovo contesto il richiamo ai principi di libertà, di democrazia e dello stato di diritto, quali risultano dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, è essenziale per

⁴⁵ Cfr., E. VIITA, "Processo civile e diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto e procedura civile*, 1977, pp.572-573.

⁴⁶ Cfr., al riguardo E. VIITA, "Processo civile e diritti dell'uomo", in *Rivista di diritto e procedura civile*, 1977, pp.582-584.

⁴⁷ Trattato sull'Unione Europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992.

⁴⁸ Trattato che modifica il Trattato sull'Unione Europea, i Trattati che istituiscono le Comunità Europee e alcuni atti connessi, firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997.

costruire uno stato di diritto comunitario⁴⁹, soprattutto se si considera l'art. 49 TUE, a norma del quale il rispetto di tali principi è condizione indeclinabile per l'adesione all'Unione da parte di un nuovo Stato.

Come del resto emerge dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'obiettivo principale della C.E. non è tanto quello di costituirsi come comunità statale sovrana, quanto piuttosto realizzare un legame di cittadinanza europea, basato sulla condivisione di principi e valori comuni: *la legalità dell'azione amministrativa, la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento, l'uguaglianza, la proporzionalità, l'obbligo di motivazione degli atti giuridici, l'effettività dei ricorsi giurisdizionali e del diritto al giudice, il rispetto del contraddittorio e dei diritti della difesa*. Detti principi, già trasfusi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza, 2001), sono ora richiamati dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, presentato e sottoscritto a Roma il 30-31 ottobre 2004, poi seguito dal Trattato di Lisbona del 2005, cd Trattato di riforma.

Occorre rilevare, peraltro, che con le recenti innovazioni apportate alla legge generale sul procedimento amministrativo da parte delle leggi n. 15 e 80/2005, il richiamo ai principi comunitari (art. 1, comma 1, legge n. 241/1990) è destinato ad estendersi anche alle materie non interessate da disposizioni specifiche di derivazione europea.

Completa l'*acquis* comunitario la Convenzione dei diritti dell'uomo, la quale costituisce "parametro vincolante per l'U.E. e per la C.E." e "fonte di riferimento diretto del giudice comunitario"⁵⁰ (nonostante la CE non abbia la competenza in base al Trattato istitutivo per aderirvi formalmente), in quanto i diritti fondamentali che riconosce, risultano da quelle tradizioni costituzionali degli Stati membri da cui si traggono i principi generali del diritto comunitario.

3.2. PROFILI PROCEDIMENTALI.

Il principio del contraddittorio e, più in generale, del rispetto di diritti della difesa, è stato affermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee per la prima volta nella sentenza resa nel caso *Alvis*⁵¹ relativamente ad un procedimento disciplinare nei confronti di un dipendente della Comunità. È stato poi ribadito, sempre in riferimento alla materia del pubblico impiego, nelle sentenze *Pisto*⁵², *Degref*⁵³, *van Eick*⁵⁴. Nella recentissima sentenza relativa al caso *Patrick Reynolds c. Parlamento europeo*⁵⁵ il Tribunale di primo grado delle Comunità europee ha anzi affermato che, persino in "mancanza di una disposizione esplicita nello Statuto (del personale) che preveda una consultazione del dipendente comandato nell'interesse del servizio anteriormente all'adozione di una decisione che ponga fine al comando prima dello scadere del termine inizialmente previsto", non possa escludersi "un tale obbligo a carico dell'autorità che ha il potere di nomina" (par. 3)⁵⁶. Proseguendo, il Tribunale rileva che il successivo procedimento di reclamo previsto dallo Statuto non è sufficiente a ripristinare l'effettività del diritto di difesa, soprattutto nei casi in cui l'atto adottato arrechi al destinatario

⁴⁹ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., p. 19 ss.

⁵⁰ Vedi più diffusamente F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Cedam, 2001, pp.15 ss. Vedi anche le sentenze 18 giugno 1991, causa C-260/89, Ert, in *Raccolta*, p.I-2925; e 29 maggio 1997, causa C-299/95, Kremzow, *ibidem*, p. I-2629, dove la CG ha affermato che la Cedu riveste "un significato particolare".

⁵¹ Causa 32/62, in *Raccolta*, 1963, p. 49 ss.

⁵² Causa 26/63, *ibidem*, 1964, p. 341 ss.

⁵³ Causa 80/63, *ibidem*, 1964, p. 391 ss.

⁵⁴ Causa 35/67, *ibidem*, 1968, p. 329 ss.

⁵⁵ Causa T-237/00, *ibidem*, 2002- 1, p. 163 ss.

⁵⁶ Per un utile confronto vedi anche: sentenze della Corte 30 giugno 1971, causa 19/70, Almini/Commissione, *ibidem*, p. 623, par. 1; e del Tribunale 14 maggio 1996, causa T-82/95, Gomez de Enterría / parlamento, *ibidem*, PI pp. I-A-211 e II-599, punto 27.

un pregiudizio; e che “solo in circostanze particolari in cui si riveli in pratica impossibile o incompatibile con l’interesse del servizio procedere ad una previa consultazione dell’interessato prima dell’adozione della decisione impugnata, i requisiti imposti dal principio del rispetto dei diritti della difesa possono essere soddisfatti da un’audizione immediatamente dopo l’adozione della decisione impugnata”.

In seguito, la Corte ha esteso l’applicabilità del principio a procedimenti diversi da quelli appena considerati, e tale è stata l’elaborazione giurisprudenziale che oggi si parla del contraddittorio come di un principio generale del diritto comunitario e, anzi, dell’azione amministrativa. Nelle sentenze rese nei casi *Transocean Marine Paint Association*⁵⁷ e *Hoffmann-La Roche*⁵⁸, il diritto di essere ascoltati in ogni procedimento che possa comportare delle sanzioni è stato definito principio fondamentale del diritto comunitario. Più di recente, invece, ad essere stato esteso è il campo di applicazione del diritto: in materia di concorrenza, nel caso *Chemiefarma*⁵⁹, la Corte ha affermato che “il diritto alla difesa è garantito allorché ciascuna delle persone interessate ha avuto la possibilità di presentare le sue osservazioni scritte e orali sugli addebiti mossi dalla Commissione nei suoi confronti” (par. 56-58); mentre nelle sentenze rese nei casi *Orkem* ed *Hoechst*⁶⁰ la Corte ha sottolineato che, proprio in vista del rispetto del contraddittorio nel procedimento, è altresì necessario “evitare che tali diritti possano essere irrimediabilmente compromessi nel corso di procedure di inchiesta preliminari che possono avere un carattere determinante per stabilire delle prove relative al carattere illecito dei comportamenti delle imprese” (par. 15).

A questo proposito è interessante notare come le riflessioni sul tema si siano incentrate specialmente nell’ambito dei procedimenti comunitari antitrust.

Dai regolamenti 17/62 e 4064/89 emerge, infatti, che la regolare instaurazione del contraddittorio è garantita nel corso di procedimenti che culminano con una decisione (o un’eventuale sanzione) *definitiva*, mentre “non sono soggette a contraddittorio le decisioni complementari rispetto alle prime (le quali, parimenti, possono portare all’irrogazione di una sanzione), in quanto mirano esclusivamente a disporre accertamenti istruttori”⁶¹. Dalla mancata instaurazione del principio non si deve però desumere che non esistano limiti alle modalità di reperimento delle prove, tant’è vero che nella sentenza resa nel caso *Société Générale/Commissione Ce*⁶² il Tribunale ha ribadito importanti principi:

- La Commissione Ce, nell’ambito di una richiesta di informazioni (in via interpretativa, anche la comunicazione di documenti) disposta ai sensi dell’art. 11 reg. 17/62, deve indicare le assunte violazioni che giustificano lo svolgimento dell’inchiesta nella quale si iscrive la richiesta, al fine di consentire ai soggetti destinatari della stessa sia di individuare i limiti dei doveri di collaborazione, sia di esercitare il diritto di difesa.
- La stessa, pur non dovendo comunicare al destinatario tutte le informazioni di cui è in possesso né procedere ad una rigorosa qualificazione giuridica delle medesime, è soggetta all’obbligo di motivazione, che si estrinseca nel chiarire precisamente gli indizi che intende verificare.
- La stessa non può imporre alle imprese di fornire risposte da cui si possa derivare il compimento dell’infrazione.

⁵⁷ Causa 17/74, *ibidem*, 1974, p. 1063 ss. Il caso *Transocean Marine Paint Association*, tra l’altro, è interessante sotto altro profilo. È notevole l’influenza del diritto inglese sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia nello sviluppo del principio del “right to be heard” e, da qui, sul diritto amministrativo degli Stati membri.

⁵⁸ Causa 85/76, *ibidem*, 1979, p.461 ss.

⁵⁹ Causa 41/69, *ibidem*, 1970, p. 661 ss.

⁶⁰ Causa 374/87, *ibidem*, 1989, p.3283 ss. Cause riunite 46/87 e 227/88, *ibidem*, 1989, p. 2859 ss.

⁶¹ Così G. CONTALDI, *Diritti della difesa nella fase precontenziosa dei procedimenti comunitari antitrust* in *Rivista di diritto internazionale* 4/ 1994, p.955.

⁶² Causa T-34/93, in *Il Foro Italiano*, 4/1995, pp.194-195.

Inoltre, se alcuni diritti della difesa riguardano esclusivamente i procedimenti in contraddittorio che seguono ad una comunicazione di addebiti, altri diritti, come quelli all'assistenza legale e alla segretezza della corrispondenza fra avvocato e cliente, devono essere rispettati già nella fase preparatoria⁶³.

È poi fondamentale, nei casi in cui le Istituzioni comunitarie dispongano di un potere discrezionale⁶⁴, assicurare il rispetto di determinate garanzie procedurali:

- l'obbligo per l'istituzione competente di esaminare, con cura ed imparzialità, tutti gli elementi rilevanti per il caso di specie;
- il diritto dell'interessato di accedere al fascicolo che lo riguarda;
- il diritto dell'interessato di far conoscere il proprio punto di vista;
- il diritto di veder motivata la decisione in modo sufficiente.

In particolare, sussiste un forte legame tra l'obbligo di motivazione⁶⁵ e il diritto al contraddittorio, in quanto il primo è strumentale all'esercizio del diritto di azione e di difesa e al controllo giurisdizionale della legalità e correttezza del procedimento, tanto che una modifica apportata alla motivazione di una decisione, che non sia puramente grammaticale, inficia la validità dell'intera decisione. Del resto anche la certezza del diritto esige che ogni atto dell'amministrazione che produca effetti giuridici sia chiaro, preciso e portato a conoscenza dell'interessato, soprattutto in vista dell'esperimento dei mezzi di impugnazione.

Sempre nell'ambito dei procedimenti antitrust è interessante notare a quali diverse soluzioni si possa approdare a seconda della giurisprudenza applicata: a tutt'oggi, infatti, il sistema di giustizia assicurato dalla Corte comunitaria rimane separato da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'art 6¹ Cedu, intitolato "*Diritto ad un processo equo*", dispone che "*Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta*".

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto applicabile l'articolo in questione non solo ai processi civile, amministrativo e penale, ma –importantissimo– anche alle procedure contenziose o semi-contenziose con l'unico limite di quei casi in cui l'amministrazione eserciti potestà d'imperio⁶⁶. L'estensione è stata resa possibile mediante un'interpretazione *lata* delle espressioni "diritti e doveri di carattere civile" e "accusa penale", comprendendo nella prima i rapporti tra privati e P.A., nella seconda i procedimenti disciplinari, sanzionatori o comunque affittivi. In conclusione, a prescindere dalla natura dell'organo procedente, i principi di giustizia ed equità caratterizzano tanto il processo tanto il procedimento, e quindi ugualmente applicabili dovrebbero essere i seguenti principi: indipendenza ed imparzialità dell'organo decidente; sua sottoposizione alla legge; obbligo di assicurare il contraddittorio; pubblicità della procedura; diritto delle parti di farsi assistere da un difensore; obbligo dell'autorità di decidere entro un termine ragionevole.

"Il passaggio dal diritto processuale amministrativo al diritto amministrativo sostanziale non è di poco conto. Esso comporta un'interferenza delle garanzie non statali sopranazionali

⁶³ Cfr., CGCE, 21 settembre 1989, *Hoechst/Comm.*, c.riunite 46/87 e 227/88, in *Raccolta*, 1989, 2859; 17 ottobre 1989, *Dow Benelux/Comm.*, c. 85/87, *ibidem*, 1989, 3137; 17 ottobre 1989, *Dow Chemical Iberica e a./Comm.*, c. riunite da 97 a 99/87, *ibidem*, 1989, 3165.

⁶⁴ Vedi più diffusamente sul punto E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 26-28; M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, pp.311-327; ancora CHITI, *Casi e materiali di diritto pubblico comunitario*, Torino, Giappichelli, pp.433-446; CGCE, 21 novembre 1991, causa C-269/90, in *Raccolta*, 1991, I-5469.

⁶⁵ L'obbligo di motivazione (...) costituisce (...) un principio fondamentale del diritto comunitario, al quale si può derogare solo in forza di ragioni imperative: TPG, 20 marzo 1991, causa T-1/90, in *Raccolta*, 1991, II-143.

⁶⁶ Sul punto vedi diffusamente S. CASSESE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001-1, *passim*.

nei rapporti più gelosamente custoditi dagli Stati nazionali, quelli tra l'esecutivo e i cittadini di ogni singolo Stato"⁶⁷.

Questa interpretazione dell'art.6 Cedu, davvero garantistica, non è stata però accolta con favore dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia: nelle sentenze rese nei casi *Van Landenyeck*⁶⁸ e *Musique Diffusion*⁶⁹, il procedimento per la repressione delle violazioni alle norme sulla concorrenza è stato ritenuto procedimento amministrativo e non giurisdizionale, sull'assunto che la Commissione, unico organo inquirente e decidente, non può essere assimilata ad un giudice.

In realtà, militerebbero nel senso opposto diverse ragioni⁷⁰:

- il secondo comma dell'art. 6 TUE dispone che l'unione rispetta i diritti fondamentali garantiti dalla Cedu, quindi dovrebbe essere tenuta in considerazione anche l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, in special modo quella relativa all'art. 6, garanzia sostanziale, procedimentale e processuale degli individui di fronte alla P.A.
- i procedimenti antitrust presentano una struttura comunque assimilabile a quella processuale: il rispetto del contraddittorio e dei diritti della difesa, il controllo giurisdizionale delle decisioni della Commissione in materia di assunzione di prove, l'imparzialità dell'organo decidente qualunque ne sia la natura giuridica.
- La possibilità di considerare i provvedimenti restrittivi o limitativi adottati come vere e proprie sanzioni afflittive.

Per completare il discorso sul principio del contraddittorio è infine opportuno considerare la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea⁷¹, dapprima inserita come seconda parte della Costituzione Europea, in seguito meramente richiamata dal Trattato di Lisbona (cd Trattato di riforma), richiamo comunque sufficiente a rendere la Carta giuridicamente vincolante.

L'art. 41 dispone, infatti, che ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo, ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione. Tale diritto comprende, in particolare, il diritto di ogni individuo di essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio; il diritto di ogni individuo di accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale; l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. Ogni individuo ha diritto al risarcimento da parte della comunità dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. Ogni individuo può rivolgersi alle istituzioni dell'Unione in una delle lingue del trattato e deve ricevere una risposta nella stessa lingua.

Sotto il primo profilo l'articolo sembra una vera e propria "costituzionalizzazione" di principi generali di diritto amministrativo, vigenti sia nell'ordinamento comunitario che negli ordinamenti degli Stati membri.

Il secondo profilo, invece, consiste nel fatto che il principio del contraddittorio si presenta come un nuovo modo di intendere i rapporti tra l'amministrazione e gli amministrati, il che si deduce dalla rubrica, *Diritto ad una buona amministrazione*, dall'inserimento nel Capo V dedicato alla *Cittadinanza* e dalla formula di cui al I comma, tradizionalmente riservata alla funzione giurisdizionale (cfr. art. 6 Cedu).

⁶⁷ Ancora S. CASSESE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, cit., p. 314.

⁶⁸ Cause riunite da 209 a 215 e 218/78, in *Raccolta*, 1982, p.3125 ss.

⁶⁹ Cause riunite da 100 103/80, *ibidem*, 1983, p. 1825.

⁷⁰ Vedi in proposito G. CONTALDI, *Diritti della difesa nella fase precontenziosa dei procedimenti comunitari antitrust*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4-1994, p.1001.

⁷¹ Proclamata solennemente da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione a Nizza il 7 dicembre 2000 e pubblicata in *GUCE C 364* del 18 dicembre 2000.

Nello spirito della Carta il rispetto del principio in questione è momento di verifica dell'effettività di quegli alti propositi che il Trattato sull'Unione Europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, aveva proclamato subito all'art. 1²: “*Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini?*”.

Il contraddittorio allora, da principio generale del diritto comunitario, diviene veramente principio informatore l'intera azione amministrativa, tanto a livello microscopico che macroscopico, esattamente come anticipava molti anni fa un illustre amministrativista italiano definendolo “indice rivelatore del grado di democraticità dello Stato”⁷². Anzi, il valore di questa definizione è tanto più amplificato se si considera la prospettiva politica: non uno Stato, ma una Unione Europea fondata su tradizioni costituzionali comuni.

Al centro del sistema è l'individuo, che esercita nei confronti dell'amministrazione il proprio diritto ad un “giusto procedimento” divenendone parte sostanziale⁷³ e, possiamo aggiungere, paritaria. Si pensi, in particolar modo, al settore degli appalti pubblici (v. direttive comunitarie 17 e 18/2004 e nuovo codice dei contratti pubblici), dove l'esigenza di giustizia è particolarmente sentita, forse anche per il fatto che entrano in gioco i diritti economici. Essenziali, in questo senso, alcuni principi⁷⁴:

- il principio di imparzialità e di terzietà nella valutazione degli interessi coinvolti nella procedura;
- il diritto di difesa delle imprese partecipanti, specialmente rispetto ai provvedimenti potenzialmente restrittivi dei diritti di partecipazione garantiti dal Trattato;
- il principio del contraddittorio scritto ed orale tra impresa partecipante ed amministrazione aggiudicatrice;
- l'obbligo dell'amministrazione di raccogliere e valutare il punto di vista dell'impresa ai fini della decisione finale;
- l'obbligo di motivazione di tutti gli atti della procedura di attribuzione del contratto dotati di autonomia funzionale;
- la possibilità per l'interessato di potersi opporre alle decisioni dell'amministrazione sia in via amministrativa che in via giurisdizionale.

Il cambiamento di rotta è veramente impressionante se solo si considera con quanta fatica l'individuo ha conquistato lo *status* di cittadino da suddito quale era, e quanto ancora occorrerà nella pratica per smantellare effettivamente la superiorità del pubblico potere⁷⁵: un cambiamento che in tutta la sua radicalità non può ancora dirsi realizzato nel nostro

⁷² Mi riferisco a G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p. 7.

⁷³ Vedi E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 27, dove si legge: “il diritto al contraddittorio procedimentale, non diversamente da quello processuale, rientra nel più generale diritto di azione e di difesa. Tuttavia nel procedimento amministrativo il principio del contraddittorio assume particolare rilevanza giuridica, perché consente all'interessato di acquisire e di esercitare pienamente, la qualità di “parte” nel procedimento”. Sul punto vedi anche GHETTI, *op. cit.*, pp. 25 e ss., dove si sottolinea la differenza profonda tra “parte” e “partecipante”. Cfr., anche A. SAGGIO, *Appunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'173, quarto comma del Trattato CE*, in, *Rivista di diritto europeo*, 1997-3, dove si sottolinea la partecipazione alla procedura di formazione dell'atto è un “segnale” (non certo, però una condizione dell'azione) utilizzato dalla giurisprudenza per dedurre la legittimazione dei singoli ad impugnare un atto generale. Si noti che l'articolo considerato è stato sostituito dall'art.230 Trattato CE.

⁷⁴ Cfr., soprattutto E. PICOZZA, “*Diritto amministrativo e diritto comunitario*”, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 254-255.

⁷⁵ Vedi il caso Pélégryn pubblicato in *Il corriere giuridico*, 2000, 304, in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso l'applicabilità dell'art. 6 Cedu perché il ricorrente non aveva un diritto di carattere civile, in quanto svolgeva funzioni che “comportavano grandi responsabilità nell'ambito delle finanze dello Stato” e che erano esercizio di una potestà d'imperio.

ordinamento nonostante gli importanti risultati raggiunti con la Legge n. 241 del 1990 e s.m.i.⁷⁶.

Infatti, mentre la Carta pone il contraddittorio orale come regola generale dell'azione amministrativa, nell'ordinamento interno la partecipazione in contraddittorio orale è soltanto l'eccezione che conferma la regola generale della partecipazione mediante deposito di memorie e documenti⁷⁷.

L'art. 41¹ della Carta fa poi riferimento all'equità del procedimento, valore che può essere inteso sia come mera "equità procedurale" (al privato è riconosciuta la possibilità di partecipare come contraddittore) che come "equità proporzionale" (l'intervento pubblico deve essere necessario, proporzionato allo scopo e comportare il minor sacrificio possibile per il privato).

In quest'ultimo senso interpreta la maggior parte della dottrina⁷⁸, sostenuta anche da elementi di ordine esegetico: l'art.41² chiarisce infatti la dinamica della partecipazione, costretta tra due grandi principi del diritto comunitario: contraddittorio e proporzionalità.

L'individuo ha diritto di essere ascoltato prima che venga adottato un provvedimento per lui pregiudizievole, ha diritto di accedere al fascicolo che lo riguarda, ha diritto a veder motivate le decisioni dell'amministrazione, ma queste decisioni sono pur sempre *proprie* dell'amministrazione. Apparentemente si potrebbe desumere che la Carta nulla abbia innovato, riproponendo il binomio interesse privato-interesse pubblico, laddove -nonostante il promesso contraddittorio- il secondo riesce sempre a prevalere sul primo se solo l'intervento non risulti sproporzionato o arbitrario⁷⁹.

Questo modo di concepire il rapporto amministrati/amministrazione, in realtà, è fuorviante: l'interesse pubblico coincide con l'interesse del pubblico, della collettività e, se la sua realizzazione comporta un sacrificio per il privato, nei limiti ovviamente della necessità e della corrispondenza allo scopo, questo deve essere sopportato: in una società complessa e pluralistica è inconcepibile pretendere di realizzare nella loro absolutezza i diversi valori; quello che invece oggi non può più essere sopportato è il sacrificio del privato per la realizzazione dell'interesse ugualmente privato delle Istituzioni⁸⁰.

Dunque, ricondotto al suo vero ambito, il contraddittorio non può essere inteso come una mera modalità procedurale (e quindi strumentalizzato per appiattare indiscriminatamente interesse privato e interesse pubblico) ma, al contrario, come una modalità proporzionale (e quindi collaborativa). Anzi, è proprio controllando la legittimità del provvedimento sotto il profilo della proporzionalità, necessità, adeguatezza allo scopo, che si può verificare quanto contraddittorio vi sia stato effettivamente tra privato ed amministrazione.

Se si volesse tracciare un bilancio, questo sarebbe certamente positivo. la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, qualificando esplicitamente l'azione amministrativa equa

⁷⁶ Cfr., A. ZITO, "Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno" in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2-3 del 2002, p. 432, dove si evidenzia come l'imparzialità ed il buon andamento predicati dall'art. 97 Cost., non configurano una pretesa del cittadino nei confronti della P.A., anzi, a rigore, non informano nemmeno l'azione amministrativa, rappresentando piuttosto regole del momento organizzativo.

⁷⁷ Cfr., in proposito CERULLI-IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Parte III, Torino, 1991, p. 70 ss.

⁷⁸ Cfr., A. ZITO, "Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno" in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2-3 del 2002, p.435. Anzi, l'Autore va ancora oltre prospettando una terza interpretazione, e cioè come obbligo della P.A. di utilizzare lo strumento consensuale e privatistico tutte le volte che ciò sia possibile.

⁷⁹ L'esigenza della protezione contro atti arbitrari o sproporzionati emerge da CGCE, 21 settembre 1989, *Hoehst/Comm.*, c. riunite 46/87 e 227/88, in *Raccolta*, 1989, 2859; 17 ottobre 1989, *Dow Benelux/Comm.*, c. 85/87 in *Raccolta*, 1989, 3137; 17 ottobre 1989, *Dow Chemical Iberica e a./Comm.*, c. riunite da 97 a 99/87, in *Raccolta*, 1989, 3165.

⁸⁰ Così ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 84 ss: "Ma, imparziale tra il proprio interesse, tra l'interesse pubblico e gli interessi privati, essa non è anzi tenuta a parteggiare sempre per il proprio interesse".

ed imparziale, ha completato l'iter garantistico iniziato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo quando, interpretando in senso ampio l'art. 6 Cedu, ha esteso all'azione amministrativa le libertà civili tradizionalmente legate alla giustizia amministrativa, riconducendo ad unità il diritto amministrativo sostanziale ed il diritto processuale amministrativo.

3.3. PROFILI PROCESSUALI.

A tutt'oggi è prematuro parlare di una codificazione dei principi processuali europei sebbene si registri una sostanziale convergenza dei sistemi processuali degli Stati membri dell'Unione Europea, perlomeno sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo⁸¹.

L'estrema permeabilità degli ordinamenti giuridici⁸² a livello internazionale, comunitario e nazionale ha, infatti, generato un sistema di giustizia ampiamente garantistico, per cui si può effettivamente dire che *le garanzie processuali sono strumentali alla tutela dei diritti fondamentali ed esse stesse diritti fondamentali*.

L'armonizzazione delle procedure e dei modelli di processo in Europa, dovuta in gran parte alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia, è del resto provata dalla tendenziale coincidenza dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁸³ con gli artt. 6¹ e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁸⁴. Anzi, l'art. 52 CDF specifica che, laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti da quest'ultima. Eventuali limitazioni devono essere previste dalla legge, necessarie e proporzionate rispetto allo scopo, ma in nessun caso sarebbe possibile pregiudicarne il contenuto essenziale.

L'Unione può, al contrario, concedere sempre una tutela più estesa. Importante è anche l'art. 54 CDF che proibisce l'abuso del diritto comunitario⁸⁵, tradizionalmente proprio del comportamento scorretto e sleale delle parti o dei loro difensori, ma più correttamente riferibile anche al giudice⁸⁶.

L'art. 47 CDF dispone, infatti, che ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

Da questo confronto emergono gli elementi costitutivi di un processo giusto ed equo⁸⁷:

⁸¹ Cfr., L. P. COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Il Foro Italiano*, 1994-5, pp.155-156.

⁸² Vedi D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002-3, p. 690: in particolare, la europeizzazione dei diritti processuali amministrativi nazionali è intesa non come esportazione ed importazione di istituti da un sistema all'altro, ma come *cross-fertilisation*.

⁸³ Approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Consiglio dell'Unione Europea.

⁸⁴ Convenzione firmata a Roma il 4 novembre 1950.

⁸⁵ Cfr., più dettagliatamente R. BIFULCO e A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, cit., p. 370.

⁸⁶ G. FEDERICO MANCINI e CARLO CURTI GIALDINO, *Brevi note in tema di abuso del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto europeo*, p.247, dove si osserva che la casistica più interessante riguarda il rinvio pregiudiziale, strumentalizzato, più o meno consapevolmente, per incardinare un determinato tipo di controversia (es. liti fittizie o di natura "corporativa") presso il giudice comunitario.

⁸⁷ Vedi L. P. COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Il Foro Italiano*, 1994-5, p. 168, dove individua sinteticamente le "costanti" e le "variabili" del *due process of law*.

- L'effettività del ricorso, intesa in senso ampio come reale possibilità di contraddire, nel duplice aspetto dell'esercizio del diritto di azione e di difesa.
- L'equità e la pubblicità della procedura, intese come realizzazione di una perfetta parità delle armi e conoscenza dei fatti della causa, non limitata a certi particolari atti, aspetti, momenti o fasi del processo⁸⁸.
- La decisione entro un termine ragionevole, interpretata solitamente a vantaggio della parte che agisce (si pensi alle lungaggini dei processi), ma correttamente riguarda anche la parte che resiste, la quale ha diritto a tempi processuali ragionevoli per evitare "giustizie sommarie".
- L'indipendenza e l'imparzialità del giudice; la CGCE ha elaborato una nozione di giudice comunitario nelle sentenze rese nei casi *Goebbles*⁸⁹ e *Dorsch Consult*⁹⁰: deve trattarsi di un organo di origine legale, di carattere permanente ed indipendente, la cui giurisdizione è obbligatoria, il cui procedimento ha natura contraddittoria, nel cui procedimento si applichino regole giuridiche.
- Il diritto di difesa, intesa sia come autodifesa (e quindi presenza "reale" della parte in giudizio), sia come difesa tecnica⁹¹, con particolare riguardo alla tutela dei non abbienti.

Questi principi, validi lungo tutto l'arco del procedimento, verrebbero però ridimensionati se il principio del contraddittorio non venisse attuato in un momento particolare del processo: la fase di istruzione probatoria.

In questa prospettiva, far coincidere il contraddittorio con la comunicazione dei documenti alla controparte significa aderire ad una impostazione formalistica. Non si può, d'altronde, disconoscere che nella realtà processuale la possibilità di una formazione della prova nel contraddittorio delle parti è alquanto eccezionale, soprattutto se si considera che la più manifesta caratteristica del processo comunitario è il principio della scrittura⁹².

L'*impasse* viene superata dalla dottrina⁹³ ammettendo che, se la formazione della prova in contraddittorio può essere disattesa, ciò da cui non si potrebbe comunque prescindere è la reale opportunità per le parti di poter incidere sul convincimento del giudice, in un momento più elementare ai fini dell'ammissione della prova stessa, in un momento ulteriore ai fini della decisione della causa.

Inoltre, è vero che gli atti difensivi di parte sono sempre notificati o comunicati o posti a disposizione della controparte; che eventuali nuove deduzioni in corso di causa danno all'altra parte il diritto di controdedurre; che le parti devono sentite prima dell'ammissione e possono assistere all'assunzione delle prove; che le ordinanze ammissive dei mezzi di prova sono notificate alle parti; che le parti possono prendere visione di ogni atto del processo; che la

⁸⁸ Cfr., G. M. UBERTAZZI, *Divieto di discriminazione e uguaglianza delle armi nel processo civile*, in, *Rivista di diritto e procedura civile*, 1977, p.565.

⁸⁹ Causa 61/65, in *Raccolta*, 1996, I-407.

⁹⁰ Causa 54/96, in *Raccolta*, 1997, I-4961.

⁹¹ Cfr., M. D'AMICO, in *L'Europa dei diritti (Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea)*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Il Mulino.

⁹² Il regolamento della Corte di Giustizia prevede come atti scritti, nel processo di unico grado, il ricorso introduttivo con i necessari allegati; il controricorso; la replica del ricorrente e la controreplica del convenuto; la risposta alla richiesta di informazioni. Altrettanto scritti gli atti introduttivi dei procedimenti speciali. La relazione dell'avvocato generale viene di solito consegnata alle parti prima dell'udienza e gli avvocati sono consigliati di consegnare agli interpreti, prima della discussione, il testo scritto dei loro interventi orali. Nel processo di impugnazione sono scritti l'atto di impugnazione, la comparsa di risposta, le repliche, le controrepliche, le memorie e le istanze di intervento. Il regolamento del Tribunale conosce, come atti scritti, il ricorso introduttivo, il controricorso, la replica e la controreplica, gli atti introduttivi dei procedimenti speciali.

⁹³ Per tutti confronta P. BIAVATI, *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*. Seminario giuridico della università di Bologna; e N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, in *Studi di diritto comparato* a cura di M. CAPPELLETTI, Milano, Giuffrè, 1974, p. 388 ss.

domanda di provvedimenti provvisori deve consentire al resistente di predisporre le proprie osservazioni⁹⁴; che l'interveniente riceve comunicazione di tutti gli atti processuali notificati alle parti; che, dopo il deposito della memoria d'intervento, è fissato un termine entro il quale le parti costituite possono rispondere⁹⁵.

Ciononostante, non è da sottovalutare il fenomeno del declino del principio dell'oralità, non privo di ripercussioni per l'effettività del contraddittorio. C'è infatti chi⁹⁶ vede nella trattazione orale lo strumento più valido per un'approfondita analisi della causa (magari eccessivamente complessa) e per una giusta risoluzione della controversia.

In questo senso giocano a sfavore dell'immediatezza il fatto che le stesse prove orali vengono esposte davanti ad una sezione o ad un solo giudice relatore; che la decisione viene adottata sulla base dei processi verbali e non dell'ascolto diretto; che la Corte, sia in appello che in unico grado, possa concludere il processo sulla base delle risultanze della fase scritta senza passare all'ulteriore fase orale.

Per non parlare delle modifiche apportate al Regolamento di procedura⁹⁷ della Corte di Giustizia: l'art. 104-*bis* introduce un procedimento accelerato di trattazione delle questioni pregiudiziali che presentino carattere di urgenza straordinaria, procedimento basato su una notevole riduzione dei termini di presentazione delle memorie e delle osservazioni scritte; ulteriori modifiche sono poi allo studio, come la possibilità di utilizzare il fax per la trasmissione di documenti, la possibilità di soppressione del secondo scambio di memorie⁹⁸.

Nella prassi, poi, la procedura è stata ulteriormente snellita, ad esempio per quanto riguarda la lettura delle "conclusioni" degli avvocati generali, che ormai si limita alle conclusioni delle "conclusioni"; ancora, la durata dei dibattiti in udienza, sempre più concisi⁹⁹.

Un altro problema riguarda la posizione giuridica delle parti nel processo, visto che le parti istituzionali e statali godono sostanzialmente di situazioni privilegiate rispetto ai soggetti privati¹⁰⁰. In materia di intervento le prime possono sempre prendere parte alle controversie, mentre le seconde devono dimostrare di avere uno specifico interesse; per quanto riguarda la difesa tecnica, gli Stati e le Istituzioni possono avvalersi dei propri agenti; per quanto attiene al regime linguistico, gli Stati possono difendersi nella loro lingua ufficiale in una serie di ipotesi più ampia¹⁰¹; infine, le parti statali ed istituzionali dispongono di maggiori fonti di

⁹⁴ Nella sentenza resa nel caso *Gabriele Stauner e altri c. Parlamento europeo e Commissione CE*, causa T-236/00 R, in *Raccolta*, 2001-1/2 si afferma che la ricevibilità di una domanda di provvedimenti provvisori presuppone che gli elementi essenziali di fatto e di diritto sui quali è fondata emergano in maniera coerente e comprensibile dalla domanda stessa; se pure è possibile che la domanda venga avallata o completata in punti specifici da richiami a determinati passaggi di documenti ad essa allegati, un rinvio globale ad altri scritti non può sanare di elementi essenziali.

⁹⁵ Vedi BIAVATI- CARPI, *Diritto processuale comunitario*, pp. 144, 173- 174, 210-211.

⁹⁶ N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, in *Studi di diritto comparato* a cura di M. CAPPELLETTI, Milano, Giuffrè, 1974, p. 419 ss.

⁹⁷ *GUCE*, L. 122 del 24 maggio 2000, p. 43 ss.

⁹⁸ Vedi più diffusamente sul punto R. ADAM, *Verso la riforma del sistema giurisdizionale dell'Unione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/00, pp. 158-159.

⁹⁹ *Rivista di diritto internazionale* 1994 p. 933

¹⁰⁰ Vedi BIAVATI – CARPI, *Diritto processuale comunitario*, p 118.

¹⁰¹ Cfr., M.CONDINANZI *Il cittadino comunitario e la lingua del processo (comunitario e nazionale) in un caso recente di fronte alla Corte*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/98: "nei ricorsi diretti, la lingua del processo è scelta dal ricorrente. Tuttavia, se il convenuto è uno Stato membro o una persona fisica o giuridica appartenente ad uno Stato membro, lingua processuale sarà quella di tale Stato. Su richiesta congiunta delle parti, ovvero di una sola parte, ma, in tal caso, sentiti l'altra parte e l'avvocato generale, può essere utilizzato l'uso di un'altra lingua. Nel procedimento pregiudiziale, la lingua è quella del giudice nazionale che rinvia alla Corte. Tuttavia, è possibile consentire l'autorizzazione all'uso di un'altra lingua su richiesta motivata di una delle parti, sentita l'altra parte del giudizio principale e l'avvocato generale. La nuova previsione consente una maggiore elasticità a vantaggio delle esigenze difensive delle parti del processo principale. Si pensi a quelle situazioni, per altro frequenti, in cui davanti al giudice nazionale controvertono soggetti appartenenti a strati membri differenti".

informazione. Anzi, a questo proposito, dovrebbe essere rivista la tendenza generale a considerare il processo comunitario come dominato esclusivamente dal principio inquisitorio: in realtà, il giudice deve sempre provocare il contraddittorio sui fatti o documenti sui quali si basa la sua decisione¹⁰², e, se è vero che può disporre d'ufficio dei mezzi istruttori, sulle parti pesa l'onere della prova o, quanto meno, del principio di prova, restando quindi un'illusione un perfetto ed equilibrato contraddittorio¹⁰³.

Nella sentenza resa nel caso *Ufex*¹⁰⁴, la Corte ha affermato il principio in base al quale il giudice non può legittimamente rigettare l'istanza di esibizione di documenti per insufficienza di prova, dal momento che spetta al giudice stesso verificare l'esattezza o meno delle informazioni fornite dalla parte circa l'esistenza del documento. Il valore di questo principio si coglie soprattutto quando una parte non è in grado, da sola, di procurarsi la prova a sostegno della propria difesa perché il documento è in possesso della controparte o si tratta di atto riservato di una Istituzione comunitaria¹⁰⁵. A ben vedere, però, la portata pratica del principio è estremamente variabile, in quanto, ampliando o restringendo la nozione di "principio di prova", si amplia o si restringe la discrezionalità del potere istruttorio, quindi sono necessari ulteriori parametri: la misura d'istruzione deve essere oggettivamente necessaria, proporzionata allo scopo, pertinente a fatti di causa realmente controversi. Si aggiunga che dal rifiuto di produrre i documenti richiesti, non necessariamente, e comunque non automaticamente, discendono conseguenze sfavorevoli per il soggetto: si pensi al caso in cui il destinatario della richiesta sia un terzo; ma anche nel caso che fosse la controparte, il giudice dovrebbe prima sindacare le motivazioni del rifiuto.

Nella sentenza resa nel caso *Dieter Krombach*¹⁰⁶, infine, la Corte di giustizia si è occupata del rapporto tra il rispetto dei diritti della difesa e la nozione di ordine pubblico, quale limite al riconoscimento delle sentenze straniere secondo la Convenzione di Bruxelles del 1968.

La Corte ha concluso che nessuna lesione al diritto di difesa può ritenersi giustificata, in nessun tipo di procedimento giurisdizionale, e che, conseguentemente, il diritto è tanto fondamentale da rientrare nella nozione di "ordine pubblico". Anzi, il diritto ad un equo processo ha un contenuto più ampio: riguarda i diritti della difesa nel complesso, cioè il diritto ad un processo nel quale il principio del contraddittorio sia assicurato non soltanto in limine litis, ma anche nel prosieguo di questo¹⁰⁷. In questa prospettiva, veramente il diritto comunitario è strumento per l'integrazione degli ordinamenti giuridici nazionali in una "civiltà giuridica comune"¹⁰⁸.

4. I PRINCIPI COSTITUZIONALI PRIMA E DOPO LA RIFORMA DELL'ART. 111 DELLA COSTITUZIONE.

È opinione largamente diffusa in dottrina che anche anteriormente alla riforma dell'art. 111 della Costituzione il principio del contraddittorio e le altre garanzie processuali che meglio lo specificano e lo realizzano nell'ambito del "giusto processo" fossero già presenti nell'ordinamento giuridico italiano, ancorché non espressamente enunciati dalla Costituzione

¹⁰² Vedi la sentenza resa nel caso *Gerry Plant e altri c. Commissione CE e South Wales Small Mines Association*, causa C-480/99 P, in *Raccolta*, 2002-1 (A).

¹⁰³ Cfr., P. BIAVATI, *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, p.289.

¹⁰⁴ Corte di Giustizia, 4 marzo 1999, causa 119/97, in *Raccolta*, 1999, I, p.1341 ss.

¹⁰⁵ Vedi più diffusamente sul punto, R. BONATTI, *Nuove prospettive sui poteri istruttori del giudice comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001- 2, *passim*.

¹⁰⁶ Causa C-7/98, pubblicata in *Raccolta*, 2000, p. I-1935 ss.

¹⁰⁷ Sul punto ampiamente, G. BIAGIONI, "L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles", in *Rivista di diritto internazionale*, 2001-3 p. 723 ss.

¹⁰⁸ L'espressione è di BARILE, "Ordine pubblico (dir.int.proc.)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980, pp.1106-1124.

medesima¹⁰⁹. A queste conclusioni si è giunti in via interpretativa combinando tra di loro i disposti normativi contenuti in diversi articoli, e precisamente gli artt. 2, 3, 24, 25 comma 1, 101, 104, 107, 108, 111, 113 Costituzione¹¹⁰.

Tra i diritti inviolabili dell'uomo rientra, infatti, il diritto di agire e difendersi in giudizio¹¹¹ in condizioni di parità¹¹² e uguaglianza, davanti ad un giudice naturale, precostituito per legge e soggetto soltanto alla legge, indipendente da ogni altro potere; il diritto a vedere motivati tutti i provvedimenti giurisdizionali; il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, anche contro gli atti della pubblica amministrazione, dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Sebbene il quadro normativo di riferimento fosse, dunque, già completo fin dal momento dell'entrata in vigore della Costituzione, e offrisse la reale possibilità di concretizzare tutto ciò che di esplicito e di implicito vi era contenuto, i tempi non erano ancora maturi per un generale mutamento di prospettiva e, forse, di mentalità: non è sufficiente la precocità di pochi quando deve essere la collettività a dover condividere e difendere i valori. Già Comoglio¹¹³, pur riconoscendo che “a grandi linee” il modello italiano “sembra riprodurre, più o meno compiutamente, gli schemi essenziali di un giusto processo”, riteneva che esso fosse ancora ben lontano dal rispecchiare pienamente il “modello internazionale”¹¹⁴. Di questo si è resa conto anche la Corte costituzionale che, in numerose pronunce¹¹⁵, ha offerto importanti spunti interpretativi da cui in modo paradigmatico si comprende l'evoluzione del principio del contraddittorio, alla luce dei principi costituzionali, nel passaggio da una concezione logico-formale ad una concezione sostanziale.

Se infatti riducessimo il fenomeno del contraddittorio a mero “contrasto dialettico fra opposte posizioni assertive, dirette ad elidersi vicendevolmente”¹¹⁶, svaluteremmo sia l'istituto medesimo, sia le norme, i principi e i valori che idealmente vi si ricollegano già sul piano della teoria generale del diritto processuale, ma molto più sul piano del diritto positivo vigente.

In una complessa visione del fenomeno processuale l'art. 24 cost., letto congiuntamente con gli artt. 2 e 3 cost., non rappresenta soltanto una garanzia dell'esercizio dell'azione e della difesa, ma una effettiva possibilità di partecipazione dei legittimati ad agire e contraddire nell'esercizio della funzione giurisdizionale e in vista della giusta definizione del giudizio. Il

¹⁰⁹ Cfr. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, specialmente 46 ss., 121 ss., 145 ss. In tal senso, la legittimità della stessa organizzazione strutturale del processo avrebbe dovuto misurarsi, prima che sull'osservanza di un dato “cerimoniale”, sul rispetto di sostanziali principi di civiltà giuridica, quali l'imparzialità e la terzietà del giudice, il contraddittorio in condizioni di parità, l'obbligo di motivazione delle decisioni.

¹¹⁰ Così CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e “due process of law clause”)*, in *Giur.cost.*, 1961, 1284 ss. Cfr anche COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970; ID., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 713-730. E ancora, BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p.287.

¹¹¹ Sul punto più diffusamente TROCKER, *Processo civile e costituzione* in *Studi di diritto comparato a cura di M. CAPPELLETTI*, Milano, Giuffrè Editore, 1974, p.372. Qui il principio della difesa è considerato un aspetto integrante del diritto di azione.

¹¹² Il principio della uguaglianza delle armi fra le parti è tanto importante da condizionare il riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali stranieri. Sul punto, MIGLIAZZA, *Il rispetto del principio della parità delle armi e il riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali stranieri*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, passim.

¹¹³ COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, e *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 735 ss.

¹¹⁴ Così CECCHETTI, in *ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO* alla voce GIUSTO PROCESSO.

¹¹⁵ C.cost. 12 dicembre 1984, n. 282, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, I, 2123; 13 febbraio 1985, n. 41, *ivi*, 1985, I, 172; 27 giugno 1986, n. 156, *ivi*, 1986, I, 1085; 18 febbraio 1988, n. 189, *ivi*, 1988, I, 720; 24 aprile 1996, n. 131, *ivi*, 1996, 1139; 21 marzo 1997, n. 66, *ivi*, 1997, 696; 1 ottobre 1997, n.306, *ivi*, 2875; 20 aprile 2000, n. 113, *ivi*, 2000, 1009, fanno riferimento al giusto processo. Per l'esplicita qualificazione del giusto processo come principio costituzionale: C.cost. 2 novembre 1996, n. 371, *ivi*, 1996, 3386; 1 ottobre 1997, n. 307, *ivi*, 1997, 2888; 30 marzo 1999, n. 105, *ivi*, 1999, 942.

¹¹⁶ Cfr., *Enciclopedia giuridica Treccani* alla voce *Contraddittorio*, p. 1 e, per ulteriori riferimenti, le voci “Contraddittorio e contraddizione”, in *Dizionario enciclopedico Treccani*, III, Roma, 1970, 484.

contraddittorio è allora esso stesso diritto inviolabile e base per poter garantire l'effettività della tutela giurisdizionale rispetto agli altri diritti riconosciuti all'individuo.

Cos'altro è, in fondo, la "giustizia" di un processo se non la sua conformità ai principi caratterizzanti e fondanti l'ordinamento giuridico positivo in cui è inserito?¹¹⁷. E, analogamente, cos'altro è il principio del contraddittorio se non un "indice rivelatore del grado di democraticità dello Stato"?¹¹⁸: è nel processo che si verifica quanto le norme di procedura siano conformi allo spirito della Costituzione e quanto poi la Costituzione materiale coincida con la Costituzione formale. Da una concezione puramente statica del fenomeno processuale, si passa ad una visione più concreta, attiva, dinamica¹¹⁹: alle parti è data la possibilità di influire –con ogni iniziativa consentita– sulla formazione del convincimento del giudice, e ciò si spiega visti gli effetti che la pronuncia giudiziale potenzialmente produce nella sfera personale e patrimoniale del destinatario¹²⁰. Non basta. Come avverte Calamandrei¹²¹, molto spesso la partecipazione si risolve in una parità meramente giuridica (per non dire teorica), mentre vi sarebbe bisogno di una parità pratica, cioè tecnica ed economica: la parte deve sempre essere messa nelle condizioni di poter recuperare nel giudizio una eventuale posizione di svantaggio e di disuguaglianza iniziale. In tal senso, fondamentali sono le norme che assicurano l'adeguata assistenza in giudizio dei soggetti meno abbienti e l'invulnerabilità degli aspetti formali quale garanzia della certezza della difesa tecnico-professionale¹²². Dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale emerge, infatti, il duplice significato che acquista il diritto di difesa quando lo si riconnette al valore della effettività: in Corte Cost. 46/1957 si legge che i due aspetti (tecnico e sostanziale) della difesa, sono inscindibilmente uniti, perché, sebbene il rappresentante tecnico assicuri l'effettività e la qualità della difesa, è principio di civiltà giuridica consentire al rappresentato di essere presente "realmente" in aula¹²³.

È chiaro quindi che la Legge, quando parla di diritto di agire e resistere in giudizio, intende esprimersi in termini di "pura possibilità" e al di fuori di qualsiasi costrizione da parte dell'ordinamento, che anzi ha condizionato l'esercizio dell'azione all'esistenza del relativo interesse ad azionare la pretesa giuridica sottostante ed ha costruito la costituzione in giudizio come un onere, non un obbligo del convenuto. Appunto in vista della realizzazione di queste condizioni il Legislatore deve garantire l'uguaglianza delle parti "nei punti di partenza"¹²⁴ e, a fortiori, non condizionare la procedibilità o la perseguibilità del giudizio a prestazioni patrimoniali che anzi creano disuguaglianze incidendo sui diversi aspetti dell'azione o della difesa¹²⁵.

Una lettura semplicistica dell'art. 24 Cost. potrebbe ingenerare il dubbio che il contraddittorio sia un fenomeno riferibile esclusivamente alle parti esattamente come si potrebbe ritenere che la fase decisionale sia "dominio" del giudice. In realtà, il processo è un

¹¹⁷ Così FOIS, in *Il modello costituzionale del "giusto processo"*, in *Rass. Parl.*, 2000, 571.

¹¹⁸ G.GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p.7.

¹¹⁹ ENCICLOPEDIA TRECCANI VOCE CONTR.

¹²⁰ TROCKER, *Processo civile e costituzione*, cit., pp. 377-378.

¹²¹ Vedi lo scritto *Processo e democrazia* in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 690-691.

¹²² Sul punto, vedi Corte cost., 3 giugno 1966 n. 53, comprende nel "diritto di difesa" la "libertà di promuovere l'azione giudiziaria" e la "necessità di assicurare effettivamente alla parte un'assistenza tecnico-professionale ed un contraddittorio"; Corte cost., 3 luglio 1975, n. 169, in *Foro it.*, 1976, I, 37, parla del "diritto di difesa nel suo duplice aspetto di diritto alla tutela giurisdizionale e di diritto al contraddittorio".

¹²³ In questo senso V. CRISAFULLI e L. PALADIN, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, p.173.

¹²⁴ Vedi più approfonditamente sul punto, *Enciclopedia giuridica Treccani* alla voce *Contraddittorio*, p.3.

¹²⁵ Come si ricorderà, la *cautio pro expensis* era prevista, a discrezione del magistrato procedente, a carico dell'attore non ammesso al gratuito patrocinio nell'ipotesi di fondato timore di in esecuzione dell'eventuale condanna. Venne dichiarata incostituzionale con sentenza 29 novembre 1960, n. 67 (*Foro it.*, 1960, I 1873-1874). Analogamente, con sentenza 2 luglio 1966, n. 80 (*Foro it.*, 1966, I, 1201-1203) la Corte costituzionale dichiarò costituzionalmente illegittima la clausola del *solvo et repeto*.

meccanismo molto complesso e la stessa articolazione in “stati” e “gradi” è indice di interdipendenza strutturale e funzionale, non di disarticolazione. Per questo motivo non si possono concepire fasi di pertinenza delle sole parti o del solo giudice, ma un unico giudizio in cui tutte le diverse figure processuali apportano il loro contributo dal primo atto introduttivo fino alla sentenza definitiva. Anzi, se proprio si volesse delineare un concetto sostanziale di contraddittorio, probabilmente il ruolo più importante sarebbe riservato al giudice, perché per realizzare una effettiva parità delle armi occorre *a priori* assicurare lealtà e correttezza nello svolgimento del processo e questo dipende dal comportamento delle parti sicuramente, ma molto più dal ruolo del giudice nei confronti di queste. Ciò che la legge esige dal giudice non è in definitiva la neutralità in astratto¹²⁶, ma la capacità di mantenere equilibrato il giudizio¹²⁷. In quest’ottica sono indeclinabili le garanzie dell’indipendenza, della terzietà e dell’imparzialità del giudice per l’effettività del diritto di azione e di difesa e del principio di uguaglianza posto dall’ art. 3 Costituzione¹²⁸. Si tratta evidentemente anche in questo caso di principi ricavabili dal combinato disposto di diversi articoli della Costituzione e, per quanto riguarda nello specifico la terzietà e l’imparzialità, ribaditi all’art. 111². In particolare, nonostante l’indipendenza funzionale del giudice rispetto al singolo processo sia ricavabile dagli artt. 25¹ e 101² Cost., e l’indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali dall’art. 108², è preoccupante che la dottrina manifesti ancora perplessità in proposito ed auspichi un’ effettiva separazione, anche funzionale, tra gli organi di giustizia amministrativa e il potere politico¹²⁹.

Fondamentale poi l’art. 111 cost. nella parte in cui prevede l’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, in modo che le parti possano sempre verificare nel concreto, attraverso la ricostruzione dell’*iter* logico seguito dal giudice, la rispondenza della decisione agli elementi discussi¹³⁰: è infatti “inammissibile lasciare al giudice la facoltà incontrollata di eludere il principio costituzionale, rendendo vana la partecipazione delle parti, nel momento culminante, con un *ratio decidendi* da loro non conosciuta in anticipo¹³¹”.

Argomentando dalla illegittimità della *cd* “sentenza a sorpresa”, si dovrebbe dedurre che una pronuncia *ultra petita* violi a priori il principio del contraddittorio per la mancata corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato¹³². Sembra invece più corretto ritenere che non sia tanto l’*ultra petitum* a pregiudicare il contraddittorio, quanto l’effettiva violazione del diritto di difesa, quindi la rinuncia del giudice a dialogare ed ascoltare le parti¹³³: nel sollevare questioni preliminari o pregiudiziali, dunque, il giudice è, rispetto al contraddittorio, nella stessa posizione giuridica delle parti¹³⁴. Sebbene questo discorso possa essere utilizzato *a*

¹²⁶ Si tratta di un concetto messo giustamente in rilievo da DENTI, in *Perizie, nullità processuali* in *Rivista di diritto processuale*, 1967, p. 406.

¹²⁷ È utile in questo senso consultare COMOGLIO, *Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, n.3, pp.756-757. L’Autore rileva come, seppure la nostra Costituzione non abbia sancito un divieto probatorio della prova illecita, il giudice, in coerenza con i suoi doveri di terzietà ed imparzialità, non possa utilizzarla perché incompatibile con condizioni minime di equità e correttezza procedurale.

¹²⁸ La Corte costituzionale ha applicato in modo esteso il principio di imparzialità, che è definito come “un aspetto di quel carattere di terzietà che connota nell’essenziale tanto la funzione giurisdizionale, quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l’effettività del diritto di azione e difesa in giudizio” (Corte cost., sentenza 131/1996; analogamente, 155/1996).

¹²⁹ Sul punto vedi in particolare E. PICOZZA, *Il “giusto” processo amministrativo* in *Il Consiglio di Stato*, 2000, n.5-6, p.1071, dove anzi si sottolinea come il risultato della completa indipendenza e “ il riconoscimento della centralità del giudice amministrativo quale “giudice ordinario” dei conflitti con la pubblica amministrazione”, dovrebbero portare alla costituzione di un proprio ordine giudiziario; IDEM, *Il processo amministrativo, op. cit.*, pp. 3-56.

¹³⁰ M.CECCHETTI, *Enciclopedia del diritto*, voce *Giusto processo (diritto costituzionale)*, pp. 598-599.

¹³¹ Citazione tratta dal commento di COMOGLIO all’art. 24 cost., in *Commentario della costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 59.

¹³² Cfr., S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1959, I, pp. 429-430.

¹³³ Vedi N. TROCKER, *Processo civile e costituzione* in *Studi di diritto comparato* a cura di M. CAPPELLETTI, Milano, Giuffrè, 1974, p.386 ss.

¹³⁴ V.DENTI, *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1968, pp. 217 ss.

contrario per dimostrare come il contraddittorio non sia in necessario contrasto con i poteri inquisitori del giudice, non di meno è costante il pericolo di tendenze dirigistiche troppo spesso manifestatesi nel processo amministrativo, dove pure vige un principio di tipo acquisitivo, quasi sempre a tutto vantaggio dell'interesse pubblico o, peggio, dell'interesse privato della P.A.: più auspicabile è, quindi, un modello di processo ispirato al principio dispositivo, laddove però, come dicevo, la legge non imponga al giudice la assoluta neutralità.

Ora, una volta dimostrato che la concezione sostanziale del principio del contraddittorio, così come oggi risulta esplicitamente dal novellato art. 111 Cost., poteva comunque essere ricostruita anche in precedenza e, posto che i primi due commi dell'articolo in questione non possono essere nemmeno utilizzati come parametro nei giudizi di legittimità costituzionale perché non innovativi del sistema costituzionale vigente (al contrario i commi 4 e 5 che, pur non essendo innovativi in senso stretto, sono almeno specificativi di principi generali già vigenti), è lecito chiedersi il perché della riforma. Che la scelta fosse assolutamente necessaria è discutibile, visto l'impianto interpretativo creatosi sul punto; ma sicuramente opportuna ed impegnata.

Opportuna in quanto si è inteso fornire una interpretazione autentica di principi già desumibili, in vista della riaffermazione dei principi di legalità e di divisione dei poteri, per cui al Legislatore compete porre la normazione e ai Giudici applicarla.

Impegnata perché il legislatore costituzionale ha voluto in qualche modo completare il lavoro di "positivizzazione", ampliando l'area di immodificabilità e intangibilità dei principi *cd* "supercostituzionali", cioè di quei principi che rappresentano il "nocciolo duro" della costituzione e che non possono essere né abrogati né intaccati nella loro portata garantistica nemmeno da successive leggi di revisione costituzionale¹³⁵.

5. I PRINCIPI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO ITALIANO E IL DIVERSO SIGNIFICATO DELLA REALIZZAZIONE DEL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NEL PROCESSO CIVILE E NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

Il contraddittorio, correttamente inteso, è un principio giuridico generale di ordine costituzionale, anche se tradizionalmente esplica la sua portata garantistica nell'ambito del fenomeno processuale, rappresentando anzi un tipico presupposto delle modalità di estrinsecazione della funzione giurisdizionale. E questo principalmente perché è la giurisdizione stessa (spesso a differenza dell'amministrazione) ad essere retta dall'altro fondamentale principio dell'imparzialità. Infatti, laddove non vi è equidistanza tra l'organo decidente e la parte o le parti del procedimento – inteso qui in senso lato, e quindi comprensivo del processo e del procedimento *tout court* - è impossibile parlare di esistenza di un vero contraddittorio.

Storicamente, peraltro, la dottrina riconduceva il vero e proprio contraddittorio al solo processo civile, restringendone così ulteriormente l'ambito di operatività: il contraddittorio nel processo amministrativo era considerato "sempre e soltanto un fatto eventuale"¹³⁶, diretta conseguenza questa del fatto che già sul piano del diritto sostanziale la P.A. godeva (e gode tuttora) di una posizione di supremazia rispetto al cittadino, tant'è vero che è in questo contesto che nasce la distinzione, nell'ambito delle situazioni giuridiche soggettive, tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo¹³⁷. Non a caso in dottrina, fino a qualche tempo fa, si parlava di una sorta di "presunzione di legittimità dell'atto amministrativo"¹³⁸, derivante dal

¹³⁵ M.CECCHETTI, voce *Giusto processo (diritto costituzionale)* in *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 616-620.

¹³⁶ Così, F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 739-740.

¹³⁷ Diffusamente, E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., pp. 3 ss. e 41 ss.; V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 cost.* in *Rivista di diritto processuale*, 2001, *passim*.

¹³⁸ Vedi diffusamente F. BENVENUTI, "Il processo amministrativo", in *Encicl. del diritto*, XXXVI

pregiudizio che l'Amministrazione agisse sempre e comunque secondo principi di buon andamento e di imparzialità per la cura dell'interesse del pubblico.

La tesi non è oggi più sostenibile, soprattutto visti gli accadimenti, ma potrebbe risultare utile per comprendere il valore del contraddittorio nelle dinamiche procedurali.

La partecipazione procedimentale nel contraddittorio delle parti, nel fisiologico formarsi dell'azione amministrativa, è infatti garanzia se non della "giustizia" o della legittimità dell'atto, quantomeno di una legalità procedurale, cioè di una parziale realizzazione di quelle esigenze di uguaglianza, parità e simmetria che sono l'essenza del processo. Tuttavia, il sistema italiano di giustizia amministrativa si attegga in modo molto particolare: da un lato il diritto amministrativo sostanziale (e quindi il procedimento) e il diritto processuale amministrativo (e quindi il processo) sono fenomeni legati tra di loro appunto per la cura dell'interesse pubblico, tanto che sarebbe incostituzionale "*produrre uno scollamento (...) tra l'interesse pubblico curato dal procedimento amministrativo, e l'assenza di qualsiasi interesse pubblico nel processo amministrativo. Gli autori che equiparano frettolosamente sotto questo profilo il processo amministrativo a quello civile dimenticano che nel processo civile non vi è almeno dal punto di vista formale una gerarchia di valori sottostante agli interessi difesi nel processo*"¹³⁹. Dall'altro lato, -per varie ragioni storiche, politiche ed ideologiche¹⁴⁰- sono fenomeni profondamente distinti. Ed è proprio a causa di questa distinzione (a differenza che in altri ordinamenti, dove la linea di demarcazione è talmente esile che ci sono molti organi quasi giurisdizionali e molte procedure semicontenziose di fronte a pubbliche amministrazioni) che il principio del "giusto processo" è costituzionalizzato ed altrettanto non può dirsi del principio del "giusto procedimento"¹⁴¹.

L'entrata in vigore della costituzione nel 1948, l'apertura della dottrina alle esperienze internazionali di "giusto processo", la giurisprudenza anticipatrice di soluzioni legislative oggi vigenti¹⁴² hanno reso il processo amministrativo compatibile con il modello recentemente accolto nel riformato art. 111 cost.: indefettibilità della tutela giurisdizionale, della parità delle armi e dei risultati astrattamente conseguibili, della terzietà del giudice. Al centro di tutto è ancora una volta la lettura in combinato disposto degli artt. 3, 24, e 113 cost.: contro gli atti della P.A. è sempre data la possibilità di un ricorso presso le autorità giurisdizionali, ordinarie o speciali che siano, e, proprio da questa promessa infungibilità della tutela, si deduce il diritto delle parti (pubbliche o private) ad agire e resistere in giudizio in condizioni di uguaglianza. Forte di questi principi, la Corte costituzionale ha colpito le agevolazioni irragionevoli e le disparità di trattamento processuali, sancendo l'illegittimità dei privilegi tecnico-processuali attribuiti senza obiettiva giustificazione alle pubbliche amministrazioni in danno delle controparti private¹⁴³. Ed è sempre la giurisprudenza poi che ha assoggettato alla tutela giurisdizionale i comportamenti omissivi della amministrazione.

¹³⁹ Così E. PICOZZA, "*Processo amministrativo e diritto comunitario*", Padova, Cedam, 2003, pp. 35-36.

¹⁴⁰ Cfr., più diffusamente E. PICOZZA, "*Processo amministrativo e diritto comunitario*", Padova, Cedam, 2003, p.4 ss.

¹⁴¹ Così L. P. COMOGLIO, "*La riforma del processo amministrativo*", in *Rivista di diritto processuale*, 3-2001, p.638, nota 22: "I principi, oggi accolti dagli artt.3, 7-13 della L.7 agosto 1990, n.241, generalmente non si reputano coperti da una protezione costituzionale diretta, salva restando la portata ermeneutica o integrativa dei principi del "buon andamento" e della "imparzialità" della pubblica amministrazione, sanciti dall'art.97, I comma, Cost. Si ritiene, comunque, che il "giusto procedimento", da cui scaturisce la necessità della partecipazione procedimentale di tutti i soggetti coinvolti o interessati, rappresenti, in armonia con il canone generale *audiatur et altera pars*, un fondamentale "criterio di orientamento", sia per il legislatore, sia per l'interprete".

¹⁴² Fra le tante: Cons. di Stato, 11 luglio 1941 n. 461; ID. 18 giugno 1940 n.347; ID. 29 luglio 1942; ID. 2 giugno 1943.

¹⁴³ Così COMOGLIO in *Commentario della costituzione* a cura di G. BRANCA, in riferimento alla sentenza della Corte cost., 8 giugno 1967, n.97 (*Giur. Cost.*, 1967, 1071). Nello specifico, la Corte ha riconosciuto illegittimo l'art. 11, comma 3, della legge 30 ottobre 1933, n. 1611 (rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato), in quanto esso escludeva *in ogni caso* la sanatoria delle nullità derivanti da notificazione effettuata presso uffici incompetenti dell'avvocatura dello Stato.

Questi risultati però, seppure importanti, non soddisfano ancora chi crede possibile una perfetta parità tra cittadino e P.A., processo civile e processo amministrativo. Da più parti si auspica, infatti, un ripensamento della struttura del processo amministrativo, che è e resta certo un processo da ricorso, ma pur sempre di parti. Di conseguenza, l'oggetto del giudizio non dovrebbe più essere considerato l'atto impugnato¹⁴⁴, bensì la pretesa giuridica sostanziale dedotta in giudizio, in conformità del resto a quanto dispone l'art. 103 cost.: ciò che si fa valere in giudizio è l'interesse legittimo, non l'interesse ad agire. Argomentando diversamente, si dovrebbe ritenere corretto l'indirizzo giurisprudenziale che, di fronte al ritiro o alla modifica dell'atto impugnato, surroga la "cessazione della materia del contendere" con il "sopravvenuto difetto di interesse", a prescindere dalla verifica di una sostanziale soddisfazione dell'interesse del privato¹⁴⁵.

Nonostante l'opportunità di queste conclusioni, si deve tuttavia convenire con quella parte della dottrina¹⁴⁶ che ritiene impossibile, allo stato attuale della giustizia amministrativa, una simile parità.

Va infatti osservato che solo in determinati settori è verificabile una certa simmetria: la materia degli appalti e l'attività contrattuale della P.A. Non a caso settori dominati dai canoni privatistici e dalle regole del mercato. Per il resto, nemmeno l'accoglimento della nozione comunitaria di interesse pubblico (nel senso di interesse del pubblico) è tale da ridurre sullo stesso piano interesse pubblico e interesse privato. Il privato, infatti, su un piano di parità formale può contraddire con la P.A., ma mai può prevalere se al contempo non è perseguito l'interesse pubblico.

Per quanto concerne, invece, la parità tra processo civile e processo amministrativo, nonostante l'applicazione dei principi generali del processo civile (cd civilizzazione del processo amministrativo, Consolo), nemmeno questa è configurabile, atteso che il ricorso giurisdizionale fa prevalere la *vocatio iudicis* sulla *vocatio in iudicium*, per cui unica controparte in senso sostanziale è la P.A., sebbene, certo, possono intervenire come parti in senso processuale i cointeressati e i controinteressati. E non potrebbe essere diversamente in un tipo di giudizio dove si giudica del rapporto giuridico tra il cittadino e la pubblica amministrazione, cioè tra soggetti che, già sul piano del diritto sostanziale e, in fin dei conti, anche sul piano del diritto processuale, non godono di una vera parità giuridica, si figuri economica e politica¹⁴⁷.

Anche storicamente, del resto, "il processo amministrativo è nato come tipico processo (o addirittura controllo) di legittimità di un provvedimento amministrativo, ed in questo era molto vicino al processo per cassazione (che costituisce appunto il controllo finale di legittimità dell'intero processo civile) e successivamente al processo costituzionale (soprattutto per quanto riguarda l'impugnazione dei regolamenti e di atti amministrativi generali)"¹⁴⁸.

Si comprende allora il valore e il diverso significato che assume la realizzazione del contraddittorio nel giudizio amministrativo rispetto al processo civile. Il recupero, nel processo amministrativo, della situazione di inferiorità del cittadino di fronte alla P.A. nel corso del procedimento, garantisce (o dovrebbe garantire) la costituzionalità¹⁴⁹ e, insieme, la credibilità del sistema di giustizia, quale risulta dalla lettura in combinato disposto degli artt. 3, 24, 97, 111 e 113 Cost.

¹⁴⁴ Ancora BENVENUTI sul punto, *op. cit. supra*.

¹⁴⁵ Vedi per un approfondimento V. CAIANIELLO, *Cessazione della materia del contendere*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, III vol. di aggiornamento, Milano, 2000, ad vocem.

¹⁴⁶ Cfr., per tutti E. PICOZZA, "Processo amministrativo e diritto comunitario", Padova, Cedam, 2003, p.35-36.

¹⁴⁷ Cfr., le considerazioni di F.BENVENUTI, voce *Il processo amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 457-463.

¹⁴⁸ E. PICOZZA, *Il Processo amministrativo*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁹ Cfr., L. MIGLIORINI, "Il contraddittorio nel processo amministrativo", Edizioni Scientifiche Italiane, 1977, pp. 20-25.

Ma, come spesso paradossalmente accade nella realtà, proprio quegli istituti e quei principi che in astratto sono pensati per una migliore realizzazione della giustizia, ne minano la credibilità. Infatti, proprio quel principio dispositivo-acquisitivo che doveva servire al giudice amministrativo per una corretta e completa ricostruzione della realtà extraprocessuale, a tutto vantaggio del cittadino contro lo strapotere dell'amministrazione, si è rivelato uno strumento di dirigismo processuale¹⁵⁰. E probabilmente vi sono state altre concause¹⁵¹: il ridotto numero dei giudici amministrativi, la concentrazione in un unico organo a livello centrale e i meccanismi di selezione di secondo grado hanno reso il processo amministrativo più conformato ed uniformemente orientato rispetto al processo civile.

¹⁵⁰ Già N. TROCKER, in "Processo civile e costituzione", in *Studi di diritto comparato* a cura di M. CAPPELLETTI, Milano, Giuffrè, 1994, pp.373 ss. avverte come se vi sono condizioni di piena parità tra le parti e lealtà di comportamento, il principio dispositivo è preferibile a quello inquisitorio, non tanto perché quest'ultimo sia di ostacolo al contraddittorio, quanto perché sono più facili le deviazioni dirigistiche.

¹⁵¹ Vedi per una riflessione più profonda L'enciclopedia Treccani alla voce giudizio amministrativo, volume XV, p.234.

CAPITOLO SECONDO

PROFILI PROCEDIMENTALI

1. IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO COME CARDINE DELLA TUTELA DELLA SITUAZIONE GIURIDICA DEL CITTADINO NEI CONFRONTI DELLA P.A. NEL CORSO DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

Il fatto che il principio del contraddittorio non rappresenti una prerogativa del moderno Stato di diritto ma, al contrario, nella sintetica formulazione dell' *audi et alteram partem*, risalga al diritto romano, dovrebbe far riflettere sul suo vero significato: ogni sistema di diritto che pretenda di instaurare una "legalità veduta non già come mera legalità-legittimità, ma come legalità-giustizia"¹⁵², non può rimandare al momento giurisdizionale la tutela delle situazioni giuridiche del cittadino e, anzi, gli interessi giuridici sottesi devono trovare soddisfazione già nella fase di formazione dell'atto, del farsi del potere.

Con l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, sembra che il principio del contraddittorio sia applicabile alla generalità dei procedimenti amministrativi, eccetto i casi, residuali, previsti dalla legge. Si tratta, evidentemente, di un notevole progresso rispetto al passato assetto normativo, in cui, al contrario, il principio del contraddittorio era ritenuto operante nei soli casi previsti dalla legge¹⁵³, nonostante la diversa interpretazione che si sarebbe potuta dare dell'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo¹⁵⁴.

Aboliti i giudici speciali per il contenzioso amministrativo, la competenza a decidere le controversie in cui fosse parte una pubblica amministrazione e che riguardassero i diritti soggettivi dei privati era attribuita ai giudici ordinari, mentre si demandava alle autorità amministrative il compito di conoscere gli "altri affari", cioè quelli riguardanti gli interessi legittimi, e di risolverli con decreti motivati solo dopo aver accolto le deduzioni e le osservazioni rese per iscritto dalle parti interessate; nei confronti dei provvedimenti così assunti, poi, era ammesso il ricorso in via gerarchica secondo quanto disposto dalle leggi amministrative.

In linea di principio, dunque, vi erano tutte le condizioni per una riforma del sistema di giustizia amministrativa in senso più garantistico per l'individuo:

Le deduzioni e le osservazioni che i privati potevano presentare già nel corso del procedimento avrebbero potuto essere guardate come un'embrionale realizzazione del contraddittorio in ogni tipologia di procedimento amministrativo¹⁵⁵; mentre il ricorso gerarchico avrebbe potuto essere concepito come un procedimento di secondo grado, in cui il

¹⁵² Cfr., le ampie considerazioni generali di G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 72 ss.

¹⁵³ Vedi le considerazioni critiche di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, pp. 90-95.

¹⁵⁴ Si tratta della legge 20 marzo 1865, n. 2248, ALL. E., art. 3.

¹⁵⁵ In senso contrario vedi per tutti le conclusioni di CAMMEO, nella nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 30 maggio 1919, in *Giurisprudenza Italiana*, 1919, III, 231: l'art. 3 "significa che le parti hanno diritto di produrre spontaneamente deduzioni e osservazioni, che l'amministrazione ha l'obbligo di esaminarle, se prodotte, tutt'al più, è tenuta a comunicarle *hinc inde* se richiesta, ma non implica affatto il principio, ben diverso e più rigoroso, che l'amministrazione ha anche il dovere di provocare le deduzioni e le controdeduzioni con comunicazioni da farsi d'ufficio" (232). Lo stesso Autore, in *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 343, afferma che, nel contesto della legge abolitiva, "gli interessi non potevano avere altra difesa che quella dipendente da un diligente esame da parte degli organi amministrativi e dal ricorso ad autorità amministrative superiori". Conferme in tal senso provengono anche dalla giurisprudenza: "La norma contenuta nell'art. 3, L. 20 marzo 1865, n. 2248 ALL. E. abolitiva del contenzioso amministrativo, la quale prevede, in via generale, la partecipazione del cittadino al procedimento di formazione degli atti amministrativi, non ha introdotto nel nostro ordinamento il principio generale del contraddittorio nel procedimento amministrativo" (T.A.R. Campania-Salerno, 5 luglio 1983, n. 315, in *T.A.R.*, 1983, I, 2671); inoltre, "secondo l'attuale sistema del nostro ordinamento amministrativo, è regola che la fase istruttoria si svolga senza la partecipazione del privato destinatario dell'atto finale della procedura" (T.A.R. Calabria-Catanzaro, 19 gennaio 1983, n. 3, in *T.A.R.*, 1983, I, 263).

ricorrente poteva introdurre, oltre ai motivi già proposti con l'opposizione rimostranza nel pregresso procedimento, anche nuovi motivi, non trovando applicazione nel sistema procedimentale i meccanismi, tipicamente giurisdizionali, della devoluzione, della preclusione e dell'acquiescenza.

Ciononostante, il nostro sistema di diritto positivo si evolse in tutt'altro senso¹⁵⁶: una volta affermato il carattere meramente programmatico della norma giuridica posta dall'art. 3, fu facile concludere che l'obbligo del rispetto del principio del contraddittorio sussistesse nei soli casi previsti dalla legge (e non a caso per esigenze di tutela e di difesa particolarmente "sentite" nel contesto sociale: così, in materia di procedimenti disciplinari, sanzionatori, di espropriazione per pubblica utilità, di formazione dei piani regolatori); inoltre, dalla giurisprudenza fu negata ogni possibilità di giuridico raccordo tra le fasi del procedimento, del ricorso amministrativo e del ricorso giurisdizionale, con la conseguente svalutazione della funzione garantistica che avrebbe potuto rivestire il procedimento amministrativo nell'ottica delle fasi successive¹⁵⁷. Anzi, secondo alcuni Autori, nemmeno si pone una questione di raccordo tra le diverse fasi, in quanto l'art. 3 si riferirebbe "a deduzioni e osservazioni in ordine ad atti già emanati e non a quelli ancora da emanare (...). Se è vero infatti che l'art. 3 fa riferimento esclusivamente agli "affari" che genericamente potrebbero anche ricomprendere le questioni insorgenti prima della formazione dell'atto, è anche vero che essi sono della natura di quelli previsti nell'art. 1, ossia importano l'esistenza di "controversie", le quali non possono che conseguire all'atto della pubblica amministrazione"¹⁵⁸.

Infine, lo strumento del ricorso amministrativo si rivelò inadeguato ad assolvere funzioni di effettivo controllo sull'operato della P.A., visto che l'organo gerarchicamente sovraordinato, se nei casi migliori perseguiva l'interesse pubblico, in quelli peggiori "parteggiava" per l'interesse dell'amministrazione stessa¹⁵⁹. Ma il colpo definitivo fu assestato dalla legge del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, con la quale si volle dare tutela giurisdizionale a quelle situazioni deferite alla competenza dell'amministrazione, nella speranza di aumentare le aspettative di tutela che secondo il disegno originario avrebbero dovuto essere realizzate già con l'abolizione del tribunale del contenzioso amministrativo. In realtà, si produsse un nuovo scollamento: lo strumento del ricorso amministrativo entrato definitivamente in crisi, trascinò con sé anche le sorti del procedimento. Ormai era fuori luogo anche solo parlare di un contraddittorio procedimentale (sempre eccettuati i casi previsti dalla legge¹⁶⁰), considerato anche il fatto che il ricorso amministrativo era ridotto ad una tappa obbligata in vista della vera tutela giurisdizionale¹⁶¹.

¹⁵⁶ Vedi G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, p. 210 e ss., sull'impossibilità di rifarsi all'art. 3 come al fondamento di un principio generale del contraddittorio tra Amministrazione e privati nel procedimento amministrativo "non solo per le ombre che ancora sembrano rimanere, dal punto di vista interpretativo, sulla sua esatta portata, ma, soprattutto, perché il contrario orientamento della giurisprudenza, secolare e costante, è talmente radicato che solo un intervento del legislatore potrebbe probabilmente far riemergere l'art. 3 ad operante disciplina del contraddittorio tra Amministrazione e cittadini". Vedi anche in tal senso G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1969, p. 112 e ss.

¹⁵⁷ Vedi G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p. 40.

¹⁵⁸ Cfr., le considerazioni di A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, Giappichelli, cit., pp. 58-59.

¹⁵⁹ Vedi ancora G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p. 45-48.

¹⁶⁰ Cfr., le considerazioni di M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo (La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, p. 21 e ss., dove si ritiene che il legislatore abbia approntato una specifica forma di tutela in contraddittorio in tutti quei casi in cui l'autorità pubblica è in grado di limitare o annientare interessi privati di particolare importanza economica o sociale: da qui le prime realizzazioni del principio nell'ambito dei procedimenti sanzionatori e disciplinari. Analogo sviluppo ebbe il diritto comunitario, dove le esigenze di realizzazione del contraddittorio si manifestarono non a caso nei procedimenti disciplinari, in materia di concorrenza e di dumping.

¹⁶¹ Vedi ancora G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p. 51.

Forse oggi sarebbe possibile ripensare l'assetto del sistema della giustizia amministrativa, in quanto l'estensione dell'operatività del principio del contraddittorio alla generalità dei procedimenti amministrativi *ex lege* n.241/1990 dovrebbe far riflettere sul nuovo ruolo dei ricorsi amministrativi e sulla possibilità di un raccordo giuridico tra procedimento e processo. In tal senso, prioritaria risulta l'indagine sulla collocazione del principio del contraddittorio nel sistema delle fonti del diritto, anche tenuto conto del fatto che, nonostante i notevoli mutamenti normativi (di legislazione costituzionale, primaria e secondaria) e i contrastanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, la sua natura giuridica è rimasta immutata: principio giuridico generale dell'ordinamento.

Con sentenza n. 13 del 1962¹⁶² la Corte Costituzionale, nel precisare la nozione di "giusto procedimento", ne ha negato il rango costituzionale; *sic et simpliciter*, lo stesso orientamento è stato ribadito nella sentenza n. 23 del 1978¹⁶³, in cui, tra l'altro, si è negata la incostituzionalità dell'art. 34 della legge urbanistica n. 1150 del 1942 per non aver previsto nessuna forma di partecipazione o di intervento dei cittadini nel procedimento per la formazione dei programmi di fabbricazione pure essendosi riconosciuto che questi, alla pari dei piani regolatori, possono imporre vincoli alla proprietà privata, sebbene non assoluti o sostanzialmente espropriativi. Coerentemente, con le sentenze n. 200 del 1970, n. 10 del 1971, n. 122 del 1974, si è affermato che l'operatività del principio del contraddittorio e del diritto di difesa è limitata ai procedimenti giurisdizionali e a quelli connessi o preordinati ad un'attività giurisdizionale¹⁶⁴.

In senso parzialmente difforme la Corte si è espressa nella sentenza n. 70 del 1961, con la quale fu dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 10 della legge 23 maggio 1950, n. 223 (il quale demandava agli uffici del Genio civile l'accertamento delle condizioni dello stabile di cui si chiedeva lo sgombero), nella misura in cui nel procedimento non fossero assicurati il contraddittorio e un'istruttoria adeguata; ma, a ben vedere, il motivo di tale decisione risiedeva nell'esigenza di non condizionare la successiva attività del giudice agli accertamenti unilaterali dell'amministrazione, piuttosto che nell'opportunità della tutela diretta del cittadino¹⁶⁵.

Ora, mettendo da parte i pur numerosi esempi giurisprudenziali in questa direzione, ci si deve chiedere se non sia opportuna una diversa interpretazione, anche considerato il fatto che la Costituzione non si disinteressa totalmente della tutela dei singoli nel procedimento amministrativo. Indirettamente, anzi, si possono trarre numerosi spunti¹⁶⁶.

Infatti, sebbene il principio del contraddittorio non possa essere derivato dall'art. 3 della Costituzione per sostenere la parità procedimentale tra amministrazione ed amministrati, quantomeno è possibile affermare la parità in generale degli amministrati per evitare irragionevoli quanto discriminatorie diversità di trattamento delle posizioni giuridiche dei

¹⁶² Sentenza commentata da V. CRISAFULLI, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, p. 130 ss.: "Il giusto procedimento consisterebbe, com'è detto in sentenza, per un lato od aspetto, nella esigenza della previa legge generale, enunciante "ipotesi astratte", e del susseguente provvedimento amministrativo, adottato in applicazione ed entro i limiti della legge stessa; d'altro lato o sotto un altro aspetto, nella esigenza che il provvedimento amministrativo autorizzato a incidere sui diritti individuali sia lo sbocco di un procedimento, nel corso del quale gli interessati siano posti in grado di far valere le proprie ragioni e di esperire gli opportuni rimedi, *anche nel merito*".

¹⁶³ Sentenza ampiamente commentata da A. BARDUSCO, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, p. 692 ss.

¹⁶⁴ Cfr., le ampie considerazioni generali di G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, pp. 52-54.

¹⁶⁵ Cfr., anche le conclusioni di M. E. SCHINAIA, *Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 120 e ss. sull'estensione ad opera della giurisprudenza del principio del contraddittorio a determinati procedimenti per ragioni d'opportunità.

¹⁶⁶ Vedi per una ricostruzione d'insieme G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 82 e ss.; G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, p. 217 e ss.; recenti conferme in tale direzione provengono da M. C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Il Foro Amministrativo*, 2001, 6, p. 1829 ss.

singoli (si pensi al diverso status dei dipendenti pubblici statali e regionali; ai vincoli, agli obblighi, alle limitazioni della proprietà privata) a seconda che il procedimento amministrativo sia regionale o statale.

Va ancora osservato che il principio del contraddittorio non può essere derivato nemmeno dall'art. 97 della Costituzione, ritenuta essenzialmente norma programmatica e, comunque, destinata a regolare il profilo organizzativo, non funzionale della P.A. Ora, a parte la superabilità dell'obiezione, è da rilevare come non si possa parlare di imparzialità al momento della decisione se durante il procedimento tutti i soggetti interessati non sono stati posti nelle condizioni di esporre le proprie ragioni, e come, del resto, gioverebbe al buon andamento della P.A. (in determinati casi, certo non in assoluto) la più ampia collaborazione soprattutto a fini istruttori.

Inoltre, sebbene la maggior parte della dottrina concorda nel ritenere che l'art. 24 della Costituzione sia applicabile ai soli procedimenti giurisdizionali, nondimeno si può osservare come la generica espressione "in ogni stato e grado del procedimento" lasci presupporre una qualche operatività sicuramente nei procedimenti amministrativi connessi o preordinati all'attività giurisdizionale (si pensi ai procedimenti sanzionatori, disciplinari e agli stessi ricorsi amministrativi), ma anche negli altri procedimenti, una volta ipotizzato un raccordo giuridico tra procedimento e processo in vista di un completo e pieno esercizio del diritto di difesa.

2. LA LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241, COME MODIFICATA DALLE LEGGI NN. 15 E 80/2005.

2.1. LA FIGURA DEL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO.

La figura del responsabile del procedimento è disciplinata nel Capo II della l. n. 241/1990 e s.m.i., emblematicamente anteposta alla regolamentazione degli istituti di partecipazione al procedimento amministrativo (Capo III) e di semplificazione dell'azione amministrativa (Capo IV). Infatti, già la stessa collocazione è indice di un nuovo modo di concepire l'organizzazione della P.A. e i rapporti tra l'amministrazione e gli amministrati in vista di soluzioni partecipate ed efficienti¹⁶⁷: "attorno alla figura organizzativa del responsabile, stabile guida e punto di riferimento dell'intera procedura, ruotano dunque le regole, gli istituti e le stesse parti pubbliche e private del procedimento, nel disegno di un'amministrazione paritaria e razionale, rispondente alla concezione di pubblica amministrazione ormai da tempo ricavata dal dettato costituzionale"¹⁶⁸.

Di grande rilievo sono i principi organizzativi posti dagli artt. 4 e 5 della presente legge, anche se, a ben vedere, si notano delle incongruenze.

Con molta enfasi l'art. 5 dispone che "*il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale*". Ma, fino a quando non sia stata effettuata l'assegnazione, responsabile del singolo procedimento è il funzionario preposto all'unità organizzativa determinata a norma dell'art. 4, il quale però, stranamente, nessun rimedio dispone proprio nei casi in cui manca l'individuazione dell'unità organizzativa stessa ad opera della legge, del regolamento o della P.A.

Quanto alle funzioni del responsabile, dalla lettura dell'art. 6 non sembra emergere una responsabilità in senso tecnico, quanto, invece, una responsabilità di impulso e guida del procedimento, di coordinatore dell'istruttoria, di punto di riferimento per le parti del

¹⁶⁸ V. l'articolo di M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241, in La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dell'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., p. 299.

procedimento, ma soprattutto per i privati, nel tentativo di superare “il tradizionale limite dell’impersonalità degli uffici”¹⁶⁹.

Il responsabile, oltre a valutare, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione e i presupposti che siano rilevanti per l’emanazione del provvedimento, svolge funzioni più propriamente istruttorie: accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti necessari, adotta ogni misura per l’adeguato e sollecito svolgimento dell’istruttoria.

Di particolare importanza poi è il potere di chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete, in quanto la regolarizzazione delle domande e della documentazione rappresenta un istituto a garanzia del privato (addirittura la regolarizzazione, la precisazione e l’integrazione non violano il principio della *par condicio* nemmeno all’interno dei concorsi e dei procedimenti di gara).

Il responsabile può, ai fini di un completo contraddittorio, disporre l’esperimento di accertamenti tecnici ed ispezioni e ordinare esibizioni documentali, nonché, avendone la competenza, indire le conferenze di servizi.

Importante è anche il compito di curare le comunicazioni, le pubblicazioni e le modificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti, in quanto i principi di trasparenza e di pubblicità sono i presupposti di un confronto paritario e completo.

Da questa disamina emerge tutta la centralità del ruolo del responsabile del procedimento: le funzioni svolte, di carattere preminentemente istruttorio, sono strutturalmente collegate alla funzione decisoria, per cui, è fondamentale una ricostruzione il più possibile completa, anche tenendo conto del fatto che la decisione viene adottata direttamente dal responsabile solo laddove ne abbia la competenza, mentre più spesso accade che gli atti vengano trasmessi a soggetti cui la legge attribuisce la qualifica dirigenziale.

Anzi, sotto il profilo garantistico, la mancata coincidenza tra responsabile del procedimento e soggetto competente ad adottare l’atto finale, può risultare utile in vista del raggiungimento dell’obiettivo dell’imparzialità.

Infatti, se da un lato l’autonomia del responsabile, rispetto agli altri organi amministrativi, giova alle attività di supervisione, conduzione, sollecitazione, dall’altro lato, il fatto che il soggetto decidente abbia il potere di riesaminare la completezza dell’attività istruttoria e di richiedere un’ulteriore attività conoscitiva non può che giovare al contraddittorio.

Semmai, un vero problema ricorre tutte le volte in cui il procedimento si articola in più fasi e si registra la compresenza di più responsabili del procedimento, in chiaro contrasto con l’esigenza del privato di rapportarsi ad un solo soggetto; parzialmente diversa è l’ipotesi in cui più amministrazioni siano coinvolte nel procedimento: in questi casi per ovviare all’inconveniente della moltiplicazione dei responsabili, sono predisposti meccanismi collaborativi al fine di concludere accordi¹⁷⁰, ad esempio le conferenze di servizio.

Con le recenti innovazioni apportate dalle leggi n. 15 e n. 80 del 2005 alla legge generale n. 241/1990, peraltro, si specifica che, qualora l’organo competente per l’adozione del provvedimento finale sia diverso dal responsabile del procedimento, lo stesso non possa discostarsi dalle risultanze dell’istruttoria se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale¹⁷¹. Si tratta, all’evidenza, di un’ulteriore garanzia partecipativa riconosciuta al privato, non tanto in chiave collaborativa quanto invece in chiave difensiva, dovendo il provvedimento amministrativo essere più puntualmente motivato, a tutto vantaggio di una più effettiva tutela giurisdizionale. Già in precedenza, infatti, la giurisprudenza amministrativa era orientata nel senso di considerare viziato da eccesso di potere il provvedimento amministrativo il cui dispositivo contrastasse con i risultati

¹⁶⁹ Cfr., E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, cit., p. 369.

¹⁷⁰ Cfr., sul punto E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, cit., p. 370-371.

¹⁷¹ E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2006, p. 369; A. DI MARIO, *Il responsabile del procedimento diventa il quasi responsabile del provvedimento*, in *Le nuove regole dell’azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, (a cura di) F. Caringella. D. De Carolis, G. De Marzo, Milano, Giuffrè, 2005, p. 373 e ss.

dell'istruttoria. Si tratterebbe, nello specifico, di un vizio della motivazione, in quanto, secondo l'art. 3, legge n. 241/1990, la motivazione deve sempre indicare i presupposti e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione amministrativa, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. Pertanto, se rimane sempre possibile alla pubblica amministrazione l'adozione di un atto il cui contenuto non corrisponda alle risultanze dell'istruttoria, in quanto non ogni contraddittorietà dell'atto rispetto ai risultati dell'istruttoria si traduce in una violazione delle regole di logica ed imparzialità, tuttavia, il soggetto competente ad adottare il provvedimento finale non può sottrarsi all'obbligo di motivarne puntualmente le ragioni.

Occorre osservare, peraltro, che la novella legislativa non eleva ad atto dovuto la formalizzazione della proposta di provvedimento o della relazione istruttoria; più semplicemente impone all'autorità competente ad adottare il provvedimento finale di motivare l'eventuale provvedimento diverso. Ciò non significa, tuttavia, che la norma non imponga un *quid pluris*, consistente comunque in una relazione che tenga conto dei risultati dell'istruttoria. A tale proposito si discute in dottrina del valore giuridico da attribuire a tale atto. Secondo l'orientamento maggioritario si tratterebbe di una proposta, ovvero di un atto preparatorio, a rilevanza esterna e di impulso nei confronti dell'autorità competente a decidere, non potendo ammettersi una relazione successiva al provvedimento già emanato. Secondo alcuni la proposta di provvedimento potrebbe anche essere considerata quale parere obbligatorio ma non vincolante¹⁷². In senso contrario, tuttavia, si osserva che la relazione sulle risultanze dell'istruttoria non configura esercizio di attività consultiva, bensì di amministrazione attiva, facendo sorgere responsabilità in capo al responsabile del procedimento nei confronti dei terzi e non dell'amministrazione¹⁷³.

Altra questione concerne gli istituti di astensione e ricusazione nell'ambito dei procedimenti amministrativi in cui si esercitano attività discrezionali, previsti dall'ordinamento per garantire l'imparzialità dell'organo decidente. Si tratta di previsioni di estremo rigore rispetto a quelle vigenti nell'ambito processuale, almeno per due motivi: in primo luogo l'amministratore, a differenza del giudice, ricostruisce l'assetto di interessi tramite un'attività discrezionale di comparazione e di valutazione; in secondo luogo, "il provvedimento amministrativo può risultare, in concreto, non impugnabile per l'assenza di soggetti attivamente legittimati a proporre ricorso, con conseguente irrimediabile pregiudizio per l'interesse pubblico"¹⁷⁴. Quindi, nel caso in cui l'amministratore abbia un interesse personale, diretto o indiretto, nell'affare; nel caso sia legato da rapporti di parentela o di affinità fino al quarto grado; o ancora sia amministratore o gerente di persone giuridiche o legato da vincoli di società; o infine si trovi in situazioni tali da turbare effettivamente o potenzialmente la serenità e l'obiettività del giudizio, egli deve astenersi e, se non lo fa deve essere ricusato, con la conseguenza che gli atti compiuti sono nei casi meno gravi irregolari, nei casi più gravi illegittimi e quindi sempre annullabili. Tuttavia, "l'interessato ad un procedimento non può provocare l'astensione del responsabile del procedimento stesso e, in tal modo, incidere sulla funzionalità dell'organo, mediante la presentazione di una denuncia penale; pertanto, la situazione di inimicizia che è produttiva di incompatibilità per il funzionario deve preesistere all'avvio del procedimento e non deve trovar causa nel procedimento stesso, altrimenti non si può dire che incida sull'imparzialità dell'azione amministrativa, ma ne costituisce, in realtà, un semplice effetto"¹⁷⁵.

Per quanto riguarda, infine, la responsabilità civile, penale, disciplinare del responsabile del procedimento, non vi è stata alcuna innovazione normativa, ma si è ampliato l'ambito del

¹⁷² TOSCHEI, *Le nuove tecniche di diluizione procedimentale del potere delle p.a. dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15: prime riflessioni sulle nuove regole*, in *Cons. St.*, parte II, 1/2005, p. 229 ss.

¹⁷³ A. DI MARIO, *op. cit.*, p. 406.

¹⁷⁴ Cfr., a questo proposito la voce *Astensione e ricusazione (dir. proc. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. III, pp. 1-2.

¹⁷⁵ TAR Veneto, sentenza 29 gennaio 2001, n. 177.

sindacato sulla legittimità o liceità del comportamento tenuto. Infatti, il responsabile risponde nei confronti dei terzi o dell'amministrazione della mancata o erronea comunicazione d'avvio, del mancato o erroneo accertamento di fatti, stati e qualità, di mancate o erronee acquisizioni, senza contare che la previsione generale "adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria", è tale da ricomprendere in generale tutte le omissioni e i ritardi¹⁷⁶.

2.2. L'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE DELL'AVVIO DEL PROCEDIMENTO.

L'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento rappresenta, accanto agli obblighi di trasparenza e di valutazione, una garanzia per il privato che aspiri ad un contraddittorio paritario con la pubblica amministrazione. È, infatti, abbastanza intuitivo che, laddove manchi una condizione di conoscenza o, comunque, di conoscibilità, viene meno il presupposto stesso del confronto dialettico. Quanto alla determinazione in concreto di ciò che sia rilevante ai fini di una corretta formazione della notizia di avvio, i vari ordinamenti giuridici possono compiere diverse scelte di diritto positivo. L'art. 8, l. n. 241/1990, ad esempio, dispone che nella comunicazione¹⁷⁷ devono essere indicati l'amministrazione competente, l'oggetto del procedimento promosso, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento, l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti. Con le recenti modifiche legislative, peraltro, il contenuto della comunicazione di avvio del procedimento si è arricchito di nuove previsioni. In particolare, si specifica che occorre comunicare anche la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'art. 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento, nonché i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione (art. 8, comma c-bis, legge n. 241/1990, come modificata dalle leggi nn. 15 e 80/2005). A tale riguardo va osservato che, salvi i casi di silenzio assenso, decorsi i termini dei predetti commi 2 o 3, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini di cui ai predetti commi 2 o 3. Il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti. Infine, limitatamente ai procedimenti ad iniziativa di parte, occorre comunicare anche la data di presentazione della relativa istanza (art. 8, comma c-ter, legge n. 241/1990, come modificata dalle leggi nn. 15 e 80/2005).

Va peraltro osservato che in ordine a tale ultima ipotesi, la dottrina dominante¹⁷⁸ ha molto insistito, rilevando che il privato che chiede l'apertura del procedimento depositando un'istanza, con tutta probabilità, avrà interesse a ricevere la comunicazione per arricchire il materiale probatorio ed opporre controdeduzioni alle osservazioni di eventuali controinteressati; inoltre, se mancasse la comunicazione, il privato si troverebbe in una condizione di passività sia nel caso in cui il procedimento si concludesse in modo a lui favorevole (tra l'altro non si può escludere che il privato trovi una maggiore soddisfazione in un diverso assetto di interessi, ugualmente possibile in astratto), sia nel caso in cui il procedimento si concludesse in senso sfavorevole (magari, se avesse avuto conoscenza dell'inizio del procedimento, avrebbe

¹⁷⁶ Vedi le considerazioni di M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dell'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., p. 325.

¹⁷⁷ Cfr., F. GIGLIONI, *Emersione e risoluzione di problemi nei primi dieci anni di applicazione dell'istituto della partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, in *La legge n. 241/1990: Fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., pp. 206-209.

¹⁷⁸ Cfr., G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, p. 35 ss.; e S. FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, Torino, Giappichelli, 1990, p. 95.

potuto preparare meglio le proprie argomentazioni); infine, il privato si troverebbe paradossalmente in una condizione peggiore rispetto a quella in cui vengono a trovarsi i soggetti a cui viene comunicato un procedimento in cui l'iniziativa è dell'ufficio.

Il diritto comunitario, al contrario, prevede obbligatoriamente la sola comunicazione dell'oggetto del procedimento, anche se nutrita giurisprudenza¹⁷⁹ sul punto ha confermato che si tratta di un obbligo particolarmente stringente: il documento deve informare in modo chiaro e preciso di tutti gli elementi essenziali di fatto e di diritto in possesso dell'autorità procedente, anche se è data la possibilità di integrare in un secondo momento quegli elementi che prima erano irrilevanti o sconosciuti¹⁸⁰. Per quanto riguarda i soggetti a cui la notizia deve essere comunicata, l'art. 7 individua i diretti destinatari del provvedimento, coloro che per legge devono intervenire nel procedimento e coloro che, individuati o facilmente individuabili¹⁸¹, possono subire un pregiudizio in conseguenza dell'adozione del provvedimento. Normalmente la forma tipica di comunicazione è quella personale, ma, nel caso questa non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione ha la facoltà di adottare forme di pubblicità più idonee.

Fermo restando la garanzia formale dell'obbligo di comunicazione d'avvio, rimane il problema di stabilire, nel silenzio della legge, quando una notizia sia effettivamente garantistica¹⁸². Infatti, la legge non stabilisce entro quale termine, a partire dal momento della ricezione dell'istanza di parte o del perfezionamento della fattispecie da cui dipende il dovere di iniziare d'ufficio il procedimento, la comunicazione debba essere effettuata. Certamente una prassi che consentisse alla pubblica amministrazione di comunicare con ritardo o addirittura nell'immediato della c.d. fase dell'audizione gli elementi rilevanti ai fini del contraddittorio, impedirebbe di fatto agli interessati di prepararsi adeguatamente, compromettendo così tanto l'aspetto difensivo quanto l'aspetto propositivo dell'intervento¹⁸³.

Di qui l'opportunità di un sindacato sulla ragionevolezza del termine.

Altra questione concerne l'individuazione dei casi in cui è escluso l'obbligo della comunicazione.

I casi più evidenti consistono nei procedimenti amministrativi diretti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali l'art. 13 esclude alla radice la possibilità stessa dell'applicazione dell'intera legge.

In secondo luogo vengono in rilievo i provvedimenti adottati in caso di necessità ed urgenza (art. 7¹) e i provvedimenti cautelari (art. 7²). Nel primo caso, addirittura, le particolari

¹⁷⁹ C.G.C.E., sentenza 15 luglio 1970, ACF Chemifarma, causa 41/69, in *Raccolta Ufficiale*, 1970, p. 661; C.G.C.E., sentenza 15 luglio 1970, Buchler, causa 44/69, in *Raccolta Ufficiale*, 1970, p. 733; C.G.C.E., sentenza 15 luglio 1970, Boeringer, causa 45/69, in *Raccolta Ufficiale*, 1970, p. 769; C.G.C.E., sentenza 14 luglio 1972, Geigy, causa 52/69, in *Raccolta Ufficiale*, 1972, p. 787.

¹⁸⁰ Cfr., M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, pp. 112-116.

¹⁸¹ Vedi sul punto le considerazioni di E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, cit., p. 375, dove si sottolineano le oscillazioni della giurisprudenza nell'interpretazione dell'espressione "soggetti individuati o facilmente individuabili", soprattutto in considerazione del giudizio di tipo prognostico che dovrebbe effettuare l'amministrazione.

¹⁸² Cfr., F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., p. 221, dove si distingue tra interessi oppositivi ed interessi pretesivi. Nel primo caso la comunicazione d'avvio è facilmente effettuabile per le parti necessarie – non altrettanto si può sostenere per le parti eventuali -. Nel secondo caso la comunicazione è in ogni modo difficile, in quanto l'amministrazione è chiamata a "scegliere tra una pluralità di aspiranti, titolari di aspettative, tra di loro sostanzialmente omogenee (...), soccorre in questi casi la regola sulla funzione prevista dall'art. 12 della riforma, allorché è fatto obbligo all'amministrazione di predeterminare e rendere pubblici i criteri che verranno applicati in sede di emanazione dei singoli provvedimenti?".

¹⁸³ Cfr., sul dovere di correttezza gravante sulla P.A. al momento della comunicazione M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, pp. 121.

esigenze di celerità del procedimento precludono a qualsiasi tipo di comunicazione¹⁸⁴; nel secondo caso, al contrario, la comunicazione è soltanto differita, con ciò significando una maggiore garanzia per il privato. Quindi, considerando da una parte la difficoltà di una netta distinzione tra misure d'urgenza e misure cautelari e, dall'altro, il fatto che anche i provvedimenti cautelari vengono adottati in condizioni d'urgenza, sarebbe auspicabile un potenziamento del potere cautelare in capo alla pubblica amministrazione¹⁸⁵.

Altra categoria di procedimenti potrebbe essere individuata *per relationem* in base alla disciplina del diritto di accesso: laddove è escluso l'esercizio del diritto di accesso in vista della protezione di interessi meritevoli di tutela (segreto, riservatezza...), dovrebbe essere parimenti esclusa la possibilità di comunicare l'inizio del procedimento. Tipico il caso dei procedimenti repressivi di competenza dell'autorità di pubblica sicurezza, non a caso denominati "riservati".

Una categoria di creazione tipicamente giurisprudenziale è rappresentata dai procedimenti finalizzati all'occupazione d'urgenza delle aree destinate alla costruzione di opere pubbliche. Tuttavia, sussiste comunque l'obbligo di comunicazione "nell'ipotesi di dichiarazione di pubblica utilità implicita, derivante cioè direttamente dall'approvazione del progetto di opera pubblica, in relazione alla quale il giusto procedimento previsto dagli artt. 10 e 11 legge n. 865 del 1971 viene ad essere, se non soppresso, quantomeno differito ad un momento successivo a tale approvazione e alla stessa occupazione d'urgenza e, quindi, non è idoneo a garantire la tempestiva partecipazione al procedimento dei soggetti interessati"¹⁸⁶.

Altri casi, ugualmente pacifici, individuati dalla giurisprudenza, consistono nelle ipotesi in cui il privato ha avuto conoscenza dell'avvio del procedimento *aliunde* ma in tempo utile per partecipare all'iter istruttorio o anche quando il procedimento consegue, con un preciso nesso di derivazione, da una precedente attività amministrativa già conosciuta dall'interessato¹⁸⁷.

Tuttavia, lo stesso Consiglio di Stato¹⁸⁸ non manca di sottolineare come "nell'ambito di un procedimento espropriativo in cui i termini per la conclusione dell'intervento ablativo siano stati prorogati in virtù di specifici decreti, questi ultimi si atteggiavano quali momenti iniziali di sub procedimenti (di proroga), eventuali e straordinari rispetto al procedimento tipico, sicché non se ne presume la conoscenza da parte degli interessati (allorché costoro abbiano avuto notizia del solo procedimento principale).

Ulteriore problema affrontato dalla dottrina consiste nella possibilità di assicurare una forma di partecipazione dei privati in quei procedimenti caratterizzati da discrezionalità tecnica, cioè da un'attività amministrativa di valutazione, verificabile solo in sede di verifica dell'esistenza dei presupposti e delle condizioni previsti dalla legge per l'esercizio del potere¹⁸⁹.

Se in passato la giurisprudenza propendeva per una soluzione di inconciliabilità (esigenze di celerità da un lato e prefigurazione normativa e in astratto del quadro di interessi dall'altro facevano presumere l'inutilità, se non addirittura la lesività, dell'intervento del privato in vista

¹⁸⁴ Vedi TAR Lazio, sez. I, sentenza 15 dicembre 2000, n. 12129: "Il potere di sospensione provvisoria della pubblicità ingannevole, spettante all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, presuppone la sussistenza di uno stato di urgenza che peraltro non esime di norma l'Autorità stessa, almeno quando la sospensione abbia formato oggetto di richiesta di parte, dell'instaurazione del contraddittorio (...), salvo che sull'ordinario presupposto dell'urgenza si innestino in concreto esigenze di celerità tali da non consentire che il detto intervento cautelare possa essere ritardato per il breve arco di tempo necessario all'audizione delle parti".

¹⁸⁵ Vedi sul punto, in particolare, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, cit., p. 376-377.

¹⁸⁶ TAR Lazio, sez. I, 30 dicembre 2000, n. 13252.

¹⁸⁷ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 22 maggio 2001, n. 2823, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 12, p. 1245 ss.

¹⁸⁸ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 16 marzo 2001, n. 1578.

¹⁸⁹ Vedi la dettagliata ricostruzione storica delle sentenze emanate sul punto dai TAR e dal Consiglio di Stato dal 1992 al 1998, considerando in particolar modo oscillazioni e sviluppi, compiuta da B. TONOLETTI, nell'articolo *La comunicazione di avvio del procedimento nell'interpretazione giurisprudenziale (la questione degli atti vincolati e dichiarativi)*, in *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., p. 336 ss.

del perseguimento dell'interesse pubblico), oggi l'orientamento dominante è nel senso opposto per diversi ordini di motivi.

In primo luogo deve distinguersi tra discrezionalità tecnica in senso stretto e discrezionalità tecnica in senso lato: solo nel primo caso i presupposti, basati su meri accertamenti tecnici, sarebbero verificabili univocamente dalla P.A., mentre nel secondo caso, essendo le scelte opinabili, sarebbe possibile il contraddittorio procedimentale. (TAR Lazio, sez. II, n. 636/1998; Cons. Stato, sez. VI, n. 1005/1999 e n. 1223/1996).

In secondo luogo, si potrebbe pur sempre replicare che anche nei procedimenti caratterizzati da attività vincolata "pura", l'intervento del privato sarebbe utile almeno sul piano della ricostruzione fattuale¹⁹⁰.

In terzo luogo, l'attività vincolata della P.A. segue spesso all'attività di programmazione e pianificazione rispetto alla quale il contraddittorio con il privato è escluso dalla legge stessa (art.13, l. n. 241/1990), quindi un eventuale intervento potrebbe indurre a scelte più opportune fermo restando l'assetto degli interessi.

Ciò premesso, l'orientamento che maggiormente convince sul punto è quello fatto proprio dal Consiglio di Stato¹⁹¹, secondo il quale la comunicazione è superflua quando: l'adozione del provvedimento è vincolata e doverosa; i fatti sono pacifici ed incontestati dalle parti; la norma da applicare è sufficientemente certa.

Il problema della partecipazione nei procedimenti caratterizzati da discrezionalità tecnica pone poi ulteriori questioni interpretative sull'art. 17, l. n. 241/1990. Si tratta essenzialmente di quelle valutazioni tecniche che devono essere obbligatoriamente effettuate in prima istanza da organi ed enti appositi e, in mancanza, da istituti universitari, organi ed enti pubblici con pari qualificazione e capacità tecniche equipollenti.

Apparentemente non si pone nessun problema di partecipazione del privato, visto che la legge fa riferimento a soggetti di natura pubblicistica; ma, a ben vedere, il termine stesso "valutazioni tecniche" dà adito a contrasti: la legge non parla di meri accertamenti tecnici, ma di valutazioni, espressione generica che lascia intendere che residui un margine di discrezionalità in capo all'amministrazione. Applicando questo ragionamento al caso di cui sopra, cioè procedimenti caratterizzati da discrezionalità tecnica in senso lato, si dovrebbe dedurre che anche il privato sia ammesso a partecipare, depositando valutazioni tecniche di ordine strettamente fattuale. È evidente che laddove si accettasse un'interpretazione *lata* del termine "valutazione", l'art. 17 andrebbe riscritto, in quanto l'amministrazione non potrebbe più assumere aprioristicamente il giudizio degli organi pubblici, ma dovrebbe sempre confrontarlo con il giudizio dei privati.

In ogni caso, peraltro, tale ultimo problema trova un bilanciamento con la previsione, ad opera della legge n. 205/2000 sul processo amministrativo, di un completo accesso al fatto da parte del giudice amministrativo, che può anche disporre dello strumento della consulenza tecnica.

2.3. L'OBBLIGO DI ASSICURARE LA PARTECIPAZIONE MEDIANTE IL DEPOSITO DI MEMORIE, DOCUMENTI E AUDIZIONI PERSONALI. GLI ASPETTI STRUTTURALI E FUNZIONALI.

¹⁹⁰ Vedi Consiglio di Stato, sez. IV, 13 dicembre 2001, n. 6238, dove si afferma che il Comune non poteva ritenere superflua la comunicazione d'avvio ai proprietari dei terreni interessati da un'occupazione d'urgenza per il semplice fatto che in ogni caso la palestra doveva essere costruita annessa al polo scolastico già realizzato. Infatti, gli interessati avrebbero potuto quantomeno apportare, tramite deposito di osservazioni e controdeduzioni, modifiche al progetto circa le dimensioni e le modalità di realizzazione dell'opera.

¹⁹¹ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 22 maggio 2001, n. 2823, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 12, p. 1247.

La storia amministrativa italiana si contraddistingue per una scarsa attenzione al fenomeno del contraddittorio tra la pubblica amministrazione e gli amministrati nel corso del procedimento amministrativo, soprattutto in passato ma per alcuni aspetti ancora oggi.

Esempio macroscopico ne è la vicenda interpretativa che ha interessato l'art. 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, il quale, pur contenendo in sé le potenzialità per fondare normativamente il principio del contraddittorio, fu più o meno intenzionalmente disapplicato, con la conseguenza di lasciare la determinazione della portata dell'intervento del privato a discipline settoriali e poco garantistiche¹⁹².

In questo contesto è stata fortemente significativa l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i., recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, la quale, salvo determinate eccezioni, ha esteso l'operatività del principio del contraddittorio alla generalità dei procedimenti amministrativi.

Tuttavia, nonostante l'innovatività della soluzione normativa e l'ampio respiro con cui la legge affronta il problema della partecipazione del privato al procedimento, può essere mosso un importante appunto circa la completezza e la razionalità dell'impianto complessivamente inteso.

Infatti, l'orientamento dominante in dottrina¹⁹³ ritiene che, rispetto al sistema di tutela garantito dal diritto comunitario, il nostro ordinamento riproduca solo in modo approssimativo ed embrionale le garanzie giurisdizionali.

Sebbene la Corte di Giustizia¹⁹⁴, similmente al giudice amministrativo italiano, abbia stabilito che non costituisca violazione del principio del contraddittorio il rifiuto da parte della Commissione di ascoltare oralmente le osservazioni di parte, qualora sia data la possibilità di far conoscere il punto di vista per iscritto tramite il deposito della memorie, è comunque da rilevare che molte norme obbligano la Commissione ad esperire sia la fase scritta che quella orale¹⁹⁵.

Al contrario, l'apporto partecipativo delineato dall'art. 10 della legge n. 241/1990 si limita a prevedere la possibilità per i soggetti di cui all'art. 7 e per quelli intervenuti ai sensi dell'art. 9 “di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento”, nonché di presentare osservazioni in risposta all'eventuale comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza che l'amministrazione può adottare ai sensi dell'art. 10-bis. Certamente la legge in questione non nega la possibilità che norme speciali prevedano forme di contraddittorio ispirate al principio dell'oralità, come del resto si è verificato nell'ambito di statuti e leggi regionali, ma il limite normativo rimane comunque evidente. Rimandando infatti alle conclusioni a cui si è giunti nella prima parte del presente lavoro, è agevole rilevare come tra oralità e scrittura non possa darsi assoluta fungibilità, visto che solo la forma dell'“audizione” è in grado di realizzare la pienezza del contraddittorio attraverso l'immediatezza della presa di posizione.

Una conferma di questa impostazione si trae perfino dalla semplice analisi dei concetti di “memoria” e di “documento”: mentre quest'ultimo ha la funzione di assicurare la certezza della rappresentazione, a tal punto da costituire il mezzo di prova per eccellenza, la memoria

¹⁹² Cfr., la ricostruzione di A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, Giappichelli, cit., p. 11 e ss. e in particolare p. 156, dove si riportano numerose sentenze sul fatto che il principio del contraddittorio non costituiva principio generale dell'ordinamento prima della legge 241/1990. Tra queste, T.A.R. Campania- Salerno, 5 luglio 1983, n. 315, in *T.A.R.*, 1983, I, 2671; T.A.R. Calabria- Catanzaro, 19 gennaio 1983, n. 3, in *T.A.R.*, 1983, I, 263; Consiglio di Stato, sez. IV, 9 dicembre 1964, n. 1382, in *Foro amministrativo*, 1964, I, 1397.

¹⁹³ Vedi sul confronto tra il sistema italiano e quello comunitario le interessanti critiche mosse da M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo (La legge n. 241/1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, pp. 124-125.

¹⁹⁴ C.G.C.E., sentenza 29 ottobre 1979, FEDETAB, cause riunite da 209 a 215/78, in *Raccolta Ufficiale*, 1979, p. 3125, cons. 18.

¹⁹⁵ Regolamento CEE/2176/84 del Consiglio, art. 7, par. 5 e art. 10; Regolamento CEE/99/63 della Commissione, artt. 5 e 7; Statuto dei funzionari, art. 87 e allegato IX, artt. 4 e 7.

può contenere argomentazioni dialettiche, prospettazioni utili ad indirizzare in un senso piuttosto che in un altro l'azione amministrativa, semplici opinioni, confutazioni o richieste: insomma, rappresentazioni e prese di posizione che in ragione della loro opinabilità potrebbero meglio essere svolte in un contesto orale di immediatezza, in un confronto che sia "contraddittorio" nel senso etimologico del termine. Ma questa non è stata evidentemente la soluzione normativa accolta, con grande insoddisfazione di quella parte della dottrina favorevole all'approvazione del disegno di legge progettato dalla Commissione Nigro¹⁹⁶. Nella redazione originaria, infatti, l'amministrato aveva il diritto di corrispondere oralmente con l'autorità procedente, nonché di presenziare personalmente o tramite un rappresentante alle verifiche, alle ispezioni e agli accertamenti in generale, in modo da contestare oralmente ed immediatamente notizie o circostanze sotto il profilo della correttezza delle modalità di acquisizione o sotto il profilo della loro pertinenza all'oggetto del procedimento e rilevanza ai fini della decisione.

Ma questo non è certo l'unico rimprovero che si può muovere alla legge¹⁹⁷. Mancano del tutto norme giuridiche che prevedano la possibilità per il partecipante di farsi assistere da un consulente legale al momento del deposito delle memorie e dei documenti e, in generale, lungo tutto l'iter procedimentale; la tutela della segretezza del rapporto consulente-assistito a garanzia del diritto di difesa; la previsione di un termine certo ed adeguato tra la comunicazione d'avvio del procedimento e la presentazione delle osservazioni e il deposito delle prove. Infatti, ai fini di un effettivo contraddittorio, non è sufficiente la previsione di diritti, poteri e facoltà se questa non è al contempo corredata dalla reale possibilità di esercizio: "L'omissione di quello che apparentemente è solo un dettaglio, può in concreto indebolire il principio del contraddittorio in quanto tale. Una prassi che permettesse alle autorità amministrative di comunicare con ritardo o all'improvviso l'avvio di un procedimento, impedirebbe di fatto agli interessati di preparare adeguatamente le loro osservazioni e quindi di essere interlocutori significativi della pubblica amministrazione"¹⁹⁸. Va peraltro osservato che con le modifiche introdotte dalle leggi nn. 15 e 80 del 2005 all'art. 8, comma 2, è stata prevista la comunicazione del termine entro cui, ai sensi dell'art. 2, comma 2 e 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi conseguentemente esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione.

Nel diritto comunitario, invece, la *ragionevolezza* del termine è sentita a tal punto che questo o è stabilito direttamente dalla legge o ne viene rimessa la predisposizione da parte dell'autorità procedente¹⁹⁹; tuttavia, il sindacato esercitato dalla Corte sulla ragionevolezza non è di tipo formale: perfino un termine eccezionalmente breve potrebbe essere ragionevole, ove sia data all'interessato la possibilità di esprimersi e di influenzare la decisione finale nell'ulteriore corso del procedimento²⁰⁰.

Il discorso sulla ragionevolezza dei singoli istituti di diritto amministrativo sposta le riflessioni sulla correttezza del complessivo impianto procedurale, nonché, in ultima analisi, del comportamento delle "parti" del procedimento nell'esercizio dei "diritti procedurali".

¹⁹⁶ Vedi le importanti considerazioni critiche di A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, in *Ricerche dirette da G. BERTI*, Cedam, cit., p. 64.

¹⁹⁷ Cfr., sul punto M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo (La legge n. 241/1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, p. 125.

¹⁹⁸ Ancora M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo (La legge n. 241/1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, p. 121.

¹⁹⁹ L'art. 4, allegato IX dello Statuto dei funzionari prevede ai fini della legittimità della sanzione disciplinare un lasso di tempo di almeno 15 giorni tra la comunicazione e la data dell'audizione; in materia di diritto della concorrenza e di dumping, invece, è la Commissione a dover stabilire il termine, che non può comunque essere inferiore alla durata di due settimane, dilatata nella prassi fino a quattro od otto settimane: vedi gli artt. 2 e 11 del Regolamento CEE/99/63 della Commissione, e l'art. 7 del Regolamento CEE/2176/84 del Consiglio.

²⁰⁰ Vedi le considerazioni di M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo (La legge n. 241/1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, p. 122.

Infatti, da un lato la recente crisi dell'idea della "tipicità"²⁰¹ del provvedimento amministrativo (addirittura oggi può essere "contrattato"), dall'altro lato l'incompiuta opera di "tipizzazione" della procedura amministrativa, hanno determinato una forte responsabilizzazione dei soggetti coinvolti, tanto che la dottrina ha parlato di "*una vera e propria scommessa sull'etica della responsabilità*"²⁰². Responsabilità che pesa sia sul soggetto pubblico nella persona del responsabile del procedimento (anche se a tutto rigore non può parlarsi di responsabilità in senso tecnico), sia sul soggetto privato che tenta di convincere l'autorità procedente della fattibilità ed opportunità delle proprie prospettazioni. Del resto, lo stesso istituto del contraddittorio rappresenta un'arma a doppio taglio: se esso in linea di massima giova al privato che con le proprie argomentazioni può influenzare in un senso piuttosto che in un altro la decisione finale²⁰³, conseguendo così un beneficio od evitando un pregiudizio, allo stesso tempo però grava chi se ne serve della responsabilità dell'assunzione del rischio.

Responsabilità sicuramente più evidente nei procedimenti ispirati alla logica della semplificazione amministrativa, ma presente in generale in ogni tipo di procedimento amministrativo²⁰⁴.

Infatti, secondo la più fine interpretazione dottrina²⁰⁵, lo strumento delle "memorie" si rivelerà tanto più incisivo quanto più sarà in grado di isolarsi da una condizione meramente "individualistica" ed "egoistica" di richiesta di un vantaggio o di opposizione ad un pregiudizio, per perseguire invece il più ambizioso obiettivo della composizione degli interessi, pubblici e privati insieme. A conferma di questa impostazione, del resto, si pone il definitivo superamento dell'antica distinzione tra opposizioni nell'interesse proprio ed osservazioni nell'interesse pubblico, per cui oggi prevale l'idea della giusta composizione degli interessi. Di conseguenza, la partecipazione del privato condiziona l'agire pubblico a diversi livelli.

Un primo livello riguarda la formazione del materiale istruttorio in un contesto di "*doverosità officiosa*"²⁰⁶: l'amministrazione ha l'obbligo giuridico di assicurare la partecipazione mediante il deposito delle memorie; ha l'obbligo di valutarle ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento; ha l'obbligo di accertare i fatti d'ufficio e di compiere qualsiasi altro atto necessario ai fini dell'effettività del contraddittorio nella fase istruttorio; ha l'obbligo di assicurare la pubblicità e l'accesso degli atti del procedimento in vista di una più compiuta corrispondenza tra le parti del procedimento²⁰⁷; ha l'obbligo di promuovere e realizzare la completezza e la correttezza delle acquisizioni in vista di un leale contraddittorio²⁰⁸.

Sempre a questo proposito, occorre considerare il problema del "tempo dell'intervento". Posto che la legge prevede quale termine ultimo invalicabile solo quello di conclusione del procedimento, si può ragionevolmente sostenere l'ammissibilità delle deduzioni dei privati fino

²⁰¹ Cfr., le interessanti conclusioni critiche cui giunge M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 26.

²⁰² M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 313.

²⁰³ Vedi la definizione del principio del contraddittorio in senso stretto in M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo (La legge n. 241/1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, p. 108.

²⁰⁴ Ancora M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 313 e ss.

²⁰⁵ Vedi le considerazioni critiche di A. VALORIZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, in *Ricerche dirette da G. BERTI*, Cedam, cit., p. 71.

²⁰⁶ A. VALORIZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, in *Ricerche dirette da G. BERTI*, Cedam, cit., p. 67.

²⁰⁷ Osserva F. LEDDA in *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1993, p. 138, "un primo modo di comunicare si ha già nella richiesta di esibizione degli atti del procedimento, la cui visione è configurata dalla legge come contenuto di un diritto soggettivo del privato: attraverso quella esibizione, che appunto in quanto correlata ad un diritto dovrebbe essere qualificata come attività dell'amministrazione strettamente obbligatoria, si rendono conoscibili non soltanto i risultati delle operazioni compiute, ma anche e soprattutto, almeno in via diretta, la ragione d'essere di queste e quindi i criteri ed obiettivi dell'indagine".

²⁰⁸ Vedi in particolare il tenore normativo dell'art. 6 della legge n. 241/1990.

al momento dell'adozione del provvedimento finale²⁰⁹. Sarebbero quindi illegittime eventuali norme regolamentari che stabilissero termini perentori per la presentazione di memorie e documenti, ma non evidentemente quelle disposizioni adottate dal responsabile del procedimento per regolare in modo più razionale e sollecito lo svolgimento delle attività istruttorie.

Un secondo livello riguarda la valutazione e la ponderazione del materiale acquisito secondo i canoni della pertinenza e della rilevanza²¹⁰. Occorre notare a questo proposito le importanti conseguenze giuridiche sull'effettività del contraddittorio che discenderebbero dalla presunta natura discrezionale dei due tipi di giudizio. Se secondo una parte della dottrina²¹¹ la discrezionalità riguarderebbe entrambi i tipi di giudizio, secondo altra parte²¹² caratterizzerebbe il solo giudizio sulla rilevanza, in quanto è nel momento della comparazione dei diversi interessi che si recide il nesso con la pertinenza: tra due interessi, ugualmente pertinenti, è infatti possibile che solo uno di essi venga giudicato anche rilevante, e proprio questa scelta di valore implica l'operazione discrezionale; al contrario, il giudizio sulla pertinenza sarebbe assolutamente vincolato, anche tenuto conto del fatto che a differenza del processo giurisdizionale, la procedura amministrativa non incontra il limite del c.d. "merito", risultando in definitiva sufficiente ai fini della semplice acquisizione del fatto giuridico un mero nesso di pertinenza all'oggetto del procedimento²¹³.

Un terzo livello riguarda, infine, l'obbligo di motivazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria, altresì rafforzato laddove il soggetto competente all'adozione del provvedimento, qualora diverso dal soggetto che ha proceduto all'istruttoria, intenda discostarsi dalla medesima: è abbastanza evidente, infatti, che laddove fosse concesso alla P.A. di omettere i criteri e le ragioni giustificative della decisione finale, la funzione del principio del contraddittorio ne risulterebbe alquanto elusa.

La connessione strutturale e funzionale tra deduzioni del privato e obbligo di motivazione emerge in modo netto nel caso in cui sia la legge stessa a prevedere la presentazione delle deduzioni, a prescindere dal fatto che nei singoli casi concreti le deduzioni medesime siano state provocate dall'amministrazione attraverso una comunicazione d'avvio o volontariamente introdotte dai soggetti interessati²¹⁴.

Tale connessione risulta meno evidente, ma pur sempre ipotizzabile, nei casi in cui manchi la previsione normativa. Così, nel caso dei procedimenti discrezionali è la discrezionalità stessa ad esigere la motivazione in relazione ai risultati del contraddittorio²¹⁵; nel caso dei provvedimenti limitativi o restrittivi è la funzione di difesa che lo esige²¹⁶; a rigore, perfino i

²⁰⁹ Così S. FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, cit., p. 103.

²¹⁰ A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, in *Ricerche dirette da G. BERTI*, Cedam, cit., p. 68 nota (48).

²¹¹ In questo senso CERULLI-IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, parte III, Torino, 1991, pp. 78-79.

²¹² In questo senso F. LEDDA in *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1993, pp. 140-141.

²¹³ Il giudizio sulla pertinenza "non vale logicamente ad esonerare l'amministrazione dal pervio obbligo di ricevere ed esaminare ogni scritto ed ogni produzione proveniente dal soggetto partecipante. Diversamente opinando, risulterebbe impedito lo stesso giudizio preliminare sulla pertinenza, solo all'esito del quale potrà essere dichiarata l'eventuale irricevibilità di deduzioni e produzioni che nulla hanno a che vedere con il procedimento in corso". Così S. FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, cit., p. 102 ss.

²¹⁴ Si tratta del sistema normativo oggi vigente e risultante dal combinato disposto degli artt. 7, 9 e 10 della legge n. 241/1990, ampiamente tratteggiato per singoli tipi di procedimento già da G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, p. 224 e ss.

²¹⁵ Cfr., ROEHRSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1941, I, pp. 129, 131 ss.; e MORTATI, *Necessità di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1943, III, col. 12 ss.

²¹⁶ Così per tutte Consiglio di Stato, sez. IV, 26 febbraio 1960, n. 241, in *Il Consiglio di Stato*, 1960, I, p. 192; sez. V, 10 luglio 1964, n. 867, *ivi*, 1964, I, p. 1232.

provvedimenti ampliativi lo esigono, in quanto la portata positiva dell'atto deve pur sempre commisurarsi alle richieste del privato e alla soddisfazione del suo interesse.

A volte è la giurisprudenza stessa ad esigere l'obbligo di assicurare le deduzioni: così, nel caso di procedimenti volti a risolvere una controversia tra soggetti, l'amministrazione non può decidere *inaudita altera parte*, ma deve provocare essa stessa o comunque ammettere le contestazioni volontarie²¹⁷.

Un ulteriore aspetto del problema riguarda le deduzioni del privato volontariamente introdotte nel procedimento ma né obbligatoriamente previste dalla legge o dalla giurisprudenza, né tanto meno provocate dall'amministrazione procedente²¹⁸. In questi casi, nonostante la mancanza di un obbligo di presa in considerazione, è tuttavia possibile prospettare una sorta di contraddittorio eventuale, nel senso che la pubblica amministrazione è libera di avvalersi o non della collaborazione dei privati, ma nel caso decidesse di valutare quelle deduzioni e di porle a fondamento della propria decisione, sarebbe poi obbligata a motivare congruamente: e questo non solo perché costituirebbe vizio di legittimità del provvedimento l'omissione dei criteri e delle ragioni giustificative la decisione, ma anche perché l'amministrazione violerebbe il principio del legittimo affidamento del privato circa la correttezza dell'agire pubblico.

L'ultima problematica che rimane da affrontare concerne la natura giuridica della "pretesa partecipativa" a depositare memorie e documenti.

L'origine del dibattito dottrinale coincide storicamente con il passaggio dal modello liberale dello Stato a quello interventista²¹⁹, quando cioè ci si rese conto che l'intervento pubblico perdeva "la connotazione di momento eccezionale della vita giuridica dei cittadini, diventandone momento abituale"²²⁰. In questa nuova e diversa dinamica giuridica il rapporto tra amministrazione ed amministrati si fa sempre più complesso, al punto che la posizione del privato, un tempo costretta nelle maglie del c.d. interesse oppositivo, tende ora a costruirsi in termini propositivi e pretensivi.

La legge n. 241/1990 ha per così dire estremizzato il processo di "soggettivizzazione" in corso, tanto che oggi si pone il problema della qualificazione di queste nuove posizioni giuridiche.

Parte della dottrina ritiene che le pretese partecipative (diritto di ricevere la comunicazione d'avvio, di prendere visione degli atti del procedimento, di depositare memorie e documenti) non possano a ragione configurare una situazione giuridica soggettiva autonoma, essendo la loro natura di carattere esclusivamente "procedimentale"²²¹.

Più somigliante ma, tutto sommato, non pienamente soddisfacente, una qualificazione in termini di interesse legittimo, posto che in determinati casi l'amministrazione si trova in una situazione di soggezione o di obbligo giuridico, essendo tenuta per legge a comunicare l'avvio se non ricorrono particolari situazioni di necessità od urgenza; a consentire la visione dei documenti alle condizioni previste dalla legge stessa; a permettere il deposito di memorie e documenti; a valutarli se pertinenti all'oggetto del procedimento.

A risultati migliori condurrebbe la ben più ardita ricostruzione in termini di diritto soggettivo.

²¹⁷ Nota la decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 18 novembre 1950, n. 1166, in *Il Consiglio di Stato*, 1950, p. 749, dove si afferma che il contraddittorio è necessari tanto in sede giurisdizionale, tanto in sede amministrativa, qualora la decisione importi la lesione o il disconoscimento dei diritti o interessi legittimi di una delle "parti".

²¹⁸ Cfr., sul punto G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, p. 264 e ss.

²¹⁹ A. MASSERA, *Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991, p. 1 ss.

²²⁰ M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 22.

²²¹ Cfr., per una disamina dell'orientamento che riconosce le pretese partecipative quali interessi procedurali A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, 1996, p. 34 e ss.

Criticata da molti, si tratta tuttavia dell'unica soluzione pienamente rispondente al modello di partecipazione disegnato originariamente dalla Commissione Nigro, dove non a caso era riportata l'espressione "contraddittorio", e di cui si auspica oggi la realizzazione, in vista di un'integrazione a tutti i livelli tra amministrazione ed amministrati.

Tra le altre cose, diversi argomenti normativi e testuali militano in tal senso.

In primo luogo l'abolizione anche letterale della distinzione tra opposizioni (nell'interesse proprio) ed osservazioni (nell'interesse pubblico), tant'è che oggi la partecipazione rappresenta un fatto talmente complesso da non consentire una scissione tra aspetti difensivi ed aspetti collaborativi²²².

In secondo luogo la partecipazione si pone in una dinamica sempre più propositiva, al punto che la legge stessa non distingue tra procedimenti ad istanza di parte e procedimenti iniziati d'ufficio: in entrambe le ipotesi, insomma, è ricostruibile una proposta e una controproposta²²³, aperte reciprocamente agli apporti conoscitivi e valutativi delle parti pubbliche e private. Non che ovviamente il procedimento amministrativo possa essere parificato ad una trattativa tra privati, ma sicuramente esso non rileva più come in passato per l'effetto finale (atto amministrativo), quanto invece per il modo di formazione dello stesso²²⁴.

Anzi, parte della dottrina²²⁵ tende oggi a distinguere "l'agire per la decisione" (si tratta di tutto l'iter procedimentale finalizzato alla preparazione del materiale istruttorio in contraddittorio e in posizione di parità) e "l'agire per la produzione dell'effetto giuridico" (si tratta della fase propriamente decisionale, autoritativa ed ineliminabile del procedimento, ma questo non significa che a priori e necessariamente debba prevalere l'interesse pubblico su quello privato).

In terzo luogo, infine, la configurazione della partecipazione in termini di diritto soggettivo sembrerebbe confermata dall'art. 11: pur essendo sempre la stessa pubblica amministrazione ad "accogliere" osservazioni e proposte ed a formare l'atto amministrativo, è significativo tuttavia che il privato sia giuridicamente posto nella condizione di formulare vere e proprie proposte, di "contrattare" il contenuto dell'atto finale, anche se alle condizioni e nelle forme previste dalla legge²²⁶. A tale riguardo va infatti osservato che, nonostante l'art. 11 della legge n. 241/1990, come da ultimo modificato, non contempli più la previsione di legge per la stipulazione degli accordi sostitutivi del provvedimento, equiparati dunque in quanto a disciplina agli accordi integrativi del contenuto del provvedimento, l'aggiunta di un quarto comma bis vale a riequilibrare la tutela dell'interesse pubblico in generale e dei terzi contro interessati in particolare. Tale ultima norma, infatti, prevede che a garanzia del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, la stipulazione dell'accordo deve essere preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente all'adozione del provvedimento finale.

2.4. L'ISTRUTTORIA PROCEDIMENTALE.

Il fatto che l'istruttoria rappresenti tradizionalmente il luogo di massima realizzazione del principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo non comporta necessariamente

²²² A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, 1996, rileva a p. 103 che forse il termine "memoria" non è stato utilizzato a caso dal legislatore.

²²³ Cfr., per la teoria della proposta e della controproposta A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, 1996, p. 77 e ss.

²²⁴ Vedi sul punto le considerazioni di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 23 e ss.

²²⁵ Vedi A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, 1996, p. 116 e ss.

²²⁶ Ancora A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, 1996, pp. 106-110.

la conseguenza di ridurre l'istituto a mero strumento istruttorio, anzi, l'adesione a questa tesi svilirebbe enormemente la portata garantistica del principio.

Le teorie²²⁷ che in passato hanno accentuato il ruolo istruttorio della partecipazione poggiavano essenzialmente su due considerazioni: in primo luogo, che la realtà non si presenta mai in modo univoco; in secondo luogo, che attività istruttorie e attività decisoria non sono né idealmente né materialmente distinguibili, tanto che la decisione finale, a rigore, rappresenta la *summa* delle decisioni parziali precedentemente assunte. Da queste premesse, si è dedotto che il contraddittorio sia necessario nei limiti in cui apporti significativi elementi istruttori, e ciò equivale ad affidare alla P.A. procedente il potere di selezionare gli interventori in base alla loro autorevolezza e alla loro presunta idoneità a formulare ipotesi convincenti.

Sebbene le premesse del discorso possano essere condivise, come d'altra parte anche l'intento di realizzare un'amministrazione efficace ed efficiente, viste le conclusioni è preferibile valorizzare quelle teorie che, ricollegando il principio del contraddittorio agli istituti di partecipazione democratica e di garanzia, ampliano maggiormente il numero dei legittimati e le possibilità d'intervento.

Con l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, queste istanze garantistiche sono state codificate e generalizzate, tanto da imporre il nuovo modello dell'istruttoria partecipata.

Dal combinato disposto del primo e del secondo comma dell'art. 1, si coglie l'intenzione di mediare tra opposte esigenze: se da un lato il legislatore, innovando al sistema previgente, ha enunciato i criteri a cui deve ispirarsi la P.A. nell'esercizio delle sue funzioni ("l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità"), dall'altro lato si è preoccupato di assicurare comunque l'adeguatezza e la ragionevolezza dell'istruttoria ("la pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria").

Inoltre, non è di poco rilievo la normativa sulla partecipazione al procedimento amministrativo contenuta nel Capo III, funzionalmente collegata al fenomeno istruttorio.

In particolar modo, dalla configurazione dei destinatari degli effetti del provvedimento (siano essi titolari di interessi pretesivi od oppositivi) quali parti necessarie del procedimento e dall'apertura dell'istruttoria alle parti c.d. eventuali e alle altre pubbliche amministrazioni chiamate a formulare pareri obbligatori o determinazioni nei procedimenti complessi, derivano importanti corollari. In primo luogo, "le parti, sia quelle necessarie che quelle eventuali, si vedono parimenti riconosciuti il diritto alla rappresentazione dell'interesse che legittima il loro intervento mediante la presentazione di memorie scritte – non è contemplata invece l'audizione orale – e documenti che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento, nonché di proposte per la conclusione di accordi. Eguali sono dunque anche i poteri propriamente istruttori delle parti necessarie e di quelle non necessarie: diritto di visione e copia di atti e documenti (...), diritto alla produzione documentale, formulazioni di istanze di accertamento per la definizione della situazione di fatto, prospettazioni della dimensione d'interessi"²²⁸.

In secondo luogo, l'obbligo per l'amministrazione procedente di valutare gli apporti istruttori, limitato in passato alle deduzioni del privato parte necessaria del procedimento, grava oggi anche nel caso di intervento volontario del terzo titolare di un interesse giuridicamente rilevante²²⁹.

²²⁷ Cfr., per una completa ricostruzione teorica M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, pp. 58-62.

²²⁸ Vedi R. VILLATA e G. SALA in enciclopedia giuridica treccani voce procedimento amministrativo p. 601.

²²⁹ Sull'obbligo di valutazione degli apporti istruttori vedi la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 14 ottobre 1999, n. 1360, in *Foro amministrativo*, 1999, 10, p. 2117 ss. "Sussiste eccesso di potere per difetto di istruttoria nel caso in cui l'amministrazione ometta la verifica diretta degli atti allegati all'istanza dell'interessato al fine di conseguire benefici ed agevolazioni previste dalla legge (nella specie il contributo per l'incentivazione industriale

Si potrebbe, quindi, legittimamente sostenere che, ormai, l'unico modello istruttorio adeguato alla luce del sistema normativo complessivamente considerato, sia il modello dell'istruttoria partecipata: questa, infatti, non è più concepita staticamente come sede di un contraddittorio formale, ma, al contrario, come un ambito fortemente dinamico, in cui si attiva un contraddittorio in senso sostanziale²³⁰.

Anche strutturalmente, del resto, viene riconfermata questa tensione partecipativa: l'istruttoria è l'insieme degli atti e dei fatti giuridici e delle operazioni materiali attraverso i quali elementi fattuali ed elementi normativi vengono acquisiti al procedimento e valutati ai fini dell'adozione della decisione, senza che rilevi il fatto che tali apporti provengano dall'amministrazione procedente, dalle altre amministrazioni coinvolte, dai soggetti portatori di interessi pubblici, privati o diffusi²³¹.

Tuttavia, nonostante l'astratta possibilità per le parti di partecipare attivamente all'attività istruttoria, non si può correttamente ritenere vigente il principio dispositivo: l'amministrazione, in persona del responsabile del procedimento, accerta d'ufficio i fatti e dispone il compimento degli atti necessari per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria; può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni od istanze erronee o incomplete; può ordinare accertamenti tecnici, ispezioni ed esibizioni documentali.

Inoltre, non è vincolata ad allegazioni ed osservazioni di parte, fermo restando l'obbligo di motivazione della decisione²³².

D'altronde, nemmeno si può ritenere vigente il principio inquisitorio in senso stretto, dal momento che solo in astratto il mancato intervento del privato potrebbe essere parificato all'intervento in quanto agli effetti finali dell'atto adottato. Ragionando in astratto, infatti, si dovrebbe desumere che il privato non abbia nulla da temere in qualsiasi tipo di procedimento, perché l'amministrazione procedente, servendosi dei suoi poteri inquisitori, deciderebbe sempre in base alla più fedele ricostruzione fattuale e normativa della realtà. In pratica, però, le cose non stanno proprio in questo modo e, se nell'ambito di un procedimento sfavorevole le conseguenze potrebbero essere molto gravi (si immagini un provvedimento affittivo o restrittivo che si sarebbe potuto evitare se solo il privato avesse dimostrato il fatto impeditivo, estintivo o modificativo della fattispecie costitutiva), nondimeno potrebbe accadere nell'ambito di un procedimento favorevole (si pensi al caso in cui l'intervento del privato sarebbe stato determinante ai fini dell'adozione del provvedimento)²³³.

In conclusione, quindi, l'istruttoria può dirsi partecipata proprio perché vige il c.d. principio acquisitivo: la produzione di documenti da parte del privato non è una conseguenza

previsto per le aziende del Mezzogiorno dalla l. 7 aprile 1995, n. 104), e si limiti, invece, alla mera verifica, con sistema ottico, della scheda per lettura elettronica predisposta, secondo il modulo preconstituito dalla stessa amministrazione, a cura dell'interessato istante. L'adozione di siffatto metodo di verifica della legittimità delle istanze degli interessati non dispensa l'amministrazione dal dovere di leale cooperazione nei confronti dei soggetti amministrati, ancorché onerati di adempimenti modulari, ai fini dell'accertamento delle condizioni di ammissibilità e dei requisiti di legittimazione per l'emanazione del provvedimento favorevole”.

²³⁰ Cfr., in particolare il contributo di R. VILLATA e di G. SALA in enciclopedia giuridica treccani voce procedimento amministrativo p. 600, in cui si afferma, forse un po' enfaticamente, che la novella, introducendo l'istruttoria partecipata, abbia posto le condizioni per la realizzazione di una democrazia amministrativa accanto alla democrazia politica.

²³¹ Cfr., l'analisi strutturale di CERULLI-IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Torino, 1991, p. 439 ss.

²³² Cfr., F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., pp. 251-252: “Se la presenza ... degli interessati fin dall'avvio del procedimento ha sancito un decisivo ed irreversibile superamento della piena disponibilità del materiale istruttorio da parte della sola amministrazione, ciò non toglie che spetta sempre all'autorità il compito di vagliare, sia pure alla stregua di una congrua ed esauriente motivazione, le allegazioni delle parti e degli intervenienti”.

²³³ Vedi le ampie considerazioni di G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1969, pp. 203-213. In particolare, nella nota n. 85 è fatto notare come il rischio della prova mancata sussista anche nel caso in cui il privato alleghi i fatti senza provarli. In questa ipotesi, il comportamento dell'autorità viene censurato dalla giurisprudenza solo nell'eventualità che non venga svolta alcuna attività di accertamento, senza, però, che si dica mai quando tale attività possa reputarsi sufficiente.

della necessità di soddisfare un onere della prova, ma solo una scelta di opportunità per evitare il rischio della mancata prova: o perché l'amministrazione non si è attivata per cercarla o perché, pur avendola cercata, non l'abbia trovata.

Anzi, in termini tecnici nemmeno si può parlare di onere della prova, di atti istruttori e di fase di istruzione, non tanto perché manchi una procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, quanto perché la c.d. fase istruttoria "non ha per oggetto l'acquisizione di prove ai fini dell'accertamento di un fatto, ma ha un oggetto molto più ampio e complesso, costituito dall'acquisizione al procedimento degli interessi da valutare e, mediamente, nella raccolta di elementi che servono alla valutazione degli interessi stessi"²³⁴. La rappresentazione degli interessi coinvolti è anzi di tale complessità che si dubita persino che esista una sola fase di istruzione: secondo un'autorevole parte della dottrina²³⁵, invece, la fase istruttoria si scomporrebbe in una pluralità di attività istruttorie, non tutte dominate dal principio del contraddittorio. "Di conseguenza, ecco che gli atti di contraddittorio del privato possono assumere le forme più diverse ed intervenire in distinti momenti"²³⁶.

Nei procedimenti di tipo sanzionatorio ad esempio, caratterizzati da estrema litigiosità, è la medesima autorità amministrativa che istruisce e decide la controversia, ma nessuna decisione, nemmeno preliminare, viene adottata prima dell'instaurazione del contraddittorio con gli interessati, i quali possono comparire personalmente e farsi ascoltare, oppure presentare memorie difensive nella forma di opposizioni, deduzioni, ricorsi, reclami, in reazione alla contestazione degli addebiti.

Nei procedimenti costitutivi, invece, siano essi ablatori, concessori o autorizzatori, l'autorità competente nella fase istruttoria può essere diversa dall'autorità decidente; inoltre, soprattutto nei procedimenti che iniziano d'ufficio, il primo atto del procedimento comunicato agli interessati non è il primo atto della serie procedimentale, ma un atto conclusivo di una prima attività istruttoria svoltasi al di fuori del contraddittorio.

Infine, nei procedimenti finalizzati all'adozione di un piano, l'autorità locale che elabora il progetto adotta una decisione preliminare al di fuori di qualsiasi confronto: gli interessati possono prendere visione degli atti del procedimento solo una volta conclusa l'attività istruttoria e possono presentare osservazioni ed opposizioni all'autorità centrale che deve approvare il progetto di piano, ma non possono poi replicare alle eventuali controdeduzioni dell'amministrazione decidente.

Del tutto peculiare è poi il contraddittorio che si verifica nei procedimenti che iniziano ad istanza di parte, in quanto il confronto si apre ai terzi, legittimi e volontari interventori.

Nonostante l'autorevolezza²³⁷, non pare condivisibile la tesi secondo cui "da un lato esiste un profilo di tendenziale collaborazione tra autorità e richiedenti, dall'altro si rileva una nota di antagonismo, che viene a stabilirsi tra autorità e richiedenti, da una parte, e controinteressati dall'altra". Questa ricostruzione, infatti, falsa la dinamica della rappresentazione del quadro di interessi: durante la fase istruttoria, alla pubblica amministrazione è inibito di schierarsi a favore dell'uno o dell'altro e, se pure il contraddittorio si instaura tra richiedente, opponente e P.A., ad essere effettivamente in contrasto sono solo chi chiede all'amministrazione la concessione del provvedimento favorevole e chi invece vi si oppone. Solo in un momento successivo, cioè dopo l'adozione del provvedimento, la P.A. si contrappone ad una delle due parti per effetto della comparazione degli interessi privati con l'interesse pubblico da perseguire²³⁸.

²³⁴ Cfr., GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 842.

²³⁵ Vedi in tal senso GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 898 ss e G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p. 184 ss.

²³⁶ Cfr., G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p.184.

²³⁷ La tesi è prospettata da G. BARONE, in *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1969, pp. 228 ss.

²³⁸ Cfr., ancora sul punto G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, pp. 164-170.

In definitiva, esiste una pluralità di modi di concepire l'attività istruttoria, tanti quanti sono le forme di realizzazione del principio del contraddittorio, le quali, a loro volta, dipendono dalla natura dell'interesse giuridico rappresentato nel procedimento. Quanto più l'interesse sarà personale, concreto, attuale, differenziato (diritti soggettivi ed interessi legittimi), tanto più il titolare dell'interesse medesimo sarà configurabile come "parte" del procedimento, e il contraddittorio acquisterà il valore di garanzia sostanziale. Al contrario, quanto più l'interesse sarà indifferenziato (interessi diffusi), tanto più il suo titolare sarà un mero "partecipante", e il suo contraddittorio ridotto a semplice collaborazione²³⁹.

A questo proposito è d'obbligo un riferimento al diritto comunitario.

In occasione della sentenza resa nel caso *Reeve*²⁴⁰, la Corte di giustizia stabilì che, salva la facoltà delle Istituzioni comunitarie di intervenire per ovviare alle divergenze delle discipline processuali nazionali, "in assenza di siffatti provvedimenti di armonizzazione, i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne". Modalità procedurali che certo non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale (principio di equivalenza) né possono rendere "in pratica impossibile l'esercizio dei diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare" (principio di effettività).

In quest'ottica, le norme giuridiche che disciplinano concretamente l'esercizio del diritto al contraddittorio e alla difesa devono essere sindacate sotto il profilo della ragionevolezza: "ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario deve essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali.

Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del processo"²⁴¹. Da ciò si evince un drastico ridimensionamento della portata della sentenza comunitaria sul caso *Peterbroeck*²⁴², in quanto il principio dell'applicabilità d'ufficio delle disposizioni comunitarie non invocate dalla parte nei termini vige solo in quei casi in cui le norme processuali nazionali rendano impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario. Per cui, l'intento della Corte è quello di assicurare alle situazioni giuridiche soggettive di diritto comunitario, nei diversi ordinamenti nazionali, una parità ed uguaglianza di trattamento processuale in termini di "effettività", ma non di uniformità. Tra gli obiettivi dell'Unione Europea rientra certamente l'armonizzazione della legislazioni nazionali, ma non l'uniformazione delle stesse, appunto per la riserva di legge nazionale sulle regole processuali. In quest'ottica, il diritto comunitario non è violato solo perché nel nostro ordinamento è precluso alla giurisdizione amministrativa rilevare d'ufficio motivi di ricorso che le parti hanno omissi nei termini, non comportando affatto, la preclusione in questione, l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà dell'esercizio del diritto di difesa.

Sempre nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, gli ordinamenti giuridici nazionali possono disciplinare discrezionalmente il sistema probatorio: sarebbe, infatti, incompatibile con i principi comunitari dell'equo processo e dell'uguaglianza delle armi, quella disciplina dei mezzi di prova che non offrisse sufficienti garanzie di imparzialità²⁴³. E, se

²³⁹ Ancora G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p. 25 ss, sulla differenza tra le qualità di parte e di partecipante al procedimento amministrativo e sulle ripercussioni nelle fasi delle impugnazioni contenziose e giurisdizionali.

²⁴⁰ Corte di giustizia, 16 dicembre 1976, causa 33/76, in *Raccolta*, p.1989 ss.

²⁴¹ Corte di giustizia, 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenbout e C^{te}*, in *Raccolta*, p. I-4599.

²⁴² Cfr., E. BARBIERI, "Poteri dei giudici nazionali e situazioni giuridiche soggettive di diritto comunitario", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997-1, pp.144-146.

²⁴³ Cfr. per ampi riferimenti sul tema dell'effettività del diritto comunitario nel processo interno, S. AMADEO, "Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni", Milano, Giuffrè, p.332 ss; in particolare è interessante

l'esigenza che l'istruttoria si svolga con la massima obiettività è tanto più sentita, a tutela del privato, in quei casi in cui l'amministrazione esercita un potere tecnico e, in definitiva, non sindacabile, non di meno è importante in quei casi in cui l'amministrazione esercita un potere discrezionale²⁴⁴. Infatti, la verifica del corretto uso del potere discrezionale, passa attraverso la tradizionale categoria dell'eccesso/sviamento di potere, e, più di recente, attraverso la verifica del rispetto dei principi fondamentali di diritto comunitario: il principio di uguaglianza, del contraddittorio, l'obbligo della motivazione...

In particolare, il riconoscimento del diritto alla prova, quale manifestazione effettiva del diritto all'azione e alla difesa, è una conquista di civiltà giuridica relativamente recente e, tutto sommato, ancora di grande attualità²⁴⁵. La IV Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza di rimessione n. 2292 del 2000, ha ritenuto di dover dichiarare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 19 della L. 6 dicembre 1971 n. 1034, dell'art. 44 R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 e dell'art. 26 R.D. 17 agosto 1907 n. 642, nelle parti in cui non è consentito al giudice amministrativo (principalmente nella giurisdizione di legittimità), di avvalersi, ai fini dell'accesso al fatto, di perizie, accertamenti tecnici o consulenze tecniche d'ufficio, per contrasto con gli artt. 3, 24¹⁻² e 113¹⁻² Cost. In questo senso, non è propriamente rispondente al principio di parità delle armi la prassi di affidare l'incombente istruttorio alla cura dell'Amministrazione resistente (o comunque di altra Amministrazione pubblica), risultando, invece, più corretta, la realizzazione del contraddittorio sia al momento della scelta del soggetto al quale affidare la consulenza tecnica, la perizia, l'accertamento tecnico, sia al momento del concreto svolgimento delle attività di verifica, ispezione e sopralluogo. *A fortiori*, non può pregiudicare l'effettività del contraddittorio, un qualsiasi accertamento, di natura amministrativa o giudiziale, reso al di fuori del processo amministrativo in corso.

Si considerino, in primo luogo, gli accertamenti tecnici extragiudiziali, sottratti al controllo delle parti, obbligatori ed insindacabili per il giudice; e, in secondo luogo, le sentenze penali con efficacia di giudicato nei processi civili o amministrativi²⁴⁶. In entrambi i casi, "motivo diretto d'incostituzionalità non è tanto, nell'*iter* formativo di quell'accertamento, l'assenza di un contraddittorio allargato a tutte le parti potenzialmente sottoposte alla sua autorità, quanto l'incidenza impeditiva dei suoi risultati irrevocabili sui poteri probatori dei soggetti"²⁴⁷.

la nota n. 69 a p. 333, dove si riportano le conclusioni dell'avvocato generale M. Darmon relativamente a un caso di rinvio pregiudiziale sollevato dal TAR della Lombardia in merito alla compatibilità comunitaria di una norma nazionale che, sul presupposto dell'assimilazione delle posizioni giuridiche soggettive di origine comunitaria ad interessi legittimi, avrebbe imposto al giudice nazionale di incaricare delle necessarie perizie un agente della stessa amministrazione che è parte in causa nel procedimento principale. L'avvocato osserva che "se la norma comunitaria conferisce diritti, la loro effettiva tutela implica necessariamente l'indipendenza dei periti designati dal giudice affinché l'istruttoria si svolga con la massima imparzialità ed obiettività" anche tenuto conto del fatto che "principalmente nelle questioni tecniche e nei confronti dell'amministrazione, il semplice privato non dispone assolutamente della competenza necessaria per opporsi agli argomenti dell'amministrazione. Il perito deve quindi rispettare l'indipendenza del giudice, che avete dichiarato essere essenziale" (in *Raccolta*, 1994, p.485, spec. 492 ss.)

²⁴⁴ Vedi soprattutto D. DE PRETIS, "La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002-3, p. 729 ss.

²⁴⁵ Vedi in particolare il commento di L. P. COMOGLIO all'art. 24 Cost. in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, p. 63 ss.; e l'articolo di E. PICOZZA, "Il giusto processo amministrativo", in *Il Consiglio di Stato (Rassegna di giurisprudenza e dottrina)*, 5-6/2000, pp.1076-1077.

²⁴⁶ Solo in un primo momento la Corte Costituzionale, con sentenza n. 5 del 19 febbraio 1965, ha affermato la costituzionalità dell'art. 28 c.p.p., in forza del quale il provvedimento penale di condanna o di proscioglimento poteva, almeno in certi casi, avere autorità di cosa giudicata anche nel giudizio civile o amministrativo, con la conseguenza che ai terzi estranei al processo penale, non era dato contestare né la sussistenza dei fatti, né le modalità dell'accadimento. Con sentenza n. 55 del 22 marzo 1971 la Corte ha capovolto l'orientamento, dichiarando l'incostituzionalità, per contrasto con l'art. 24¹⁻² Cost., dell'art. 28 c.p.p., in quanto l'esigenza della certezza del diritto deve cedere di fronte ad un principio superiore di "giustizia": il diritto ad una piena tutela giurisdizionale.

²⁴⁷ Così L. P. COMOGLIO in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, pp. 64-67.

Di conseguenza, l'incostituzionalità dei limiti probatori è solo "relativa", e non "assoluta", proprio perché è nel concreto che si vede quanta e quale possibilità di difesa e contraddizione sia data alla parte per influire sull'esito del giudizio.

2.5. LA COMUNICAZIONE DEI MOTIVI OSTATIVI ALL'ACCOGLIMENTO DELL'ISTANZA.

La riforma della legge n. 241 del 1990 ad opera delle leggi nn. 15 e 80 del 2005 ha introdotto il nuovo articolo 10 bis che espressamente recita: *“Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali”*.

Le prime esperienze giurisprudenziali sulle nuove regole dell'azione amministrativa e, in particolare, sulla disposizione di cui all'art. 10 bis, legge n. 241/1990, confermano l'impressione che le innovazioni introdotte dalle leggi n. 15 e 80 del 2005 non si siano limitate a canonizzare e sistemare principi già elaborati dalla giurisprudenza amministrativa ma, al contrario, abbiano codificato²⁴⁸ nuovi principi che, sia pure contenuti in norme sostanziali, riverberano i loro effetti essenzialmente sul piano processuale, almeno per due ordini di motivi.

In primo luogo, il preavviso di rifiuto o di rigetto rileva, oltre che come strumento di partecipazione²⁴⁹ e di trasparenza²⁵⁰, altresì come strumento procedimentale per la risoluzione preventiva (e non solo alternativa, come le ADR) di possibili controversie, apprezzandone dunque la funzione deflattiva del contenzioso giurisdizionale²⁵¹. Infatti, rispetto al pregresso sistema di tutela delle situazioni giuridiche soggettive del privato, l'applicazione dell'art. 10 bis importa la possibilità per l'interessato di venire a conoscenza dei motivi che ostano

²⁴⁸ Per spunti critici, A. SANDULLI, *Verso la codificazione della disciplina dell'azione amministrativa?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6/2006, p. 686 e ss.; B.G. MATTARELLA, *La codificazione in senso dinamico*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2001, 709 e ss.; F. SORRENTINO, *Dai testi unici misti ai codici di settore: profili costituzionali*, in M. A. SANDULLI, (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005, 110.

²⁴⁹ Sul valore della partecipazione, E. DALFINO-L. PACCIONE, *Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Foro It.*, 1992, V, 377 e ss.; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazionale al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133; FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; A. LUCE, *Il procedimento amministrativo e il diritto di partecipazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 552; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione*, Milano, 2000; R. CARANTA-L. FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000; B. CAVALLO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000; M. OCCHIENA, *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, aspettative ed esperienze*, Milano, 2002; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004; A.M. SANDULLI, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza*, in *Foro amm. Tar*, 2004 1595 e ss.

²⁵⁰ F. PATRONI-GRIFFI, *Un contributo alla trasparenza dell'azione amministrativa: partecipazione procedimentale e accesso agli atti (legge n. 241/1990)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 56 e ss.; VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987; più recentemente A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2004.

²⁵¹ E. PICOZZA, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, Relazione al Convegno C.I.S.A. – Roma, 28 giugno 2005, sulla Legge 11.2.2005, n. 15.

; V. FANTI, *La nuova comunicazione nel procedimento amministrativo, in Urbanistica e appalti*, 11/2005, p. 1252; S. TOSCHEI, *Le nuove tecniche di diluizione procedimentale del potere delle P.A. dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15: prime riflessioni sulle nuove regole*, in *Cons. St.*, 2005, II.

all'accoglimento dell'istanza ben prima che il procedimento si concluda con un provvedimento di diniego, realizzando un'alta probabilità di evitare il ricorso al giudice amministrativo per lamentare il mancato esercizio dei poteri di integrazione documentale, il travisamento dei fatti, la mancanza, contraddittorietà e perplessità della motivazione in ordine a fatti decisivi²⁵².

Sul piano strettamente processuale, invece, il giudice amministrativo²⁵³ ha affrontato da principio la questione relativa all'applicabilità del 10-bis ai procedimenti non ancora conclusi, secondo il noto principio del *tempus regit actum*, ritenendo irrilevante la circostanza che il procedimento fosse stato avviato in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge n. 241/1990 e s.m.i.²⁵⁴.

Per quanto concerne invece l'ambito oggettivo di applicazione del 10-bis, due essenzialmente sono le questioni che si pongono all'attenzione della giurisprudenza.

La prima attiene all'esatta portata dell'espressione "procedure concorsuali"; la seconda riguarda la limitazione ai procedimenti iniziati ad istanza di parte.

La prima questione, pur potendo in astratto essere affrontata in modo restrittivo, ossia ricomprendendo nel termine procedure concorsuali solo alcune tipologie di procedimenti amministrativi (in particolare, in materia di pubblico impiego, concorsi per l'assunzione o procedure di ammissione alla stipula di contratti di lavoro, ma anche selezioni per il conseguimento dell'idoneità per l'iscrizione negli albi e nei collegi professionali), è stata risolta dai giudici amministrativi alla luce di un'interpretazione estensiva della norma, ossia facendovi rientrare tutte le procedure che comunque implicano una valutazione comparativa tra più soggetti (come le gare di appalto)²⁵⁵, atteso che in ossequio ai principi comunitari l'affidamento di lavori, servizi e forniture è possibile solo con lo strumento giuridico dell'appalto e con procedimento concorsuale²⁵⁶.

La seconda questione, invece, non ancora affrontata dalla giurisprudenza, si pone essenzialmente perché il Legislatore esclude chiaramente l'applicazione del 10-bis fuori dei casi in cui il procedimento sia iniziato ad istanza di parte²⁵⁷. Una possibile giustificazione della norma potrebbe, invero, essere rintracciata nel principio di celerità, efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa e comunque nell'obbligo di non aggravamento dell'istruttoria²⁵⁸, ma rimangono comunque delle perplessità. Una prima, di ordine sistematico, visto che il 10-bis con la sua portata restrittiva si pone in contraddizione con la nuova lettera

²⁵² G. VIRGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate*, in www.lexitalia.it; S. TARULLO, *L'art. 10 bis della legge n. 241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in www.giustamm.it. Secondo l'Autore il contraddittorio (eventuale) generato dal preavviso di rifiuto si colloca ancora nella fase istruttoria del procedimento. Infatti, sebbene si parli di predecisione, la fase decisoria vera e propria deve collocarsi in un momento successivo all'inoltro del preavviso, "in quanto prima di decidere l'amministrazione deve sempre appurare la permanenza dei fattori ostativi prefigurati ponendo in essere un'attività ancora qualificabile come istruttoria".

²⁵³ T.A.R. Lazio-Roma, sez. III ter, 8 settembre 2005, n. 6618; T.A.R. Veneto, sez. II, 27 giugno 2005, n. 2760.

²⁵⁴ T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. III, 13 settembre 2005, n. 1528, in www.lexitalia.it; T.A.R. PIEMONTE - TORINO - SEZIONE I - Sentenza 26 ottobre 2005 n. 3311, in www.giustamm.it; T.A.R. Abruzzo.Pescara, 14 aprile 2005, n. 185, in www.lexitalia.it; T.A.R. PIEMONTE - TORINO - SEZIONE I - Sentenza 3 ottobre 2005 n. 2837, in www.giustamm.it; T.A.R. LAZIO - ROMA - SEZIONE III TER - Sentenza 8 settembre 2005 n. 6618, in www.giustamm.it; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 4 luglio 2005, n. 9368; TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 18 maggio 2005 n. 3921; TAR Veneto, Sez. II, 1 giugno 2005, n. 2358.

²⁵⁵ S. TARULLO, *L'art. 10 bis della legge n.241/1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, cit.; T.A.R. LAZIO - ROMA - SEZIONE II TER - Sentenza 1 aprile 2006 n. 2258; T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI - SEZIONE II - Sentenza 24 marzo 2006 n. 3174.

²⁵⁶ T.A.R. Toscana, sez. I, 7 giugno 2005, n. 2757.

²⁵⁷ T. DI NITTO, *Il termine, il responsabile, la partecipazione, la d.i.a. e l'ambito di applicazione della legge*, in *Giornale dir. Amm.*, 2005, p. 502.

²⁵⁸ G. FALCON, *Semplificazione, garanzie, certezza: modelli di composizione degli interessi*, in *Il procedimento amministrativo in Europa (Atti del Convegno di Milano)*, a cura di M.A. SANDULLI, p. 59; G. ARENA, *Il potere di semplificazione*, in *Il procedimento amministrativo in Europa*, cit., p. 103; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il procedimento amministrativo tra semplificazione e garanzie: la semplificazione codificata*, in *Il procedimento amministrativo in Europa*, cit., p. 107.

c-ter) dell'art. 8, legge n. 241/1990, che estende l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento anche ai casi in cui quest'ultimo sia iniziato ad istanza di parte; una seconda, di ordine sostanziale, dal momento che anche nelle ipotesi in cui il procedimento tragga la propria origine *ex officio*, "pur non potendosi parlare di istanza formale di parte (istanza-atto), vi sarà comunque un'istanza sostanziale del soggetto interessato dal (e al) procedimento (istanza-interesse), diretta ad ottenere o conservare un bene della vita"²⁵⁹, come nel caso dei procedimenti *ex officio* che debbono concludersi in senso favorevole per il destinatario: da qui l'interesse sostanziale ad un contraddittorio che preceda il provvedimento negativo (es. procedimenti di valutazione periodica o scrutinii di merito).

Altra importante questione affrontata dalla giurisprudenza amministrativa ancora con risvolti sul piano processuale investe la lettura sistematica dell'art. 10 bis in combinato disposto con l'art. 21 octies della medesima legge, in quanto l'interprete è chiamato a ridisegnare la configurazione dei rapporti tra principio della riserva di amministrazione e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa, ponendo l'attenzione sui nuovi poteri che il giudice amministrativo è chiamato ad esercitare²⁶⁰.

Dalla lettura delle prime pronunce giurisprudenziali²⁶¹ sull'argomento, invero, si registrava un atteggiamento prudenziale, volto ad escludere una generalizzata pratica di "sanatoria giurisprudenziale" del provvedimento finale²⁶².

Tuttavia, più di recente, l'orientamento giurisprudenziale dominante sembra nel senso di escludere l'automatica illegittimità del provvedimento non preceduto dal preavviso di rigetto, perché la stessa l. n. 15 del 2005 ha introdotto l'art. 21-octies²⁶³ e perché l'art. 10-bis deve essere interpretato alla stessa stregua con cui la giurisprudenza costante ha sempre applicato l'art. 7 della medesima l. n. 241 del 1990, ossia nel senso che la mancata comunicazione di avvio del procedimento²⁶⁴ non provoca *ex se* l'illegittimità del provvedimento terminale, dovendosi verificare se la partecipazione avrebbe potuto rivestire utilità sostanziale per l'interessato; infatti, la comunicazione di cui all'art. 10-bis non è altro che una nuova comunicazione di avvio (della fase terminale) del procedimento, per cui non appare

²⁵⁹ G. BOTTINO, *Articolo 10 bis*, in AAVV, *L'azione amministrativa*, Milano, 2005.

²⁶⁰ Cfr., D. DE CAROLIS, *Prime esperienze giurisprudenziali sulle nuove regole sull'azione amministrativa: alla ricerca dell'assetto perduto*, in *Urbanistica e appalti*, 1/2006, p. 5 e ss.

²⁶¹ M. LUCCA, *Preavviso di rigetto e sedimentazioni giurisprudenziali*, in www.lexitalia.it.

²⁶² T.A.R. PIEMONTE - TORINO - SEZIONE I - Sentenza 3 ottobre 2005 n. 2837; T.A.R. LAZIO - ROMA - SEZIONE III TER - Sentenza 8 settembre 2005 n. 6618; T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. III, n. 1528/2005; T.A.R. Campania-Napoli, sez. VII, 4 luglio 2005, n. 9368; T.A.R. LAZIO-ROMA, SEZ. II BIS, 18 maggio 2005, n. 3921.

²⁶³ L'art. 21 octies, comma 2, legge n. 241/1990 dispone che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norma sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la sua natura vincolata, sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione d'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

²⁶⁴ Sull'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento e più in generale sulla partecipazione vedi F. GIGLIONI, *Emersione e risoluzione di problemi nei primi dieci anni di applicazione dell'istituto della partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, in *La legge n. 241/1990: Fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA-C. MARZUOLI- E.R. ACUNA, Napoli, ESI, pp. 206-209; M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 112-116; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, Esi, p. 221; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, p. 35 e ss.; S. FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, Torino, Giappichelli, 1990, p. 5; B. TONOLETTI, *La comunicazione di avvio del procedimento nell'interpretatio giurisprudenziale (la questione degli atti vincolati e dichiarativi)*, in *La legge n. 241/1990: Fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA-C. MARZUOLI- E.R. ACUNA, cit., p. 336 e ss.; C. VIDETTA, *La partecipazione nei procedimenti caratterizzati da discrezionalità tecnica*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI-F. FRACCHIA, Milano, Giuffrè, p. 133-143.

ragionevole che il regime di invalidità²⁶⁵ del provvedimento sia diverso a seconda della fase del procedimento in cui la violazione delle norme procedurali viene perpetrata, fermo restando in ogni caso il principio del libero convincimento del giudice in ordine alla prova data in giudizio dalla P.A. circa il contenuto discrezionale del provvedimento²⁶⁶. Nonostante il fatto che, almeno nei casi di esercizio discrezionale del potere, l'onere della prova gravi sull'amministrazione, tuttavia è da rilevare che questa, normalmente, non ha alcun interesse ad effettuare un giudizio di tipo prognostico sul contenuto del provvedimento, limitandosi essenzialmente a dimostrare la conformità dell'atto rispetto ai fatti acquisiti all'istruttoria, ricadendo ancora una volta sul privato la dimostrazione dell'utilità del (mancato) contraddittorio. La vera novità, semmai, si pone circa i nuovi poteri che sono riconosciuti al giudice amministrativo, che sembrano travalicare i poteri coglitori classici del giudizio di legittimità. Tale evenienza, del resto, appare confermata dall'impostazione complessiva della legge n. 15/2005, la quale ricostruisce il giudizio amministrativo come un giudizio sulla spettanza al bene della vita anche nelle ipotesi di silenzio, potendo il giudice valutare la fondatezza della pretesa sia pure nell'ambito nei procedimenti vincolati.

Laddove, invece, residuino in capo all'amministrazione margini di discrezionalità così significativi da impedire al giudice, pur a fronte degli elementi introdotti in giudizio dalla P.A., l'accertamento ex ante del contenuto del provvedimento che sarebbe adottato in esito al contraddittorio in precedenza mancato, non può ritenersi operante la preclusione all'annullamento di cui all'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990²⁶⁷, con conseguente caducazione del provvedimento.

Posto, dunque, che né l'omessa comunicazione dei motivi ostativi né l'omessa o insufficiente motivazione del provvedimento finale di diniego in ordine agli eventuali ulteriori fatti dedotti dalla parte istante importano una automatica illegittimità-caducazione del provvedimento in presenza delle condizioni previste dal 21-octies, l'ulteriore interrogativo investe il significato attuale dell'elemento "motivazione"²⁶⁸, che torna a soffrire una svalutazione già sperimentata, sia pure in termini diversi, nel nostro recente passato. Già la nostra migliore dottrina (GIANNINI) definiva come "dequotazione della motivazione" quel fenomeno originato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che imponeva alle amministrazioni l'obbligo di motivare alcuni atti, non preoccupandosi però di controllare che i motivi espressi fossero poi effettivamente quelli che avevano determinato la decisione. Oggi, invece, la situazione rischia di essere diversa ma pur sempre con il medesimo esito svalutativo: per superare il vaglio giurisdizionale, infatti, il provvedimento può anche non essere ben motivato o non essere motivato affatto, purchè sia sostanzialmente legittimo. Resta da sperare

²⁶⁵ Sul regime dell'invalidità per vizi formali vedi F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003; D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003.

²⁶⁶ T.A.R. PUGLIA - LECCE - SEZIONE II - Sentenza 5 dicembre 2005 n. 5633, in www.giustamm.it; T.A.R. VENETO - SEZIONE II - Sentenza 13 settembre 2005 n. 3421; ma soprattutto CONS. ST., sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4836, in www.lexitalia.it.

²⁶⁷ T.A.R. EMILIA ROMAGNA - PARMA - Sentenza 10 novembre 2005 n. 507, in www.giustamm.it.

²⁶⁸ Sull'argomento la letteratura è amplissima: M.S. GIANNINI, *Motivazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977; R. JUSO, *Motivi e motivazione del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1963; ZUBALLI-SAVOIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1999; AAVV, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2002; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987; P. M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità e di irregolarità*, Padova, Cedam, 2003, passim ma particolarmente p. 164 e ss.; M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo (la legge 241/1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 126; A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, in *Diritto e istituzioni, ricerche dirette da G. BERTI*, p. 187; S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione (tutela procedimentale e legittimazione processuale)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 102 e ss.; G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p. 200 e ss.; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, ESI, 1996; D. DI CARLO, *Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo (profili sostanziali, procedimentale e processuali)* in *Cons. St.*, nn.1-2-3/2004.

che il giudice amministrativo valuti la sostanziale legittimità non più come mera legittimità-legalità dell'azione amministrativa ma come legittimità-equità della decisione.

2.5.1. LA COMUNICAZIONE DEI MOTIVI OSTATIVI ALL'ACCOGLIMENTO DELL'ISTANZA TRA LEGITTIMITÀ ED EQUITÀ DELLA DECISIONE AMMINISTRATIVA.

La legge 11 febbraio 2005, n. 15 nel modificare ed integrare alcune disposizioni della legge n. 241/1990 ha comportato tra l'altro una importante innovazione alla struttura del procedimento amministrativo attraverso il rafforzamento del contraddittorio e della partecipazione dei privati all'esercizio del potere da parte della Pubblica Amministrazione. In particolare, nei procedimenti ad istanza di parte è previsto che quando debba essere formalmente adottato un provvedimento negativo rispetto al contenuto dell'istanza di parte, il responsabile del procedimento o l'autorità competente hanno l'obbligo di comunicare tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza. Entro il termine di dieci giorni questi hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione interrompe i termini per concludere il procedimento, che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza dei dieci giorni. Dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni è data motivazione in sede di adozione del provvedimento finale. Tale procedura, tuttavia, non trova applicazione per espressa previsione di legge in caso di procedimenti concorsuali, procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti da enti previdenziali.

Dal punto di vista strutturale l'introduzione dell'art. 10 bis nel corpo della legge n. 241/1990 importa l'apertura di un vero e proprio subprocedimento²⁶⁹ che ha come presupposto un evento diacronico, ossia l'interruzione dei termini per concludere il procedimento stesso, e all'interno del quale il privato ha diritto di presentare osservazioni scritte e documenti di cui la P.A. deve tenere conto se pertinenti e rilevanti per l'oggetto del procedimento, pronunciandosi con apposita motivazione nel provvedimento finale.

Si introduce, dunque, "una sorta di contraddittorio sullo schema di provvedimento negativo"²⁷⁰, definito assai efficacemente come preavviso di diniego o di rigetto, attuando l'antico principio del contraddittorio amministrativo già contenuto a livello embrionale nell'art. 3 della Legge abolitrice del contenzioso amministrativo (legge n. 2248/1865, All. E). L'unico rammarico è probabilmente dovuto alle involuzioni in senso autoritario che hanno caratterizzato il nostro sistema di giustizia in generale ed amministrativa²⁷¹ in particolare, condizionando in modo determinante l'interpretazione della predetta disposizione: non come principio generale dell'ordinamento, come avrebbe dovuto e potuto essere estratto, ma come

²⁶⁹ E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2006, p. 334.

²⁷⁰ E. PICOZZA, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, cit.

²⁷¹ T.A.R. Campania-Salerno, 5 luglio 1983, n. 315: la norma contenuta nell'art. 3, L. 20 marzo 1865, n. 2248 ALL. E, la quale prevede, in via generale la partecipazione del cittadino al procedimento di formazione degli atti amministrativi, non ha introdotto nel nostro ordinamento il principio generale del contraddittorio nel procedimento amministrativo; T.A.R. Calabria-Catanzaro, 19 gennaio 1983, n. 3: secondo l'attuale sistema del nostro ordinamento amministrativo, è regola che la fase istruttoria si svolga senza la partecipazione del privato destinatario dell'atto finale della procedura. CAMMEO, nella nota a Consiglio di Stato, sez., IV, 30 maggio 1919, in *Giurisprudenza italiana*, 1919, III, 231: l'art. 3 "significa che le parti hanno diritto di produrre spontaneamente deduzioni ed osservazioni che l'amministrazione ha l'obbligo di esaminare, se prodotte, tutt'al più, è tenuta a comunicarle hinc inde se richiesta, ma non implica affatto il principio, ben diverso e più rigoroso, che l'amministrazione ha anche il dovere di provocare le deduzioni e le controdeduzioni con comunicazioni da farsi d'ufficio.

principio di materia (formazione dei piani urbanistici) o addirittura di singoli istituti (rilascio di concessioni; ricorsi gerarchici)²⁷².

Del resto, il fatto che il principio del contraddittorio non rappresenti nemmeno una prerogativa del moderno Stato di diritto ma che, al contrario, nella sintetica formulazione dell'*audi et alteram partem*, risalga al diritto romano, dovrebbe far riflettere sul suo vero significato: ogni sistema di diritto che pretenda di instaurare una "legalità veduta non già come mera legalità-legittimità, ma come legalità-giustizia"²⁷³, non può rimandare al momento giurisdizionale la tutela delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino, che anzi devono trovare soddisfazione già nella fase di formazione dell'atto, del farsi del potere²⁷⁴.

L'allineamento all'ordinamento giuridico comunitario è dunque evidente: con l'art. 10 bis si codifica un principio generale già conosciuto nel diritto amministrativo europeo, ossia il principio di equità, preannunciato da altri principi quali il giusto procedimento, la buona fede, il legittimo affidamento, la proporzionalità²⁷⁵.

Tuttavia, come spesso accade quando ci si riferisce a concetti giuridici indeterminati, tanto è più agevole un'immaginazione in astratto quanto più è difficile una loro rappresentazione in concreto. Tentando una prima approssimazione, equa è quella decisione adottata dalla P.A. cercando, per quanto possibile, "la soluzione più confacente agli interessi dedotti nel procedimento, soprattutto quando essi siano di tipo pretensivo...non importa se fondati su un interesse legittimo o su un diritto soggettivo"²⁷⁶.

Una decisione giusta, dunque, non più soltanto legittima.

Nel trapasso da un sistema di amministrazione basato sul principio della certezza dei rapporti giuridici ad un sistema basato sulla giustizia delle decisioni l'art. 10 bis "in un certo senso costituisce un contrappeso allo snellimento operato con l'art. 21 octies comma 2. Infatti, se da un lato l'amministrazione acquista la possibilità di non rispondere di vizi puramente formali, dall'altro proprio per ciò deve ricercare la decisione "giusta" nel bilanciamento dell'interesse pubblico con quello privato e non una decisione solamente "legittima"²⁷⁷. Di qui l'obbligo a carico dell'amministrazione procedente e decidente di effettuare la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza e di motivare specificamente anche in ordine al mancato accoglimento delle osservazioni suppletive presentate dall'istante.

In via del tutto prudenziale il Legislatore ha escluso dall'ambito di applicazione del 10 bis le procedure concorsuali genericamente intese (sia di impiego, sia di gara che di assegnazione di contributi)²⁷⁸.

La ratio giustificatrice dell'esclusione è probabilmente da ricercarsi nel fatto che l'adozione di una decisione equa e giusta, già sommamente difficile nella dimensione tradizionale classica del rapporto giuridico bilaterale, appare una chimera nell'ambito di un modello di amministrazione complessa, multilaterale e poligonale, dove plurali sono i centri di potere e di

²⁷² E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2006, p. 102; G. GHETTI, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1971; G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, p. 210 e ss.

²⁷³ G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione), Giuffrè, Milano, 1989, p. 72 ss.

²⁷⁴ V. CRISAFULLI, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, p. 130; A. BARDUSCO, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, p. 692 e ss.; M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo (la legge n. 241/1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 21 e ss.; M.E. SCHINAIA, *Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo*, (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione), Giuffrè, Milano, 1989, p. 120 e ss.; M.C. CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Il Foro Amm.*, 2001, 6, p. 1829 e ss.;

²⁷⁵ E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2006, p. 104.

²⁷⁶ E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2006, pp. 105-106.

²⁷⁷ E. PICOZZA, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, cit.

²⁷⁸ T.A.R. Veneto, sez. I, 13 ottobre 2005, n. 3663.

interesse²⁷⁹. Osterebbero inoltre ad una diversa conclusione le preminenti esigenze di razionale ed agevole definizione del procedimento, che mal si conciliano con l'intreccio delle posizioni dei singoli aspiranti, oggetto di valutazioni di ordine comparativo²⁸⁰. Tuttavia, il principio contenuto nell'art. 10-bis continuerebbe ad applicarsi quantomeno alle fattispecie slegate dalla concorsualità, quali ad es. la presentazione delle offerte anomale (come confermato dalla giurisprudenza comunitaria), la richiesta di rinnovo o di proroga da parte dell'appaltatore; l'opposizione a nuova gara sulla base del diritto di insistenza; la richiesta di revisione o adeguamento di prezzo; la richiesta di procedimento per composizione bonaria²⁸¹.

Al più potrebbe ipotizzarsi una diversa soluzione qualora si riuscisse ad incrementare l'uso dell'informatica nelle procedure concorsuali, ma con seri dubbi di successo circa l'equità sostanziale della decisione adottata²⁸².

Ad ogni modo, la scelta del Legislatore nel senso dell'esclusione delle procedure di gara sembra anche da un punto di vista logico e razionale incanalarsi senza soluzione di continuità nel peculiare regime processuale che assiste le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, rappresentando il naturale pendant di un trattamento giuridico ispirato a celerità e speditezza in ragione dei peculiari interessi coinvolti (art. 23-bis, legge n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4, legge n. 205/2000: riduzione dei termini processuali, celere fissazione dell'udienza di trattazione, adozione di misure cautelari in caso di estrema gravità ed urgenza, speciale disciplina per il deposito di documenti probatori, pubblicazione del dispositivo della sentenza entro sette giorni dall'udienza di discussione).

Infine, sempre prudenzialmente, il Legislatore ha inteso escludere dall'ambito di applicazione anche i procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale sia pure sorti a seguito di istanza di parte, ma per una ragione diversa, legata alla natura giuridica delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte e alla "gestione di diritti sociali e non di diritti individuali, per cui scattano anche le incompatibilità di bilancio e in ogni caso il bilanciamento con altri interessi pubblici e privati, come si è verificato concretamente a partire dagli anni novanta del 1900"²⁸³.

2.5.2. RAPPORTI TRA L'ART. 10 BIS, LEGGE N. 241/1990 E LA NUOVA DISCIPLINA DELLA DICHIARAZIONE DI INIZIO DI ATTIVITÀ (ART. 19, LEGGE N. 241/1990).

La problematica dei rapporti tra il nuovo regime della predecisione del procedimento amministrativo (art. 10 bis, legge n. 241/1990) e la nuova disciplina della dichiarazione di inizio di attività (art. 19, legge n. 241/1990) si inserisce nel più ampio e attuale dibattito sulla liberalizzazione-semplificazione delle attività economiche connesse a procedimenti e provvedimenti amministrativi. L'estensione dell'applicabilità della fattispecie del preavviso di rigetto alla d.i.a., infatti, dipende in concreto dalla risoluzione in via pregiudiziale della questione in ordine alla natura giuridica²⁸⁴ di quest'ultima, la quale a sua volta è strettamente

²⁷⁹ M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Padova, Cedam, 2003.

²⁸⁰ T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 24 marzo 2006, n. 3174.

²⁸¹ E. PICOZZA, *L'evoluzione del quadro legislativo in materia di appalti di servizi*, in *Atti del Convegno – Roma, 2006*

²⁸² E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2006, pp. 106-107.

²⁸³ E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2006, p. 107.

²⁸⁴ R. De NICTOLIS, *Natura giuridica della denuncia di inizio attività*, in *Urb. e app.*, 2003, pag. 1374 ss.; G. ACQUARONE, *La denuncia di nuova attività. Profili teorici*, Milano, 2000; P. MARZARO GAMBA, *La denuncia di inizio attività edilizia. Profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milano, 2005; W. GIULIETTI, *Nuove norme in tema di dichiarazione di inizio attività, ovvero la continuità di un istituto in trasformazione*, in www.giustamm.it, 2005; A. MORBIDELLI, *In tema di d.i.a. vecchia e di d.i.a. nuova (spunti tratti da Cons. St., Sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3016)*, in www.giustamm.it, 2005; v. altresì, nello stesso senso, D. DE CAROLIS, *Prime esperienze giurisprudenziali sulle nuove regole dell'azione amministrativa: alla ricerca del tempo perduto*,

dependente dalla sua collocazione funzionale tra gli istituti di semplificazione amministrativa o piuttosto di liberalizzazione delle attività economiche private.

Il problema è antico e affonda le sue radici nella incapacità delle costituzioni del primo e del secondo dopoguerra del Novecento di risolvere il binomio libertà-autorità²⁸⁵ alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale²⁸⁶ piuttosto che di integrazione politica (SMEND), tanto da impedire nel nostro ordinamento giuridico il passaggio effettivo dalla prima alla seconda Repubblica nonostante la recente svolta in senso federalistico²⁸⁷.

La maggiore riprova di tale incapacità risiede ancora una svolta nella occasione mancata dal Legislatore di passare da un regime di semplificazione amministrativa ad un regime di liberalizzazione delle attività economiche²⁸⁸, “a tutto danno della attuale congiuntura economica che postula, per la ripresa dello sviluppo nel nostro paese, interventi certi e rapidi della amministrazione per garantire il massimo di produttività economica possibile in uno standard burocratico assolutamente da allineare a quello degli altri paesi sviluppati”²⁸⁹.

Se infatti il capo IV della legge n. 241/1990 già si intitolava “semplificazione dell’azione amministrativa”, la più logica e lineare conseguenza in un’ottica riformistica sarebbe stata quella di mutare il ruolo della pubblica amministrazione da quello di decisore a quello di garante e controllore del rispetto delle regole, secondo il principio generale per cui tutto ciò che non è vietato è da ritenersi permesso²⁹⁰. E invece il Legislatore si incanala nuovamente senza soluzione di continuità in una dimensione tipicamente pubblicistica, tradendo anche la tendenza del contesto europeo e globale verso la sussidiarietà orizzontale. E, quasi per uno strano scherzo del destino, la restaurazione avviene con un testo normativo intitolato decreto-legge sulla competitività.

Tra gli indici più significativi l’intitolazione del capo II del decreto-legge sulla competitività “semplificazione della regolamentazione”; la mutazione della rubrica dell’art. 19, legge n. 241/1990 da “denuncia di inizio attività” in “dichiarazione di inizio di attività”; la devoluzione

in Urbanistica e appalti, 2006. V. MONTANARI, La natura della DIA alla luce delle modifiche introdotte dal Decreto competitività, in www.giustamm.it, 2005; F. LIGUORI, Note su diritto privato, atti non autoritativo e nuova denuncia di inizio dell’attività, in www.giustamm.it, 2005.

²⁸⁵ A. PAJNO, *Gli artt. 19 e 20 della legge n. 241/1990 prima e dopo la legge n. 537/1993. Intrapresa dell’attività e silenzio dell’Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, pagg. 22, ss.: il significato dell’istituto va individuato nell’inversione del rapporto tra autorità e libertà, “così da fare in modo che la libertà del cittadino preceda l’autorità dell’Amministrazione, così che l’autorità sia chiamata non a fondare la libertà del cittadino, ma, semmai, a riscontrarne e confermarne l’esercizio”.

²⁸⁶ Sul principio di sussidiarietà vedi P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004; MASSA-PINTO, *Il principio di sussidiarietà, profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003; CHANTAL MILLON DEL SOL, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2003; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, Giuffrè, 2002. con particolare riferimento al contesto europeo, D’AGNOLO, *La sussidiarietà nell’Unione Europea*, Padova, Cedam, 1998; DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell’ordinamento comunitario*, Napoli, 1996. per una prospettiva di diritto comparato vedi AAVV (a cura di) *Droit Administratif et subsidiarité* (a cura di R. ANDERSEN et DIANE DI DEOM), Bruylant Bruxelles 2000. In una prospettiva più generale vedi AAVV, *Forme della cooperazione (pratiche, regole, valori)*, a cura di F. VIOLA, Bologna, Il Mulino, 2004; D. D’ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Giuffrè, 2004; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale*, Giuffrè, 2002.

²⁸⁷ E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 9.

²⁸⁸ E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo (l’art. 19 della legge 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione)*, Padova, 2001; CERULLI-IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Diritto amministrativo*, 1993; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autonomia ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti delle amministrazioni*, Napoli, 1999.

²⁸⁹ E. PICOZZA, *La nuova legge sull’azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*. Relazione al Convegno C.I.S.A., Roma, 28 Giugno 2005, sulla Legge 11.02.2005, n. 15, recante modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

²⁹⁰ E. PICOZZA, *La nuova legge sull’azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, cit.

delle controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; e soprattutto la previsione del potere di autotutela²⁹¹.

Per quanto concerne il primo aspetto l'espressione è indubbiamente significativa in negativo, ossia per quel che non dice: il riferimento è sempre alla regolamentazione dell'attività amministrativa sia pure in un'ottica di semplificazione²⁹², ma giammai alla deregolamentazione intesa propriamente come soppressione di leggi che disciplinano un dato settore e la restituzione del medesimo nell'ambito decisionale puramente privato (GIANNINI). Prudenza, dunque, nell'uso delle categorie e dei concetti giuridici, posto che la dia pare atteggiarsi come istituto che semplifica ma non liberalizza e soprattutto non sottrae settori al regime amministrativo tradizionale di autorizzazione: rispetto alla tradizionale struttura dei procedimenti autorizzatori (diritto o facoltà; connotazione della previa norma di legge; provvedimento) quello che muta è solo il profilo diacronico, collocandosi il potere amministrativo non già ex ante in funzione di programmazione, bensì ex post in funzione di controllo²⁹³.

Pertanto, alla luce di tali considerazioni, appare più consona la scelta di riportare la d.i.a. all'interno del concetto di autoamministrazione²⁹⁴ e quindi di integrazione politica e amministrativa dello Stato, posto che non solo non vi è alcun ritiro o riduzione della sfera pubblica, ma nemmeno il carattere sussidiario del suo intervento: la P.A. esercita sempre poteri di controllo e vigilanza, in via preventiva o comunque di autotutela.

Per quanto concerne invece il secondo aspetto occorre considerare che in sede di teoria generale del diritto la "dichiarazione" non ha una valenza meramente notiziale bensì negoziale, nel senso di atto giuridico con cui si manifesta all'esterno la volontà, nel nostro caso specifico, di esercitare una determinata attività²⁹⁵. E che si tratti di un atto non già di denuncia di inizio di una certa attività, ma della dichiarazione con cui si manifesta la volontà di iniziare la predetta attività, è avvalorato dalla necessità della decorrenza di un termine di 30 gg e della successiva comunicazione dell'avvio dell'esercizio dell'attività medesima, configurandosi così una fattispecie complessa che va inquadrata come provvedimento in regime di autoamministrazione piuttosto che come mero atto soggettivamente e oggettivamente privato²⁹⁶.

E ciò pare ulteriormente confermato non solo dalla previsione della giurisdizione amministrativa che alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 si riconferma come giurisdizione sul potere, ma soprattutto dalla previsione di un potere di autotutela che altrimenti sarebbe difficilmente spiegabile²⁹⁷, posto che esso tradizionalmente si

²⁹¹ Contra, A. TRAVI, *La dia e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb. app.*, 2005, pag. 1337, ove si legge che "il richiamo alla disposizione sull'annullamento d'ufficio non vale ad assegnare alla dia o al decorso del termine il valore di un atto amministrativo, ma vale a imporre la verifica delle condizioni previste per l'esercizio dei poteri di annullamento d'ufficio, una volta scaduto il termine ordinario per il riscontro della dia".

²⁹² CERULLI IRELLI-F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, pag. 637.

²⁹³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1998.

²⁹⁴ G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi dell'amministrazione locale* (Atti del XLII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Tramezzo, 19-21 settembre 1996), Milano, 1997; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo (l'art. 19 della legge 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione)*, Padova, 2001; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004.

²⁹⁵ E. PICOZZA, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, cit.

²⁹⁶ Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 2004, n. 6910; T.A.R. Veneto, sez. II, 10 settembre 2003, n. 4722; Cons. St., sez. VI, 30 luglio 2003, n. 4391; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 18 aprile 2003, n. 484; *contra*, Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453

²⁹⁷ T.A.R. Piemonte, sez. II, 19 aprile 2006, n. 1885, secondo cui "il riferimento espresso agli istituti dell'autotutela decisoria induce a ritenere che il legislatore abbia voluto assumere una posizione specifica in ordine alla vexata quaestio della natura giuridica della dia, nel senso che la previsione dell'adottabilità di provvedimenti di secondo grado sottende la qualificazione della DIA (rectius, degli effetti della dia) come atto abilitativo tacito formatosi a seguito della denuncia del privato e del conseguente comportamento inerte

esercita su provvedimenti adottati in sede di procedimento di primo grado. Ma se allora non è possibile attribuire alla dichiarazione di inizio di attività il carattere di mero atto privato, ma al contrario la natura complessa di titolo che tiene luogo dell'autorizzazione, rispolverando la vecchia figura della autorizzazione tacita, e cioè di titolo che si forma silenziosamente²⁹⁸ alla venuta ad esistenza di tutti i requisiti formali e sostanziali, il necessario corollario, fondamentale per la tutela effettiva delle situazioni giuridiche soggettive dei privati, è che la Pubblica Amministrazione non possa intervenire in termini meramente sanzionatori nel caso di non conformità dell'attività denunciata.

Pertanto, posto che l'art. 21, comma 2 bis, legge n. 241/1990 dispone che restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte delle pubbliche amministrazioni, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli artt. 19 e 20, il rispetto del principio del contraddittorio in termini di effettività imporrebbe l'applicazione dell'art. 10 bis, legge n. 241/1990 o quanto meno il previo esercizio del potere di autotutela rispetto al potere sanzionatorio e repressivo.

2.6. L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA ALLA RICERCA DEL CONSENSO: L'ATTIVITÀ CONSENSUALE E LA PREDETERMINAZIONE AMMINISTRATIVA NELL'AMBITO DEGLI ACCORDI INTEGRATIVI O SOSTITUTIVI DEL PROVVEDIMENTO.

L'attività consensuale della pubblica amministrazione si esprime nella adozione, sempre maggiore, della soluzione consensuale in luogo di quella unilaterale, attesa l'importanza che l'istituto dell'accordo riveste ormai nell'ambito dei rapporti tra le pubbliche amministrazioni e tra queste ed i privati.

La legge n. 241/1990 e s.m.i. disciplina diverse tipologie di accordi:

- gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento ex art. 11;
- gli accordi tra le pubbliche amministrazioni ex art. 15;
- gli accordi di programma ex art. 14, ma soprattutto ex art. 34 del dlgs n. 267/2000 (cd Testo Unico Enti Locali).

La prima tipologia di accordi è particolarmente funzionale ad una migliore realizzazione del contraddittorio tra i privati e le pubbliche amministrazioni, atteso che la norma stessa prevede che, in accoglimento delle osservazioni e delle proposte presentate dai privati nel corso del procedimento, l'amministrazione procedente possa concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, ed in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con l'interessato al fine di determinare il contenuto del provvedimento finale ovvero in sostituzione di esso.

A tal fine, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento e gli eventuali soggetti controinteressati all'accordo medesimo.

La figura dell'accordo integrativo di provvedimento si caratterizza, in particolare, per la determinazione consensuale e tendenzialmente paritaria di formazione del contenuto della volontà che, comunque, resta provvedimento (Corte Costituzionale, sentenza n. 204 del 2004). A conclusioni non molto diverse occorre giungere, tuttavia, anche per la figura

dell'amministrazione. CFR. anche T.A.R. Abruzzo, Pescara, 1 settembre 2005, n. 494, e 22 settembre 2005, n. 498.

²⁹⁸ M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Scritti in onore di Benvenuti*, vol. II, Modena, 1996, pag. 530. Secondo P. FALCONE, *Urbanistica e appalti nella giurisprudenza*, a cura di FALCONE-MELE, I, Torino, 2001, pag. 603, la dia in materia edilizia è atto oggettivamente amministrativo che, in sostituzione dell'atto di assenso del Comune, costituisce il titolo legittimante ope legis l'esecuzione dei lavori.

dell'accordo sostitutivo di provvedimento nonostante l'apparente atipicità dell'accordo medesimo, atteso il principio di legalità che governa l'azione amministrativa²⁹⁹.

Tali accordi, inoltre, debbono essere stipulati per iscritto a pena di nullità, salvo che la legge disponga diversamente. Ad essi si applicano, ove non diversamente disposto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili.

Più in generale, tutta la disciplina degli accordi è ispirata ad esigenze di tutela del principio del contraddittorio, sia in senso stretto (ovvero nei rapporti tra il privato e l'amministrazione procedente) che in senso ampio (ovvero con riferimento agli interessi dei terzi).

In particolare l'art. 11 della legge n. 241/1990, come da ultimo modificata dalle leggi n. 15 e 80 del 2005, disciplina compiutamente l'istituto del recesso da parte dell'amministrazione stipulante, prescrivendo che quest'ultimo possa essere esercitato solo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, salvo, in ogni caso, l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi che il privato contraente possa soffrire.

Rispetto ai terzi, invece, e ad ulteriore conferma della evoluzione del rapporto procedimentale da bilaterale a plurilaterale, il Legislatore esige che l'accordo, in concreto, con contrasti con gli eventuali interessi – altrettanto meritevoli di tutela – dei cd controinteressati, e, in astratto, con l'interesse generale della collettività alla legalità, imparzialità e correttezza dell'azione amministrativa. Proprio a tale ultima ragione, del resto, risponde l'introduzione, con le novelle legislative già citate, del comma 4-bis nel corpo dell'art.11, disponendosi che in tutti i casi in cui l'amministrazione addivenga alla conclusione di accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento, come pure nei casi in cui conclude accordi con le altre amministrazioni, tra cui in particolare gli accordi di programma, la stipulazione medesima debba essere preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento. Tale ultima circostanza conferma, peraltro, la natura prevalentemente pubblicistica dell'accordo integrativo e sostitutivo di provvedimento, non potendosi riconoscere alla pubblica amministrazione una posizione di autonomia privata ed una capacità di diritto privato del tutto analoga a quella riconosciuta ai soggetti di diritto comune³⁰⁰.

Diversamente, nell'ambito delle diverse tipologie di accordi tra le pubbliche amministrazioni, si osserva una minore valorizzazione del principio del contraddittorio tra i privati e le pubbliche amministrazioni, anche se un minimo di partecipazione dei soggetti privati può comunque essere riconosciuta applicando gli art. 14 e ss della legge n. 241/1990, partecipazione peraltro già istituzionalizzata anche nella fattispecie dei patti territoriali (legge n. 662 del 1996) e, più in generale, della cd urbanistica concertata, contrattata o negoziata³⁰¹.

2.7. IL DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI SOTTO IL DUPLICE PROFILO PARTECIPATIVO E INFORMATIVO. COORDINAMENTO CON LA NORMATIVA SUL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA.

Funzionale alla piena ed effettiva realizzazione del principio del contraddittorio è il diritto di accesso alle notizie e ai documenti amministrativi. Un ordinamento giuridico che pretenda di fondarsi sui principi democratici propri dei moderni Stati di diritto non può, infatti, prescindere da una normativa che garantisca la conoscibilità e la visibilità dell'agire

²⁹⁹ E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 359.

³⁰⁰E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 351 e ss ma in particolare p. 361 per le riflessioni circa la disciplina pubblicistica degli accordi delle pubbliche amministrazioni ed il principio di legalità, interna e comunitaria.

³⁰¹ E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., p. 354.

amministrativo nonché una più consapevole partecipazione alla gestione della *res publica* da parte dei cittadini³⁰².

Tuttavia, nonostante l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948 conferisse al diritto di accesso un solido ancoraggio ai diritti di libertà, in particolare al diritto di informazione, nel triplice aspetto di libertà di informare, di cercare e ricevere informazioni, il diritto di accesso visse una stagione poco felice, trovando un fortissimo ostacolo nell'opposta regola della segretezza dell'azione amministrativa precedente il provvedimento³⁰³.

Non che mancassero particolari disposizioni di legge che garantissero il diritto di accesso nell'ambito di determinati procedimenti: l'art. 9 della l. n. 1150/1942 (legge urbanistica) e l'art. 10 della l. n. 765/1967 già affermavano il diritto di chiunque vi avesse interesse di prendere visione degli atti di progetto del piano regolatore e – presso gli uffici comunali – della licenza (ora concessione) edilizia e dei suoi elaborati progettuali; l'art. 20 della l. n. 833/1978 prevedeva l'obbligo di informazione sanitaria e ambientale dei lavoratori sottoposti a rischio.

Il diritto di accesso fu al centro dell'attenzione anche da parte delle normative di settore: così in materia di pubblico impiego (l. n. 93/1983 e l. n. 816/1985), in materia ambientale (l. n. 349/1986), in materia di autonomie locali (l. n. 142/1990). In quegli stessi anni, poi, venne istituita una Commissione presso la presidenza del Consiglio dei ministri, presieduta da Mario Nigro, la quale elaborò due distinti disegni di legge, intitolati “Disposizioni dirette a migliorare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione nello svolgimento dell'attività amministrativa” e “Diritto di accesso ai documenti amministrativi”. Ben presto ci si accorse della necessità di unificare i due progetti nella l. n. 241/1990, significativamente intitolata “Norme sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti”: il diritto di accesso è, infatti, presupposto e condizione di ogni discorso sulla partecipazione e sul contraddittorio³⁰⁴.

Rispetto ai disegni originari previsti dalla Commissione Nigro, tuttavia, ancora oggi l'esercizio del diritto di accesso non consente un controllo generalizzato dell'agire amministrativo (art. 24, legge n. 241/1990 e s.m.i.), rimanendo legato al presupposto della necessità di tutelare una propria situazione giuridica soggettiva.

La legge n. 241/1990n e s.m.i. prevede una disciplina articolata del diritto di accesso, distinguendo a seconda che la richiesta di accesso venga formulata in pendenza o meno di un procedimento amministrativo.

L'art. 10, in particolare, disciplina il c.d. accesso “partecipativo” o “endoprocedimentale”. Si tratta di un diritto riconosciuto in capo ai soggetti di cui agli artt. 7 (diretti destinatari del provvedimento, coloro che per legge devono partecipare al procedimento, soggetti individuati o facilmente individuabili ai quali possa derivare un pregiudizio dall'adozione del provvedimento) e 9 (qualunque soggetto portatore di interessi pubblici o privati e portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati ai quali possa derivare pregiudizio dall'adozione del provvedimento). Il diritto in questione, sostanziandosi nel prendere visione degli atti del procedimento, è strumentale al miglior esercizio del diritto di partecipazione in

³⁰² Il nuovo art. 22, legge n. 241/1990 e s.m.i. dispone infatti che “L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, ed attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione. Resta ferma la potestà delle regioni e degli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela.

³⁰³ Vedi l'articolo di A. BARTOLINI, *Pubblicità delle informazioni e diritti di accesso*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, Torino, Giappichelli Editore, 1990, p. 211.

³⁰⁴ Cfr., la ricostruzione storica di M. A. SANDULLI, in *Enciclopedia del Diritto*, alla voce *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, pp. 1-5; e quella di M. TERRASI, *Procedimenti amministrativi e garanzie del cittadino*, Jovene Editore, 1991, pp. 71- 94.

contraddittorio e di difesa delle proprie situazioni³⁰⁵. Anche per questo motivo, l'esercizio del diritto non è condizionato da valutazioni discrezionali della P.A. in ordine all'ammissibilità della richiesta, che infatti nemmeno deve essere motivata.

L'art. 22 disciplina, invece, l'accesso "informativo" o "esoprocedimentale", in base al quale è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti l'accesso ai documenti amministrativi, al fine di assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'attività amministrativa. Si tratta di un diritto evidentemente scollegato dalla situazione di pendenza di un procedimento, ma non per questo meno funzionale alla realizzazione del contraddittorio: solo una condizione attuale di trasparenza garantisce il legittimo affidamento ad un futuro, paritario confronto. La formula "situazioni giuridicamente rilevanti" dà però adito a contrasti interpretativi, non risultando chiaro se la norma si riferisca ai soli diritti soggettivi ed interessi legittimi, oppure consideri qualsiasi situazione, e quindi anche interessi procedimentali, aspettative, interessi diffusi. Con direttiva n. 27/27720, la Commissione per l'accesso, riprendendo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, ha ritenuto che l'interesse amministrativamente protetto sia un interesse serio, non emulativo, né riconducibile a mera curiosità, ricollegabile alla persona dell'istante da uno specifico nesso e non necessariamente coincidente con una posizione di interesse legittimo o di diritto soggettivo tutelabile in sede giurisdizionale³⁰⁶. A differenza dell'accesso partecipativo, la richiesta di accesso informativo, debitamente motivata, è soggetta al sindacato dell'autorità in base ai parametri di cui all'art. 24, che costituiscono la c.d. "riserva di amministrazione": anche per questo motivo si dubita della natura di diritto soggettivo e si propende maggiormente per la natura di interesse legittimo³⁰⁷.

Problematiche si pongono anche per i soggetti passivi del "rapporto amministrativo di accesso". Se da un lato, infatti, la legge ha dimostrato di tener conto dei recenti mutamenti dell'organizzazione della P.A.³⁰⁸, dall'altro si registrano ancora disparità di trattamento.

Così, l'art. 23, a ragione, adotta la generica definizione di "gestori di pubblici servizi"³⁰⁹ al fine di assoggettare all'esercizio del diritto di accesso anche coloro che gestiscono pubblici servizi in base ad un titolo giuridico non avente il *nomen* di concessione, in vista di una tutela sempre più ampia e che va di pari passo con l'evolversi dell'organizzazione secondo moduli tipicamente privatistici. Ma poi, irragionevolmente, consente alle Autorità di garanzia e di vigilanza di derogare alle norme sulla trasparenza nell'ambito dei rispettivi ordinamenti,

³⁰⁵ Vedi F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., p. 131, dove, in particolare, si pone in risalto l'aspetto difensivo e propositivo del diritto di accesso ai fini del contraddittorio: l'interessato non si limita passivamente a prendere visione, ma, in base alle risultanze, si attiva nel presentare memorie scritte.

³⁰⁶ Vedi per una corretta ricostruzione dell'istituto dell'accesso, sotto il duplice profilo partecipativo ed informativo A. BARTOLINI, *Pubblicità delle informazioni e diritti di accesso*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, Torino, Giappichelli Editore, 1990, pp. 217-219 e M. A. SANDULLI, alla voce *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., pp. 6-11. Cfr., anche TAR Lazio, sez. I, 15 dicembre 2000, n. 12144 ("la prima forma di accesso ha la finalità principale di assicurare la pienezza del contraddittorio...mentre la seconda forma ha la finalità di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e di favorirne lo svolgimento imparziale").

³⁰⁷ Vedi le conseguenze affatto indifferenti che derivano dall'accettazione dell'una o dell'altra interpretazione in M. A. SANDULLI, voce *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, cit., p. 12. Se l'accesso avesse la natura di interesse legittimo, il ricorrente, lamentando l'illegittimo diniego, dovrebbe a pena di inammissibilità notificare il ricorso impugnatorio al terzo titolare del diritto alla riservatezza, legittimo contraddittore; se, invece, l'accesso avesse natura di diritto soggettivo, si applicherebbe l'art. 102 c.p.c. in tema di litisconsorzio necessario, con la conseguente ammissibilità del ricorso dopo aver provveduto all'integrazione del contraddittorio. Più recentemente sulla natura giuridica del diritto di accesso v. Consiglio di Stato, Adunanze plenarie nn. 6-7/2006.

³⁰⁸ Di questo si trova autorevole conferma anche da parte del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, 22 aprile 1999, n. 4, in *Foro amministrativo*, 1999, 3-4, p. 593 ss.

³⁰⁹ Vedi F. GIGLIONI, *Emersione e risoluzione di problemi nei primi dieci anni di applicazione dell'istituto della partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, in *La legge n. 241/1990: Fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E.R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., p. 211.

proprio loro che dovrebbero presidiare alla tutela della trasparenza in tutti gli ambiti del pubblico agire, persino presso organi costituzionalmente indipendenti come le magistrature³¹⁰.

Per quanto concerne, invece, l'oggetto del diritto di accesso, problemi interpretativi si sono posti circa la natura del documento. Se, cioè, siano accessibili solo i documenti di diritto pubblico od anche i documenti di diritto privato; l'orientamento dominante³¹¹ è in questo secondo senso, anche se permangono differenze di ordine soggettivo: se il documento di diritto privato è formato o detenuto da pubbliche amministrazioni è sempre accessibile; se invece si tratta di un gestore di pubblici servizi, il documento è visionabile solo se inerente ad "interessi collettivi".

Altra problematica investe i limiti al diritto di accesso, in particolare il segreto e la tutela della riservatezza³¹². Sotto il primo profilo è rilevante il solo segreto di stato, anche se il Governo può prevedere limitazioni o esclusioni per quegli atti che riguardano particolari materie: sicurezza, difesa nazionale e relazioni internazionali; politica monetaria e valutaria; ordine pubblico, prevenzione e repressione dei reati; riservatezza dei terzi. Relativamente a quest'ultimo punto, la legge precisa che coloro che partecipano al procedimento amministrativo possono in ogni caso prendere visione degli atti la cui conoscenza è necessaria per curare o difendere i propri interessi giuridici. In tal senso, anche una recente ed importante decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³¹³ ha stabilito che l'interesse del terzo alla riservatezza recede laddove la richiesta di accesso sia strumentale alla difesa giurisdizionale dei propri interessi giuridici. Al contrario, laddove la situazione che legittima all'istanza di accesso è un mero interesse meritevole di tutela, sono sottratti all'accesso non tutti i dati personali, ma quelli che ineriscono alla sfera di riservatezza del terzo³¹⁴. Da ultimo, con le modifiche apportate all'art. 24 della legge n. 241/1990 ad opera della legge n. 15/2005, tali principi sono stati espressamente stabiliti, con l'ulteriore precisazione che laddove la richiesta riguardi documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è solo consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

Nel caso in cui l'amministrazione rifiuti, differisca o limiti l'accesso, o ancora tenga un comportamento inerte, è data all'interessato la possibilità di ricorrere al TAR, il quale decide in camera di consiglio, uditi i difensori delle parti che ne abbiano fatto richiesta (art. 25).

È proprio in questo particolare tipo di giudizio (v. più approfonditamente la terza parte relativa ai profili processuali) che si colgono le relazioni tra diritto sostanziale e diritto processuale, nonché la forza espansiva del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, anche con riferimento ai diritti dei terzi titolari del diritto alla riservatezza.

2.8. LEGITTIMAZIONE PROCEDIMENTALE E LEGITTIMAZIONE PROCESSUALE.

Nell'intento di determinare quanto più possibile l'ambito soggettivo della partecipazione e di ridurre il potere discrezionale della P.A. nella selezione degli interessi giuridici meritevoli di

³¹⁰ Cfr., BARTOLINI, *Pubblicità delle informazioni e diritti di accesso*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, Torino, Giappichelli Editore, 1990, p. 215.

³¹¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, 1015; Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 1998, n. 14, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, 1266.

³¹² Vedi Consiglio di Stato, Pareti atti normativi, 26 marzo 2001, n. 62, dove si legge che le attività svolte dall'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità nei settori dell'energia elettrica e del gas, al fine di garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, devono conformarsi al principio generale del contraddittorio e della parità delle armi tra accusa e difesa, che tuttavia non comporta l'assoluta prevalenza del diritto di accesso sulle esigenze di riservatezza afferenti ai segreti commerciali. La segregazione deve essere quindi strettamente limitata alla c.d. parti sensibili.

³¹³ Ad. Plen. 4 febbraio 1997, n. 5, in *Foro amministrativo*, 1997, 423.

³¹⁴ Cfr., sul punto l'articolo di A. SCOGNAMIGLIO, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza*, in *La legge sul procedimento amministrativo*, a cura di F. P. PUGLIESE, Milano, Giuffrè Editore, 1999, p. 66-67.

tutela la legge n. 241/1990 ha approntato una specifica disciplina attraverso il combinato disposto degli artt. 7 e 9.

L'art. 7, in particolare, individua gli interventori c.d. necessari (soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti; soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai diretti destinatari, ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento; soggetti che per legge debbono intervenire nel procedimento), mentre l'art. 9 individua gli interventori c.d. eventuali o volontari (qualunque soggetto portatore di interessi pubblici e privati; portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento).

A norma dell'art. 10, poi, sia agli interventori necessari che a quelli eventuali sono riconosciute le medesime garanzie procedurali che rendono effettivo il principio del contraddittorio e l'esercizio del diritto di difesa: diritto di prendere visione degli atti del procedimento; diritto di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento. Nel diritto comunitario, al contrario, si nota una certa discriminazione tra i diretti destinatari del provvedimento ed i terzi in generale, siano essi interventori necessari o meramente eventuali³¹⁵.

Infatti, le norme in materia di diritto della concorrenza e di *dumping* prevedono la facoltà di denuncia da parte di chiunque si ritenga leso dall'altrui comportamento, ma non la parificazione della posizione procedimentale: solo i destinatari diretti dell'atto godono di tutte le garanzie del contraddittorio. Probabilmente questa situazione è imputabile alla limitatezza del raggio di azione del diritto comunitario rispetto alla onnicomprensività del diritto pubblico nazionale, che incide ormai pesantemente nelle sfere giuridiche dei singoli: laddove, invece, le competenze esecutive comunitarie dovessero estendersi ad ambiti che coinvolgono direttamente gli interessi dei terzi, oltre a quelli individuali dei destinatari delle sanzioni, allora non vi sarebbero più esimenti per la mancata introduzione di un contraddittorio generalizzato³¹⁶.

Quanto alla partecipazione necessaria, tra i diretti destinatari degli effetti del provvedimento rientrano sicuramente i titolari di interessi sia pretesivi che oppositivi³¹⁷: se, infatti, la necessità del contraddittorio è evidente in quei procedimenti che possono concludersi con un atto pregiudizievole³¹⁸, a cui ci si oppone, nondimeno si ha interesse a partecipare ai procedimenti che recano un beneficio, magari per rendere più adeguata ed accurata l'azione amministrativa³¹⁹.

La legge fa poi riferimento ai "terzi", individuati o facilmente individuabili, diversi dai diretti destinatari, potenzialmente pregiudicati dal provvedimento e, quindi, controinteressati in senso sostanziale alla sua adozione; si tratta, cioè, di soggetti titolari di una situazione

³¹⁵ Cfr., le importanti conclusioni a cui giunge M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo (La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, pp. 92-95.

³¹⁶ Ancora sul punto M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo (La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, p. 96.

³¹⁷ Secondo M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, cit., pp. 98-99 esiste sul punto una fondamentale differenza tra il diritto comunitario e il diritto interno: nel primo caso "la partecipazione sembra garantita solo quando l'attività della pubblica amministrazione può diminuire la posizione dei soggetti intervenienti, non quando può migliorarla"; nel secondo caso la partecipazione è garantita in qualsiasi tipo di procedimento, ablatorio, concessorio o autorizzatorio, visto che se la legge avesse voluto escludere l'applicazione del principio del contraddittorio per determinate *species* procedimentali lo avrebbe fatto esplicitamente.

³¹⁸ Secondo M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, cit., p. 96 e ss., nel concetto di "pregiudizio" rientra il c.d. "mancato beneficio", cioè il fenomeno per cui un soggetto lamenta la mancata concessione di un vantaggio ad altri concesso; conferma di questa impostazione si potrebbe rinvenire forse nell'art. 12 della legge 241/1990, il quale subordina la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari ed altri vantaggi economici a forme più stringenti di pubblicità, ai fini della pubblica trasparenza.

³¹⁹ Cfr., F. GIGLIONI, *Emersione e risoluzione di problemi nei primi dieci anni di applicazione dell'istituto della partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, in *La legge n. 241/1990: Fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., p. 212 e ss.

giuridica “strutturata”³²⁰, preesistente rispetto all’esercizio del potere, suscettibile di essere pregiudicata dall’atto finale, e per questo legittimati a rappresentare interessi esclusivamente oppositivi.

Non sembra, del resto, che il dettato normativo possa legittimare diversa interpretazione e, quindi, ammettere la necessità dell’intervento dei soggetti cointeressati all’adozione del provvedimento, i quali finirebbero per rappresentare l’interesse pubblico, anziché il proprio interesse. Si immagini, ad esempio, una situazione per cui l’amministrazione avvii un procedimento diretto all’annullamento dell’autorizzazione allo svolgimento di un’attività produttiva o commerciale; a fronte dell’effetto pregiudizievole per il destinatario del provvedimento, si potrebbe collocare un eventuale vantaggio per il terzo proprietario confinante, il quale magari vorrebbe depositare memorie e documenti a sostegno delle argomentazioni della P.A.

In questo caso è evidente che il terzo non riveste la qualità di controinteressato in senso sostanziale, in quanto non potrebbe mai vantare un interesse materiale suscettibile di essere compromesso: la sua è piuttosto una situazione di aspettativa.

Infine, sono parti necessarie del procedimento coloro che per legge debbono intervenire. Si tratta in massima parte di soggetti aventi una natura pubblica, chiamati a svolgere funzioni consultive, di concertazione o di accertamento tecnico. Meno agevole risulta l’individuazione nell’ambito dei soggetti privati: con un po’ di approssimazione, forse, ci si potrebbe riferire alle associazioni e ai comitati, titolari di interessi legittimi, che perseguono finalità statutarie connesse con l’oggetto del procedimento.

Quanto alla partecipazione volontaria, meramente eventuale, l’art. 9 sembra legittimare l’intervento di soggetti titolari di posizioni “destrutturate”, cioè di interessi giuridici (diversi dal diritto soggettivo e dall’interesse legittimo) non collegati direttamente ad un bene della vita, ma, comunque, amministrativamente protetti. Infatti, “la locuzione “Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici e privati... cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento” sembra consentire ad un ampio spettro di soggetti di prendere parte al procedimento. Oltre ai destinatari dell’atto e ai controinteressati pretermessi, nonché agli enti esponenziali che partecipano facendo valere interessi collettivi, tutti titolari di interessi legittimi, essa abiliterebbe ad intervenire nel procedimento anche soggetti in capo ai quali non pare individuabile una concreta situazione assegnata dall’ordinamento (in via originaria o derivata, come accade quando questa situazione è conferita dal potere) ai fini della protezione di un bene materiale coinvolto dall’azione amministrativa”³²¹. Ragion per cui, la legge stessa esclude che si possa evincere l’esistenza di una “scala di valori”³²² tra le diverse posizioni giuridiche soggettive e gli interessi che vi sono sottesi, prima di tutto in rapporto allo schema partecipativo, in secondo luogo in relazione agli effetti del provvedimento finale.

Più semplicemente, quanto maggiore è l’intensità del collegamento tra titolarità dell’interesse giuridico sul bene e oggetto del procedimento, tanto più il terzo risulta individuato o facilmente individuabile per l’amministrazione e, di qui, l’obbligo di comunicazione d’avvio. Quanto più, invece, l’intensità del collegamento è minore, tanto più è difficile (e in alcuni casi impossibile) la sua individuazione. Una conferma di questa impostazione, del resto, è rinvenibile nella portata normativa dell’art. 10, il quale prevede gli stessi diritti “procedimentali” sia per i partecipanti necessari che per quelli eventuali³²³.

³²⁰ Cfr., sul punto le ampie considerazioni di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, pp. 392-398.

³²¹ M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 404.

³²² Vedi le considerazioni di A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, Cedam, cit., p. 52.

³²³ L’art. 10, l. n. 241/1990 dispone che: “I soggetti di cui all’art. 7 e quelli intervenuti ai sensi dell’art. 9 hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto disposto dall’art. 24; b) di presentare memorie scritte e documenti, che l’amministrazione ha l’obbligo di valutare ove siano pertinenti all’oggetto del procedimento”.

Tuttavia, nonostante la portata estremamente innovativa della norma generale rispetto alla disciplina normativa previgente, articolata in modo del tutto settoriale, a rigore non può parlarsi dell'introduzione di una "azione popolare"³²⁴.

Infatti, contrariamente a quanto prevedeva la proposta di disegno di legge elaborata dalla Commissione Nigro, per la quale era legittimato a partecipare qualunque soggetto portatore di interessi pubblici, diffusi o privati, cui potesse derivare un pregiudizio dal procedimento, l'attuale assetto richiede quale specifico requisito, oltre al pregiudizio, la costituzione in associazioni o comitati³²⁵: il fatto stesso di subordinare la legittimazione procedimentale al requisito strutturale e organizzativo³²⁶ consente di dubitare della natura propriamente "diffusa" degli interessi, così come, del resto, accostare l'istituto della legittimazione al fenomeno della partecipazione popolare risulta una contraddizione in termini; ulteriore conferma in tal senso il fatto che l'intervento, condizionato dalla necessità della ricorrenza del "pregiudizio"³²⁷, sia di tipo oppositivo: se la partecipazione fosse veramente generalizzata al massimo grado, non dovrebbe escludersi un intervento pretensivo o, addirittura, propositivo³²⁸.

Semmai è vero il contrario, e cioè che ancora prima dell'approvazione della legge sul procedimento amministrativo dottrina e giurisprudenza,³²⁹ rimarcando la necessità di rimanere nel solco della tradizione, interpretarono intenzionalmente in chiave "collettivistica" la categoria degli interessi diffusi (come se anche per questi fosse rintracciabile un soggetto esponenziale) e, sempre consapevolmente, escludono dall'ambito di operatività della legge proprio quei procedimenti in cui poteva essere possibile la partecipazione degli interessi diffusi³³⁰ correttamente intesi. Da qui, l'evidente discriminazione tra la partecipazione regolata da norme particolari e settoriali e la partecipazione regolata dal Capo III, decisamente più garantistica³³¹.

Non è un caso, del resto, che la possibilità di introdurre nel procedimento amministrativo gli interessi diffusi sia stata riconosciuta non alla generalità dei soggetti, ma solo a determinate

³²⁴ Cfr., le riflessioni di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 407: "Seppure abbia accezione diversa rispetto a quella assunta nell'art. 7, legge n. 241/1990, non può non tenersi in considerazione il "pregiudizio" ex art. 9, legge cit.: esso pare costituire ostacolo per qualsiasi tentativo volto a sostenere che il *quavis de populo* possa avvalersi dell'istituto partecipativo contenuto nel capo III della citata legge, che non sembra introdurre una sorta di partecipazione c.d. organica".

³²⁵ Vedi le conclusioni di A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, cit., p. 53 e, solo in chiave retrospettiva, NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo*, in *Foro amministrativo*, 1988, II, p. 322.

³²⁶ I portatori di interessi diffusi sono stati, per così dire, "istituzionalizzati": la l. n. 349/1986 istitutiva del Ministero dell'Ambiente legittima all'intervento nel procedimento le associazioni ambientaliste più rappresentative, riconosciute con decreto ministeriale e dotate di legittimazione processuale.

³²⁷ Vedi M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 405, dove viene riportato il diverso orientamento dottrinario sintetizzabile nella teoria "del minor vantaggio conseguibile", in forza del quale l'art. 9 dovrebbe essere letto nel senso di ammettere a partecipare in via oppositiva o pretensiva tutti coloro ai quali dal provvedimento derivi un qualche effetto sulla propria posizione giuridica, senza distinzione alcuna.

³²⁸ Vedi sul punto le riflessioni di R. ROTA, *Contributo allo studio della manifestazione degli interessi diffusi nel procedimento amministrativo*, Roma, 1996, p. 179.

³²⁹ Cfr., Adunanza Generale del Consiglio di Stato, parere 7 febbraio 1987, n. 7: "va rilevato che la duplicità delle espressioni adoperate (interesse diffuso, interesse collettivo) non pare contribuire alla chiarezza della formula normativa: meglio sarebbe avvalersi, perciò, solo del primo degli anzidetti termini".

³³⁰ L'art. 13 della legge n. 241/1990 statuisce: "Le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione degli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione".

³³¹ Come ha ben evidenziato G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 795, come la partecipazione sociale e quella individuale avvengono su due piani diversi, così divergono la partecipazione individuale in nome della società e la partecipazione individuale in nome proprio, in funzione di difesa. In materia urbanistica, ad esempio, la partecipazione dei privati alla formazione dei piani è di mera collaborazione all'azione della P.A.. "Di ciò è segno d'altra parte la stessa tendenza dominante della giurisprudenza secondo cui una volta soddisfatto l'obbligo di esaminare le osservazioni, la p.a. può anche rigettarle tutte ed anche in un solo contesto temporale". Così E. PICOZZA, *Il piano regolatore*, cit., p. 147.

associazioni e comitati, come se questi potessero effettivamente far valere interessi particolari in nome della società.

Ora, a parte la difficoltà (ed erroneità³³²) nel ridurre l'interesse diffuso ad interesse particolare, è possibile constatare che, per quanto l'interesse diffuso (*rectius*, collettivo) possa essere “qualificato” e “differenziato”³³³ in ragione del suo valore sociale, in molti casi (non essendo rintracciabile una relazione immediata tra il bene e l'interesse) è possibile ipotizzare una legittimazione alla rappresentazione esclusivamente di natura procedimentale, risultando in definitiva preclusa la legittimazione alla successiva fase giurisdizionale. Analoga situazione inoltre, nonostante le apparenze, può verificarsi nel caso in cui a partecipare siano i singoli soggetti che, non individuati o comunque non facilmente individuabili, si rendano portatori di interessi pubblici o privati che non abbiano direttamente ad oggetto un bene materiale della vita.

In linea di massima, quindi, una perfetta corrispondenza tra legittimazione procedimentale e legittimazione processuale è immaginabile solo nelle ipotesi disciplinate dall'art. 7³³⁴, visto che l'amministrazione ha la reale possibilità di comunicare l'avvio del procedimento ai destinatari del provvedimento, ai controinteressati in senso sostanziale e a coloro che per legge debbono partecipare proprio perché essi sono e appaiono anche all'esterno come titolari di diritti soggettivi o di interessi legittimi.

Questo ovviamente non significa che enti esponenziali e soggetti non individuati o non facilmente individuabili non possano in assoluto essere effettivamente titolari di diritti soggettivi o di interessi legittimi (si noti per inciso che l'art. 9⁶, l. n. 349/1986, pur abilitando qualsiasi cittadino a partecipare alla valutazione di impatto ambientale, riconosca la legittimazione processuale alle sole associazioni ambientaliste riconosciute titolari di interessi legittimi); ma significa solo che per determinati soggetti la titolarità di una situazione giuridica protetta può non risultare immediatamente evidente all'esterno o comunque prima del termine dell'attività istruttoria. Da qui l'ampia possibilità di partecipare solo dimostrando la pertinenza del proprio intervento rispetto all'oggetto del procedimento, con le particolari conseguenze che questo comporta: l'interesse procedimentale può prescindere dalla titolarità della situazione sostanziale di diritto soggettivo o di interesse legittimo, mentre questi ultimi presuppongono a monte la possibilità di far valere nel procedimento così come nel processo gli interessi sottesi, tra cui appunto gli interessi procedimentali³³⁵.

In conclusione, è agevole rilevare come la partecipazione al procedimento amministrativo non muti la natura della situazione sostanziale: ove si trattasse di diritto soggettivo o di interesse legittimo la mancata partecipazione non “affievolirebbe” la pretesa sostanziale, la quale potrebbe essere tutelata *ex post* aggredendo il provvedimento amministrativo; al contrario, ove si trattasse di interesse meramente procedimentale, la partecipazione non sortirebbe l'effetto di trasformarlo in interesse legittimo o in diritto soggettivo, né tanto meno modificherebbe i presupposti positivamente previsti ai fini della legittimazione processuale³³⁶.

³³² G. BERTI, *La legge tutela l'interesse diffuso, ma il giudice ne ricava un interesse individuale*, in *Le regioni*, 1980, p. 734 e ss.; *Interessi senza struttura (i.c.d. interessi diffusi)*, in *Studi in onore di A. Amorth*, Milano, 1982, p. 76: gli interessi diffusi “non possono mai divenire individuali verso il potere amministrativo, in quanto vivono solo perché stanno insieme, sono plurali e non accettano una personalizzazione”.

³³³ Vedi M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 409: la differenziazione degli interessi giuridici dipende da molti fattori, quali ad esempio “la prossimità territoriale, l'appartenenza ad un gruppo sociale o ad una categoria produttiva o professionale, l'aver intrattenuto in passato particolari relazioni con l'amministrazione o con i partecipanti al procedimento titolari di interessi legittimi, la pertinenza del loro interesse rispetto all'oggetto del procedimento”.

³³⁴ Cfr., A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, 1996, pp. 80-81.

³³⁵ In questo senso M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 86: “Poco importa, dunque, che la situazione soggettiva su cui il procedimento incide sia un diritto soggettivo o un interesse legittimo, perché all'interno del procedimento quegli stessi poteri sono la manifestazione di un'altra situazione giuridica, appunto l'interesse procedimentale”.

³³⁶ Cfr., G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p. 228 e ss.

Una volta dimostrata l'autonomia dei concetti di "giuridicità"³³⁷ e di interesse giuridicamente rilevante rispetto alle vicende partecipative, occorre chiedersi se sia ancora possibile costruire in modo separato ed autonomo legittimazione procedimentale e legittimazione processuale, fermo restando comunque l'impossibilità di una loro "omologazione".

Laddove si concludesse in senso positivo, si creerebbe evidentemente un'aporia nel sistema: se non fosse possibile un raccordo giuridico tra la partecipazione al procedimento e la legittimazione processuale³³⁸, come sarebbe conciliabile una situazione per cui le stesse memorie valutate ai fini dell'adozione del provvedimento amministrativo potrebbero non formare il contenuto di un ricorso giurisdizionale?³³⁹ Come sarebbe possibile concepire, inoltre, il fatto che uno stesso interesse fosse giuridicamente rilevante nel procedimento ma non eventualmente nel processo?

Certo, si potrebbe sempre prospettare la possibilità per cui il ricorrente legittimato possa chiedere l'annullamento del provvedimento illegittimo per omessa od insufficiente valutazione delle argomentazioni proposte dai titolari di interessi meramente procedurali; ma, a ben vedere, la soluzione non convince: in primo luogo perché nel contraddittorio processuale le argomentazioni dei terzi possono essere introdotte non di per sé, ma solo in via strumentale, e cioè a sostegno di motivi di ricorso che, se accolti, soddisfano principalmente le pretese legittime del ricorrente; in secondo luogo perché non sarebbe giuridicamente corretto condizionare la rilevanza di un vizio all'attività solo eventuale di un terzo ricorrente, magari nemmeno interessato alla sua concreta rilevazione. Del resto è un'acquisizione giuridica ormai consolidata il principio per cui non esistono diritti senza la garanzia dell'azionabilità della relativa pretesa.

Per questi motivi l'orientamento dominante in dottrina ritiene che l'esigenza di riconoscere la legittimazione processuale dipenda da fattori formali e sostanziali insieme: è la stessa "possibilità di far valere *giuridicamente* in una sede quanto è consentito far valere *giuridicamente* in un'altra"³⁴⁰ che crea un raccordo giuridico tra legittimazione procedimentale e legittimazione processuale, a tutto vantaggio dell'effettività del contraddittorio³⁴¹.

La soluzione più corretta è allora quella tracciata dal giudice amministrativo³⁴², fondata sulla correlazione tra l'interesse all'impugnazione e le violazioni procedurali addotte: l'interesse a ricorrere non può radicarsi "nella generica pretesa alla puntuale applicazione di norme procedurali avulsa dalla prospettazione dei vizi dell'atto che incidano sulla sfera giuridica del soggetto ricorrente, ledendone l'interesse sostanziale ad un bene della vita.

³³⁷ Vedi sull'importanza di costruire un concetto universale ed unitario di giuridicità e di interesse giuridicamente rilevante: S. COGNETTI, *"Quantità" e "Qualità" della partecipazione (Tutela procedimentale e legittimazione processuale)*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 95.

³³⁸ "Tra procedimento e processo non vi è dunque un rapporto di separazione e neppure di alternatività, ma di complementarità e di integrazione, potremmo dire, "selettiva", nel senso che non sempre la partecipazione al procedimento è veicolo di legittimazione processuale". Così S. FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, Torino, Giappichelli, 1990, p. 97.

³³⁹ Cfr., F. GIGLIONI, *Emersione e risoluzione di problemi nei primi dieci anni di applicazione dell'istituto della partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, in *La legge n. 241/1990: Fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., p. 223.

³⁴⁰ Cfr., S. COGNETTI, *"Quantità" e "Qualità" della partecipazione (Tutela procedimentale e legittimazione processuale)*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, pp. 61-63.

³⁴¹ Cfr., G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p. 205 e ss., sulla possibilità di ipotizzare un raccordo giuridico tra le diverse fasi del procedimento, del contenzioso e del processo ai fini dell'effettività del contraddittorio.

³⁴² Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 1989, n. 456, in *Il C.d.S.*, 1989, I, p. 930; Consiglio di Stato, sez. IV, 10 marzo 1992, n. 268, in *Il C.d.S.*, 1992, I, p. 373; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 settembre 1992, n. 724, in *Il C.d.S.*, 1992, I, p. 1042; T.A.R. Campania, sez. Salerno, 13 settembre 1994, n. 469, in *I T.A.R.*, 1994, I, p. 4166.

Infatti, l'eventuale lesione dell'interesse procedimentale oltre a non costituire autonomo motivo di impugnativa, ma solo "presupposto per l'adozione di misure rivolte o contro l'atto emanato o contro successivi atti non strumentali, ma principali"³⁴³, sarebbe tutelabile in via giurisdizionale solo nella misura in cui provocasse la lesione di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo: ed è effettivamente "legittimo" l'interesse a partecipare al procedimento ove si debba tutelare una situazione sostanziale e a veder sufficientemente e convincentemente motivate le memorie pertinenti all'oggetto del procedimento.

2.9. L'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

La maggiore novità introdotta dall'art. 3 della legge n. 241/1990 non consiste nella previsione di un obbligo generalizzato di motivazione del provvedimento amministrativo in sé e per sé, quanto, invece, nel collegamento tra il detto obbligo e le regole della decisione: "ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato" e "la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

Ciò, ovviamente, non toglie che la deliberazione finale competa pur sempre alla pubblica amministrazione nella sua qualità di soggetto decidente, e, anzi, che la stessa possa, nella sua discrezionalità, valutare se e quali documenti, atti o fatti introdotti dai privati siano rilevanti (e soprattutto in che misura) ai fini della decisione³⁴⁴. Più semplicemente, l'obbligo di motivazione comporta che coloro che hanno partecipato al procedimento possano esaminare quanto e in quale modo i propri punti di vista siano stati presi in considerazione, controllo oggi reso più agevole dal fatto che i presupposti in punto di fatto e le ragioni in punto di diritto vengono esposte non già in modo apodittico, ma in base a quelle risultanze dell'istruttoria che ne costituiscono il parametro di giudizio: da qui l'illegittimità di una decisione che si fondi su elementi che non abbiano formato oggetto di dibattito procedimentale o che, pur formandone oggetto, siano stati falsamente considerati.

Infatti, si può ritenere, a ragione, che la motivazione non rappresenti la misura della partecipazione, quanto, invece, la misura della decisione. È vero, certo, che "la partecipazione contribuisce ad "aprire" la procedura al controllo giurisdizionale in quanto sottopone all'esame di legittimità gli apprezzamenti dei responsabili per l'amministrazione riguardo agli interessi introdotti dai vari soggetti portatori, a cominciare da quegli interessi ritenuti recessivi dalla decisione"³⁴⁵, e che, attraverso l'obbligo di motivazione, si palesa il contenuto effettivo della partecipazione, ma si tratta solo di un effetto indiretto, derivante dalla esposizione della logica del ragionamento seguito dall'amministrazione decidente, la quale può anzi giovare dell'apporto collaborativo dei privati, non costituendo questo necessariamente un ostacolo alle sue determinazioni.

Semmai, il punto nodale è un altro³⁴⁶: legare insieme le sorti della partecipazione e della motivazione – fenomeno molto frequente in passato³⁴⁷ – comporta un reciproco

³⁴³ M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 86.

³⁴⁴ Vedi in proposito M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo (La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, p. 126.

³⁴⁵ A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, cit., p. 187.

³⁴⁶ Cfr., le riflessioni di A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, cit., p. 146, nota n. 8: "D'altra parte, anche quando la partecipazione era ammessa dalle norme dei procedimenti tipici e di fatto esercitata dai soggetti titolari, l'interpretazione restrittiva dell'obbligo di corrispondente motivazione da parte della giurisprudenza, portata avanti all'insegna di una malintesa distinzione tra interventi a titolo di collaborazione ed a titolo di tutela, sovente sovrapponeva uno schermo insuperabile alla percezione analitica dei vizi di ponderazione. Nel caso paradigmatico delle osservazioni al piano regolatore generale, come in numerose altre ipotesi, la giurisprudenza riteneva sufficiente una motivazione sintetica, a prescindere dalla intrinseca rilevanza delle situazioni coinvolte rappresentate dagli atti di intervento".

³⁴⁷ Vedi l'evoluzione interpretativa rispetto al passato in voce motivazione dell'atto amministrativo in enciclopedia del diritto p. 782 "Se prima si doveva ammettere che l'intrinseca adeguatezza della misura adottata

impoverimento, in quanto sarebbe in astratto pensabile e in concreto realizzabile un procedimento in cui, nonostante il contraddittorio formale, la decisione fosse adottata già prima della comunicazione d'avvio, con ciò riducendo la motivazione a garanzia addirittura extraformale³⁴⁸ (si pensi alla falsa considerazione di alternative che in realtà non sono mai entrate in "competizione" con quella dell'organo decidente). Al contrario, se la motivazione misurasse la correttezza della decisione, per il tramite delle risultanze dell'istruttoria, allora sì la motivazione sarebbe una garanzia formale-sostanziale, in grado di giustificare tutte le possibili e astratte soluzioni del problema amministrativo, da qualunque parte prospettate.

In quest'ottica, davvero pertinente risulta la presa di posizione del Consiglio di Stato³⁴⁹, anticipatrice delle soluzioni accolte dalla vigente legge sul procedimento amministrativo, per cui "non è nella possibilità del contraddittorio – o non è solo in questo- che risiede, nella materia specifica, la vera garanzia del privato, sebbene nella "imparzialità" della scelta amministrativa, che solo può discendere da una valutazione generale degli interessi coinvolti".

Di effettiva imparzialità si può quindi parlare solo se l'amministrazione procedente, in persona del responsabile del procedimento, accetta una istruttoria partecipata, una comparazione, senza pregiudizi, delle diverse soluzioni prospettate dalle parti.

Anzi, proprio nel collegamento contraddittorio – imparzialità - motivazione della decisione si coglie il fenomeno della c.d. procedimentalizzazione (o addirittura processualizzazione) dell'azione amministrativa³⁵⁰, al punto che l'attività di ponderazione è oggi costruita non tanto come risultato, esito finale, quanto come vero e proprio procedimento³⁵¹: e questo, in primo luogo, significa che la valutazione non consiste in una mera attività materiale, ma in una funzione. Non stupisce affatto, del resto, che il controllo giudiziale sulla motivazione rappresenti un indice rivelatore dell'eccesso di potere per omessa o insufficiente valutazione di fatti o di interessi, esattamente come "le varie categorie del vizio dell'eccesso di potere, distinto dallo sviamento, sarebbero indici della funzione o, meglio, indici negativi, in quanto la funzione verrebbe alla luce solo come disfunzione"³⁵².

Il sindacato sull'eccesso di potere, inteso quindi come vizio della funzione, esercita un controllo penetrante sulla ragionevolezza-giustizia dell'attività valutativa della pubblica amministrazione, perché, come ha ben evidenziato il Consiglio di Stato³⁵³, l'attività di ponderazione non significa assenza di sacrificio ma, al contrario, ragionevolezza del sacrificio,

sfuggisse tendenzialmente al giudice della legittimità, in quanto la decisione costituiva il frutto della capacità soggettiva, definita talvolta addirittura come "intuito" del funzionario, oggi ciò non dovrebbe in linea di massima accadere, perché i titolari della potestà di riscontro hanno in mano gli stessi identici elementi di cui dispone l'amministrazione al fine di orientare il proprio decidere, e tali elementi risultano evidenziati nel cosiddetto dossier".

³⁴⁸ Vedi Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 1995, n. 36, in *Il C.d.S.*, 1995, I, p. 35; e T.A.R. Liguria, sez. II, 14 aprile 1993, n. 97, in *I TAR*, 1993, I, p. 1890: "La motivazione degli atti discrezionali deve enunciare le valutazioni, derivanti dall'applicazione dei criteri deducibili dalle norme, compiute con riferimento alla situazione di fatto ed all'assetto degli interessi da regolare nel caso concreto e non può limitarsi a descrivere estrinsecamente il *modus operandi* dell'amministrazione, a richiamare in modo generico ed astratto i criteri normativi affermando di averne tenuto conto".

³⁴⁹ Vedi la sentenza resa dal Consiglio di Stato, sez. IV, 29 luglio 1980, n. 807, in *Il C.d.S.* 1980, p. 973 ss.

³⁵⁰ Vedi la sentenza resa dal T.A.R. Lazio, sez. I, 2 dicembre 1995, n. 2036, in *Foro amministrativo*, 1996, p. 1666 ss.: "Pur non rientrando nei poteri del giudice amministrativo, in sede di giudizio di legittimità, alcun potere di sindacato sulle scelte di merito effettuate da organi amministrativi operanti sulla base di cognizioni tecniche, non può mancare, nella individuazione dei presupposti di fatto con cui è necessario dar conto nella motivazione di ogni provvedimento amministrativo, il raffronto tra le tesi del collegio dei periti e la perizia di parte, essendo in contrasto con le regole della logica e dell'imparzialità che presiedono allo svolgimento dell'azione amministrativa il prevalere della tesi del collegio dei periti senza esame ed analisi di quella che ad essa si contrappone nel procedimento".

³⁵¹ Cfr., le riflessioni di A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, cit., p. 151 ss.

³⁵² Vedi le interessanti conclusioni a cui conduce la scoperta della "funzione" nell'articolo di G. BERTI, *Procedimento, Procedura, Partecipazione*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 779 e ss.

³⁵³ Vedi Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 6 febbraio 1993, n. 3, in *Il C.d.S.*, 1993, I, p. 153 ss.

tenuto conto della pluralità dei valori e degli interessi, della alternatività delle soluzioni e della necessità di stabilire un equilibrio. In quest'ottica, “ il *maggiore* o il *minore peso* che in un particolare intreccio istruttorio assume un certo interesse che, per ipotesi, venga sacrificato nella scelta amministrativa, *dovrebbe potersi tradurre in un corrispondente maggiore o minore rigore* riguardo al criterio di sufficienza della motivazione”³⁵⁴: e questo non solo per il principio di proporzionalità (quanto più importante è il valore oggettivo dell'interesse in relazione all'istruttoria, tanto più la motivazione dovrà essere stringente per convincere) ma, soprattutto, per il principio di effettività ed efficienza della motivazione (lo scopo della motivazione è la trasparenza, non l'apparenza).

In questo contesto, in definitiva, si comprende meglio anche la ragione per cui contraddittorio e motivazione amplino le possibilità di tutela: è l'obbligo stesso di motivare in base alle risultanze di ciò di cui si è discusso in contraddittorio a misurare la legittimità e la giustizia della decisione adottata³⁵⁵. Anzi, forse non a caso il legislatore ha adottato la formula “risultanze” anziché “risultanza” o “risultato”, proprio per sottolineare che la decisione non rappresenta l'esito di una ipotesi, quanto, invece, il portato di un complesso eterogeneo di ipotesi, tra loro alternative³⁵⁶.

L'entrata in vigore della legge n. 241/1990, collegando esplicitamente obbligo di motivazione e regole della decisione, ha sortito anche l'importante effetto di spostare il controllo giurisdizionale da un sindacato meramente sintomatico dell'attività di ponderazione (vizio di eccesso di potere) ad un sindacato di tipo eziologico (vizio di violazione di legge).³⁵⁷

Gli indici rivelatori del grado di sufficienza della motivazione sono quindi normativamente individuati.

In base all'art. 3, comma 1, la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, *in relazione alle risultanze dell'istruttoria*.

L'art. 6, lettere a-b, dispone che il responsabile del procedimento *valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione del provvedimento*; accerta d'ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, *può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali*.

La nuova lettera e) dell'art. 6, invece, stabilisce che il responsabile del procedimento adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. *L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale*.

L'art. 10, lettera b, prevede ancora che i soggetti che partecipano al procedimento a norma degli artt. 7 e 9, hanno diritto di presentare *memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento*.

Il nuovo art. 10-bis, inoltre, rafforza l'obbligo motivatorio introducendo l'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della istanza (cd predecisione), avverso la

³⁵⁴ Vedi S. COGNETTI, “Quantità” e “qualità” della partecipazione (Tutela procedimentale e legittimazione processuale), Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 102 e ss.

³⁵⁵ Cfr., in tal senso G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p. 200 e ss.

³⁵⁶ Vedi ancora sull'argomento S. COGNETTI, “Quantità” e “qualità” della partecipazione (Tutela procedimentale e legittimazione processuale), Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 105.

³⁵⁷ Cfr., A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, cit., p. 153 e ss.; T.A.R. Piemonte, sez. II, 24 novembre 1995, n. 626, in *I T.A.R.*, 1996, I, p. 97: “Il dovere di motivazione di cui all'art. 3 l. 7 agosto 1990 n. 241, ormai non più riconducibile ad alcuna delle figure sintomatiche di eccesso di potere, attinge il proprio contenuto dalle risultanze dell'istruttoria come emerse nel corso del procedimento, di guisa che l'idoneità e l'intrinseca sufficienza dell'adempimento di tale dovere non va valutata in astratto ma comparandosi con la corrispondenza tra la decisione adottata dall'autorità procedente col provvedimento e le acquisizioni istruttorie”.

quale l'interessato ha il diritto di presentare osservazioni, di cui l'amministrazione deve tenere conto ai fini della motivazione del provvedimento finale.

Il nuovo comma 4-bis dell'art. 11 impone l'obbligo di adozione di una determinazione preventiva da parte dell'organo che sarebbe competente all'adozione del provvedimento finale. In tema di revoca del provvedimento il nuovo art. 21-quinquies prevede che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Tuttavia, *se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.*

Un particolare obbligo motivatorio, infine, grava sulla pubblica amministrazione ai sensi del nuovo art. 21-octies, secondo cui non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Il nuovo art. 21-nonies, infine, con riguardo all'annullamento d'ufficio, dispone che *il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.* In ogni caso è fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

3. RIFLESSIONI SULLA NECESSITÀ DI COMPROMESSO TRA ESIGENZE DI REALIZZAZIONE DEL CONTRADDITTORIO ED ESIGENZE DI ACCELERAZIONE E SEMPLIFICAZIONE DEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI.

Apparentemente, l'essenza del principio del contraddittorio sembra essere tutta racchiusa in alcuni capi soltanto della legge n. 241/1990, e, precisamente, il Capo I sui principi generali, il Capo II sulla figura del responsabile del procedimento, il Capo III sulla partecipazione al procedimento amministrativo, il Capo V sull'accesso ai documenti amministrativi. Da questa elencazione, quindi, ne risulterebbe escluso il solo Capo IV, relativo agli istituti di semplificazione dell'azione amministrativa. Si tratta, a ben vedere, di una conclusione originata dall'erronea premessa che tra il principio del contraddittorio e gli istituti di semplificazione si possa ipotizzare solo un rapporto di antitesi e di reciproca esclusione.

Certamente, non si pone in dubbio il fatto che tra le due realtà esista un innegabile attrito, ma ciò non significa che non si possa trovare un compromesso tra esigenze di partecipazione ed esigenze di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa. Anzi, molti Autori³⁵⁸ sostengono che la vera attività di semplificazione non consiste in un'operazione tecnica, neutra, ma, al contrario, nell'esercizio di un potere di scelta: semplificare non significa affatto rendere più semplice, ma rendere più semplice a parità di risultato³⁵⁹.

Parallelamente, la complicazione non è affatto un disvalore se possono essere ottenuti risultati maggiori rispetto a quelli ottenibili con procedure semplificate, ma lo diventerebbe certamente a parità di risultati.

³⁵⁸ Cfr., le considerazioni di G. FALCON, *Semplificazione, garanzie, certezza: modelli di composizione degli interessi*, p. 59 e ss.; di G. ARENA, *Il potere di semplificazione*, p. 103 e ss.; di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il procedimento amministrativo tra semplificazione e garanzie: la semplificazione codificata*, p. 107 e ss. in *Il procedimento amministrativo in Europa (Atti del Convegno di Milano)*, a cura di M. A. SANDULLI, cit.

³⁵⁹ G. FALCON, *Semplificazione, garanzie, certezza: modelli di composizione degli interessi*, cit., p. 60.

Proprio queste considerazioni lasciano trasparire la vera dimensione del contraddittorio: non strumento di complicazione occasionale, ma garanzia a lungo termine della parità di risultato anche laddove vengano perseguite istanze di semplificazione³⁶⁰.

Resta ora da dimostrare come il compromesso possa in concreto essere raggiunto.

Infatti, non sempre è possibile semplificare eliminando termini, limiti, modalità effettivamente inutili, in quanto più spesso non esistono istituti veramente tali: in questi casi, allora, non può che farsi affidamento sul principio tanto garantistico quanto fluido della ragionevolezza. Per cui, se l'art. 1 della legge pone il divieto di aggravamento del procedimento, questo è subito temperato dalla ricorrenza di straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria. Così, se pure la legge impone il rispetto del termine entro cui si deve concludere il procedimento, non si può sottacere il potere del responsabile del procedimento, ex art. 6, di adottare le misure necessarie per uno svolgimento tanto sollecito quanto adeguato del procedimento stesso. E che dire poi delle altre attività endoprocedimentali? Se, da una parte, sono criticabili i comportamenti volutamente dilatori ed ostruzionistici (si pensi alla strumentalizzazione delle sospensioni, delle proroghe, delle interruzioni, nonché ai ritardi, ai silenzi, alle reticenze), dall'altra però il compimento di determinate attività non può dirsi inutile. Così, ad esempio, non si può prescindere dalla regolarizzazione dei documenti, anche se il tempo necessario dovrebbe essere scomputato dal tempo complessivo³⁶¹; l'autocertificazione, tanto utile al privato, non può escludere in capo all'amministrazione il potere/dovere di accertamento e controllo; ancora, non si dovrebbe biasimare l'autorità procedente che legittimamente ritenga di attendere la comunicazione del parere obbligatorio, anche qualora il ritardo non sia giustificato da esigenze istruttorie, per il semplice fatto che, pur non essendo vincolante, il parere è pur sempre qualificato dalla legge come obbligatorio. Quanto al modello dell'attività denunciata previsto dagli artt. 19 e ss., come da ultimo modificati dalle leggi nn. 15 e 80/2005, la nuova disciplina stabilisce che ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, con la sola esclusione degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'amministrazione della giustizia, alla amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, alla tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente, nonché degli atti imposti dalla normativa comunitaria, è sostituito da una dichiarazione dell'interessato corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste. L'amministrazione competente può richiedere informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità soltanto qualora non siano attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non siano direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni. L'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente. Contestualmente all'inizio dell'attività, l'interessato ne dà comunicazione all'amministrazione competente. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, nel termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 2, adotta

³⁶⁰ Cfr., in proposito G. ARENA, *Il potere di semplificazione*, cit., p. 104, dove è chiaramente evidenziato che la semplificazione deve essere concepita come un processo che "duri nel tempo".

³⁶¹ Vedi le riflessioni di A. BENEDETTI, *L'attuazione della L. 241/90 in materia di termini del procedimento*, in *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., pp. 31-38.

motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni. È fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies. Nei casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, il termine per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti sono sospesi, fino all'acquisizione dei pareri, fino a un massimo di trenta giorni, scaduti i quali l'amministrazione può adottare i propri provvedimenti indipendentemente dall'acquisizione del parere. Della sospensione è data comunicazione all'interessato. Restano ferme le disposizioni di legge vigenti che prevedono termini diversi da quelli di cui ai commi 2 e 3 per l'inizio dell'attività e per l'adozione da parte dell'amministrazione competente di provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti.

L'art. 20 sul silenzio assenso, invece, prevede invece che, fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2. L'amministrazione competente può indire, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al comma 1, una conferenza di servizi ai sensi del capo IV, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche soggettive dei controinteressati. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies. Tali disposizioni non si applicano tuttavia agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti. Trovano invece applicazione gli articoli 2, comma 4, e 10-bis.

4. IMPLICAZIONI TRA IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO E L'AMMINISTRAZIONE PARTECIPATA.

Il dibattito dottrinale sul significato e sulla funzione del principio del contraddittorio, sensibilmente alimentato dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 3 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, dalle sentenze della Corte costituzionale sul giusto procedimento, nonché dall'entrata in vigore della legge 241/1990 sul procedimento amministrativo, non è a tutt'oggi sopito, nonostante che, delle tre funzioni che tradizionalmente si attribuiscono al contraddittorio (funzione di garanzia, di partecipazione democratica, istruttoria), il legislatore abbia positivamente imposto quella che meglio realizza il compromesso tra istanze partecipative ed istanze di efficienza del sistema amministrativo: la funzione di garanzia³⁶².

³⁶² Cfr., per un'analisi delle tre funzioni M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, p. 51 e ss.

Più specificamente, la ragione dell'attuale dibattito si incentra sul modo di concepire la funzione³⁶³ stessa, se cioè essa corrisponda ad un modello di difesa e contraddittorio in senso stretto o, invece, ad un modello meramente collaborativo³⁶⁴.

Il contraddittorio, infatti, evoca l'immagine tipicamente processuale del soggetto che, con l'atto tipico dell'opposizione, difende una propria situazione giuridica soggettiva, in una dimensione di confronto paritario ed effettivo.

Al contrario, la collaborazione evoca la tradizionale funzione di controllo sociale sull'operato dei pubblici poteri (*ex post*, o comunque in un momento successivo all'avvio del procedimento, quando ormai la P.A. ha già formato il proprio convincimento)³⁶⁵

A sostegno della prima tesi militano diversi argomenti: la partecipazione sembra ispirata a canoni tipicamente processuali (legittimazione a partecipare, rapporti tra procedimento e processo, partecipazione attraverso atti denominati "memorie", istruttoria condotta in modo formale, interpretazione restrittiva dei casi in cui non è necessaria comunicazione d'avvio...); l'art. 13, poi, esclude dall'applicazione della presente legge proprio quei procedimenti che più ragionevolmente avrebbero meritato di essere inclusi se la partecipazione fosse veramente collaborativa.

Ma anche a sostegno dell'altra tesi si oppongono significativi argomenti: la legittimazione dei portatori di interessi diffusi, l'ampiezza del diritto di accesso che oltrepassa la mera difesa, il fatto che le memorie siano tali solo da un punto di vista formale, mentre sostanzialmente si tratta di osservazioni, opposizioni, proposte³⁶⁶.

Ora, al di là dell'esattezza dell'una o dell'altra ipotesi ricostruttiva, dato inconfutabile è che nemmeno il legislatore ha optato per una precisa scelta, con ciò volendo significare che, probabilmente, nemmeno si può distinguere tra attività puramente difensiva e attività collaborativa, essendo la partecipazione in generale caratterizzata dalla ricorrenza di entrambi i moduli: "una strategia difensiva può essere anche quella di offrire elementi di chiarificazione per la pubblica amministrazione, così come la collaborazione può essere esercitata attraverso argomentazioni di contrapposizione"³⁶⁷. Del resto, non bisogna dimenticare il fatto che già all'epoca della discussione del disegno di legge vi erano contrasti interpretativi, tanto che la progettata espressione di "contraddittorio" venne sostituita con quella meno "eversiva" di partecipazione; non solo, contrariamente a quanto aveva previsto la Commissione Nigro, venne eliminato anche l'istituto dell'istruttoria pubblica, il quale rappresentava forse uno dei pochi elementi giustificativi dell'interpretazione in chiave collaborativa della partecipazione³⁶⁸.

Un tipico esempio di partecipazione procedimentale chiaramente ispirata a moduli collaborativi è la partecipazione dei cittadini al procedimento di programmazione sanitaria, disciplinata al titolo IV dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, successivamente modificato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229. La ragione di questa scelta procedurale risiede nelle caratteristiche dell'intervento, riservato in massima parte ad organismi rappresentativi: comitati ed organizzazioni di volontariato, infatti, a differenza dei singoli, potrebbero più facilmente

³⁶³ Sulla scoperta della "funzione" e sull'effetto positivo che tale scoperta ha prodotta nel sistema di giustizia amministrativa, vedi G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, p. 779 e ss.

³⁶⁴ Vedi le ipotesi ricostruttive di F. GIGLIONI, *Emersione e risoluzione di problemi nei primi dieci anni di applicazione dell'istituto della partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, in *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., p. 215 e ss.

³⁶⁵ Cfr., l'articolo di S. FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLIO, Torino, Giappichelli Editore, 1990, p. 84 e ss.

³⁶⁶ Vedi voce partecipazione dei cittadini in enciclopedia del diritto p. 971.

³⁶⁷ Ancora voce partecipazione dei cittadini in enciclopedia del diritto p. 971.

³⁶⁸ Cfr., l'articolo di F. BRIGNOLA, *I procedimenti di particolare interesse partecipativo*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Milano, Giuffrè Editore, 1989, p. 225 e ss. I procedimenti che prevedevano l'istruttoria pubblica erano: strumenti urbanistici, piani commerciali, piani paesistici, localizzazioni di centrali energetiche, esecuzione di opere pubbliche.

tradurre il dissenso in termini propositivi, ed instaurare così un valido confronto con l'amministrazione su un tema di estrema sensibilità, anche tenuto conto del fatto che l'art. 13, l. n.241/1990 esclude dall'ambito di applicazione proprio gli atti di programmazione³⁶⁹.

Ancora su un piano di partecipazione collaborativa, notevole è stato lo sviluppo del c.d. diritto internazionale dell'ambiente, soprattutto al fine di sensibilizzare il pubblico alle tematiche ambientali e responsabilizzare e rendere più trasparente l'azione amministrativa³⁷⁰.

Già con la conferenza di Rio de Janeiro, tenutasi nel giugno del 1992, è emersa la necessità di assicurare ai cittadini interessati la possibilità di accedere alle informazioni e partecipare ai procedimenti decisionali.

Tappa decisiva anche la direttiva 85/337/CEE del 27/06/1985, in materia di valutazione di impatto ambientale: essa prevedeva che gli Stati fornissero al pubblico tutte le informazioni raccolte nella fase istruttoria, comprese le domande di autorizzazione, ed inoltre di fissare modalità e termini ragionevoli, al fine di rendere effettiva la partecipazione tramite l'esposizione di pareri prima dell'avvio del progetto. E infatti, già la l. n. 349/1986, istitutiva del ministero dell'ambiente, prevedeva che, durante le procedure di V.I.A., il progetto fosse comunicato e gli interessati posti nelle condizioni di presentare istanze, osservazioni, pareri, tenuti in considerazione in sede di decisione e di motivazione.

Con l'entrata in vigore della l. n. 241/1990 si sono posti problemi interpretativi circa la titolarità del diritto d'accesso: se, cioè, l'accesso all'informazione ambientale rappresentasse una specificazione del più generale diritto di accesso ai documenti amministrativi, e quindi azionabile sono dai titolari di situazioni giuridicamente rilevanti, o se invece si trattasse di un diritto indifferenziato, spettante a chiunque ne facesse richiesta. In quest'ultimo senso conclusero poi soluzioni di diritto positivo, sia a livello comunitario (direttiva 90/313/CEE del 7 luglio 1990), sia nazionale (d.lgs. n. 39/1997).

Merita infine considerazione la Convenzione di Aarhus, aperta alla sottoscrizione il 25 giugno 1998, che prevede la necessità che la partecipazione del pubblico sia assicurata all'inizio della procedura, quando tutte le opzioni e le soluzioni sono ancora possibili e quando il pubblico può esercitare una vera e propria influenza ; che la partecipazione sia assicurata almeno in forma scritta, anche se sono possibili audizioni ed inchieste pubbliche.

Sotto un profilo più chiaramente ispirato al diritto di difesa e al principio del contraddittorio in senso stretto è la problematica relativa all'ambito soggettivo di applicazione della normativa in questione³⁷¹. Ora, secondo la dottrina maggioritaria, destinatari della legge sono tanto i cittadini italiani (a cui sono parificati i cittadini comunitari) tanto gli stranieri.

Se i procedimenti amministrativi comuni (es. rilascio di autorizzazione all'esercizio di attività commerciale) sono regolati da disposizioni comuni, particolari problemi si pongono per i procedimenti tipici: richiesta di visto, rilascio, rinnovo, revoca del permesso di soggiorno, espulsione, rimpatrio.

In linea generale anche in tali procedimenti gli stranieri godono di garanzie partecipative "minime", sia prima dell'adozione del provvedimento, tramite il deposito di documenti, sia

³⁶⁹Vedi le considerazioni di V. MOLASCHI, *La partecipazione nel servizio sanitario nazionale*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA, Giuffrè Editore, cit., pp. 91-105, soprattutto per quel che riguarda i modelli di partecipazione a livello statale e regionale: il primo comportando maggiormente la partecipazione di organismi rappresentativi, il secondo prevedendo anche l'intervento dei singoli.

³⁷⁰ Per una analisi approfondita cfr., R. Montanaro, in *L'ambiente e i nuovi istituti della partecipazione*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA, cit., *passim*.

³⁷¹ Sulle varie ricostruzioni interpretative, cfr., L.GILI, *Straniero e partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA, Giuffrè Editore, cit., *passim*.

dopo, tramite l'istanza di riesame, ma su alcuni punti dottrina e giurisprudenza divergono fortemente.

In primo luogo, relativamente alla comunicazione d'avvio del procedimento, la giurisprudenza ritiene che non sia dovuta, motivando ora sull'assunto che ricorrano esigenze di celerità, ora sulla convinzione che lo straniero non possa apportare alcuna novità istruttoria, essendo comunque l'atto amministrativo "doveroso". In secondo luogo, per quanto concerne la mancata traduzione del decreto d'espulsione, la giurisprudenza è assai oscillante, tra la tesi della nullità del decreto stesso o della sua mera irregolarità. Infine, ancora oscillazioni riguardo la possibilità di un contraddittorio a fronte della segnalazione di inammissibilità di permanenza dello straniero nel c.d. spazio unificato Schengen: vista la gravità della decisione si dovrebbe pretendere per la positiva, ma il contenuto vincolato del provvedimento sembra escludere la necessità di un qualsiasi intervento.

Ancora in tema di partecipazione in contraddittorio, si è verificato un forte contrasto tra norme interne e norme comunitarie³⁷² sulla materia delle pubbliche gare d'appalto.

Ancora prima dell'adozione delle nuove direttive sugli appalti pubblici nn. 17e 18 del 2004, la direttiva 92/50/CEE (appalti pubblici di servizi), la direttiva 93/37/CEE (appalti pubblici di lavori), la direttiva 93/36/CEE (appalti pubblici di forniture) ed infine la direttiva 93/38/CEE (appalti relativi a settori un tempo definiti "esclusi": acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni) stabilivano che la stazione appaltante non potesse escludere un'offerta anormalmente bassa rispetto alla prestazione oggetto del futuro contratto d'appalto senza prima aver instaurato il contraddittorio con l'offerente, richiedendo precisazioni per iscritto che devono essere debitamente analizzate.

La normativa italiana, invece, corrispondeva a quella comunitaria solo per la parte relativa agli appalti pubblici nei settori c.d. esclusi (d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158); per il resto, le norme nazionali consentivano l'esclusione delle offerte anomale sulla base delle sole giustificazioni preventive, e senza necessità o addirittura possibilità di instaurazione di un contraddittorio successivo³⁷³.

A questo punto, all'interno della dottrina e della giurisprudenza si aprirono spaccature: vi era chi protendeva per l'applicazione della normativa di settore, con la conseguente legittimità dell'esclusione del contraddittorio successivo; e chi, invece, si batteva per l'applicazione dei principi generali posti dalla l. 241/1990 in tema di partecipazione³⁷⁴.

Il conflitto si risolse con la sentenza pronunciata il 27 novembre 2001 dalla Corte di Giustizia sui procedimenti riuniti C-285/99 e C-286/99, *Impresa Bombardini S.p.a. c. Anas e Impresa Ing. Mantovani c. Anas*: le giustificazioni preventive previste dalla nostra normativa, legittime sotto il profilo meramente acceleratorio e semplificatorio, non potevano però essere sufficienti a fondare il giudizio di anomalia, che invece richiedeva un chiarimento con gli offerenti prima della adozione della decisione finale.

Resta da chiarire il rapporto tra le giustificazioni preventive e il contraddittorio successivo.

Si tratta essenzialmente di un rapporto di complementarietà, e non di opposizione.

³⁷² Cfr., C. VIVANI, *Il giudizio di anomalia delle offerte: partecipazione e contraddittorio nelle pubbliche gare d'appalto*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA, Giuffrè Editore, cit., pp. 153-163.

³⁷³ Ipotesi parzialmente diversa è quella prevista dall'art. 27, comma 6, della l. 23 dicembre 1999, n. 488, il quale consente la rinnovazione del contratto, richiedendo unicamente la riduzione del corrispettivo (presunzione legale di convenienza), senza prescrivere esplicitamente alcuna verifica della congruità del prezzo dell'appalto. Il TAR Catania, con sentenza 14 dicembre 2000, n. 2397, ha stabilito che, alla luce dei principi di diritto comunitario, la verifica dell'anomalia del prezzo ribassato del 3%, dev'essere fatta in contraddittorio con l'impresa interessata, essendo illegittima qualsiasi valutazione unilaterale della P.A.

³⁷⁴ Vedi TAR Catanzaro, sentenza 16 dicembre 2000, n. 1616: "In caso di anomalia dell'offerta in una gara pubblica, il termine assegnato all'impresa per giustificare i prezzi offerti ha natura perentoria, avendo come finalità sia quella di garantire il contraddittorio in condizioni di parità tra tutti i concorrenti, sia quella di garantire il pubblico interesse, assicurando la definizione della gara in tempi rapidi e, comunque, certi".

Attraverso le giustificazioni, infatti, si perseguono scopi meritevoli: individuare *prima facie* le offerte più congrue, rilevare l'oggettiva affidabilità e serietà delle proposte, restringere il campo di successiva verifica in contraddittorio a un numero ridotto di offerte o particolari aspetti di esse. Probabilmente è vero che la presentazione di giustificazioni preventive può risultare in determinati casi complessa e troppo onerosa, ma, in fin dei conti, ciò va a tutto vantaggio di un contraddittorio effettivo, corretto, leale.

In primo luogo si tenga presente l'effetto di dissuasione esercitato su concorrenti non ben intenzionati; in secondo luogo si consideri che nel successivo contraddittorio le giustificazioni possono essere integrate e precisate, ma mai sarà data possibilità di sanare una scorretta formazione dell'offerta, appunto per i principi di *par condicio* dei concorrenti, lealtà e buona fede nelle trattative. Infine, nulla vieta, in linea di principio, la possibilità, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, di aprire il contraddittorio anche agli altri concorrenti, che potrebbero fornire informazioni sull'altrui offerta, garantendo la completezza dell'istruttoria.

Meritano infine considerazione i procedimenti in cui l'amministrazione, in accoglimento delle osservazioni e delle proposte presentate dai privati, proceda a concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e, in ogni caso, nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento, ovvero, nei soli casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo (art. 11, l. n. 241/1990). Nonostante la legge parli di accordi, facendo presumere la massima e paritaria realizzazione del contraddittorio, la partecipazione del privato è ancora ben lontana dal configurare una sorta di "contrattazione privata"³⁷⁵: se la presentazione di memorie da parte del privato costituisce il presupposto previsto dalla legge per procedere alla formazione dell'accordo, il potere di addivenire all'accordo stesso risiede in capo all'autorità procedente, la quale, per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, può anche recedere unilateralmente dall'accordo. Inoltre, è a discrezione del responsabile del procedimento la formazione di un calendario di incontri, a cui, si badi bene, non è detto che partecipino tutti gli interessati in contraddittorio: "...invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati" (tra questi ultimi sono forse compresi anche i cointeressati?).

Ad opposte conclusioni si deve invece arrivare per quanto riguarda la possibilità di realizzare la partecipazione dei privati all'interno dei procedimenti di controllo di gestione e di valutazione strategica, non tanto per ragioni di estremo tecnicismo, quanto per motivi legati all'ambito oggettivo di applicazione della legge: si tratterebbe infatti di attività della P.A. che ricadrebbero sotto la previsione dell'art. 13, l. n.241/1990, ossia le attività amministrative generali, di programmazione e pianificazione³⁷⁶.

5. IL CONTRADDITTORIO NELL'AMMINISTRAZIONE DECISORIA CONTENZIOSA: RICORSO GERARCHICO, RICORSO GERARCHICO IMPROPRIO, RICORSO IN OPPOSIZIONE.

Nel nostro ordinamento giuridico esistono diversi tipi di ricorso amministrativo: ricorso in opposizione, ricorso gerarchico proprio ed improprio, ricorso straordinario, ma quest'ultimo non viene preso in considerazione in questa sede, date le sue peculiarità. Si tratta, infatti, di un rimedio di carattere generale ma eccezionale, nel senso che è proponibile verso provvedimenti che, per la loro natura definitiva, possono essere in alternativa assoggettati al solo ricorso giurisdizionale. Da questa caratteristica inoltre, derivano importanti conseguenze in ordine

³⁷⁵ Vedi l'interessante ipotesi ricostruttiva della "negoiazione" del provvedimento come terza tipologia di partecipazione in F. GIGLIONI, *Emergenza e risoluzione di problemi nei primi dieci anni di applicazione dell'istituto della partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, in *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane, cit., p. 218.

³⁷⁶ Cfr., le conclusioni espone da R. LOMBARDI, in *Funzione di controllo e processo decisionale della pubblica amministrazione*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA, cit., pp. 71- 88.

all'instaurazione del contraddittorio (diversamente dagli altri ricorsi, il contraddittorio deve essere instaurato a cura dello stesso ricorrente ad almeno uno dei controinteressati e all'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato) e all'impugnazione della decisione (il decreto che decide il ricorso può essere impugnato davanti al TAR solo per *errores in procedendo*, e non anche per motivi di legittimità sostanziale: unica eccezione è il caso in cui il ricorrente principale non abbia notificato il gravame al controinteressato, precludendogli così la possibilità di fruire delle maggiori garanzie offerte dalla sede giurisdizionale in via di trasposizione).

In quanto compatibile, la normativa posta dal d.P.R. n. 1199, del 1971, disciplinante il ricorso gerarchico, è applicabile anche al ricorso in opposizione. Vi sono, in effetti, delle differenze strutturali³⁷⁷: il ricorso in opposizione si propone nei soli casi previsti dalla legge e davanti allo stesso organo che ha emanato l'atto impugnato, mentre il ricorso gerarchico è un rimedio generale, proponibile nei confronti dell'autorità gerarchicamente superiore (gerarchico-proprio) o dell'autorità sovraordinata in funzione di controllo (gerarchico-improprio). Ma, tutto considerato, si tratta di rimedi molto affini, data la mancanza di terzietà dell'autorità decidente (assoluta nell'opposizione, attenuata ma innegabile nel ricorso gerarchico proprio, forse inesistente nel solo ricorso gerarchico improprio)³⁷⁸.

L'art. 4 del d.P.R. n. 1199/1971, dispone che, qualora non vi abbia già provveduto il ricorrente, spetta all'autorità decidente comunicare il ricorso agli altri soggetti direttamente interessati ed individuabili sulla base dell'atto impugnato. Sebbene tali soggetti siano i soli controinteressati necessari, si ritiene che possano comunque intervenire i controinteressati interventori volontari, interessati alla conservazione del provvedimento (intervento *ad opponendum* a sostegno dell'amministrazione), e i cointeressati che vantano un interesse omogeneo ma dipendente da quello del ricorrente (intervento *ad adiuvandum*, a sostegno del ricorrente)³⁷⁹.

Per quanto riguarda, invece, l'instaurazione del contraddittorio con l'autorità emanante, se il problema nemmeno si pone per il ricorso in opposizione, nel caso del ricorso gerarchico proprio non è espressamente prevista questa necessità, peraltro affermata dalla giurisprudenza³⁸⁰: infatti, l'interesse istituzionale dell'amministrazione, dovrebbe ritenersi adeguatamente garantito per il fatto stesso che a decidere è un organo gerarchicamente sovraordinato; nel caso del ricorso gerarchico improprio, invece, la partecipazione è inevitabile, vista la qualità di controinteressati.

Per quanto concerne l'attività istruttoria, questa è dominata dal principio inquisitorio ma, per garantire la completezza del contraddittorio, è prevista la possibilità di accedere agli atti del procedimento (la formazione di un fascicolo generale è però rimessa alla diligenza delle parti), in modo da conoscere le difese e le prese di posizione delle parti. Tuttavia, non si può dire che la garanzia del contraddittorio sia piena: la previsione di un termine tassativo per la decisione, esclude che la decisione stessa possa essere rinviata fino all'esaurimento dello scambio di memorie, anche perché le difese delle parti non hanno per destinatari le altre parti, ma la sola autorità decidente. Relativamente all'esercizio dei poteri istruttori poi, l'autorità gode di ampia discrezionalità, potendo disporre di ogni mezzo opportuno, eccetto i mezzi istruttori che incidano su diritti costituzionalmente garantiti (perquisizioni, ispezioni...), o incompatibili con i principi generali del procedimento amministrativo (interrogatorio formale, giuramento).

Ancora a sostegno del contraddittorio, infine, è prevista l'applicabilità dell'istituto dei motivi aggiunti, anche se il termine di novanta giorni stabilito per la decisione appare

³⁷⁷ Cfr., VIRGA, *Atti e ricorsi*, cit., pp. 205-220.

³⁷⁸ Vedi l'articolo di P. STELLA- RICHTER, *Opposizione (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 523-524.

³⁷⁹ Cfr., S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, 2000, Tomo IV, p. 3155.

³⁸⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 27 aprile 1971, n. 351, in *Consiglio di Stato*, 1971, I, 883.

incongruo; in ogni caso, poi, i motivi di cui non si ha avuto conoscenza, dovrebbero essere dedotti nella successiva sede giurisdizionale³⁸¹.

Un ultimo istituto a garanzia del contraddittorio è il ricorso incidentale, cioè il ricorso che il controinteressato può, nel termine di venti giorni, proporre avverso il ricorso principale; anche in tal caso, comunque, il ricorrente principale ha diritto di svolgere le proprie difese e replicare entro i successivi venti giorni³⁸².

Terminata l'analisi strutturale e funzionale sui ricorsi amministrativi, non resta che esaminarne la natura e le specifiche problematiche che riguardano da vicino il principio del contraddittorio.

L'amministrazione decisoria contenziosa evoca da sempre l'immagine ambigua e contraddittoria, non facilmente collocabile nel quadro della tripartizione dei poteri dello Stato, di un potere formalmente amministrativo ma sostanzialmente giurisdizionale.

Il fatto è che, nel lodabile tentativo di spiegare come l'amministrazione possa far giustizia, la dottrina si è resa responsabile di ricostruzioni assolutamente unilaterali, che non tengono affatto in considerazione i rapporti intercorrenti tra l'attività giustiziale e l'attività di amministrazione attiva.

Secondo una prima prospettiva, le due attività sarebbero radicalmente distinte, al punto da essere alternative, quasi si desse la possibilità in concreto di perseguire l'interesse pubblico senza introdurre necessariamente l'interesse, ugualmente pubblico, alla giustizia. Si deve invece rilevare in contrario come, nell'attuale sistema di giustizia amministrativa, tutto considerato rispettoso del dettato costituzionale, una tale visione del fenomeno sia del tutto priva di fondamento: l'amministrazione, in un moderno Stato di diritto, qualsiasi sia l'attività svolta, non può prescindere da canoni di giustizia sostanziale: semmai, trattandosi di attività amministrativa in funzione giustiziale, l'amministrazione è tenuta ad "introdurre momenti di particolare garanzia a salvaguardia di tale interesse alla giustizia"³⁸³.

All'opposto si situa l'altrettanto criticabile interpretazione che confonde l'attività giustiziale nell'amministrazione attiva, come se perseguire l'interesse pubblico comportasse, al di fuori di qualsivoglia garanzia per il privato, l'automatica realizzazione dell'ideale di giustizia.

Il fatto è che la realtà è molto più complessa, e i rapporti mai a senso unico. Così, se l'attività di amministrazione attiva, come del resto qualsiasi attività di esercizio del pubblico potere, implica necessariamente una qualche componente giustiziale, perlomeno nel significato minimo e atecnico del termine, al contrario, l'attività giustiziale non implica affatto l'esercizio di un potere sostanzialmente amministrativo: i ricorsi amministrativi, infatti, configurando un'attività di esame e decisione di una controversia, sono "espressione di una funzione tipicamente giustiziale"³⁸⁴.

La riprova di queste affermazioni può essere rinvenuta semplicemente constatando la differenza di significato che assume il principio del contraddittorio nell'ambito di un ricorso amministrativo e nell'ambito di un procedimento disciplinare o sanzionatorio, in conseguenza della diversa funzione, pur trattandosi di procedimenti strutturalmente simili (procedimenti contenziosi).

Nel caso del ricorso amministrativo, l'unica funzione esercitata è quella decisoria, per cui il contraddittorio non è solo ammesso, ma è garantito: e, similmente a quanto accade nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, al potere delle parti di introdurre fatti nel procedimento e di circoscrivere l'oggetto del procedimento in base ai fatti introdotti,

³⁸¹ Concorda in tal senso P. STELLA- RICHTER, *Opposizione (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 4, anche se non manca di riportare il contrario orientamento sul punto.

³⁸² L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 697-698.

³⁸³ Cfr., la voce *Decisione amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., p. 524.

³⁸⁴ Sul punto è interessante notare come diversi autori qualificano come decisione amministrativa in senso stretto i soli provvedimenti che definiscono i ricorsi amministrativi, appunto perché viene in rilievo un'attività sostanzialmente decisoria. Per tutti, GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, p. 1067; e G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, pp. 19-26.

corrisponde l'esclusione, in capo all'autorità, di introdurre d'ufficio fatti non sottoposti previamente al contraddittorio con le parti.

Al contrario, nel caso di procedimenti disciplinari o sanzionatori, la funzione decisoria non è l'unica funzione esercitata, trattandosi, infatti, di controversia che accede ad una attività di amministrazione attiva: il contraddittorio è solo ammesso, e i fatti vengono introdotti nel procedimento, anche a prescindere dalle deduzioni dei privati interessati, attraverso l'individuazione che risulta dall'atto di contestazione degli addebiti o della violazione amministrativa.

Ulteriori considerazioni possono effettuarsi circa il rapporto intercorrente tra l'obbligo di motivazione e il principio del contraddittorio: fermo restando la ricorrenza di questo modulo in entrambi i tipi di procedimento, notevoli sono però le differenze sostanziali.

Nel caso del ricorso amministrativo, trattandosi di esercizio di poteri giustiziali, il momento del giudizio prevale sul momento della scelta, anzi, tra le tante astratte soluzioni della controversia, una e una soltanto sarà la decisione. Tra l'altro, ogni attività dell'autorità decidente, compresa la decisione, è vincolata ai motivi di ricorso, per cui la motivazione investe necessariamente ogni profilo sollevato tramite ricorso principale o incidentale, a maggiore garanzia del contraddittorio.

Nel caso del procedimento amministrativo, invece, la funzione esercitata non è di giudizio, ma di scelta: dato un determinato quadro di interessi, molteplici possono essere le ricostruzioni e le scelte in termini di opportunità, talora anche trascurate: per cui, solo in modo approssimativo si può sostenere che la motivazione ripercorra l'iter logico seguito dall'autorità nell'adozione della decisione³⁸⁵.

Ora, chiariti i rapporti tra l'attività giustiziale e l'attività di amministrazione attiva, rimane da considerare il significato che attualmente riveste l'amministrazione decisoria contenziosa.

L'indagine non può non partire dalla constatazione generale che lo strumento dei ricorsi amministrativi vive una stagione di crisi, determinata in gran parte dall'entrata in vigore della Costituzione nel 1948. "Il nuovo quadro della giustizia amministrativa sembra, infatti, aver relegato il ricorso amministrativo ad un ruolo secondario: sia la proclamazione del diritto di difesa, in sede giurisdizionale, anche degli interessi legittimi, sia l'esplicita enunciazione della giurisdizione del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa nei confronti della Pubblica amministrazione, riducono lo spazio che residua alla tutela amministrativa"³⁸⁶.

Con il d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 si è tentato, in realtà, una rivitalizzazione dell'istituto del ricorso amministrativo, adeguandolo ai principi che governano il ricorso giurisdizionale, ma i motivi di crisi sono nonostante tutto stringenti. Si consideri, in primo luogo, la l. 6 dicembre 1971, n. 1034 che, trasformando il ricorso gerarchico da rimedio obbligatorio a rimedio facoltativo ai fini dell'accesso alla tutela del giudice amministrativo, ha dato al privato³⁸⁷ la concreta possibilità di scegliere la natura del soggetto decidente e il tipo di procedimento in cui instaurare il contraddittorio.

Ma, il maggior interrogativo, è stato posto dalla l. n. 241/1990, che ha introdotto nel nostro ordinamento la garanzia del principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo.

³⁸⁵ Cfr., ancora la voce *Decisione amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., p. 530.

³⁸⁶ Vedi in particolare sul punto le considerazioni di S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, 2000, Tomo IV, p. 3144.

³⁸⁷ Ancora sul punto S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 3150, dove si ripercorrono le interpretazioni dottrinali sulla natura del ricorso amministrativo: alcuni autori ritenevano che l'obbligatorietà del rimedio giovasse sia al privato (ottenere giustizia dall'amministrazione era relativamente più facile e meno rischioso economicamente) sia all'amministrazione (questa poteva rimediare direttamente ai propri errori); altri autori ritenevano invece che giovasse solo alla P.A. (in base alle censure dedotte dal ricorrente poteva valutare l'opportunità di andare in giudizio successivamente).

Già un illustre Autore³⁸⁸, ancora prima dell'entrata in vigore di una legge generale sul procedimento amministrativo, aveva ricostruito i rapporti tra il contraddittorio nel procedimento amministrativo e i ricorsi amministrativi e giurisdizionali, rilevando come sia possibile ipotizzare una sorta di pur debole collegamento giuridico tra i diversi momenti, sostanziale, contenzioso, giurisdizionale.

A prima vista, la tendenza giurisprudenziale che in quel tempo negava ogni giuridico raccordo tra i diversi momenti, era rivolta ad alleviare al privato gli inconvenienti che sorgevano dalla insufficienza o dalla carenza dei mezzi di contraddittorio amministrativo, che sostanzialmente si risolvevano nella presentazione di osservazioni ed opposizioni basate su una limitata conoscenza degli atti istruttori. A ben vedere però, le manchevolezze cui si intendeva rimediare, non nascevano “dal sistema del diritto amministrativo positivo, ma sebbene dalla maniera con la quale esso era stato interpretato ed applicato proprio dalla giurisprudenza, con l'ausilio della dottrina”³⁸⁹.

Abbastanza nota, è, infatti, la vicenda interpretativa che coinvolse l'art. 3 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo³⁹⁰, che al primo comma delineava un modello di procedimento ispirato al principio del contraddittorio (... “le autorità amministrative...provvederanno”... “ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate”), e al secondo comma richiamava, nei confronti dei provvedimenti così assunti, un ricorso gerarchico (“contro tali decreti... è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative”). Nonostante le evidenti premesse per una generalizzazione del principio del contraddittorio e una possibilità di cumulo tra strumenti di tutela procedimentale e strumenti di tutela impugnatoria, non si approdò mai ad una concezione unitaria.

È inutile ripercorrere ora il cammino storico che determinò una simile interpretazione³⁹¹, tutto considerato anche necessitata dalle contingenze, ma è certamente a questa impostazione che si deve la contrapposizione tra “provvedimento” e “decisione”, non già nel senso semplicistico della distinzione tra il provvedere (amministrazione attiva) e il decidere (attività giustiziale), ma nel senso profondo della distinzione fra “il procedimento segreto, ritenuto l'espressione e la condizione della piena signoria dell'amministrazione rispetto al potere esercitato, e il procedimento contenzioso, caratterizzato dalla garanzia di diritti procedurali dei cittadini secondo canoni non molto dissimili dai modelli giurisdizionali”³⁹².

A ben vedere, lo strumento del ricorso amministrativo deve il suo significato e la sua unitarietà come fenomeno giuridico (esistono diverse tipologie di ricorsi: in opposizione, gerarchico proprio ed improprio, straordinario) proprio a questo contesto di frattura tra momento sostanziale e momento processuale, ma si tratta di una identità pagata a caro prezzo: se il privato non può vantare diritti procedurali, l'amministrazione può rendere meno gravosi gli obblighi sull'acquisizione dei fatti, sulla valutazione degli interessi, sulla motivazione della decisione, e meno penetrante il controllo preventivo del privato sul suo operato. Anzi, una volta emanato il provvedimento amministrativo, nulla garantisce che ne venga adottato uno più opportuno in luogo di quello da annullare, né che questo eventuale annullamento comporti l'assoluta reintegrazione del ricorrente nella situazione di fatto e di diritto preesistente: è ampiamente dimostrato, infatti, che la partecipazione al “farsi del potere”,

³⁸⁸ G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, p. 205 e ss.

³⁸⁹ G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, cit., pp. 206-207.

³⁹⁰ Si tratta della legge 20 marzo 1865, n. 2248, ALL. E.

³⁹¹ Per una ricostruzione storica esauriente vedi per tutti G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, cit., pp. 33-68; A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, cit., pp. 11-66; L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, cit., pp. 684-688.

³⁹² Vedi la voce *Ricorsi amministrativi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, *passim*.

previene l'insorgere delle controversie e concilia nel miglior modo possibile i contrapposti interessi³⁹³.

Consapevole di questo, parte della dottrina ha cercato un collegamento che giustificasse una più accentuata realizzazione del contraddittorio nella fase sostanziale, in vista della sua prosecuzione nella fase contenziosa o giurisdizionale. E, effettivamente, il tentativo può dirsi riuscito, se solo si considera che quanto più la fase procedimentale è aperta al contraddittorio, tanto più si amplia "il numero dei possibili capi di impugnativa, con una trasformazione, eventuale e possibile, delle rimostranze attinenti al merito prodotte durante il procedimento in altrettanti motivi di illegittimità dell'atto, ove l'amministrazione non ne abbia avuta la giusta considerazione"³⁹⁴. Se, infatti, il procedimento amministrativo fosse segreto o mancasse dell'istruttoria, né l'amministrazione né il giudice in sede di ricorso potrebbero conoscere eventuali discordanze tra la realtà e la rappresentazione che se ne dà nel provvedimento amministrativo, la cui motivazione, quindi, sarebbe più di ostacolo che di aiuto ad una corretta ricostruzione dell'assetto di interessi. La stessa cosa, in definitiva, accade se manca o non è integro il contraddittorio: i vizi di merito che attengono all'opportunità e alla convenienza dell'azione amministrativa, non potrebbero essere convertiti nei corrispondenti vizi di legittimità per eccesso di potere.

Ora, se tutte queste conclusioni possono essere condivise, si immagini l'effetto sconvolgente che ha potuto sortire l'entrata in vigore della l. n. 241/1990 sul sistema tradizionale dei ricorsi amministrativi: non mere argomentazioni dottrinali, ma norme di diritto positivo hanno provocato la perdita dell' "esclusiva" della garanzia del contraddittorio (il contraddittorio si assicura già nel procedimento amministrativo, ed anzi in quella sede risulta potenzialmente più efficace, perché precede, e non segue la formazione della volontà della P.A.), con tutto ciò che questo comporta, e cioè l'attuale difficoltà di riconoscere ai ricorsi amministrativi un ruolo "concorrenziale" nell'attuale logica dei rimedi avverso gli atti della Pubblica amministrazione.

³⁹³ Cfr., l'articolo di G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, *passim*.

³⁹⁴ G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, cit., p. 218 e ss.

CAPITOLO TERZO

PROFILI PROCESSUALI

1. L'OGGETTO DEL GIUDIZIO E IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO.

1.1. IL PROCESSO AMMINISTRATIVO COME PROCESSO DI PARTI.

Iniziare un discorso sul principio del contraddittorio nel processo amministrativo significa affrontare anzitutto il problema della natura e della struttura del giudizio stesso, non senza ripercorrere le tappe fondamentali della storia della giustizia amministrativa italiana.

La legge del 1889, nell'istituire la giurisdizione di legittimità come *giurisdizione di diritto pubblico* o meglio di *diritto obiettivo*³⁹⁵, condizionava indirettamente anche i caratteri della giurisdizione di merito e di quella esclusiva, a quel tempo decisamente residuali rispetto al dominante modello di giudizio sulla legittimità dell'atto, al punto che il processo amministrativo a stento è riuscito a liberarsi dell'etichettatura di "processo all'atto".

A questo proposito si ricordano importanti corollari: l'interesse individuale rilevava esclusivamente come fatto di legittimazione processuale in vista dell'instaurazione di un giudizio mirante a ristabilire la legittimità violata del sistema e, solo indirettamente, a soddisfare la pretesa fatta valere dal privato; dall'inesistenza dell'istituto della contumacia nel processo amministrativo si argomentava addirittura l'inesistenza della figura della controparte in senso sostanziale, ponendo il ricorrente solo di fronte all'atto amministrativo; del contraddittorio e dell'istruttoria processuale si parlava, infine, in termini di pura eventualità³⁹⁶.

Di questa impostazione si è reso responsabile anche il Consiglio di Stato, quello stesso giudice che negli anni si rivelò in grado di tenere atteggiamenti pretori fino al punto di creare *ex novo* istituti processuali laddove militassero esigenze di opportunità³⁹⁷. In particolare il Consiglio di Stato, probabilmente anche influenzato dal suo ruolo istituzionale di organo consultivo³⁹⁸, organizzò il proprio sindacato assumendo a modello il giudizio civile davanti alla Suprema Corte di Cassazione, un giudizio quindi di sola legittimità, ignorando che così facendo avrebbe rispettato un principio formale di contraddittorio, non certamente sostanziale.

Infatti, al di là del rispetto delle regole procedurali e dei meccanismi formali, contraddittorio significa reale possibilità di far valere in giudizio le proprie pretese di diritto soggettivo e di interesse legittimo anche e soprattutto nei confronti della P.A., senza alcuna esclusione o limitazione in ordine a particolari mezzi di impugnazione o categorie di atti³⁹⁹.

A dispetto del dettato costituzionale, invece, "il giudizio avanti il Consiglio di Stato si limitava ad essere una fase contenziosa assistita da garanzie di imparzialità, che si inseriva peraltro su una serie di valutazioni ed accertamenti che si richiedevano comunque soltanto alla pubblica amministrazione. E così si veniva a perpetuare, anche in sede giudiziale, quella situazione di non estraneità del Consiglio di Stato all'apparato amministrativo che già era evidente dal punto di vista strutturale⁴⁰⁰".

³⁹⁵ Cfr., i rilievi storici prospettati da L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 13.

³⁹⁶ Ancora sul punto L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 14.

³⁹⁷ Vedi le riflessioni di C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, pp. 12-13, a proposito dell'istituto dell'appello in materia di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato e dell'istituto dell'attuazione dell'ordinanza cautelare.

³⁹⁸ Cfr., sul problema della compresenza del ruolo consultivo e giurisdizionale E. PICOZZA, *Il giusto processo amministrativo*, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 5-6/2000, p. 1071.

³⁹⁹ Vedi a proposito il vigente art. 113 della Costituzione Italiana: "Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti". Anzi, la Costituzione stessa rimette alla legge il potere di determinare "quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa" appunto perché sotto il profilo della garanzia della tutela entrambe le giurisdizioni corrispondono ad un modello comune.

⁴⁰⁰ C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1994, p. 16.

Era insomma la costituzionalità stessa del sistema ad esigere un'istruttoria completa e un sindacato sul fatto esercitato da parte di un soggetto estraneo alla pubblica amministrazione, visto che la terzietà dell'attività istruttoria in sede processuale rappresenta un requisito indispensabile in ogni tipo di giudizio e soprattutto in quello amministrativo, anche in ragione della superiorità del potere pubblico rispetto alle posizioni dei privati già nella precedente fase provvedimentale⁴⁰¹.

Anzi, proprio nel tentativo di rimediare a questa presunta disparità di posizione giuridica tra la parte privata e la parte pubblica si deve rinvenire la causa dell'effetto particolarmente "conformativo" che il comportamento del giudice ha sortito sul processo amministrativo, in particolare di legittimità. Al punto che in dottrina è prevalsa a lungo l'opinione che il giudice amministrativo fosse "signore della prova", e non solo nel nostro ordinamento: "l'esperienza dei processi civili moderni ha visto, nei paesi più diversi per regime politico, e nelle forme più diverse (legali, consuetudinarie, formali, informali ecc.) sempre più espandersi, allo scopo della ricerca di una verità (se verità si può chiamare) meno manipolata dalla parti e quella che può emergere dal processo ad istruttoria di tipo dispositivo, i poteri del giudice, sulla via di quella che si potrebbe definire, con orribile parola, la "inquisitorializzazione" dell'istruttoria di processi pur rimasti fermamente ancorati al principio dell'iniziativa di parte"⁴⁰².

Con ciò, ovviamente, non si vuole negare l'indubbia funzione strutturale del processo amministrativo, combattuto tra la soddisfazione delle pretese dei privati e la tutela del superiore interesse pubblico, ma si vuole solo sottolineare il fatto che il giudizio amministrativo è e rimane un processo di parti, e questo implica in primo luogo che il giudice possa intervenire solo nella misura in cui sia necessario rimediare ad una situazione di disuguaglianza sostanziale, senza per questo travalicare il limite dell'imparzialità e della terzietà (il giudice non ha poteri per influire sulla determinazione dell'oggetto del giudizio, riservata al ricorrente principale o incidentale) che la sua carica gli impone: concedere al giudice amministrativo eventuali poteri inquisitori significherebbe infatti provocare una situazione di disuguaglianza processuale.

Ulteriore importante principio che riguarda la posizione del giudice nei confronti delle parti è l'assunzione di responsabilità della decisione (legge n. 117/1988). La Corte di Giustizia delle Comunità Europee con sentenza del 14 giugno 2006 ha dichiarato incompatibile tale legge con i principi generali di responsabilità dei pubblici poteri per violazione del diritto comunitario. Così, ad esempio, in occasione dell'omissione del rinvio pregiudiziale ex art. 234 TCE quando il giudice nazionale rappresenta un giudice di ultima istanza (sentenza 30 settembre 2003)⁴⁰³.

Restano quindi ancora perfettamente valide le considerazioni di BENVENUTI sul significato del principio del contraddittorio⁴⁰⁴: "Ciò, non vuol dire, come ritiene la dottrina che considera il contraddittorio come mezzo per l'assicurazione della verità al processo, che il contraddittorio sia di per sé il mezzo di questa funzione. Infatti esso rappresenta sempre soltanto il concretarsi nel processo dell'astratta possibilità che hanno le parti di farsi udire dal giudice mediante l'introduzione dei fatti che esse ritengano rilevanti. Ma di esso ci si serve per farne il punto d'appoggio o più espressamente il punto di applicazione del metodo per l'assicurazione della verità". Emerge netta, quindi, la necessità che il giudice non abusi di

⁴⁰¹ Vedi ancora C. E. GALLO, voce *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, p. 8: "Cosicché, per il processo amministrativo potrebbe, addirittura, sostenersi che la previsione della massima tutela del diritto di difesa è ancor più rafforzata, ammesso che sia possibile, rispetto agli altri tipi di giudizio: e non è un caso, in quest'ottica, che soltanto per il processo amministrativo la Costituzione imponga il doppio grado di giurisdizione, e cioè il doppio controllo di merito, e quindi anche sul fatto, da parte di due diversi giudici (all'art. 125)".

⁴⁰² Vedi le importanti considerazioni di M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Il Foro Italiano*, vol. LXXX, V-2, p. 1 e ss.

⁴⁰³ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., p. 89.

⁴⁰⁴ Vedi F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, p. 202.

questo suo potere nella ricerca della verità nel giudizio di legittimità e, a maggior ragione, nella giurisdizione esclusiva. Anzi, soprattutto ora che le recenti riforme hanno decisamente ampliato il novero dei mezzi di prova esperibili⁴⁰⁵ da parte del giudice amministrativo, si potrebbero porre problemi di costituzionalità in rapporto al giudizio civile sotto il profilo dell'uguaglianza e della ragionevolezza del trattamento processuale. Così, se sarebbe oltremodo ingiusto parificare indiscriminatamente processo civile e processo amministrativo⁴⁰⁶, altrettanto irragionevole sarebbe giustificare un ruolo del giudice amministrativo fonte di "una gravissima disarmonia istituzionale" e "la deresponsabilizzazione che ne discenderebbe sull'amministrazione"⁴⁰⁷: situazione tutt'altro che praticabile in un ordinamento giuridico che non concepisce la legittimazione politica e popolare del giudice e che con la recente legge sul procedimento amministrativo mostra anzi la volontà di "responsabilizzare" le autorità amministrative più di quanto non si è fatto finora; per non parlare poi della sua auspicabilità in un moderno stato liberale di diritto⁴⁰⁸.

L'unica soluzione, allora, per garantire da una parte l'uguaglianza sostanziale delle parti e il completo accesso al fatto da parte del giudice⁴⁰⁹, dall'altra la vigenza del processo amministrativo come processo di parti, consiste non tanto nell'ampliare la fase dell'istruzione del processo, ma piuttosto nel far precedere il processo da una fase procedimentale amministrativa improntata al principio del contraddittorio⁴¹⁰: non quindi il giudice che prevale sulla pubblica amministrazione, ma la pubblica amministrazione che si rapporta in modo diverso al privato⁴¹¹. A conferma ideale di questa impostazione del problema sta il tentativo del superamento della tradizionale distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, non solo perché il nuovo sistema probatorio e cognitorio è previsto per le materie e non per i casi in cui quelle materie si registra una tale distinzione, ma soprattutto perché è l'effettività comunitaria ad esigere il rispetto del principio del "giusto processo" in ogni tipo di giurisdizione: "occorre dunque ripensare la tutela del contraddittorio nella giurisdizione esclusiva quale ineludibile tassello di un processo che sposta il suo asse portante dalla impugnazione di un atto all'accertamento autonomo di un fatto o se si vuole, di un comportamento dei pubblici poteri"⁴¹².

⁴⁰⁵ Vedi in particolare il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (nelle materie di giurisdizione esclusiva il giudice può disporre dei mezzi di prova previsti dal c.p.c., nonché della consulenza tecnica d'ufficio, eccetto il giuramento e l'interrogatorio formale) e la recente legge n. 205/2000.

⁴⁰⁶ Cfr., F. BENVENUTI, *Evoluzione del processo amministrativo*, in *Jus*, 1982, p. 49-50: l'Autore mette in guardia dai rischi di una parificazione al processo civile che snaturi gli elementi tipici che qualificano il giudizio amministrativo come "unicum".

⁴⁰⁷ Cfr., per ampie considerazioni critiche A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/1999, p. 24 e ss.

⁴⁰⁸ Vedi in particolar modo la legge n. 241/1990 e il diverso atteggiarsi dei rapporti procedimentali, ispirati ai principi del contraddittorio, della pubblicità, della trasparenza, della responsabilizzazione, in alcuni casi perfino della "contrattazione" del provvedimento amministrativo.

⁴⁰⁹ Cfr., a questo proposito le considerazioni di L. P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, vol. XXXII, 1977, p. 14 e ss. L'Autore, pur rifiutando gli eccessi dirigistici ed individualistici, ritiene che non si possa parlare del processo in termini di "responsabilità esclusive", ma solo di responsabilità "principali" e "complementari".

⁴¹⁰ Così in modo significativo A. VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, in *Diritto e Istituzioni (Ricerche dirette da G. BERTI)*, cit., p. 200 e ss.

⁴¹¹ Cfr., le profonde riflessioni valide ad anni di distanza di F. BENVENUTI, *La riforma del processo amministrativo*, Roma, 1987, p. 255 e ss.

⁴¹² Cfr., la significativa impostazione di E. PICOZZA, *Il giusto processo amministrativo*, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 5-6/2000, p. 1073.

1.2. I POTERI DI ALLEGAZIONE E DI ISTRUZIONE PROBATORIA DELLE PARTI E DEL GIUDICE. IL PRINCIPIO DI ACQUISIZIONE.

L'istruzione del processo amministrativo si caratterizza principalmente per la natura dispositiva del metodo di formazione dell'oggetto del giudizio, seppure non si esclude una certa operatività del c.d. principio acquisitivo⁴¹³.

Sono infatti le parti e non il giudice ad introdurre nel processo i fatti giuridicamente rilevanti rispetto all'oggetto del giudizio ed idonei ad orientare la decisione finale, siano essi fatti principali o fatti secondari⁴¹⁴, fermo restando che il giudice può sempre intervenire per acquisire la prova di quei fatti semplicemente allegati e non provati, sovvenendo così all'inerzia delle parti o ad una situazione di difficoltà.

La prevalenza dell'uno o dell'altro principio (dispositivo od acquisitivo) dipende in concreto dal difficile equilibrio raggiunto dalle parti del processo nell'esercizio dei poteri di allegazione e di istruzione: alla maggiore o minore responsabilità riconosciuta alle parti corrisponderà in modo inversamente proporzionale la maggiore o minore responsabilità del potere di intervento del giudice.

Se si esaminano attentamente le caratteristiche dei tre tipi fondamentali di giudizio vigenti nel nostro ordinamento giuridico (civile, amministrativo, penale) si nota però che la qualificazione del metodo istruttorio non dipende dal tipo di giudizio, ma al contrario dalla sua struttura, e cioè da quella voluta in astratto dal legislatore per ragioni di opportunità o di "politicità" e in concreto atteggiata dalla prassi dei tribunali con l'ausilio della dottrina⁴¹⁵.

Infatti, anche se il processo amministrativo e quello civile sono accomunati dall'appartenenza al tipo "processo accusatorio di parti", si stagliano evidenti le differenze: mentre il processo civile risulta fortemente improntato al principio per cui il giudice decide *secundum alligata et probata partium*, nel processo amministrativo si può eventualmente verificare una scissione tra la responsabilità dell'allegazione e la responsabilità dell'istruzione.

Una tale diversità potrebbe risultare apparentemente inspiegabile laddove si consideri che in entrambe le ipotesi le parti godono della piena disponibilità in ordine alla determinazione dell'oggetto del giudizio. Ma questo come dicevo solo in apparenza, visto che è la "struttura" del giudizio ad imporre in concreto la vigenza dell'uno o dell'altro metodo probatorio.

Mentre infatti il giudizio civile costituisce un "processo da citazione", quello amministrativo un "processo da ricorso", con tutte le indubbie conseguenze che questo comporta in ordine alla ripartizione delle responsabilità tra le diverse parti del processo, compreso il giudice⁴¹⁶.

Non è un caso, del resto, che tradizionalmente la dottrina ritenga che l'atto di citazione in giudizio contenga una *vocatio in iudicium*, mentre il ricorso amministrativo giurisdizionale una *vocatio iudicis*: solo nel primo caso il rapporto processuale si instaura direttamente tra le parti contendenti e in un secondo momento la fattispecie si completa con l'intervento del giudice, in ragione del fatto che già sul piano del diritto sostanziale le parti godono di una posizione giuridica di uguaglianza⁴¹⁷; nel secondo caso, invece, il rapporto processuale risulta dal

⁴¹³ Cfr., F. BENVENUTI, voce *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 204.

⁴¹⁴ Secondo un contrario e minoritario orientamento dottrinario potrebbe riconoscersi anche al giudice il potere di allegazione in ordine ai soli fatti secondari, dimenticando forse il problema della garanzia costituzionale dell'imparzialità e della terzietà rispetto agli interessi delle parti; questo orientamento viene riportato con ampie riflessioni critiche da C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Tomo IV, Milano, Giuffrè Editore, 2000, p. 3340.

⁴¹⁵ Cfr., sul punto C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 3338-3339.

⁴¹⁶ Vedi ancora C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 3341.

⁴¹⁷ Vedi sulla differenza della portata del principio del contraddittorio nel processo civile e in quello amministrativo le ampie riflessioni critiche di L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 20 e ss.

collegamento tra la parte ricorrente ed il giudice “mentre l'altra parte rimane, per così dire, eventuale e non necessaria”⁴¹⁸, anche perché il giudice interviene per rimediare ad un presunto illegittimo esercizio del potere da parte di un soggetto pubblico titolare di una posizione giuridica di superiorità già sul piano del diritto sostanziale rispetto al privato: “il particolare modo di atteggiarsi del rapporto giuridico amministrativo, non può non influire sulla disciplina del contraddittorio nel processo, ove l'uguaglianza tra le parti deve essere ristabilita per soddisfare esigenze di ordine costituzionale”⁴¹⁹.

Insomma, il giudice amministrativo è chiamato a sovvenire alle possibili deficienze del contraddittorio causate evidentemente dalla disuguaglianza giuridica delle parti⁴²⁰, esercitando legittimamente e, potremmo dire, doverosamente, quei poteri di acquisizione utili a riequilibrare le possibilità processuali delle parti, anche perché è in base all'istruttoria che si decide effettivamente il contenuto della decisione finale⁴²¹.

Così, se compete in prima battuta al ricorrente “l'onere di allegazione con riguardo ad una data realtà extraprocessuale che assume idonea a fondare la situazione giuridica fatta valere”⁴²², nonché la specificazione delle questioni che si vogliono sollevare e l'individuazione delle censure che si intendono muovere al provvedimento impugnato, non è motivo di inammissibilità del ricorso il mancato deposito del provvedimento impugnato a norma dell'art. 21 della legge T.A.R., il quale costituisce invece preciso obbligo giuridico a carico dell'amministrazione resistente. A maggior ragione tutta la validità dell'impostazione emerge in quei casi in cui il ricorrente si trovi nella pratica impossibilità di allegare atti strumentali del procedimento, nei confronti dei quali in passato l'amministrazione era solita addurre il c.d. segreto d'ufficio ai sensi dell'art. 15 dello Statuto degli impiegati civili dello Stato, disposizione oggi sostituita dall'art. 28 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale prevede che l'impiegato preposto ad un ufficio rilasci copia ed estratti di atti e documenti di ufficio nei casi non vietati dall'ordinamento.

La giurisprudenza è inoltre concorde nel ritenere che l'onere di allegazione non possa essere valutato in astratto, ma sulla base del grado di conoscenza che il ricorrente ha della realtà di fatto su cui si fonda la domanda, peraltro potenzialmente limitata a tutt'oggi, nonostante lo specifico rimedio giurisdizionale (art. 25⁵, l. 241/1990) a tutela dell'effettività del diritto di accesso: si spiega così la creazione pretoria dell'istituto dei motivi aggiunti, utili a modificare la materia del contendere qualora il ricorrente, dopo la proposizione del ricorso e per effetto dell'esibizione dei documenti da parte dell'amministrazione, abbia interesse a rilevare nuovi vizi o prospettare nuove censure⁴²³.

Venendo ora a considerare l'aspetto dinamico della fase di allegazione e di istruzione probatoria, si devono in concreto esaminare i poteri delle parti e del giudice in vista della definizione del giudizio.

Nel giudizio generale di legittimità l'applicazione del sistema dispositivo con metodo acquisitivo ha determinato la particolare configurazione dell'onere della prova in termini di c.d.

⁴¹⁸ Cfr., F. BENVENUTI, voce *Istruzione del processo amministrativo*, cit., p. 205.

⁴¹⁹ L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 21.

⁴²⁰ Per una critica alla disuguaglianza tra il privato e la P.a. quale giustificazione dei poteri acquisitivi del giudice amministrativo, soprattutto a dieci anni dall'entrata in vigore della legge 241/1990, G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, collana diretta da F. CARINGELLA e F. CINTIOLI, Milano, Giuffrè, 2003, p. 45 e ss.

⁴²¹ Cfr., anche M. CAPPELLETTI, *Spunti in tema di contraddittorio*, in *Studi in memoria di S. Satta*, I, Padova, 1982, pp. 211-212; secondo l'Autore il contraddittorio, nel rappresentare lo strumento per assicurare l'uguaglianza tra le parti, ha una sua valenza di ordine costituzionale: alla luce del combinato disposto dell'art. 3 e del secondo comma dell'art. 24 della Costituzione, il contraddittorio deve essere visto in termini di garanzia reale (di effettività), anziché meramente formale (di astratta possibilità).

⁴²² Vedi sul punto L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 28.

⁴²³ Ancora a questo proposito L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 30.

“principio di prova”⁴²⁴, essendo cioè sufficiente a mettere in moto la macchina giurisdizionale una rappresentazione dei fatti quanto più possibile coerente e credibile: quanto poi all’acquisizione delle prove circa l’esistenza o l’inesistenza dei fatti dedotti, queste possono essere anche il risultato di un’attività istruttoria diretta dal giudice nella ricerca della verità. La *ratio* della riduzione dell’onere della prova è da rinvenire principalmente nella necessità di riequilibrare in sede processuale quella posizione di svantaggio in cui si trova il privato dinanzi alla P.A. procedente, sia per quanto riguarda il farsi del potere durante l’iter procedimentale, sia per quanto concerne la presunta legittimità dell’atto amministrativo adottato.

Tale ricostruzione non sembra possa essere trasposta in modo assoluto nella giurisdizione amministrativa esclusiva, trattandosi evidentemente di una materia (i diritti soggettivi) che postula notevoli problemi di costituzionalità nel raffronto con la giurisdizione civile. Pur non dimenticando che anche di fronte ai diritti soggettivi la P.A. vanta una posizione di preminenza (si consideri la formazione di un contratto di lavoro di pubblico impiego, la disciplina di un rapporto di concessione), tuttavia la circostanza che in questo tipo di giudizio siano ammessi tutti i mezzi di prova vigenti in quello civile, implica il venir meno di un intervento preponderante del giudice amministrativo, appunto per non creare eventuali disparità di trattamento questa volta a danno dell’amministrazione. Una diretta conferma in tal senso proviene dalla stessa giurisprudenza, la quale già oggi esige un principio pieno di prova per quelle eccezioni che riguardino non il provvedimento impugnato, ma il comportamento delle parti⁴²⁵: così esemplarmente nel caso delle eccezioni di tardività del ricorso o di inammissibilità per avvenuta acquiescenza.

Per quel che concerne infine le questioni strettamente procedurali, nel giudizio amministrativo non esistono termini di decadenza o preclusioni endoprocedimentali, per cui è perfettamente ipotizzabile che l’attività istruttoria delle parti non si limiti all’atto introduttivo del giudizio o al deposito del controricorso, ma continui per l’ulteriore corso del processo fino al termine generale di decadenza rappresentato dalla conclusione dell’udienza di discussione della causa davanti al collegio: di qui l’ampia possibilità di depositare nuove memorie e documenti, di sviluppare nuove argomentazioni, di richiedere nuove prove⁴²⁶.

Altro argomento estremamente importante riguarda invece l’attività istruttoria della parte resistente.

Ora, a scanso di equivoci, per parte resistente non si intende la figura del controinteressato⁴²⁷, il quale gode di poteri processuali decisamente più ridotti rispetto a quelli esercitabili dal ricorrente e dal resistente in senso stretto, solitamente la P.A., ma in alcune ipotesi anche un soggetto privato⁴²⁸.

Nell’ipotesi classica, la pubblica amministrazione parte resistente è tenuta in base all’art. 21, comma 4, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, a depositare nel momento della costituzione in giudizio non solo il provvedimento impugnato, ma anche “gli atti e i documenti in base ai quali l’atto è stato emanato”, seppure comunemente si ritenga che alla mancata produzione non siano ricollegabili particolari effetti sfavorevoli, né in ordine all’atto di costituzione, né

⁴²⁴ Cfr., sul punto C.E. GALLO, *L’istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 3338-3339; e BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, p. 291; e in giurisprudenza Consiglio di Stato, sez. IV, 28 agosto 1997, n. 931, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, p. 1037; Consiglio di Stato, sez. V, 10 febbraio 1998, n. 151 e 28 gennaio 1998, n. 111, *ivi*, 1998, I, p. 231 e 65.

⁴²⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 1998, n. 551, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, p. 859; Tar Piemonte, sez. II, 29 giugno 1995, n. 373, in *Tar*, 1995, I, p. 3571; Tar Puglia, 12 novembre 1996, n. 654, *ivi*, 1996, I, p. 298; Tar Campania, 9 gennaio 1997, n. 15, *ivi*, 1997, I, p. 1102.

⁴²⁶ Cfr., a questo proposito C.E. GALLO, *L’istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 3346.

⁴²⁷ Vedi M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV, ed., Bologna, 1994, p. 230, dove si distingue tra parte resistente pubblica e parte resistente privata, identificando quest’ultima con il controinteressato, cioè con il soggetto interessato come l’amministrazione al mantenimento dell’atto, contro quindi la pretesa vantata dal ricorrente.

⁴²⁸ Vedi per la particolare configurazione del privato come parte resistente E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 80*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/1999, p. 634 e ss.

sotto il profilo propriamente istruttorio⁴²⁹. Quello che comunque è interessante rilevare è che la posizione della P.A. non è la posizione di una semplice parte in causa, ma è la posizione di un soggetto gravato di una funzione pubblica anche nel processo: dal lato passivo essendo soggetta agli incumbenti istruttori ordinati dal giudice, dal lato attivo quando in posizione di imparzialità rispetto agli interessi in causa viene incaricata dal giudice nella veste di sua ausiliaria di svolgere adempimenti istruttori⁴³⁰.

La stessa funzione pubblica potrebbe toccare, in ipotesi eccezionali, anche ad un soggetto privato.

Il D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 e la legge quadro in materia di lavori pubblici dell'11 febbraio 1994, n. 109 impongono "ai concessionari di lavori pubblici... ai concessionari di esercizio di infrastrutture destinate al pubblico servizio, alle aziende speciali e ai consorzi di cui agli artt. 23 e 25 della legge 8 giugno 1990, n. 142... alle società di cui all'art. 22 della medesima legge ... alle società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente... nonché ai concessionari di servizi pubblici e ai soggetti di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158" (art. 2, l. n. 109/94) di adottare, per l'affidamento dei lavori, le stesse procedure seguite dai soggetti pubblici.

Nel caso sorgesse una controversia tra tali soggetti e i concorrenti non vincitori, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁴³¹ ha stabilito che la giurisdizione spetti al giudice amministrativo, data la natura sostanzialmente pubblicistica della funzione esercitata. Proprio per questo motivo, il privato concessionario viene raffigurato come una sorta di "organo indiretto" della pubblica amministrazione⁴³², e come tale resiste nel giudizio amministrativo: "il concessionario può adempiere al dovere, all'atto della costituzione in giudizio, di depositare il provvedimento impugnato e tutti gli atti del procedimento, avendo egli adottato, appunto, tali atti; il giudice può ordinare al concessionario il deposito degli atti nonché chiedere schiarimenti"⁴³³.

Diversa, invece, l'ipotesi in cui una controversia sorgesse tra l'amministrazione ed il privato nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del D.Lgs 31 marzo 1998, n. 80, i quali prevedono che siano devolute alla giurisdizione esclusiva rispettivamente tutte le controversie in materia di pubblici servizi e le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia.

In questi casi il privato diviene parte resistente rispetto alla P.A. in senso proprio e non in qualità di organo indiretto dello Stato, per cui vanno ripensati ed adeguati gli istituti processuali soprattutto in materia probatoria: che senso avrebbe, infatti, onerare un privato dell'obbligo del deposito del provvedimento e degli atti e dei documenti del procedimento? Che senso avrebbe, poi, aspettarsi una "collaborazione" ai fini dell'acquisizione dei mezzi di prova (schiarimenti, verificazioni) da parte del privato se la sua condotta nelle migliori delle ipotesi sarà improntata al valore della lealtà, ma non certo al principio costituzionalmente garantito dell'imparzialità? (art. 97 Cost.)⁴³⁴.

Questo stato dei fatti ovviamente non si traduce in una diminuzione di tutela: l'art. 35 dello stesso decreto, nel rinviare al Regolamento per la procedura davanti al Consiglio di Stato⁴³⁵, dispone infatti che il giudice amministrativo possa esperire tutti i mezzi di prova di può disporre il giudice ordinario (per l'esecuzione delle perizie, ad esempio, è previsto che la sezione possa incaricare uno o più funzionari tecnici della Stato, fermo restando che possono

⁴²⁹ Cfr., sul punto C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 3347.

⁴³⁰ Ancora a questo proposito C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 3348.

⁴³¹ Cassazione SS.UU., 19 dicembre 1990, n. 1221, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 2441.

⁴³² Vedi per una critica a questa impostazione E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente*, cit., p. 642.

⁴³³ Così E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente*, cit., p. 644.

⁴³⁴ Cfr., le ampie considerazioni generali di E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente*, cit., p. 654.

⁴³⁵ Si tratta del R.D. 17 agosto, 1907, n. 642; in particolare è il Titolo II del regolamento a dettare la disciplina sull'istruzione dall'art. 26 all'art. 35.

ammettersi consulenze tecniche d'ufficio, con nomina, dunque, di esperti che non necessariamente fanno parte di pubbliche amministrazioni).

1.3 MODIFICAZIONI AL *THEMA DECIDENDUM* APPORTATE DAL RICORRENTE, DAL CONTROINTERESSATO E DALL'UFFICIO.

La tradizionale connotazione del processo amministrativo come processo ad oggetto rigido, presa nella sua assolutezza, è decisamente da sottoporre a critica: correttamente intesa, invece, la presunta rigidità dell'oggetto sta a significare che il *thema decidendum* è immediatamente individuato attraverso la tempestiva proposizione del ricorso, fermo restando la possibilità di integrare e addirittura modificare la materia del contendere secondo le forme e nei limiti previsti dalla legge⁴³⁶. Tra le altre cose, il rispetto del termine decadenziale di sessanta giorni non rinviene la sua ragion d'essere nell'esigenza di determinare una volta e per tutte e all'inizio del giudizio il *quid disputandum*, ma al contrario la rinviene nell'esigenza di garantire per tutti i soggetti dell'ordinamento la certezza del diritto e il legittimo affidamento sulle determinazioni della pubblica amministrazione. Certo, non si può negare che il rispetto del termine decadenziale abbia anche una sua valenza processuale, in quanto immediatamente si enuclea l'ambito oggettivo su cui si deve instaurare il contraddittorio, ma quello che si deve tener presente è che il principio del contraddittorio si atteggia nel diritto amministrativo in modo decisamente più articolato, stante la complessità dei rapporti tra l'amministrazione e i soggetti dell'ordinamento e tra i soggetti stessi a seconda che siano avvantaggiati o svantaggiati dall'esercizio del potere pubblico.

Molteplici, pertanto, sono le occasioni di una modificazione al *thema decidendum*, e non è affatto detto, tra l'altro, che intervengano in un intervallo di tempo delimitato, ben essendo possibile che la modificazione sia la conseguenza della partecipazione al giudizio di un soggetto spontaneamente intervenuto o anche da evocare obbligatoriamente per l'integrazione del contraddittorio.

In primo luogo rileva l'atto integrativo⁴³⁷ del ricorso notificato entro il medesimo termine di decadenza, ciò in conseguenza del fatto che il termine di sessanta giorni può essere utilizzato integralmente dal ricorrente, visto che la proposizione del primo ricorso non consuma il potere di azione⁴³⁸.

In secondo luogo rileva l'intervento litisconsortile del cointeressato che sempre nel termine di decadenza vuole far valere le proprie ragioni nel processo già instaurato dal ricorrente, anche deducendo motivi diversi⁴³⁹.

In terzo luogo rileva, ai sensi dell'art. 37 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato e dell'art. 22 della legge T.A.R., la possibilità per il controinteressato di proporre ricorso incidentale deducendo nuove censure nei confronti del medesimo provvedimento impugnato dal ricorrente o nei confronti di un atto diverso, prima non oggetto del giudizio, purché connesso con quello già impugnato⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Cfr., per ampie riflessioni critiche C.E. GALLO, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino, 1985, p. 22.

⁴³⁷ Cfr., sulle teorie della struttura unitaria e di quella plurima del ricorso D.M. TRAINA, *Lo svolgimento del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3318.

⁴³⁸ Consiglio di Stato, sez. V, 18 maggio 1979, n. 267, in *Consiglio di Stato*, 1979, I, 766; sez. VI, 31 ottobre 1978, n. 1120, *ivi*, 1979, I, 1518; T.A.R. Piemonte, 15 luglio 1983, n. 479, in *T.A.R.*, 1983, I, 2424. per una giurisprudenza più recente, T.A.R. Toscana, sez. III, 15 giugno 1994, n. 211, in *T.A.R.*, 1994, I, 3196; T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 6 febbraio 1996, n. 62, *ivi*, 1996, I, 1496.

⁴³⁹ La giurisprudenza del Consiglio di Stato ammette che l'intervento tempestivo del cointeressato possa convertirsi in ricorso: Consiglio di Stato, sez. V, 29 settembre 1970, n. 713, in *Consiglio di Stato*, 1970, I, 1448.

⁴⁴⁰ Sul punto vedi GALLO, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 25.

In quarto luogo rileva l'istituto dei c.d. motivi aggiunti, di creazione pretoria⁴⁴¹, fenomeno di gran lunga frequente nella prassi, anche tenuto conto del fatto che il ricorrente principale o incidentale può ignorare l'esistenza totale o parziale di altri atti e documenti, soprattutto nel caso di sviluppi successivi dell'azione amministrativa. A garanzia della completezza del contraddittorio e della parità delle armi, l'ordinamento consente al ricorrente di dedurre nuovi motivi (appunto aggiungendoli a quelli già proposti) in relazione alla tardiva conoscenza incolpevole che abbia di un'altra parte del provvedimento già impugnato o anche di altro provvedimento diverso ma connesso con quello. Se in un primo momento si è ritenuto che la tardiva conoscenza dovesse essere originata dall'istruttoria processuale⁴⁴², in seguito la giurisprudenza ha ammesso la possibilità di una conoscenza esterna al processo: in entrambe le ipotesi, comunque, il termine di decadenza è sempre di sessanta giorni, ma decorrente dalla data in cui si è avuta reale conoscenza dei nuovi atti e documenti. La notificazione deve essere effettuata a tutte le parti necessarie del giudizio, anche non costituite⁴⁴³.

Per quanto concerne più in particolare la portata del contraddittorio in rapporto al fenomeno dei motivi aggiunti, occorre rilevare che la situazione di disparità iniziale rispetto alla pubblica amministrazione (già naturalmente a conoscenza degli atti) riguarda sia il ricorrente principale che quello incidentale⁴⁴⁴. Infatti, la considerazione per cui il controinteressato avvantaggiato dal provvedimento amministrativo si giova indirettamente delle difese dell'amministrazione, non è del tutto fondata o quanto meno non corrisponde pienamente alla realtà almeno in due casi: l'ipotesi in cui l'amministrazione non si difende attivamente; l'ipotesi in cui il controinteressato, seppur sostanzialmente avvantaggiato dall'atto, è comunque interessato a far valere particolari motivi di vizio, i quali eventualmente potrebbero cagionargli un pregiudizio nei successivi sviluppi dell'azione amministrativa.

Da tutto questo discorso sulle diverse occasioni di modificazione della domanda iniziale, emerge però un dato costante: nel giudizio amministrativo si possono impugnare anche provvedimenti diversi da quello originariamente impugnato, purché con questo connessi. Anzi, proprio l'elemento della connessione distingue il processo amministrativo da quello civile, nel quale si ammette la possibilità di proporre dinanzi allo stesso giudice più cause anche non altrimenti connesse: "Quella differenza ... una volta tanto fornirebbe al giudizio amministrativo la palma di processo più razionale e organizzato, stante la corrispondenza tra fase iniziale e modificazioni in corso di causa"⁴⁴⁵.

In tal senso, la connessione rende superflua anche la distinzione che solitamente si opera da parte della dottrina processualcivile tra *mutatio* ed *emendatio libelli*⁴⁴⁶: nel giudizio amministrativo, sia di legittimità che di accertamento, il ricorrente principale e incidentale possono articolare la domanda originaria in relazione alle proprie esigenze e alle sopravvenienze in corso di causa, con l'unico limite invalicabile costituito dal nucleo fondamentale della controversia, appunto a tutela della controparte che deve "potersi difendere in modo adeguato conoscendo sin dall'inizio almeno orientativamente il possibile ambito della controversia"⁴⁴⁷.

Il discorso sulla connessione delle più cause nel giudizio amministrativo è peraltro complicato dal fatto che in alcuni casi il nesso di connessione non è così evidente: si pensi ad esempio ai rapporti procedurali molto complessi e alla conseguente difficoltà per il

⁴⁴¹ Si tratta della storica decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, 18 agosto 1905, n. 369, in *Giustizia amministrativa*, 1905, I, 553.

⁴⁴² Cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 13 giugno 1972, n. 523, in *Consiglio di Stato*, 1972, I, 918.

⁴⁴³ Vedi D.M. TRAINA, *Lo svolgimento del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 3320.

⁴⁴⁴ Vedi le importanti considerazioni di GALLO, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 58.

⁴⁴⁵ Così GALLO, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 62.

⁴⁴⁶ Cfr., sul punto PAJARDI, *Della trattazione della causa*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, II, Torino, 1980, 558; e SATTA, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, 1964, 824.

⁴⁴⁷ GALLO, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 93.

ricorrente di ricostruire i nessi, difficoltà che necessariamente poi si ripercuote sulla parità del contraddittorio al momento di difendere una propria situazione soggettiva.

Tuttavia vi sono casi ben più gravi, casi in cui l'effettività del contraddittorio è minata proprio dall'esistenza del nesso di connessione. Così emblematicamente nell'ipotesi in cui la connessione si realizzi all'interno del processo in conseguenza dell'adozione da parte dell'amministrazione, in pendenza del ricorso, di un diverso provvedimento connesso con quello impugnato, che può comunque impugnarsi con motivi aggiunti per il principio di concentrazione processuale (art.1, legge n. 205/2000)⁴⁴⁸.

Diversi sono i profili interessanti a questo proposito.

In primo luogo viene in rilievo la posizione del ricorrente principale, il cui interesse potrebbe in concreto non essere soddisfatto dall'adozione del provvedimento, nonostante che l'amministrazione confidi nell'estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere.

In secondo luogo vengono in rilievo la correttezza e la lealtà del contraddittorio, per cui si dovrebbe ragionevolmente escludere la necessità di impugnare il provvedimento successivo meramente confermativo nel dispositivo e nella motivazione del provvedimento impugnato, adottato dall'amministrazione al solo fine di prolungare i tempi processuali e complicare l'altrui difesa⁴⁴⁹.

In terzo luogo rileva la posizione deteriorata in cui viene a trovarsi il controinteressato, il quale in corso di causa dovrà adeguare la linea difensiva al nuovo provvedimento attraverso la proposizione di un nuovo ricorso incidentale, o dovrà addirittura adeguarsi alla nuova realtà dell'estinzione del processo per cessazione della materia del contendere e iniziare magari un nuovo processo nella misura in cui il nuovo atto lo pregiudichi⁴⁵⁰.

Ulteriori modificazioni al *thema decidendum* possono essere occasionate dall'esercizio dei poteri d'ufficio riconosciuti al giudice sia in senso riduttivo che ampliativo: la prima ipotesi ricorre nel caso in cui il giudice accolga il ricorso per un determinato motivo dichiarando assorbite le altre censure; la seconda ipotesi ricorre invece nel caso in cui il giudice, al di fuori di una domanda di parte, annulli l'atto amministrativo o lo sospenda per incostituzionalità o per illegittimità derivante dal contrasto con una norma comunitaria⁴⁵¹.

Fenomeno processuale che invece provoca effetti modificativi esattamente inversi a quelli appena delineati, è la rinuncia a uno o più motivi di ricorso: in questo caso, infatti, il *thema decidendum* anziché ampliarsi si riduce. Ancora diversa invece l'ipotesi della rinuncia al ricorso, la quale, comportando la rinuncia a tutti i motivi di ricorso, provoca addirittura l'estinzione del giudizio.

Un ultimo profilo da analizzare riguarda le norme procedurali.

Regola di carattere generale è il rispetto di elementari quanto basilari⁴⁵² principi che regolano la difesa e il contraddittorio in giudizio: da qui la necessità della notificazione dell'atto che in qualsiasi modo muta, sia pure nei termini consentiti dalla legge, l'oggetto originario della domanda. E quindi notificazione dei motivi aggiunti, del ricorso incidentale, dell'atto di intervento⁴⁵³. Anzi, a conferma dell'importanza della conoscenza delle modificazioni, non può non ricordarsi quell'orientamento giurisprudenziale poi abbandonato che pretendeva la notificazione dei motivi aggiunti presso il domicilio reale della controparte, anziché presso il domicilio eletto.⁴⁵⁴

⁴⁴⁸ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., p. 81 e 238 e ss.

⁴⁴⁹ il rilievo è di CAIANIELLO, *Gli effetti dei provvedimenti sopravvenuti nel processo amministrativo in corso*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1841.

⁴⁵⁰ Cfr., le considerazioni di GALLO, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 69.

⁴⁵¹ Vedi sul punto D.M. TRAINA, *Lo svolgimento del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 3322-3323.

⁴⁵² T.A.R. Puglia, Bari, 3 ottobre 2001, n. 4140, in ITALEDI CD-ROM.

⁴⁵³ T.A.R. Lazio, 11 aprile 1983, n. 114, in *Consiglio di Stato*, 1983, I, 1374.

⁴⁵⁴ Cfr., Adunanza plenaria, 5 aprile 1984, n. 8, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, 531 e ss.

La notificazione, tra le altre cose, è l'unico strumento sul quale si può far serio affidamento per realizzare un rapporto processuale nel contraddittorio delle parti: mentre nel giudizio civile è infatti ipotizzabile un continuo contatto tra le parti, nel giudizio amministrativo la fissazione dell'udienza di discussione è rimessa alla determinazione della parte più interessata nell'arco di ben due anni. È ragionevole, quindi, prevedere dei meccanismi che consentano alle parti di comunicare e scambiare difese prima dell'imminenza dell'udienza, non solo perché non è previsto un termine ulteriore, ma anche perché questo è l'unico rimedio per evitare una preparazione frettolosa da esporre oralmente⁴⁵⁵.

1.4. IL CONTRADDITTORIO NELLA FASE DI ISTRUZIONE PREPARATORIA.

In passato né la dottrina⁴⁵⁶ né la giurisprudenza⁴⁵⁷ sentirono la necessità pratica di individuare una precisa fase istruttoria nell'ambito del processo amministrativo, forse per la limitatezza degli incumbenti istruttori dovuta al carattere estremamente documentale del giudizio, forse per la concentrazione delle attività di istruzione, trattazione e decisione della causa in capo al collegio.

La mancata individuazione di una ben determinata fase processuale non si traduce però nella pratica inesistenza di un'attività di natura istruttoria, anche perché non può essere concepito un processo, e cioè un procedimento tra parti in posizione di parità davanti ad un giudice terzo ed imparziale, in cui legittimamente si possa escludere l'esigenza di un'attività volta all'accertamento dei fatti⁴⁵⁸.

Una conferma in tal senso proviene dalla stessa Corte Costituzionale, la quale precisa che la facoltà per il giudice amministrativo di definire immediatamente nel merito la controversia è subordinata alla verifica della "sussistenza delle condizioni ordinarie per l'emissione di una sentenza che definisca il giudizio, come l'integrità del contraddittorio, la completezza delle prove necessarie per la pronuncia che deve essere emessa, e gli adempimenti processuali previsti per la tutela del diritto di difesa"⁴⁵⁹.

Certamente ci sono dei casi in cui è lo stesso ordinamento giuridico a ricollegare determinati effetti giuridici di certezza a fatti accaduti anche al di fuori del processo; o casi in cui il momento delle contestazioni è posticipato ad altra fase processuale; addirittura le parti possono essere d'accordo in ordine alla ricostruzione del fatto, dissentendo solo circa la sua qualificazione giuridica. Ma quello che rimane ineliminabile in ogni tipo di giudizio, compreso quello amministrativo, è la necessità di accertare un fatto preliminarmente all'assunzione di una decisione⁴⁶⁰. A rigore, perfino nel caso in cui le parti, concordemente, decidano di rappresentare una determinata realtà di fatto al giudice, se questi mai dubitasse della veridicità della ricostruzione, ben potrebbe esercitare poteri istruttori attribuiti; così, analogamente, potrebbe esercitarli per rimediare ad un errore più o meno intenzionale anche solo di una delle parti.

⁴⁵⁵ Cfr., GALLO, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, cit., p. 108.

⁴⁵⁶ Cfr., a questo proposito le importanti riflessioni critiche di C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Tomo IV, Milano Giuffrè Editore, 2000, p. 3333 e ss.; di L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 31 e ss.

⁴⁵⁷ Vedi per una disamina delle prassi seguite dalle sezioni giurisdizionali NIGRO, *L'ammissione delle prove nel processo davanti al Consiglio di Stato, poteri collegiali e poteri presidenziali*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967, 743; cfr., a questo proposito la vicenda del tutto marginale riportata da L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 31, nota 5, di cui fu protagonista il Presidente De Marco (Intervento al X Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, in *Problemi del processo amministrativo*, II, Milano, 124 ss.), il primo ad instaurare con una certa stabilità la prassi della c.d. udienza istruttoria nel processo avanti il Consiglio di Stato.

⁴⁵⁸ Vedi F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, p. 10, secondo il quale l'accertamento dei fatti costituisce momento ineliminabile in ogni tipo di giudizio.

⁴⁵⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 427/99, in *Foro Italiano*, 2000, 746.

⁴⁶⁰ Così C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Tomo IV, Milano Giuffrè Editore, 2000, p. 3335.

Del resto, poi, le norme che oggi disciplinano l'attività istruttoria nel processo amministrativo sono ormai numerose, soprattutto in conseguenza di interventi legislativi "doverosi" sotto il profilo costituzionale: che altro significato avrebbe, infatti, la previsione del doppio grado di giurisdizione se non si rafforzasse l'accesso al fatto da parte dei T.A.R. e del Consiglio di Stato?

È noto come nel processo civile la fase dell'istruzione della causa si articola in due momenti principali, cronologicamente e logicamente autonomi: l'istruzione preparatoria e l'istruzione probatoria. Nel processo amministrativo, invece, si riusciva ad individuare anche con un certo sforzo la sola fase propriamente probatoria, in quanto palesemente destinata alla raccolta delle prove; di istruzione preparatoria invece non si parlava, essendo racchiusa all'interno della c.d. fase di trattazione della causa, intesa come "attività preparatoria del giudizio nel suo aspetto di impostazione e programmazione dello stesso"⁴⁶¹.

L'entrata in vigore della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 muta sostanzialmente questa situazione, in quanto la previsione di ampi poteri istruttori in capo al presidente del Tribunale provoca la pratica necessità di individuare una vera e propria fase istruttoria preparatoria.

Il presidente del Tribunale (che è presidente dell'organo giurisdizionale e non del collegio) rappresenta certamente un organo monocratico, ma non è paragonabile al giudice istruttore del giudizio civile: la legge fa infatti salva la centralità del collegio, unica guida in senso sostanziale ai fini della decisione della causa, riconoscendo al presidente in questione solo un potenziamento dei poteri istruttori in vista di un giudizio sul fatto che garantisca l'effettività del contraddittorio durante l'ulteriore svolgimento del processo⁴⁶².

In primo luogo il presidente del tribunale verifica preliminarmente e d'ufficio la regolarità della costituzione del rapporto processuale (art. 182 c.p.c.); in secondo luogo può richiedere alle parti i chiarimenti necessari o indicare loro le questioni rilevabili d'ufficio delle quali si ritiene opportuna la trattazione (art. 183 c.p.c.); inoltre, può rimettere la causa al collegio se matura per la decisione senza necessità di assumere ulteriori mezzi di prova, soprattutto se si debbano decidere questioni di giurisdizione, questioni pregiudiziali di rito o questioni preliminari di merito idonee a definire il giudizio.

Ma fondamentale è il disposto dell'art. 21 della legge, che riconosce al presidente importantissimi poteri di acquisizione documentale, esercitabili subito dopo la scadenza del termine (ordinatorio) assegnato alle parti per costituirsi in giudizio e comunque fino al momento dell'emanazione del decreto di fissazione dell'udienza, il quale rappresenta a sua volta il termine da cui è possibile esercitare i poteri previsti dall'art 23 della stessa legge⁴⁶³.

Nel processo amministrativo l'attività istruttoria è rimessa in prima istanza al ricorrente che, a norma dell'art. 21 della legge T.A.R., deve depositare il provvedimento impugnato. Tra le altre cose, il mancato adempimento dell'obbligo di deposito non implicherebbe in alcun modo l'inammissibilità del ricorso, stante la previsione normativa che trasferisce l'onere del deposito in capo all'amministrazione. Da ciò consegue che il deposito a cui è tenuto il ricorrente ha una funzione esclusivamente istruttoria e non d'integrazione della determinazione dell'oggetto del giudizio⁴⁶⁴.

Ma, a ben vedere, si deve forse concordare con quella parte della dottrina che ritiene che il deposito del provvedimento e degli atti del procedimento non abbia nemmeno una valenza propriamente istruttoria, bensì sostanziale a garanzia dell'effettività del contraddittorio: "il deposito dei documenti sui quali si fonda il ricorso non rientra fra gli elementi della domanda giudiziale, né si può ricondurre alle attività probatorie. Tale obbligo risponde al sistema del

⁴⁶¹ Cfr., sul punto MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 32.

⁴⁶² Cfr., le ampie riflessioni di MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 33.

⁴⁶³ Vedi sulla procedura L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1997, p. 55 e ss.

⁴⁶⁴ Vedi l'osservazione in C. E. GALLO, alla voce *Istruzione nel processo amministrativo*, cit., p. 11.

nostro diritto processuale, non per una esigenza dell'istruzione, perché le prove potrebbero essere fornite in un momento successivo, ma per una esigenza del contraddittorio⁴⁶⁵.

Per chi condividesse questa impostazione non sarebbe dunque possibile sottovalutare l'importanza di questo primissimo adempimento: sebbene nel processo amministrativo non vi siano particolari decadenze endoprocessuali o preclusioni, è però previsto un generale termine di decadenza entro il quale è possibile introdurre nel giudizio le argomentazioni o rilevare i vizi. Quindi, in vista della completezza del contraddittorio, non è indifferente per il ricorrente prospettare o meno la più ampia e precisa ricostruzione della realtà su cui si fonda la domanda, con tutto quello che questo comporta sulla possibilità di modificazioni al *thema decidendum* o di introduzione dei c.d. motivi aggiunti⁴⁶⁶.

È peraltro necessario ricordare come, prima dell'entrata in vigore della legge 7 agosto del 1990, n. 241, il problema si ponesse in termini molto più difficili. Infatti, stante la generalizzata operatività del principio del segreto d'ufficio, il vero nodo non era costituito dalla possibilità o meno del deposito del provvedimento impugnato, ma in dubbio era la sua stessa conoscibilità da parte del ricorrente, eccetto le rare ipotesi in cui lo stesso fosse comunicato o notificato, per non parlare poi dell'estrema difficoltà di reperire gli atti endoprocedimentali, puramente strumentali, da cui comunque si potevano trarre importanti motivi di vizi.

Tale situazione pare oggi essersi positivamente risolta con la previsione di un diritto di accesso agli atti e ai documenti del procedimento sia a titolo informativo che a titolo partecipativo, nonché con la previsione di uno speciale rimedio giurisdizionale a tutela della garanzia sostanziale (decisione del T.A.R. in camera di consiglio, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta, emanazione dell'ordine di esibizione). Tuttavia, come ha ribadito il Consiglio di Stato⁴⁶⁷, non sussiste nessun giuridico collegamento tra la disciplina sul diritto di accesso e la disciplina processuale, in quanto l'accesso viene tutelato di per sé, al di fuori della pendenza di un processo: da qui la perdurante possibilità per il giudice amministrativo di esercitare i suoi poteri istruttori indipendentemente dal fatto che il ricorrente si sia giovato o meno dei rimedi predisposti dall'ordinamento giuridico a tutela di una sua situazione giuridica sostanziale⁴⁶⁸.

Per cui, se il ricorrente non allega i documenti prescritti all'atto del deposito del ricorso, se l'amministrazione non adempie a tale obbligo all'atto della costituzione in giudizio o addirittura non si costituisce in giudizio nei termini assegnati, il presidente ordina "l'esibizione degli atti e dei documenti nel tempo e nei modi opportuni" (art. 21), consentendo così al ricorrente la proposizione di eventuali motivi aggiunti⁴⁶⁹ in vista del ristabilimento in concreto dell'uguaglianza delle parti.

Rimane però aperto il problema delle conseguenze giuridiche che si riconnettono ad un possibile inadempimento da parte dell'amministrazione resistente, nel dubbio se tale comportamento possa essere valutato negativamente per il c.d. principio della valutazione dell'inottemperanza⁴⁷⁰. Ma anche concludendo in senso affermativo sul punto, la

⁴⁶⁵ Così si esprime molto significativamente MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 34, riportando il pensiero di DE VALLES, *Il contraddittorio nel giudizio amministrativo*, in *Studi in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1958, 220 e ss.

⁴⁶⁶ Così C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Tomo IV, Milano Giuffrè Editore, 2000, p. 3336.

⁴⁶⁷ Vedi Consiglio di Stato, sez. IV, 16 giugno 1995, n. 1015 e Consiglio di Stato, sez. IV, 6 marzo 1995, n. 158, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, pp. 917 e 311.

⁴⁶⁸ Cfr., anche in questo senso C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 3337-3338.

⁴⁶⁹ Vedi L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1997, p. 60, dove viene sottolineata questa particolare differenza rispetto al processo civile: "entro questi limiti nel processo amministrativo di legittimità è quindi consentita non solo l'*emendatio*, ma altresì la *mutatio libelli*."

⁴⁷⁰ Sul punto la giurisprudenza è piuttosto oscillante. Così in alcuni casi si ritiene che il principio dell'obbligatorietà dell'attività giurisdizionale in sé e per sé comporti una valutazione negativa del comportamento, ritenendo per provati i fatti e le circostanze dedotte dal ricorrente (Consiglio di Stato, sez. IV,

problematicità della questione resta inalterata laddove si consideri che in alcuni casi una valutazione negativa del comportamento non è sufficiente a rimediare ad una situazione di sostanziale disparità, il cui epilogo potrebbe facilmente consistere in una decisione ingiusta.

Da qui gli interrogativi sulla vera portata dell' istituto processuale del contraddittorio⁴⁷¹.

Tutt'altro discorso è da farsi per quegli atti e quei documenti su cui il ricorso si fonda, diversi evidentemente da quelli in base ai quali il provvedimento amministrativo si fonda: in questo caso, infatti, l'onere della prova pesa esclusivamente sul ricorrente, e il giudice non potrà esercitare quei poteri istruttori che gli competono solo nell'ipotesi in cui l'acquisizione del mezzo di prova abbia un valore strutturale di garanzia del contraddittorio.

Se l'art. 21 della legge del 1971 limita i poteri istruttori presidenziali all'acquisizione documentale, l'art. 23 prevede poi che il presidente del tribunale possa disporre di tutti gli incumbenti istruttori che ritenga più opportuni in vista del più compiuto esame della controversia da parte del collegio, nel momento che immediatamente precede la fissazione dell'udienza di discussione della causa. Senonchè, la scansione temporale prevista dalla legge non è delle più razionali: siccome alle parti è concesso presentare documenti fino a venti giorni prima l'udienza e memorie fino a dieci, ne conseguirebbe un lasso di tempo estremamente ridotto per l'esercizio dei poteri presidenziali. Per ovviare a questo problema è quindi prevista la possibilità per le parti di chiedere la cancellazione dal ruolo dell'udienza, unico rimedio specialmente nel caso che si volessero proporre motivi aggiunti provocati dalle risultanze degli incumbenti istruttori disposti dal giudice⁴⁷².

1.5. IL CONTRADDITTORIO NELLA FASE DI ISTRUZIONE PROBATORIA. ATTIVITÀ E PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE. APPLICAZIONI PRATICHE DEL PRINCIPIO DEL “GIUSTO PROCESSO” NELL'ISTRUZIONE AMMINISTRATIVA.

La fase dell'istruzione probatoria rappresenta un momento fondamentale di cerniera tra la fase di trattazione e la fase di decisione della causa in vista di una “giusta” definizione del giudizio.

Caratteristica fondamentale del processo amministrativo, infatti, è quella di coniugare pienamente il principio dispositivo e il principio acquisitivo, in modo da riconoscere ampie iniziative in materia di prove e addirittura poteri di introduzione di fatti (seppur secondari) anche al giudice, oltre che ovviamente alle parti⁴⁷³.

Queste considerazioni non si pongono affatto in contrasto con i postulati che reggono un processo di parti (*nemo iudex sine actore, ne eat iudex ultra petita partium*), in quanto il principio dispositivo si risolve da un lato nel diritto delle parti di disporre dell'interesse giuridicamente protetto decidendo liberamente quali fatti giuridici o principali porre a fondamento della pretesa fatta valere in giudizio, e dall'altro nell'obbligo per il giudice di decidere secondo i fatti principali dedotti in giudizio dalle parti, fermo restando le regole di tecnica procedurale che informano i diversi tipi di giudizio. Nel processo civile, ad esempio, la regola procedurale esige che le parti provino ciò che allegano in giudizio, mentre nel processo amministrativo si può realizzare una scissione tra la responsabilità dell'allegazione (che pesa sempre sulle parti almeno quando si tratta di fatti giuridici principali) e la responsabilità della prova (che pesa anche sul giudice), appunto in conseguenza della funzione strutturale del giudizio

14 maggio 1969, n. 185, in *Foro amministrativo*, 1969, I, 2, 458 e sez. IV, 21 ottobre 1969, n. 566, *ivi*, 996); in altri casi invece si richiede l'ulteriore elemento che il privato non possa in altro modo venire a conoscenza o provare atti e fatti (Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 1969, n. 21, in *Foro amministrativo*, 1969, I, 2, 34 e sez. VI, 9 dicembre 1967, n. 895, *ivi*, 1883).

⁴⁷¹ Ancora sul punto L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1997, pp. 67-68.

⁴⁷² Vedi a questo proposito C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 3350.

⁴⁷³ Cfr., L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1977, p. 77.

amministrativo: riequilibrare la posizione giuridica delle parti in modo da realizzare quella effettiva uguaglianza che solitamente manca nella realtà sostanziale⁴⁷⁴.

A questo proposito, la dottrina mostra atteggiamenti contraddittori circa l'allegazione dei c.d. fatti giuridici secondari o semplici, ossia quei fatti dai quali si può direttamente o indirettamente desumere l'esistenza o il modo di essere dei fatti giuridici o principali.

Secondo un orientamento più restrittivo⁴⁷⁵ l'allegazione di tali fatti peserebbe solo sulle parti, in quanto una contraria interpretazione contrasterebbe con il principio della domanda, colonna portante di ogni processo di parti.

Secondo un orientamento più garantistico, invece, "le iniziative del giudice rispetto ai fatti secondari attengono alla tecnica del processo ed alle modalità del suo svolgimento, in quanto servono a dimostrare la verità di quei fatti giuridici o principali allegati dalle parti a fondamento della domanda giudiziale"⁴⁷⁶: il giudice amministrativo quindi, per la particolare funzione pubblicistica che esercita all'interno del processo (soprattutto si consideri il giudizio di legittimità, ma anche la giurisdizione esclusiva, dove i suoi poteri istruttori sono anzi potenziati), può del tutto legittimamente ricercare la verità nei limiti ovviamente dei soli fatti principali allegati dalle parti. A sostegno di questa opinione, del resto, è lo stesso regime giuridico pensato per l'allegazione dei fatti principali: se la portata dell'onere di allegazione è in concreto determinata dal grado di conoscenza che il ricorrente ha della realtà giuridica, ammettendosi dunque la proposizione di motivi aggiunti attraverso quella che è una vera e propria *mutatio libelli* (inconcepibile nel processo civile), perché allora non ammettere un potere di allegazione del giudice su quei fatti secondari di cui il ricorrente potrebbe non aver conoscenza nemmeno durante il processo?⁴⁷⁷.

Altra problematica riguarda l'eccezione di merito nel processo amministrativo, propriamente anch'essa un modo di atteggiarsi del potere di contraddizione, anche se su una materia del contendere già delimitata dall'allegazione dei fatti giuridici principali⁴⁷⁸: "al pari di quanto accade nel processo civile, si può ritenere che l'eccezione non può, comunque, influire sull'oggetto del giudizio, la cui delimitazione spetta esclusivamente al ricorrente (principale e incidentale)⁴⁷⁹. Proprio per questo motivo, almeno nell'ambito della giurisdizione di legittimità, si è sempre riconosciuto al giudice ampi poteri di individuazione dei fatti estintivi, modificativi od impeditivi della situazione giuridica soggettiva vantata dal ricorrente, ritenendo invece applicabile alla giurisdizione esclusiva l'art. 112 c.p.c., secondo il quale il giudice non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte solo dalle parti"⁴⁸⁰. Con riguardo, invece, alle eccezioni di rito, al giudice amministrativo non è stato mai precluso di

⁴⁷⁴ Cfr., F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, p. 123, dove si giustifica questo particolare modo di essere del processo amministrativo per la circostanza dell'impossibilità (giuridica o fattuale) o della limitata possibilità per il privato di venire a conoscenza di fatti o atti interni, strumentali, preparatori..., in dominio della pubblica amministrazione.

⁴⁷⁵ Vedi a questo proposito F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., p. 140 e ss. L'Autore riconosce comunque che l'orientamento dominante volge nel senso contrario.

⁴⁷⁶ Così per tutti si riporta l'opinione di L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., p. 83.

⁴⁷⁷ Cfr., le conclusioni di L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., pp. 87-88.

⁴⁷⁸ In dottrina è diffusa l'affermazione per cui il thema decidendum è definito non solo dalla domanda del soggetto agente, ma anche dalle eccezioni del soggetto resistente che, allegando fatti impeditivi, modificativi od estintivi della situazione vantata in giudizio, provoca un allargamento della sfera di cognizione del giudice sui fatti.

⁴⁷⁹ Così L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., p. 89.

⁴⁸⁰ Cfr., la complessa articolazione della figura dell'eccezione nella dottrina civilprocessualistica nelle lezioni di *Procedura on-line* tenute da B. SASSANI nell'anno accademico 2002-2003, nonché la tradizionale dottrina di CHIOVENDA, voce *Eccezione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 172 e ss. In sintesi, la rilevanza d'ufficio dell'eccezione di merito rappresenta la regola, eccetto i casi espressamente previsti dalla legge (es. prescrizione); per le eccezioni relative alle nullità formali vale la regola opposta, tranne nei casi in cui la legge conferisca il relativo potere al giudice (es. violazione del principio del contraddittorio); ancora la rilevanza d'ufficio vale per le eccezioni relative alle nullità dei presupposti processuali (es. in materia di incompetenza la disciplina è mista: vedi l'art. 38 c.p.c.).

verificare d'ufficio la regolare costituzione del rapporto processuale e il corretto svolgimento del processo⁴⁸¹.

Anche dopo l'entrata in vigore della legge del 1971, la regola generale sull'istruzione nel processo amministrativo è quella prevista dall'art. 44 del T.U. sul Consiglio di Stato⁴⁸², la quale condiziona l'assunzione dei mezzi di prova al presupposto che l'istruzione dell'affare sia incompleta o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato siano in contraddizione con i documenti. Non quindi un potere istruttorio assolutamente discrezionale, ma abbastanza generalizzato da ammettere un intervento integrativo, di secondo grado (se non "dirigistico") da parte del giudice nella elaborazione delle prove in vista della giusta definizione del giudizio⁴⁸³.

Questo non significa però che la legge del 1971 non abbia innovato in modo significativo al sistema probatorio previgente: si pensi solo al confronto tra il disposto dell'art. 26 del regolamento di procedura per il giudizio avanti il Consiglio di Stato⁴⁸⁴, dell'art. 44 del T.U.⁴⁸⁵ e dell'art. 21 della legge del 1971⁴⁸⁶. Infatti, mentre l'art. 44 dispone che il giudice possa richiedere documenti all'amministrazione interessata, l'art. 26 precisa che la produzione di documenti può essere ordinata alle altre parti, ma solo l'art. 21 prevede che l'ordine di esibizione possa riguardare anche soggetti terzi.

Un primo mezzo di prova è rappresentato dalla richiesta di chiarimenti⁴⁸⁷, paragonabile all'istituto dell'interrogatorio non formale del processo civile (art. 117 c.p.c.) e, per questo motivo, dalla eventuale mancata risposta non si può ritenere come provati i fatti dedotti: semmai, è tutt'al più possibile desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c. La richiesta di chiarimenti può infine essere indirizzata ai privati e alla pubblica amministrazione ma, in quest'ultimo caso, non risulta assimilabile alle c.d. verificazioni, per cui non è necessaria l'instaurazione del contraddittorio con le parti interessate⁴⁸⁸, anche se la giurisprudenza ritiene che i chiarimenti debbano pur sempre essere espressi direttamente dall'amministrazione interessata e non attraverso la mediazione delle memorie difensive⁴⁸⁹.

Esige invece il pieno rispetto del principio del contraddittorio l'incombente istruttorio della verifica dopo che l'art. 26 del regolamento del 1907 ha modificato l'art. 19 del regolamento del 1889. Infatti, se un tempo le parti potevano assistere alla verifica compiuta dalla pubblica amministrazione solo se autorizzate dalla Sezione e quando ne sia il caso, con la riforma questo non è stato più possibile: l'assenza del giudice al momento dell'assunzione del mezzo istruttorio e il fatto che la sua esecuzione sia riservata alla pubblica amministrazione⁴⁹⁰ hanno indotto a ritenere che la modalità tipica e normale di assunzione deve essere il contraddittorio⁴⁹¹. Per quanto concerne il contenuto, se la verifica può servire alla ricerca di documenti in archivi, alla traduzione di documenti, all'ispezione di luoghi e di cose, alla riproduzione meccanica e alle rilevazioni in genere, la funzione più importante è

⁴⁸¹ Così L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., pp. 91-92.

⁴⁸² T.U. approvato con R.D. 26/06/1924, n. 1054.

⁴⁸³ Ancora sul punto vedi MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., pp. 94 e 102.

⁴⁸⁴ Regolamento approvato con R.D. 17/08/1907, n. 642.

⁴⁸⁵ T.U. n. 1054/1924.

⁴⁸⁶ Legge 6/12/1971, n. 1034.

⁴⁸⁷ Vedi C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 145-147.

⁴⁸⁸ Cfr., in tal senso L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., p. 135; e Cons. giust. amm. reg. sic., 28 agosto 1969, n. 202, in *Foro amministrativo*, 1969, I, 2, 941.

⁴⁸⁹ Così, Consiglio di Stato, sez. VI, 4 maggio 1965, n. 304, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1965, I, 967.

⁴⁹⁰ Per pubblica amministrazione in questo caso si intende sia l'autorità responsabile dell'adozione dell'atto sia l'autorità in qualche modo interessata al problema della sua legittimità (es. un'autorità di controllo). Cfr., a tale proposito L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., p. 138.

⁴⁹¹ Vedi in questo senso Consiglio di Stato, sez. V, 28 novembre 1969, n. 1450, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1969, I, 2235; e Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 1960, n. 399, *ivi*, 1960, I, 1203.

stata storicamente quella peritale⁴⁹²; e siccome la perizia vera e propria esige di essere compiuta da soggetti terzi dotati di competenze tecnico-specialistiche, a maggior ragione si insiste sulla necessità del rispetto del principio del contraddittorio. Comunque sia si rinviene un certo correttivo nel fatto che l'efficacia probatoria della verifica sia rimessa al prudente apprezzamento del giudice, il quale può in ultima analisi tenere in debita considerazione anche documenti prodotti dai privati, tra cui atti notori⁴⁹³, dichiarazioni e perizie stragiudiziali giurate, verbali di prove assunte in altri processi, verbali di procedimenti giudiziari di istruzione tecnica preventiva⁴⁹⁴ di cui all'art. 692 e ss. del c.p.c.

Un punto molto importante del discorso sul sistema probatorio verte sul superamento ad opera degli artt. 21 e 23 della legge del 1971 della presunta tassatività dei mezzi di prova risultanti dal T.U. del 1924 e dal regolamento del 1907. In realtà, l'orientamento dominante in dottrina⁴⁹⁵ ritiene che la limitatezza dei mezzi istruttori adoperata in passato si deve non al dettato normativo, ma all'atteggiamento tenuto soprattutto dal Consiglio di Stato: il modello preferenziale del giudizio di legittimità, infatti, ha in concreto portato a selezionare i mezzi di prova in base alla possibilità o meno che questi potessero essere esperiti dalla P.A. senza l'intervento di terzi estranei (si spiega così anche l'utilizzo della verifica in funzione peritale).

Per quanto concerne poi in particolare l'istruzione nella giurisdizione esclusiva, si ricorda una importante pronuncia additiva della Corte Costituzionale⁴⁹⁶, la quale ha introdotto i mezzi di prova previsti nel processo del lavoro per le controversie di pubblico impiego. Si tratta in particolare della richiesta di informazioni ed osservazioni alle associazioni sindacali, all'accesso sul luogo di lavoro, alla consulenza tecnica d'ufficio, alla prova testimoniale⁴⁹⁷.

Resta esclusa l'ammissione della confessione e del giuramento.

Altro aspetto fondamentale in termini di effettività del principio del contraddittorio è quello riguardante *la tecnica dell'istruzione probatoria*.

Se ad esempio i documenti sono in possesso delle parti interessate a produrli in giudizio, questi devono essere semplicemente depositati nella segreteria del giudice senza che questi si attivi: unico adempimento necessario è la comunicazione della produzione alle parti e al giudice.

L'art. 23 della legge del 1971 dispone poi che il termine ultimo per la produzione è venti giorni prima dell'udienza di discussione della causa, appunto a garanzia della completezza del contraddittorio prima che la causa passi in decisione, fermo restando la superabilità del limite qualora vi sia accordo tra le parti⁴⁹⁸.

Altra questione riguarda la natura e l'esecuzione dei provvedimenti istruttori.

⁴⁹² Vedi C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 147-150, dove si sottolinea come in materia edilizia il giudice possa disporre vere perizie a norma dell'art. 16 della legge 28 gennaio 1977, n. 10.

⁴⁹³ La dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio, prevista dall'art. 4, l. 4 gennaio 1968, n. 15, non costituisce un mezzo legale di prova nel giudizio amministrativo, ma può soltanto fornire elementi indiziari, in quanto, presentando una sostanziale analogia con le scritture private provenienti dai terzi, va equiparata ad una dichiarazione raccolta senza la garanzia del contraddittorio. Così T.A.R. Salerno, 27 aprile 1985; e Consiglio di Stato, sez. IV, 24 luglio 1980, n. 691, in *Consiglio di Stato*, 1980, I, 905.

⁴⁹⁴ Vedi G. NICOTINA, alla voce *Istruzione preventiva* in *Enciclopedia del diritto*, p. 164, dove si sottolinea come tale procedimento comporti la compressione dei principi del contraddittorio, dell'impugnabilità e dell'oralità.

⁴⁹⁵ Cfr., per tutti C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., p. 133 e ss.

⁴⁹⁶ Si tratta della sentenza 10 aprile 1987, n. 146, in *Diritto processuale amministrativo*, 1987, 558.

⁴⁹⁷ Vedi l'articolo di L. CARBONI, *La prova testimoniale nei processi in materia di pubblico impiego secondo il disegno di legge di riforma del processo amministrativo. Possibilità di applicazione. Necessità di una maggiore discrezionalità del collegio nei poteri di ammissione*, in *Atti del XXXII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione tenuto a Varenna*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 285-288. L'Autore sostiene in particolare la necessità di considerare la testimonianza come estremo rimedio probatorio, fermo restando che il collegio nella sua discrezionalità può utilizzarla in modo integrativo.

⁴⁹⁸ Per ampi riferimenti sul punto vedi L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., p. 152; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., p. 299; e T.A.R. Abruzzo, 18 marzo 1975, n. 25, in *Tribunali amministrativi regionali*, 1975, I, 1661.

Per il primo aspetto si rileva come la circostanza per cui l'ordinanza istruttoria a norma dell'art. 177 c.p.c. non possa pregiudicare la decisione della causa si rivela molto significativa nel processo amministrativo dove, a differenza che nel giudizio civile, non è prevista la possibilità di reclamo al collegio avverso le ordinanze del presidente del tribunale: infatti, nonostante l'importanza dell'attività preparatoria e probatoria svolta dal presidente, è solo il collegio ad avere l'ultima parola sull'ammissibilità e sulla rilevanza del mezzo istruttorio ai fini della decisione⁴⁹⁹.

Per il secondo aspetto si rileva che nella prassi dei tribunali le ordinanze istruttorie del presidente del tribunale o comunque quelle pronunciate fuori udienza sono comunicate alle parti dalla segreteria, mentre i provvedimenti pronunciati in forma di sentenza interlocutoria dal collegio o le ordinanze comunque pronunciate in udienza sono notificate a cura della parte specificamente individuata alle altre parti, non ritenendosi sufficiente il mero avviso di deposito e di pubblicazione. La notificazione⁵⁰⁰, in questi casi, va effettuata anche alle parti non costituite, siccome nel giudizio amministrativo non trova applicazione (a differenza che nel giudizio civile) l'istituto della contumacia.

L'istruzione probatoria della causa viene poi completata dall'intervento del collegio che, a norma del vecchio art. 44 del T.U. e dell'artt. 26 e ss. del regolamento, poteva esercitare tutti i poteri istruttori necessari per la giusta definizione della controversia. In particolare, se il collegio rappresenta ancora oggi una guida sostanziale per il processo⁵⁰¹, non può però tacersi la novella che la legge n. 205/2000 ha apportato all'art. 44: "la decisione sui mezzi istruttori, compresa la consulenza tecnica, è adottata dal presidente della sezione o da un magistrato da lui delegato ovvero dal collegio mediante ordinanza con la quale è contestualmente fissata la data della successiva udienza di trattazione". Di conseguenza, se l'udienza collegiale non è più la sede naturale dove assumere la decisione sui mezzi istruttori, il collegio può solo integrare l'istruttoria nei soli casi in cui davvero ne sussista la necessità⁵⁰².

Ultimo profilo da analizzare riguarda le applicazioni pratiche che il principio del "giusto processo" ha determinato nell'ambito dell'istruzione amministrativa.

Punto di riferimento fondamentale è in tal senso la legge 205/2000, la quale si pone al culmine di tutto un processo di garanzia dei diritti dell'individuo le cui tappe più importanti sono rappresentate dall'art. 6 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo e dalla novella apportata all'art. 111⁵⁰³ della Costituzione.

Oggi, per giusto processo amministrativo in materia istruttoria si intende, quindi, un sistema che permette di realizzare l'uguaglianza sostanziale delle parti attraverso un più immediato e diretto accesso al fatto da parte del giudice e che prevede l'esperibilità di nuovi mezzi di prova⁵⁰⁴.

Sinteticamente, in tutte le controversie attratte nella giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo può esperire i mezzi di prova previsti dal c.p.c., esclusi l'interrogatorio ed il giuramento (art. 35 d.lgs. 80/98, come modificato dall'art 7 l. 205/2000); anche nella giurisdizione di legittimità viene ammessa la consulenza tecnica d'ufficio (art. 44³, T.U. n. 1054/24, come modificato dall'art. 16 l. 205/2000); viene generalizzata la figura del magistrato delegato all'ammissione e assunzione dei mezzi di prova (art. 44¹, T.U. n. 1054/24, come

⁴⁹⁹ Ancora sul punto L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, cit., p. 155.

⁵⁰⁰ Si applicano a questo proposito gli artt. 136 e ss. del c.p.c. sulla forma e sulle modalità delle comunicazioni e delle notificazioni.

⁵⁰¹ Cfr., sul punto C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Tomo IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3352.

⁵⁰² Cfr., sul punto generali G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, collana diretta da F. CARINGELLA e F. CINTIOLI, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 132-133.

⁵⁰³ Si tratta della Legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2.

⁵⁰⁴ Cfr., per importanti considerazioni generali G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, collana diretta da F. CARINGELLA e F. CINTIOLI, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 8-9.

modificato dall'art. 1² l. 205/2000), nonché all'adozione di provvedimenti necessari per la completezza dell'istruzione documentale (art. 21 l. 1034/1071, come modificato dall'art. 1¹, l. 205/2000).

Ai fini dell'accentuazione del rispetto del principio del contraddittorio (e quindi in modo compatibile anche con l'obiettivo dell'accelerazione dei tempi processuali) è previsto inoltre che, a norma dell'art. 1, l. 205/00, "dell'avvenuta produzione del provvedimento impugnato, nonché degli atti e documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, deve darsi comunicazione alle parti costituite".

Ma la novità centrale in materia probatoria è rappresentata dall'introduzione nel processo amministrativo (compreso il giudizio di legittimità) della consulenza tecnica d'ufficio, con una sostanziale differenza rispetto allo strumento delle verificazioni. Infatti, se è vero che nell'effettuare la verifica l'amministrazione indicata dal giudice deve rispettare il principio del contraddittorio, è anche vero che l'adempimento è affidato comunque ad un soggetto che almeno dal punto di vista soggettivo non può trovarsi in posizione di parità⁵⁰⁵. Di qui l'importanza dell'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 17 aprile 2000, con la quale era stata rimessa alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 19, l. 1034/1971, 44 T.U. 1054/1924 e 26 R.D. 642/1907 nelle parti in cui non consentivano al giudice amministrativo di disporre, per l'accesso al fatto, di perizie, accertamenti tecnici o consulenze tecniche d'ufficio, ordinanza poi ritenuta rilevante e non manifestamente infondata⁵⁰⁶.

1.6. IL CONTRADDITTORIO NELLA FASE DECISORIA.

Dai principi della domanda e del contraddittorio discendono notevoli conseguenze sulla determinazione dell'oggetto del giudizio e sull'assetto della fase decisoria, valendo anche per il processo amministrativo il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, che l'art. 112 c.p.c. così sintetizza: "il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti"⁵⁰⁷. In definitiva, considerato che l'oggetto del giudizio è determinato dal ricorrente principale e da quello incidentale, al giudice è vietato tanto incorrere nel vizio di omessa pronuncia, tanto incorrere in quello di ultrapetizione.

Se tutto questo è vero, si deve però rilevare una fondamentale differenza rispetto al giudizio civile: nel processo amministrativo è infatti assai contenuto l'ambito delle eccezioni c.d. in senso proprio, le quali corrispondono all'adempimento di un onere posto ad esclusivo carico delle parti interessate, stante l'ampio potere del giudice di rilevare d'ufficio i fatti modificativi, impeditivi ed estintivi delle situazioni giuridiche fatte valere in giudizio e l'inidoneità dell'eccezione a modificare l'oggetto del giudizio⁵⁰⁸.

Certamente nell'ambito della giurisdizione esclusiva è più agevole individuare ipotesi di eccezioni rilevabili solo e soltanto dalle parti, trattandosi sostanzialmente di rapporti giuridici di tipo civilistico (ad esempio le eccezioni di prescrizione e di compensazione); nell'ambito del giudizio di legittimità, al contrario, trattandosi di decidere su controversie tra parti che già sul piano del diritto sostanziale si trovano su posizioni non paritarie, il giudice può esercitare ampi poteri d'ufficio. Così, se rilevabili su iniziativa delle sole parti sono l'eccezione di acquiescenza e la rinuncia preventiva al ricorso, rispetto ai modificativi, impeditivi ed estintivi della

⁵⁰⁵ In tal senso si esprime G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, cit., p. 171.

⁵⁰⁶ Cfr., a questo proposito le considerazioni di E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 5-6/2000, p. 1076, per il quale anzi "Il tema della istruzione probatoria nel processo amministrativo è sotto più profili di scottante attualità".

⁵⁰⁷ Cfr., le interessanti considerazioni di DI RENZO, *L'eccezione nel processo amministrativo*, Napoli, 1969, p. 112.

⁵⁰⁸ Vedi il raffronto tra i due tipi di giudizio in L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 41.

fattispecie, rispetto ai fatti notori, alle massime d'esperienza, il giudice vanta un grande potere di rilevazione.

Peraltro, rilevare d'ufficio non significa decidere all'insaputa delle parti, essendo ormai principio consolidato in dottrina e in giurisprudenza la necessità di "indicare d'ufficio alle parti" l'eccezione, sulla quale evidentemente si incentrerà il contraddittorio⁵⁰⁹ ai sensi degli artt. 183 e 184 del c.p.c.⁵¹⁰

Nella dinamica delle eccezioni processuali, grande rilievo riveste il presupposto processuale dell'integrità del contraddittorio, la quale non costituisce un'eccezione in senso proprio ed è quindi rilevabile dall'ufficio in ogni stato e grado del giudizio. Per cui, nel caso dell'omessa citazione in giudizio di una parte necessaria, grava anche sul giudice la responsabilità di rilevare il vizio. Essendo poi un vizio di natura sanabile, prima di dichiarare l'improcedibilità del giudizio il giudice deve indicare alla parte la necessità dell'integrazione del contraddittorio, affinché questa, nel contraddittorio con le altre parti eventualmente costituite, esamini i termini e le modalità dell'evocazione in giudizio⁵¹¹.

1.7. LA TIPOLOGIA DELLE AZIONI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

La tipologia delle azioni esperibili nell'ambito del processo amministrativo rappresenta una problematica strettamente legata al principio dell'azionabilità delle pretese e al principio del contraddittorio, in quanto è proprio dalla gamma di azioni messe a disposizione delle parti del giudizio (ricorrente, resistente, controinteressato) che si misura il quantum della contraddizione. E sul punto va osservata una decisiva ampiezza di azioni esperibili nell'ambito della giurisdizione esclusiva rispetto alla giurisdizione di legittimità e alla giurisdizione di merito⁵¹², proprio in quanto è tendenzialmente applicabile il principio secondo cui l'oggetto del giudizio è, analogamente a quanto accade nell'ambito del processo civile, l'accertamento del rapporto controverso. Tale principio, in particolare, condiziona l'efficacia stessa del giudicato amministrativo, che solo nell'ambito della predetta giurisdizione acquista i connotati propri del giudicato civile: "Nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa" (art. 2908 c.c.).

Diversamente, nell'ambito della giurisdizione di legittimità il suddetto principio deve essere interpretato prudentemente e comunque compatibilmente con la natura stessa del giudizio.

L'azione che, infatti, tradizionalmente contraddistingue questo tipo di giudizio, è l'azione di annullamento, tanto è vero che il processo medesimo si configura come un processo all'atto piuttosto che come un processo sul rapporto. Caratteristica tipica di tale azione è l'effetto conformativo che si produce in capo alla pubblica amministrazione, dovendo essa riesercitare il potere in modo appunto conforme al giudicato amministrativo.

Proprio con riferimento all'azione di annullamento ulteriore problema che si pone sul piano della completezza e dell'effettività della tutela è quello, tuttora aperto, della cd pregiudizialità, ovvero la necessità di ottenere l'annullamento del provvedimento lesivo quale presupposto sostanziale e non soltanto processuale del diritto al risarcimento del danno⁵¹³.

⁵⁰⁹ Vedi Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 24 gennaio 2000, n. 1, in ITALEDI CD-ROM.

⁵¹⁰ Consiglio di Stato, sez. V, 2 luglio 2001, n. 3604, in ITALEDI CD-ROM: "Nella disciplina del processo amministrativo, fondato sul principio del contraddittorio, l'espressione rilevare d'ufficio una questione preliminare (nella specie, ricevibilità dell'appello) significa indicare d'ufficio alle parti, in quanto la rilevabilità d'ufficio di una questione da parte del giudice non comporta (argomentando dagli artt. 183 e 184 del c.p.c.) che, per ciò stesso, tale questione possa essere decisa d'ufficio, senza essere sottoposta al contraddittorio delle parti".

⁵¹¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1407 in ITALEDI CD-ROM.

⁵¹² E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 125 e ss.; I. FRANCO, *Annotazioni sul regime delle azioni nel processo amministrativo e sulle posizioni giuridiche tutelabili in sede di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, Milano, Giuffrè, 1990, n. 1, pp. 86 e ss.

⁵¹³ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., p. 157-158.

Invero la giurisprudenza amministrativa ha sul punto chiarito la possibilità di proporre in via successiva l'azione di risarcimento del danno rispetto all'azione di annullamento del provvedimento (Cons. St., Ad. Pl. N. 2/2006), anche se rimane insuperato il principio della non assoluta autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella caducatoria (Cons. St. ad. Pl. N. 4/2003). Sul punto va osservato la grande distanza che ancora separa la posizione del giudice amministrativo rispetto a quella assunta dal giudice ordinario. Secondo la Corte di Cassazione (ord. Ss. Uu. del 13-15 giugno 2006), infatti, in sede di risarcimento del danno senza previo annullamento dell'atto, il provvedimento amministrativo diverrebbe oggetto di accertamento in via principale da parte del giudice amministrativo, ma come componente materiale del fatto illecito ex art. 2043 c.c.

I principi dell'effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo, inoltre, impongono anche nel sistema del diritto processuale amministrativo l'introduzione, similmente al diritto processuale civile, delle azioni di mero accertamento. Il problema, invero, non si pone nell'ambito della giurisdizione di legittimità, in quanto l'art. 21 septies della legge n. 241/1990 come da ultimo modificata dalle leggi n. 15 e 80 del 2005 riserva al giudice amministrativo l'accertamento e la dichiarazione di nullità dell'atto per elusione e violazione del giudicato in sede di giurisdizione di merito e con i poteri propri della giurisdizione esclusiva. Le altre ipotesi di nullità (mancanza degli elementi essenziali e difetto assoluto di attribuzione, la cd. carenza di potere in astratto), invece, rimangono attribuite alla cognizione del giudice ordinario (artt. 1418-1424 c.c.). In altre ipotesi, invece, è proprio la legge a prevedere la cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (es. nullità degli accordi ex art. 11, legge n. 241/1990 e s.m.i.).

Ulteriore azione riconosciuta sia nell'ambito della giurisdizione di legittimità che in quella esclusiva è l'azione di condanna al risarcimento del danno, potendo il giudice disporre sia per equivalente monetario che in forma specifica (dlgs n.80/1998 e legge n. 205/2000), attuando così uno dei principi cardine del giusto processo, ovvero il principio della concentrazione e dell'economia processuale, anche in vista della ragionevolezza del processo.

Tra le altre azioni di condanna esperibili nel processo amministrativo vanno annoverate le azioni di condanna al pagamento di beni; alla restituzione di beni; al pagamento delle spese processuali; alla esibizione di atti e documenti; all'obbligo di provvedere in caso di silenzio ex art. 2, legge n. 205/2000, ovvero ex art. 21-bis legge TAR, comma 2, secondo cui "in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso di primo grado, il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni. Qualora l'amministrazione resti inadempiente oltre il detto termine, il giudice amministrativo, su richiesta della parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa".

Completano il quadro delle azioni esperibili la tutela cautelare, oggi anche atipica e addirittura ante causam limitatamente all'ambito di applicazione del codice degli appalti; la possibilità di sospendere l'efficacia del provvedimento anche in via di autotutela ex lege n. 241/1990 e s.m.i.; l'azione sommaria, il cui ambito di efficacia risulta tuttavia ridotto in seguito alla sentenza resa dalla Corte Costituzionale n. 204/2004; l'azione di esecuzione e di ottemperanza.

2. LA REGOLARE COSTITUZIONE DEL GIUDICE: L'ASTENSIONE E LA RICUSAZIONE.

La problematica che attiene agli istituti dell'astensione e della ricusazione è stata troppo spesso trascurata dalla giurisprudenza civile e amministrativa⁵¹⁴, nonostante il fatto che la dottrina abbia da tempo evidenziato le conseguenze di non poco rilievo che possono

⁵¹⁴ Cfr., le considerazioni di G. ANDREAZZA, *Ordinanza sulla ricusazione e ricorso per cassazione ex art. 111 Cost.*, in *Dir. fall.*, 1987, I, 293; in particolare, l'Autore rileva come storicamente il giudice abbia concepito l'istituto della ricusazione come uno "spiacevole infortunio" da reprimere in via principale per tutelare l'onore e il prestigio della magistratura.

verificarsi sotto i diversi profili del rispetto del principio del contraddittorio in termini di effettività, del pericolo della denegata giustizia, della tutela di quel prestigio da cui deriva al giudice l'autorità come organo di giurisdizione e alle istituzioni dello stato la loro stessa legittimità⁵¹⁵.

Se dal punto di vista dinamico astensione e ricusazione si pongono in modo peculiare nel procedimento amministrativo (non è prevista una specifica disciplina sia per far valere il diritto/dovere del funzionario di astenersi, sia per azionare la pretesa alla ricusazione da parte del destinatario della funzione; inoltre, la causa di incompatibilità rileva sempre quale vizio del provvedimento)⁵¹⁶, nel processo amministrativo sono applicabili le medesime norme dettate in tema di processo civile, eccetto le specifiche modalità con cui gli istituti si manifestano tenuto conto delle differenze tra le due giurisdizioni.

Fondamento della funzione cui intendono assolvere i due istituti è rappresentato dalla necessità di garantire l'imparzialità e la terzietà del giudice nei confronti delle parti del giudizio: si tratta cioè di un tipo di incompatibilità puramente *funzionale*, che nulla ha a che vedere con l'incompatibilità organica o strutturale, la quale importa addirittura la perdita di una posizione giuridica prima ricoperta⁵¹⁷.

Gli artt. 47 e ss. del regolamento di procedura del 1907 richiamano esplicitamente gli artt. 51 e ss. del c.p.c., con la importante differenza, però, che mentre secondo il c.p.c. il giudice ricusato non può partecipare alla decisione circa l'ammissibilità e le fondatezza della causa di ricusazione, gli artt. 48-50 del regolamento di procedura n. 642/1907 prevedono la sua partecipazione, con grave lesione del principio del giusto processo⁵¹⁸

Per l'art. 51 il giudice ha l'obbligo di astenersi:

- se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto;
- se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o è legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori;
- se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori;
- se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;
- se è tutore, curatore, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa.

Si impongono alcune precisazioni, tenuto conto della necessità di interpretare in modo quanto mai restrittivo le predette disposizioni.

Per "interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto" non si intende genericamente una situazione da cui il giudice possa trarre un vantaggio indiretto dall'affermazione di un determinato principio di diritto (argomentando diversamente, non si troverebbero che pochi giudici disinteressati in modo assoluto), ma si intende propriamente una situazione per cui il giudice è parte del rapporto processuale che è chiamato a decidere, o è parte in altra causa pendente davanti ad un altro giudice e vertente sull'identica questione di diritto.

⁵¹⁵ Cfr., per un'ampia critica della sentenza del T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 8 gennaio 1999, n. 7, D. DE CAROLIS, *La ricusazione nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3-2000, p. 840 e ss.

⁵¹⁶ Vedi per più ampie considerazioni sull'argomento la voce *Astensione e ricusazione nel procedimento e nel processo amministrativo* (III), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. III, p. 1 e ss.

⁵¹⁷ Cfr., la differenza tra incompatibilità strutturale ed incompatibilità funzionale in L. GALATERIA, alla voce *Astensione (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 939.

⁵¹⁸ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., p. 83.

Ancora merita una spiegazione l'espressione "altro grado del processo"⁵¹⁹. La Corte Costituzionale⁵²⁰ con una recente sentenza ha infatti chiarito che per altro grado debba intendersi non solo il successivo grado di giudizio secondo l'ordine degli uffici giudiziari, ma anche una diversa fase dello stesso grado che però sia caratterizzata da autonomia e abbia un carattere impugnatorio. Non sussiste quindi incompatibilità funzionale nel caso in cui lo stesso giudice abbia emesso il decreto cautelare e poi partecipi alla fase di opposizione a tale decreto: le due fasi consequenziali, infatti, non hanno in comune la preesistente valutazione sulla medesima *res iudicanda*⁵²¹.

La disposizione "rapporti di credito o debito con una delle parti", infine, deve essere interpretata *cum grano salis*, e cioè nel solo senso di evitare che il giudice possa essere indotto ad una determinata decisione solo per avvantaggiare o svantaggiare il proprio debitore o creditore; è evidente, allora, che laddove dovesse essere parte della controversia lo Stato o una pubblica amministrazione, il semplice rapporto di pubblico impiego non potrebbe costituire legittimamente una causa di incompatibilità.

Ulteriore causa di incompatibilità prevista dall'art. 43², T.U. del 1924, n. 1054 riguarda l'ipotesi in cui un magistrato non possa esercitare le sue funzioni giurisdizionali laddove avesse in precedenza espresso un parere in sede di "sezione consultiva" del Consiglio di Stato, sull'affare che forma oggetto del ricorso. La precisione dell'espressione (sezione consultiva) esclude l'applicazione analogica della norma al caso in cui il magistrato partecipi all'adunanza generale del Consiglio di Stato⁵²².

Trattandosi di un atto obbligatorio, è sufficiente la semplice dichiarazione da parte del giudice di volersi astenere dall'esercizio delle sue funzioni per il singolo caso concreto.

Nelle ipotesi, invece, in cui sussistano gravi ragioni di convenienza, il giudice può sempre chiedere al capo dell'ufficio⁵²³ l'autorizzazione ad astenersi.

Nei casi in cui l'astensione fosse obbligatoria ed il giudice non ottemperasse al relativo obbligo, ciascuna delle parti può proporre la ricusazione almeno tre giorni prima dell'udienza fissata per la trattazione della causa, quando siano già noti i consiglieri e i referendari che vi prenderanno parte; in caso contrario, la domanda può proporsi direttamente in forma orale all'udienza, prima della discussione della causa.

La domanda deve indicare i motivi ed i mezzi di prova, nonché essere firmata dalla parte o dall'avvocato munito di procura speciale.

Nel caso che si volesse ricusare il funzionario delegato dal giudice all'esecuzione dell'incombente istruttorio ai sensi dell'art. 30 del regolamento, la domanda deve farsi entro tre giorni dal momento in cui sono stati pubblicati la decisione o il provvedimento di delegazione. In deroga alla procedura, il presidente del tribunale può delegare altro funzionario all'esecuzione del mezzo di prova qualora ricorrano ragioni di urgenza.

Ricevuta l'istanza di ricusazione, il segretario deve darne immediata comunicazione all'interessato, il quale deve formulare in calce alla domanda le proprie deduzioni (art. 49 del regolamento) e comunicazione alle controparti costituite. Non è invece prevista nel processo amministrativo la necessità di notificare la domanda di ricusazione (esattamente come una eventuale rinuncia ad essa)⁵²⁴.

⁵¹⁹ Cfr., per ampie considerazioni generali D. DE CAROLIS, *La ricusazione nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3-2000, p. 854 e ss.

⁵²⁰ Corte Costituzionale, 15 ottobre 1999, n. 387, in *www.giust.it*.

⁵²¹ Cfr., sul punto anche l'ordinanza 21 ottobre 1998, n. 359, relatore Chieppa.

⁵²² Sul punto vedi V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, pp. 388-389.

⁵²³ Per capo dell'ufficio deve ritenersi, per il Consiglio di Stato, il presidente della Sezione cui il magistrato appartiene; per il T.A.R. il presidente del Tribunale; per il T.A.R. di Roma il presidente della Sezione.

⁵²⁴ Cfr., sulle regole procedurali N SAIFFA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2003, p. 210 e ss.

Sull'istanza decide il collegio, cui evidentemente partecipa il ricusato, con ordinanza non impugnabile⁵²⁵; in caso di rigetto (o anche in caso di rinuncia), la parte (eccetto la pubblica amministrazione) è condannata al pagamento di una multa⁵²⁶. Circa quest'ultimo punto, se ormai è pacifico in dottrina che la previsione di una multa non limiti il diritto di difesa, ma anzi persegua il fine superiore di responsabilizzare i soggetti che adiscono la sede giudiziaria, è però quanto mai discriminatorio ritenere la previsione operante per le sole parti private. Infatti, il pericolo in questo caso non consiste tanto in una limitazione in astratto e dall'esterno, quanto invece in una limitazione in concreto e dall'interno del principio del contraddittorio, soprattutto in quei casi dai confini così labili da indurre le parti private a preferire la sopportazione di un'eventuale ingiustizia al rischio di venire sanzionate⁵²⁷.

Per quanto concerne più in particolare i soggetti legittimati a proporre l'istanza di ricasazione, l'art. 48 del regolamento individua la parte e il difensore munito di procura speciale.

Per "parte" si intende in questo caso qualsiasi soggetto ritualmente costituito in giudizio e che abbia un interesse rilevante e meritevole di tutela; quindi, la legittimazione a proporre l'istanza e a contraddire attivamente nell'incidente processuale deve riconoscersi a tutte le parti, sia necessarie che eventuali: così il ricorrente, il resistente, il controinteressato sostanziale, l'interveniente *ad adiuvandum* e *ad opponendum*, nonché coloro che possono proporre opposizione di terzo, come il controinteressato pretermesso e il soggetto titolare di una posizione autonoma ed incompatibile pregiudicata dalla sentenza⁵²⁸.

Altro punto estremamente importante sotto il profilo dell'efficacia dello strumento ricusatorio consiste nelle conseguenze della proposizione dell'istanza in rapporto ad un paritario contraddittorio in materia probatoria. Secondo l'indirizzo oggi dominante in giurisprudenza⁵²⁹, l'istanza non sospende automaticamente il processo principale, occorrendo infatti che sia proposta nel rispetto delle condizioni e dei termini previsti, nonché nell'ambito delle ipotesi per le quali è contemplata, con la conseguenza che laddove il giudice diverso da quello ricusato non ravvisasse gli estremi della sospensione, giudicando *prima facie* inammissibile l'istanza, il processo principale potrebbe continuare parallelamente a quello incidentale. Il vero problema si pone poi nel caso in cui il giudizio di merito si concluda prima che venga accertata la fondatezza della domanda di ricasazione, con l'ulteriore conseguenza che in caso di accoglimento dell'istanza, l'attività istruttoria precedentemente svolta anche con la collaborazione del giudice coinvolto nella vicenda ricusatoria sarebbe perfettamente valida.

A proposito invece della questione dell'appartenenza del giudice al collegio decidente, la Corte Costituzionale ha ribadito che l'affidamento della decisione a tale collegio non pone nessun problema di costituzionalità in rapporto agli artt. 24 e 111 della Costituzione; a contraria conclusione si dovrebbe quindi giungere solo nel caso in cui quel giudice faccia parte del collegio a fini decisori⁵³⁰.

Né la ricasazione potrebbe costituire motivo di impugnazione della sentenza⁵³¹.

Ultimo profilo da affrontare attiene alla questione se il procedimento di decisione sull'istanza di ricasazione garantisca il rispetto del principio del contraddittorio.

⁵²⁵ L'orientamento dottrinario e giurisprudenziale dominante continuano comunque a ritenere non impugnabile l'ordinanza che decide sulla ricasazione; vedi per lo specifico ambito del processo amministrativo Consiglio di Stato, sez. IV, 26 novembre 1996, n. 1635, in *Riv. amm.*, 1996, 1336.

⁵²⁶ Per una disamina della procedura vedi la voce *Astensione e ricasazione nel procedimento e nel processo amministrativo (III)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. III, p. 2.

⁵²⁷ Per importanti riflessioni sul punto D. DE CAROLIS, *La ricasazione nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3-2000, p. 851.

⁵²⁸ Cfr., sul punto D. DE CAROLIS, *La ricasazione nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3-2000, p. 865.

⁵²⁹ Cfr., Cassazione, S.S. U.U., 30 settembre 1989, n. 3947, in *Foro Italiano*, 1990, I, 600.

⁵³⁰ Vedi N SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2003, p. 212.

⁵³¹ Cfr., sul punto D. DE CAROLIS, *La ricasazione nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3-2000, p. 873.

Ora, al di là della condivisione o meno della natura decisoria dell'ordinanza⁵³², quello che è certo è che il procedimento stesso di decisione ha una natura giurisdizionale, e per questo si impone il rispetto del principio *audiatur et altera pars*. Ma, mentre la legge prevede espressamente la necessità della preventiva notificazione del ricorso giurisdizionale ad almeno uno dei controinteressati, pena l'inammissibilità del ricorso, per l'istanza di ricusazione nulla del genere è previsto, e la stessa conclusione è valida per una eventuale rinuncia alla domanda. Senonché, la dottrina ritiene comunque applicabile il principio generale sull'assunto che nessuna norma induce, nemmeno indirettamente, a ritenere non applicabili i principi generali dell'ordinamento, per cui si ritiene comunemente che il rispetto del contraddittorio sia assicurato dalla comunicazione di segreteria, effettuata almeno dieci giorni prima dell'udienza in camera di consiglio, appunto per concedere alle parti il tempo necessario per preparare le proprie difese. Si discute poi in dottrina circa la portata dell'espressione "parti", e cioè se sia ammissibile una partecipazione attiva del giudice nell'esercizio del suo diritto di difesa costituzionalmente garantito⁵³³.

3. LE PARTI DEL PROCESSO: NOZIONI GENERALI.

3.1. LA CAPACITÀ DI ESSERE PARTE E LA CAPACITÀ PROCESSUALE.

Nel diritto processuale l'espressione "capacità" fa riferimento a due fenomeni ben diversi: la capacità di essere parte e la capacità processuale⁵³⁴.

Per capacità di essere parte si intende la capacità di essere parte in senso processuale, ossia di diventare un soggetto del processo e destinatario degli effetti degli atti processuali compiuti. Sul piano del diritto sostanziale, quindi, la capacità di essere parte corrisponde alla capacità giuridica ex art. 1 c.c.: chi non è nato, chi è morto, la persona fisica non ancora sorta o già estinta, non possono, in definitiva rivestire il ruolo di soggetto del processo e di destinatario degli effetti degli atti processuali.

Nel processo amministrativo parte in senso processuale dal lato attivo è colui che, persona fisica o giuridica, propone un ricorso; dal lato passivo, invece, è la pubblica amministrazione nei cui confronti si impugna l'atto o si fa valere la pretesa sostanziale di un rapporto paritetico, con l'importante precisazione che a resistere non è mai una persona fisica, ma sempre una persona giuridica, ancorché qualificata attraverso un organo o un suo rappresentante⁵³⁵.

Distinta dalla capacità di essere parte in senso processuale è la capacità di essere parte in senso formale⁵³⁶, ossia la capacità di essere parte di un rapporto giuridico-processuale e di compiere quindi gli atti del processo: sul piano del diritto sostanziale, essa corrisponde alla capacità d'agire ex art. 2 c.c.

Ai sensi dell'art. 75 c.p.c. si ha capacità processuale (o *legitimatō ad processum*) quando si ha il libero esercizio dei diritti, a prescindere che gli effetti degli atti compiuti si imputino al soggetto che compie l'atto oppure ad un altro soggetto⁵³⁷. La *legitimatō ad processum* si distingue a sua volta dalla *legitimatō ad causam*, la quale coincide con la titolarità del rapporto sostanziale controverso. Recentemente proprio quest'ultima posizione è stata oggetto di codificazione da parte degli artt. 310 e 311 del codice dell'ambiente (DPR n. 152/2006) in recezione della direttiva comunitaria sul diritto al risarcimento del danno ambientale n. 35 del 2004⁵³⁸.

⁵³² A rigore, anche un'ordinanza strumentale può avere un contenuto decisivo e non meramente ordinatorio; sul punto e per ulteriori riferimenti bibliografici vedi D. DE CAROLIS, *La ricusazione nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3-2000, p. 885.

⁵³³ In quest'ultimo senso, DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice*, Padova, 1991, 647.

⁵³⁴ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., p. 98 e ss.

⁵³⁵ Vedi V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 560.

⁵³⁶ Sul concetto di legittimazione processuale: Consiglio di Stato, sez. VI, 7 maggio 1988, n. 572.

⁵³⁷ Cfr., le classificazioni definitorie di F. P. LUISSO, in *Diritto processuale civile*, vol. I, Giuffrè Editore, 2000, p. 194.

⁵³⁸ V. E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 57 ss e, più in particolare, pp. 61-62.

Nella realtà ben potrebbe accadere che un soggetto, giuridicamente capace e legittimato a stare in giudizio, voglia farsi comunque rappresentare: in questi casi la scissione tra soggetto che compie gli atti e soggetto destinatario degli atti dipende da una scelta di volontà: da qui la fondamentale differenza tra rappresentanza legale e rappresentanza volontaria.

La rappresentanza legale, quindi, fa riferimento alla tipica ipotesi in cui un soggetto capace giuridicamente sia però incapace di stare in giudizio: in questi casi, i soggetti che non hanno il libero esercizio dei loro diritti non possono stare in giudizio se non rappresentati, assistiti o autorizzati secondo le norme che ne regolano la loro capacità (art. 75, comma II, c.p.c.).

Nel diritto processuale amministrativo trova applicazione il regime previsto per gli atti di disposizione propri del diritto sostanziale⁵³⁹.

Così, i genitori o il tutore hanno la rappresentanza processuale dei figli minori o dell'interdetto, ma non possono promuovere il giudizio senza l'autorizzazione del giudice tutelare; il minore emancipato e l'inabilitato possono stare in giudizio con l'assistenza del curatore, eccetto che si tratti di compiere atti di straordinaria amministrazione, perché in tal caso è necessario il parere del giudice tutelare.

Gli atti processuali vanno notificati nel primo caso al rappresentante legale del minore o dell'interdetto; nel secondo caso all'emancipato o all'inabilitato e al curatore.

Per le associazioni non riconosciute e per i comitati la rappresentanza in giudizio spetta a coloro cui è conferita la presidenza o la direzione; per i condomini all'amministratore nei limiti delle attribuzioni; per le amministrazioni fallimentari al curatore autorizzato dal giudice e limitatamente alle controversie di natura patrimoniale.

Per le persone giuridiche private e per gli enti pubblici diversi dallo Stato all'organo o alla persona cui la rappresentanza è attribuita dalla legge o dallo statuto.

Per lo Stato, la rappresentanza è attribuita alle singole amministrazioni che sono parti del rapporto sostanziale⁵⁴⁰.

In determinati casi la legge richiede al rappresentante (solitamente si tratta della rappresentanza legale ed organica) di procurarsi l'autorizzazione a compiere gli atti processuali⁵⁴¹. Così, se lo Stato sta in giudizio per mezzo del ministro senza necessità dell'autorizzazione, il sindaco ha invece bisogno dell'autorizzazione da parte della Giunta comunale che rappresenta. Il difetto di autorizzazione, in questi casi, costituisce presupposto processuale solo dalla parte del ricorrente, essendo necessariamente invalido e quindi inammissibile il ricorso; negli altri casi, invece, non condiziona l'acquisto della qualità di parte in senso formale, ma rende invalida la costituzione in giudizio e il compimento degli atti processuali. Il difetto in questione può essere rilevato dal giudice in ogni stato e grado del giudizio (salvo ovviante il giudicato), ma se prima della rilevazione il vizio viene sanato, la ratifica degli atti compiuti opera con effetto retroattivo, sempre che ovviamente la causa non sia passata già in decisione⁵⁴²: "la delibera di autorizzazione a stare in giudizio, richiesta dalla legge per gli enti pubblici, se prodotta nel corso del giudizio, rende regolare il contraddittorio e ratifica l'attività svolta dal difensore, a meno che il giudice del merito non abbia già rilevato la mancanza del presupposto processuale"⁵⁴³.

3.2. LA LEGITTIMAZIONE A RICORRERE.

Anche nel diritto processuale amministrativo si distingue tra la *legitimatio ad processum* e la *legitimatio ad causam*, nel senso che il primo istituto rileva sul piano della capacità processuale,

⁵³⁹ Cfr., per importanti esemplificazioni L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 47.

⁵⁴⁰ Cfr., L. MIGLIORINI, voce *Parti III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. XXII, p. 2.

⁵⁴¹ Vedi a questo proposito V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 565 e ss.

⁵⁴² Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 6 febbraio 1993, n. 3. successivamente, Consiglio di Stato, sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 1740; sez. V, 7 gennaio 1999, n. 4.

⁵⁴³ Cassazione civile, sez. I, 19 luglio 2001, n. 9838, in ITALEDI CD-ROM.

per cui hanno la legittimazione processuale a compiere gli atti del processo coloro che hanno la disponibilità dei diritti e che quindi possono stare in giudizio; il secondo istituto, invece, è paragonabile alla legittimazione ad agire del diritto processuale civile, traducendosi infatti nella titolarità del rapporto sostanziale controverso⁵⁴⁴. Conseguenza, questa, del fatto che il ricorrente non è più visto come colui che fa valere in giudizio in nome proprio un interesse altrui (l'interesse pubblico), ma come colui che agisce per la tutela di un proprio interesse, anche se evidentemente la sentenza di annullamento produce effetti *erga omnes*⁵⁴⁵.

Tuttavia, se nel processo civile sono ancora ipotizzabili forme di legittimazione anomala o straordinaria, in considerazione del fatto che il titolare della situazione sostanziale dedotta in giudizio e il titolare della relativa azione possono anche non coincidere, per quel che concerne il giudizio amministrativo di legittimità, la legittimazione a ricorrere spetta sempre al titolare dell'interesse sostanziale.

A questo proposito, non può non rilevarsi l'influenza del diritto comunitario sulle condizioni dell'azione e sui presupposti processuali nel caso in cui la normativa interna non consentisse una tutela efficace delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto comunitario, a prescindere dalla qualificazione interna in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo⁵⁴⁶. Così, in materia di appalti e di contributi agricoli, si evidenzia emblematicamente la limitatezza dell'attuale portata della *legitimatio ad causam* in relazione alla titolarità degli interessi legittimi, di per sé insuscettibili di essere trasmessi, posto che la corrispondente situazione protetta dal diritto comunitario è invece perfettamente trasferibile in capo ad altri soggetti: in questi casi, estremamente problematici, forse l'unica strada percorribile per assicurare comunque una tutela a tali situazioni sostanziali è quella della giurisdizione esclusiva.

Infatti, nelle materie di giurisdizione esclusiva, quando l'oggetto del giudizio è rappresentato da un rapporto di tipo civilistico, la legittimazione a ricorrere si atteggia in modo non diverso dalla legittimazione ad agire nel giudizio civile⁵⁴⁷.

La *legitimatio ad causam* non va peraltro confusa con la legittimazione di fatto⁵⁴⁸: non si è cioè legittimati attivi ad agire e a contraddire in giudizio per il solo fatto di proporre un ricorso (lo stesso discorso vale ovviamente per la legittimazione a resistere in giudizio), ma si è legittimati solo nella misura in cui l'ordinamento riconosca una posizione legittimamente a determinati soggetti titolari di diritti soggettivi, interessi legittimi o interessi qualificati o differenziati in qualche modo⁵⁴⁹.

Così, il diritto di agire e di resistere in giudizio è riconosciuto per la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi ai singoli come alle formazioni sociali in cui si svolge la personalità degli individui: la legge 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'ambiente, ha ad esempio riconosciuto la legittimazione processuale alle associazioni ambientaliste.

Più complesso il discorso per quanto riguarda il riconoscimento della legittimazione processuale ai titolari di interessi diffusi⁵⁵⁰, visto che questi ultimi non rivestono per definizione i tratti caratteristici dell'interesse legittimo "personale". Più che di interessi diffusi, tuttavia, si dovrebbe parlare di interessi collettivi, e cioè di interessi che pur essendo riferibili a

⁵⁴⁴ Vedi V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 560.

⁵⁴⁵ Cfr., L. MIGLIORINI, voce *Parti III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. XXII, p. 4.

⁵⁴⁶ Cfr., sul punto le riflessioni di E. PICOZZA, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Cedam, 1997, p. 56; ID., *Il processo amministrativo*, cit., p. 62 e ss.

⁵⁴⁷ Cfr., a questo proposito L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 47.

⁵⁴⁸ Vedi V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 595.

⁵⁴⁹ Cfr., sul punto E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, p. 60.

⁵⁵⁰ Cfr., le riflessioni di VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, cit., p. 112 e ss.

entità soggettive allo stato fluido, risultano in qualche modo differenziati o qualificati per aver ad oggetto un bene sostanziale della vita⁵⁵¹.

3.3. L'INTERESSE A RICORRERE.

“Il principio del riconoscimento dell'azione soltanto in favore di colui che vi abbia interesse è nel nostro ordinamento un principio valido per tutti i processi ad azione privata”⁵⁵².

Se a questo proposito non si registrano particolari perplessità, diversamente si deve concludere circa la determinazione del significato del concetto di “interesse all'azione”.

Parte minoritaria della dottrina, infatti, fa coincidere l'interesse al ricorso con la situazione sostanziale di cui si è titolari sia nel caso della giurisdizione esclusiva, sia nel caso della giurisdizione di legittimità.

Pertanto, nella prima ipotesi la coincidenza deriverebbe dal fatto che laddove non vi è interesse alla domanda non vi è nessun diritto da tutelare, per cui il giudice dovrebbe rigettare nel merito la domanda.

Nella seconda ipotesi, invece, la coincidenza deriverebbe dal fatto che l'interesse legittimo è riconosciuto sul piano del diritto sostanziale solo per la sua valenza processuale, quindi, a rigore, l'interesse legittimo è l'interesse a ricorrere e si esaurisce nell'esercizio dell'azione.

Questa impostazione non convince però la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza, in quanto l'interesse legittimo è una situazione giuridica sostanziale accanto al diritto soggettivo: da qui la più appropriata configurazione dell'interesse a ricorrere come condizione dell'azione, e non come qualità di essa.

Quindi, l'interesse a ricorrere corrisponderebbe appieno all'interesse ad agire nel giudizio civile e consisterebbe “nell'utilità concreta⁵⁵³, eventualmente anche solo morale⁵⁵⁴, che il ricorrente, nella situazione giuridica e di fatto⁵⁵⁵ in cui versa, si ripromette di ottenere dall'accoglimento del ricorso: ove una siffatta utilità non sia oggettivamente configurabile, il ricorso dev'essere respinto in limine siccome inammissibile”⁵⁵⁶.

Utilità che, a seconda dei casi, può consistere nel ripristinare la situazione giuridica precedentemente vigente o nel reintegrare l'interesse materiale leso⁵⁵⁷, restituendo così all'amministrazione la potestà di provvedere nei limiti segnati dal giudicato di annullamento⁵⁵⁸.

Precisata la distinzione tra interesse legittimo ed interesse a ricorrere, si deve però rilevare lo stretto legame tra di loro intercorrente, occasionato dal fatto che oggetto dell'interesse legittimo è il bene sostanziale della vita, e che oggetto dell'interesse a ricorrere è l'utilità che in concreto si può ottenere sempre sul piano del diritto sostanziale dall'esercizio dell'azione. Pertanto, è senz'altro corretto affermare che, laddove manchi una posizione di interesse rispetto ad un bene della vita, in quel caso non vi sarebbe alcuna ragione di riconoscere la legittimazione processuale e la sussistenza dell'interesse a ricorrere.

Senonchè, gli orientamenti attuali della giurisprudenza militano nel senso di riconoscere legittimazione processuale e sussistenza dell'interesse anche nei casi in cui un soggetto non sia

⁵⁵¹ la giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei T.A.R. ha escluso il riconoscimento della legittimazione processuale qualora l'interesse a ricorrere si radichi nella generica pretesa al rispetto di norme procedurali avulsa dalla prospettazione di vizi che incidano sull'interesse sostanziale del soggetto. Consiglio di Stato, sez. IV, 10 marzo 1992, n. 268, in *Consiglio di Stato*, 1992, I, 373; T.A.R. Campania Salerno, 13 settembre 1994, n. 469, in *T.A.R.*, 1994, I, 4166.

⁵⁵² Così V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 579.

⁵⁵³ Consiglio di Stato, sez. IV, 17 aprile 2000, n. 2293; sez. V, 24 maggio 1988, n. 337; sez. V, 3 aprile 1990, n. 323.

⁵⁵⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, 3 marzo 1997, n. 178; sez. IV, 3 novembre 1998, n. 1429; 11 dicembre 1998, n. 1627; sez. VI, 11 luglio 2000, n. 3884; 9 ottobre 2000, n. 5375; sui limiti entro cui ammettere la sussistenza dell'interesse morale sez. IV, 15 settembre 1998, n. 1155.

⁵⁵⁵ Tale interesse può dunque sostanzialmente anche in una situazione di legittima aspettativa.

⁵⁵⁶ V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, pp. 580-581.

⁵⁵⁷ Consiglio di Stato, sez. IV, 11 aprile 1991, n. 257.

⁵⁵⁸ Consiglio di Stato, sez. IV, 25 marzo 1988, n. 270; 7 luglio 1988, n. 585.

titolare di un interesse legittimo “personale”, ma al contrario di una posizione di interesse in qualche modo differenziata o qualificata rispetto al mero interesse diffuso⁵⁵⁹.

A questo proposito giova anche ricordare l'ampiezza con cui il diritto comunitario affronta la questione della tutela in giudizio delle situazioni giuridiche soggettive pretensive ed oppostive, ampliando conseguentemente il contenuto dell'interesse a ricorrere così come finora è stato concepito dalla giurisprudenza italiana⁵⁶⁰. In materia di appalti, ad esempio, la direttiva 13/92 dispone all'art. 1 che “gli Stati membri provvedano a che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere la sola causa di una violazione denunciata”. Evidentemente, fermo restando la competenza degli Stati membri nella determinazione delle forme e dei termini della tutela, il diritto comunitario sembra superare i tradizionali presupposti⁵⁶¹ dell'attualità, della concretezza e dell'immediatezza della lesione. Una ulteriore conferma in tal senso si rinviene nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (in cui sono confluite le direttive processuali sugli appalti 89/665/CEE e 92/13/CEE), secondo cui è sufficiente la condizione del rischio di lesione. Anche il recente codice dei contratti pubblici che recepisce le suddette direttive, peraltro, non esclude l'ammissibilità di un ricorso cautelare fondato proprio sul dimostrato rischio di lesione, appositamente prevedendo una forma di tutela ante causam anche nel diritto processuale amministrativo⁵⁶².

3.4. LA RAPPRESENTANZA TECNICA.

Anche nel processo amministrativo vige in linea di massima il principio secondo il quale le parti non possono stare in giudizio se non per mezzo del ministero di un difensore, a garanzia in definitiva della serietà dei giudizi e della tutela delle parti⁵⁶³.

La funzione svolta è di mera rappresentanza tecnica, tenuto conto del fatto che il difensore non può compiere atti di disposizione (ad esempio la rinuncia o la transazione) se non ne ha ricevuto lo specifico potere.

L'art. 19 della legge T.A.R. dispone che nei giudizi davanti ai tribunali amministrativi regionali, eccetto per le controversie in materia elettorale, è obbligatorio il patrocinio legale.

Altra eccezione al principio generale è rappresentata dall'art. 4, comma III, della legge 205/2000, il quale in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi, dispone che il ricorrente possa stare in giudizio anche senza l'assistenza del difensore⁵⁶⁴.

In base agli artt. 35 e 37 del T.U. del 1924, invece, le parti non possono stare in giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato se non con l'assistenza di un avvocato iscritto nell'albo speciale dei patrocinanti innanzi alle giurisdizioni superiori⁵⁶⁵.

Il difensore, per esercitare il suo patrocinio, deve depositare la procura alla lite insieme al ricorso⁵⁶⁶; ai sensi dell'art. 83 c.p.c., la procura può essere conferita con atto pubblico, scrittura privata autenticata, oppure in calce o a margine del ricorso o del controricorso⁵⁶⁷.

⁵⁵⁹ Cfr., le riflessioni di VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, cit., p. 112 e ss.

⁵⁶⁰ Cfr., sul punto le riflessioni di E. PICOZZA, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Cedam, 1997, pp. 56-57.

⁵⁶¹ Vedi anche R. VILLATA, *Interesse ad agire (Diritto processuale amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI.

⁵⁶² Cfr. E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 68.

⁵⁶³ Vedi E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., pp. 122-124; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, pp. 568-569.

⁵⁶⁴ In argomento, T.A.R. Piemonte, sez. I, 26 novembre 1998, n. 736.

⁵⁶⁵ Secondo Consiglio di Stato, sez. V, 28 agosto 1951, n. 732, l'iscrizione deve preesistere al compimento dell'atto processuale.

⁵⁶⁶ V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 571.

⁵⁶⁷ Consiglio di Stato, sez. IV, 10 marzo 1981, n. 247, in *Consiglio di Stato*, 1981, I, 260; sez. IV, 20 ottobre 1981, n. 753, in *Consiglio di Stato*, 1981, I, 6003. si precisa in particolare che in caso di apposizione della procura a margine,

Nel caso in cui il difensore sia munito di mandato speciale, il ricorso non necessita della sottoscrizione della parte.

Nessun mandato è invece richiesto per la difesa dell'amministrazione statale o delle altre amministrazioni quando è obbligatorio il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato⁵⁶⁸.

Gli atti processuali compiuti senza il ministero del difensore nei casi in cui sia prevista la sua obbligatorietà, o compiuti dal difensore privo delle qualità professionali richieste, sono nulli: il vizio può essere rilevato dal giudice anche d'ufficio in ogni stato e grado, in quanto incide sostanzialmente sulla regolarità del contraddittorio. Anzi, la regola è tanto rigorosamente applicata dalla giurisprudenza che addirittura si potrebbe immaginare una situazione per cui il ricorrente, vittorioso nel grado del giudizio, potrebbe vedersi annullata la decisione ricorrendo i predetti vizi⁵⁶⁹.

In caso di morte del rappresentante o comunque in caso di cessazione della rappresentanza, ai sensi dell'art. 24 della legge T.A.R., il processo è interrotto dal giorno della morte, radiazione, o sospensione dall'esercizio della professione; la giurisprudenza propende nel senso dell'applicabilità della disposizione anche al caso in cui molteplici siano i difensori della parte, ma solo a quello colpito da tali eventi sia stato conferito mandato speciale.

3.5. LA COSTITUZIONE IN GIUDIZIO DEL RICORRENTE, DELLE PARTI INTIMATE E DEGLI INTERVENIENTI.

La costituzione in giudizio del ricorrente nel processo amministrativo ha un significato diverso rispetto alla costituzione in giudizio dell'attore nel processo civile.

In quest'ultimo caso, infatti, stante la natura bilaterale del rapporto processuale, il giudizio potrebbe del tutto legittimamente proseguire nella contumacia dell'attore e sempre che il convenuto abbia interesse alla sentenza negativa sulla domanda. Quindi, può si correttamente ritenere che la sola citazione in giudizio sia atto idoneo alla produzione di effetti processuali e sostanziali⁵⁷⁰.

A tutt'altre conclusioni si deve giungere, invece, per quel che riguarda il processo amministrativo, dove la natura unilaterale dell'azione condiziona la costituzione del rapporto processuale⁵⁷¹. Più precisamente, la valida instaurazione di questo dipende dal completamento di una fattispecie a formazione progressiva⁵⁷², per cui, oltre alla notifica del ricorso, è altresì necessario il suo deposito presso la segreteria del giudice adito.

Qualora il ricorrente ometta il deposito, la controparte potrebbe chiedere al giudice di dichiarare l'estinzione del processo per scadenza del termine decadenziale⁵⁷³; la domanda va comunque regolarmente notificata al ricorrente sempre per il principio del contraddittorio.

Altra è l'ipotesi del ricorso depositato fuori termine o comunque irritualmente: in questo caso un rapporto processuale si è comunque costituito, anche se invalidamente, con la conseguenza di consentire al giudice di dichiarare la perenzione se nessuna delle parti domanda la fissazione dell'udienza.

Per quanto concerne più in particolare la procedura, l'art. 21 della legge T.A.R. dispone che il ricorso, con la prova delle avvenute notifiche, deve essere depositato nella segreteria del

gli estremi della notificazione del ricorso debbano essere puntuali, in modo da rendere certa la sua anteriorità rispetto alla notificazione in questione.

⁵⁶⁸ Consiglio di Stato, 15 gennaio 1980, n. 17, in *Consiglio di Stato*, 1980, I, 28.

⁵⁶⁹ Cfr., a questo proposito L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 56.

⁵⁷⁰ Vedi V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 677.

⁵⁷¹ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., p. 104 e ss.

⁵⁷² Cfr., sul punto CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Torino, 1966, 1080; e FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 266.

⁵⁷³ Consiglio di Stato, sez. V, 27 agosto 1962, n. 669; 28 settembre 1962, n. 706; 28 ottobre 1966, n. 1321; T.A.R. Molise, 12 gennaio 1990, n. 1.

giudice entro il termine perentorio di trenta giorni dall'ultima notifica⁵⁷⁴, fermo restando che nei casi di urgenza il termine può essere abbreviato, mentre nei casi gravi può essere al contrario prorogato (art. 38 del T.U. del 1924)⁵⁷⁵.

Non è invece previsto a pena di decadenza il deposito del provvedimento e degli atti e dei documenti del procedimento, onere che in seguito peserà sull'amministrazione.

Questa la costituzione del ricorrente.

Per quanto concerne invece quella delle parti intimiate (amministrazione resistente e controinteressati formali) e degli intervenienti, l'art. 22 stabilisce che nel termine di venti giorni successivi a quelli stabiliti per il deposito del ricorso, l'organo che ha emesso l'atto impugnato e le altre parti interessate possono presentare memorie, fare istanze e produrre documenti.

La norma in questione sembrerebbe consentire a chiunque ne abbia interesse la costituzione in giudizio mediante il semplice deposito di una memoria (la prima memoria difensiva prende il nome di controricorso), ma sembra che l'interpretazione più corretta sia nel senso di riconoscere tale facoltà solo alle parti intimiate con la notificazione del ricorso, mentre tutte le altre parti altrimenti interessate (gli intervenienti ad esempio) dovrebbero pur sempre notificare alle altre parti il loro atto di intervento.

Il termine di venti giorni previsto per la costituzione in giudizio non è comunque di natura perentoria, ben potendosi ammettere una costituzione in giudizio fino all'udienza di discussione della causa⁵⁷⁶. Proprio questa possibilità ha ingenerato in dottrina il dubbio che l'attuale sistema non consenta una piena ed effettiva realizzazione del contraddittorio, ben potendo le controparti depositare le loro memorie difensive al limite dell'udienza di discussione della causa, così costringendo il ricorrente a preparare frettolosamente e ad esporre oralmente le repliche nell'udienza medesima. Senonchè, da più parti si è ritenuto questo assetto normativo perfettamente compatibile con la struttura del processo amministrativo, processo sì di parti, ma pur sempre dominato dall'intervento del giudice. Infatti, almeno nel giudizio amministrativo di legittimità, poche sono le eccezioni sottratte alla rilevabilità d'ufficio: comunque sia, imporre l'instaurazione del contraddittorio e l'effettivo confronto prima dell'udienza, certo non sarebbe del tutto inopportuno⁵⁷⁷.

Nemmeno inopportuno, del resto, sarebbe rivedere la procedura di presentazione del controricorso e delle successive memorie difensive: posto che la memoria deve essere solo depositata e non notificata alle controparti (vedi la differenza rispetto al ricorso incidentale), è su quest'ultima che pesa l'onere di informarsi costantemente presso la segreteria del giudice dell'altrui attività processuale⁵⁷⁸.

Rilevante è poi l'art. 21, nella parte in cui prevede l'obbligo per la segreteria del giudice di comunicare alle parti il deposito del provvedimento e dei documenti, da cui poi decorre il termine di sessanta giorni per la proposizione dei motivi aggiunti.

Il rispetto delle modalità per il deposito del ricorso, se vale a costituire validamente il rapporto processuale, non è però idoneo ad investire il giudice dell'esame della controversia.

Infatti, salvo che per le ipotesi della decisione in camera di consiglio, è previsto l'ulteriore adempimento della presentazione dell'istanza di discussione del ricorso (art. 23 legge T.A.R.)⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 24 ottobre 1962, n. 705.

⁵⁷⁵ Cfr., L. MIGLIORINI, voce *Principio del contraddittorio III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. VIII, p. 1.

⁵⁷⁶ T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, 16 febbraio 1989, n. 66; T.A.R. Puglia, sez. Lecce, 9 luglio 1985, n. 351; T.A.R. Sicilia, sez. Catania, 27 ottobre 1982, n. 880.

⁵⁷⁷ Così D.M. TRAINA, *Lo svolgimento del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2000, p. 3316.

⁵⁷⁸ Cfr., a questo proposito VIRGA, *Atti e ricorsi*, cit., pp. 361-362.

⁵⁷⁹ Sull'argomento CASTIGLIONE, *Se è necessaria l'istanza di fissazione dell'udienza per la pronuncia da parte del tribunale amministrativo regionale della sospensione del provvedimento impugnato*, in *Rivista amm. reg. it.*, 1975, 11, 535 e ss.

L'istanza può essere prodotta da qualsiasi parte del processo e deve essere depositata nella segreteria del giudice, ma non necessita di notificazione alle controparti; il termine massimo è di due anni dal giorno del deposito del ricorso, pena l'estinzione del processo.

La segreteria poi comunica al presidente della sezione la domanda di fissazione dell'udienza, il ricorso, il controricorso, il ricorso incidentale e i documenti; sempre a cura dell'ufficio, alle parti è comunicato il decreto di fissazione dell'udienza, almeno quaranta giorni prima del giorno in cui essa si terrà⁵⁸⁰. Le parti possono nel frattempo depositare documenti fino a venti giorni liberi anteriori alla data fissata per l'udienza, e memorie fino a dieci giorni.

La domanda deve infine essere rinnovata dopo il compimento dell'attività istruttoria.

3.6. LA PERDITA DELLA QUALITÀ DI PARTE: L'INTERRUZIONE E L'ESTROMISSIONE .

L'art. 24 della legge T.A.R. ha esteso al processo amministrativo l'istituto dell'interruzione mediante il richiamo degli artt. 299 e ss. del c.p.c., limitatamente però alle ipotesi di morte o perdita della capacità di stare in giudizio di una delle parti private o del suo rappresentante legale, oppure di cessazione di tale rappresentanza, ed infine di morte, radiazione o sospensione dall'esercizio della professione del difensore che assiste la parte⁵⁸¹.

L'istituto dell'interruzione non sembra invece riguardare l'estinzione delle persone giuridiche pubbliche o la perdita di qualità dell'ente pubblico, posto che il processo amministrativo, seppur di parti, rimane comunque un processo di tipo impugnatorio⁵⁸².

Tuttavia, si deve ragionevolmente ammettere che quando l'evento riguarda un'amministrazione pubblica diversa dall'amministrazione resistente, la quale faccia valere nel giudizio una situazione di interesse privato-disponibile, la disciplina dettata dal codice di rito dovrebbe essere integralmente applicata: infatti, negare la rilevanza di un simile evento interruttivo, che comunque riguarda una parte del processo che agisce per la difesa di un interesse "privato", significa violare apertamente il principio del contraddittorio.

Anzi, l'intero istituto dell'interruzione del processo è finalizzato alla garanzia dell'effettività del contraddittorio, il quale non potrebbe regolarmente svolgersi "senza la conoscenza delle situazioni di fatto obiettive o subiettive cui la legge ricollega, condiziona e subordina, in virtù di oneri, preclusioni e decadenza, il concreto esercizio del diritto di difesa"⁵⁸³.

Prima della costituzione in giudizio, il verificarsi dell'evento previsto dalla fattispecie generale ed astratta interrompe automaticamente il processo; nel caso, invece, in cui l'evento si verifichi dopo la costituzione, occorre distinguere a seconda che la parte si sia o meno costituita spontaneamente: ricorrendo la prima ipotesi, l'interruzione è sempre automatica, ricorrendo la seconda ipotesi l'effetto si produca dal momento della dichiarazione resa in udienza dal difensore. La morte, la radiazione e la sospensione, invece, producono automaticamente l'effetto interruttivo⁵⁸⁴. L'effetto più importante è la preclusione dello svolgimento di ulteriore attività processuale⁵⁸⁵.

L'art. 24 stabilisce poi che, nel termine di sei mesi dalla conoscenza legale dell'evento interruttivo, acquisita mediante dichiarazione, notificazione o certificazione, la parte più diligente deve riassumere il processo a pena di estinzione.

L'atto di riassunzione deve essere notificato a tutte le altre parti del giudizio. In alternativa, il codice di rito consente la volontaria prosecuzione del processo mediante costituzione in

⁵⁸⁰ Cfr., ancora a questo proposito VIRGA, *Atti e ricorsi*, cit., p. 404. il termine di quaranta giorni non può essere ridotto su istanza di parte appunto a tutela dei diritti della difesa, ma può essere derogato con l'accordo di tutte le parti.

⁵⁸¹ Cfr., sul punto L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 49.

⁵⁸² Vedi A. SALETTI, voce *Interruzione del processo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. XVII.

⁵⁸³ Così testualmente Cassazione, 16 febbraio 1966, in *Giurisprudenza italiana*, 1967, I, 1, 575.

⁵⁸⁴ Sul punto vedi ancora SALETTI, voce *Interruzione del processo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. XVII.

⁵⁸⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1010, in ITALEDI CD-ROM.

giudizio o ricorso: in caso di successione di più eredi ad una parte, tutti devono prendere l'iniziativa della prosecuzione, perché altrimenti il processo non può dirsi riattivato: se uno solo si attiva, l'estinzione non si verifica, ma il contraddittorio deve essere integrato.

In seguito alla riassunzione o alla prosecuzione, il processo continua e non inizia dal principio: si mantengono fermi, quindi, gli effetti processuali e sostanziali già prodotti, comprese le preclusioni in ordine alla proponibilità di nuove istanze istruttorie o di nuove deduzioni.

L'altra causa di perdita della qualità di parte è il verificarsi del fenomeno dell'estromissione dal processo fino ad allora svoltosi con la partecipazione di una pluralità di soggetti.

Per "parte" si intende in questo caso la parte in senso processuale, e cioè la parte destinataria degli effetti degli atti processuali e della sentenza: da ciò consegue che alla parte estromessa non saranno più imputabili nemmeno gli effetti delle pronunce di rito, tra cui appunto la condanna alle spese⁵⁸⁶.

Tipico caso di estromissione dal lato attivo è la partecipazione al giudizio del c.d. falso ricorrente, ossia del soggetto erroneamente individuato quale destinatario del provvedimento amministrativo: così, nel caso in cui l'amministrazione abbia notificato un decreto di esproprio ad un soggetto che non è proprietario del terreno espropriato, costui potrà senz'altro ottenere di essere estromesso dal giudizio.

L'estromissione dal lato passivo può invece ipotizzarsi nel caso in cui sia il ricorso ad essere stato notificato a soggetto che non è legittimato a resistere in giudizio. Così, sempre prendendo come esempio l'ambito dei provvedimenti espropriativi, viene in rilievo l'ipotesi in cui il ricorso sia stato notificato a soggetto diverso da quello che ha adottato l'atto: esemplificando, ricorso notificato alla Regione laddove il provvedimento di esproprio del campo sportivo sia stato emesso dal Prefetto.

Nell'eventualità che il ricorso venga notificato sia alla Regione che al Prefetto, la prima potrà facilmente ottenere di essere estromessa dal giudizio; tuttavia, dal lato passivo, può verificarsi anche l'interessante fenomeno dell'estromissione apparente: quando infatti il ricorso viene notificato solo alla Regione, in realtà non si ha la sua estromissione dal giudizio, ma l'inammissibilità del ricorso per violazione dell'art. 21 della legge T.A.R.

Ancora, l'estromissione può riguardare il controinteressato: è il caso classico del vicino che intende impugnare la concessione edilizia rilasciata al confinante, ma laddove notificati il ricorso al vicino sbagliato: di nuovo, come nell'ipotesi precedente, se il ricorso è notificato solo al falso controinteressato, il ricorso è inammissibile; laddove venga notificato anche al legittimo contraddittore, l'altro confinante potrà agevolmente ottenere l'estromissione dal processo.

3.7. LA SUCCESSIONE NELLA POSIZIONE DI PARTE.

Anche nel processo amministrativo opera il fenomeno della successione nella posizione di parte, quando cioè la situazione giuridica sostanziale e la relativa azione si trasferiscano in capo ad altro soggetto per causa di morte e per atto tra vivi⁵⁸⁷.

Nel caso ad esempio che si verifichi una successione a titolo particolare nell'interesse controverso, il processo deve continuare nei confronti del dante causa, ferma restando la facoltà dell'acquirente di costituirsi in giudizio e la facoltà del trasferente di chiedere la propria estromissione⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Cfr., a questo proposito F. P. LUISO, in *Diritto processuale civile*, vol. I, Giuffrè Editore, 2000, p. 328.

⁵⁸⁷ Cfr., L. MIGLIORINI, voce *Parti III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. XXII, p. 3.

⁵⁸⁸ Consiglio di Stato, 8 febbraio 1990, n. 16, in ITALEDI CD-ROM.

Peraltro, occorre tenere presente che l'operatività del fenomeno si differenzia a seconda che si tratti di giurisdizione esclusiva o di legittimità: nel primo caso, infatti, vigono le medesime norme previste dal codice di rito; nel secondo caso si deve tenere in considerazione il fatto che vi sono interessi legittimi non trasferibili (ad esempio quelli di natura personale) o trasferibili a determinate condizioni (ad esempio unitamente al rapporto giuridico sostanziale su cui si fondano)⁵⁸⁹.

In questi particolari casi, infatti, stante l'intrasmissibilità⁵⁹⁰ dell'interesse, se l'evento riguarda il ricorrente il processo si estingue per carenza sopravvenuta di interesse; se l'evento riguarda invece il controinteressato, il processo prosegue tra le altre parti necessarie.

Infine, la successione si verifica ogniqualvolta le funzioni amministrative esercitate dall'amministrazione originariamente intimata si trasferiscano in capo ad altra pubblica amministrazione: l'evenienza non determina alcun effetto interruttivo, anzi, l'amministrazione che succede può in ogni momento costituirsi in giudizio senza dover ricorrere all'istituto dell'intervento⁵⁹¹. Peraltro, anche nel caso in cui non si dovesse verificare l'estromissione dell'altra amministrazione e il processo proseguisse normalmente nell'integrità del contraddittorio, la sentenza pronunciata nei confronti del solo ente successore sarebbe perfettamente valida, trattandosi di successione disposta per legge⁵⁹².

Anzi, la giurisprudenza ritiene che nemmeno sia necessario integrare il contraddittorio con l'amministrazione che succede, considerato il fatto che il contraddittorio è stato a suo tempo validamente promosso nei confronti dei soli soggetti ai quali dovevano essere imputati gli atti, salva comunque la possibilità per la nuova autorità competente di intervenire in causa⁵⁹³.

3.8. IL PRINCIPIO DEL LITISCONSORZIO NECESSARIO E FACOLTATIVO, DAL LATO ATTIVO E PASSIVO.

Nel processo amministrativo, a differenza che nel processo civile, non esistono norme giuridiche che espressamente disciplinano il fenomeno litisconsortile, anche se la pluralità di parti nel processo amministrativo rappresenta fenomeno tutt'altro che infrequente e, sotto certi aspetti, ancora più interessante che nel giudizio civile⁵⁹⁴. Infatti, se anche in quest'ultimo tipo di giudizio "il litisconsorzio trova poi il suo naturale completamento nel principio del contraddittorio; che esprime la posizione di uguaglianza delle parti nella conduzione del processo e nella formazione del convincimento del giudice"⁵⁹⁵, nel giudizio amministrativo la determinazione dei presupposti del litisconsorzio incide notevolmente sulla possibilità di riequilibrare le posizioni processuali (ed in ultima analisi sostanziali) dell'amministrazione e dei privati. Infatti, ai fini della costruzione di un processo amministrativo veramente "giusto"⁵⁹⁶ non è affatto indifferente un ampliamento della dimensione soggettiva né tanto meno un potenziamento dei poteri del giudice nel disporre l'accesso al giudizio di altri soggetti non evocati. Del resto, se l'effettività del principio del contraddittorio si gioca tutta nello svolgimento dialettico del processo, e cioè nella reale possibilità data alle parti di intervenire nella formazione del convincimento del giudice in maniera attiva e in posizione paritaria⁵⁹⁷, a

⁵⁸⁹ Cfr., a questo proposito L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 53.

⁵⁹⁰ Cfr., le considerazioni di E. PICOZZA, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Cedam, 1997, pp. 56-57.

⁵⁹¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 28 luglio 1977, n. 706, in *Consiglio di Stato*, 1977, I, 1167.

⁵⁹² Cassazione civile, SS.UU., 20 aprile 1998, n. 4018, in ITALEDI CD-ROM.

⁵⁹³ T.A.R. Campania, Napoli, 20 novembre 2000, n. 4349, in ITALEDI CD-ROM.

⁵⁹⁴ Per ampie considerazioni sul punto v. E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., pp. 93-94, in particolare, sul concetto di "legittimo contraddittore" pp. 118-122.

⁵⁹⁵ Così M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Cedam, Padova, II ed., 2003, p. 189.

⁵⁹⁶ L'art. 111, comma 2, Cost. stabilisce che "Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata".

⁵⁹⁷ Nonostante l'entrata in vigore della legge n. 20/2000, la parità processuale nel giudizio amministrativo non è ancora realizzata compiutamente: Vedi PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Consiglio di Stato*, 2000, II, p.

monte bisogna pur sempre ipotizzare l'esistenza di una struttura dialettica, dalla cui reale dimensione dipenderà poi l' "utilità" della pronuncia: a chi gioverebbe, infatti, una sentenza non opponibile e quindi nuovamente inidonea a disciplinare quel rapporto giuridico la cui disciplina è stata fallita già sul piano del diritto sostanziale?

Il fenomeno del litisconsorzio, secondo la più compiuta definizione civilprocessualistica⁵⁹⁸, sta ad indicare una situazione di partecipazione necessaria od eventuale di più soggetti allo stesso processo, o dal lato attivo, o dal lato passivo, o da entrambi i lati.

In particolare, il carattere necessario del litisconsorzio deriva dalla contemporanea ricorrenza di un dato sostanziale (unitarietà o inscindibilità della situazione sostanziale dedotta in giudizio) e di un dato processuale (efficacia plurisoggettiva della tutela richiesta). Al contrario, l'eventualità del litisconsorzio è data dalla circostanza per cui con o senza partecipazione la pronuncia della decisione non è preclusa: o perché la situazione sostanziale è scindibile, o perché, pur trattandosi di situazione unitaria, è la misura della tutela richiesta a non esigere la produzione di effetti nei confronti di tutti i titolari.

Per lato attivo, invece, si intende la partecipazione necessaria od eventuale dei soggetti che agiscono in giudizio; all'opposto, per lato passivo si intende la partecipazione necessaria od eventuale dei soggetti che resistono in giudizio.

Poste queste premesse, si pone il problema della trasposizione dell'istituto nel processo amministrativo sempre per esigenze di rispetto del contraddittorio, principio giuridico generale dell'ordinamento.

Infatti, se è vero che anche nel giudizio amministrativo si può verificare l'ipotesi dell'atto che coinvolge contemporaneamente gli interessi di una pluralità di soggetti, tutti interessati al suo annullamento o invece al suo mantenimento, potendosi così in astratto pensare alla ricorrenza del litisconsorzio necessario sia dal lato attivo (pluralità di ricorrenti) sia dal lato passivo (pluralità di resistenti), a ben vedere una tale soluzione non convince⁵⁹⁹.

Infatti, se dal lato passivo il carattere unitario del contraddittorio e la necessaria partecipazione al giudizio di tutti i controinteressati costituisce condizione di validità della decisione⁶⁰⁰ (se il ricorso è ammissibile a patto che venga notificato all'amministrazione e ad almeno uno dei controinteressati, per la prosecuzione del giudizio e la validità della decisione è necessario che il giudice ordini l'integrazione del contraddittorio), dal lato attivo il problema di una eventuale integrazione del contraddittorio nemmeno si pone, essendo sufficiente la proposizione da parte di un solo soggetto legittimato, anche se la decisione potrebbe avere effetti anche nei confronti degli altri soggetti destinatari del provvedimento.

Dal lato attivo, quindi, il litisconsorzio può essere solo e soltanto facoltativo⁶⁰¹, sia che si tratti di cause scindibili, sia che si tratti di cause inscindibili, anzi, in alcuni casi nemmeno si verifica il fenomeno litisconsortile.

1074, in cui si rileva il fatto che la possibilità della tardiva costituzione delle controparti in giudizio fino all'udienza di discussione della causa potrebbe rivelarsi fonte di "sorprese" per la parte, la quale non potrebbe riflettere se non in modo approssimativo alle eccezioni sollevate in quella sede. Per ulteriori conferme si veda Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 24 gennaio 2000, n. 1, in *Foro amministrativo*, 2000, p. 41 e ss.: in questa pronuncia si evince la necessità che il giudice, nel rilevare le eccezioni d'ufficio, le sottoponga comunque al contraddittorio con le parti per giudicarne nel confronto dialettico la rilevanza o la superfluità ai fini della decisione.

⁵⁹⁸ Cfr., F. P. LUISO, *Diritto processuale civile (principi generali)*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 273 e p. 287.

⁵⁹⁹ Per una completa ricostruzione del fenomeno del litisconsorzio cfr., F. LUBRANO, *L'intervento nel processo amministrativo*, Istituto Editoriale Regioni Italiane, Roma, 1988, p. 25 e ss.

⁶⁰⁰ È il criterio che si desume direttamente dagli artt. 36 T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 e 21 l. 6 dicembre 1971, n. 1034, costantemente applicato dalla giurisprudenza.

⁶⁰¹ Sembra però ipotizzabile un caso di litisconsorzio necessario dal lato attivo in sede di giurisdizione esclusiva, quando la decisione non possa che essere pronunciata che in confronto di tutte le parti. Così V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 621.

Trattandosi di cause scindibili, infatti, fermo restando l'unitarietà formale della volontà provvedimentale, è la pluralità di provvedimenti distinti ed autonomi tra di loro in quanto ad effetti giuridici sostanziali a legittimare una diversa ricostruzione del fenomeno. Due sono le possibili ipotesi: o l'impugnazione viene proposta fin dall'inizio congiuntamente, per cui si rientra nella previsione del ricorso collettivo; oppure l'impugnazione è proposta solo da uno o alcuno dei destinatari. Se poi un altro soggetto decide di impugnare autonomamente nella pendenza del termine, si può verificare una riunione delle cause connesse per l'oggetto; se invece il termine è scaduto, è possibile addirittura solo un intervento *ad adiuvandum*⁶⁰².

Lo stesso discorso vale per il caso in cui ci si trovi di fronte a cause inscindibili o anche scindibili, ma laddove la censura proposta renda unitaria la tutela richiesta. In questi casi sembra in verità più difficile negare la necessità dell'intervento dal lato attivo, stante il fatto che gli effetti della decisione sono identici per tutti i soggetti destinatari del provvedimento⁶⁰³. Pertanto, se più ricorrenti impugnano congiuntamente, ricorre l'ipotesi del ricorso collettivo; se solo uno o alcuno dei destinatari decide di impugnare non è prevista l'integrazione del contraddittorio, stante l'autonomia delle impugnazioni. Semmai, colui che non ha partecipato al giudizio può in concreto giovare degli effetti della decisione, ma ciò non dipende affatto dal litisconsorzio necessario: dipende solo dal fatto che la situazione protetta è unitaria o, pur essendo scindibile, ad essere unitaria è la tutela richiesta per effetto delle censure proposte. Scaduto il termine di impugnazione è poi possibile per il potenziale ricorrente partecipare al giudizio in qualità di interveniente *ad adiuvandum*.

Dal lato passivo, invece, il litisconsorzio è sempre necessario laddove siano individuabili dei controinteressati: anzi, è sufficiente la presenza di un solo controinteressato perché si verifichi il litisconsorzio con l'amministrazione a cui si imputa l'atto o nei confronti della quale si va valere la pretesa⁶⁰⁴.

Non si ha invece litisconsorzio necessario dal lato passivo nell'ipotesi in cui l'atto sia imputabile congiuntamente a più pubbliche amministrazioni; in questi casi, infatti, ai fini dell'ammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio non è richiesta la notificazione a tutti i diversi soggetti, essendo sufficiente la notifica solo ad uno di essi⁶⁰⁵.

Le considerazioni appena svolte hanno un grande valore giuridico sotto diversi profili.

In primo luogo vengono in rilievo per l'intento ricostruttivo di un istituto processuale comune sia alla giurisdizione ordinaria che a quella amministrativa.

In secondo luogo lasciano trasparire un collegamento sistematico tra il polo del diritto amministrativo e il polo del diritto costituzionale. Infatti, se si considera la natura e la funzione del processo amministrativo e, contestualmente, il potere di annullamento accordato al giudice, si coglie appieno tutta l'importanza del collegamento tra processo, litisconsorzio e giudicato in vista di una soddisfacente ricostruzione del fenomeno dell'estensione dell'efficacia del giudicato *ultra partes*⁶⁰⁶.

Una corretta impostazione del problema non può prescindere dall'analisi di principi costituzionali tanto inviolabili quanto bisognosi di un ponderato temperamento: il diritto all'effettività della tutela (art. 24, comma I) e il diritto all'effettività della difesa (art. 24, comma II). Un bilanciamento che investe tutta la portata del principio del contraddittorio, considerato da sempre uno dei momenti centrali e caratterizzanti l'esperienza giurisdizionale: "il giudice non può procedere né giudicare senza aver posto le parti nei confronti delle quali la decisione

⁶⁰² Secondo alcuni orientamenti giurisprudenziali sarebbe possibile invece convertire l'atto di intervento in ricorso principale, laddove se ne rinvenissero tutti gli elementi essenziali.

⁶⁰³ Cfr., ancora F. LUBRANO, *L'intervento nel processo amministrativo*, cit., p. 29.

⁶⁰⁴ Vedi V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 620.

⁶⁰⁵ Cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 15 dicembre 1965, n. 926 e T.A.R. Lazio, sez. I, 1974, n. 1, in linea con quella giurisprudenza che considera la costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato sanante il vizio di mancata notificazione del ricorso all'autorità emanante l'atto.

⁶⁰⁶ Cfr., le considerazioni di L. COSSU, alla voce *Litisconsorzio II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIX, Roma, 1988, p.1.

produrrà degli effetti nelle condizioni di poter partecipare attivamente al processo ed esporre le proprie ragioni”.

4. LE PARTI DEL GIUDIZIO E IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO.

4.1. IL RICORRENTE.

Nell'ambito del diritto processuale amministrativo la dottrina stenta a ricostruire una compiuta teoria delle parti del giudizio⁶⁰⁷, conseguenza questa dell'impostazione tradizionale per cui tutta la giustizia amministrativa ruotava intorno all'idea della P.A. quale unica parte necessaria del giudizio, con il conseguente svilimento del ruolo delle parti private, ridotto a mera collaborazione in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico⁶⁰⁸.

Solo in un secondo momento si è affermata l'impostazione soggettiva della giurisdizione amministrativa, da cui oggi pacificamente si evince il ruolo del ricorrente quale parte necessaria del giudizio, anzi, la giurisprudenza è attualmente protesa in uno sforzo generale di ampliamento della dimensione soggettiva del giudizio amministrativo⁶⁰⁹.

Nel processo amministrativo è ricorrente chi, titolare di un interesse legittimo (o anche di un diritto soggettivo in sede di giurisdizione esclusiva), ne afferma la lesione o la violazione a causa di un atto o fatto imputabile alla pubblica amministrazione, nei confronti della quale si ha quindi interesse concreto all'accoglimento del ricorso per la tutela della situazione giuridica sostanziale protetta⁶¹⁰.

È infatti ormai pacificamente accettato in dottrina il fatto che il ricorrente nella generalità dei casi⁶¹¹ configuri una parte processuale in senso materiale, visto che la giurisdizione amministrativa esattamente come quella ordinaria è finalizzata alla tutela di situazioni giuridiche che hanno per contenuto un bene sostanziale, un bene della vita. Quindi, se la qualità di parte processuale in senso formale deriva al ricorrente per il solo fatto di aver proposto un ricorso, la qualità di parte in senso sostanziale presuppone a monte la possibilità⁶¹² di proporre il ricorso: possibilità che a sua volta dipende dalla sussistenza dell'interesse a ricorrere e dalla legittimazione sostanziale a ricorrere (*legitimatō ad causam*)⁶¹³. Legittimazione tra l'altro che nel diritto amministrativo coincide con la titolarità dell'interesse protetto⁶¹⁴, essendo infatti rare le ipotesi di legittimazione straordinaria, e cioè le ipotesi in cui un soggetto può far valere in giudizio una situazione giuridica altrui ma in nome proprio.

In linea di massima parte formale e parte sostanziale coincidono, essendo chi propone il ricorso anche la *giusta parte* del processo: non può comunque escludersi la possibilità che un soggetto ricorra al giudice seppur privo dell'interesse o della legittimazione a ricorrere.

⁶⁰⁷ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., p. 104 e ss.

⁶⁰⁸ Così M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Cedam, Padova, II ed., 2003, p. 192.

⁶⁰⁹ Spesso però la giurisprudenza amministrativa è stata preceduta da quella costituzionale, così in materia di opposizione di terzo.

⁶¹⁰ Cfr., a questo proposito V. DOMENICHELLI, *Le parti del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo IV, Milano Giuffrè, 2000, p. 3276.

⁶¹¹ Questa specificazione è importante per comprendere le differenze rispetto al giudizio elettorale, dove l'interesse del ricorrente non ha per contenuto un bene della vita, trattandosi di interesse alla regolarità delle operazioni elettorali. Vedi sul punto L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 57.

⁶¹² Sul punto vedi V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 613.

⁶¹³ Del tutto diverso è il concetto di *legitimatō ad processum*, la quale corrisponde alla c.d. capacità processuale, cioè alla capacità di compiere gli atti processuali e quindi essere una parte processuale in senso formale.

⁶¹⁴ Cfr., per i particolari problemi di effettività del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico interno E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1997, p. 56; in particolare, l'Autore rileva che il problema riguarda la *legitimatō ad causam* in conseguenza del fatto che l'interesse legittimo è inidoneo alla trasmissibilità: se ai fini della proposizione del ricorso il diritto amministrativo vuole che il ricorrente si identifichi nel titolare della situazione originaria, cosa accadrebbe se la situazione stessa qualificata dal diritto comunitario come diritto soggettivo dovesse trasferirsi in capo ad altro soggetto? (es. in materia di appalti e di contributi agricoli).

Siccome l'iniziativa processuale è rimessa al titolare dell'interesse sostanziale, allo stesso compete la determinazione dell'oggetto del processo, e cioè l'allegazione di tutti quei fatti che servono a rappresentare la realtà giuridica qualificata su cui si fonda la domanda: e questo comporta in primo luogo che laddove il ricorrente si limiti a chiedere l'annullamento parziale del provvedimento, l'eventuale accoglimento del ricorso non è idoneo a caducare la parte non impugnata, quantunque possano prospettarsi in astratto altre censure⁶¹⁵.

Nel potere di impulso processuale rientra quindi il diritto/dovere della corretta instaurazione del contraddittorio, sia sotto il profilo sostanziale (precisazione dei motivi su cui il ricorso si fonda, delimitando così l'oggetto del giudizio) sia sotto il profilo formale (a norma dell'art. 21 della legge T.A.R. l'inadempimento all'obbligo di curare le dovute notifiche rende inammissibile la domanda). Così, se da una parte il ricorrente vanta nei confronti della P.A. la pretesa al deposito del provvedimento e degli atti e documenti del procedimento in modo da avere la piena possibilità di contraddire e di proporre eventuali motivi aggiunti, dall'altra è tenuto a portare a conoscenza dell'amministrazione intimata e ad almeno uno dei controinteressati l'atto di ricorso, fermo restando l'effettuazione delle ulteriori notificazioni ordinate dal giudice in vista dell'integrazione del contraddittorio⁶¹⁶.

Da queste considerazioni emerge in definitiva la natura principale e necessaria della parte di ricorrente: principale in quanto titolare di un interesse immediato e diretto all'accoglimento del ricorso; necessaria in quanto la presenza è strutturalmente imprescindibile al fine della costituzione del rapporto processuale. In tal senso si coglie tutta la differenza tra la figura del ricorrente e quella del cointeressato: pur essendo entrambi interessati direttamente all'accoglimento del ricorso, solo la presenza del ricorrente è necessaria alla struttura del processo⁶¹⁷.

Circa poi la possibilità di proporre ulteriori domande, trattandosi di domande accessorie a quella principale (es. richiesta di liquidazione degli interessi corrispettivi e della rivalutazione monetaria su somma dovuta e non erogata dalla P.A.) è consentita la proposizione successivamente nel corso del giudizio, ma come ogni modificazione dell'originaria domanda è necessaria la relativa notificazione.⁶¹⁸

Altro profilo da analizzare concerne la natura del soggetto ricorrente. Oltre al singolo soggetto privato, infatti, la legittimazione a ricorrere può essere riconosciuta da disposizioni di legge anche ad enti esponenziali di interessi superindividuali, di gruppo o anche generali⁶¹⁹. Escludendosi poi a priori che possa ricorrere in giudizio una pubblica amministrazione procedente, la quale potrà sempre nell'esercizio dei propri poteri di autotutela riformare o annullare il provvedimento, è possibile che ricorra contro un atto amministrativo un ente pubblico che si ritenga leso in un interesse di cui è titolare nell'ambito delle sue attribuzioni⁶²⁰. Tale fenomeno, non sconosciuto in passato, è oggi molto frequente: dall'ipotesi tradizionale del ricorso degli enti controllati avverso l'atto negativo di controllo si approda alle ben più interessanti ipotesi di ricorso dello Stato per l'eliminazione di un atto regionale o comunale⁶²¹,

⁶¹⁵ Vedi sul punto L. MIGLIORINI, voce *Parti III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. XXII, p. 3.

⁶¹⁶ Vedi sul punto L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 59.

⁶¹⁷ Cfr., a questo proposito V. DOMENICHELLI, *Le parti del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo IV, Milano Giuffrè, 2000, p. 3274.

⁶¹⁸ Cfr., a questo proposito GALLO, *Rivalutazione dei crediti di lavoro di pubblico impiego e giurisdizione esclusiva*, in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, 1982, 75 e ss.; vedi anche Consiglio di Stato, VI, 29 gennaio 1982, n. 44, in *Foro amministrativo*, 1982, I, 203; e Consiglio di Stato, IV, 27 aprile 1982, n. 238, *ivi*, 749.

⁶¹⁹ Così M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, cit., p. 194.

⁶²⁰ Cfr., ancora sul punto L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 58.

⁶²¹ Vedi per ampie considerazioni generali L. COSSU, voce *Litisconsorzio II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, p. 1.

nonché al caso in cui si discuta della legittimità dell'esercizio di poteri sostitutivi nell'ambito di un rapporto intersoggettivo⁶²².

Nell'ambito della giurisdizione esclusiva, infine, le ipotesi che la controversia sia instaurata da un soggetto pubblico sono molteplici: così nella cause di natura patrimoniale relative al pagamento di indennità canoni ed altri corrispettivi, nonché il risarcimento dei danni⁶²³.

4.2. IL RESISTENTE.

Dal lato passivo è parte resistente in senso sostanziale la pubblica amministrazione cui va imputato il provvedimento impugnato (art. 36, II comma, T.U. n. 1054 del 1924) se si verte in sede di giurisdizione di legittimità; la pubblica amministrazione nei cui confronti si va valere una pretesa, ancorché scollegata rispetto ad un atto amministrativo se si verte in sede di giurisdizione esclusiva⁶²⁴.

Ora, se l'acquisto della qualità di parte in senso sostanziale presuppone a monte la c.d. legittimazione a contraddire, riconosciuta all'organo cui l'atto è materialmente imputato, l'acquisto della qualità di parte in senso formale (e quindi l'interesse a contraddire) è effetto automatico della chiamata in giudizio⁶²⁵.

Se nella maggior parte dei casi di proposizione del ricorso si versa nell'ipotesi fisiologica dell'identità tra parte formale e parte sostanziale, non si esclude comunque la possibilità che il ricorrente intimi il ricorso ad un soggetto diverso da quello a cui è imputabile l'atto: in questi casi, stante l'irregolarità del contraddittorio, il ricorso è inammissibile. Il giudice, infatti, non può mai decidere una controversia nel merito laddove la parte in senso sostanziale non sia stata posta nelle condizioni di poter legittimamente contraddire.

Questo ovviamente non implica che effettivamente si realizzi il contraddittorio in giudizio attraverso la reale partecipazione al giudizio. Infatti, quello che la legge richiede è solo il c.d. "potenziale contraddittorio", e cioè la possibilità data alla parte in senso sostanziale di costituirsi e contraddire in giudizio, fermo restando che l'effettiva realizzazione del contraddittorio non rappresenta un presupposto processuale ai fini della pronuncia nel merito⁶²⁶. Anzi, a stretto rigore, la questione nemmeno si pone propriamente in termini di "possibilità" (cfr., la potenzialità del contraddittorio anche nel processo civile), quanto invece in termini di pura "eventualità": nel processo amministrativo, infatti, non è nemmeno configurabile l'istituto della contumacia. A questo proposito si potrebbe obiettare che comunque nel processo civile il contumace non è giuridicamente in una posizione peggiore rispetto alla parte costituita; ma l'obiezione è facilmente superabile se si considera che il contumace è quanto meno svantaggiato in punto di fatto (il carattere dispositivo del processo esclude la possibilità di acquisire prove se non addotte da chi si è costituito come parte), mentre il resistente non costituito nel giudizio amministrativo può sempre contare sull'ampio potere acquisitivo del giudice⁶²⁷. Semmai, è sul piano della tutela del ricorrente che si dovrebbe avanzare qualche riserva, ma sia dottrina che giurisprudenza sono oggi attestate su posizioni garantistiche: la mancata costituzione non può mai impedire o comunque rendere difficoltoso lo svolgimento del giudizio, in particolare per quel che attiene la fase istruttoria.

⁶²² Consiglio di Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332, in *Consiglio di Stato*, 1999, I, 1599, secondo cui esiste un rapporto intersoggettivo tra commissario *ad acta* e amministrazione sostituita.

⁶²³ Ancora sul punto M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, cit., p. 194.

⁶²⁴ Cfr., V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 614.

⁶²⁵ Cfr., L. COSSU, voce *Litisconsorzio II*) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. XIX, pp. 1-2.

⁶²⁶ Vedi a questo proposito le considerazioni sul contraddittorio eventuale nel processo amministrativo di F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 741.

⁶²⁷ Vedi per ampie considerazioni V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., p. 615.

L'amministrazione regolarmente notificata, sebbene sia rimasta estranea al giudizio, è tenuta comunque a depositare in giudizio l'atto impugnato e tutti gli atti del procedimento che ad esso si riferiscono in attuazione dell'art. 21 L. T.A.R., come modificato dalla legge n. 205/2000⁶²⁸.

Altra questione connessa col profilo dell'individuazione⁶²⁹ della parte sostanziale resistente concerne il fenomeno del trasferimento della competenza amministrativa da un soggetto ad un altro nelle more tra l'emanazione dell'atto impugnato e l'impugnazione di questo. Sul punto è intervenuta in passato l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁶³⁰ statuendo che il ricorso vada notificato non all'autorità che ha adottato l'atto, ma a quella cui la competenza è stata trasferita, seppure l'art. 36, T.U. n. 1054 del 1924 e l'art. 7 del regolamento di procedura n. 642 del 1907 prescrivano la notificazione all'amministrazione emanante. In realtà, *ratio* delle predette disposizioni è quella di voler individuare il legittimo e naturale resistente nell'autorità che, avendo il potere di adottare l'atto, si presume abbia anche il potere di annullarlo. D'altronde, se è già tanto difficoltoso ottenere l'ottemperanza del giudicato da parte di una pubblica amministrazione che ha conservato il suo potere sull'atto, come si potrebbe pretendere qualcosa da parte di un'autorità che lo ha perduto?⁶³¹

Più recentemente, invece, l'orientamento giurisprudenziale sembra oscillare in altre direzioni, in sintonia con la natura impugnatoria del processo amministrativo: si va dall'interpretazione più rigorosa che ritiene necessario il rispetto delle disposizioni di legge in senso letterale⁶³² all'interpretazione mediana che concepisce la contemporanea legittimazione passiva, sia dell'ente subentrante che dell'ente subentrato, nella fase del passaggio dei poteri⁶³³.

Ora, a parte le considerazioni formali che possono farsi circa la natura impugnatoria del processo amministrativo, si deve rilevare la giustezza delle critiche mosse dalla dottrina⁶³⁴ al recente orientamento giurisprudenziale. Infatti, il principio del contraddittorio altro non significa che possibilità di difendere in giudizio una propria situazione giuridica; ora, se è vero che l'atto è stato a suo tempo adottato da un'altra autorità, il fatto che la competenza sia stata trasferita nel "patrimonio" giuridico di un'altra autorità comporta anche il trasferimento dell'interesse e del potere giuridico sull'atto. Su queste basi sarebbe quindi doveroso ammettere la necessità della notificazione del ricorso. A questa presa di posizione è stato obiettato che anche i controinteressati non formali (cioè quelli che non risultano formalmente nell'atto o che sono facilmente individuabili) non sono chiamati a partecipare, fermo restando la possibilità di un loro spontaneo intervento. Ma l'obiezione è facilmente superabile: la circostanza per cui vi sono dei controinteressati che godono di una garanzia più attenuata di contraddittorio non vale a giustificare l'assenza di contraddittorio nei confronti di autorità che comunque vantano un interesse sostanziale sull'atto: e allora? Forse la soluzione più corretta sarebbe quella di riconoscere una sorta di litisconsorzio necessario e quindi, in caso di

⁶²⁸ Così M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Cedam, Padova, II ed., 2003, p. 195.

⁶²⁹ Sulla attuale difficoltà nell'individuazione dei soggetti resistenti cfr. ancora M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, cit., p. 195, soprattutto per quel riguarda la realtà del policentrismo decisionale e del continuo mutamento dei modelli organizzativi.

⁶³⁰ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 febbraio 1961, n. 7; vedi anche Consiglio di Stato, sez. VI, 28 novembre 1988, n. 1262; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 ottobre 1990, n. 923; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 31 luglio 1989, n. 860.

⁶³¹ Cfr., le ampie riflessioni sul punto da parte di V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., p. 615.

⁶³² Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 3 luglio 1973, n. 7; Consiglio di Stato, sez. V, 12 maggio 1987, n. 277; 28 settembre 1989, n. 546; 21 dicembre 1989, n. 861; sez. VI, 16 gennaio 1998, n. 80; 29 settembre 1998, n. 1307.

⁶³³ Consiglio di Stato, sez. VI, 7 marzo 1991, n. 139.

⁶³⁴ Cfr., per tutti L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., pp. 62-63.

necessità di integrare il contraddittorio (si pensi al trasferimento della competenza dopo la notificazione del ricorso), un intervento litisconsortile⁶³⁵.

Diversa invece l'ipotesi in cui l'atto sia imputabile a più autorità amministrative, nel qual caso sono tutte legittimate passive all'impugnativa⁶³⁶: così esemplarmente nel caso di un atto complesso alla cui formazione hanno concorso più amministrazioni e nel caso degli atti di concerto tra più organi (due o più ministeri) o più enti (Stato e Regioni). Nei casi in cui invece è previsto l'esercizio di un'attività di controllo (o anche di vigilanza), le soluzioni differiscono a seconda che l'atto di controllo si concluda positivamente o negativamente: nel primo caso si ritiene che la legittimazione a resistere compete all'autorità controllata, in quanto la fase del controllo viene assorbita nel procedimento che terminerà con l'atto formale; nel secondo caso la legittimazione spetterebbe all'autorità controllante, derivando la lesione direttamente dal parere negativo da questa adottato⁶³⁷.

Vi sono invece dei casi in cui la complessità procedimentale pone seri dubbi di individuazione: così, se la lesione viene provocata da un atto negativo infraprocedimentale (si pensi al nulla osta negato dal Soprintendente in ordine ad una domanda di concessione edilizia diretta al Sindaco), dovrebbe ammettersi la possibilità di ricorrere sia avverso l'atto comunale, sia avverso l'atto regionale di diniego⁶³⁸.

Ultimo profilo da indagare riguarda la possibilità che parte resistente nel processo amministrativo sia un soggetto privato, fenomeno tutt'altro che infrequente soprattutto in materia di privatizzazioni e di aggiudicazione di appalti pubblici sopra la soglia comunitaria e, più in generale, nelle materie di giurisdizione esclusiva di cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80. Probabilmente il fenomeno non si sarebbe nemmeno posto se si fosse dato primario rilievo alla natura privata del soggetto da un punto di vista formale, rientrando così le eventuali controversie nell'ambito della giurisdizione ordinaria.

Senonché, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁶³⁹ ha elaborato la nozione di c.d. organo pubblico indiretto per indicare il soggetto privato che in concreto esercita pubbliche funzioni, giustificando così la giurisdizione del giudice amministrativo: tali soggetti, quando operano da amministrazioni aggiudicatrici, sono, limitatamente alla fase procedimentale, pubbliche amministrazioni in senso sostanziale⁶⁴⁰.

4.3. IL CONTROINTERESSATO.

La figura del controinteressato risente fortemente del rigore del criterio formale dell'atto nell'individuazione delle parti necessarie del giudizio, per cui se in astratto sono ipotizzabili tanti controinteressati sostanziali quanti sono i soggetti che vantano una situazione giuridica soggettiva di segno contrario a quella vantata dal ricorrente, in concreto parti necessarie del

⁶³⁵ Vedi sulla differenza tra intervento litisconsortile (di parte) ed intervento dei terzi, F. LUBRANO, *L'intervento nel processo amministrativo*, Roma, 1988, p. 25 e ss.

⁶³⁶ Così nell'atto di concerto il ricorso deve essere notificato a tutte le autorità concertatesi: Consiglio di Stato, sez. VI, 7 dicembre 1954, n. 882; 6 luglio 2000, n. 3785.

⁶³⁷ Per più ampi riferimenti vedi V. DOMENICHELLI, *Le parti del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3285.

⁶³⁸ Cfr., Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 10 luglio 1986, n. 8, in *Consiglio di Stato*, 1986, I, p. 759; Consiglio di Stato, sez. VI, 7 luglio 1982, n. 345, *ivi*, 1982, I, 1354; Consiglio di Stato, sez. V, 13 agosto 1996, n. 904, in *Foro amministrativo*, 1996, 2293.

⁶³⁹ Cfr., la sentenza del 29 dicembre 1990, n. 12221, nonché le seguenti pronunce del Consiglio di Stato: sez. V, 7 giugno 1999, n. 295; sez. VI, 4 aprile 2000, n. 1948; sez. V, 10 aprile 2000, n. 2078; sez. VI, 9 maggio 2000, n. 2681.

⁶⁴⁰ Vedi per più ampie considerazioni generali E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., p. 111 e ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., p. 615; e E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998 N. 80*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/1999, p. 634 e ss; vedi anche gli artt. 6 e 7 della legge 205/2000.

processo sono solamente i controinteressati formali, e cioè i soggetti a cui l'atto direttamente si riferisce o comunque facilmente individuabili in base all'atto amministrativo⁶⁴¹.

Il controinteressato formale riveste un ruolo molto importante all'interno del processo amministrativo proprio perché è un legittimo e necessario contraddittore. In particolare, il carattere necessario della sua partecipazione al giudizio dipende dalla lesione diretta e principale che tale soggetto subirebbe nella sua sfera giuridica in conseguenza dell'accoglimento del ricorso avverso quel provvedimento amministrativo che è allo stesso tempo fonte di pregiudizio per il ricorrente e fonte di vantaggi giuridici per lui⁶⁴².

Pertanto, laddove vi sia almeno un controinteressato, il litisconsorzio è sempre necessario⁶⁴³.

Ovviamente non in tutte le ipotesi di ricorso sono individuabili dei controinteressati, ben potendo l'atto in questione riguardare un solo soggetto, o anche più soggetti tutti però cointeressati al suo annullamento⁶⁴⁴.

Essendo i controinteressati parti necessarie del processo, a norma dell'art. 36 T.U. n. 1054 del 1924 il ricorso va notificato anche ad essi a pena di inammissibilità; tuttavia, per mitigare il rigore della previsione, aggravata dalla perentorietà del termine per impugnare il provvedimento, la giurisprudenza consente che entro il termine il ricorso sia notificato ad almeno uno dei controinteressati (vedi l'art. 21 della legge T.A.R., così come modificato dalla legge 205/2000), fermo restando le successive integrazioni del contraddittorio ordinate dal giudice a norma dell'art. 15, regolamento di procedura n. 642 del 1907⁶⁴⁵. La eventuale mancata integrazione del contraddittorio in primo grado costituisce "difetto di procedura", che, ai sensi dell'art. 35 della legge T.A.R., comporta in appello l'annullamento della sentenza con rinvio al primo giudice⁶⁴⁶.

Senonché, la limitatezza della soluzione si è rivelata talmente evidente da dare luogo alla introduzione pretoria nel processo amministrativo dello strumento dell'opposizione di terzo, almeno per le ipotesi del controinteressato in senso sostanziale pretermesso⁶⁴⁷.

Il dibattito sul punto non risulta d'altronde ancora sedato, visto che dalla ampiezza della dimensione soggettiva del processo dipende l'effettività del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, la quale non può essere certo soddisfatta dalla previsione di rimedi alternativi (si pensi all'appello o all'opposizione di terzo).

Infatti, come esattamente accade sul piano procedimentale, far valere le proprie ragioni durante il farsi della decisione è altra cosa che esprimere successivamente delle doglianze:

⁶⁴¹ Cfr., M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Cedam, Padova, II ed., 2003, p. 197.

⁶⁴² Cfr., in dottrina V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 617; e in giurisprudenza Consiglio di Stato, sez. V, 20 settembre 1990, n. 684; 15 marzo 1991, n. 252; 21 gennaio 1992, n. 72; T.A.R. Lazio, sez. II, 21 febbraio 1992, n. 442; 23 luglio 1992, n. 1606.

⁶⁴³ Cfr., in dottrina V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 620.

⁶⁴⁴ La giurisprudenza, ad esempio, afferma che non sarebbero configurabili controinteressati rispetto all'impugnazione di un provvedimento di esclusione dai pubblici concorsi quando non sono stati ancora nominati i vincitori (vedi Consiglio di Stato, sez. IV, 28 novembre 1994, n. 953; sez. VI, 21 ottobre 1996, n. 1368); eppure, si può ragionevolmente credere che anche in questa ipotesi sia possibile individuare il controinteressato nella persona degli altri candidati che potrebbero subire un effettivo pregiudizio in futuro in ordine alla loro posizione in seguito all'accoglimento del ricorso. Non vi sarebbero invece controinteressati rispetto all'impugnazione di piani regolatori generali (Consiglio di Stato, Ad. plen., 8 maggio 1996, n. 2 e Consiglio di Stato, sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3489). Cfr., in dottrina L. MIGLIORINI, voce *Parti III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXII, Roma, 1988, p. 5.

⁶⁴⁵ Vedi sulla perentorietà del termine per l'integrazione del contraddittorio Consiglio di Stato, sez. VI, 20 ottobre 1990, n. 920.

⁶⁴⁶ Cfr., Consiglio di Stato, sez. VI, 1 marzo 2001, n. 1153, in ITALEDI CD-ROM.

⁶⁴⁷ Così E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato*, 5-6/2000, p. 1072.

consapevole di questo, la giurisprudenza più accorta si sta muovendo verso il superamento del criterio formale dell'atto⁶⁴⁸.

Pertanto, l'individuazione del controinteressato è circostanza molto interessante, considerato soprattutto lo sforzo da parte di dottrina e giurisprudenza nel conciliare le opposte posizioni in cui vengono a trovarsi i soggetti dell'ordinamento.

Infatti, da un lato è necessario far riferimento a criteri di facile determinazione per non aggravare in modo eccessivo l'onere di individuazione che pesa sul ricorrente; dall'altro è però necessario garantire quanto più possibile la partecipazione al giudizio da parte di quanti potrebbero subire effetti pregiudizievoli dall'accoglimento del ricorso⁶⁴⁹.

Sul punto è perfino intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, chiarendo definitivamente che parti necessarie del processo non sono tutti i reali controinteressati, ma solo quelli che sono titolari di un interesse analogo e contrario a quello vantato dal ricorrente e che allo stesso tempo risultano direttamente o comunque agevolmente individuabili⁶⁵⁰ in base al provvedimento impugnato⁶⁵¹. Il fatto poi che il giudice possa sempre rilevare d'ufficio⁶⁵² la completezza del contraddittorio, giustifica gli ampi poteri discrezionali nell' "apprezzamento delle difficoltà di individuazione nominativa di un gruppo consistente di controinteressati all'impugnazione, ai fini dell'ammissibilità dell'integrazione del contraddittorio per pubblici proclami, una volta che il ricorso introduttivo risulti notificato all'autorità emanante e ad almeno uno dei controinteressati"⁶⁵³.

Ciò che invece non convince parte della dottrina⁶⁵⁴ è l'interpretazione restrittiva dell'espressione "atto impugnato"; infatti, sarebbe estremamente più garantistica una interpretazione che pretendesse la partecipazione al processo di quanti siano stati coinvolti nell'azione amministrativa: e quindi anche coloro che risultano dagli atti del procedimento.

Per tutti gli altri controinteressati sostanziali⁶⁵⁵, invece, è prevista la possibilità di intervenire spontaneamente nel processo, di proporre appello ancorché non chiamati e non costituiti in giudizio e di avvantaggiarsi dell'opposizione di terzo in caso di pretermissione. In casi particolarmente gravi e pregiudizievoli, poi, come la decisione che accorda la sospensione cautelare del provvedimento, il controinteressato sostanziale può sempre chiedere la revoca dell'ordinanza al momento della sua costituzione in giudizio o, in mancanza, appellare l'ordinanza davanti al Consiglio di Stato, il quale, constatata la violazione del contraddittorio, l'annullerà e rimetterà gli atti del processo al giudice di primo grado⁶⁵⁶.

Si chiarisce quindi anche il carattere principale della loro partecipazione in giudizio: a differenza dell'interveniente *ad opponendum*, i controinteressati traggono un vantaggio diretto ed immediato dal rigetto del ricorso⁶⁵⁷, e quindi hanno tutto il diritto di giovare degli strumenti predisposti dall'ordinamento a tutela del loro interesse sostanziale.

⁶⁴⁸ Cfr., M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Cedam, Padova, II ed., 2003, p. 198.

⁶⁴⁹ Cfr., in dottrina V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 619.

⁶⁵⁰ Vedi Consiglio di Stato, sez. VI, 28 febbraio 1990, n. 323; sez. V, 20 settembre 1990, n. 684; e sul dovere della P.A. di rendere noti i documenti da cui risultano i nominativi Cons. giust. amm. sic., 28 luglio 1988, n. 130.

⁶⁵¹ Cfr., anche L. COSSU, voce *Litisconsorzio II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIX, Roma, 1988, p. 2.

⁶⁵² Cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 16 gennaio 2001, n. 134, in ITALEDI CD-ROM.

⁶⁵³ Vedi Consiglio di Stato, sez. VI, 21 febbraio 2001, n. 906, in ITALEDI CD-ROM.

⁶⁵⁴ Cfr., per tutti le considerazioni di L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 71.

⁶⁵⁵ Vedi ancora sul punto le considerazioni di L. COSSU, voce *Litisconsorzio II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., dove si rileva che il controinteresse in questi casi non è attuale ma futuro: il pregiudizio non deriverebbe cioè dall'impugnazione dell'atto, ma dall'atto che l'amministrazione dovrà adottare in sede di ottemperanza.

⁶⁵⁶ Vedi E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 710.

⁶⁵⁷ Cfr., sulla distinzione tra parti necessarie e parti eventuali, tra parti principali e parti accessorie V. DOMENICHELLI, *Le parti del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3274.

La qualità di controinteressato va poi accertata alla data di adozione del provvedimento amministrativo, non potendosi riconoscere alcun rilievo giuridico a circostanze o fatti sopravvenuti⁶⁵⁸. Parzialmente diverso il caso del controinteressato apparente, ossia quel soggetto che al tempo della notificazione del ricorso esteriormente appariva come un necessario e legittimo contraddittore, pur non essendolo. Il vero problema si pone nel caso egli sia stato l'unico destinatario della notificazione del ricorso: la giurisprudenza propende però nel senso dell'ammissibilità del gravame la cui notifica a tutti i "veri" controinteressati sia stata integrata in un momento successivo⁶⁵⁹.

Da tutte queste considerazioni emerge un dato fondamentale: la completezza del contraddittorio rispetto ai controinteressati non dipende da un'esigenza puramente formale, ma al contrario da un'esigenza sostanziale⁶⁶⁰: è l'ordinamento stesso che vuole che le sentenze non siano *inutiliter datae*, e cioè senza un risultato pratico neppure per coloro che abbiano partecipato al processo. Senza contare poi la violazione del principio del doppio grado di giurisdizione previsto dalla Costituzione per la sola giurisdizione amministrativa: l'apporto del controinteressato nel giudizio di primo grado potrebbe contribuire quanto meno a consolidare i motivi posti alla base di un'eventuale decisione di rigetto, la quale è soggetta, in sede di appello, ad un riesame di merito che potrebbe condurre all'annullamento dell'atto amministrativo impugnato, con pregiudizio irreversibile per il controinteressato illegittimamente estraniato. Da ciò si evince, quindi, che il fatto che il giudizio di primo grado si concluda in senso praticamente favorevole al pretermesso, non vale mai a sanare o rendere trascurabile l'originario vizio di procedura⁶⁶¹.

Per quanto riguarda infine gli strumenti processuali di cui possono disporre i controinteressati, da più parti⁶⁶² si auspica l'introduzione dello strumento della domanda riconvenzionale almeno nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, stante in alcuni casi l'opportunità di difendere la propria situazione soggettiva attraverso la proposizione di una "controdomanda". Infatti, per quanto la dottrina insista sull'equivalenza tra ricorso incidentale e domanda riconvenzionale, in realtà è da dire che attraverso il ricorso incidentale si fa valere in giudizio sostanzialmente un'eccezione, in quanto si impugnano parti diverse del provvedimento o anche provvedimenti connessi ma nei limiti del *petitum* e della *causa petendi*; attraverso la domanda riconvenzionale, invece, si può sempre far valere una pretesa che si fonda anche su una diversa *causa petendi*⁶⁶³.

4.4. IL COINTERESSATO.

La figura del cointeressato nel processo amministrativo presenta diverse peculiarità. In primo luogo si tratta di un soggetto che, essendo titolare di un interesse di natura uguale a quella del ricorrente, ben potrebbe entro il termine di decadenza impugnare anch'esso il provvedimento lesivo. Tuttavia, tenuto conto dell'autonomia delle due situazioni giuridiche soggettive, non sussiste alcun onere a carico del ricorrente, il quale è tenuto solo a notificare il

⁶⁵⁸ Consiglio di Stato, Ad. plen., 24 luglio 1997, n. 15; sez. V, 15 febbraio 2000, n. 815.

⁶⁵⁹ Cfr., T.A.R. Sicilia Catania, 1 ottobre 2001, n. 1739, in ITALEDI CD-ROM.

⁶⁶⁰ Ad esempio, nel caso in cui il ricorso abbia ad oggetto provvedimenti di esproprio e occupazione di beni immobili, l'aggiudicatario dei lavori non assume la veste di controinteressato, bensì quella giuridicamente irrilevante di interessato di fatto. Così T.A.R. Puglia Lecce, 14 novembre 2000, n. 3570, in ITALEDI CD-ROM.

⁶⁶¹ Vedi Consiglio di Stato, sez. IV, 16 gennaio 2001, n. 134, in ITALEDI CD-ROM; nella sentenza in particolare si rileva che il provvedimento modificativo il numero delle sedi farmaceutiche e l'ambito territoriale di ciascuna di esse, incidendo su una situazione consolidata di interessi che non sono di mero fatto ma qualificati e diretti, costituisce fonte dell'obbligo di notificazione del ricorso ai titolari delle farmacie iscritte nella pianta organica comunale.

⁶⁶² Favorevole all'ammissibilità della domanda riconvenzionale nel processo amministrativo è PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Consiglio di Stato*, 2000, II, pp. 1080-1081.

⁶⁶³ Cfr., T.A.R. Umbria, 24 marzo 1999, n. 218, in *I T.A.R.*, 1999, I, 1980 e T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 11 settembre 2002, n. 3926, in *Giust. it.*, 2002, 1107.

ricorso alla pubblica amministrazione e ad almeno uno dei controinteressati, fermo restando le successive integrazioni del contraddittorio ordinate dal giudice. Da ciò si evince la natura non necessaria della figura del cointeressato, ma non certo si può negare il carattere principale di una sua partecipazione: come il ricorrente, il cointeressato è avvantaggiato in modo diretto e immediato dall'accoglimento del ricorso, esattamente come l'avente causa dal ricorrente. In questo si coglie dunque la differenza rispetto all'interveniente *ad adiuvandum*: figura non necessaria e nemmeno principale del processo. Più semplicemente, infatti, l'interveniente in questione trae giovamento dall'accoglimento del ricorso solo in modo indiretto e mediato⁶⁶⁴.

La posizione in cui si trova il cointeressato potrebbe in determinati casi dar luogo al fenomeno del litisconsorzio facoltativo, l'unica forma di litisconsorzio prospettabile dal lato attivo. Si consideri ad esempio l'ipotesi di un provvedimento al cui annullamento siano interessati tutti i destinatari degli effetti sfavorevoli: nella pendenza del termine è possibile che tutti i cointeressati impugnino con un solo atto di ricorso (collettivo appunto), dando quindi luogo ad un litisconsorzio facoltativo; oppure sono ipotizzabili sempre in pendenza del termine autonome impugnazioni, suscettibili di essere riunite successivamente dal giudice. Ma, a ben vedere, in quest'ultimo caso non è detto che si realizzi il litisconsorzio facoltativo, potendo il giudice riunire le più cause senza individuare la connessione: per cui ne risulterebbe un processo con più liti e con più parti, ma non necessariamente litisconsorti⁶⁶⁵.

Una volta scaduto il termine, invece, non sarebbe possibile al cointeressato intervenire nel processo in qualità di parte, siccome la dottrina e la giurisprudenza ritengono che così permettendo ne risulterebbe vanificato il termine perentorio entro cui impugnare il provvedimento⁶⁶⁶; tuttavia, si ritiene possibile un intervento *ad adiuvandum*, purché però l'interveniente si limiti a sostenere le tesi del ricorrente principale e non formuli nuove censure⁶⁶⁷.

4.5. L'INTERVENIENTE.

L'istituto dell'intervento nel processo amministrativo non ha vissuto una stagione molto felice per diversi ordini di motivi, tra cui la scarsa disciplina dettata dagli artt. 22 della legge T.A.R. e 37 del regolamento di procedura del 1907; la scarsa applicazione pratica⁶⁶⁸; gli orientamenti restrittivi di giurisprudenza e dottrina⁶⁶⁹.

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, dalle massime elaborate dalla giurisprudenza pressoché costante⁶⁷⁰ si ricava che l'unica forma di intervento conciliabile con la particolare struttura⁶⁷¹ del processo amministrativo (processo impugnatorio) e con la perentorietà dei

⁶⁶⁴ Vedi sulla distinzione tra parti necessarie e parti eventuali, tra parti principali e parti accessorie V. DOMENICHELLI, *Le parti del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3274.

⁶⁶⁵ Cfr., sul rapporto tra la figura del cointeressato e il litisconsorzio facoltativo V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 620 e ss.

⁶⁶⁶ Vedi sul tema Così M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Cedam, Padova, II ed., 2003, p. 203.

⁶⁶⁷ Cfr., a questo proposito L. COSSU, voce *Litisconsorzio II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, vol. XIX, p. 3.

⁶⁶⁸ Cfr., E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, op. cit., p. 116 e ss.; F. LUBRANO, *L'intervento nel processo amministrativo*, Roma, 1988, p. 55, sull'utilizzazione sempre più frequente di questo istituto nell'ambito degli interessi diffusi e collettivi da ordini professionali e associazioni di categoria o ambientaliste.

⁶⁶⁹ Cfr., per considerazioni critiche A. TIGANO, voce *Intervento nel processo II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1988, p. 1.

⁶⁷⁰ Vedi però Consiglio di Stato, sez. IV, 17 gennaio 1978, n. 13, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 24, in cui non si esclude in linea di principio l'operatività di forme di intervento previste dall'art. 105 c.p.c.

⁶⁷¹ Ammettere l'intervento principale e litisconsortile equivale ad ammettere che altri soggetti, a parte il ricorrente principale e quello incidentale, possono definire la materia del contendere. Cfr., L. MIGLIORINI, voce *Parti III) Diritto processuale amministrativo*, vol. XXII, Roma, 1988, p. 6.

termini per impugnare il provvedimento, sarebbe l'intervento adesivo dipendente *ad adiuvandum* o *ad opponendum*, e cioè l'intervento a sostegno delle ragioni di una delle due parti, a differenza che nel processo civile dove è ipotizzabile l'intervento principale e quello litisconsortile⁶⁷², laddove rispettivamente l'interveniente faccia valere un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo nei confronti di entrambe le parti del processo, oppure nei confronti di una sola delle due⁶⁷³. In questi casi, in particolare, la legittimazione dell'interveniente è parificata a quella delle parti principali in quanto l'interesse vantato, seppur connesso o dipendente, è comunque autonomo. Nel caso dell'intervento adesivo dipendente, invece, l'interesse vantato è accessorio alla pretesa principale: chi insomma ha titolo per proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento già impugnato non può giovare dell'intervento⁶⁷⁴: pertanto, nel caso in cui non siano ancora scaduti i termini, l'atto di intervento, ricorrendone i presupposti, può essere convertito in autonomo ricorso⁶⁷⁵. Quest'ultima ipotesi configura non tanto un'eccezione alla regola generale, quanto piuttosto una particolarità legata alla circostanza che, pendente il termine per impugnare, l'atto di intervento contiene in sé tutti gli elementi costitutivi del ricorso principale⁶⁷⁶.

Sembra peraltro ammesso l'intervento da parte del cointeressato anche scaduto il termine per impugnare autonomamente, purché in questo caso egli si limiti a sostenere le censure dedotte dal ricorrente principale⁶⁷⁷: tale soggetto, in definitiva, non interviene più in giudizio in qualità di parte, ma in qualità di semplice interveniente *ad adiuvandum*⁶⁷⁸.

Senonché, anche nel processo amministrativo è ipotizzabile l'intervento adesivo autonomo almeno in due casi: il primo consiste nelle materie di giurisdizione esclusiva, dovendosi ritenere applicabili le disposizioni del codice di rito; il secondo consiste nell'intervento in giudizio del controinteressato in senso sostanziale (non il pretermesso in senso formale), in quanto titolare di un interesse autonomo al mantenimento dell'atto impugnato⁶⁷⁹.

Il litisconsorte formale pretermesso, invece, essendo una parte necessaria del giudizio, può solo impropriamente utilizzare lo strumento dell'intervento *ad opponendum*, disponendo infatti di tutti i poteri riconosciuti alle parti: il suo, insomma, è un tipo di intervento particolare, detto litisconsortile, proprio perché mira all'integrazione del contraddittorio⁶⁸⁰. In questo senso, l'interventore vero e proprio è quello a cui è estensibile il contraddittorio ma non i poteri processuali delle parti in assoluto. Così, se è escluso che l'interveniente possa disporre del rapporto processuale (non proponibilità di motivi aggiunti, dell'appello, irrilevanza della sua posizione rispetto alla rinuncia) o compiere atti che pregiudicano la parte adiuvata (es. querela di falso), certamente egli può compiere importanti attività processuali (domanda di fissazione dell'udienza, allegazione di prove) che soddisfino in via mediata la sua pretesa⁶⁸¹.

⁶⁷² L'intervento litisconsortile è anche detto adesivo autonomo.

⁶⁷³ vedi a questo proposito L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 80.

⁶⁷⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, 25 maggio 1982, n. 305, in *Consiglio di Stato*, 1982, I, 649; sez. IV, 14 aprile 1981, n. 340, *ivi*, I, 387; sez. IV, 13 maggio 1980, n. 526, *ivi*, I, 658.

⁶⁷⁵ Così M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Cedam, Padova, II ed., 2003, p. 201.

⁶⁷⁶ Ancora sul punto F. LUBRANO, *L'intervento nel processo amministrativo*, Roma, 1988, p. 47.

⁶⁷⁷ Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 6 luglio 1978, n. 88, in *Consiglio di Stato*, 1979, I, 1187.

⁶⁷⁸ Cfr., su punto F. LUBRANO, *L'intervento nel processo amministrativo*, Roma, 1988, p. 45.

⁶⁷⁹ Ancora sul punto L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 79, nota 5.

⁶⁸⁰ Cfr., a questo proposito V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 627: il controinteressato formale "non è terzo, bensì contraddittore necessario, nei cui confronti cioè si sarebbe dovuto notificare il ricorso. Egli non può essere perciò considerato terzo per il solo fatto che gli sia stata omessa la notifica del ricorso. Il suo intervento è quindi tale solo formalmente ed è perciò improprio, perché equivale alla costituzione in giudizio dei controinteressati".

⁶⁸¹ Cfr., a questo proposito V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 629.

Una conferma in tal senso proviene dalla giurisprudenza⁶⁸² stessa, decisamente aperta ad una differenziazione dell'intervento *ad adiuvandum* e di quello *ad opponendum*⁶⁸³: mentre il primo resterebbe confinato nel suo carattere accessorio, sembra che il secondo possa atteggiarsi in diverso modo qualora l'amministrazione non difendesse adeguatamente il provvedimento impugnato: così, in caso di rinuncia, di acquiescenza o di una situazione di disinteressamento, l'interveniente potrebbe addirittura surrogare l'amministrazione⁶⁸⁴. Ma, anche al di là di questi casi estremi, l'interveniente *ad opponendum* non è in linea di massima condizionato alla linea di condotta della pubblica amministrazione resistente e dei controinteressati, né ne subisce le conseguenze sfavorevoli (es. in tema di rinuncia).

In sintesi, l'unico interesse che legittima all'intervento adesivo dipendente è un interesse individualizzato, anche di fatto, purché dipendente o accessorio, indirettamente leso ma non ipotetico⁶⁸⁵, destinato a risentire un concreto vantaggio dalla decisione⁶⁸⁶.

Trattando ora più specificamente dei poteri e delle funzioni dell'interveniente, si deve rilevare che il criterio guida consiste nella distinzione tra atti dispositivi e atti processuali, fermo restando il principio generale (valido per tutte le parti, necessarie e non) di opponibilità degli atti già compiuti (sia istruttori che decisionali) a chi interviene a processo inoltrato.

Certamente dispositivi e quindi preclusi all'interveniente i poteri di proposizione di nuovi censure e motivi aggiunti; il potere di impedire l'estinzione; il potere di chiedere la sospensione del provvedimento impugnato; si dubita invece in dottrina del potere di sollevare questioni di legittimità costituzionale, essendo rilevabili anche d'ufficio; ancora da escludere la proponibilità dell'appello, anche se l'acquisto della qualità di parte nel primo grado del giudizio è fonte dell'obbligo della regolare instaurazione del contraddittorio⁶⁸⁷.

Al contrario, tutto ciò che costituisce attività fiancheggiatrice (presentazione di istanze istruttorie, di memorie e documenti) rientra nei poteri dell'interveniente.

Ultimo profilo da analizzare concerne il procedimento di intervento, pienamente ispirato al principio del contraddittorio. Gli artt. 37 del regolamento di procedura del 1907 e 23 della legge T.A.R. prevedono che l'atto di intervento, contenente le ragioni con la produzione degli elementi giustificativi, venga notificato alle parti nel domicilio di elezione e all'autorità che ha adottato l'atto impugnato: il riferimento al domicilio d'elezione è tutt'altro che casuale, dovendosi ritenere infatti che destinatari della decisione siano solo le parti costituite in giudizio. Dopodiché, l'atto deve essere depositato presso la Segreteria dell'organo giurisdizionale, in modo da consentire anche alle altre parti del giudizio di formulare le controdeduzioni, tramite il deposito di memorie e documenti.

Nel caso in cui l'interveniente non ottemperi esattamente all'obbligo delle notificazioni, l'integrazione del contraddittorio non può essere disposta dall'ufficio: semmai, prima che inizi la fase della trattazione della causa l'interveniente può eseguire spontaneamente le notificazioni e rinnovare così il suo atto d'intervento⁶⁸⁸.

⁶⁸² Consiglio di Stato, sez. V, 26 ottobre 1976, n. 1319, in *Consiglio di Stato*, 1976, I, 1050, e Consiglio di Stato, sez. IV, 27 agosto 1982, n. 575, *ivi*, 1982, I, 1066.

⁶⁸³ Cfr., sul punto M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Cedam, Padova, II ed., 2003, p. 201.

⁶⁸⁴ Concorda in quest'ultimo senso L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 83.

⁶⁸⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 17 ottobre 1975, n. 468, in *Consiglio di Stato*, 1975, I, 1133.

⁶⁸⁶ Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 1984, n. 534, in *Consiglio di Stato*, 1984, I, 834.

⁶⁸⁷ Decisamente in questo senso F. LUBRANO, *L'intervento nel processo amministrativo*, Roma, 1988, p. 93.

⁶⁸⁸ Cfr., per ampie considerazioni in tema di procedimento d'intervento, poteri e funzioni dell'interveniente F. LUBRANO, *L'intervento nel processo amministrativo*, Roma, 1988, p. 99 e ss.; vedi sul punto anche A. TIGANO, voce *Intervento nel processo II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1988, p. 6 e ss.

4.6. L'EVOLUZIONE DELLA FIGURA DEL LEGITTIMO CONTRADDITTORE NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO.

Sebbene l'art. 21 della legge T.A.R. non lasci adito a perplessità interpretative in ordine alla necessità della sola notificazione ai controinteressati in senso formale, oltre che ovviamente all'amministrazione, si registra tuttavia un certo disagio da parte di quella dottrina e giurisprudenza più aperte agli influssi provenienti dal diritto internazionale e comunitario e più accorte sotto il profilo dell'attuazione dei principi affermati nella nostra Costituzione⁶⁸⁹.

Infatti, quando l'art. 111 cost. dispone al secondo comma che "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale", evidentemente intende proclamare e riaffermare insieme un principio generale la cui efficacia (intesa qui come raggiungimento sostanziale di quello scopo in cui si rinviene la ragione stessa dell'esistenza della norma) deve essere realizzata a tutti i livelli e in tutte le forme possibili.

Indubbiamente la realizzazione di un progetto tanto ambizioso rappresenta "una nuova sorta di sfida per il modello attuale del processo amministrativo"⁶⁹⁰, a tutt'oggi ancorato alle categorie tradizionali delle figure processuali e ad un criterio formale dell'atto che impedisce l'estensione della dimensione soggettiva del processo amministrativo.

Nel tentativo di superamento di questa impostazione tradizionale⁶⁹¹, certamente le figure che ne hanno tratto più giovamento sono quelle dell'interveniente (la legittimazione all'intervento è riconosciuta anche per il mero interesse di fatto) e del controinteressato in senso sostanziale⁶⁹².

Dalla puntuale applicazione del principio del pieno e paritario contraddittorio al processo amministrativo emerge pertanto la necessità di ripensare la categoria tradizionale del legittimo contraddittore soprattutto nella giurisdizione esclusiva, ma anche nel giudizio di legittimità.

Forse la complessità dei moduli procedurali, forse l'operare del principio di effettività del diritto comunitario, hanno infatti determinato una riflessione su quella particolare posizione di cui è titolare il "terzo" nei confronti del ricorrente e del resistente in giudizio. Più esattamente si tratta di quella situazione giuridica soggettiva autonoma ed incompatibile sia con la situazione vantata dal ricorrente che con quella vantata dal resistente, e che legittima secondo la giurisprudenza all'intervento, ma anche all'appello e all'opposizione di terzo.

Da questa sostanziale differenziazione dell'interesse vantato discende propriamente l'impossibilità di riconduzione della partecipazione processuale del terzo in alcuna delle tradizionali figure: in questo caso, infatti, il "terzo" non può essere assimilato al cointeressato, né al controinteressato formale, né tanto meno ad un semplice interveniente adesivo dipendente. Ma, se così stanno le cose, è giocoforza ammettere che almeno nei confronti di questa particolare figura il principio del contraddittorio, inteso come possibilità reale per le parti di incidere sul contenuto della sentenza, non riceve attualmente affatto attuazione.

⁶⁸⁹ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., p. 118 e ss.

⁶⁹⁰ Cfr., le ampie considerazioni critiche di TRAVI, *L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo*, nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 20 maggio 1996, n. 655, in *Foro italiano*, 1997, III, c. 22 e ss. peraltro già M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Foro italiano*, 1985, V, 121 e ss., riconosceva che la protezione dei terzi è uno dei punti cardinali del processo amministrativo.

⁶⁹¹ Cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 28 maggio 1997, n. 582, in *Foro italiano*, 1998, III, c. 6; sez. V, 6 maggio 1997, n. 456, *in v.*; Adunanza plenaria, 24 luglio 1997, n. 15, in *Foro italiano*, 1997, III, c. 574.

⁶⁹² "Anche la figura del controinteressato ha conosciuto una maggiore estensione alla luce del nuovo orientamento "sostanzialista". Sia pure ancora sporadicamente, la giurisprudenza ha aperto, infatti, alcuni spiragli per una "dequotazione" dell'elemento formale della individuazione o della facile individuabilità nel provvedimento impugnato, ricomprendendo tra le parti necessarie anche i controinteressati in senso solo sostanziale. Così M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Cedam, Padova, II ed., 2003, p. 205.

Si pensi ad esempio, all'interno del nostro ordinamento giuridico, all'impossibilità, ormai generalizzata alla maggior parte dei procedimenti amministrativi, di ricondurre l'azione amministrativa entro quella struttura tradizionale "bipolare" che vedeva contrapposti privati da una parte e pubblica amministrazione dall'altra. Attualmente, invece, non si può fare a meno di constatare che la complessità procedimentale pone la giurisprudenza di fronte alla necessità di garantire le posizioni sostanziali di una molteplicità di soggetti toccati in modi diversi dall'azione amministrativa⁶⁹³.

E, tale situazione, si esprime maggiormente in tutta la sua drammaticità se raffrontata con le esperienze di altri ordinamenti giuridici e, in particolare, con quello comunitario, dove per l'appunto la giurisprudenza è aperta assolutamente a concezioni "sostanzialistiche" di tutela, di modo che il profilo processuale possa rimediare laddove il profilo procedimentale ha fallito.

In questa prospettiva, pertanto, sarebbe auspicabile un progressivo ampliamento dei confini della giurisdizione esclusiva e una ponderata applicazione del c.p.c. anche al processo amministrativo: così, per cominciare, "potrebbe essere valorizzato l'intervento c.d. *iussu iudicis*, anche se non espressamente previsto nel processo amministrativo. Esso soddisfa, infatti, sia il principio dell'economia processuale, dato che consente di chiarire e definire sin da principio i rapporti con i vari soggetti interessati; sia il principio del contraddittorio in quanto dà la possibilità di tutelare anche quegli interessi che, altrimenti, per la mancanza dei caratteri richiesti ai fini del litisconsorzio, resterebbero esclusi da un'immediata tutela"⁶⁹⁴.

5. GLI ATTI DEL GIUDIZIO.

5.1. IL RICORSO.

Il ricorso giurisdizionale rappresenta un momento fondamentale nell'ambito della giustizia amministrativa in quanto costituisce un elemento giuridico di contatto tra la fase provvedimentale e la fase processuale: infatti, ai sensi dell'art. 3, comma, IV, della legge 241/1990, ogni atto amministrativo notificato al destinatario deve contenere l'indicazione del termine e dell'autorità cui è possibile ricorrere⁶⁹⁵.

Certamente è escluso allo stato attuale del nostro diritto positivo che il ricorso introduttivo del giudizio amministrativo possa consistere in un momento di vero e proprio raccordo giuridico tra le due predette fasi⁶⁹⁶, ma nondimeno il rilievo è importante per determinare la portata e l'effettività del diritto di difesa e più in generale del rispetto del contraddittorio nella dinamica procedimentale intesa in senso lato⁶⁹⁷.

Se a pena di nullità il ricorso deve indicare il tribunale adito per consentire alle parti intimiate di costituirsi presso il giudice nella cui segreteria è stato depositato il ricorso stesso⁶⁹⁸, si è ritenuto ragionevolmente che la costituzione dell'amministrazione resistente e dei controinteressati renda irrilevante la mancata indicazione del tribunale⁶⁹⁹; nel caso poi si tratti

⁶⁹³ Con formula molto efficace SCHMIDT-ASSMAN ha definito il fenomeno come "difesa giuridica poligonale o multilaterale"; l'espressione è riportata da CORLETTI, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1993, p. 174, nota 116.

⁶⁹⁴ Così, M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, cit. p. 210.

⁶⁹⁵ Consiglio di stato, Adunanza plenaria, 14 febbraio 2001, n. 1 e sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5714 hanno stabilito che la mancata indicazione dell'autorità cui ricorrere non implica automaticamente la rimessione in termini per errore scusabile laddove comunque non vi sia incertezza assoluta sugli strumenti di tutela.

⁶⁹⁶ Auspicava un raccordo giuridico tra le fasi sostanziale, provvedimentale e processuale ai fini di un'attuazione globale del principio del contraddittorio GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971.

⁶⁹⁷ Per ampie considerazioni generali v. E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., p. 211 e ss.

⁶⁹⁸ Consiglio di stato, V, 25 marzo 1977, n. 229; T.A.R. Lazio, sez. II, 9 luglio 1975, n. 260.

⁶⁹⁹ Cfr., l'art. 156 c.p.c.: "la nullità non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato, salvi i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione" (ad esempio la sanatoria non è estesa alla decadenza). Cfr., D. M. TRAINA, *Lo svolgimento del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3305.

di un tribunale con sedi staccate, la mancata indicazione della sede o del capoluogo non è motivo di nullità, essendo possibile una rinnovazione della notifica alle parti su ordine del giudice; d'altronde, anche laddove il giudice non ordinasse la rinnovazione della notifica sarebbe abbastanza agevole per le parti intimare venire a conoscenza della segreteria presso cui il ricorso sia stato depositato, avendo ogni tribunale una sola sede staccata⁷⁰⁰.

Ai fini della valida instaurazione del rapporto processuale il ricorso deve contenere l'indicazione delle parti ricorrenti e di quelle intimare; non è elemento di nullità la mancata indicazione di un elemento descrittivo (es. nome, residenza o domicilio) qualora non vi sia incertezza assoluta sull'identità della parte⁷⁰¹. Nel ricorso deve essere indicato anche il domicilio eletto presso la sede o il capoluogo nella cui segreteria si vuole che siano effettuate le comunicazioni; in mancanza, si intende eletto il domicilio presso il capoluogo o la sede nella cui segreteria sono effettuate le comunicazioni e le notifiche degli atti delle controparti⁷⁰².

Il ricorso deve poi contenere l'indicazione dell'atto amministrativo che si impugna e della data di notifica, l'esposizione sommaria dei fatti e dei motivi⁷⁰³ per i quali si richiede la tutela giurisdizionale, nonché le disposizioni normative che si intendono violate⁷⁰⁴ e le relative conclusioni.

Va al riguardo osservato, tuttavia, che in forza del recente art. 21 octies della legge n. 241 del 1990, non tutte le ipotesi di vizi del provvedimento danno luogo ad altrettante pronunce di illegittimità dello stesso, restando infatti in tali casi escluso l'annullamento da parte del giudice amministrativo⁷⁰⁵.

Particolare importanza riveste l'esposizione specifica e puntuale dei motivi⁷⁰⁶, fermo restando la possibilità di proporre successivamente i c.d. motivi aggiunti⁷⁰⁷ in deroga al principio in base al quale il *thema decidendum* è determinato dal complesso dei motivi notificati entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione o dalla conoscenza dell'atto impugnato. Naturalmente, presupposto della proposizione degli ulteriori vizi di legittimità è la tardiva conoscenza del provvedimento o degli atti del procedimento per causa non imputabile al ricorrente. Molto interessante è inoltre l'art. 21 della legge T.A.R. così come modificato dall'art. 1 della legge 205/2000, nella misura in cui sono impugnabili mediante proposizione di motivi aggiunti tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso⁷⁰⁸. Anche in grado di appello sono proponibili motivi aggiunti in parziale deroga del divieto della domanda nuova in appello, nei limiti in cui essi non sono stati proposti in primo grado per fatto imputabile all'amministrazione resistente.

Parzialmente diversa, invece, la disciplina dei motivi aggiunti cd integrativi, in quanto vengono proposti prima che il ricorso principale venga depositato. In tale caso sarebbe più esatto parlare di ricorso integrativo, ovvero di ricorso formalmente separato ma sostanzialmente parte integrante del ricorso principale.

⁷⁰⁰ Vedi per la procedura V. CAIANIELLO, voce *Ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, p. 5.

⁷⁰¹ Consiglio di stato, V, 24 maggio 1958, n. 328; sez. IV, 14 novembre 1978, n. 989; sez. V, 28 febbraio 1987, n.144; sez. V, 24 marzo 1937, n. 364; Cons. giust. amm. sic., 28 ottobre 1966, n. 514.

⁷⁰² T.A.R. Toscana, 12 ottobre 1979, n. 860; T.A.R. Veneto, 22 gennaio 1989, n. 99; T.A.R. Calabria Catanzaro, 21 aprile 1999, n. 481.

⁷⁰³ L'esposizione dei motivi per quanto sommaria e sintetica non deve però mai atteggiarsi in modo generico. Sul punto D. M. TRAINA, *Lo svolgimento del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 3307.

⁷⁰⁴ Consiglio di stato, VI, 14 novembre 1997, n. 1279; T.A.R. Lazio, sez. II, 10 dicembre 1997, n. 1961.

⁷⁰⁵ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., p. 227.

⁷⁰⁶ Sul tema dei motivi, V. DOMENICHELLI, *I motivi del ricorso: un ritorno alla giurisdizione oggettiva*, in *Le regioni*, 1975, 799. sulla inammissibilità delle censure formulate con memoria depositata in prossimità dell'udienza di trattazione della causa vedi Consiglio di stato, sez. IV, 3 giugno 1996, n. 720.

⁷⁰⁷ Sul tema dei motivi aggiunti vedi E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., p. 238; MIGNONE, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova, 1984; CAIANIELLO, voce *Motivi aggiunti (nel giudizio amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XX, Roma, 1990.

⁷⁰⁸ Cfr., le considerazioni di V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 639.

Essenziale, ai fini dell'ammissibilità della successiva proposizione, è pur sempre la notificazione all'amministrazione e ai controinteressati⁷⁰⁹.

Ultimo elemento costitutivo del ricorso consiste nella sua sottoscrizione ad opera del ricorrente e del avvocato⁷¹⁰, o solo di quest'ultimo se munito di mandato speciale; intervenuta sul punto, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha stabilito che ai fini della validità del ricorso è necessaria la sottoscrizione di entrambi sul solo originale, mentre sulla copia notificata è possibile apporre la clausola "firmato" con l'indicazione che le firme sono presenti sull'originale⁷¹¹.

Ulteriori profili da analizzare consistono nel termine per la proposizione del ricorso e nelle forme della notificazione.

Sotto il primo aspetto, l'art. 21 della legge T.A.R., così come modificato dalla legge 205/2000, dispone che il ricorso vada notificato entro il termine di sessanta giorni da quello in cui l'interessato abbia ricevuto la notifica dell'atto o ne abbia comunque avuto conoscenza e, per gli atti per i quali non è prevista notifica individuale, dalla scadenza del termine previsto per la pubblicazione⁷¹².

Più recentemente, tuttavia, si è affermata la tendenza del legislatore a dimezzare tutti i termini processuali: l'art. 4 della legge n. 205/2000 introducendo l'art. 23 *bis*, comma II nella legge T.A.R. ha previsto che per determinati tipi di provvedimento (procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità) i termini processuali siano ridotti alla metà, eccetto quelli per la proposizione del ricorso⁷¹³.

Sotto il secondo aspetto, a norma dell'art. 21 della legge T.A.R., il ricorso deve essere notificato all'organo che ha emesso l'atto impugnato e ai controinteressati cui l'atto direttamente si riferisce. Circa il luogo della notificazione, per l'amministrazione dello stato va effettuata presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato ove ha sede il tribunale o la sede staccata; per gli enti pubblici diversi dallo Stato presso l'ente che ne ha la rappresentanza legale; per le persone giuridiche private presso il rappresentante legale o, in mancanza, presso un addetto alla sede; per le persone fisiche presso la residenza, il domicilio o la dimora, nelle mani proprie o a persone indicate dalla legge, pena la nullità della notificazione, salvo ovviamente l'effetto sanante della spontanea costituzione in giudizio ove la notificazione non risulti inesistente⁷¹⁴. Interessante è il caso relativo alla notificazione del ricorso in materia di accesso alla documentazione amministrativa; secondo un primo orientamento, trattandosi di esercizio di un diritto soggettivo il ricorso non doveva essere notificato al controinteressato; secondo altro orientamento, invece, trattandosi di interesse legittimo il ricorso andava notificato secondo le regole ordinarie. Sul punto è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, stabilendo che la notificazione al controinteressato era necessaria a pena di inammissibilità del ricorso stesso⁷¹⁵.

La notifica deve essere effettuata dagli agenti notificatori⁷¹⁶ individuati nel regolamento del 1907, e cioè ufficiali giudiziari e messi comunali; la relazione della notificazione, redatta in doppio originale, deve essere datata e sottoscritta⁷¹⁷. Salvo che l'autorità giudiziaria stabilisca

⁷⁰⁹ Consiglio di Stato, sez. IV, 5 luglio 1994, n. 537; 20 maggio 1996, n. 667.

⁷¹⁰ Nel caso l'originale sia sottoscritto dal solo difensore e la procura sia apposta a margine non in calce al ricorso, stante l'inattendibilità della data, si ritiene il ricorso inammissibile. Così Consiglio di Stato, sez. VI, 31 marzo 1967, n. 206.

⁷¹¹ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 maggio 1968, n. 10.

⁷¹² Vedi D. M. TRAINA, *Lo svolgimento del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3309.

⁷¹³ Cfr., le considerazioni di V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, p. 651.

⁷¹⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, 10 settembre 1991, n. 710; sez. V, 8 aprile 1999, n. 393.

⁷¹⁵ Vedi l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, sez. VI, 25 marzo 1999, n. 332 e la decisione dell'Adunanza, 24 giugno 1999, n. 16.

⁷¹⁶ Cfr., sul punto L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 117.

⁷¹⁷ La mancanza della sottoscrizione imputabile al destinatario rimette in termini il ricorrente al momento della rinnovazione della notifica. Così Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 10 giugno 1980, n. 23.

che la notificazione deve essere effettuata personalmente, è possibile la notificazione a mezzo del servizio postale. In caso di irreperibilità dei destinatari si applicano le norme dettate dall'art. 9 del regolamento predetto e dall'art. 140 c.p.c. Più recentemente l'art. 12 della legge 205/2000, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., prevede la notifica con qualunque mezzo idoneo, compresi telefax e via telematica.

A norma dell'art. 21 della legge T.A.R. è possibile un'integrazione delle notifiche su ordine del giudice, che deve indicare le persone cui il ricorso deve essere notificato, ove ne sia il caso anche per pubblici proclami, nonché il termine perentorio entro cui effettuarsi la notificazione⁷¹⁸ ai fini della completezza del contraddittorio.

5.2. IL RICORSO COLLETTIVO.

Il ricorso collettivo rappresenta una forma di litisconsorzio facoltativo dal lato attivo, in quanto con un unico atto di ricorso si propongono più azioni da parte di una pluralità di soggetti (parti eventuali del giudizio)⁷¹⁹ contro lo stesso atto o contro atti diversi aventi uguale contenuto (in quest'ultimo caso in realtà si versa nell'ipotesi del ricorso collettivo-cumulativo)⁷²⁰. Il ricorso collettivo, quindi, integra gli estremi del cumulo soggettivo. Condizione di ammissibilità del ricorso collettivo è il rapporto di identità fra le diverse domande, identità risultante dalla comunanza di almeno tre elementi: l'oggetto del provvedimento impugnato, l'interesse a ricorrere e l'interesse sostanziale che legittima la pretesa⁷²¹. Con riguardo a quest'ultimo punto, la giurisprudenza ha però stabilito che gli interessi sostanziali dedotti in giudizio non devono dar luogo a situazioni di conflitto o di interferenza⁷²², pur essendo possibile una loro differenziazione o autonomia sul piano ontologico⁷²³.

Fermo restando l'identità di questi tre elementi, le posizioni giuridiche dei singoli proponenti non si comunicano tra di loro: così, nell'eventualità che il ricorso di un proponente sia irricevibile o inammissibile, non è escluso che possa giungersi ad una pronuncia nel merito relativamente alle altre domande proposte⁷²⁴. Inoltre, ciascuno dei ricorrenti ha la disponibilità della propria domanda, potendo così autonomamente decidere di proseguire o invece rinunciare⁷²⁵.

Del tutto distinta è invece l'ipotesi dei più ricorsi proposti nella pendenza del termine da uno stesso soggetto nei confronti dello stesso provvedimento amministrativo: i ricorsi, che danno vita a tanti distinti rapporti processuali, non devono però avere in comune i motivi di censura dell'atto impugnato a pena di inammissibilità⁷²⁶.

Nel caso i più ricorsi siano stati proposti separatamente, è possibile una successiva riunione degli stessi ad istanza di parte e udite le altre parti oppure disposta d'ufficio dal giudice⁷²⁷.

⁷¹⁸ Consiglio di Stato, sez. IV, 18 luglio 1951, 512; sez. V, 22 aprile 1961, n. 154.

⁷¹⁹ Cfr., L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 77.

⁷²⁰ Cfr., D. M. TRAINA, *Lo svolgimento del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3307.

⁷²¹ L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 78.

⁷²² Consiglio di Stato, sez. V, 11 aprile 1991, n. 523 ha escluso il contrasto di interessi di più aspiranti al medesimo incarico: in questo caso, infatti, più che di conflitto giuridico si deve parlare di competizione pratica, fermo restando l'identità dell'interesse sostanziale alla regolarità delle procedure concorsuali. Secondo Consiglio di Stato, sez. IV, 17 luglio 2000, n. 39

27, il conflitto o l'interferenza possono verificarsi anche in giudizio, dando luogo all'improcedibilità del ricorso.

⁷²³ Consiglio di Stato, sez. V, 8 settembre 1995, n. 1298; sull'ammissibilità del ricorso collettivo anche quando gli interessi sostanziali dei proponenti non siano del tutto identici: T.A.R. Liguria, sez. I, 20 dicembre 1999, n. 557.

⁷²⁴ T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 22 luglio 1999, n. 509.

⁷²⁵ Cfr., D. M. TRAINA, *Lo svolgimento del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 3307.

⁷²⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, 3 febbraio 1965, n. 118.

⁷²⁷ Così, L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 78.

Con la recente introduzione, anche nel processo amministrativo, delle cd class actions (legge n. 244/2007), il ricorso collettivo potrebbe essere sostituito, almeno in alcune materie (tariffe e tasse), dall'azione esercitata dalle associazioni in nome e per conto degli interessi dei consumatori e degli utenti di un pubblico servizio, senza necessità dell'azione esercitata in proprio, anche se di tipo collettivo⁷²⁸.

5.3. IL RICORSO CUMULATIVO.

Il ricorso cumulativo integra gli estremi di un cumulo oggettivo, un cumulo cioè di più azioni che possono essere proposte da un soggetto o anche da più soggetti: in quest'ultimo caso si parla di ricorso collettivo-cumulativo⁷²⁹.

Nel diritto processuale civile il cumulo oggettivo in senso proprio si realizza quando contro una stessa parte e nel medesimo processo si può proporre una pluralità di domande anche non connesse; nel diritto processuale amministrativo, invece, la giurisprudenza si è attestata su una diversa posizione: essendo il cumulo oggettivo fonte di confusione, in quanto nello stesso processo si deve trattare di cause del tutto diverse tra di loro, si ritiene ammissibile il solo ricorso che cumuli domande connesse in modo logico e funzionale⁷³⁰. Quindi, è ben possibile impugnare provvedimenti diversi, ma in qualche modo sempre legati da un rapporto di connessione⁷³¹, per il titolo (e allora il ricorso cumulativo si dice proprio) ovvero per l'esistenza di un legame di illegittimità derivata (e allora il ricorso cumulativo si dice improprio)⁷³².

Si tratta tuttavia di una soluzione che non convince del tutto da un punto di vista logico-razionale: se infatti è possibile per il giudice riunire più cause proposte dallo stesso soggetto contro atti diversi anche non connessi, perché dovrebbe essere impedito *ab initio* al ricorrente di proporre ricorso cumulativo contro atti diversi e non connessi?

Ancora oggi la posizione della giurisprudenza sul punto non è mutata, anche se si possono rilevare importanti aperture: il rapporto di connessione, infatti, non va valutato in senso formalistico, ma in senso sostanziale. Da qui l'ammissibilità di un ricorso che cumuli diverse domande proposte contro diversi atti che però riguardano lo stesso rapporto giuridico, la stessa sequenza procedimentale o la preordinazione funzionale⁷³³.

Nel caso manchi la connessione tra i diversi atti impugnati e prima di pronunciare l'inammissibilità dell'intero ricorso si ritiene in giurisprudenza che il giudice possa comunque procedere alla trattazione e decisione della causa principale, anche se non è stato ancora individuato il criterio guida per determinare una scelta di valore tra le più domande proposte⁷³⁴.

Rientra poi nell'ipotesi del ricorso cumulativo anche il ricorso con pluralità di motivi, cioè il caso in cui, pur essendo unico il *petitum* (la richiesta di tutela in rapporto all'asserito pregiudizio), vi siano più *causae petendi*, cioè la deduzione di diverse censure di illegittimità del provvedimento.

⁷²⁸ E. PICOZZA, Il processo amministrativo, cit., p. 236.

⁷²⁹ Cfr., V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 644.

⁷³⁰ T.A.R. Molise, 17 ottobre 1989, n. 229 e Consiglio di Stato, sez. V, 1 febbraio 1989, n. 82; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 9 dicembre 1982, n. 376.

⁷³¹ V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., p. 645.

⁷³² E. PICOZZA, Il processo amministrativo, cit., p. 237.

⁷³³ Consiglio di Stato, sez. VI, 9 settembre 1992, n. 639; 14 ottobre 1992, n. 781.

⁷³⁴ Per una critica su questo orientamento della giurisprudenza vedi A. TROCCOLI, *In tema di impugnativa di più atti amministrativi con un unico ricorso*, in *Foro amministrativo*, 1964, II, p. 43. per una giurisprudenza sul punto Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 1972, n. 304, in *Foro amministrativo*, 1972, I, p. 819; Consiglio di Stato, sez. VI, 30 maggio 1972, n. 272, *ivi*, 701.

5.4. IL CONTRORICORSO E LE DIFESE IN GENERALE.

Il controricorso è sostanzialmente la prima difesa⁷³⁵ proposta dalla controparte al momento della sua costituzione in giudizio, che può realizzarsi nel termine meramente ordinatorio di venti giorni dalla data del deposito del ricorso principale. A differenza del ricorso incidentale e dell'atto d'intervento, il controricorso e le memorie difensive in genere non necessitano di notificazione alle altre parti del giudizio, così "costringendole" evidentemente ad un continuo sforzo informativo presso la segreteria del giudice adito in cui debbono essere depositate. Né, d'altra parte, esiste un obbligo a carico della segreteria di comunicare il deposito in questione⁷³⁶.

Le controparti intime e gli intervenienti che decidono di costituirsi in giudizio possono tenere diversi comportamenti processuali in relazione alla strategia difensiva prescelta⁷³⁷.

Una prima modalità di reazione può consistere nella proposizione di semplici difese, le quali si risolvono nella contestazione in fatto o in diritto di quanto affermato dal ricorrente nel ricorso principale. Naturalmente, la contestazione non consiste nella pura negazione, ma nella capacità di convincere il giudice della verità del contrario.

Speculare alla semplice difesa è invece la proposizione di una vera e propria domanda contenuta nel ricorso incidentale.

Attività difensiva decisamente più interessante è rappresentata dalle eccezioni, attraverso le quali l'oggetto del giudizio risulta sicuramente arricchito, nel senso che la controparte eccepisce il fatto estintivo, modificativo o impeditivo della fattispecie su cui il ricorrente pretende di fondare la sua pretesa sostanziale, ma non risulta certo ampliato: la determinazione dell'oggetto del giudizio è in questo caso corrispondente a quella fissata dal ricorrente nell'atto introduttivo del giudizio⁷³⁸.

L'eccezione, infatti, non è minimamente paragonabile ad una domanda, rappresentando piuttosto una modalità processuale di contraddizione nel senso proprio del termine: un tentativo quindi di contrastare l'altrui pretesa eliminandone il fondamento stesso⁷³⁹.

Nell'ambito delle eccezioni, si distinguono tradizionalmente quelle in senso stretto (*exceptiones iuris*), come tali rilevabili dal giudice solo su istanza di parte, e le eccezioni in senso lato (*exceptiones facti*), rilevabili anche dal giudice d'ufficio.

Peraltro, nel diritto processuale amministrativo e, soprattutto nel giudizio di legittimità, nemmeno si distingue tra le due categorie, essendo rari i casi in cui il giudice non possa rilevare d'ufficio i fatti estintivi, modificativi o impeditivi della fattispecie. Comunque sia, a prescindere da questo, la qualificazione non cambia: l'eccezione è comunque espressione del diritto di difesa e del potere di contraddizione, solo che nell'un caso l'onere è "ripartito" per così dire tra parte e giudice, nell'altro caso invece l'onere grava soltanto sulla parte che ha interesse alla rilevazione⁷⁴⁰.

Una parte della dottrina ritiene, ad esempio, che eccezioni rilevabili solo su istanza di parte siano le eccezioni che riguardano la rinuncia al ricorso, l'acquiescenza al provvedimento impugnabile, la transazione intervenuta tra le parti sui motivi di ricorso, almeno per due ordini di motivi: in primo luogo per la necessità di riservare all'amministrazione e ai controinteressati l'opportunità di valorizzare o meno tali fatti in giudizio; in secondo luogo perché nessuna norma lascia presumere che l'acquiescenza, la rinuncia o la transazione siano così intimamente

⁷³⁵ E. PICOZZA, Il processo amministrativo, cit., p. 244.

⁷³⁶ Sul punto cfr., le considerazioni di VIRGA, *Atti e ricorsi*, cit., pp. 361-362.

⁷³⁷ Cfr., per l'ampiezza con cui è affrontato il tema delle difese del convenuto F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 232 e ss.

⁷³⁸ Vedi DI RENZO, *L'eccezione nel processo amministrativo*, Napoli, 1968, p. 124.

⁷³⁹ Peraltro, le parti sono libere di determinare l'impostazione attiva o passiva della difesa, così come di contestare tutti o solo alcuni dei motivi di ricorso; cfr., BENVENUTI, voce *Contraddittorio (diritto Amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, 743.

⁷⁴⁰ Cfr., F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, p. 445 e ss.

collegate all'esistenza del diritto (e dell'azione) tale che il giudice si trovi nella necessità di rigettare la domanda del ricorrente⁷⁴¹.

Rientrerebbero al contrario nella categoria delle eccezioni rilevabili anche dal giudice le eccezioni di litispendenza e di perenzione⁷⁴². Per che concerne in particolare il tema qui affrontato, tipica eccezione rilevabile dal giudice in ogni stato e grado del giudizio è il difetto di integrità del contraddittorio per omessa citazione di un litisconsorte necessario: in questo caso anzi, la rilevazione da parte del giudice acquista un particolare significato sul piano della necessità di riequilibrare le posizioni delle parti. Infatti, da un lato emerge l'evidente vantaggio per il legittimo contraddittore ingiustamente pretermesso che può far valere così le proprie difese già nel primo grado del giudizio, senza ricorrere ad ulteriori rimedi; dall'altro si deve rilevare anche l'indubbio vantaggio che ne deriva al ricorrente, il quale non ha tanto interesse ad una pronuncia giudiziale, quanto invece ad una pronuncia giudiziale che sia opponibile⁷⁴³.

Un profilo molto interessante consiste nei rapporti tra l'eccezione e il ricorso incidentale, rapporti che parte della dottrina ha impostato in termini di corrispondenza o, meglio, di equivalenza. Tale tesi si basa sulla considerazione per cui nel processo amministrativo il ricorso incidentale costituirebbe l'esatto equivalente dell'eccezione materiale, a meno che non si ipotizzi un ricorso incidentale che contenga un mero controricorso o una semplice memoria difensiva⁷⁴⁴. Tuttavia, si deve rilevare in contrario il fatto che, mentre l'eccezione arricchisce l'oggetto del processo ma non lo amplia, il ricorso incidentale contiene affermazioni adatte invece ad individuare un oggetto parzialmente diverso da quello determinato nel ricorso principale seppure con questo connesso.

Così, mentre con la proposizione dell'eccezione si persegue lo scopo di far rigettare la pretesa altrui, con il ricorso incidentale si introduce una nuova lite e si obbliga il giudice alla relativa pronuncia: si instaura così il c.d. *simultaneus processus*. Inoltre, la proposizione del ricorso in questione inverte la posizione delle parti nel processo, per cui il ricorrente assume la veste di resistente incidentale, divenendo titolare dei poteri di contraddizione propri dei soggetti passivi dell'azione⁷⁴⁵.

Infine, si deve rilevare che se l'autorità di cosa giudicata investe la questione principale decisa nel caso, non estendendosi affatto alle questioni pregiudiziali⁷⁴⁶, a maggior ragione essa non copre le eccezioni opposte dal resistente per finalità prettamente difensive⁷⁴⁷.

Quanto ai rapporti tra l'eccezione e l'onere della prova, nel processo amministrativo l'antica massima "*index secundum alligata et probata partium decidere debet*" va interpretata alla luce della struttura stessa del processo. Per cui, se in linea di massima vale anche per il giudizio amministrativo il principio per cui l'onere grava su chi afferma il fatto costitutivo, impeditivo, estintivo o modificativo della situazione giuridica sostanziale⁷⁴⁸, non si può escludere un potere di acquisizione probatoria da parte del giudice nei limiti delle allegazioni delle parti.

Pertanto, se è precluso al giudice allegare fatti ulteriori per il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, al contrario non gli è affatto impedito provare egli stesso i fatti nell'esercizio del suo potere/dovere di ricerca della verità, né tanto meno gli è precluso porre a

⁷⁴¹ a questo proposito cfr., M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960, I, p. 378.

⁷⁴² Sulle diverse classificazioni vedi ancora DI RENZO, *L'eccezione nel processo amministrativo*, cit., p. 157.

⁷⁴³ Cfr., sulla rilevazione delle eccezioni Consiglio di Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1407, in ITALEDI CD-ROM.

⁷⁴⁴ Vedi sul punto le considerazioni critiche di BENVENUTI, voce *Contraddittorio (diritto Amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, 743.

⁷⁴⁵ DI RENZO, *L'eccezione nel processo amministrativo*, cit., p. 169.

⁷⁴⁶ Si noti incidentalmente che nel giudizio civile le parti possono proporre domanda di accertamento incidentale in senso tecnico, in modo che l'autorità di cosa giudicata si formi sulla questioni pregiudiziale.

⁷⁴⁷ Vedi l'art. 28, comma 2, T.U. Consiglio di Stato.

⁷⁴⁸ Solitamente è il ricorrente a vantare il fatto costitutivo del suo diritto o interesse legittimo e il resistente ad opporre il fatto impeditivo, modificativo o estintivo della fattispecie, ma questo non significa che si possa ragionevolmente escludere il contrario: è ben possibile, infatti, che all'eccezione del resistente il ricorrente replichi con un'altra eccezione di contenuto simile.

fondamento della decisione fatti allegati o provati dalla controparte, appunto perché le prove assunte si spersonalizzano, “distaccandosi dal soggetto che le ha proposte o prodotte, in modo da rendere comune alle parti il loro risultato”⁷⁴⁹.

Un ultimo profilo riguarda propriamente l’analisi delle modalità, delle forme e dei termini di proposizione delle eccezioni nel giudizio amministrativo, sia in primo che in secondo grado.

Posto che la deduzione delle eccezioni non esige un mandato *ad hoc* del difensore, la legge prevede che, nel contemperamento tra le opposte esigenze di giustizia e di celerità, il resistente riassuma tutte le sue deduzioni sia nel merito che nel rito⁷⁵⁰ nella sua prima difesa, che, a norma dell’art. 37 del T.U. Consiglio di Stato, viene denominata “controricorso” (art. 51 del regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato). Del resto, la legge prevede per gli stessi motivi che il ricorrente riassuma tutte le sue doglianze e relative richieste nell’atto introduttivo del processo, ossia il ricorso.

Questo non significa però che il rispetto di tali termini sia previsto a pena di decadenza, non solo perché ulteriori deduzioni sono comunque ammesse dalla legge entro il termine normale, abbreviato o prorogato a seconda dei casi (artt. 36, 37 e 38 T.U. Consiglio di Stato; art. 22 regolamento di procedura Consiglio di Stato), ma perché in alcuni casi è il rispetto del principio del contraddittorio ad ammettere delle deroghe al sistema generale. Così, nel caso in cui il ricorrente deduca i c.d. motivi aggiunti, il resistente deve essere messo nelle condizioni di fruire prima della discussione della causa di un termine ulteriore decorrente dalla data del deposito di tali motivi per poter replicare; altra deroga è invece conseguenza dell’esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice, il quale può senz’altro sollecitare la parte a completare le proprie rappresentazioni⁷⁵¹. È a questo proposito da rilevare che la rarità nel giudizio amministrativo di eccezioni rilevabili solo su istanza di parte depone ulteriormente a favore di una certa “elasticità” nel potere di deduzione, circostanza che ha certamente la sua importanza visto che “la non opponibilità, almeno di regola, delle *exceptiones juris* dopo la scadenza del termine assegnato per la presentazione della prima memoria difensiva, importa notevoli conseguenze.

Innanzitutto, perché delimita il contenuto delle memorie successive che il resistente è abilitato a presentare fino a dieci giorni prima della udienza di trattazione del ricorso, nel senso che preclude la possibilità di far valere per la prima volta in tali memorie, ed *a fortiori* nella udienza di discussione, eventuali fatti impeditivi o estintivi rilevabili *ope exceptiones*⁷⁵². A conferma di tale impostazione, del resto, si pone l’art. 56 del regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato, il quale prevede che il relatore esponga i fatti che sono a fondamento del ricorso e delle conclusioni nelle quali si riassumono gli atti, le istanze e le eccezioni, con ciò riferendosi alle eccezioni in senso stretto tempestivamente opposte dalle parti: la disposizione non avrebbe altrimenti senso, visto che il giudice può sempre rilevare le eccezioni in senso lato pur dopo l’esposizione dei fatti.

Si tratta evidentemente di preclusioni non troppo eccessive, soprattutto se si considera che la maggior parte delle eccezioni sono rilevabili anche dal giudice d’ufficio e che simili limitazioni incontra anche il ricorrente in occasione della replica alle eccezioni del resistente e della illustrazione più compiuta delle richieste a suo tempo formulate. Anzi, se proprio si volesse attuare fino in fondo il principio del contraddittorio, si dovrebbe insistere sulla necessità che il processo abbia non solo una struttura dialettica, ma molto più uno svolgimento dialettico⁷⁵³: in assenza di termini e preclusioni, infatti, le parti potrebbero essere

⁷⁴⁹ Cfr., a questo proposito DI RENZO, *L’eccezione nel processo amministrativo*, cit., p. 219.

⁷⁵⁰ Le deduzioni che riguardano il rito sono anche dette motivi pregiudiziali, in quanto concernono le questioni sull’ammissibilità, sulla ricevibilità e sulla validità del ricorso.

⁷⁵¹ Cfr., sui poteri di acquisizione del giudice F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, p. 299 e ss.

⁷⁵² In questo senso DI RENZO, *L’eccezione nel processo amministrativo*, cit., p. 243.

⁷⁵³ Cfr., le ampie considerazioni generali di FAZZALARI, *Processo (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 1072.

facilmente tentate dall'opportunità concreta di cogliere di sorpresa l'avversario, scorrettezze a cui evidentemente non potrebbe porre un freno (né in verità sarebbe auspicabile dato il pericolo dell'arbitrarietà) nemmeno il giudice⁷⁵⁴.

5.5. IL RICORSO INCIDENTALE.

Il ricorso incidentale nel diritto processuale amministrativo, pur presentandosi essenzialmente come un istituto unitario, è soggetto a discipline parzialmente diverse in conseguenza del fatto che nel caso del ricorso incidentale in primo grado ad essere impugnato è l'atto amministrativo, nel caso del ricorso incidentale in secondo grado ad essere impugnato è l'atto giurisdizionale⁷⁵⁵.

Il ricorso incidentale in primo grado è l'istanza attraverso la quale un soggetto, intimato dall'altrui impugnazione per l'annullamento o la riforma del provvedimento amministrativo, chiede al giudice l'annullamento o la riforma dello stesso atto ma per motivi di vizio diversi da quelli fatti valere dal ricorrente principale (cd ricorso incidentale proprio), ovvero l'istanza con la quale l'intimato tende a paralizzare l'efficacia della domanda contenuta nel ricorso principale impugnando un atto presupposto e/o preparatorio rispetto al provvedimento impugnato dal ricorrente (cd ricorso incidentale improprio)⁷⁵⁶. È escluso che tale soggetto possa identificarsi nella P.A. resistente, in quanto essa può sempre esercitare poteri di autotutela⁷⁵⁷.

Pur trattandosi di una impugnazione che amplia la materia del contendere, per sua natura il ricorso incidentale è accessorio⁷⁵⁸ e subordinato rispetto a quello proposto in via principale: il giudizio è infatti instaurato dal ricorrente principale e solo "incidentalmente" si decide su un altro ricorso, il quale comunque non può eccedere le finalità difensive di chi lo esperisce (nella giurisdizione esclusiva la proposizione del ricorso incidentale è sostituita dalla proposizione dell'eccezione)⁷⁵⁹.

Presupposto fondamentale del ricorso incidentale è la titolarità di una situazione distinta e contrapposta a quella vantata nel ricorso principale: da qui la singolare circostanza per cui il provvedimento amministrativo è allo stesso tempo fonte di pregiudizio per l'un soggetto e fonte di vantaggio per l'altro, e viceversa nel caso il provvedimento fosse annullato o riformato dal giudice⁷⁶⁰.

Per quanto concerne la legittimazione attiva, a norma dell'art. 37 del T.U. del 1924 ricorrenti incidentali sono coloro a cui il ricorso principale va notificato obbligatoriamente, e quindi l'amministrazione e i controinteressati. A questo proposito si pone il dubbio interpretativo se riconoscere la legittimazione a tutti i controinteressati o solo ad alcuni di essi. L'interpretazione più esatta è probabilmente la seconda, in quanto parti necessarie e legittimi contraddittori del giudizio amministrativo, accanto all'amministrazione, sono solo i controinteressati in senso formale, cioè coloro che hanno interesse al mantenimento dell'atto e che risultano indicati nell'atto o sono comunque facilmente individuabili. Al contrario, i controinteressati in senso sostanziale, non essendo agevolmente individuabili, non sono parti necessarie del giudizio, per cui non pesa nemmeno sul ricorrente l'onere della notifica.

⁷⁵⁴ Vedi ancora a questo proposito DI RENZO, *L'eccezione nel processo amministrativo*, cit., pp. 248-249.

⁷⁵⁵ Cfr., sull'argomento le premesse di W. CATALLOZZI, voce *Ricorso incidentale I) Giudizio amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1990, p. 1.

⁷⁵⁶ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., pp. 245 e 246.

⁷⁵⁷ Cfr. L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 76.

⁷⁵⁸ Dal carattere dell'accessorietà deriva che la rinuncia al ricorso principale comporta l'inefficacia del ricorso incidentale.

⁷⁵⁹ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., p. 245; W. CATALLOZZI, voce *Ricorso incidentale I) Giudizio amministrativo*, cit. p. 2.

⁷⁶⁰ In questo senso si è pronunciato Consiglio di Stato, sez. IV, 17 ottobre 1952, n. 772, in *Racc. Cons. St.*, 1952, 1228; sez. VI, 5 giugno 1963, n. 307, in *Foro amministrativo*, 1963, I, 1018.

Aderendo a questa impostazione, del resto, trovano una sistemazione anche altri fenomeni. Così, nel caso in cui il ricorso venisse notificato anche per errore ad un soggetto che non è parte necessaria, questo non sarebbe certo legittimato alla proposizione del ricorso incidentale⁷⁶¹; all'opposto, nel caso in cui non si ottemperasse ad una notificazione obbligatoria, il pretermesso costituitosi spontaneamente in giudizio potrebbe avvalersene⁷⁶².

Ai fini dell'instaurazione del contraddittorio, il ricorso incidentale deve essere notificato secondo quanto è prescritto in tema di notificazione del ricorso principale.

Per quanto riguarda invece l'oggetto dell'impugnazione, si ritiene comunemente che la fissazione della materia del contendere ad opera del ricorrente non possa pregiudicare l'esercizio del diritto di difendersi e contraddire spettante al resistente, per cui è ben possibile un ampliamento del *thema decidendum*: unica condizione, in questo caso, è che l'impugnazione incidentale sia connessa con quella principale, non essendo ammissibili autonome ed indipendenti impugnative⁷⁶³. Così, nel caso in cui il ricorrente abbia impugnato l'atto di un concorso pubblico, il controinteressato primo in graduatoria potrà impugnare il secondo posto a cui si era collocato il ricorrente solo se quest'ultimo abbia in via principale impugnato la sua collocazione del controinteressato⁷⁶⁴.

Quanto ai termini, il ricorso incidentale deve essere notificato alle controparti nel termine perentorio di trenta giorni successivi a quello assegnato per il deposito del ricorso principale, quindi entro sessanta giorni complessivi calcolati dalla data dell'ultima notificazione del ricorso principale. Si tratta, evidentemente, di una disposizione che trova la sua giustificazione nell'esigenza di determinare entro limiti di tempo ben precisi il momento di formazione della materia del contendere ai fini della completezza del contraddittorio⁷⁶⁵. Nel caso in cui il ricorso incidentale sia stato notificato nel termine per l'impugnazione in via principale e contenga tutti gli elementi di quello principale, non è da escludersi una conversione degli atti⁷⁶⁶.

Fondamentale poi quella giurisprudenza che ritiene ininfluenza sulla decorrenza del termine per proporre ricorso incidentale e sulla possibilità di proporre motivi aggiunti la tardiva produzione in giudizio del provvedimento o degli atti e dei documenti del procedimento: solo la mancata conoscenza degli atti per causa non imputabile consente al controinteressato un'impugnazione tardiva o una proposizione di ulteriori motivi di vizio⁷⁶⁷.

I requisiti di validità circa l'instaurazione del contraddittorio e le modalità di integrazione di questo sono sottoposti alla disciplina vigente per il ricorso principale⁷⁶⁸. In primo luogo il ricorso incidentale va notificato ai legittimi e necessari contraddittori, e cioè all'amministrazione, al ricorrente principale e ai controinteressati⁷⁶⁹; in secondo luogo va depositato nella segreteria del giudice adito entro il termine perentorio di dieci giorni dall'ultima notificazione alle altre parti⁷⁷⁰. I soggetti intimati, nei dieci giorni immediatamente successivi possono presentare memorie difensive, domande istruttorie e documenti, appunto per completezza del contraddittorio prima che si apra la fase di trattazione della causa.

⁷⁶¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 29 agosto 1956, n. 846 e 20 dicembre 1974, n. 1316, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, rispettivamente, 1956, I, 919 e 1974, I, 1646.

⁷⁶² Cfr., F. LUBRANO, *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1964, I, 756.

⁷⁶³ Sulla mancanza d'interesse ad impugnare incidentalmente vedi C.g.a. reg. sic., 10 ottobre 1964, n. 452, in *Foro amministrativo*, 1964, I, 2, 1372.

⁷⁶⁴ Esempio tratto da W. CATALLOZZI, voce *Ricorso incidentale I) Giudizio amministrativo*, cit. p. 4.

⁷⁶⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 1972, n. 395, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1972, I, 1008.

⁷⁶⁶ Cfr. L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit. p. 76.

⁷⁶⁷ Vedi a questo proposito Consiglio di Stato, sez. V, 25 settembre 1963, n. 812, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1963, I, 1225; Consiglio di Stato, sez. V, 29 ottobre 1960, n. 747, in *Foro amministrativo*, 1961, I, 332.

⁷⁶⁸ Ancora sul punto L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit. p. 76.

⁷⁶⁹ Sull'inammissibilità del ricorso incidentale proposto con memoria non notificata ad alcuna delle controparti, Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 1970, n. 167, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1970, I, 418.

⁷⁷⁰ Consiglio di Stato, sez. IV, 14 aprile 1970, n. 271, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1970, I, 586.

5.6. LA DOMANDA RICONVENZIONALE

La domanda riconvenzionale, mentre rinvia a una compiuta definizione e disciplina nell'ambito del codice di procedura civile (artt. 36, 167, 92, 416, 418), rappresenta un istituto innovativo nel sistema del diritto processuale amministrativo e peraltro limitato alle ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva, atteso che essa consiste in una domanda autonoma, non collegata da alcun vincolo di accessoria alla domanda principale. Per sua natura, infatti, la domanda riconvenzionale presuppone che l'oggetto del giudizio verta sull'accertamento di un rapporto giuridico sostanziale controverso e, proprio per tale ragione, non può che trovare applicazione nell'ambito di una giurisdizione piena ed esclusiva. L'implementazione dell'istituto medesimo, pertanto, trova anche una sua logica giustificazione nell'ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, dunque, nel passaggio da un "giudizio sull'atto" ad un "giudizio sul rapporto"⁷⁷¹.

Peraltro, in talune occasioni, soltanto apparentemente ci troviamo di fronte a domande riconvenzionali, consistendo invece le stesse, più propriamente, in domande accessorie o nella proposizione di questioni pregiudiziali o incidentali, come tali ammissibili anche nell'ambito della giurisdizione di legittimità tramite il cd ricorso incidentale. Dispone infatti l'art. 8 della legge TAR che "il tribunale amministrativo regionale, nelle materie in cui non ha competenza esclusiva, decide con efficacia limitata di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale". Ovvero l'art. 7 della legge TAR: "il tribunale amministrativo regionale, nell'esercizio della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali conseguenziali". "Restano riservate all'autorità giurisdizionale ordinaria le questioni pregiudiziali riguardanti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio e la risoluzione dell'incidente di falso".

Nelle ipotesi di proposizione di vere e proprie domande riconvenzionali, le medesime vanno notificate oltre che depositate entro i termini ordinari di costituzione delle parti, termini che peraltro diventano perentori per il principio della certezza del diritto e del contraddittorio⁷⁷².

6. IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NEL GIUDIZIO D'APPELLO.

6.1. LA PLURALITÀ DI PARTI NEL GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE: CAUSE INSCINDIBILI E CAUSE SCINDIBILI.

Nell'ipotesi in cui il giudizio amministrativo di primo grado si sia svolto tra due parti, problemi particolari circa la notificazione dell'atto di appello non si pongono, considerato che la parte soccombente rivolgerà l'impugnazione contro la parte vittoriosa.

Problemi molto seri si pongono, invece, nel caso in cui il processo di primo grado si caratterizzi per la partecipazione di una pluralità di parti, dal lato attivo, passivo o da entrambi i lati.

Immane a questo punto il riferimento alla disciplina prevista dagli artt. 331 e 332 del c.p.c. in ordine alla distinzione tra cause inscindibili e cause scindibili⁷⁷³, della cui applicabilità al processo amministrativo nessuno dubita, sia nei casi di giurisdizione esclusiva, sia nei casi di giurisdizione di legittimità⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ Per ampie riflessioni al riguardo v. E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., pp. 248-250.

⁷⁷² E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., p. 250.

⁷⁷³ Cfr., a questo proposito L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 87.

⁷⁷⁴ Sulla natura di principi generali, applicabili anche nel processo amministrativo, dei precetti contenuti negli artt. da 331 a 335 c.p.c. vedi Consiglio di Stato, sez. V, 15 dicembre 1978, n. 1614, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 1886.

La causa inscindibile ricorre tipicamente nei casi in cui le parti del giudizio di primo grado siano legittimi e necessari contraddittori, o anche quando si versa nell'ipotesi del litisconsorzio necessario.

In questi casi, fermo restando il principio per cui "l'atto di appello va notificato a tutte le parti necessarie del giudizio, come, per converso, legittimate ad appellare sono tutte le parti necessarie o principali del giudizio di primo grado, indipendentemente dalla loro effettiva costituzione in giudizio"⁷⁷⁵, non può non rilevarsi che la giurisprudenza è orientata nel senso dell'ammissibilità dell'appello notificato ad una sola delle parti necessarie, rimandando ad un secondo momento l'integrazione del contraddittorio. Nel secondo grado del giudizio, "l'appellante non si trova infatti di fronte a parti *sostanziali* differenziate, ma a parti *processuali* in identiche posizioni, la cui evocazione viene fatto non già per instaurare un nuovo contraddittorio, ma per riprendere quello già instaurato in primo grado"⁷⁷⁶.

Ma se l'appellante non ottempera alla predetta integrazione ordinata dal giudice, il ricorso in appello non può che essere dichiarato improcedibile per carenza di un presupposto processuale: l'integrità del contraddittorio.

Senonché, il trapianto dell'art. 331 del c.p.c. nel sistema del processo amministrativo non è pienamente coerente, almeno per quanto riguarda l'espressione "almeno ad una sola delle parti necessarie", con ciò non alludendo a nessuna possibile distinzione tra parte necessaria vittoriosa e parte necessaria soccombente⁷⁷⁷.

Comunque, si dovrebbe ragionevolmente escludere l'ammissibilità dell'appello notificato solo ad un'altra parte soccombente, in quanto il giudice non avrebbe titolo per ordinare l'integrazione del contraddittorio⁷⁷⁸.

Tutt'altro affare è, invece, l'ipotesi delle più cause scindibili che siano state trattate nel medesimo giudizio in primo grado in conseguenza della proposizione di un ricorso collettivo o per effetto della riunione ordinata dal giudice. L'articolo applicabile in questo caso è il 332 del c.p.c., secondo cui, quando l'impugnazione sia stata proposta da alcuna delle parti o nei confronti di alcuna di esse, il giudice ne ordina la notificazione alle altre parti rispetto alle quali l'impugnazione non è preclusa⁷⁷⁹. È evidente, in questo caso, che l'ordine di eseguire le notificazioni alle altre parti che possono ancora impugnare non risponde al principio dell'integrità del contraddittorio, ma al diverso principio dell'unitarietà delle impugnazioni, appunto per evitare più appelli contro la stessa sentenza: d'altronde, la mancata effettuazione della notificazione non rende improcedibile l'appello, ma ne determina solo la sospensione fino al momento in cui scadranno i termini per tutte le altre eventuali impugnazioni.

6.2. LA LEGITTIMAZIONE E L'INTERESSE AD IMPUGNARE.

La legittimazione e l'interesse ad impugnare rappresentano delle condizioni soggettive tipiche dell'impugnazione, con ciò distinguendosi dalla legittimazione e dall'interesse a ricorrere in primo grado, stante la diversità dell'oggetto del giudizio e del ruolo assunto dalle parti nelle varie fasi processuali⁷⁸⁰.

⁷⁷⁵ Così, E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, p. 93.

⁷⁷⁶ L. MIGLIORINI, voce *Contraddittorio III*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. VIII, p. 4.

⁷⁷⁷ Vedi sul punto le considerazioni di G. LEONE, *Le impugnazioni nel processo amministrativo. Profili generali*, Napoli, E.S.I., 1988, p. 130.

⁷⁷⁸ Ancora sul tema MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 88.

⁷⁷⁹ MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 89.

⁷⁸⁰ Cfr., sulla predetta diversificazione G. LEONE, *Le impugnazioni nel processo amministrativo. Profili generali*, Napoli, E.S.I., 1988, p. 188.

Se non sorgono particolari problemi circa l'individuazione dei soggetti legittimati passivi all'impugnazione⁷⁸¹, più problematica è l'analisi della legittimazione attiva all'impugnazione.

Questa, in particolare, spetta solo e a tutte le parti necessarie del giudizio che siano risultate soccombenti in primo grado⁷⁸².

Per "parte" si intende in questa sede il concetto di parte in senso sostanziale, per cui la legittimazione spetta non solo a chi ha assunto formalmente la qualità di parte in senso processuale, ma anche al soggetto che non ha potuto assumerla perché il ricorso in primo grado non gli è stato debitamente notificato⁷⁸³. Evidentemente ciò risponde all'esigenza di un più ampio conseguimento delle garanzie processuali e dell'integrità del contraddittorio⁷⁸⁴ e allo stesso tempo rappresenta il profilo di maggiore rispetto agli schemi processualcivilistici delle impugnazioni, secondo cui non possono ammettersi parti nuove rispetto al giudizio di primo grado⁷⁸⁵.

Da queste considerazioni si può trarre un'importante conseguenza: se la mancata costituzione in giudizio della parte necessaria non esclude la sua legittimazione all'impugnazione, la semplice notificazione del ricorso e la costituzione nel giudizio di primo grado non sono di per sé risolutive e idonee a conferire la legittimazione. Per cui è esclusa la legittimazione di colui che ha partecipato al giudizio ma non è titolare di una situazione giuridica sostanziale sul bene oggetto del giudizio⁷⁸⁶.

Se tutto questo è vero, tuttavia è ragionevole consentire al soggetto (parte non necessaria) erroneamente evocato in giudizio la possibilità di impugnare la sentenza di primo grado limitatamente alla sua mancata estromissione dal giudizio⁷⁸⁷.

La legittimazione può poi essere riconosciuta sia alla stessa parte in senso processuale, sia alla parte sostanziale che in primo grado si era fatta rappresentare o sostituire, sia, in caso di morte della parte originaria, ai successori⁷⁸⁸ a titolo universale e a quelli a titolo particolare salvo, in quest'ultimo caso, le riserve in tema di trasferibilità dell'interesse legittimo e di capacità processuale in generale⁷⁸⁹.

Un profilo molto interessante riguarda infine la legittimazione all'impugnazione rispetto alle parti intervenienti nel giudizio di primo grado.

Secondo la tesi più rigorosa che qualifica l'intervento *ad adiuvandum* e quello *ad opponendum* in termini di intervento adesivo dipendente, il terzo interveniente, non essendo titolare di una posizione giuridica autonoma, non può legittimamente impugnare la sentenza, eccetto però i

⁷⁸¹ Legittimati passivi sono i contraddittori necessari, quindi la parte vittoriosa in primo grado e tutti coloro che possono trarre dalla sentenza un vantaggio sostanziale. Si ritiene che siano legittimati passivi tutti i cointeressati nel caso in cui l'amministrazione soccombente impugni la sentenza; se invece a perdere in primo grado è il ricorrente, questo deve notificare il ricorso in appello ai cointeressati titolari di una situazione inscindibile o anche scindibile ma laddove la tutela richiesta postuli la produzione di effetti anche nella loro sfera giuridica. Così A. QUARANTA, voce *Appello III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. II, p. 6.

⁷⁸² Consiglio di Stato, sez. IV, 15 ottobre 1996, n. 1104, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/1997, p. 852.

⁷⁸³ Consiglio di Stato, sez. VI, 4 febbraio 1977, n. 84 e 21 ottobre 1980, n. 965, rispettivamente in *Consiglio di Stato*, 1977, I, 199 e in *Consiglio di Stato*, 1980, I, 1295.

⁷⁸⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 2 giugno 1983, n. 478, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1983, I, 766; 22 maggio 1985, n. 203, *ivi*, 1985, I, 587.

⁷⁸⁵ Cfr., U. POTOTSCHNIG e A. TRAVI, voce *Appello (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 158.

⁷⁸⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 1985, n. 32, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1985, I, 120.

⁷⁸⁷ Così G. LEONE, *Le impugnazioni nel processo amministrativo. Profili generali*, cit., p. 193.

⁷⁸⁸ Nel caso della successione degli enti o degli organi si ritiene che il contraddittorio in grado d'appello corrisponda al contraddittorio realizzatosi in primo grado, non potendosi onerare il ricorrente di individuare il terzo successore: è quindi applicabile l'art. 111 c.p.c. che prevede la prosecuzione del processo tra le parti originarie, con la sola eventuale chiamata in giudizio del terzo. A conclusioni dissimili, però, si deve arrivare nel caso la successione sia stata notificata al difensore della parte ricorrente. Vedi a questo proposito G. LEONE, *Le impugnazioni nel processo amministrativo. Profili generali*, cit., p. 201.

⁷⁸⁹ Cfr., le conclusioni di L. MIGLIORINI, voce *Parti III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. XXII, p. 6.

capi che concernono direttamente l'intervento e le spese processuali⁷⁹⁰: la legittimazione va quindi unicamente riconosciuta alle parti necessarie del giudizio. Questo, in sostanza, l'orientamento a lungo dominante in giurisprudenza⁷⁹¹.

Senonchè, tutto questo impianto entra in crisi nel momento in cui si cerca di dare ai concetti di "parte necessaria" e di "intervento nel giudizio" un significato valido per il diritto processuale amministrativo, al di fuori quindi dei classici schemi processualcivilistici⁷⁹².

Infatti, nel giudizio amministrativo per "parte necessaria" si intende il ricorrente, l'amministrazione resistente e il controinteressato in senso formale (anche il pretermesso quindi). Il controinteressato in senso sostanziale, invece, non risultando dall'atto amministrativo impugnato né essendo facilmente individuabile, pur potendo intervenire nel processo non rappresenta una parte necessaria, pur essendo presumibilmente titolare di una posizione giuridica autonoma rispetto a quella vantata dall'amministrazione resistente, esattamente come il controinteressato in senso formale⁷⁹³.

Senonchè il diritto amministrativo, delle tre tipologie di intervento del processo civile (intervento principale, litisconsortile, adesivo dipendente), conosce solo l'intervento adesivo dipendente nelle due forme dell'intervento *ad adiuvandum* e di quello *ad opponendum*, con la conseguenza di utilizzare l'intervento *ad opponendum* in modo improprio, come strumento cioè "attraverso il quale si attua la partecipazione al giudizio di persone titolari di posizioni soggettive ben diverse da quella di mera adesione, così tipizzata dal secondo comma dell'articolo 105 c.p.c."⁷⁹⁴.

Tuttavia, non si può fare a meno di rilevare che "Se quello sovra esposto è l'assetto dottrinale e giurisprudenziale in ordine all'intervento nell'ordinario giudizio di legittimità, nelle ipotesi di giurisdizione, viceversa, vi è una consistente tendenza ad ammettere tutte e tre le figure di intervento (principale, litisconsortile ed adesivo), in conseguenza del diverso oggetto di questo processo"⁷⁹⁵.

Si tratta evidentemente di una tendenza giuridica motivata anche culturalmente e politicamente dall'esigenza di abbandonare l'antico modello di "processo all'atto" in vista di una tutela giurisdizionale effettiva per tutti i terzi coinvolti dall'azione amministrativa, anche e soprattutto per quelli "occulti": altrimenti si deve desumere che gli amministrati siano una categoria di soggetti per i quali non vige il principio di uguaglianza.

Consapevole del portato dei principi costituzionali⁷⁹⁶, la giurisprudenza più recente ammette la legittimazione all'impugnazione dell'interveniente sulla base del criterio sostanziale

⁷⁹⁰ Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 1979, n. 223, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1979, I, 756.

⁷⁹¹ Vedi Consiglio di Stato, sez. IV, 17 ottobre 1985, n. 440, in *Consiglio di Stato*, 1985, I, 1063; Consiglio di Stato, sez. VI, 6 febbraio 1981, n. 35, in *Consiglio di Stato*, 1981, I, 1417; Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio, 1979, n. 223, in *Consiglio di Stato*, 1979, I, 1, 756.

⁷⁹² Cfr., le interessanti considerazioni di M. PAZARDJIKLIAN, in *Riflessioni sulla legittimazione all'appello da parte dell'interveniente "ad opponendum"*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/1997, p. 854 e ss.

⁷⁹³ Cfr., in dottrina TASSONE, *Intervento ad opponendum nel giudizio di primo grado e legittimazione all'appello*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, III, 1, 805; PARISIO, *Brevi riflessioni in tema di appello dei controinteressati sostanziali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1989, III, 1, 188; G. LEONE, *Le impugnazioni nel processo amministrativo. Profili generali*, Napoli, 1988, 196 e ss.

⁷⁹⁴ in questo senso si esprime M. PAZARDJIKLIAN, in *Riflessioni sulla legittimazione all'appello da parte dell'interveniente "ad opponendum"*, cit., p. 859.

⁷⁹⁵ Così, E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, p. 71. cfr., anche l'isolata sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 17 gennaio 1978, n. 13, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 24.

⁷⁹⁶ Vedi sul tema MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1985, 6: "prima o poi dovranno trarsi le conseguenze dal fatto che la nostra, come le altre Costituzioni, ha fatto del principio del contraddittorio la "Magna Charta" di ogni tipo di processo e perciò anche del processo amministrativo".

dell'interesse coinvolto⁷⁹⁷, tanto da spingersi con un'insolita pronuncia ad ammettere la legittimazione persino dei controinteressati sopravvenuti, il cui interesse nasce successivamente all'impugnativa del provvedimento⁷⁹⁸.

A questo punto si dovrebbe ritenere conclusa la discussione, se non fosse per uno sconvolgente intervento della Corte Costituzionale: si tratta della sentenza del 17 maggio 1995, n. 177⁷⁹⁹, la quale ha introdotto nel diritto processuale amministrativo lo strumento dell'opposizione di terzo tra i mezzi di impugnazione straordinari. Il nodo del problema consiste nell'esatta interpretazione del rapporto tra i diversi strumenti impugnatori apprestati dall'ordinamento: il controinteressato sostanziale, oggi, fermo restando la possibilità dell'intervento sia in primo che in secondo grado, contro la sentenza può sempre esperire l'appello in virtù dei predetti principi giurisprudenziali, o invece può solo fare affidamento sull'opposizione di terzo?⁸⁰⁰

Non sembra sia possibile, invece, estendere l'operatività delle predette conclusioni alla figura del cointeressato, in quanto titolare di una situazione equivalente a quella del ricorrente, e a quella dell'interveniente *ad adiuvandum*, in quanto titolare di una posizione dipendente e pregiudicata dal provvedimento solo in modo mediato⁸⁰¹. Quest'ultimo però potrebbe sempre impugnare il capo della sentenza relativo all'intervento e alle spese del giudizio⁸⁰².

Nozione giuridica spesso confusa con la legittimazione all'impugnazione è quella di interesse ad impugnare⁸⁰³.

La confusione è ingenerata dal fatto che l'interesse ad impugnare viene identificato con la soccombenza, per cui è facile l'equazione secondo cui chi è soccombente in giudizio è legittimato e quindi interessato ad impugnare. In realtà, sembra che l'interesse non sia una conseguenza della legittimazione, né tanto meno una qualità del diritto ad impugnare, ma rappresenti piuttosto una condizione dell'azione di impugnazione, e più precisamente una condizione soggettiva⁸⁰⁴. Soggettiva non significa ovviamente arbitraria, visto che la verifica dell'esistenza dell'interesse ad agire si basa su una realtà oggettiva che deve sussistere fin dalla proposizione del ricorso in appello (pena l'inammissibilità del ricorso) e permanere fino alla sentenza (pena l'improcedibilità del giudizio); soggettiva nel senso, quindi, di verificare se, nei singoli casi concreti, la pronuncia di primo grado sia stata motivo di soccombenza per i diversi soggetti nella cui sfera giuridica la sentenza in questione produrrà degli effetti. Infatti, è perfettamente ipotizzabile una situazione per cui dei soggetti non abbiano assunto la qualità di parte in senso processuale, ma risultino ugualmente soccombenti sul piano sostanziale: da qui la loro legittimazione all'impugnazione. Al contrario, può accadere che il *petitum* del ricorso venga accolto, ma che nonostante l'annullamento dell'atto amministrativo le ragioni del ricorrente vittorioso rimangano sostanzialmente insoddisfatte, in quanto la pronuncia potrebbe non impedire all'amministrazione di reiterare il suo comportamento o di rinnovare il

⁷⁹⁷ Cfr., a questo proposito anche RAMAJOLI, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1997, 140, secondo la quale la legittimazione ad appellare spetta anche agli intervenienti interessati di fatto.

⁷⁹⁸ Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 1984, n. 483, in *Consiglio di Stato*, 1984, I, 808; in senso opposto, sul carattere dell'attualità dell'interesse GUICCIARDI, *Sulla nozione di controinteressato*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1948, III, 1, 103.

⁷⁹⁹ Sentenza tipicamente additiva, contenuta in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, I, 1, 504.

⁸⁰⁰ Sul punto TRAVI, *L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo*, in *Foro Italiano*, 1997, III, 30: "Questi soggetti, in conclusione, sono legittimati sia a proporre l'appello contro la sentenza di primo grado che li pregiudichi e sia ancora appellabile, sia a proporre l'opposizione di terzo contro la sentenza di primo grado passata in giudicato o contro la sentenza del Consiglio di Stato". Contra, M. PAZARDJIKLIAN, in *Riflessioni sulla legittimazione all'appello da parte dell'interveniente "ad opponendum"*, cit., p. 873.

⁸⁰¹ Cfr., M. PAZARDJIKLIAN, in *Riflessioni sulla legittimazione all'appello da parte dell'interveniente "ad opponendum"*, cit., pp. 866-867.

⁸⁰² Consiglio di Stato, sez. V, 21 luglio 1995, n. 1114, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, 1078.

⁸⁰³ Cfr., U. POTOTSCHNIG e A. TRAVI, voce *Appello (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit. p. 160.

⁸⁰⁴ Vedi sul punto G. LEONE, *Le impugnazioni nel processo amministrativo. Profili generali*, cit., p. 217.

provvedimento. Quindi, ai fini della determinazione dell'interesse, occorre calare il concetto di soccombenza nei singoli casi concreti⁸⁰⁵: tutto dipenderà dall'analisi delle ragioni dell'annullamento e, quindi, dal tipo di censure accolte. Se da questa analisi emergerà che il soggetto conserva, pur dopo la pronuncia, un interesse attuale, concreto e personale⁸⁰⁶ all'impugnazione al fine di conseguire il desiderato vantaggio sostanziale, certamente gli si dovrà riconoscere il diritto all'impugnazione. Così, esemplarmente, il Consiglio di Stato⁸⁰⁷ esclude l'ammissibilità del gravame per carenza di interesse quando si chiede la riforma della sentenza solo per ottenere una pronuncia di rito che non è di nessuna utilità giuridica per l'appellante; al contrario, il Consiglio ammette l'appello proposto dal ricorrente vittorioso in primo grado, per ottenere l'accertamento della illegittimità del provvedimento per un motivo di vizio che non era stato preso in considerazione dal giudice, ma che nondimeno può tradursi in una utilità giuridica per il soggetto in sede di rinnovazione del procedimento⁸⁰⁸.

6.3. IL RICORSO IN APPELLO E L'INTERVENTO.

Elementi costitutivi del ricorso in appello sono l'intestazione al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale; l'indicazione delle generalità del nome e cognome, della residenza o domicilio dell'appellante; l'indicazione del provvedimento amministrativo oggetto del riesame e gli estremi della sentenza pronunciata in primo grado dal T.A.R.; l'esposizione sommaria dei fatti e dei motivi sui quali l'appello si fonda, nonché l'indicazione delle norme sostanziali o processuali che si assumono violate; la sottoscrizione dell'appellante e del difensore o solo di questo se munito di mandato speciale⁸⁰⁹.

Il ricorso così formato deve poi essere notificato⁸¹⁰ entro sessanta giorni dalla notifica della sentenza di primo grado a tutte le parti necessarie⁸¹¹ del giudizio per ricostituire il contraddittorio del primo grado del giudizio, anche se a pena di inammissibilità il ricorso può essere notificato ad una sola delle parti necessarie, fermo restando la successiva integrazione del contraddittorio nel termine ordinato dal giudice. Tuttavia, si deve rilevare che una tale soluzione mina l'effettività del contraddittorio nella misura in cui comprime la posizione di parità delle parti e il diritto alla difesa nella eventuale fase cautelare e nella fase di istruzione

⁸⁰⁵ Cfr., l'ancora attualissima proposta di M. NIGRO di tipizzare i diversi ordini di utilità conseguibili attraverso una sentenza di annullamento. La tesi è sinteticamente riportata da U. POTOTSCHNIG e A. TRAVI, voce *Appello (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit. p. 161.

⁸⁰⁶ "Mentre la giurisprudenza più tradizionale richiede che tale vantaggio debba essere reale, concreto ed effettivo, si ravvisano recenti ed ormai costanti tendenze che reputano sufficiente a tal uopo anche il conseguimento di un'utilità meramente potenziale e strumentale". Così E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, p. 61. Cfr., in giurisprudenza Consiglio di Stato, sez. IV, 29 gennaio 1980, n. 47 e Consiglio di Stato, sez. IV, 22 febbraio 1980, n. 114.

⁸⁰⁷ Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 1996, n. 692, in *Foro amministrativo*, 1996, 189.

⁸⁰⁸ Consiglio di Stato, sez. IV, 8 maggio 1995, n. 308, in *Foro amministrativo*, 1995, 860; Consiglio di Stato, sez. V, 3 luglio 1995, n. 1000, *ivi*, 1508; Consiglio di Stato, sez. IV, 5 maggio 1997, n. 455, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, 636.

⁸⁰⁹ Sulla procedura vedi V. CAIANIELLO, voce *Ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. XXVII, p. 6.

⁸¹⁰ Sulla notificazione cfr., Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 maggio 1999, n. 13, in *Foro amministrativo*, 3-4/1999, 963: "L'apposizione di un timbro sulla copia della sentenza notificata, da cui risulti un diverso recapito del difensore domiciliatario in assenza della relativa sottoscrizione, oltre a non dare la dovuta sicurezza della riferibilità al notificante di quanto risulta dal timbro, non manifesta un'univoca volontà di modificare l'elezione di domicilio già formalmente effettuata nel corso del giudizio di primo grado e che, pertanto, risulta essere il luogo di notifica del ricorso in appello". Si desume quindi che, mancando la rituale comunicazione alla controparte circa il mutamento di domicilio, l'appellante non è onerato dell'obbligo di accertare il reale domicilio presso cui effettuare le notificazioni.

⁸¹¹ Vedi Consiglio di Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1897, in ITALEDI CD-ROM, dove si sottolinea che l'appellante deve notificare l'appello alle sole parti necessarie del primo grado di giudizio, essendo l'instaurazione del contraddittorio in secondo grado una prosecuzione del contraddittorio realizzato in primo grado.

probatoria che ben potrebbero svolgersi prima che si provveda all'integrazione del contraddittorio⁸¹².

La costituzione della parte appellante deve avvenire entro trenta giorni, a pena di decadenza, mediante deposito del ricorso in appello, con la prova delle avvenute notifiche, nella segreteria del Consiglio di Stato.

La costituzione delle parti intimare, invece, può avvenire anche con semplice memoria o controricorso nel termine di trenta giorni successivi a quello previsto per il deposito del ricorso: il termine non è però perentorio, ben potendosi immaginare una costituzione in giudizio fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione della causa nel merito. La memoria difensiva deve contenere l'intestazione all'autorità giudicante, le generalità della parte resistente, le eccezioni⁸¹³, le deduzioni⁸¹⁴ e le conclusioni.

Per quanto concerne l'intervento in appello, non si pongono particolari problemi nel caso in cui l'interveniente *ad adiuvandum* o *ad opponendum* intenda partecipare al secondo grado del giudizio per confermare le deduzioni e le eccezioni presentate in primo grado⁸¹⁵. In linea di massima, invece, si dovrebbe escludere la possibilità di una partecipazione di coloro che non hanno preso parte al giudizio di primo grado, stante la struttura unitaria del processo amministrativo, ma sembra che il più recente orientamento giurisprudenziale⁸¹⁶ militino nel senso opposto, ossia nel senso di ammettere l'intervento di chi era legittimato ad intervenire in primo grado, a prescindere dalla sua effettiva costituzione in giudizio, e l'intervento di chi è direttamente leso dalla sentenza impugnata.

La ragione di tale orientamento si basa su un'interpretazione coerente e razionale delle norme poste dall'art. 37 del regolamento del 1907 e dall'art. 344 del c.p.c.

L'art. 37 consente l'intervento in giudizio dinanzi al Consiglio di Stato da parte di chiunque vi abbia interesse: la norma è poi applicabile alla fase di appello per il rinvio operato dall'art. 29 della legge T.A.R. Letta in modo assoluto, la norma sembrerebbe ammettere l'intervento in appello da parte di chiunque fosse interessato, dimenticando totalmente la struttura unitaria del giudizio. D'altra parte, l'art. 344 sembrerebbe condizionare l'intervento alla circostanza che il terzo interessato sia legittimato alla proposizione dell'opposizione di terzo. Come accade di solito, la giusta interpretazione è nel mezzo: per cui dei due articoli non si deve dare una lettura alternativa, ma integrativa: quindi, legittimato all'intervento è sia il terzo che ha partecipato al primo grado del giudizio; sia il terzo che poteva partecipare al primo grado del giudizio ma non vi si è costituito; sia il terzo legittimato all'opposizione di terzo⁸¹⁷.

Circa la natura dell'intervento, invece, si pongono in secondo grado le stesse problematiche che caratterizzano il giudizio di primo grado, per cui, ipotizzando come forma tipica di intervento quella adesiva dipendente, sia *ad adiuvandum* sia *ad opponendum*, si deve ammettere una certa propensione a far rientrare nell'intervento *ad opponendum* la partecipazione di chi è titolare di posizione autonome, o comunque non connesse o non dipendenti da quella fatta valere in via principale dall'appellato.

⁸¹² Cfr., a questo proposito le considerazioni di E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, p. 93.

⁸¹³ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 2 dicembre 1982, n. 21.

⁸¹⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 1984, n. 455, in *Consiglio di Stato*, 1984, I, 787: "La parte necessaria può partecipare al giudizio d'appello pur senza produrre domande di alcun tipo, presentando una semplice memoria, anche oltre il termine per proporre appello. Principale o incidentale. In tal caso c'è parificazione all'interveniente, che può esporre il suo punto di vista sulla controversia, ma non chiedere la riforma della sentenza appellata a proprio vantaggio".

⁸¹⁵ Cfr., sulla predetta diversificazione G. LEONE, *Le impugnazioni nel processo amministrativo. Profili generali*, Napoli, E.S.I., 1988, p. 210.

⁸¹⁶ Cfr., per i precedenti e ben più rigorosi orientamenti giurisprudenziali A. QUARANTA, voce *Appello III*) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. II, p. 8.

⁸¹⁷ Ancora sul punto vedi le conclusioni di G. LEONE, *Le impugnazioni nel processo amministrativo. Profili generali*, Napoli, E.S.I., 1988, p. 213.

Dal lato attivo, invece, si riscontra ancora la tendenza ad escludere “l'intervento di chi avrebbe potuto ricorrere autonomamente, in quanto in tal caso si verrebbe praticamente ad eludere il termine di decadenza imposto all'azione giurisdizionale amministrativa; di conseguenza, risulta ammesso pacificamente soltanto l'intervento di coloro che vantano interessi non legittimi, ma di mero fatto”⁸¹⁸.

L'atto di intervento, ai sensi dell'art. 37 reg. proc. Cons. St., deve contenere le ragioni e i documenti giustificativi, essere sottoscritto dalla parte e dal difensore e infine notificato alle parti nel domicilio eletto e all'autorità che ha emesso l'atto impugnato. L'atto di intervento deve essere depositato nella segreteria del giudice adito entro i due giorni successivi a quello dell'ultima notificazione.

Stante il carattere dipendente dell'intervento adesivo, l'impostazione tradizionale vuole che l'interveniente possa stare in giudizio se e nei limiti in cui sia legittimata a farlo la parte principale: da qui la decadenza dell'intervento in conseguenza della dichiarazione di inammissibilità del ricorso in appello.

6.4. LE IMPUGNAZIONI INCIDENTALI.

L'appello incidentale rappresenta un istituto centrale nel diritto processuale amministrativo per almeno due ordini di motivi: in primo luogo viene in rilievo il rapporto tra effetto devolutivo e onere dell'impugnazione; in secondo luogo si offre l'occasione per una rivisitazione dei rapporti tra il codice di rito e le norme poste dalle leggi amministrative⁸¹⁹.

In un primo momento la giurisprudenza⁸²⁰ ha applicato all'appello incidentale la disciplina contenuta nell'art. 37 del T.U. del 1924 dettata con riguardo al ricorso incidentale quando il processo amministrativo si svolgeva ancora in unico grado avanti il Consiglio di Stato, sul presupposto che l'impugnazione incidentale in primo e in secondo grado si basino sul medesimo principio: e cioè che l'interesse ad impugnare in via incidentale è condizionato all'interesse ad impugnare in via principale, con la conseguenza che l'appello incidentale deve obbligatoriamente essere rivolto contro lo stesso capo della sentenza (o anche contro capo connesso o dipendente), mentre il ricorso contro diversi capi deve rivestire necessariamente le forme dell'appello principale⁸²¹.

Tuttavia non si può fare a meno di rilevare come questa impostazione, in modo del tutto irragionevole, neghi il principio basilare di ogni giusto processo, e cioè la parità e l'uguaglianza delle parti nel loro reciproco contraddittorio. Pertanto, estendere la disciplina del ricorso incidentale all'appello incidentale è del tutto ingiustificato⁸²².

Se infatti nel primo grado del giudizio la determinazione dell'oggetto del processo è rimessa all'iniziativa della parte ricorrente, residuando alla parte resistente il potere di ampliare la materia del contendere nell'esercizio del suo diritto di difesa, ma giammai il potere di proporre nuove domande, in secondo grado cambia tutto, stante la non coincidenza dell'oggetto del giudizio e la possibilità che ricorrente in appello sia una parte diversa dal ricorrente in primo grado.

⁸¹⁸ Vedi sul punto E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, pp. 95-96.

⁸¹⁹ Su queste interessanti prospettive vedi U. POTOTSCHNIG e A. TRAVI, voce *Appello (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 162.

⁸²⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 31 marzo 1981, n. 133, in *Consiglio di Stato*, 1981, I, 344; e Consiglio di Stato, sez. IV, 4 novembre 1980, n. 105, in *Consiglio di Stato*, I, 1505.

⁸²¹ Vedi a questo proposito E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, p. 94.

⁸²² Cfr., sul punto le considerazioni di L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 91.

E, se è vero che tutte le parti del processo di secondo grado sono tra di loro in posizione paritetica, non si vede la ragione della necessità del condizionamento dell'appello incidentale ai capi della sentenza impugnati in via principale.

A conferma di questa impostazione, pertanto, occorre rilevare l'importanza di una pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁸²³ sugli effetti della rinuncia in grado d'appello: se a rinunciare all'appello principale è il resistente soccombente in primo grado, diversamente rispetto al passato, l'appello incidentale non necessariamente andrà incontro ad una decadenza: così nel tipico caso dell'appello proposto contro un capo diverso della sentenza.

Altro profilo molto interessante riguarda l'applicazione al processo amministrativo della disciplina dettata per le impugnazioni incidentali dagli artt. 333-335 c.p.c. in seguito ad una decisione del Consiglio di Stato⁸²⁴.

Per cui, per il principio di concentrazione⁸²⁵, l'appello incidentale è divenuto lo strumento tipico per tutti gli appelli successivi al primo, indipendentemente da ogni considerazione sulla soccombenza⁸²⁶.

Se la soccombenza è solo virtuale (è il caso in cui l'effetto sfavorevole consiste nel fatto della proposizione dell'appello principale, che mette a repentaglio il vantaggio ottenuto dalla sentenza di primo grado) l'appello incidentale rappresenta una semplice controimpugnazione; se invece la soccombenza è reale (è il caso della sentenza che provoca una situazione di reciproca soccombenza) l'appello incidentale è paragonabile in sostanza all'appello principale.

Per quanto riguarda invece il contenuto dell'appello incidentale, la riproposizione delle censure e delle eccezioni dichiarate assorbite nella sentenza di primo grado non necessita di tale strumento, essendo in tal caso sufficiente una memoria difensiva⁸²⁷; quanto ai motivi non esaminati non si pongono particolari problemi, considerata la loro automatica emersione per l'operare dell'effetto devolutivo; infine, le domande e le eccezioni non accolte devono essere riproposte altrimenti si intendono rinunciate⁸²⁸.

Quanto alle questioni procedurali, l'appello incidentale va proposto, a pena di inammissibilità⁸²⁹, entro trenta giorni decorrenti dal deposito dell'appello principale.

Si ritiene comunque che tale termine sia perentorio per il solo appello incidentale autonomo, ossia per l'impugnazione di capi della sentenza diversi da quelli impugnati con l'appello principale; al contrario, non sussiste l'onere della tempestiva proposizione per l'appello incidentale nei confronti dei capi identici, connessi o comunque dipendenti dai capi impugnati in via principale, tenuto conto appunto di tale condizionamento⁸³⁰.

L'appello incidentale va poi notificato alle controparti⁸³¹ secondo le forme consuete e depositato nella segreteria del giudice adito entro dieci giorni dall'ultima notificazione.

⁸²³ Si tratta della decisione del 18 luglio 1983, n. 20, in *Foro italiano*, 1984, III, 26.

⁸²⁴ Consiglio di stato, Adunanza plenaria, 18 luglio 1983, n. 20, in *Foro italiano*, 1984, III, 26; vedi anche Consiglio di stato, sez. IV, 19 dicembre 1994, n. 1039, in *Consiglio di Stato*, 1994, I, 1693.

⁸²⁵ Per il principio di concentrazione delle impugnazioni, tutte le impugnazioni proposte in via principale possono essere riunite dal giudice. Così Consiglio di stato, sez. V, 31 luglio 1998, n. 1146, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 1159.

⁸²⁶ Su queste interessanti prospettive vedi U. POTOTSCHNIG e A. TRAVI, voce *Appello (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 162.

⁸²⁷ Così A. QUARANTA, voce *Appello III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. II, p. 7.

⁸²⁸ Cfr., D. IARIA, *I mezzi di impugnazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 3492-3493.

⁸²⁹ Consiglio di Stato, sez. IV, 4 novembre 1980, n. 1055, in *Foro amministrativo*, 1980, I, 1926; sez. IV, 18 marzo 1980, n. 275, *ivi*, 1980, I, 387.

⁸³⁰ Così A. QUARANTA, voce *Appello III) Diritto processuale amministrativo*, cit., p. 8.

⁸³¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 26 ottobre 1976, n. 961, in *Consiglio di Stato*, 1976, I, 1022; sez. IV, 11 marzo 1977, n. 218, *ivi*, 1977, I, 272.

6.5. IL CONTENUTO DEL CONTRADDITTORIO NEL GIUDIZIO D'APPELLO: I POTERI DELLE PARTI E DEL GIUDICE.

L'art. 28 della legge del 1971 ha riconosciuto al Consiglio di Stato gli stessi poteri di cognizione e di decisione che spettano al giudice di primo grado, innovando alla disciplina vigente al tempo delle Giunte provinciali amministrative, quando cioè il giudice d'appello poteva decidere *ritenuto* il fatto stabilito dalla sentenza che si impugnava⁸³².

Il contraddittorio in appello, quindi, si svolge su tutta la materia del contendere del giudizio di primo grado, nei limiti, ovviamente, delle censure proposte con le impugnazioni principali e incidentali: si tratta del c.d. effetto devolutivo.

Ora, per devoluzione dell'oggetto del giudizio di primo grado non si deve necessariamente intendere l'automatica trasposizione dell'intero *quid disputandum*, ben essendo possibile, ad esempio, che attraverso delle impugnazioni parziali, limitate cioè a uno o più capi soltanto della sentenza, le parti ripropongano solo alcune delle censure dedotte nel primo grado del giudizio⁸³³.

Quello che invece è assolutamente precluso alle parti è estendere il contenuto del contraddittorio in grado d'appello mediante la proposizione di domande nuove⁸³⁴: si tratta del c.d. divieto dello *ius novorum*⁸³⁵, il quale peraltro incontra una deroga limitatamente al caso della proposizione per la prima volta in appello dei c.d. motivi aggiunti. Si tratta, sostanzialmente, di motivi che non sono nuovi dal punto di vista dogmatico, poiché aggiunti, ma nuovi in quanto proposti per la prima volta in appello⁸³⁶.

Si pensi al caso esemplare in cui l'amministrazione, soccombente in primo grado, intenda difendersi in secondo grado producendo nuovi documenti⁸³⁷, dai quali è peraltro possibile dedurre nuovi motivi di vizio dell'atto impugnato in primo grado: per il principio della parità e della completezza del contraddittorio non può allora vietarsi alla parte la proposizione di domande nuove nell'esercizio del suo diritto di difesa, esattamente come, all'opposto non potrà negarsi il diritto di reazione della controparte, la quale deve essere messa regolarmente a conoscenza delle nuove domande sempre per il principio del contraddittorio.

Da questo discorso emerge un'importante considerazione: "I motivi aggiunti non costituiscono un rimedio a carenze o manchevolezze della difesa nel precedente grado del giudizio, ma si configurano quale strumento integrativo del ricorso, in seguito all'acquisizione al processo di fatti nuovi, prima non noti al ricorrente⁸³⁸". Il ricorrente, infatti, non può essere limitato dalla possibilità per l'amministrazione di presentare soltanto nel giudizio d'appello atti

⁸³² Cfr., per questa parte storica L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 95.

⁸³³ A tale proposito si deve considerare la disciplina sulla rinuncia e sulla acquiescenza: così, a norma dell'art. 346 c.p.c. le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte, si intendono rinunciate; a norma dell'art. 329 c.p.c. l'impugnazione parziale, invece, comporta acquiescenza delle parti non impugate. Nel caso dell'assorbimento in senso proprio, i motivi possono essere richiamati anche con semplici memorie, non essendo necessario la proposizione dell'appello principale o incidentale. Cfr., Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 19 gennaio 1999, n. 1, in *Foro amministrativo*, 1/1999, 22. L'assorbimento in senso improprio, invece, comportando un vizio della procedura, deve essere proposto attraverso un mezzo di gravame.

⁸³⁴ In dottrina la ragione del principio viene rinvenuta nella necessità di rispettare il termine perentorio per la proposizione delle censure avverso l'atto amministrativo. Così U. POTOTSCHNIG e A. TRAVI, voce *Appello (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, p. 163.

⁸³⁵ Il divieto dello *ius novorum* è espressamente sancito come principio generale dall'art. 345 c.p.c.

⁸³⁶ Cfr., per ulteriori considerazioni a questo proposito E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI, p. 97.

⁸³⁷ Per Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 1977, n. 612, in *Foro amministrativo*, 1977, I, 1441 la documentazione nuova deve essere stata acquisita a seguito di istruttoria processuale, per cui non può trattarsi di documenti di cui la parte è venuta in possesso al di fuori del processo ed in via privata. Si ammette altresì la possibilità di intervenire *ad adiuvandum* per la prima volta in appello. Così Consiglio di Stato, sez. IV, 15 dicembre 1981, n. 1086, in *Foro amministrativo*, 1982, I, 1, 2330 e Consiglio di Stato, sez. IV, 22 febbraio 1980, n. 114, *ivi*, 1980, I, 51.

⁸³⁸ Ancora sul punto U. POTOTSCHNIG e A. TRAVI, voce *Appello (diritto amministrativo)*, cit., p. 164.

o documenti particolarmente rilevanti per le proprie difese, così sostanzialmente impedendogli di far valere le proprie ragioni, o costringendolo a farle valere in un giudizio diverso⁸³⁹.

Da questo indirizzo contrario all'introduzione di domande nuove non si discosta la giurisprudenza nelle vertenze in tema di diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Così, in materia di pubblico impiego, l'Adunanza plenaria del Consiglio⁸⁴⁰ di stato ha ammesso la possibilità di proporre per la prima volta in grado d'appello (nonché nel giudizio di ottemperanza) le domande di rivalutazione dei crediti e di richiesta degli interessi per due motivi: la parità di trattamento processuale rispetto ai lavoratori dipendenti che adiscono il giudice ordinario, la natura accessoria di tali richieste, liquidabili anche d'ufficio dal giudice.

Diversa è invece l'ipotesi della proposizione di nuove eccezioni⁸⁴¹, le quali non rientrano di per sé nel divieto dello *ius novorum*, ben potendo essere quindi proposte per la prima volta in appello⁸⁴², salvo eventuali incidenze sul regime delle spese processuali⁸⁴³ e salvo ovviamente la facoltà per l'appellante di proporre le contro-eccezioni per replicare alle eccezioni opposte con carattere di novità⁸⁴⁴. Su questa posizione, d'altronde, non sembra aver inciso l'entrata in vigore della legge 26 novembre 1990, n. 353, che, modificando l'art. 345 c.p.c., ha circoscritto la possibilità di proporre eccezioni nuove nell'appello civile alle sole eccezioni rilevabili d'ufficio. Anzi, il Consiglio di stato ha escluso in proposito qualsiasi rilevanza alla distinzione tra i due ordini di eccezioni, tanto da continuare a ritenere deducibili le eccezioni in senso stretto, compresa quella di prescrizione⁸⁴⁵, salvo che, ovviamente, non si sia verificata alcuna preclusione (ad esempio per effetto di una decisione interlocutoria divenuta inoppugnabile) o decadenza (ad esempio per la natura temporanea e non permanente dell'eccezione)⁸⁴⁶.

Per quanto riguarda invece le difese e le eccezioni già proposte in primo grado, l'effetto devolutivo opera nei limiti dell'impugnativa affidata all'iniziativa della parte o delle parti appellanti, cosicché non è detto che tutte le richieste e le affermazioni formulate in primo grado riemergano automaticamente⁸⁴⁷. Così non accade per l'appellante, il quale anzi deve riproporre nella veste di motivi di appello quelle eccezioni che il giudice consapevolmente abbia ritenuto di dover assorbire nonché quelle su cui abbia erroneamente omesso di pronunciare. L'effetto devolutivo apporta invece significativi vantaggi all'appellato, per il quale riemergono tutte le difese e le eccezioni proposte in primo grado e relative ai capi della sentenza impugnati.

Una volta stabilito che nel giudizio amministrativo di appello vige il divieto dello *ius novorum*, occorre individuare il criterio in base al quale si può classificare come nuova una domanda. L'operazione, estremamente agevole nel giudizio civile, sia rivela molto più complessa nel giudizio amministrativo. Nel primo caso, infatti, il termine di paragone è offerto dal solo *petitum*, ossia dalla specifica richiesta di tutela precisata in un momento particolare del processo, appunto l'udienza di precisazione delle conclusioni.

⁸³⁹ Cfr., GALLO, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino, 1985, p. 116.

⁸⁴⁰ Consiglio di stato, Adunanza plenaria, 1 agosto 1985, n. 18, in *Foro italiano*, 1985, III, 413.

⁸⁴¹ Per la giurisprudenza sul punto vedi Consiglio di stato, sez. VI, 27 gennaio 1978, n. 99, in *Consiglio di stato*, 1978, I, 114; Consiglio di stato, sez. VI, 3 marzo 1978, n. 309, in *Consiglio di stato*, 1978, I, 461.

⁸⁴² Il divieto di *ius novorum* in appello riguarda l'atto amministrativo impugnato e non la sentenza, per cui esso non concerne le difese e le eccezioni non proposte in prime cure dal resistente. Così Consiglio di stato, sez. VI, 21 febbraio 2001, n. 906, in ITALEDI CD-ROM.

⁸⁴³ In tal senso è orientata la giurisprudenza: Consiglio di Stato, sez. IV, 6 marzo 1996, n. 292, in *Foro amministrativo*, 1996, 821; sez. IV, 6 agosto 1997, n. 750, in *Foro amministrativo*, 1997, 1949; con riferimento all'eccezione di tardività del ricorso di primo grado, dedotta per la prima volta in grado d'appello, Consiglio di Stato, sez. VI, 10 luglio 1989, n. 847, in *Foro amministrativo*, 1989, 2094.

⁸⁴⁴ M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 381.

⁸⁴⁵ Vedi a questo proposito U. POTOTSCHNIG e A. TRAVI, voce *Appello (diritto amministrativo)*, cit., p. 165.

⁸⁴⁶ Sul punto cfr., DI RENZO, *L'eccezione nel processo amministrativo*, Napoli, 1968, p. 254.

⁸⁴⁷ Cfr., ancora DI RENZO, *L'eccezione nel processo amministrativo*, Napoli, 1968, pp. 250-251.

Nel giudizio amministrativo, invece, non esiste un simile momento temporale, anche perché la domanda nasce unica con l'atto introduttivo, il quale contiene l'esposizione dei fatti e dei motivi, l'indicazione delle norme che si assumono violate e la specificazione delle relative conclusioni. *A fortiori*, i motivi aggiunti non dovrebbero essere considerati delle domande nuove, ma specificazione e integrazione della domanda già proposta.

Se poi si considera che l'oggetto del secondo grado del giudizio non è il provvedimento impugnato, ma la sentenza che si impugna in rapporto alle censure dei motivi di vizio del provvedimento stesso, si comprende l'insufficienza e inidoneità del rinvio *per relationem* alle difese che hanno costituito il contraddittorio in primo grado: l'appellante principale e quello incidentale, insomma, devono specificare i motivi dell'appello, riproponendo non in astratto tutte le difese (domande ed eccezioni) del primo grado di giudizio, ma solo quelle su cui si basa la censura della sentenza impugnata⁸⁴⁸. Di conseguenza, domanda nuova e inammissibile sarà quella che muta il *petitum* formulando nuove censure di illegittimità: così, con riferimento alla sentenza, la domanda di eliminazione totale dell'atto mentre prima era stata richiesta l'eliminazione parziale; la domanda di eliminazione di una parte diversa dell'atto; la proposizione di una diversa domanda (es. annullamento in luogo di riforma); e, con riferimento all'atto, l'eliminazione di un atto diverso da quello impugnato.

Al contrario, non costituisce nuova domanda la riduzione del *petitum*: così la richiesta di eliminazione parziale in luogo di quella totale; la richiesta di rettifica per una migliore identificazione dell'atto (es. atto non più qualificato come concessione ma come autorizzazione)⁸⁴⁹.

Accanto all'ampia legittimazione ad appellare e alla larghezza nell'ammettere nuove eccezioni nel giudizio d'appello, completa il sistema processuale amministrativo l'estensione al giudice di secondo grado degli ampi poteri d'intervento d'ufficio riconosciuti al giudice di primo grado⁸⁵⁰.

Il giudice di appello, pertanto, deve in via preliminare e d'ufficio verificare se il giudizio di primo grado si è svolto nella completezza del contraddittorio⁸⁵¹: se infatti dovesse emergere che il ricorso originario non è stato notificato ad un legittimo e necessario contraddittore, ricorrerebbe quel difetto di procedura che, ai sensi dell'art. 35 della legge T.A.R., impone l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice di primo grado⁸⁵². Trattandosi di un vizio della procedura, in quanto attinente alla regolare costituzione del rapporto processuale, può essere rilevato dal giudice a prescindere dalla proposizione di un mezzo di gravame.

Nel caso si accertasse la completezza del contraddittorio in primo grado, il giudice dovrebbe poi procedere ad una simile verifica anche per quel che riguarda il secondo grado del giudizio, tenendo in debita considerazione la natura scindibile o inscindibile della causa data una pluralità di parti nel processo svoltosi in primo grado.

Per quanto riguarda più specificamente i poteri del giudice rispetto all'oggetto del giudizio, problemi particolari si pongono circa la rilevabilità d'ufficio delle eccezioni che riguardano la giurisdizione, la valida costituzione del rapporto processuale e l'inammissibilità del ricorso originario, nei casi in cui il giudice di primo grado non si sia pronunciato sul punto con

⁸⁴⁸ Vedi le considerazioni di M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 356.

⁸⁴⁹ Per ulteriori esemplificazioni vedi M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 356-357.

⁸⁵⁰ Così U. POTOTSCHNIG e A. TRAVI, voce *Appello (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, p. 178.

⁸⁵¹ Sul punto vedi Consiglio di Stato, sez. VI, 15 novembre 1982, n. 594, in *Consiglio di Stato*, 1982, I, 1462, secondo cui la mancata integrazione del contraddittorio in primo grado è rilevabile dal giudice d'appello e comporta l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al T.A.R. perché proceda ad un nuovo esame della vertenza nei confronti "di tutte le parti legittimate, a tal fine da evocarsi nei modi di legge". Vedi anche Consiglio di Stato, sez. IV, 10 aprile 1979, n. 268, *in*, 1979, I, 510.

⁸⁵² Cfr., sul punto L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 94.

espressa statuizione suscettibile di passaggio in giudicato⁸⁵³. Laddove, infatti, il giudice di primo grado si fosse pronunciato con apposita statuizione, la nullità non sarebbe rilevabile dal giudice di secondo grado d'ufficio⁸⁵⁴, eccetto che per il vizio attinente alla giurisdizione.

Tornando all'ipotesi precedente, il nodo centrale del problema riguarda la necessità di conciliare rilevazione d'ufficio ed estensione del contraddittorio alle parti, nel senso di garantire alle parti un minimo di contraddizione sull'eccezione rilevata dall'ufficio. Se questa possibilità è garantita in primo grado attraverso l'indicazione alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio al fine della loro trattazione, non si vede la ragione per non ritenere operante un simile meccanismo anche nel secondo grado del giudizio, soprattutto tenuto conto della circostanza che il giudice d'appello ha gli stessi poteri cognitori e decisori di quello di primo grado. Dovrebbe allora escludersi la possibilità di una rilevazione dell'eccezione per la prima volta con sentenza⁸⁵⁵.

Nessun problema si pone invece per le eccezioni sollevate dalle parti per iscritto: in questo caso, infatti, sono gli stessi termini per il deposito degli atti a garantire alle controparti la possibilità di contraddire.

7. IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO NEGLI ALTRI GIUDIZI.

7.1. LA TUTELA CAUTELARE.

Il principio del giusto procedimento e del giusto processo hanno fortemente inciso sulla tutela cautelare conformandone, rispettivamente, la disciplina sostanziale e processuale⁸⁵⁶.

Per quanto concerne il primo profilo va in articolare osservato che la recente riforma della legge n. 241/1990 ad opera delle leggi n. 15 e n. 80 del 2005 ha introdotto il potere di sospensione proprio in via amministrativa del provvedimento contestato, sia pure nel limitato ambito dell'esercizio del potere di autotutela decisoria, consentendo così una più immediata e efficace tutela delle situazioni giuridiche soggettive già nella fase procedimentale, nonché una deflazione del contenzioso, soprattutto cautelare.

Sul piano processuale, invece, diverse riforme legislative hanno nel corso degli anni trasformato i caratteri stessi del rito cautelare, nel senso di una più spiccata autonomia del provvedimento cautelare rispetto alla decisione di merito e di una assoluta atipicità del medesimo da un punto di vista contenutistico, comunque nel rispetto del principio del contraddittorio tra le parti.

Quanto al primo aspetto, il recente codice dei contratti pubblici (Dlgs n. 163/2006), che ha recepito le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, all'art. 245, intitolato "strumenti di tutela" prevede che "*in caso di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie di cui all'art. 21, comma 9, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare. (...). Il provvedimento di accoglimento perde comunque effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua prima emissione. (...). Il provvedimento di accoglimento non è appellabile ma fino a quando conserva efficacia e sempre revocabile o modificabile senza formalità. (...). Le disposizioni del presente articolo non si applicano ai giudizi in grado di appello, per i quali le istanze cautelari restano disciplinate dagli artt. 21 e 23-bis della legge sui tribunali amministrativi regionali*". Nel nostro ordinamento giuridico, dunque, sia pure limitatamente al campo di applicazione del codice dei contratti pubblici e comunque nel rispetto dei rimedi cautelari ordinari previsti dagli artt. 21 e 23-bis della legge n. 1034/1971 e dall'art. 3 della legge

⁸⁵³ Vedi per la dottrina e la giurisprudenza sul punto U. POTOTSCHNIG e A. TRAVI, voce *Appello (diritto amministrativo)*, cit., p. 174.

⁸⁵⁴ Cfr., Consiglio di Stato, sez. IV, 22 agosto 1997, n. 895, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, 1029: questo è in particolare il caso del difetto di integrazione del contraddittorio e del vizio di inammissibilità del ricorso.

⁸⁵⁵ Cfr., sul punto L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit. p. 99.

⁸⁵⁶ Così approfonditamente E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 263-291.

n. 205/2000, è stata introdotta una forma di tutela cautelare ante causam, prima del tutto sconosciuta al sistema di diritto processuale amministrativo, comunque rispettosa del principio del contraddittorio, atteso che in ogni caso l'istanza cautelare deve essere previamente notificata ai sensi dell'art. 21, legge Tar.

Per quanto concerne, invece, la tradizionale misura cautelare ante causam, l'effettività del principio del contraddittorio è assicurata dalla possibilità di concedere la tutela *inaudita altera parte* senza comunque prescindere dalla preventiva notifica del ricorso che esiste nella sua materialità benché non ancora depositato nella segreteria del Tar competente⁸⁵⁷.

Dispone, infatti, l'art. 21 delle legge TAR che *“prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio. Il decreto è efficace fino alla pronuncia del Collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile”*.

Sempre nella integrità del contraddittorio la legge n. 205/2000 all'art. 9 consente, in casi non complessi, la possibilità che in sede cautelare possa addirittura decidersi nel merito⁸⁵⁸ l'intera controversia tramite una sentenza resa in forma semplificata (art. 26, legge TAR)⁸⁵⁹.

Dispone infatti l'art. 26 che *“nel caso in cui si ravvisino la manifesta fondatezza, ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità o infondatezza del ricorso, il tribunale amministrativo regionale e il Consiglio di Stato decidono con sentenza succintamente motivata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme. (...) La decisione in forma semplificata è assunta, nel rispetto del contraddittorio, nella camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare (...)”*.

La disciplina generale del rito cautelare è contenuta nell'art. 21, comma ottavo della legge TAR, come modificato dall'art. 3 della legge n. 205/2000, secondo cui *“Se il ricorrente, allegando un pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione, durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso chiede l'emaneazione di misure, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiano, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare integralmente gli effetti della decisione sul ricorso, il tribunale amministrativo regionale si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio”*.

Quanto alla regolamentazione delle sopravvenienze giuridiche, lo stesso art. 21 legge TAR dispone che *“la domanda di revoca o modificazione delle misure cautelari concesse e la riproposizione della domanda cautelare respinta sono ammissibili solo se motivate con riferimento a fatti sopravvenuti”*.

La legge n. 205 del 2000 ha, infine, previsto l'appellabilità delle ordinanze cautelari disponendo sempre all'art. 21 legge TAR che le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche ai giudizi davanti al Consiglio di Stato. E ciò vale anche con riferimento alla richiesta di provvedimento cautelare *inaudita altera parte*, ma non invece per l'appello cautelare ante causam. Dispone infatti l'art. 245 del codice dei contratti, comma ottavo, che *“le disposizioni del presente articolo non si applicano ai giudizi in grado di appello, per i quali le istanze cautelari restano disciplinate dagli art. 21 e 23-bis della legge TAR”*.

Un ultimo interessante aspetto della legge n. 205 attiene ai poteri cautelari del giudice in sede di statuizione del termine perentorio entro il quale l'amministrazione è tenuta ad

⁸⁵⁷ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., p. 271; CARINGELLA, *Giustizia Amministrativa*, Napoli, 2001, 415; F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, E.S.I., 1989, 320.

⁸⁵⁸ Cfr., sul mutamento del rito Consiglio di Stato, sez. VI, 26 giugno 2001, n. 3463, in ITALEDI CD-ROM, secondo cui il giudice ha il potere di operare d'ufficio la conversione del rito, anche in caso di mancata presentazione dell'assenso delle parti, o addirittura di manifestazione di dissenso, sempre che sussistano i presupposti dell'integrità del contraddittorio e della maturità dell'istruttoria che consentano di soddisfare l'esigenza di accelerazione processuale.

⁸⁵⁹ Per ampie considerazioni sul punto vedi E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, cit., p. 264; M.R. SANCHINI, *La nuova tutela cautelare*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 45.

ottemperare: pur non potendo sottoporre le ordinanze cautelari a giudizio di ottemperanza in senso stretto, il giudice (anche in grado di appello) può esercitare ampi poteri, indicando le modalità e, ove occorra, il soggetto che deve provvedere, su richiesta della parte interessata, con istanza motivata e notificata alle altre parti (cd esecuzione coattiva delle pronunce cautelari o ottemperanza anomala)⁸⁶⁰.

7.2. IL REGOLAMENTO DI COMPETENZA.

Il regolamento di competenza rappresenta un atto del giudizio del processo di primo grado, con natura di eccezione, che apre una fase incidentale del giudizio radicato presso il T.A.R., determinandone così la sospensione impropria⁸⁶¹. Il vizio di incompetenza, infatti, non è altrimenti deducibile, non potendo essere sollevato d'ufficio⁸⁶² né rilevato mediante semplice eccezione formulata nel controricorso, nella memoria difensiva o nell'atto di intervento né tanto meno può essere proposto oralmente in udienza o dedotto come motivo di appello.

La legittimazione attiva compete alle parti resistenti e a qualsiasi interveniente.

Per parti resistenti si intendono sicuramente l'amministrazione che ha adottato l'atto e i controinteressati all'impugnazione, a prescindere dalla loro costituzione in giudizio: infatti, si ritiene ormai pacificamente in giurisprudenza⁸⁶³ che la legittimazione alla proposizione del regolamento di competenza deriva dal fatto stesso della notificazione del ricorso principale, non essendo addirittura necessario nemmeno il compimento di una qualsiasi attività difensiva⁸⁶⁴, anche se la qualità di resistente va accertata alla data del successivo deposito del ricorso notificato⁸⁶⁵. Si ritiene legittimato, a differenza del ricorrente principale, anche il ricorrente incidentale, essendo questi essenzialmente un controinteressato⁸⁶⁶.

Per parti intervenienti invece si intendono coloro che intervengono in giudizio tramite un atto regolarmente notificato e depositato, per sostenere le ragioni del ricorrente (intervento *ad adiuvandum*) o degli intimati resistenti (intervento *ad opponendum*)⁸⁶⁷.

L'istanza di regolamento di competenza va regolarmente notificata a cura del proponente a tutte le parti in causa che non vi abbiano aderito⁸⁶⁸, oltre che naturalmente al ricorrente principale, fino al momento della costituzione in giudizio di chi propone l'istanza⁸⁶⁹. Comunemente in dottrina e in giurisprudenza si ritiene che destinatari della notificazione siano l'amministrazione, tutti i controinteressati evocati in giudizio anche non costituiti e tutti coloro

⁸⁶⁰ Ancora N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 305.

⁸⁶¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1375, in *Consiglio di Stato*, 2002, I, 548.

⁸⁶² Il vizio di incompetenza può invece essere rilevato dall'ufficio nel giudizio di ottemperanza. Così Consiglio di Stato, sez. IV, 22 maggio 2000, n. 2926, in *Foro amministrativo*, 1712; e 17 luglio 2000, n. 3926, in *Foro amministrativo*, 2000, 2615.

⁸⁶³ Consiglio di Stato, sez. IV, 27 agosto 1979, n. 678, in *Foro italiano*, 1980, III, 351; 19 ottobre 1979, n. 830, in *Rivista amm.*, 1979, 901.

⁸⁶⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 24 ottobre 1978, n. 1082, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 1499.

⁸⁶⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, 13 giugno 1978, n. 593, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 1001.

⁸⁶⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 23, in *Foro italiano*, 2001, III, 378.

⁸⁶⁷ Sulla legittimazione dell'interveniente: Consiglio di Stato, sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 23, in *Foro italiano*, 2001, III, 379.

⁸⁶⁸ Cfr., sulla completezza del contraddittorio L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 105. L'Autore fa notare che nonostante la giurisprudenza escluda l'integrazione del contraddittorio, a tale soluzione si dovrebbe pervenire esaminando i poteri del tribunale adito in camera di consiglio: come potrebbe il giudice verificare che vi sia accordo tra le parti ai fini della rimessione del giudizio al T.A.R. concordemente individuato se non potesse convocare tutte le parti interessate? Contra, sull'inammissibilità dell'istanza di regolamento di competenza non notificata alle controparti T.A.R. Basilicata Potenza, 14 novembre 2000, n. 717; T.A.R. Piemonte, Torino, 22 novembre 2000, n. 1221; Consiglio di Stato, sez. IV, 1 febbraio 2001, n. 400, tutte in ITALEDI CD-ROM.

⁸⁶⁹ Consiglio di Stato, sez. IV, 7 settembre 2000, n. 4735, in *Foro amministrativo*, 2000, fasc. 9.

che si siano spontaneamente costituiti o che vi siano intervenuti: residuano, quindi, solo i controinteressati non chiamati in giudizio e coloro che non vi sono intervenuti⁸⁷⁰.

La giurisprudenza è poi concorde nell'escludere la possibilità di una successiva integrazione del contraddittorio tramite l'effettuazione delle omesse notificazioni⁸⁷¹, stante le peculiarità del giudizio incidentale e il carattere perentorio del termine: venti giorni dalla data della costituzione in giudizio del proponente, non dimezzabile anche se la controversia è nelle materie previste dalla legge n. 205/2000⁸⁷². Si noti in particolare che il termine per la costituzione in giudizio è quello previsto dall'art. 22 della legge T.A.R., e cioè venti giorni dopo il deposito del ricorso⁸⁷³: la tardiva costituzione in giudizio non vale quindi a riaprire il termine⁸⁷⁴.

Per quanto riguarda il luogo della notificazione, questa va effettuata presso il domicilio eletto per le parti costituite, presso il domicilio reale per le parti non costituite; l'istanza va poi depositata nel termine massimo di trenta giorni dall'ultima notificazione presso la segreteria del T.A.R. adito, anche se la domanda correttamente va indirizzata al Consiglio di stato cui spetta la decisione⁸⁷⁵.

Al deposito nella segreteria del T.A.R. adito segue una fase preliminare tendente ad accertare la volontà delle parti in ordine alla possibilità di rimettere il giudizio al T.A.R. concordemente designato: in questa fase il giudice ha sempre seguito la prassi di disporre la previa convocazione delle parti dinanzi a sé. Individuato concordemente il tribunale, resta da considerare le modalità della costituzione in giudizio: correttamente si ritiene che non sarebbe sufficiente il deposito di una semplice memoria difensiva, essendo invece necessario un atto di costituzione notificato alla controparte. Se il ricorrente non si costituisce nel termine di venti giorni dalla rimessione del giudizio, il processo si estingue per decadenza.

Nell'eventualità invece che le parti non raggiungano un accordo, segue la fase camerale del giudizio sulla non manifesta inammissibilità della domanda, fase ora affidata dalla legge n. 205/2000 al T.A.R. in sede collegiale, anziché come un tempo al Consiglio di Stato.

Nel caso di rigetto dell'istanza da parte del T.A.R., in dottrina si dubita della soluzione accolta nella giurisprudenza di consentire l'appello, visto che il meccanismo della sommaria delibazione ha proprio lo scopo di evitare la decisione del Consiglio di Stato: così, in definitiva, si vengono solo a duplicare i giudizi del Consiglio di Stato⁸⁷⁶.

Il procedimento in camera di consiglio viene adottato anche nel caso della rimessione degli atti al Consiglio di Stato: in questo caso è la segreteria del T.A.R. adito che cura la trasmissione degli atti, di cui è dato avviso⁸⁷⁷ alle parti costituite in giudizio, in modo che queste possano curare la completezza del materiale istruttorio tramite il deposito di memorie e documenti nei venti giorni successivi⁸⁷⁸. All'udienza camerale possono essere sentiti come di solito i difensori delle parti che ne facciano richiesta: in caso di accordo, l'estinzione del processo per cessazione della materia del contendere può essere pronunciata fino all'udienza di discussione della causa, in caso contrario il giudizio prosegue fino alla sentenza che decide nel merito la controversia. Nel caso in cui venga designato il giudice competente il ricorrente deve

⁸⁷⁰ Consiglio di Stato, sez. IV, 7 maggio 2001, n. 2556, in *Foro amministrativo*, 2001, 1123.

⁸⁷¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 21 giugno 2001, n. 3332, in *Foro amministrativo*, 2001, fasc. 6.

⁸⁷² Consiglio di Stato, sez. IV, 11 luglio 2001, n. 3899, in *Foro amministrativo*, 2001, fasc. 7-8.

⁸⁷³ Consiglio di Stato, sez. VI, 24 ottobre 1978, n. 1082, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 1499.

⁸⁷⁴ Il termine massimo per la proposizione del regolamento di competenza è quindi di settanta giorni: 30 per il deposito del ricorso, 20 per la costituzione in giudizio, 20 per il regolamento. Sul punto vedi N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 238-239.

⁸⁷⁵ Vedi N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 241.

⁸⁷⁶ Vedi Consiglio di Stato, sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1375, in *Consiglio di Stato*, 2002, I, 548.

⁸⁷⁷ Vedi Consiglio di Stato, sez. IV, 5 febbraio 1998, n. 220, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 184.

⁸⁷⁸ Vedi Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 1991, n. 22, in *Consiglio di Stato*, 1991, I, 4; 13 gennaio 1992, n. 32, in *Consiglio di Stato*, 1992, I, 17.

riassumere⁸⁷⁹ il processo entro trenta giorni dalla notifica della decisione del Consiglio di Stato, riproponendo il suo ricorso, notificandolo alle controparti⁸⁸⁰ e depositandolo nella segreteria del giudice; nel caso invece l'istanza venga rigettata, giudice competente rimane quello originariamente adito cui gli atti del processo vengono ritrasmessi, senza che sia necessaria la riproposizione di una nuova domanda.

7.3. IL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA.

Se il giudizio di ottemperanza sembra essere il protagonista di un processo di straordinario cambiamento, se non addirittura di una vera e propria mutazione genetica⁸⁸¹ per quanto riguarda l'ambito di applicazione dell'istituto medesimo⁸⁸², con specifico riguardo al problema dell'applicazione del principio del contraddittorio si deve concludere in tutt'altro senso, rappresentando anzi l'estensione in questione la soluzione più logica da un punto di vista sistematico e strutturale: sotto il primo profilo, infatti, viene in rilievo la consistenza del contraddittorio quale principio di civiltà giuridica in ogni tipo di procedimento che può concludersi con la produzione di effetti giuridici nella sfera dei terzi; sotto il secondo profilo si rileva che l'ottemperanza è solo l'epilogo di quel processo amministrativo che dottrina e giurisprudenza si sono impegnate negli anni a costruire come "processo di parti"⁸⁸³.

Così, se in passato una Sezione⁸⁸⁴ del consiglio di Stato ha negato che nella trattazione dei ricorsi diretti ad ottenere l'esecuzione del giudicato debbano essere osservate le forme ordinarie del contraddittorio, in quanto il loro esame non comporta la decisione di una controversia, l'Adunanza plenaria⁸⁸⁵ del Consiglio stesso e poi la giurisprudenza dei T.A.R. hanno avallato tutt'altro orientamento, nel presupposto che anche il ricorso in questione dia luogo "ad un regolare giudizio con pienezza di contraddittorio"⁸⁸⁶.

In modo esemplare T.A.R. Lazio: "Anche nella fase dell'esecuzione del giudicato deve essere assicurato il rispetto del principio del contraddittorio; pertanto, il ricorrente deve notificare il ricorso sia all'amministrazione intimata sia al soggetto che originariamente rivestiva la qualità di controinteressato. La necessità di garantire l'osservanza del principio del contraddittorio anche nel procedimento per l'esecuzione del giudicato è frutto di un mutamento giurisprudenziale; pertanto, in considerazione della diversa interpretazione fornita in passato sul punto, può essere riconosciuto l'errore scusabile (con rinvio della causa al

⁸⁷⁹ Sull'argomento cfr., CARACCILO LA GROTTIERA, *La riassunzione nel processo amministrativo*, Milano, 1988, p. 103 e ss.

⁸⁸⁰ T.A.R. Lazio, sez. III, 15 febbraio 1982, n. 149, in *Foro amministrativo*, 1982, I, 788.

⁸⁸¹ Cfr., le interessanti considerazioni di N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Giuffrè Editore, 2003, p. 147. per un quadro generale sull'istituto vedi A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3507.

⁸⁸² Non più solamente le sentenze di tipo dichiarativo che necessitano di un'attività provvedimento della pubblica amministrazione, ma anche le sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro⁸⁸²; il decreto ingiuntivo non opposto (o anche opposto ma laddove l'opposizione sia stata dichiarata inammissibile, improcedibile o estinta, e similmente l'ordinanza di convalida di sfratto e il lodo arbitrale dichiarato esecutivo); le sentenze delle giurisdizioni speciali (eccetto le pronunce delle nuove commissioni tributarie istituite con d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 545); le decisioni del Presidente della Repubblica a seguito di ricorso straordinario. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 30 aprile 1982, n. 6, in *Foro amministrativo*, 1982, I, 1, 626 ha invece escluso l'esperibilità dell'ottemperanza ai fini dell'esecuzione dell'ordinanza cautelare di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato. Vedi comunque per i nuovi poteri spettanti al giudice cautelare con l'entrata in vigore della legge n. 205/2000, N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, cit., p. 305.

⁸⁸³ Cfr., le conclusioni di L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, cit., p. 111.

⁸⁸⁴ Si tratta della Sezione VI, 29 novembre 1977, n. 889, in *Foro amministrativo*, 1977, I, 1, 2678.

⁸⁸⁵ Tra le più recenti vedi Consiglio di Stato, sez. V, n. 178/1999 e n. 938/2000; nella giurisprudenza dei Tribunali: T.A.R. Campania, 9 luglio 1975, n. 129; 9 luglio 1975 n. 139 e 27 aprile 1976 n. 430, in *Tribunali amministrativi regionali*, 1975, I, 2779, 2788 e 1976, I, 2536.

⁸⁸⁶ Cfr., L. MIGLIORINI, voce *Principio del contraddittorio III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. VIII, p. 4.

primo giudice che non ha applicato il principio) nel caso in cui il ricorso introduttivo non sia stato notificato anche all'amministrazione intimata e al controinteressato⁸⁸⁷.

Resta comunque ferma in dottrina e in giurisprudenza la configurazione mista del giudizio di ottemperanza: "I ricorsi proposti per ottemperanza al giudicato danno luogo ad un procedimento che presenta caratteri assolutamente particolari, non riconducibili a quelli del giudizio di cognizione né a quelli del processo di esecuzione disciplinato dal codice di procedura civile. Pur avendo natura giurisdizionale, è un procedimento *sui generis*, che si proietta nella fase di realizzazione positiva e pratica della sentenza da eseguire, in quanto integra e conduce a segno gli effetti di tale sentenza e non dà luogo ad una nuova vicenda giurisdizionale"⁸⁸⁸.

La legittimazione attiva a proporre ricorso per l'esecuzione del giudicato compete a chi, parte⁸⁸⁹ nel giudizio di merito conclusosi con una pronuncia definitivamente esecutiva ed inoppugnabile, sia titolare di un diritto pretensivo alla ottemperanza da parte della amministrazione soccombente, cui spetta quindi la legittimazione passiva. Ciò non toglie che legittimato passivo può essere anche un diverso soggetto rimasto estraneo al processo, quando per l'esecuzione del giudicato è necessario porre in essere un'attività vincolata e puntuale che rientra nelle sue attribuzioni⁸⁹⁰.

Per quanto riguarda invece termini e modalità della proposizione, il ricorso è esperibile entro il termine decennale di decadenza, decorrente dal passaggio in cosa giudicata; ai fini dell'ammissibilità⁸⁹¹ del ricorso è però necessaria la notificazione⁸⁹² all'amministrazione soccombente di un atto di messa in mora, con cui si intima di eseguire il giudicato entro il termine di trenta giorni, dopodiché si procederà giudizialmente⁸⁹³. Si ritiene comunque non necessario il preventivo atto di messa in mora qualora l'amministrazione lasci intendere, in maniera non equivoca, di non voler ottemperare spontaneamente⁸⁹⁴.

La notificazione deve essere effettuata dopo il passaggio in giudicato, fermo restando la possibilità di proporre il ricorso nella pendenza del termine di trenta giorni⁸⁹⁵, sempre che esso venga discusso dopo la scadenza del termine e sempre che residui l'inottemperanza⁸⁹⁶.

Diversamente dai ricorsi ordinari la legge non prevede la previa notificazione del ricorso all'amministrazione resistente, ma solo il deposito del ricorso nella segreteria del giudice adito, la quale poi curerà tutte le dovute comunicazioni. In giurisprudenza è comunque invalsa la prassi di esigere la previa notificazione del ricorso⁸⁹⁷ a tutela sia della parte vittoriosa che della parte soccombente: per la prima è infatti essenziale l'esatta individuazione dell'autorità tenuta

⁸⁸⁷ T.A.R. Lazio, sez. III, 23 novembre 2001, n. 10068; sez. III, 2 gennaio 2001, n. 2 in ITALEDI CD-ROM.

⁸⁸⁸ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 14 luglio 1978, n. 23, in *Foro italiano*, 1978, III, 449.

⁸⁸⁹ La giurisprudenza nega la legittimazione a chi non abbia rivestito nel processo la qualità di parte: così T.A.R. Emilia-Romagna-Parma, 28 gennaio 1997, n. 37, in *T.A.R.*, 1997, I, 1034. in caso di giudicato indivisibile anche chi non ha partecipato al giudizio può servirsi dell'istituto, appunto perché gli effetti favorevoli della sentenza si estendono a tutti: così T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 20 settembre 1991, n. 525, in *T.A.R.*, 1991, I, 704. la legittimazione attiva si estende poi ai rappresentanti e/o successori delle parti: così T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 28 febbraio 1996, n. 60, in *T.A.R.*, 1996, I, 1564.

⁸⁹⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 6 maggio 1997, n. 690, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, 771. Nel caso specifico si trattava di eseguire il giudicato nei confronti del Ministero (terzo rispetto al giudizio) cui spettava di determinare il trattamento economico del ricorrente vittorioso, di modo che l'ente previdenziale (parte nel giudizio) potesse infine erogare la prestazione.

⁸⁹¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 18 maggio 1998, n. 823, in *Foro amministrativo*, 1998, 1374.

⁸⁹² La notificazione deve essere effettuata presso il domicilio reale, e non presso il domicilio eletto. Sul punto vedi N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, cit., pp. 168-169.

⁸⁹³ Consiglio di Stato, sez. IV, 9 febbraio 1998, n. 228, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 188; 29 luglio 1993, n. 752, *ivi*, 1993, I, 909.

⁸⁹⁴ T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 7 marzo 1992, n. 157, in *T.A.R.*, 1992, I, 2338.

⁸⁹⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 1991, n. 15, in *Foro amministrativo*, 1991, 38.

⁸⁹⁶ Cfr., P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 423.

⁸⁹⁷ Cfr., C. CALABRO', voce *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XV, p. 5.

ad ottemperare; per la seconda invece è essenziale poter intervenire per influenzare la decisione del giudice.

Molte cose, del resto, sono cambiate rispetto al passato: se prima l'amministrazione tenuta ad ottemperare era tenuta fuori dal giudizio (tant'è che non si parlava né di costituzione in giudizio, né di amministrazione resistente, né di controricorso, né di patrocinio tecnico) e tutte le comunicazioni seguivano il percorso indiretto del canale ministeriale, oggi l'amministrazione è interlocutrice diretta e parte di un giudizio in cui pone in essere un'attività difensiva in senso proprio (non più quindi le semplici "osservazioni" di un tempo), attraverso la produzione di un controricorso o memoria. Addirittura possono partecipare al giudizio gli intervenienti, nelle due forme dell'intervento adesivo dipendente: *ad adiuvandum* e *ad opponendum*⁸⁹⁸. Al giudizio di ottemperanza possono poi partecipare (anzi, la partecipazione preventiva è auspicabile per il contemperamento dei diversi interessi coinvolti) i terzi controinteressati all'adozione della misura di esecuzione del giudicato pregiudizievole della loro sfera giuridica, fermo restando l'esperibilità dell'opposizione di terzo⁸⁹⁹ e dei rimedi approntati per le parti del giudizio, come l'opposizione all'esecuzione⁹⁰⁰.

Per quanto concerne invece il rito, sia che si segua il rito ordinario con la decisione in udienza pubblica, sia che si segua il procedimento in camera di consiglio, la tutela del contraddittorio non muta: in primo luogo perché anche la camera di consiglio prevede una tale tutela, in secondo luogo perché non è detto che l'audizione orale dei difensori delle parti sia meno garantistica, anzi, forse l'oralità rappresenta un *quid pluris* rispetto al metodo documentale⁹⁰¹.

L'introduzione del principio del contraddittorio nel giudizio di ottemperanza risponde poi all'esigenza sempre più sentita di potenziare i poteri sia cognitori che decisori del giudice⁹⁰², in vista dell'effettiva esecuzione del giudicato. Infatti, al giudice è demandato non solo il compito di verificare e dichiarare il comportamento omissivo od elusivo (nel caso dell'inesatta o illegittima esecuzione si deve instaurare un giudizio di legittimità) dell'amministrazione tenuta ad ottemperare, ma anche il compito di individuare i termini e le modalità dell'adempimento, nonché, ove occorra, nominare un commissario *ad acta* che adempia al posto dell'amministrazione una volta scaduto il termine assegnato. Anzi, tanta è la corrispondenza e il confronto tra le parti e il giudice che il giudizio di ottemperanza dà luogo al fenomeno del c.d. giudicato a formazione progressiva⁹⁰³: "se in sede di esecuzione del giudicato, il commissario *ad acta*, quale *longa manus* del giudice, non è tenuto ad instaurare il contraddittorio con le parti per l'effettuazione delle attività allo stesso demandate"⁹⁰⁴, avverso gli atti commissariali è comunque sia previsto un ricorso-reclamo sia da parte del resistente che del ricorrente⁹⁰⁵.

A chiusura del sistema sono infine previsti i rimedi dell'appello avverso le sentenze di ottemperanza pronunciate dal T.A.R., la revocazione e il ricorso per Cassazione per violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa avverso le sentenze del Consiglio di Stato⁹⁰⁶.

⁸⁹⁸ Per una rassegna completa di tutte le innovazioni in tema di contraddittorio nel giudizio di ottemperanza vedi N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, cit., p. 172.

⁸⁹⁹ Consiglio di Stato, sez. IV, 12 luglio 1995, n. 560, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, 1028.

⁹⁰⁰ Cfr., sulla tutela del terzo nell'esecuzione del giudicato *inter alios* B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 192-201.

⁹⁰¹ Ancora per ampie considerazioni sul punto N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, cit., p. 173.

⁹⁰² Cfr., sui poteri del giudice V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 1009 e ss.

⁹⁰³ cfr., L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 47.

⁹⁰⁴ così T.A.R. Lazio, sez. III, 15 novembre 2001, n. 9458, in ITALEDI CD-ROM.

⁹⁰⁵ T.A.R. Liguria, sez. I, 17 ottobre 1997, n. 364, in *Foro amministrativo*, 1998, 1526.

⁹⁰⁶ Cassazione SS.UU., 23 giugno 1993, n. 6947, in *Mass. Giust. Civ.*, 1993, 1068.

Un ultimo profilo da analizzare riguarda la novità introdotta dall'art. 10 della legge n. 205/2000, la quale prevede che nelle more del passaggio in giudicato⁹⁰⁷ della sentenza siano attribuiti al giudice di primo grado i poteri necessari⁹⁰⁸ per garantire al ricorrente vittorioso l'utilità che gli deriva dalla titolarità dell'interesse sostanziale sul bene della vita: il richiamo ai poteri del giudice lascia tra l'altro intendere che nemmeno sia necessario provocare la reazione dell'amministrazione soccombente con un atto di messa in mora, come accade invece ordinariamente nel vero e proprio giudizio di ottemperanza⁹⁰⁹.

7.4. IL RICORSO PER CASSAZIONE E IL REGOLAMENTO PREVENTIVO DI GIURISDIZIONE.

Con riguardo alla giustizia amministrativa l'art. 111⁸ della Costituzione stabilisce che il ricorso per Cassazione rappresenta un mezzo di impugnazione utilizzabile avverso le sentenze pronunciate dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei Conti per i soli motivi inerenti alla giurisdizione. Similmente, gli artt. 360 e 362 c.p.c. stabiliscono rispettivamente che il ricorso per cassazione è ammissibile contro le sentenze del giudice ordinario e di quello speciale pronunciate in grado d'appello o in unico grado. Analoghe disposizioni, inoltre, si rinvengono nell'ambito delle leggi amministrative⁹¹⁰.

Dalla giurisprudenza della Cassazione si desume che il "motivo inerente alla giurisdizione" non si riduce all'ipotesi tradizionale del difetto assoluto di giurisdizione, ossia l'invasione della sfera di giurisdizione spettante ad altro giudice, ordinario o speciale, ma comprende al suo interno altri interessanti fenomeni. Così, si ritiene attinente alla giurisdizione l'eccesso di potere giurisdizionale (è l'ipotesi del giudice amministrativo che invade la sfera riservata dalla legge all'amministrazione); ancora, l'esercizio del sindacato di merito (è l'ipotesi del giudice amministrativo che sindacava nel merito pur essendo tenuto al solo giudizio di legittimità); infine, l'irregolare composizione dell'organo giudicante, anche se tale fenomeno non sembra profilare correttamente una questione di giurisdizione in senso tecnico-processuale.

Per quanto concerne più in particolare il procedimento, questo ha inizio con la proposizione del ricorso da notificare nelle forme consuete entro sessanta giorni a decorrere dalla notifica della sentenza (si tratta del c.d. termine breve, decorrente dalla notificazione della sentenza curata dalla parte che ha immediato interesse a ricorrere) o entro un anno dal giorno della pubblicazione (si tratta del c.d. termine lungo)⁹¹¹. La notificazione del ricorso deve essere chiesta personalmente dalla parte o dal difensore munito di procura per il ricorso; in caso contrario, la notificazione non è nulla, ma affetta da mera irregolarità sanabile⁹¹².

Una volta notificato, il ricorso deve essere depositato in cancelleria entro 20 giorni a pena di improcedibilità dall'ultima notificazione alle parti; contestualmente vengono depositati la copia autentica della sentenza impugnata, la procura speciale e gli atti e i documenti sui quali il ricorso si fonda. Ulteriore particolarità è l'impossibilità di utilizzare documenti e atti non

⁹⁰⁷ T.A.R. Lazio, sez. II, 16 gennaio 2002, n. 413, in *Foro amministrativo-T.A.R.*, 2002, 147: "poiché la sentenza di primo grado è suscettibile di essere riformata in sede di appello, il giudice adito deve procedere con prudente ed equilibrato apprezzamento nell'adozione di provvedimenti esecutivi implicanti effetti necessariamente interinali *ad decusum*, in previsione della sopravvenienza del definitivo giudicato".

⁹⁰⁸ Cfr., a questo proposito B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Cedam, 2000, p. 238 e ss.

⁹⁰⁹ T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 13 marzo 2002, n. 1348, in *T.A.R.*, 2002, 2016.

⁹¹⁰ Per una disamina delle fonti normative in materia di ricorso per cassazione per i motivi inerenti alla giurisdizione cfr., A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Breviaria Iuris*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Cedam, p. 559 e ss. Vedi in particolare il disposto dell'art. 36 della legge T.A.R. e dell'art. 48 del T.U. n. 1054 del 1924.

⁹¹¹ Sul termine vedi MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, cit., p. 112.

⁹¹² Cassazione, 17 novembre 1976, n. 4280; più recentemente poi, è stato ritenuto irrilevante che il difensore che abbia proceduto alla notifica non fosse abilitato al patrocinio innanzi alle magistrature superiori: così Cassazione, 7 dicembre 1990, n. 11764.

prodotti nei precedenti gradi del processo, salvo che riguardino la nullità della sentenza impugnata e l'inammissibilità del ricorso e del controricorso⁹¹³.

Il ricorso deve contenere invece a pena di inammissibilità l'indicazione delle parti⁹¹⁴, l'esposizione sommaria dei fatti della causa⁹¹⁵, i motivi per i quali si chiede la cassazione della sentenza (non essendo tra l'altro possibile sopperirvi con successive memorie)⁹¹⁶, l'indicazione della procura speciale se conferita con atto separato.

Una volta instaurato il giudizio di cassazione con la proposizione del ricorso, il procedimento si svolge senza necessità di atti di impulso di parte, per cui nemmeno rilevano fenomeni come l'estinzione per inattività delle parti (rileva invece l'estinzione per rinuncia⁹¹⁷) o l'interruzione del processo. Si ritiene, tuttavia, che nonostante gli ampi poteri di direzione del processo riconosciuti al giudice, il contraddittorio con la controparte non possa essere disconosciuto: in primo luogo perché il primo contatto non si instaura tra il ricorrente ed il giudice, bensì tra ricorrente e resistente (il ricorso va prima notificato e poi depositato); in secondo luogo per le importanti difese che la controparte può porre in essere nel corso del giudizio⁹¹⁸.

La controparte, resistente al ricorso, qualora intenda contraddire deve farlo, a norma dell'art. 370 c.p.c., mediante controricorso da notificare⁹¹⁹ al ricorrente nel domicilio eletto (o, in difetto di elezione, in cancelleria) entro venti giorni dalla scadenza del termine stabilito per il deposito del ricorso. La conseguenza giuridica ricollegabile alla mancata notificazione del controricorso è che la parte non può più in seguito presentare le memorie di cui all'art. 378 c.p.c. (si tratta della memoria che il resistente potrebbe depositare in risposta alla memoria aggiuntiva depositata dal ricorrente cinque giorni prima dell'udienza di discussione), ma solo partecipare alla discussione orale a garanzia quindi del contraddittorio⁹²⁰.

Rientra poi nelle facoltà della controparte proporre il c.d. ricorso incidentale, il quale può essere contenuto nello stesso controricorso o anche in un atto distinto⁹²¹; si tratta sostanzialmente dell'impugnazione di capi diversi o anche dello stesso capo della sentenza contro cui si ricorre, ma per motivi di ricorso diversi, con un'ulteriore particolarità rispetto alle impugnazioni incidentali in genere: l'esame del ricorso incidentale, infatti, è condizionato all'accoglimento del ricorso principale. Al ricorso incidentale si può poi reagire con un normale controricorso.

Per quanto riguarda i soggetti legittimati a proporre il ricorso, si ritiene che siano soltanto coloro che abbiano assunto formalmente nel precedente giudizio la qualità di parti, con l'esclusione quindi del terzo rimasto estraneo al giudizio, anche laddove si tratti del litisconsorte necessario pretermesso⁹²²; addirittura, l'orientamento più rigoroso ritiene che l'interveniente *ad adiuvandum* non possa proporre autonomo ricorso, ma solo intervenire nuovamente⁹²³.

Il giudizio di cassazione sembra svolgersi tutto nell'udienza pubblica di discussione della causa, anche se in realtà la gran parte del lavoro viene compiuta in precedenza dal personale: a

⁹¹³ Cfr., a questo proposito MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, cit., p. 128.

⁹¹⁴ Cassazione, 16 giugno 1987, n. 5052.

⁹¹⁵ Cassazione, 16 ottobre 1980, n. 5563 e 24 febbraio 1988, n. 1974.

⁹¹⁶ Cassazione, 5 marzo 1991, n. 2325 e 24 aprile 1987, n. 4005.

⁹¹⁷ Sulla rinuncia nel giudizio di cassazione MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, cit. P. 136. La rinuncia deve essere proposta prima dell'inizio della discussione, sottoscritta dalla parte e dal procuratore, notificata alle controparti.

⁹¹⁸ Cfr., le considerazioni di V. SATTA, voce *Domanda giudiziale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, p. 820.

⁹¹⁹ Con legge 20 gennaio 1992, n. 55 è stata disciplinata la notificazione del controricorso e del ricorso incidentale; in argomento, VELLANI, *Notificazione dei controricorso e dei ricorsi incidentali dinanzi alla Corte di Cassazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1992, 647 e ss.

⁹²⁰ MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, cit. p. 116.

⁹²¹ Cassazione, 5 dicembre 1990, n. 11678, in *Foro Italiano*, 1991, I, 53.

⁹²² Cassazione, 26 ottobre 1979, n. 5618.

⁹²³ Cassazione, 6 aprile 1977, n. 1306.

conferma di questo stato di cose la limitatezza del potere di contraddizione delle parti, le quali possono cinque giorni prima depositare memorie di precisazione rispettivamente del ricorso, del controricorso e del ricorso incidentale, ma non possono né ampliare né modificare le conclusioni; avverso le conclusioni del pubblico ministero, invece, le parti possono presentare brevi osservazioni per iscritto⁹²⁴.

Quanto all'esito del giudizio, se la Corte di Cassazione nega la giurisdizione affermata dal Consiglio di Stato, ne cassa la decisione senza rinvio; se invece afferma la giurisdizione negata dal Consiglio di Stato, la sentenza sarà di annullamento con rinvio: il processo dovrà quindi essere riassunto dinanzi al Consiglio di Stato a norma dell'art. 35 della legge T.A.R.⁹²⁵

Un ultimo interessante profilo attiene alla correzione degli errori materiali (art. 391-*bis*) delle sentenze della Cassazione e alla revocazione per errore di fatto risultante dagli atti e dai documenti della causa (art. 395, n. 4)⁹²⁶. In entrambe le ipotesi l'istanza va proposta alla Corte con ricorso, il quale va poi notificato alle altre parti entro sessanta giorni dalla notifica della sentenza o entro un anno dalla sua pubblicazione⁹²⁷.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite può essere poi investita della questione riguardante la giurisdizione da ciascuna parte del giudizio amministrativo. In linea di massima a proporre regolamento preventivo di giurisdizione è l'amministrazione resistente o il controinteressato, ma non si esclude un utilizzo dello strumento da parte del ricorrente, il quale può essere spinto ad una tale decisione sia per un personale ripensamento o dubbio in proposito, sia a causa dell'eccezione proposta dalla parte o rilevata dal giudice in ogni stato o grado del giudizio⁹²⁸.

L'istanza deve essere notificata a tutte le parti in causa presso i rispettivi domicili eletti e depositata nella cancelleria della Corte nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione. Laddove l'istanza non sia stata regolarmente notificata a tutte le parti, la Corte ordina l'integrazione del contraddittorio.

Siccome la proposizione dell'istanza non sospende automaticamente il giudizio amministrativo in corso, spettando tale decisione al giudice adito, è necessario che presso la segreteria dello stesso vengano depositate la copia dell'istanza, le prove delle notificazioni effettuate alle controparti e la prova del deposito dell'istanza presso la cancelleria: in base alle risultanze di tali atti, il giudice deciderà se sospendere o meno il giudizio.

8. L'ESTINZIONE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

8.1. LA RINUNCIA.

La rinuncia al ricorso rappresenta un modo di estinzione del processo in quanto la parte non più interessata per qualsiasi motivo alla prosecuzione del giudizio dispone la rinuncia al ricorso intero, ossia a tutti i motivi di impugnazione a suo tempo dedotti⁹²⁹.

Nel processo amministrativo, a differenza di quello civile⁹³⁰, la rinuncia rappresenta un negozio nella esclusiva disponibilità della parte rinunciante, per cui è escluso che l'avvocato possa procedervi in forza del mandato speciale a suo tempo ricevuto per la proposizione del

⁹²⁴ Cfr., per ampie considerazioni MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, cit. p. 133.

⁹²⁵ Cfr., sul punto D. IARIA, *I mezzi di impugnazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3504.

⁹²⁶ Cfr., CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della Cassazione*, Padova, 1989; e ACONE, voce *Correzione e integrazione dei provvedimenti del giudice*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, 1988.

⁹²⁷ Vedi MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, cit. p. 178.

⁹²⁸ Cfr., sulle regole procedurali N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2003, p. 263 e ss.

⁹²⁹ Vedi a questo proposito la ricostruzione di N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 3.

⁹³⁰ A norma dell'art. 184 c.p.c. la rinuncia alla domanda rientra nei normali poteri dell'avvocato. Sul punto Cassazione, 28 aprile 1975, n. 1625; 12 maggio 1987, n. 4366.

ricorso, mentre si ritiene comunemente che egli possa rinunciare a singoli motivi di impugnazione (anche importanti) per strategia difensiva⁹³¹.

Adirittura, perfino nei casi in cui la dichiarazione di rinuncia viene resa oralmente nell'udienza a cui ha titolo per partecipare il solo avvocato, non si può prescindere dalla sottoscrizione del verbale ad opera della parte, soccorrendo in funzione meramente autenticativa la firma dell'avvocato.

La rinuncia al ricorso deve rivestire le forme previste dall'art. 46 del regolamento n. 642 del 1907, escludendosi che possa essere sufficiente una rinuncia tacita, implicita o presuntiva⁹³²; o una semplice dichiarazione⁹³³; o che invece possa essere contenuta in una memoria⁹³⁴.

La prima forma prescritta è la dichiarazione scritta e sottoscritta dalla parte o dall'avvocato munito di mandato speciale, notificata alla controparte e depositata nella segreteria del giudice adito. Sulla natura recettizia dell'atto la giurisprudenza⁹³⁵ è abbastanza concorde, ritenendo così necessaria la notificazione alle controparti, anche se non mancano aperture: la controparte a cui la rinuncia non è stata notificata potrebbe se del caso apporre la controfirma o dichiarare in udienza di esserne venuta a conoscenza⁹³⁶. Al contrario, secondo parte della dottrina, argomentando dalla natura non recettizia dell'atto, la notificazione non sarebbe necessaria se non a fini meramente informativi⁹³⁷.

La seconda forma prescritta è la dichiarazione orale resa in udienza dal difensore con la presenza del ricorrente se non è munito di mandato speciale, anche senza la sua presenza se munito del predetto mandato. Adirittura un tempo il Consiglio di Stato pretendeva a pena di validità la presenza in udienza dall'amministrazione e dei controinteressati, soluzione poi abbandonata perché iniqua e paradossale se si pensa all'eventualità della mancata costituzione delle controparti in giudizio⁹³⁸.

Per quanto riguarda i termini, la rinuncia può essere effettuata fino al momento in cui la causa non è passata in decisione.

Un ultimo rilievo da farsi è circa la necessità o meno dell'accettazione della rinuncia. A differenza di quanto è prescritto nel codice di rito (la rinuncia agli atti necessita di accettazione, ma non la rinuncia all'azione), nel giudizio amministrativo in ogni caso rinuncia al ricorso vuol dire rinuncia all'azione: da qui la prescindibilità dall'accettazione delle controparti⁹³⁹.

Sulla procedura⁹⁴⁰ da seguire si rimanda all'art. 9 della legge 205, il quale stabilisce che la rinuncia sia pronunciata con decreto presidenziale senza la fase dell'audizione delle parti che ne avessero fatto richiesta, come invece accadeva prima della riforma, quando cioè era pronunciata con sentenza camerale. Il decreto deve essere depositato nella segreteria del giudice e comunicato alle parti costituite, le quali entro sessanta giorni possono opporsi al collegio (questa volta è seguito il giudizio in camera di consiglio a cui le parti che ne facciano

⁹³¹ Cfr., Consiglio di stato, sez. IV, 23 aprile 1999, n. 714, in *Consiglio di stato*, 1999, I, 617; in quell'occasione la rinuncia riguardava un motivo legato alla legittimità costituzionale di una norma.

⁹³² T.A.R. Lazio, sez. III, 17 dicembre 1984, n. 553, in *Foro amministrativo*, 1985, 553.

⁹³³ T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 6 ottobre 1992, n. 116, in *Foro amministrativo*, 1993, 813.

⁹³⁴ Consiglio di stato, sez. IV, 20 aprile 1993, n. 435, in *Foro amministrativo*, 1993, 689.

⁹³⁵ Consiglio di stato, sez. IV, 18 gennaio 1997, n. 20, in *Consiglio di stato*, 1997, I, 22; 18 febbraio 1993, n. 176, in *Foro amministrativo*, 1993, 364; 5 novembre 1991, n. 899, *ivi*, 1991, 11.

⁹³⁶ T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 19 febbraio 1987, n. 88, in *Foro amministrativo*, 1987, 2047; T.A.R. Valle d'Aosta, 16 gennaio 2002, n. 4, in *Foro amministrativo-T.a.r.*, 2002, 7.

⁹³⁷ Vedi per i diversi orientamenti dottrinali N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, cit., p. 7.

⁹³⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 23 novembre 1960, n. 989, in *Consiglio di stato*, 1960, I, 2153.

⁹³⁹ Vedi sul punto N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, cit., p. 12, secondo il quale quantomeno nella giurisdizione esclusiva dovrebbe trovare ingresso lo strumento dell'accettazione.

⁹⁴⁰ Si ritiene che la procedura sia parzialmente diversa per l'appello, dove non è pensabile la pronuncia di un decreto monocratico, essendo il Consiglio di Stato istituzionalmente un collegio. Così, Consiglio di Stato, sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6428, in *Consiglio di stato*, 2001, I, 2743.

richiesta possono partecipare) con atto notificato a tutte le altre parti e depositato entro dieci giorni dall'ultima notifica⁹⁴¹. Ai fini del contraddittorio occorre rilevare infine che l'estinzione del processo tra le parti principali provoca la caducazione degli interventi accessori, sia *ad adiuvandum* che *ad opponendum*.

8.2. LA PERENZIONE.

L'istituto della perenzione integra gli estremi del fenomeno estintivo del processo amministrativo dovuto all'inattività delle parti⁹⁴².

La perenzione vera e propria è disciplinata all'art. 25 della legge T.A.R., dove si precisa che "i ricorsi si considerano abbandonati se nel corso di due anni non sia compiuto alcun atto di procedura". Le parti possono quindi interrompere il decorso del termine compiendo un atto attinente alla causa, anche se non rilevante per la decisione⁹⁴³: in tal senso rilevano la proposizione del controricorso, del ricorso incidentale, della memoria del ricorrente di resistenza al ricorso incidentale e della memoria difensiva, anche di risposta ad un atto di intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum*⁹⁴⁴. È stata ritenuta idonea anche una nota di iscrizione a ruolo, ancorché impropria ed inammissibile⁹⁴⁵, ma non invece un atto di procedura del tutto simbolico, privo di vero contenuto istruttorio, puramente ripetitivo di fatti o circostanze già esposti⁹⁴⁶. Idonea invece ad interrompere il termine della perenzione l'esibizione di documenti attinenti alla causa, anche se privi di concreta utilità ai fini della decisione⁹⁴⁷. Non interrompe poi sicuramente il termine la pendenza di un'istanza di sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato e nemmeno è rilevante la conclusione in senso favorevole o meno per l'interessato. A questo proposito non sono mancati dubbi di legittimità costituzionale rispetto all'art. 24 della Costituzione nella misura in cui la legge, gravando eccessivamente le parti del compimento di atti processuali, limita il loro diritto alla difesa: la Corte ha però sempre respinto questi dubbi con pronunce di manifesta infondatezza⁹⁴⁸.

L'art. 23 della legge T.A.R., invece, disciplina un'ipotesi di decadenza: "la discussione del ricorso deve essere richiesta dal ricorrente ovvero dall'amministrazione o da altra parte costituita con apposita istanza da presentarsi entro il termine massimo di due anni dal deposito del ricorso"; l'istanza va poi rinnovata dopo l'esecuzione dell'istruttoria (intendendosi in questo caso l'istruttoria eseguita dal collegio al termine dell'udienza pubblica): il termine decorre dal ricevimento dell'avviso della segreteria.

Si tratta evidentemente di attività ben determinate che non possono essere surrogate dal compimento di nessun'altro atto processuale.

Per quanto riguarda la procedura, si rimanda all'art. 9 della legge 205, il quale stabilisce che la perenzione sia pronunciata con decreto presidenziale sommariamente motivato e adottato senza la fase dell'audizione delle parti che ne avessero fatto richiesta, come invece accadeva prima della riforma, quando cioè era pronunciata con sentenza camerale. Il decreto deve essere depositato nella segreteria del giudice e comunicato alle parti costituite, le quali entro

⁹⁴¹ Sulla procedura da seguire vedi ancora N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, cit., p. 17.

⁹⁴² Per ampie considerazioni vedi N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 25 e ss.

⁹⁴³ Sul punto vedi V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 785 e ss.

⁹⁴⁴ si tratta degli atti espressamente annoverati nelle facoltà procedurali delle parti secondo quanto dispone l'art. 27 del T.U. del 1924; vedi anche Consiglio di Stato, sez. V, 8 aprile 1997, n. 333, in *Foro amministrativo*, 1997, 1083; sez. V, 10 maggio 1994, n. 450, *ivi*, 1994, 1127.

⁹⁴⁵ T.A.R. Lazio, Latina, 8 ottobre 1990, n. 824, in *Foro amministrativo*, 1990, 3059.

⁹⁴⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 11 aprile 1983, n. 214, in *Prev. Soc.*, 1984, 254.

⁹⁴⁷ Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 22 aprile 1983, n. 6, in *Consiglio di Stato*, 1983, I, 379; sez. V, 13 settembre 1991, n. 1146, *ivi*, 1991, fasc. 9.

⁹⁴⁸ N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, cit., p. 44.

sessanta giorni possono opporsi al collegio (questa volta è seguito il giudizio in camera di consiglio a cui le parti che ne facciano richiesta possono partecipare) con atto notificato a tutte le altre parti e depositato entro dieci giorni dall'ultima notifica. L'instaurazione del contraddittorio⁹⁴⁹ è invece necessaria nella successiva fase di opposizione al decreto presidenziale, a cui potrebbe addirittura seguire un terso grado di giudizio con la proposizione dell'appello avverso l'ordinanza pronunciata dal T.A.R. in camera di consiglio.

La disciplina della perenzione in appello è decisamente più unitaria nel prevedere che il termine di perenzione possa essere interrotto dal compimento di qualsiasi atto processuale e che il termine per la proposizione dell'istanza di fissazione dell'udienza decorra non già dal deposito del ricorso, ma dal compimento di uno qualsiasi dei atti processuali predetti. Ne consegue, quindi, un onere meno gravoso per le parti nell'esercizio del loro diritto di agire e di difendersi in giudizio⁹⁵⁰.

Ultimo aspetto da analizzare riguarda la disciplina sulla perenzione ultradecennale introdotta dall'art. 9, comma II della legge n. 205. Dopo il decorso di dieci anni dalla data del deposito dei ricorsi la segreteria deve notificare alle parti costituite l'avviso di presentare nuova istanza di fissazione dell'udienza, da firmare (la firma deve essere apposta personalmente dal ricorrente, non essendo surrogabile con la firma del difensore) e depositare entro i sei mesi successivi dal ricevimento dell'avviso. Di recente la giurisprudenza⁹⁵¹ ha ritenuto indeclinabile la previa notificazione dell'avviso alle parti ricorrenti, coerentemente con la soluzione che esclude la possibilità di interrompere la perenzione ultradecennale con il compimento dell'incombente da parte dei resistenti: più che di perenzione quindi, si dovrebbe correttamente parlare di decadenza per sopravvenuta carenza di interesse in capo alla parte ricorrente⁹⁵².

8.3. LA DECADENZA.

Il fenomeno della decadenza è strettamente legato alla necessità non solo del migliore assolvimento delle funzioni giurisdizionali, ma soprattutto della corretta instaurazione del contraddittorio: infatti, se il rispetto dei termini perentori grava statisticamente nella maggior parte dei casi sul ricorrente al fine di consentire adeguatamente l'esercizio del diritto di difesa alle controparti, nondimeno vi sono dei casi in cui il rispetto del termine decadenziale pesa sul resistente⁹⁵³.

Tra gli adempimenti che vanno compiuti entro termini perentori, nonostante che la legge non preveda esplicitamente l'effetto decadenziale, si annoverano: notificazione del ricorso; deposito del ricorso principale; notificazione del ricorso incidentale; deposito del ricorso incidentale; notificazione del regolamento di competenza; deposito di documenti; deposito di memorie difensive; notificazione e deposito dell'atto di intervento; notificazione dell'appello, del ricorso per cassazione e del ricorso per revocazione. Mentre la legge commina esplicitamente la decadenza nel caso non si sia ottemperato al deposito della sentenza emessa al termine di un giudizio di falso⁹⁵⁴.

⁹⁴⁹ Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 2001, n. 1606, in *Consiglio di Stato*, 2001, I, 830.

⁹⁵⁰ Per ampie considerazioni vedi N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, cit. p. 54.

⁹⁵¹ T.A.R. Campania, sez. II, 11 febbraio 2002, n. 794/0, in *Foro amministrativo*, T.A.R., 2002, 642.

⁹⁵² Così N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, cit. p. 57.

⁹⁵³ Secondo parte della dottrina mentre la perenzione è rilevabile dall'ufficio, la decadenza è eccezionale solo dalla parte interessata. Così P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 2001, p. 366. secondo la giurisprudenza, invece, anche la decadenza è rilevabile dall'ufficio: Consiglio di Stato, sez. VI, 16 maggio 1992, n. 394, in *Consiglio di Stato*, 1992, I, 809.

⁹⁵⁴ Cfr., per un'ampia disamina sul punto N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 92.

Nell'ipotesi della tardiva notificazione le parti formulano la relativa eccezione nelle difese, scritte od orali, sulle quali deciderà il giudice con una sentenza emessa al termine di un giudizio svoltosi secondo il rito ordinario.

Nell'ipotesi invece in cui il ricorrente ometta di depositare il ricorso già notificato (o lo depositi tardivamente), l'amministrazione resistente o i controinteressati⁹⁵⁵ che intendono far dichiarare dal giudice la decadenza devono preventivamente depositare in giudizio quel ricorso che doveva essere depositato dal ricorrente, nonché notificare a questo la domanda per la declaratoria della decadenza e la relativa istanza per la condanna alle spese⁹⁵⁶, si ritiene nel termine prescritto per la loro costituzione in giudizio. La notificazione è imposta appunto per un'elementare esigenza di contraddittorio, ma non più sull'oggetto del ricorso, quanto piuttosto sulla nuova duplice domanda che viene proposta. In dottrina e in giurisprudenza si discute sul rito da seguire: ordinario o in camera di consiglio?. Sembra che la soluzione migliore sia quest'ultima, anche perché le altre cause di estinzione del processo seguono questo rito: così la cessazione della materia del contendere, la rinuncia e la perenzione. Le parti possono partecipare al procedimento in camera di consiglio ove ne facciano richiesta.

L'ultima ipotesi di decadenza è rappresentata dalla mancata riassunzione del processo dopo che si è verificato un evento interruttivo o sospensivo. Si ha ad esempio interruzione del processo per tutelare il principio del contraddittorio: così in caso di morte o di perdita della capacità di stare in giudizio della parte o del suo difensore o di cessazione della rappresentanza legale, se entro il termine di sei mesi decorrente dalla conoscenza dell'evento interruttivo la parte più diligente non notifica a tutte le altre parti l'atto di riassunzione, il processo si estingue. La stessa cosa si verifica qualora la parte destinataria dell'istanza di regolamento (solitamente l'istanza è proposta dal resistente nei confronti del ricorrente) non riassuma il processo entro il termine di sei mesi dal giorno in cui è stata comunicata la sentenza che conferma la giurisdizione del giudice amministrativo. In materia di appalto di opere pubbliche il nuovo art. 23 *bis* prevede la riduzione alla metà del termine per la riassunzione⁹⁵⁷. Anche in questo caso il rito da seguire per la declaratoria di decadenza è la camera di consiglio.

8.4. LA CESSAZIONE DELLA MATERIA DEL CONTENDERE E LA SOPRAVVENUTA CARENZA DI INTERESSE A RICORRERE.

La cessazione della materia del contendere⁹⁵⁸ a norma dell'art. 23 della legge T.A.R. si verifica quando l'amministrazione annulla o riforma l'atto impugnato dal ricorrente entro il termine previsto per la fissazione dell'udienza di discussione della causa: in questo caso, infatti, si dovrebbe verificare una sorta di carenza sopravvenuta di interesse a proseguire il ricorso, determinata dal comportamento (si spera) soddisfacente dell'interesse del ricorrente. A questo proposito si può rilevare però come non necessariamente l'annullamento o la riforma del provvedimento impugnato siano soddisfattivi dell'interesse sostanziale sottostante, né, d'altra parte, carenza di interesse e cessazione della materia del contendere sono fenomeni fungibili tra di loro⁹⁵⁹.

Ancora, la cessazione della materia del contendere a norma dell'art. 27 della legge T.A.R. può dipendere dall'accordo di tutte le parti del giudizio.

⁹⁵⁵ Sul punto vedi Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 maggio 1968, n. 11, in *Consiglio di Stato*, 1968, I, 758.

⁹⁵⁶ Cfr., P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 2001, p. 314; in giurisprudenza Consiglio di Stato, sez. V, 13 maggio, 1991, n. 802, in *Consiglio di Stato*, 1991, I, 940.

⁹⁵⁷ Consiglio di Stato, sez. V, 28 giugno 2002, n. 3559, in *Consiglio di Stato*, 2002, I, 1393.

⁹⁵⁸ Tradizionalmente tra le cause di estinzione del processo si annoverano la perenzione, la mancata riassunzione e la rinuncia, ma la legge n. 205 fa riferimento anche alla cessazione della materia del contendere, così E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 789.

⁹⁵⁹ Per ampie considerazioni sul tema in rapporto alla natura del processo amministrativo come processo di parti cfr., N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 60.

Per quanto riguarda nello specifico la procedura, l'art. 9 della legge n. 205/2000 ha modificato i due diversi percorsi procedurali consentiti prima della riforma.

Un tempo, qualora vi fosse stato accordo delle parti per far cessare il giudizio, il procedimento seguito era quello in camera di consiglio, a cui le parti potevano partecipare facendone apposita istanza. Laddove invece non vi fosse stato accordo tra le parti e la controversia sul punto non potesse essere risolta nell'udienza pubblica al termine dei consueti scambi dialettici tra le parti, il rito prescelto era quello ordinario.

La riforma introdotta dalla legge n. 205 prevede invece il ben più agile strumento del decreto presidenziale, sommariamente motivato, emesso senza la fase dell'audizione delle parti, depositato presso la segreteria e da questa comunicato alle parti costituite; queste possono poi entro i successivi sessanta giorni proporre opposizione al T.A.R. con atto notificato a tutte le altre parti costituite e depositato entro dieci giorni dall'ultima notifica; il T.A.R. decide entro i successivi trenta giorni in camera di consiglio, udite le parti che ne facciano richiesta⁹⁶⁰.

Parzialmente diverso dalla cessazione della materia del contendere è il fenomeno della sopravvenuta carenza di interesse, con cui ha in comune il solo fondamento giuridico: l'estinzione del processo dovuta ad un venir meno dell'interesse alla sua prosecuzione.

Senonchè, mentre nel fenomeno precedentemente analizzato la carenza di interesse derivava da una sua soddisfazione sul piano sostanziale, di modo che non aveva senso continuare un giudizio se non c'era più contesa, in questo secondo caso l'interesse può venir meno a prescindere da una sua soddisfazione materiale: in tal senso, perfino l'adozione di un atto ancora più pregiudizievole può determinare l'estinzione del primo giudizio. Per quanto riguarda le regole procedurali e l'instaurazione del contraddittorio la disciplina applicabile è quella descritta in precedenza⁹⁶¹.

9. LA RIASSUNZIONE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO. LA TRANSLATIO JUDICII.

L'istituto della riassunzione del processo amministrativo è principalmente legato ai fenomeni della sospensione e dell'interruzione del giudizio, anche se non si esclude la sua ricorrenza anche in ipotesi diverse, come ad esempio il giudizio di rinvio a seguito di appello al Consiglio di Stato che ha accertato che la sentenza di primo grado è stata resa a contraddittorio non integro.

Conseguenza principale della riassunzione non è l'instaurazione di un nuovo giudizio, ma la prosecuzione del giudizio originario sospeso o interrotto o comunque di quel grado del giudizio che occorre ripetere: da qui l'esigenza di affrontare il problema della legittimazione all'atto di riassunzione.

A differenza della legittimazione al ricorso, che compete solo al titolare della situazione giuridica controversa dedotta in giudizio, la legittimazione al compimento dell'atto propulsivo spetta a coloro che possiedono la qualità di parte, non essendo quindi concepibile una riattivazione del giudizio da parte di coloro che sono estranei al giudizio stesso⁹⁶². Tuttavia, si deve rilevare in contrario come tale potere non possa essere riconosciuto indistintamente a tutte le parti del giudizio⁹⁶³.

Nessun dubbio circa la legittimazione delle parti necessarie del giudizio regolarmente costituite per il principio della completezza del contraddittorio⁹⁶⁴: così, sicuramente legittimato è il ricorrente, il quale ha tanto il potere di attivare la macchina giurisdizionale tanto quello di

⁹⁶⁰ Sul punto vedi V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, p. 785 e ss.

⁹⁶¹ Ancora a questo proposito si rimanda a N. SAIITA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 77.

⁹⁶² Cfr., le considerazioni di A. CARACCILO LA GROTTIERA, *La riassunzione del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 222.

⁹⁶³ Sulla nozione di parte vedi BENVENUTI, *Parte (Diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 963 e ss.

⁹⁶⁴ MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/1985, 11 e ss.

lasciare estinguere il processo; nessun dubbio si pone poi per le altre parti necessarie del giudizio, e cioè l'amministrazione resistente ed i controinteressati formali, sicuramente interessate alla prosecuzione del giudizio nei casi in cui possano ottenere dal giudice una sentenza di accertamento negativo della pretesa del ricorrente e, per quanto riguarda più in particolare i controinteressati, anche nel caso in cui si possa ottenere dal giudice una sentenza che annulla o riforma l'atto amministrativo per motivi diversi da quelli prospettati dal ricorrente, realizzando quindi maggiormente il proprio interesse.

Alle medesime conclusioni si può giungere per quanto concerne i cointeressati nell'ipotesi in cui si sia realizzato il c.d. litisconsorzio facoltativo attivo, sia attraverso la proposizione del ricorso collettivo che attraverso la riunione successiva dei ricorsi separatamente proposti⁹⁶⁵, con la particolarità però che in questo caso la ripresa del processo opera solo nei confronti delle parti che hanno assunto l'iniziativa e delle parti contro cui l'iniziativa è attuata, con conseguente estinzione del processo per le altre parti rimaste inattive⁹⁶⁶.

Più problematico è il riconoscimento della legittimazione alla riassunzione da parte dell'interveniente, il quale risulta titolare di una situazione subordinata e dipendente da quella di cui è titolare la parte che si intende adiuvarlo. Infatti, sia nell'ambito del giudizio civile sia in quello del giudizio amministrativo, la dottrina stenta a ricostruire esattamente i poteri esercitabili da tale figura; genericamente si dice che l'interveniente sia titolare di poteri processuali più ristretti rispetto a quelli spettanti alle parti necessarie del processo e, comunque, che le difese proponibili non possano mai eccedere l'ambito delle domande e delle eccezioni proposte dalle parti adiuvate.

Pertanto, del tutto ragionevolmente, si può ritenere che l'interveniente possa interrompere il termine previsto per la perenzione del processo, mentre non possa né proporre appello né riassumere il processo, perché si tratta di attività processuali direttamente incidenti sui poteri processuali delle parti necessarie, le uniche che in fondo vantano almeno un interesse legittimo alla definizione del giudizio con una sentenza di merito⁹⁶⁷.

Senonché, la giurisprudenza amministrativa⁹⁶⁸ correttamente distingue tra intervenienti *ad adiuvandum* e intervenienti *ad opponendum*, tra i quali non di rado vanno annoverati anche i controinteressati sostanziali, ossia coloro che, pur non essendo parti necessarie del giudizio, risultano nondimeno essere titolari di interessi non proprio subordinati alle situazioni giuridiche dei contraddittori necessari: anzi, se si considera la giurisdizione esclusiva, la giurisprudenza è ormai propensa a riconoscere anche forme di intervento principale e litisconsortile⁹⁶⁹. Pertanto, il potere di riassumere il processo andrebbe correttamente riferito anche agli intervenienti *ad opponendum*: del resto, ampi poteri processuali sono già riconosciuti in tema di impugnazione e di rinuncia nel caso in cui le altre parti adiuvate manifestino un totale disinteresse.

Infine, per quanto riguarda l'identità dei soggetti tra cui il giudizio riassunto prosegue, è agevole rilevare come la riassunzione possa senza dubbio operare anche nell'ipotesi in cui il processo non prosegua tra le parti originarie ma tra quelle succedute sia per causa di morte che per atto tra vivi: la soluzione è offerta in questo caso dagli artt. 110 e 111², a norma dei quali il processo è riassunto da o contro l'erede a titolo universale, a prescindere dalla titolarità della situazione sostanziale controversa.

Ultimo aspetto da considerare concerne il procedimento per la riassunzione.

Nel caso in cui la riassunzione non comporti un mutamento nella struttura soggettiva del processo, *nulla quaestio*.

⁹⁶⁵ Cfr., sulla figura del cointeressato STICCHI DAMIANI, *Il cointeressato nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1987, 372 e ss.

⁹⁶⁶ Vedi a questo proposito

⁹⁶⁷ cfr., a questo proposito BOVE, *I poteri dell'interveniente adesivo dipendente*, in *Giustizia civile*, 1985, II, 179 e ss.

⁹⁶⁸ Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 1985, n. 301, in *Consiglio di Stato*, 1985, I, 930.

⁹⁶⁹ Cfr., per ampie considerazioni sul punto E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato*, n. 5-6/2000, p. 1077.

Problemi invece si pongono nell'ipotesi opposta: se la modificazione concerne una delle parti è necessaria una nuova costituzione in giudizio e relativo mandato al difensore; se la modificazione riguarda il giudice è necessaria una costituzione *ex novo* di tutte le parti a mezzo anche dello stesso difensore.

È escluso invece che la riassunzione possa determinare una modificazione oggettiva del processo, non essendo ammesse modifiche al *thema decidendum*.

Quanto all'atto formale, certamente il ricorso⁹⁷⁰ rappresenta un atto di iniziativa di parte assolutamente idoneo a portare a conoscenza delle altre parti l'intenzione di proseguire il giudizio, stante l'obbligo della notificazione e del successivo deposito⁹⁷¹ che assicurano la ripresa del contraddittorio. A questo proposito l'art. 24 della legge T.A.R. dispone che l'atto di riassunzione vada notificato a tutte le parti, non specificando se le sole parti già costituite o tutte le parti necessarie: nel dubbio, si deve propendere per l'interpretazione più ampia, anche perché fino all'udienza di discussione della causa tutte le parti possono costituirsi ed esercitare il proprio diritto di difesa. Ovvio che in quest'ultimo caso la notificazione deve farsi presso il domicilio reale della persona. Ancora presso il domicilio reale deve effettuarsi la notificazione del ricorso nell'ipotesi in cui l'evento interruttivo sia consistito nella morte o nella cessazione della rappresentanza del difensore; quanto alla morte della parte, la notifica della riassunzione potrà essere fatta impersonalmente e collettivamente agli eredi nell'ultimo domicilio reale del defunto; nei confronti dell'amministrazione resistente i fatti interruttivi sono invece irrilevanti.

Importanti considerazioni possono farsi invece circa l'operatività dell'istituto nell'ambito del litisconsorzio; posto che nel caso di litisconsorzio facoltativo⁹⁷² la riassunzione opera nei confronti delle parti che si sono attivate e di quelle contro cui il giudizio è riassunto, nel caso del litisconsorzio necessario si ritiene che l'atto di riassunzione sia valido ed efficace se notificato ad almeno un contraddittore necessario, fermo restando l'obbligo di integrare il contraddittorio su ordine del giudice nei confronti dei litisconsorti pretermessi⁹⁷³.

Al deposito dell'atto di riassunzione nel termine solito di trenta giorni dalla notificazione segue poi l'ulteriore adempimento della fissazione dell'udienza di discussione della causa entro il biennio.

Ultimo profilo da analizzare concerne il tempo entro cui il potere di riassunzione può essere esercitato: la normativa sul punto è tutt'altro che organica, esattamente come accade nel giudizio civile.

Così, nel caso dell'evento interruttivo il termine di sei mesi decorre dal momento della conoscenza legale del fatto; nel caso di annullamento della sentenza con rinvio al primo giudice il termine di sessanta giorni decorre dalla notificazione della sentenza mentre il termine di un anno decorre dalla pubblicazione della stessa; nel caso delle pronunce che definiscono il regolamento di competenza o l'incidente di falso il termine di trenta giorni decorre invece

⁹⁷⁰ Il ricorso deve contenere l'indicazione del giudice, delle parti e dei loro difensori, il richiamo all'atto introduttivo del giudizio, l'indicazione del provvedimento del giudice in base al quale la riassunzione è effettuata e la sottoscrizione. La forma tipica è ovviamente quella scritta. Alla notificazione dell'atto di riassunzione si applicano le consuete regole, anche per ciò che riguarda i profili della regolarità e della validità.

⁹⁷¹ Secondo A. CARACCILO LA GROTTIERIA, *La riassunzione del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 253, la riassunzione tollererebbe anche la fungibilità delle forme.

⁹⁷² Vedi sul punto l'ordinanza della Corte Costituzionale del 5 febbraio 1999, n. 18, in ITALEDI CD-ROM: "In caso di interruzione del processo, a ciascuna parte è riconosciuta una autonoma facoltà di riassumere il giudizio e tale facoltà, in presenza di litisconsorzio facoltativo, si estende, in forza del principio dispositivo, anche alla scelta dei soggetti processuali nei cui confronti proseguire o riassumere il giudizio, e quindi con riguardo ad una soltanto delle cause scindibili di cui il processo era composto; pertanto, è manifestamente infondata, in relazione all'art. 24 Cost., la questione di costituzionalità dell'art. 305 c.p.c., nella parte in cui, nell'ipotesi suddetta, fa decorrere per ciascuna parte il termine semestrale per la riassunzione dalla interruzione e non dalla conoscenza che il convenuto in una delle cause interrotte abbia avuto della riassunzione della causa principale".

⁹⁷³ Ancora sul punto A. CARACCILO LA GROTTIERIA, *La riassunzione del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 259.

rispettivamente dalla notifica e dal deposito; nel caso che sia stato esperito regolamento di giurisdizione il termine di sei mesi decorre dalla comunicazione della sentenza⁹⁷⁴. Tali termini hanno evidentemente un carattere perentorio: l'inosservanza comporta inevitabilmente l'estinzione del giudizio.

Strettamente collegata al principio della riassunzione del giudizio è la problematica attinente al fenomeno della *cd translatio iudicii*, tradizionalmente⁹⁷⁵ ritenuta non applicabile alle questioni di riparto della giurisdizione, bensì alle sole questioni di incompetenza del giudice adito rispetto a quello effettivamente competente a decidere la controversia, ma pur sempre all'interno, dunque, di un determinato ordine giurisdizionale. L'art. 50 c.p.c., infatti, prevede che *“se la riassunzione della causa davanti al giudice dichiarato competente, avviene nel termine fissato nella sentenza dal giudice, o in mancanza, in quello di sei mesi dalla comunicazione della sentenza di regolamento o della sentenza che dichiara l'incompetenza del giudice adito, il processo continua davanti al nuovo giudice. Se la riassunzione non avviene nei termini su indicati, il processo si estingue”*.

Analoga disposizione non è stata prevista né nel codice di procedura civile, né nelle leggi di giustizia amministrativa, per regolamentare gli effetti, sostanziali e processuali, derivanti da un eventuale difetto di giurisdizione nei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Nonostante il lodevole tentativo compiuto dalla Corte di Cassazione con la sentenza 22 febbraio 2007, n. 4109, da ultimo la Corte Costituzionale (sent. 77/2007) ha ritenuto l'impossibilità dell'introduzione in via pretoria del predetto istituto, scelta che rimane dunque demandata alla sede politica, comunque nel rispetto del principio generale dell'ordinamento sulla conservazione degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione nel giudizio ritualmente riattivato davanti al giudice munito della medesima.

Per questi motivi la Corte Costituzionale con la citata sentenza (interpretativa di accoglimento) ha dichiarato la illegittimità dell'art. 30, legge n. 1034/1971, nella parte in cui non prevede che gli effetti sostanziali e processuali della domanda si conservino, a seguito di declinatoria della giurisdizione, nell'eventuale processo instaurato davanti a giudice munito di giurisdizione. Più delicati problemi si pongono invece, come autorevolmente osservato⁹⁷⁶, nel caso inverso del difetto di giurisdizione in capo al giudice ordinario, sia per quel che concerne la giurisdizione di legittimità che per quanto attiene alla giurisdizione esclusiva, laddove la cognizione riguardi situazioni giuridiche di interesse legittimo, attesa la rilevanza del rispetto presupposto processuale, prescritto a pena di decadenza, del termine di sessanta per impugnare il provvedimento. A tale riguardo una possibile soluzione potrebbe consistere nel ritenere che detto termine inizi a decorrere dalla pronuncia declinatoria della giurisdizione anziché dall'adozione dell'atto da impugnare, con un meccanismo molto simile a quello sotteso all'istituto dell'errore scusabile⁹⁷⁷.

⁹⁷⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 7 agosto 1987 n. 565, in *Mass. Giur. Cons. Stato*, 1987, 404.

⁹⁷⁵ F. CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2005, n. 3; R. ORIANI, *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)* in *Foro It.*, 2004; R. ORIANI, *È possibile la translatio iudicii tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Foro It.*, 2007, I, p. 2009; A. PAJNO, *Una lettura unificante delle norme sulla tutela giurisdizionale: Cass. N. 4109/2007 e Corte Cost. n. 77/2007*, in *Giornale dir. Amm.*, 9/2007; G. SIGISMONDI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2007; C.E. GALLO, *La translatio iudicii nei rapporti tra giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2007; M.A. SANDULLI, *I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii*, in *federalismi.it*, 6/2007.

⁹⁷⁶ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo, op., cit.*, pp. 390-395.

⁹⁷⁷ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo, op., cit.*, p. 394.

10. L'OPPOSIZIONE DI TERZO.

La sentenza della Corte Costituzionale⁹⁷⁸ 17 marzo 1995, n. 177 ha introdotto nel processo amministrativo lo strumento dell'opposizione di terzo ordinaria (art. 404, comma I, c.p.c.), un tempo operante nell'ambito della sola giurisdizione ordinaria. Si tratta di un'importante pronuncia "additiva"⁹⁷⁹ almeno sotto due aspetti: l'aspetto più propriamente sistematico del trapianto di un intero istituto nel *corpus* della giustizia amministrativa (di legittimità, di merito, esclusiva); e l'aspetto spiccatamente garantistico della tutela di determinati terzi rimasti estranei al processo e sostanzialmente pregiudicati dalla sentenza. In tal senso risultano opponibili le sentenze del Consiglio di Stato per le quali residua solo il ricorso per Cassazione e le sentenze del T.A.R. passate in giudicato; non sono invece opponibili le sentenze del tribunale esecutive ma non passate in giudicato⁹⁸⁰.

Nel processo civile l'opposizione di terzo è concessa al terzo che non è stato parte in senso processuale nel giudizio; che risulta titolare di un diritto proprio da vantare nei confronti delle parti originarie, nonostante non sia necessario pretendere l'adempimento da parte di entrambe; autonomo, incompatibile e prevalente rispetto a quello accertato dalla sentenza che si impugna⁹⁸¹.

A proposito del carattere dell'incompatibilità, in dottrina e in giurisprudenza si sono sollevate molte discussioni vertenti sull'esatta portata del fenomeno: incompatibilità giuridica tra i due diritti o impossibilità pratica di soddisfare entrambe le pretese?

Più ragionevolmente, sembra di dover accettare la prima interpretazione, in quanto il fatto di poter soddisfare concretamente due pretese non risolve il problema dell'incompatibilità di due situazioni giuridiche sul piano sostanziale e, quindi, giuridico⁹⁸².

Emerge quindi la circostanza essenziale per cui il terzo non è soggetto all'autorità di cosa giudicata della sentenza (vedi la fondamentale differenza rispetto all'opposizione revocatoria, dove anzi si postula la riflessione del giudicato sulla posizione giuridica del terzo), ma ne risulta nondimeno sostanzialmente pregiudicato⁹⁸³.

Sono poi legittimati all'opposizione di terzo coloro che lamentano un vizio della procedura che abbia sostanzialmente inciso sul contraddittorio e sulla reale possibilità di esercitare appieno il diritto di difesa: si tratta evidentemente dei litisconsorti pretermessi, parti necessarie del giudizio⁹⁸⁴. In questa ipotesi, stante la violazione di un diritto processuale, non è nemmeno necessario dimostrare il c.d. danno da esecuzione.

Certamente il terzo può far affidamento sia nel processo amministrativo che in quello civile su altri rimedi, come l'intervento in giudizio, spontaneo o su ordine delle parti o del

⁹⁷⁸ Cfr., l'importante presa di posizione della Corte in A. MASUCCI, *Opposizione di terzo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1988, p. 1: "Il diritto al contraddittorio non è, però, prerogativa delle sole parti del processo; esse riguarda tutti coloro che possono essere toccati dalla decisione processuale".

⁹⁷⁹ Cfr., le riflessioni di P. STELLA RICHTER, voce *Impugnazioni V) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. V, Roma, 1988, pp. 7-8. L'Autore già rilevava la necessità dell'introduzione dell'istituto almeno nella giurisdizione esclusiva per l'evidente disparità di trattamento processuale nella materia dei diritti soggettivi.

⁹⁸⁰ Cfr., a questo proposito la spiegazione critica della sentenza della Corte Costituzionale da parte di G. OLIVIERI, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo. Oggetto ed effetti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/1997, p. 17.

⁹⁸¹ Vedi sui presupposti dell'opposizione di terzo F. P. LUISO, voce *Opposizione di terzo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1988, pp. 1-2.

⁹⁸² Ancora LUISO, voce *Opposizione di terzo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, cit., p. 3.

⁹⁸³ Sulla necessità che il terzo non subisca nemmeno indirettamente o di riflesso gli effetti della sentenza, a cui quindi non risulta vincolato: Cassazione, 7 aprile 1988, n. 2747, in *Giustizia civile*, 1988, I, 1686.

⁹⁸⁴ Vedi in giurisprudenza Cassazione, 23 giugno 1989, n. 3011, in *Foro Italiano*, 1990, I, 147; Cassazione, 11 gennaio 1988, n. 19, in *Foro Italiano*, 1988, I, 2534.

giudice e l'appello⁹⁸⁵; ma nel processo amministrativo si sentiva la mancanza di un rimedio “di chiusura” del sistema delle difese nei confronti delle sentenze passate in giudicato.

Infatti, più di ogni altro rimedio, l'opposizione di terzo garantisce precipuamente quel diritto alla completezza del contraddittorio che tanto caratterizza il modulo giurisdizionale, al punto da qualificarlo in modo quasi esclusivo rispetto agli altri principi ed istituti processuali⁹⁸⁶.

Anzi, l'esigenza di tutela nel giudizio amministrativo è maggiormente avvertita per il fatto che l'esecuzione del giudicato da parte della pubblica amministrazione comporta l'esercizio di poteri autoritativi potenzialmente in grado di coinvolgere le posizioni dei terzi, che potrebbero così riportare il c.d. danno da attuazione. E, se è vero che i terzi hanno comunque a disposizione l'ordinario ricorso impugnatorio avverso gli atti dell'amministrazione di esecuzione del giudicato, ciò non toglie la limitatezza della tutela, che anzi si svuota di effettivo contenuto: che senso avrebbe, infatti, attaccare l'atto di esecuzione se non si potesse demolire la sentenza passata in cosa giudicata?

Promotore del mutamento è stato il Consiglio di Stato che, con un'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, aveva insinuato il dubbio della legittimità costituzionale degli artt. 36 e 28 della legge T.A.R. in rapporto agli artt. 3 e 24 della Costituzione nella misura in cui non prevedevano rispettivamente l'opposizione di terzo fra i mezzi di impugnazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e quelle dei T.A.R. passate in cosa giudicata. Nonostante il carattere “additivo” della sentenza, alla giurisprudenza è toccato il compito di individuare in concreto le modalità applicative dell'istituto in rapporto ai soggetti legittimati all'impugnazione, alle altre possibilità di impugnazione e all'istituto che tutt'oggi vige nel giudizio civile⁹⁸⁷.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, è la stessa Corte che, senza avvertire la necessità di motivare la sua scelta, introduce nell'opposizione di terzo del processo amministrativo una differenziazione di non poco rilievo rispetto al modello civilistico: è infatti necessario nella giurisdizione amministrativa attendere il passaggio in giudicato delle sentenze del T.A.R. (anche se le sentenze sono già esecutive), e di quelle del Consiglio di Stato per la sola parte relativa al merito.

Sviluppi molto interessanti riguardano invece l'esatta individuazione dei soggetti legittimati all'opposizione di terzo⁹⁸⁸. Tra questi rilevano in primo luogo i controinteressati cosiddetti formali pretermessi, ossia coloro che, avvantaggiati dal provvedimento impugnato e in base ad esso individuabili, non abbiano ricevuto notificazione del ricorso, pur essendo parti necessarie del giudizio⁹⁸⁹. Il pretermesso “non ha bisogno né di allegare l'ingiustizia della pronuncia opposta né di formulare richieste di merito, essendo sufficiente constatare la violazione delle norme sull'integrità del contraddittorio perché ne consegua la dichiarazione di nullità della sentenza opposta”⁹⁹⁰.

Vengono poi in rilievo i controinteressati⁹⁹¹ c.d. sostanziali e quelli occulti, cioè coloro che risultano avvantaggiati dal provvedimento pur non essendo facilmente individuabili in base ad

⁹⁸⁵ Si tratta dei rimedi tradizionali, vedi in proposito P. STELLA RICHTER, voce *Impugnazioni V) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. V, Roma, 1988, pp. 7-8.

⁹⁸⁶ Vedi D. CORLETTI, *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*, cit., p. 563.

⁹⁸⁷ Ancora sul punto CORLETTI, *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, cit., p. 565.

⁹⁸⁸ Cfr., le considerazioni di A. MASUCCI, *Opposizione di terzo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1988, p. 4; e di G. OLIVIERI, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo. Oggetto ed effetti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/1997, p. 25 e ss.

⁹⁸⁹ Cfr., a questo proposito A. TRAVI, *L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo*, Firenze, 1997, III, pp. 24-26.

⁹⁹⁰ F. P. LUISO, voce *Opposizione di terzo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1988, p. 5.

⁹⁹¹ È invece da escludere che dell'opposizione di terzo possano avvantaggiarsi il titolare di interessi collettivi o diffusi nel caso in cui la pronuncia resa nei confronti dell'associazione sia per lui pregiudizievole: in questo caso, infatti, il singolo non è stato pretermesso, essendo il suo interesse rappresentato dall'associazione insieme a tutti

esso; infine, quelli successivi, ossia coloro che traggono un vantaggio da atti adottati nel corso di un procedimento amministrativo non ancora concluso. Si pensi esemplarmente al caso di un concorrente escluso da un concorso pubblico che ricorra contro l'atto di esclusione; si immagini poi che il ricorso venga accolto, ma che nel frattempo l'amministrazione abbia già nominato i vincitori; per ottemperare al giudicato, l'amministrazione non avrà altra scelta che quella di annullare la nomina dell'ultimo in graduatoria: proprio questo soggetto è nella posizione di lamentarsi della sua mancata partecipazione al processo.

Certo non è oggi auspicabile un ritorno a quella severa giurisprudenza che onerava il ricorrente dell'impugnazione di tutti gli atti successivi del procedimento a pena di improcedibilità⁹⁹², ma nemmeno si può convenire sull'efficacia e sull'opportunità della presente soluzione: ai fini del contraddittorio, altro è intervenire durante la fase di formazione della decisione, quando sono attuali argomentazioni, repliche, eccezioni, allegazioni, altro è attaccare una pronuncia già formalmente e sostanzialmente fatta propria dal giudice, sul quale dovrà evidentemente esercitarsi una pressione molto convincente⁹⁹³.

Quello stesso giudice magari che si è sottratto più o meno consapevolmente alle sue responsabilità di guida sostanziale del processo. A questo proposito non si può non rilevare l'importante giurisprudenza del Consiglio di Stato che, recependo la timida indicazione prospettata nella sentenza della Corte Costituzionale n. 177/1995, ha introdotto in modo preponderante nel processo amministrativo l'istituto (fino ad allora poco utilizzato) della chiamata in giudizio *inssu iudicis*. Infatti, in base ad una lata interpretazione dell'art. 21 della legge T.A.R., nel novero delle ulteriori notifiche agli altri controinteressati andrebbero computate anche quelle ai controinteressati sostanziali, occulti o successivi: nel silenzio della legge, perché non addossare nei casi più problematici la responsabilità dell'integrità del contraddittorio al giudice, piuttosto che al ricorrente?⁹⁹⁴ Probabilmente dovrebbe essere lo stesso Legislatore ad intervenire nella materia in questione e creare forme di tutela maggiormente garantistiche (rimedi anticipati quindi) per tutti i terzi che in qualche modo sarebbero pregiudicati dalla pronuncia⁹⁹⁵.

Per quanto riguarda invece l'ultimo profilo, e cioè il rapporto tra opposizione di terzo, intervento ed appello, è da dire subito che l'opposizione realizza un rimedio alternativo e di chiusura del sistema delle difese del terzo. In primo luogo non è possibile concepire l'intervento come una forma anticipata di opposizione: dell'intervento possono infatti giovare in veste adesiva accanto alla pubblica amministrazione anche coloro che siano titolari di situazioni riflesse o di interessi di mero⁹⁹⁶. In secondo luogo, tra opposizione ed appello si dà un rapporto di alternatività⁹⁹⁷. Ma, se tale soluzione appare paradossale nel caso del litisconsorte necessario pretermesso (perché il litisconsorte dovrebbe utilizzare l'appello per ottenere un annullamento con rinvio quando potrebbe ottenere un annullamento della decisione e il ripristino della situazione sostanziale tramite l'opposizione?)⁹⁹⁸, tuttavia la contraria soluzione (un rimedio esclude l'altro) appare ancora più insostenibile. Infatti, laddove l'appello fosse riservato alle parti formali e l'opposizione alle parti sostanziali, il terzo controinteressato in senso sostanziale sarebbe privo di difese nel caso in cui la sentenza non fosse notificata: nell'attesa della decorrenza del termine lungo per il passaggio in giudicato (termine decorrente dalla pubblicazione), la sentenza pur non formalmente ottemperabile

gli altri interessi della collettività. Sul punto vedi G. OLIVIERI, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo. Oggetto ed effetti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/1997, p. 31 e ss.

⁹⁹² Vedi a questo proposito F. LUBRANO, *L'atto amministrativo presupposto*, Roma, 1992, pp. 159-160.

⁹⁹³ Cfr., per ampie riflessioni sul punto CORLETTO, *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, cit., p. 570.

⁹⁹⁴ Cfr., le considerazioni di D. CORLETTO, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1992, p. 147.

⁹⁹⁵ Così CORLETTO, *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, cit., p. 579.

⁹⁹⁶ Vedi M. RAMAJOLI, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, 1997, 118.

⁹⁹⁷ Cfr., F. LORENZOTTI, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo*, Napoli, 1997, 253.

⁹⁹⁸ Cfr., CORLETTO, *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, cit., p. 576.

potrebbe essere praticamente eseguita, provocando un eventuale e irreversibile pregiudizio al terzo⁹⁹⁹.

11. LA REVOCAZIONE.

La revocazione nel processo amministrativo è soggetta alla disciplina dettata dal Codice di procedura civile, cui rinviano tra l'altro gli articoli 28 e 36 della legge T.A.R.

A questo proposito riveste un ruolo centrale l'art. 395 c.p.c., il quale prevede ben sei ipotesi di motivo revocatorio che si è soliti articolare in due grandi gruppi: motivi che danno luogo alla revocazione ordinaria e motivi che invece danno luogo alla revocazione straordinaria.

La prima tipologia si caratterizza per il fatto che, dall'immediata rilevanza del vizio, dipende la necessità di esperire l'istituto prima del passaggio in giudicato.

La seconda tipologia, invece, si caratterizza per il fatto che i vizi possono essere scoperti e fatti valere anche dopo il passaggio in cosa giudicata della sentenza.

I motivi di revocazione ordinaria sono¹⁰⁰⁰ l'errore di fatto risultante dagli atti o dai documenti della causa e che cade su un fatto che non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare (n. 4); il contrasto con un precedente giudicato (n. 5).

I motivi di revocazione straordinaria invece sono il dolo di una parte ai danni dell'altra (n. 1); la decisione basata su prove riconosciute o dichiarate false dopo la sentenza; decisione basata su prove la cui falsità riconosciuta o dichiarata prima della sentenza non era nota alla parte soccombente (n. 2); il ritrovamento posteriore alla sentenza di documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre per fatto dell'avversario o per causa di forza maggiore (n. 3); la sentenza che è effetto del dolo del giudice accertato con sentenza passata in cosa giudicata (n. 6).

L'esercizio dell'azione revocatoria compete alla parte soccombente nel giudizio, quindi astrattamente legittimati sono il ricorrente, l'interveniente, il controinteressato e l'amministrazione. Al contrario, con un atteggiamento molto rigido la giurisprudenza nega la legittimazione a chi avrebbe potuto essere parte formale del giudizio ma, per un'omissione della parte o del giudice, non ha potuto parteciparvi¹⁰⁰¹.

In caso di litisconsorzio attivo e passivo, invece, la possibilità di avvalersi dell'azione revocatoria è aperta per ciascun ricorrente e resistente, non rilevando che nel precedente giudizio non tutti i soggetti si siano costituiti come parti¹⁰⁰².

Il giudice della domanda di revocazione è lo stesso giudice che ha emesso la sentenza impugnata, eccetto, ragionevolmente, quelle ipotesi in cui il motivo revocatorio realizza gli estremi del dolo del giudice¹⁰⁰³.

La domanda di revocazione ordinaria contro le sentenze dei tribunali amministrativi regionali e contro le sentenze del Consiglio di Stato (siano esse pronunciate in unico grado o in grado di appello) può essere proposta nel termine "lungo" di un anno dalla pubblicazione della sentenza.

Per quanto concerne invece la determinazione del termine "breve", si è reso necessario l'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹⁰⁰⁴, la quale ha definitivamente chiarito che il termine è di sessanta giorni decorrente dalla notificazione della decisione.

⁹⁹⁹ In questo senso G. OLIVIERI, *L'opposizione di terzo nel processo amministrativo. Oggetto ed effetti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/1997, p. 43.

¹⁰⁰⁰ Per ampie considerazioni sulla disciplina dell'azione revocatoria vedi F. FRANCIOSI, *Revocazione ordinaria e processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/1997, p. 830 e ss.

¹⁰⁰¹ Cfr., A. CARULLO, *La revocazione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1978, p. 191.

¹⁰⁰² Consiglio di Stato, sez. IV, 13 marzo 1970, n. 88, in *Sett. Giur.*, 1970, I, 188.

¹⁰⁰³ In tutti gli altri casi si ritiene fungibile l'identità del giudice sia come persona fisica che come ufficio giudiziario. Così CARULLO, *La revocazione nel processo amministrativo*, cit. p. 193.

Nel caso della revocazione straordinaria, invece, il termine decorre dalla scoperta del motivo revocatorio nei casi di cui ai numeri 1, 2 e 3: scoperta del dolo della controparte; scoperta della falsità delle prove; scoperta del documento decisivo. Nell'ipotesi del dolo del giudice, invece, il termine decorre dal momento del passaggio in giudicato della sentenza che lo accerta¹⁰⁰⁵.

Elementi costitutivi della domanda di revocazione sono: l'indicazione della parte ricorrente; l'indicazione della decisione contro cui si ricorre; la specificazione dei motivi su cui si fonda la domanda, nonché la precisazione della data della scoperta o del ritrovamento; le conclusioni; la sottoscrizione della parte e del difensore o anche solo di questo se munito di mandato speciale¹⁰⁰⁶.

Il ricorso per revocazione deve essere notificato nei modi consueti (art. 82 del regolamento del 1907)¹⁰⁰⁷, in modo da assicurare il contraddittorio nei confronti di coloro che possono avere interesse al mantenimento della sentenza già pronunciata¹⁰⁰⁸.

Per quanto riguarda infine la dinamica processuale, sono riconosciuti ampi poteri istruttori al giudice al di là della collaborazione delle parti, non solo per l'operatività del principio acquisitivo, ma molto più per la natura del giudizio stesso: comportando una possibile revocazione, la pronuncia del giudice deve essere la più ponderata possibile, da qui la riaffermazione dell'esclusione del giuramento e della confessione. Le parti possono comunque introdurre nel giudizio nuove prove e nuovi documenti, ma non nuove domande o nuovi motivi di illegittimità¹⁰⁰⁹.

12. LA CORREZIONE DELLA SENTENZA.

L'istituto della correzione delle sentenze è disciplinato dall'art. 93 del regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato del 1907, a cui rimanda anche l'art. 19 della legge T.A.R.

Suscettibili di correzione sono l'omissione e l'errore materiale idonei a recare un apprezzabile pregiudizio¹⁰¹⁰ e tali da determinare oggettiva incertezza circa il contenuto essenziale della pronuncia, anche se l'inesattezza non deve assolutamente risolversi in una modificazione del dispositivo¹⁰¹¹: si deve trattare insomma di una svista o di una difformità accidentale, non volontaria e comunque occasionale¹⁰¹².

L'istanza di correzione va proposta allo stesso giudice che ha pronunciato la decisione, ma la procedura varia a seconda che vi sia o meno l'accordo delle parti.

¹⁰⁰⁴ Si tratta di Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 maggio 1996, n. 3, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/1997, p. 820.

¹⁰⁰⁵ Cfr., P. STELLA RICHTER, voce *Impugnazioni V*) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. XVI, p. 4.

¹⁰⁰⁶ Sugli elementi della domanda di revocazione vedi CARULLO, *La revocazione nel processo amministrativo*, cit., pp. 198-199.

¹⁰⁰⁷ Secondo Consiglio di Stato, sez. VI, 2 dicembre 1959, n. 883, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1959, I, 1737 è nulla la notificazione eseguita nei modi previsti dal c.p.c.: così la notificazione nelle mani del patrocinante della parte costituita.

¹⁰⁰⁸ Si è così dichiarato inammissibile il ricorso in revocazione che non sia stato notificato ai soggetti controinteressati nel precedente giudizio: così Consiglio di Stato, sez. V, 4 marzo 1966, n. 396, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1966, I.

¹⁰⁰⁹ Vedi sull'istruttoria le considerazioni di CARULLO, *La revocazione nel processo amministrativo*, cit., p. 205.

¹⁰¹⁰ Consiglio di Stato, sez. V, 17 marzo 1998, n. 291, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 389; sez. IV, 20 luglio 1998, n. 1092, *ivi*, I, 1122.

¹⁰¹¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 27 aprile 1979, n. 329, in *Consiglio di Stato*, 1979, I, 609; sez. V, 18 ottobre 1974, n. 408, *ivi*, 1974, I, 1211; sez. VI, 10 novembre 1995, n. 1272, in *Foro amministrativo*, 1995, 2694.

¹⁰¹² Consiglio di Stato, sez. IV, 17 marzo 1992, n. 294, in *Consiglio di Stato*, 1992, I, 392.

In caso di accordo¹⁰¹³, il rito seguito è la camera di consiglio a cui possono partecipare i difensori delle parti che ne facciano richiesta.

In caso di dissenso, il rito è quello ordinario al termine del quale viene pronunciata una sentenza resa in contraddittorio¹⁰¹⁴: la parte interessata deve infatti notificare l'istanza all'amministrazione resistente e ad almeno un controinteressato¹⁰¹⁵ e chiedere la fissazione dell'udienza pubblica per la discussione della causa.

13. LE PROCEDURE GIURISDIZIONALI SPECIALI.

13.1. LE SENTENZE CAMERALI.

Da tempo la Corte Costituzionale ha affermato la costituzionalità delle forme di tutela differenziate con motivazioni che si riferiscono al processo civile ma certamente estensibili in via analogica anche al processo amministrativo¹⁰¹⁶.

Infatti, già nel 1973¹⁰¹⁷ la Corte affermava che “la previsione di un rito speciale non è di per sé in contrasto con il diritto di azione e di difesa, in quanto quest'ultimo è variamente configurato dalla legge in relazione alle peculiari esigenze dei vari processi”; e ancora successivamente “è da escludere che ogni rito processuale diverso da quello ordinario possa essere considerato in contrasto con l'art. 24 cost., e ciò perché quest'ultimo rito non costituisce l'unico ed esclusivo strumento di attuazione delle garanzie costituzionali”¹⁰¹⁸. E, con particolare riferimento al rito camerale, la Corte ne ha sostenuto la costituzionalità purché siano rispettate le condizioni minime del processo: principio del contraddittorio, diritto alla prova, impugnabilità delle decisioni¹⁰¹⁹.

Il rito camerale è sempre stato concepito nella giustizia amministrativa come uno strumento utile per una delibazione sommaria della controversia in vista dell'adozione di misure urgenti dalla natura cautelare e provvisoria, alle quali poi necessariamente seguiva la fase processuale dell'udienza pubblica che definiva anche nel merito la causa¹⁰²⁰.

Successivamente, con l'entrata in vigore del decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito con modifiche nella legge 23 maggio 1997, n. 135, il quadro generale muta, in quanto per nei giudizi aventi ad oggetto provvedimenti di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ivi compresi i provvedimenti relativi a procedure di affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, nonché le procedure di espropriazione delle aree ad esse destinate, si poteva sopprimere del tutto la fase di merito del processo ed esaurire la controversia già in sede cautelare, ossia nell'udienza camerale.

A dire il vero meccanismi acceleratori e di rito abbreviato non erano sconosciuti anche in passato, ma in termini tuttavia opposti: si pensi ad esempio all'art. 31-*bis* della “legge Merloni 1”, dove ad essere soppressa era la fase cautelare.

Per quanto riguarda le regole procedurali, la decisione in forma semplificata nei giudizi ordinari presuppone che un giudice sia stato investito di una controversia (in materie diverse da quelle indicate nel nuovo art. 23-*bis*, per le quali vigono particolari norme) e che possa

¹⁰¹³ Cfr., sulle modalità dell'accordo N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 221. L'accordo può risultare dalla sottoscrizione congiunta dell'istanza; dalla sottoscrizione della controparte in calce all'istanza notificatagli; da atti separati o allegati.

¹⁰¹⁴ Consiglio di Stato, sez. I, 19 marzo 2001, n. 133, in ITALEDI CD-ROM.

¹⁰¹⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 13 maggio 2002, n. 2583, in *Consiglio di Stato*, 2002, I, 1124.

¹⁰¹⁶ Vedi a questo proposito M. CHITI, *Le procedure giurisdizionali speciali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. IV, Milano Giuffrè, 2000, p. 3643.

¹⁰¹⁷ Corte Costituzionale, 1 marzo 1973, n. 543.

¹⁰¹⁸ Corte Costituzionale, 14 dicembre 1989, n. 543.

¹⁰¹⁹ Corte Costituzionale, n. 573/1989; n. 42/1981; n. 202/1975; n. 543/1989.

¹⁰²⁰ Cfr., le considerazioni di N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Giuffrè Editore, 2003, p. 317.

definire nel merito la controversia senza prima decidere sulla domanda cautelare e poi rinviare all'udienza pubblica la trattazione del merito.

La decisione in camera di consiglio può essere assunta anche se le parti non siano presenti, né che l'appellato sia costituito in giudizio, né che sia scaduto il termine per la costituzione in giudizio, essendo sufficiente che il ricorso sia stato notificato per il principio del contraddittorio¹⁰²¹. Resta fermo quindi il principio per cui il giudice non possa procedere all'immediata definizione del giudizio nel merito laddove residui una situazione di contraddittorio non integro¹⁰²².

Stante l'esigenza di definire celermente il giudizio è possibile che il giudice, tenuto conto di ogni circostanza, pronunci una sentenza breve mentre era ancora pendente il termine per il ricorso incidentale; in questi casi, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha stabilito che il controinteressato possa comunque nel secondo grado del giudizio far valere tutte quelle censure - sulle quali avrebbe fondato il ricorso incidentale - come altrettanti motivi di appello avverso la sentenza del T.A.R.¹⁰²³.

Analogo discorso può farsi in riferimento all'ipotesi di una pronuncia in forma semplificata nella pendenza del termine per proporre regolamento di competenza¹⁰²⁴: eventuali censure potranno essere fatte valere come motivi di appello. Quindi, la sentenza immediata di un T.A.R. incompetente non può considerarsi viziata ove la parte interessata non si sia tempestivamente attivata al fine di far trasferire la controversia di fronte al giudice competente territorialmente¹⁰²⁵.

La decisione in forma semplificata nei giudizi a rito abbreviato¹⁰²⁶, invece, presuppone la possibilità per il giudice di definire immediatamente la controversia nel merito con sentenza succintamente motivata. Se un tempo tale meccanismo era previsto solo nei casi in cui il giudice accertava l'irricevibilità, l'inammissibilità o l'infondatezza del ricorso¹⁰²⁷, con la riforma introdotta dalla legge n. 205/2000 tale tipo di pronuncia è previsto per tutte le controversie rientranti nelle materie elencate nell'art. 4: sempre accertata la completezza del contraddittorio o comunque dopo averne disposto l'integrazione, il giudice, se ritiene ad un primo esame che il ricorso evidenzi l'illegittimità dell'atto e che sussista il pericolo di un pregiudizio grave ed irreparabile, fissa con ordinanza l'udienza per la discussione nel merito nel termine di trenta giorni dal deposito dell'ordinanza medesima; le parti secondo le regole ordinarie possono depositare documenti e memorie rispettivamente nel termine di quindici e di dieci giorni prima dell'udienza.

Una disposizione molto particolare consente poi di proporre appello con riserva dei motivi¹⁰²⁸: ora, a parte rare ipotesi eccezionali in cui lo strumento potrebbe essere utile per sospendere l'efficacia della decisione che si impugna, è da dire in generale che attendere l'instaurazione di un regolare giudizio d'appello è di vantaggio sia per l'appellante, il quale può formulare le proprie censure in modo più appropriato essendo a conoscenza della motivazione della sentenza, sia per le parti appellate, le quali possono fare affidamento sull'instaurazione di un regolare contraddittorio¹⁰²⁹.

¹⁰²¹ Cfr., a questo proposito Consiglio di Stato, sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4561, in *Consiglio di Stato*, 2001, I, 1828.

¹⁰²² Così, il ricorso avverso il decreto prefettizio d'espulsione dello straniero ha natura contenziosa e si svolge nelle forme del procedimento camerale: da qui la nullità del provvedimento emesso dal giudice senza che sia stato integrato il contraddittorio nei confronti dell'amministrazione. Vedi Cassazione civile, sez. I, 22 novembre 2000, n. 15071, in ITALEDI CD-ROM.

¹⁰²³ Consiglio di Stato, sez. V, 13 giugno 1998, n. 830, in *Foro amministrativo*, 1998, 1737.

¹⁰²⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 13 settembre 1999, n. 664, in *Foro italiano*, 2000, III, 129.

¹⁰²⁵ Così N. SAIITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, cit., p. 335.

¹⁰²⁶ D. VAIANO, *L'Accelerazione dei tempi processuali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. IV, Milano Giuffrè, 2001, p. 23 e ss.

¹⁰²⁷ T.A.R. Veneto, Venezia, 16 dicembre 2000, n. 2804, in ITALEDI CD-ROM.

¹⁰²⁸ Cfr., sul punto CARINGELLA, *Giustizia amministrativa*, Napoli, 1999, 544.

¹⁰²⁹ Cfr., le considerazioni critiche di N. SAIITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Giuffrè Editore, 2003, p. 341.

13.2. IL RITO IN MATERIA DI DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI.

La previsione di una procedura giurisdizionale speciale per la tutela del diritto di accesso ai documenti amministrativi rappresenta una conquista sia sul piano sostanziale (una pretesa non azionabile non è un'autentica pretesa), sia sul piano procedurale (alle domande di giustizia in materia è accordato un percorso senza dubbio privilegiato).

L'art. 25 della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo¹⁰³⁰ prevede infatti che contro le determinazioni amministrative che negano o condizionano il diritto di accesso e nei casi di silenzio rifiuto (*rectius*, *diniego*) formatosi sulla richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è dato ricorso, nel termine di trenta giorni, al Tribunale amministrativo regionale, il quale decide in camera di consiglio entro trenta giorni dalla scadenza del termine previsto per il deposito del ricorso medesimo, uditi i difensori delle parti che ne abbiano fatto richiesta. Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, peraltro, la mancata contestazione del *diniego* o del silenzio non inibisce la presentazione di una nuova istanza di accesso e di un nuovo, eventuale, ricorso giurisdizionale¹⁰³¹.

Contro la decisione è proponibile, entro trenta giorni dalla notifica della sentenza, appello al Consiglio di Stato, il quale decide con le stesse modalità e negli stessi termini.

Il nuovo comma 6 dell'art. 25 della legge n. 241/1990, con una formulazione parzialmente diversa rispetto a quella precedente ("in caso di totale o parziale accoglimento del ricorso"), prevede che il giudice, "sussistendone i presupposti", non si limiti all'annullamento del provvedimento richiesto, ma ordini l'immediata esibizione dei documenti richiesti, pronuncia, questa, immediatamente soddisfattoria dell'interesse del privato. Tale previsione, tra l'altro, trova un importante riscontro alla luce delle modifiche legislative apportate alla legge n. 241 del 1990 dalle leggi nn. 15 e 80 del 2005, secondo cui il giudice amministrativo, nell'esercizio della sua giurisdizione, qualificata espressamente come esclusiva dalla legge n. 80/2005, può valutare la fondatezza della pretesa, esercitando così una sorta di azione di accertamento e successiva condanna dell'amministrazione ad un *facere positivo*¹⁰³².

Sul piano procedurale la scelta del rito camerale si giustifica pienamente con la natura strumentale della pretesa (l'accesso ai documenti può essere finalizzato all'esercizio migliore del diritto di difesa in un giudizio civile, penale, amministrativo o ad una più consapevole partecipazione ad un procedimento amministrativo) e con l'esigenza di celerità, la quale non sarebbe stata soddisfatta nemmeno con il dimezzamento dei termini previsti per il rito ordinario¹⁰³³. Infatti, diversamente dal dimezzamento di tutti i termini processuali previsto dall'art. 4 della legge n. 205/2000 in determinate materie, nel caso del rito sull'accesso il dimezzamento dei termini a giorni 30 è previsto per la sola notifica del ricorso, per la proposizione dell'appello e per l'emanazione della sentenza sia in primo che in secondo grado, anche se esigenze di celerità e semplificazione inducono ad estendere in via interpretativa la medesima soluzione per altri termini processuali, quantomeno quelli per la proposizione del ricorso incidentale.

¹⁰³⁰ Vedi A. CHIEPPA, *Lo speciale procedimento giurisdizionale ex art. 25 legge 7.8.1990, n. 241*, in *Foro amministrativo*, 1992, I, 1973.

¹⁰³¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938.

¹⁰³² M.T. SEMPREVIVA, *Il nuovo volto dell'accesso ai documenti amministrativi*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di F. Caringella, D. De Carolis, G. De Marzo, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1281.

¹⁰³³ Cfr., le considerazioni di N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Giuffrè Editore, 2003, p. 419.

In applicazione della legge n. 742/1969, infine, la decorrenza di tale termine viene sospesa nel corso delle ferie estive, trattandosi di un istituto generale finalizzato alla migliore realizzazione del diritto di difesa¹⁰³⁴.

Quanto al termine per il deposito del ricorso, in mancanza di deroghe, è applicabile il termine ordinatorio di trenta giorni (si noti per inciso che la durata dei due termini è la stessa)¹⁰³⁵.

Più di recente si è affermato che il rito camerale in proposito si svolge in modo accelerato e deformalizzato¹⁰³⁶, non tanto per modificazioni allo svolgimento del procedimento camerale, quanto per la mancanza di una preeterminazione delle modalità di realizzazione del contraddittorio e del diritto di difesa, limitandosi semplicemente la legge a prevedere che debbano “essere uditi i difensori delle parti che ne abbiano fatto richiesta”¹⁰³⁷.

Lo svolgimento del giudizio segue pertanto le regole proprie: la seduta camerale viene fissata d'ufficio dal presidente del collegio con decreto; non è previsto alcun termine di decorrenza dalla notifica o dal deposito del ricorso né alcun termine dilatorio prima dell'udienza per la costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente e di eventuali controinteressati, potendosi questi costituire e produrre atti difensivi fino alla riunione in camera di consiglio.

L'unica novità è rappresentata dalla previsione di un termine di trenta giorni entro il quale il giudice deve decidere la domanda, fermo restando la discrezionalità del giudice nel modulare le udienze camerali in modo che venga correttamente compiuta l'eventuale attività istruttoria e che siano assicurati il contraddittorio tra le parti e il pieno esercizio del diritto di difesa: da qui l'impossibilità di prescindere dal termine dilatorio minimo di dieci giorni dalla notifica del ricorso, termine evidentemente concesso alle parti per preparare le loro difese.

Infine, stante l'incertezza della data, la giurisprudenza prevede che sia cura della segreteria dare comunicazione alle parti costituite del giorno in cui è fissata la camera di consiglio¹⁰³⁸.

All'udienza possono partecipare i difensori che ne facciano richiesta e, con l'entrata in vigore della legge n. 205/2000, possono stare in giudizio personalmente senza l'assistenza del difensore il ricorrente e l'amministrazione, purché difesa da un rappresentante autorizzato e dotato della qualifica dirigenziale¹⁰³⁹.

Ma la disposizione certamente più significativa è la novella introdotta dalla legge n. 15/2005 al comma 5 dell'art. 25 della legge n. 241/1990, inserendovi un periodo che mutua, salvo talune importanti modificazioni, il contenuto dell'art. 21, comma primo, della legge n. 1034/1971 (cd legge tar), che appunto viene contestualmente abrogato.

La nuova disposizione prevede in particolare che, in pendenza di un ricorso giurisdizionale amministrativo, l'impugnativa di cui all'art. 25, comma 5, legge n. 241/1990 (cd ricorso sull'accesso) può essere proposta con istanza presentata al Presidente e depositata presso la segreteria del giudice presso cui pende il giudizio ordinario (cd principio di attrazione della competenza), previa notifica all'amministrazione resistente o ai controinteressati, e viene decisa con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio. In tal caso deve tuttavia escludersi che il Legislatore abbia inteso consentire al privato, in corso di causa e in deroga alle

¹⁰³⁴ Nel senso che la legge n. 241/1990 non ha apportato deroghe alla legge generale sotto tale profilo: Consiglio di Stato, sez. VI, 10 febbraio 1996, n. 184, in *Consiglio di Stato*, 1996, I, 269; T.A.R. Lazio, sez. I, 14 gennaio 1993, n. 60, in *T.A.R.*, 1993, I, 376.

¹⁰³⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 8 luglio 1998, n. 1051, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 1177.

¹⁰³⁶ Così MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1999, 971.

¹⁰³⁷ Sul punto si potrebbe osservare in contrario che in realtà non si è davanti ad una vera e propria deformalizzazione, quanto ad una conferma delle solite forme di svolgimento del rito camerale. Così N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, cit., p. 421.

¹⁰³⁸ In senso contrario Consiglio di Stato, sez. I, 19 gennaio 1995, n. 37, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, 74.

¹⁰³⁹ Vedi sulle tecniche acceleratorie M. CHITTI, *Le procedure giurisdizionali speciali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. IV, Milano Giuffrè, 2000, p. 3672.

regole generali, di richiedere l'accesso ai documenti direttamente al Presidente del Tribunale, dovendosi invece ritenere che l'istanza ex art. 21, comma 1 della legge Tar in alternativa al ricorso autonomo ex art. 25, della legge n. 241/1990 abbia sempre ad oggetto determinazioni negative espresse o tacite da parte delle amministrazioni¹⁰⁴⁰.

Resta ovviamente ferma la libertà del ricorrente in ordine alla scelta della proposizione di un ricorso autonomo. Infatti, come sostenuto da parte della dottrina "l'alternativa tra i due rimedi viene meno e, dunque...l'acquisizione dei documenti rilevanti ai fini istruttori dovrà essere richiesta mediante istanza processuale, quando – instaurato il processo – ciò che il soggetto vuole far valere non è il diritto, sostanziale, alla conoscenza, bensì il diritto di difesa, appellandosi al regime peculiare di questo per quel che attiene al rapporto con l'altrui diritto alla riservatezza. In quest'ultima ipotesi, in cui dunque il diritto di accesso viene esercitato – pendente il processo – per esigenze connesse con il diritto di difesa è senz'altro più corretto che l'acquisizione del documento, lesivo del diritto del terzo alla riservatezza, resti subordinata alla valutazione della rilevanza del documento stesso da parte del giudice del processo di merito, in quanto soggetto maggiormente qualificato a svolgere tale giudizio"¹⁰⁴¹.

Per quanto concerne la legittimazione a ricorrere, la giurisprudenza¹⁰⁴² ha più volte chiarito che dal lato attivo non si esigono l'attualità dell'interesse, né in generale i requisiti legittimanti il ricorso giurisdizionale, ma solo la titolarità di una posizione giuridicamente rilevante ai fini della richiesta di informazioni.

Dal lato passivo, invece, fermo restando la legittimazione dell'amministrazione responsabile dell'accesso denegato (pubbliche amministrazioni, aziende autonome e speciali, enti pubblici e gestori di pubblici servizi; autorità di garanzia e di vigilanza nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, artt. 23 e 24 della legge n. 241/1990), si è registrata una certa discordia sull'interpretazione della nozione di controinteressato.

Infatti, da un lato non può considerarsi controinteressato in senso sostanziale quel terzo meramente interessato al mantenimento dello stato di fatto, potendo semmai riconoscersi un suo intervento *ad opponendum*¹⁰⁴³. Dall'altro lato non può disconoscersi l'esigenza della tutela del diritto alla riservatezza¹⁰⁴⁴, tanto che la legge n. 15/2005, modificando l'art. 22 della legge n. 241/1990 alla lettera c), del comma 1, definisce controinteressati all'accesso "tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili, in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza". Così, ancor prima dell'intervento dell'Adunanza plenaria che con la nota decisione n. 16 del 1999 aveva ritenuto necessaria la notifica del ricorso ad almeno un controinteressato, la giurisprudenza considerava condizione di ammissibilità del ricorso la notificazione secondo le forme consuete¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁰ M.T. SEMPREVIVA, *Il nuovo volto dell'accesso ai documenti amministrativi, in Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di F. Caringella, D. De Carolis, G. De Marzo, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1381.

¹⁰⁴¹ Cfr., A. SCOGNAMIGLIO, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza*, in *La legge sul procedimento amministrativo*, a cura di F. P. PUGLIESE, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 71-72. Cfr., anche M. CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1996, 430.

¹⁰⁴² Consiglio di Stato, sez. IV, 17 giugno 1997, n. 649, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, 685; Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 1995, n. 588, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, 898.

¹⁰⁴³ T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 7 febbraio 1995, n. 55, in *T.A.R.*, 1995, I, 1907.

¹⁰⁴⁴ Per una contraria opinione cfr., M. CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1996, 450 e ss. Secondo l'Autore il terzo titolare del diritto alla riservatezza non rappresenta un controinteressato parte necessaria del giudizio, potendo semmai in un secondo momento esperire l'opposizione di terzo nel caso gli possa derivare un pregiudizio dall'esecuzione dell'ordine di esibizione. In contrario si deve però osservare che la posizione che legittima all'opposizione di terzo è la stessa che avrebbe legittimato a quella partecipazione nel giudizio che, per il suo carattere preventivo, è ben più idonea a tutelare i diritti del terzo. Vedi a questo proposito A. SCOGNAMIGLIO, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza*, cit., p. 63.

¹⁰⁴⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, 26 giugno 2002, n. 3549, in *Giustizia amministrativa*, 2002, 834; sez. V, 2 dicembre 1998, n. 1725, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 3126.

Problema significativo attiene alla possibilità o meno di esperire la tutela cautelare in corso di giudizio. Invero, nonostante le due tipologie di giudizio presentino indubbi aspetti di somiglianza (dimezzamento dei termini e discussione in camera di consiglio), una soluzione positiva del problema non troverebbe conferma nella recente giurisprudenza amministrativa¹⁰⁴⁶.

13.3. IL PROCEDIMENTO MONITORIO INGIUNTIVO.

Con felice sintesi è stato detto che “l’introduzione del decreto ingiuntivo costituisce una novità assoluta della riforma del processo amministrativo, derivante dall’esigenza di deflazionare il carico di lavoro del collegio mediante un procedimento a cognizione sommaria che consenta di conseguire il più rapidamente possibile il titolo esecutivo e, con esso, la possibilità di avvalersi dell’esecuzione forzata”¹⁰⁴⁷.

In particolare, l’art. 8 della legge n. 205/2000 prevede che “nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, si applica il capo I del titolo I del libro IV del codice di procedura civile”¹⁰⁴⁸, precisando però che competente per l’ingiunzione è il presidente del tribunale o un magistrato da lui delegato e che l’opposizione all’ingiunzione si propone con decreto¹⁰⁴⁹.

Anche nel diritto processuale amministrativo, esattamente come nel diritto processuale civile, si è posto il problema della compatibilità della natura sommaria del decreto ingiuntivo con l’esigenza di attuare almeno le garanzie del principio del contraddittorio, anche tenuto conto del fatto che la giurisprudenza non è in linea di massima contraria alle forme di c.d. contraddittorio differito.

Pertanto, se in una prima fase il decreto ingiuntivo può essere adottato *inaudita altera parte*, il debitore di propria iniziativa può sempre instaurare il contraddittorio nella successiva fase processuale (appunto eventuale), attualizzando così le garanzie costituzionali del giusto processo. Peraltro, se il necessario presupposto per l’adozione del decreto ingiuntivo è abbastanza garantistico (si richiede la prova scritta senza eccezioni), così come del resto l’obbligo del deposito dei documenti non ritirabili fino alla scadenza del termine per l’opposizione, non altrettanto garantistica è la previsione della provvisoria esecutività (si tratta dell’ipotesi degli atti privilegiati o della ricorrenza del pericolo di un grave pregiudizio nel ritardo) del decreto stesso nella pendenza del termine di quaranta giorni entro cui il debitore può fare opposizione¹⁰⁵⁰.

Il giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo risente delle prassi differenziate dei tribunali amministrativi regionali per quanto riguarda la partecipazione al collegio giudicante dell’autore del decreto opposto, nonché per i termini processuali. A norma dell’art. 641 del c.p.c., il termine per proporre l’opposizione è di quaranta giorni, mentre il termine per il deposito è di soli dieci giorni; ora, nonostante l’art. 8 preveda l’applicazione delle norme del c.p.c., alcuni tribunali applicano i termini processuali dell’ordinario giudizio amministrativo: sessanta giorni per la notificazione e trenta per il deposito; addirittura in qualche caso si dà la possibilità di termini processuali misti, ovvero quaranta giorni per la notificazione e trenta per il deposito. In realtà, si dovrebbe ragionevolmente ammettere che l’espressione “l’opposizione

¹⁰⁴⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, 15 gennaio 2004, n. 148, che nega l’ammissibilità di domande cautelari nel rito ex art. 25, legge n. 241/1990.

¹⁰⁴⁷ Così, APICELLA, *I decreti ingiuntivi*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di SASSANI e VILLATA, Torino, 2001, p. 141.

¹⁰⁴⁸ Vedi sul punto la giurisprudenza: T.A.R. Sicilia- Catania, sez. II, 19 aprile 2002, n. 653, in *Foro amministrativo*, 2002, 1421; Consiglio di Stato, sez. IV, 15 maggio 2001, n. 2818, in *Consiglio di Stato*, 2001, I, 1512.

¹⁰⁴⁹ Cfr., le considerazioni di N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Giuffrè Editore, 2003, p. 382.

¹⁰⁵⁰ Cfr., a questo riguardo le considerazioni di E. T. LIEBMAN, *Il principio del contraddittorio e la Costituzione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1954, p. 9.

si propone con ricorso” rappresenta un valido argomento per sostenere l’applicazione dei termini propri del giudizio amministrativo¹⁰⁵¹. Tutti gli altri termini processuali sono invece ridotti alla metà.

Per il resto, dopo il deposito e la fissazione dell’udienza, il successivo *iter* resta assoggettato alle normali regole del processo amministrativo di rito ordinario o di rito speciale, a seconda della materia cui il decreto ingiuntivo attiene.

L’art. 650 del c.p.c. disciplina invece le ipotesi di opposizione tardiva: nei casi di irregolarità della notificazione, caso fortuito e forza maggiore, infatti, stante il comportamento non colpevole del presunto debitore, si verifica una sorta di rimessione in termini.

A questo proposito si deve rilevare senza dubbio il silenzio del legislatore circa la scelta del rito, anche se la circostanza per cui di solito all’adozione del provvedimento monocratico corrisponde il giudizio in camera di consiglio (così nel caso della rinuncia, della perenzione, della cessazione della materia del contendere, della carenza sopravvenuta di interesse) lascerebbe presumere che anche in questo caso l’opposizione al decreto ingiuntivo debba essere decisa nell’udienza camerale e non nell’udienza pubblica.

Tuttavia, si deve pur sempre rilevare in contrario che la camera di consiglio viene espressamente prevista dalla legge solo per l’ipotesi in cui si debba decidere sull’opposizione alla provvisoria di condanna disposta dal giudice quando ricorrono i presupposti di cui agli artt. 186-*bis* e 186-*ter* del c.p.c.¹⁰⁵².

Si tratta in questi casi di pronunce anticipatorie di condanna¹⁰⁵³ che il giudice può adottare su istanza di parte regolarmente notificata alle controparti¹⁰⁵⁴, una volta fissata d’ufficio la discussione nella prima camera di consiglio utile (corrispondente quindi al momento civilistico dell’udienza di precisazione delle conclusioni) e, quando ciò non sia possibile, entro trenta giorni dalla data del deposito dell’istanza.

Posto che tali pronunce non possono essere emesse *inaudita altera parte*, rimane da stabilire, infine, se l’ingiunzione a pagare una somma di denaro possa essere disposta anche in funzione cautelare in quei casi di necessità ed urgenza tali da non poter attendere nemmeno la pronuncia in camera di consiglio. Sul punto la dottrina è abbastanza concorde nel ritenere ammissibile una pronuncia del genere anche *inaudita altera parte* in primo grado, mentre critica tale possibilità nel secondo grado del giudizio, dove non si rinviene “la possibilità per il Consiglio di Stato in sede di appello di pronunciare un provvedimento di ingiunzione a contraddittorio eventuale o differito”¹⁰⁵⁵, nonostante che l’ultimo comma dell’art. 8 preveda che il procedimento di cui ai commi 1 e 2 si applichi anche al secondo grado del giudizio.

¹⁰⁵¹ In dottrina, PROTTO, *La tutela sommaria nel processo amministrativo*, in CARINGELLA- PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2001, 741, indica in quaranta giorni il termine per la proposizione dell’opposizione. In giurisprudenza vedi T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 12 aprile 2002, n. 653, cit.: “nell’ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo non può considerarsi tardivo il deposito avvenuto oltre il quarantesimo giorno dalla pubblicazione del decreto. L’art. 8 comma 1, legge 21 luglio 2000, n. 205, stabilisce che l’opposizione al decreto ingiuntivo emesso dal presidente del T.A.R. si propone mediante ricorso e non mediante atto di citazione di cui all’art. 645 c.p.c.”.

¹⁰⁵² Cfr., G. M. ESPOSITO, *Il procedimento monitorio ingiuntivo davanti al giudice amministrativo*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Cedam, Padova, 2003, pp. 429-431.

¹⁰⁵³ In tema: CARATTA, *Ordinanze anticipatorie di condanna (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1995, p. 10 e ss.

¹⁰⁵⁴ sulla necessità della notificazione della domanda di condanna anticipata T.A.R. Marche, 27 settembre 2000, n. 671, in T.A.R., 2000, II, 4228; T.A.R. Lazio, sez. III, 18 ottobre 2000, n. 8851, *ivi*, 2000, I, 3556.

¹⁰⁵⁵ Così, APICELLA, *I decreti ingiuntivi*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di SASSANI e VILLATA, Torino, 2001, p. 178.

BIBLIOGRAFIA

SENTENZE

- Consiglio di stato, sez. IV, 18 agosto 1905, n. 369, in *Giustizia amministrativa*, 1905, I, 553.
 Consiglio di Stato, sez. V, 18 novembre 1950, n. 1166, in *Il Consiglio di Stato*, 1950, p. 749.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 17 ottobre 1952, n. 772, in *Racc. Cons. St.*, 1952, 1228.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 29 agosto 1956, n. 846, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1956, I, 919.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 2 dicembre 1959, n. 883, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1959, I, 1737.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 26 febbraio 1960, n. 241, in *Il Consiglio di Stato*, 1960, I, p. 192.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 23 novembre 1960, n. 989, in *Consiglio di stato*, 1960, I, 2153.
 Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 1960, n. 399, *ivi*, 1960, I, 1203.
 Consiglio di Stato, sez. V, 29 ottobre 1960, n. 747, in *Foro amministrativo*, 1961, I, 332.
 Sentenza 29 novembre 1960, n. 67, in *Foro it.*, 1960, I 1873-1874.
 Consiglio di Stato, sez. V, 25 settembre 1963, n. 812, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1963, I, 1225.
 Sentenza *Alvis* Causa 32/62, in *Raccolta*, 1963, p. 49 ss.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 1963, n. 307, in *Foro amministrativo*, 1963, I, 1018.
 Sentenza *Pistoj* Causa 26/63, in *Raccolta*, 1964, p. 341 ss.
 Consiglio di Stato, sez. V, 10 luglio 1964, n. 867, in *Il Consiglio di Stato*, 1964, I, p. 1232.
 C.g.a. reg. sic., 10 ottobre 1964, n. 452, in *Foro amministrativo*, 1964, I, 2, 1372.
 Sentenza *Degref* Causa 80/63, in *Raccolta*, 1964, p. 391 ss.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 9 dicembre 1964, n. 1382, in *Foro amministrativo*, 1964, I, 1397.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 4 maggio 1965, n. 304, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1965, I, 967.
 Sentenza 2 luglio 1966, n. 80, in *Foro it.*, 1966, I, 1201-1203.
 Cassazione, 16 febbraio 1966, in *Giurisprudenza italiana*, 1967, I, 1, 575.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 9 dicembre 1967, n. 895, in *Foro amministrativo*, 1967, 1883.
 Sentenza *van Eick* Causa 35/67, in *Raccolta*, 1968, p. 329 ss.
 Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 maggio 1968, n. 11, in *Consiglio di Stato*, 1968, I, 758.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 14 maggio 1969, n. 185, in *Foro amministrativo*, 1969, I, 2, 458.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 21 ottobre 1969, n. 566, in *Foro amministrativo*, 996.
 Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 1969, n. 21, in *Foro amministrativo*, 1969, I, 2, 34.
 Cons. giust. amm. reg. sic., 28 agosto 1969, n. 202, in *Foro amministrativo*, 1969, I, 2, 941.
 Consiglio di Stato, sez. V, 28 novembre 1969, n. 1450, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1969, I, 2235.
 Consiglio di stato, sez. V, 29 settembre 1970, n. 713, in *Consiglio di Stato*, 1970, I, 1448.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 13 marzo 1970, n. 88, in *Sett. Giur.*, 1970, I, 188.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 14 aprile 1970, n. 271, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1970, I, 586.
 C.G.C.E., sentenza 15 luglio 1970, ACF Chemifarma, causa 41/69, in *Raccolta Ufficiale*, 1970, p. 661.
 C.G.C.E., sentenza 15 luglio 1970, Buchler, causa 44/69, in *Raccolta Ufficiale*, 1970, p. 733.
 C.G.C.E., sentenza 15 luglio 1970, Boeringer, causa 45/69, in *Raccolta Ufficiale*, 1970, p. 769.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 27 aprile 1971, n. 351, in *Consiglio di Stato*, 1971, I, 883.
 Sentenza 30 giugno 1971, causa 19/70, Almini/Commissione, in *Raccolta*, p. 623, par. 1.
 C.G.C.E., sentenza 14 luglio 1972, Geigy, causa 52/69, in *Raccolta Ufficiale*, 1972, p. 787.
 Sentenza 30 giugno 1971, causa 19/70, Almini/Commissione, in *Raccolta*, p. 623, par. 1.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 13 giugno 1972, n. 523, in *Consiglio di Stato*, 1972, I, 918.
 Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 1972, n. 395, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1972, I, 1008.
 Sentenza *Transocean Marine Paint Association* Causa 17/74, in *Raccolta* 1974, p. 1063 ss.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 20 dicembre 1974, n. 1316, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1974, I, 1646.
 Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 1974, n. 408, *ivi*, 1974, I, 1211.
 Corte cost., 3 luglio 1975, n. 169, in *Foro it.*, 1976, I, 37.
 T.A.R. Abruzzo, 18 marzo 1975, n. 25, in *Tribunali amministrativi regionali*, 1975, I, 1661.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 17 ottobre 1975, n. 468, in *Consiglio di Stato*, 1975, I, 1133.
 Corte di giustizia, 16 dicembre 1976, causa 33/76, in *Raccolta*, p.1989 ss.
 Consiglio di Stato, sez. V, 26 ottobre 1976, n. 1319, in *Consiglio di Stato*, 1976, I, 1050.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 26 ottobre 1976, n. 961, in *Consiglio di Stato*, 1976, I, 1022.
- Consiglio di stato, sez. V, 17 giugno 1977, n. 612, in *Foro amministrativo*, 1977, I, 1441
 Consiglio di Stato, sez. IV, 11 marzo 1977, n. 218, in *Consiglio di Stato*, 1977, I, 272.
 T.A.R. Emilia-Romagna-Parma, 28 gennaio 1997, n. 37, in *T.A.R.*, 1997, I, 1034.
 Consiglio di Stato, sezione VI, 29 novembre 1977, n. 889, in *Foro amministrativo*, 1977, I, 1, 2678.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 28 luglio 1977, n. 706, in *Consiglio di Stato*, 1977, I, 1167.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 4 febbraio 1977, n. 84, in *Consiglio di Stato*, 1977, I, 199
 Consiglio di Stato, sez. V, 15 dicembre 1978, n. 1614, in *Consiglio di stato*, 1978, I, 1886.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 31 ottobre 1978, n. 1120, *ivi*, 1979, I, 1518.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 14 luglio 1978, n. 23, in *Foro italiano*, 1978, III, 449.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 24 ottobre 1978, n. 1082, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 1499.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 13 giugno 1978, n. 593, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 1001.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 17 gennaio 1978, n. 13, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 24.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 24 ottobre 1978, n. 1082, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 1499.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 27 gennaio 1978, n. 99, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 114.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 3 marzo 1978, n. 309, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 461.
 Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 20 gennaio 1978, n. 1, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 4.
 Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 6 luglio 1978, n. 88, in *Consiglio di Stato*, 1979, I, 1187.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 17 gennaio 1978, n. 13, in *Consiglio di Stato*, 1978, I, 24.
 C. cost. 20 marzo 1978 n. 23, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 468.
 Consiglio di Stato, sez. V, 18 maggio 1979, n. 267, in *Consiglio di Stato*, 1979, I, 766.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 27 aprile 1979, n. 329, in *Consiglio di Stato*, 1979, I, 609.
 Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 1979, n. 223, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1979, I, 756.
 Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 1979, n. 223, in *Consiglio di Stato*, 1979, I, 1, 756.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 27 agosto 1979, n. 678, in *Foro italiano*, 1980, III, 351.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 19 ottobre 1979, n. 830, in *Rivista amm.*, 1979, 901.
 Sentenza *Hoffmann-La Roche* Causa 85/76, in *Raccolta* 1979, p.461 ss.
 C.G.C.E., sentenza 29 ottobre 1979, FEDETAB, cause riunite da 209 a 215/78, in *Raccolta Ufficiale*, 1979, p. 3125, cons. 18.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 29 luglio 1980, n. 807, in *Il C.d.S.* 1980, p. 973 ss.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 21 ottobre 1980, n. 965, in *Consiglio di Stato*, 1980, I, 1295.
 Consiglio di Stato sez. IV, 13 maggio 1980, n. 526, in *Consiglio di Stato*, I, 658.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 4 novembre 1980, n. 1055, in *Foro amministrativo*, 1980, I, 1926.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 18 marzo 1980, n. 275, in *Foro amministrativo*, 1980, I, 387.
 Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 28 ottobre 1980, n. 40, in *Consiglio di Stato*, 1980, I, 1284.
 Consiglio di Stato, 15 gennaio 1980, n. 17, in *Consiglio di Stato*, 1980, I, 28.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 24 luglio 1980, n. 691, in *Consiglio di Stato*, 1980, I, 905.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 4 novembre 1980, n. 105, in *Consiglio di Stato*, I, 1505.
 T.A.R. Umbria, 30 settembre 1980, n. 98, in *Foro Amministrativo*, 1981, I, 639
 Consiglio di Stato, sez. IV, 22 febbraio 1980, n. 114, in *Foro amministrativo*, 1980, I, 51.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 15 dicembre 1981, n. 1086, in *Foro amministrativo*, 1982, I, 1, 2330.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 31 marzo 1981, n. 133, in *Consiglio di Stato*, 1981, I, 344.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 10 marzo 1981, n. 247, in *Consiglio di Stato*, 1981, I, 260.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 6 febbraio 1981, n. 35, in *Consiglio di Stato*, 1981, I, 1417.
 Consiglio di Stato, sez. V, ord. 22 maggio 1981, n. 116 e T.A.R. Campania, ord. 26 marzo 1981, n. 26, in *Foro italiano*, 1981, III, 609.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 14 aprile 1981, n. 340, in *Consiglio di Stato*, I, 387.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 20 ottobre 1981, n. 753, in *Consiglio di Stato*, 1981, I, 6003.
 Sentenza *Van Landenyeck*¹ Cause riunite da 209 a 215 e 218/78, in *Raccolta*, 1982, p.3125 ss.
 Corte Costituzionale, 30 novembre 1982 n. 204, in *Giur. Cost.*, 1982, 2146.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 15 novembre 1982, n. 594, in *Consiglio di Stato*, 1982, I, 1462.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 27 agosto 1982, n. 575, in *Consiglio di Stato*, 1982, I, 1066.
 Consiglio di Stato, sez. V, 26 marzo 1982, n. 259, in ITALEDI CD-ROM.
 Consiglio di Stato, VI, 29 gennaio 1982, n. 44, in *Foro amministrativo*, 1982, I, 203.
 T.A.R. Lazio, sez. III, 15 febbraio 1982, n. 149, in *Foro amministrativo*, 1982, I, 788.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 7 luglio 1982, n. 345, in *Consiglio di Stato*, 1982, I, 1354.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 25 maggio 1982, n. 305, in *Consiglio di Stato*, 1982, I, 649.
 Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 30 aprile 1982, n. 6, in *Foro amministrativo*, 1982, I, 1, 626
 Consiglio di Stato, IV, 27 aprile 1982, n. 238, *Foro amministrativo*, 1982, I, 749.

Sentenza *Musique Diffusion* Cause riunite da 100 103/80, *ibidem*, 1983, p. 1825.
 T.A.R. Campania-Salerno, 5 luglio 1983, n. 315, in *T.A.R.*, 1983, I, 2671.
 Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza 11 aprile 1983, n. 214, in *Prev. Soc.*, 1984, 254.
 Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 22 aprile 1983, n. 6, in *Consiglio di Stato*, 1983, I, 379
 T.A.R. Calabria-Catanzaro, 19 gennaio 1983, n. 3, in *T.A.R.*, 1983, I, 263.
 T.A.R. Campania- Salerno, 5 luglio 1983, n. 315, in *T.A.R.*, 1983, I, 2671.
 Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 18 luglio 1983, n. 20, in *Foro italiano*, 1984, III, 26.
 T.A.R. Calabria- Catanzaro, 19 gennaio 1983, n. 3, in *T.A.R.*, 1983, I, 263.
 Cassazione, 22 luglio 1983, n. 5063, in *Foro italiano*, 1983, I, 2108,
 Consiglio di Stato, sez. VI, 2 giugno 1983, n. 478, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1983, I, 766.
 Consiglio di Stato, sez. V, 20 giugno 1983, n. 251, in *Foro Italiano Repertorio*, 1983, voce *Elezioni*, n. 98.

T.A.R. Abruzzo, 22 gennaio 1983, n. 7, in *TAR*, 1983, I, 322.

T.A.R. Piemonte, 15 luglio 1983, n. 479, in *T.A.R.*, 1983, I, 2424.

T.A.R. Lazio, 11 aprile 1983, n. 114, in *Consiglio di Stato*, 1983, I, 1374.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 5 aprile 1984, n. 8, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984, 531 e ss.

Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 1984, n. 534, in *Consiglio di Stato*, 1984, I, 834.

Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 1984, n. 483, in *Consiglio di Stato*, 1984, I, 808.

T.A.R. Lazio, sez. III, 17 dicembre 1984, n. 553, in *Foro amministrativo*, 1985, 553.

Corte Costituzionale, 12 dicembre 1984, n. 282, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, I, 2123.

Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 1984, n. 455, in *Consiglio di Stato*, 1984, I, 787.

Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 1984, n. 347, in *Consiglio di Stato*, 1984, I, 874.

Consiglio di Stato, IV, 1 agosto 1985, n. 327, in *Consiglio di Stato*, 1985, I, 864.

Consiglio di Stato, sez. VI, 22 maggio 1985, n. 203, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1985, I, 587.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 1 agosto 1985, n. 18, in *Foro italiano*, 1985, III, 413.

Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 1985, n. 32, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 1985, I, 120.

Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 1985, n. 301, in *Consiglio di Stato*, 1985, I, 930.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 20 febbraio 1985, n. 2, in *Consiglio di Stato*, 1985, I, 109.

Corte Costituzionale, 13 febbraio 1985, n. 41, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1985, I, 172.

Consiglio di Stato, sez. IV, 17 ottobre 1985, n. 440, in *Consiglio di Stato*, 1985, I, 1063.

Consiglio di Stato, sez. V, 24 febbraio 1986, n. 136, in *Consiglio di Stato*, 1986, I, 509.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 10 luglio 1986, n. 8, in *Consiglio di Stato*, 1986, I, p. 759.

Corte Costituzionale, 27 giugno 1986, n. 156, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, I, 1085.

Sentenza 10 aprile 1987, n. 146, in *Diritto processuale amministrativo*, 1987, 558.

T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 19 febbraio 1987, n. 88, in *Foro amministrativo*, 1987, 2047

Consiglio di Stato, sez. VI, 7 agosto 1987 n. 565, in *Mass. Giur. Cons. Stato*, 1987, 404.

Corte Costituzionale, 18 febbraio 1988, n. 189, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988, I, 720.

Cassazione, 7 aprile 1988, n. 2747, in *Giustizia civile*, 1988, I, 1686.

Cassazione, 11 gennaio 1988, n. 19, in *Foro Italiano*, 1988, I, 2534.

Cassazione, 23 giugno 1989, n. 3011, in *Foro Italiano*, 1990, I, 147.

Sentenza 17 ottobre 1989, *Dow Benelux/Comm.*, c. 85/87, in *Raccolta*, 1989, 3137.

Sentenza 17 ottobre 1989, *Dow Chemical Iberica e a./Comm.*, c. riunite da 97 a 99/87, in *Raccolta*, 1989, 3165.

CGCE, 21 settembre 1989, *Hoechst/Comm.*, c.riunite 46/87 e 227/88, in *Raccolta*, 1989, 2859.

Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 1989, n. 456, in *Il C.d.S.*, 1989, I, p. 930.

Consiglio di Stato, sez. VI, 10 luglio 1989, n. 847, in *Foro amministrativo*, 1989, 2094.

Cassazione, S.S. U.U., 30 settembre 1989, n. 3947, in *Foro Italiano*, 1990, I, 600.

Cassazione SS.UU., 19 dicembre 1990, n. 1221, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 2441.

T.A.R. Lazio, Latina, 8 ottobre 1990, n. 824, in *Foro amministrativo*, 1990, 3059.

Cassazione, 5 dicembre 1990, n. 11678, in *Foro Italiano*, 1991, I, 53.

Sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, Ert, in *Raccolta*, p.I-2925.

Consiglio di Stato, sez. V, 7 gennaio 1991, n. 15, in *Foro amministrativo*, 1991, 38.

Sentenza 20 marzo 1991, causa T-1/90, in *Raccolta*, 1991, II-143.

T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 20 settembre 1991, n. 525, in *T.A.R.*, 1991, I, 704.

Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 1991, n. 22, in *Consiglio di Stato*, 1991, I, 4.

Consiglio di Stato, sez. IV, 13 gennaio 1992, n. 32, in *Consiglio di Stato*, 1992, I, 17.

Consiglio di Stato, sez. VI, 16 maggio 1992, n. 394, in *Consiglio di Stato*, 1992, I, 809.

Consiglio di Stato, sez. IV, 10 marzo 1992, n. 268, in *Il C.d.S.*, 1992, I, p. 373.

T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 6 ottobre 1992, n. 116, in *Foro amministrativo*, 1993, 813.

Consiglio di Stato, sez. IV, 4 settembre 1992, n. 724, in *Il C.d.S.*, 1992, I, p. 1042.

T.A.R. Lazio, sez. I, 17 aprile 1992, n. 545, in *T.A.R.*, 1992, I, 1722.

Corte cost., 24 febbraio 1992, n. 62, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 337.

T.A.R. T.A.A., sez. Trento, 14 dicembre 1992, n. 454, in *Foro amministrativo*, 1993, p. 510.

Consiglio di Stato, sez. IV, 17 marzo 1992, n. 294, in *Consiglio di Stato*, 1992, I, 392.

T.A.R. Campobasso, 17 luglio 1992, n. 131, in *ITALEDI CD-ROM*.

Consiglio di Stato, sez. IV, 10 marzo 1992, n. 268, in *Consiglio di Stato*, 1992, I, 373.

T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 7 marzo 1992, n. 157, in *T.A.R.*, 1992, I, 2338.

Consiglio di Stato, sez. VI, 15 ottobre 1993, n. 727, in *Consiglio di Stato*, 1993, I, p. 1301.

Consiglio di Stato, sez. IV, 20 aprile 1993, n. 435, in *Foro amministrativo*, 1993, 689.

Consiglio di Stato, sez. IV, 18 febbraio 1993, n. 176, in *Foro amministrativo*, 1993, 364.

Cassazione SS.UU., 23 giugno 1993, n. 6947, in *Mass. Giust. Civ.*, 1993, 1068.

Consiglio di Stato, sez. IV, 26 novembre 1993, n.1036, in *Consiglio di Stato*, 1993, I, 1418 ss.

T.A.R. Liguria, sez. II, 14 aprile 1993, n. 97, in *I TAR*, 1993, I, p. 1890.

Consiglio di Stato, sez. IV, 29 luglio 1993, n. 752, in *Consiglio di Stato*, 1993, I, 909.

T.A.R. Lazio, sez. I, 14 gennaio 1993, n. 60, in *T.A.R.*, 1993, I, 376.

Cons. reg. sic., 20 aprile 1993, n. 149, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, 507 ss.

T.A.R. Toscana, sez. III, 29 maggio 1993, n. 190, in *I T.A.R.*, 1993, I, p. 2619.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 6 febbraio 1993, n. 3, in *II C.d.S.*, 1993, I, p. 153 ss.

T.A.R. Campania Salerno, 13 settembre 1994, n. 469, in *T.A.R.*, 1994, I, 4166.

Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 1994, n. 713, in *Diritto processuale amministrativo*, 1995, p. 582 ss.

Consiglio di Stato, sez. V, 26 novembre 1994, n. 1381, in *Foro amministrativo*, 1994, I, p. 2807 ss.

T.A.R. Campania, sez. Salerno, 13 settembre 1994, n. 469, in *I T.A.R.*, 1994, I, p. 4166.

T.A.R. Toscana, sez. III, 15 giugno 1994, n. 211, in *T.A.R.*, 1994, I, 3196.

Consiglio di Stato, sez. IV, 19 dicembre 1994, n. 1039, in *Consiglio di Stato*, 1994, I, 1693.

Consiglio di Stato, sez. V, 10 maggio 1994, n. 450, in *Foro amministrativo*, 1994, 1127.

Sentenza *Société Générale/Commissione Ce* Causa T-34/93, in *II Foro Italiano*, 4/1995, pp.194-195.

Corte cost.,13 aprile 1995, n.119, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 947.

Corte cost.,13 aprile 1995, n.119, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, p. 947.

Corte di giustizia, 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout e Cie*, in *Raccolta*, p. I-4599.

Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 1995, n. 36, in *II C.d.S.*, 1995, I, p. 35.

T.A.R. Piemonte, sez. II, 24 novembre 1995, n. 626, in *I T.A.R.*, 1996, I, p. 97.

Consiglio di Stato, sez. VI, 10 novembre 1995, n. 1272, in *Foro amministrativo*, 1995, 2694.

T.A.R. Lazio, sez. III, 17 maggio 1995, n. 824, in *I T.A.R.*, 1995, I, p. 2872.

Consiglio di Stato, sez. IV, 12 luglio 1995, n. 560, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, 1028.

Consiglio di Stato, sez. IV, 8 maggio 1995, n. 308, in *Foro amministrativo*, 1995, 860.

Consiglio di Stato, sez. V, 3 luglio 1995, n. 1000, in *Foro amministrativo*, 1508.

Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 1995, n. 588, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, 898.

Tar Piemonte, sez. II, 29 giugno 1995, n. 373, in *Tar*, 1995, I, p. 3571.

Consiglio di Stato, sez. IV, 16 giugno 1995, n. 1015, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, p. 917.

Consiglio di Stato, sez. IV, 6 marzo 1995, n. 158, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, p. 311.

Consiglio di Stato, sez. I, 19 gennaio 1995, n. 37, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, 74.

Consiglio di Stato, 20 ottobre 1995, n. 1504, in *Foro italiano*, 1996, III, 151.

T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 7 febbraio 1995, n. 55, in *T.A.R.*, 1995, I, 1907.

Consiglio di Stato, sez. V, 21 luglio 1995, n. 1114, in *Consiglio di Stato*, 1995, I, 1078.

T.A.R. Toscana, sez. III, 8 giugno 1995, n. 56, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1996, voce *Atto amministrativo*, n. 310.

T.A.R. Lazio, sez. I, 2 dicembre 1995, n. 2036, in *Foro amministrativo*, 1996, p. 1666 ss

Sentenza *Goebbles* Causa 61/65, in *Raccolta*, 1996, I-407.

Sentenza del 27-10-1993, in *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 1, 153.

Corte cost., 8 maggio 1996, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, p. 1437.

Consiglio di Stato, sez. IV, 27 maggio 1996, n. 747, in *Consiglio di Stato*, 1996, I, 987.

Consiglio di Stato, sez. IV, 4 settembre 1996, n. 1003, in *Foro amministrativo*, 1996, p. 2593.

Sentenza *Goebbles* Causa 61/65, in *Raccolta*, 1996, I-407.

T.A.R. Campania Napoli, sez. III, 6 febbraio 1996, n. 62, *ivi*, 1996, I, 1496.

Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 1996, n. 692, in *Foro amministrativo*, 1996, 189.

T.A.R. Campobasso, 26 giugno 1996, n. 231, in *ITALEDI CD-ROM*.

T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 20 settembre 1991, n. 525, in *T.A.R.*, 1991, I, 704.

Sentenza 14 maggio 1996, causa T-82/95, *Gomez de Enterrria / parlamento*, in *Raccolta*, PI pp. I-A-211 e II-599, punto 27.

Corte Costituzionale, 24 aprile 1996, n. 131, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, 1139.

Consiglio di Stato, sez. VI, 10 febbraio 1996, n. 184, in *Consiglio di Stato*, 1996, I, 269.

Consiglio di Stato, sez. V, 13 agosto 1996, n. 904, in *Foro amministrativo*, 1996, 2293.

Corte Costituzionale, 2 novembre 1996, n. 371, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, 3386.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 9 maggio 1996, n. 3, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/1997, p. 820.

Tar Puglia, 12 novembre 1996, n. 654, *ivi*, 1996, I, p. 298.

Consiglio di Stato, sez. IV, 15 ottobre 1996, n. 1104, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/1997, p. 852.

Consiglio di Stato, sez. IV, 26 novembre 1996, n. 1635, in *Riv. amm.*, 1996, 1336.

Consiglio di Stato, sez. IV, 6 marzo 1996, n. 292, in *Foro amministrativo*, 1996, 821.

Corte di Giustizia, 19 settembre 1996, causa C- 236/1995, in *Foro Amministrativo*, 1996, 381 e ss.

Consiglio di Stato, sez. IV, 6 agosto 1997, n. 750, in *Foro amministrativo*, 1997, 1949.

Consiglio di Stato, sez. IV, 18 gennaio 1997, n. 20, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, 22.

Tar Campania, 9 gennaio 1997, n. 15, *ivi*, 1997, I, p. 1102.

Consiglio di Stato, sez. IV, 17 giugno 1997, n. 649, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, 685.

Consiglio di Stato, sez. IV, 5 maggio 1997, n. 455, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, 636.

Consiglio di Stato, sez. IV, 27 novembre 1997, n. 1322, in *Foro amministrativo*, 1997, 3006.

Consiglio di Stato, sez. VI, 6 maggio 1997, n. 690, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, 771.

T.A.R. Liguria, sez. I, 17 ottobre 1997, n. 364, in *Foro amministrativo*, 1998, 1526.

Consiglio di Stato, sez. IV, 22 agosto 1997, n. 895, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, 1029.

Consiglio di Stato, sez. V, 8 aprile 1997, n. 333, in *Foro amministrativo*, 1997, 1083.
 Sentenza *Dorsch Consult* Causa 54/96, in *Raccolta*, 1997, I-4961.
 T.A.R. Valle d'Aosta, 19 febbraio 1997, n. 25, in *I T.A.R.*, 1997, I, p. 4284.
 Corte Costituzionale, 1 ottobre 1997, n. 307, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, 2888.
 T.A.R. Valle d'Aosta, 19 febbraio 1997, n. 25, in *I T.A.R.*, 1997, I, p. 4284.
 Corte cost., 1 ottobre 1997, n.306, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 2875.
 Sentenza 28 agosto 1997, *De Hoan c. Paesi Bassi*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, 167.
 Sentenza 29 maggio 1997, causa C-299/95, Kremzow, in *Raccolta* p. I-2629.
 Corte Costituzionale, 21 marzo 1997, n. 66, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, 696.
 Consiglio di Stato, Ad. Plen. 4 febbraio 1997, n. 5, in *Foro amministrativo*, 1997, 423.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 28 maggio 1997, n. 582, in *Foro italiano*, 1998, III, c. 6.
 T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, 1997, n. 681, in *I T.A.R.*, 1997, I, 661.
 Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 1997, n. 456, in *Foro italiano*.
 Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 24 luglio 1997, n. 15, in *Foro italiano*, 1997, III, c. 574.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 4 febbraio 1997, n. 82, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, 1015.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 28 agosto 1997, n. 931, in *Consiglio di Stato*, 1997, I, p. 1037.
 Consiglio di Stato, sez. V, 2 dicembre 1998, n. 1725, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 3126.
 Consiglio di Stato, sez. V, 31 dicembre 1998, n. 2002, in ITALEDI CD-ROM.
 Cassazione del 27 febbraio 1998, n. 2185, in *Foro amministrativo*, 1999, 13
 Consiglio di Stato, sez. VI, 8 luglio 1998, n. 1051, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 1177.
 Consiglio di Stato, sez. V, 10 febbraio 1998, n. 151 e 28 gennaio 1998, n. 111, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, p. 231 e 65.
 Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 1998, n. 551, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, p. 859.
 Consiglio di Stato, sez. V, 17 marzo 1998, n. 291, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 389.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 20 luglio 1998, n. 1092, in *Consiglio di Stato*, I, 1122.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 9 febbraio 1998, n. 228, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 188.
 Consiglio di Stato, sez. V, 31 luglio 1998, n. 1146, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 1159.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 18 maggio 1998, n. 823, in *Foro amministrativo*, 1998, 1374.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 5 febbraio 1998, n. 220, in *Consiglio di Stato*, 1998, I, 184.
 Cassazione civile, SS.UU., 20 aprile 1998, n. 4018, in ITALEDI CD-ROM.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 15 gennaio 1998, n. 14, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, 1266.
 Sentenza *Sidiropoulis c. Grecia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, 880.
 Sentenza *Gautrin e altri c. Francia*, 20 maggio 1998, *Recueil*, 1998-III, p. 1030-1031, par. 58.
 Consiglio di Stato, sez. V, 13 giugno 1998, n. 830, in *Foro amministrativo*, 1998, 1737.
 Vedi Consiglio di Stato, sez. V, 5 maggio 1999, n. 519, in *Foro amministrativo*, 1999, 992.
 Consiglio di Stato, sez. V, 13 settembre 1999, n. 664, in *Foro italiano*, 2000, III, 129.
 Corte Costituzionale, 30 marzo 1999, n. 105, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, 942.
 Corte di Giustizia, 4 marzo 1999, causa 119/97, in *Raccolta*, 1999, I, p.1341 ss.
 Corte Costituzionale, 15 ottobre 1999, n. 387, in *www.giust.it*.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 14 ottobre 1999, n. 1360, in *Foro amministrativo*, 1999, 10, p. 2117 ss.
 Consiglio di Stato, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 1332, in *Consiglio di Stato*, 1999, I, 1599.
 Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 19 gennaio 1999, n. 1, in *Foro amministrativo*, 1/1999, 22.
 Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, 22 aprile 1999, n. 4, in *Foro amministrativo*, 1999, 3-4, p. 593 ss.
 Corte Costituzionale del 5 febbraio 1999, n. 18, in ITALEDI CD-ROM.
 Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, 24 giugno 1999, n. 16, in *Foro amministrativo*, 1999, 6, p. 1205 ss.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 4 novembre 1999, n. 1735, in *Consiglio di Stato*, 1999, I, p. 1913.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 19 ottobre 1999, n. 1476, in *Consiglio di Stato*, 1697.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 26 gennaio 1999, n. 59, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, III, 1532.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 19 luglio 1999, n. 992, in *Consiglio di Stato*, 1198.
 Consiglio di Stato, sez. VI, 7 luglio 1999, n. 916, in *Consiglio di Stato*, 1162.
 T.A.R. Umbria, 24 marzo 1999, n. 218, in *I T.A.R.*, 1999, I, 1980.
 Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 maggio 1999, n. 13, in *Foro amministrativo*, 3-4/1999, 963
 Consiglio di Stato, sez. IV, 23 aprile 1999, n. 714, in *Consiglio di Stato*, 1999, I, 617.
 Sentenza 6 giugno 2000, *Morel c. Francia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000-3, p.944 ss.
 Sentenza *Dieter Krombach* Causa C-7/98, pubblicata in *Raccolta*, 2000, p. I-1935 ss.
 Corte Costituzionale, 20 aprile 2000, n. 113, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2000, 1009.
 Consiglio di Stato, sez. IV, ordinanza, 20 settembre 2000, n. 4711, in *Giustizia amministrativa*, 2000, n. 10.
 Corte Costituzionale, sentenza n. 427/99, in *Foro Italiano*, 2000, 746.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1010, in ITALEDI CD-ROM.
 T.A.R. Marche, 27 settembre 2000, n. 671, in *T.A.R.*, 2000, II, 4228.
 T.A.R. Lazio, sez. III, 18 ottobre 2000, n. 8851, *ivi*, 2000, I, 3556.
 Consiglio di Stato, sez. IV, 22 maggio 2000, n. 2926, in *Foro amministrativo*, 1712.

T.A.R. Veneto, Venezia, 16 dicembre 2000, n. 2804, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. IV, 17 luglio 2000, n. 3926, in *Foro amministrativo*, 2000, 2615.

Vedi Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 24 gennaio 2000, n. 1, in ITALEDI CD-ROM.

T.A.R. Campania, Napoli, 20 novembre 2000, n. 4349, in ITALEDI CD-ROM.

Cassazione civile, sez. I, 22 novembre 2000, n. 15071, in ITALEDI CD-ROM.

T.A.R. Puglia Lecce, 14 novembre 2000, n. 3570, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. IV, 7 settembre 2000, n. 4735, in *Foro amministrativo*, 2000, fasc. 9.

Consiglio di Stato, sez. IV, 7 maggio 2001, n. 2556, in *Foro amministrativo*, 2001, 1123.

Consiglio di Stato, sez. IV, 21 giugno 2001, n. 3332, in *Foro amministrativo*, 2001, fasc. 6.

Consiglio di Stato, sez. V, 5 gennaio 2001, n. 39, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. IV, 11 luglio 2001, n. 3899, in *Foro amministrativo*, 2001, fasc. 7-8.

Consiglio di Stato, sez. IV, 16 gennaio 2001, n. 134, in ITALEDI CD-ROM.

T.A.R. Sicilia Catania, 1 ottobre 2001, n. 1739, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 23, in *Foro italiano*, 2001, III, 378.

Consiglio di Stato, sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 23, in *Foro italiano*, 2001, III, 379.

Consiglio di Stato, sez. IV, 16 gennaio 2001, n. 134, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. VI, 21 febbraio 2001, n. 906, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. VI, 1 marzo 2001, n. 1153, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. V, 2 luglio 2001, n. 3604, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1407, in ITALEDI CD-ROM.

T.A.R. Lazio, sez. III, 15 novembre 2001, n. 9458, in ITALEDI CD-ROM.

Cassazione civile, sez. I, 19 luglio 2001, n. 9838, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. V, 2 aprile 2001, n. 1897, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4561, in *Consiglio di Stato*, 2001, I, 1828.

Consiglio di Stato, sez. VI, 26 giugno 2001, n. 3463, in ITALEDI CD-ROM.

T.A.R. Lazio, sez. III, 23 novembre 2001, n. 10068, in ITALEDI CD-ROM.

T.A.R. Lazio, sez. III, 2 gennaio 2001, n. 2, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 757.

Consiglio di Stato, sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1407, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. I, 19 marzo 2001, n. 133, in ITALEDI CD-ROM.

Sentenza *Gabriele Stauner e altri c. Parlamento europeo e Commissione CE*, causa T-236/00 R, in *Raccolta*, 2001-1/2.

Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 16 marzo 2001, n. 1578, in ITALEDI CD-ROM.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 22 maggio 2001, n. 2823, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 12, p. 1245 ss.

Sentenza 20 luglio 2001, sul ricorso n. 30882/96, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002-1, p. 254 ss.

Consiglio di Stato, sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6428, in *Consiglio di Stato*, 2001, I, 2743.

Consiglio di Stato, sez. IV, 15 maggio 2001, n. 2818, in *Consiglio di Stato*, 2001, I, 1512.

Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 2001, n. 1606, in *Consiglio di Stato*, 2001, I, 830.

T.A.R. Puglia, Bari, 3 ottobre 2001, n. 4140, in ITALEDI CD-ROM.

Sentenza *Patrick Reynolds c. Parlamento europeo* Causa T-237/00, in *Raccolta*, 2002- 1, p. 163 ss.

Sentenza *Gerry Plant e altri c. Commissione CE e South Wales Small Mines Association*, causa C-480/99 P, in *Raccolta*, 2002-1 (A).

T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 11 settembre 2002, n. 3926, in *Giust. it.*, 2002, 1107.

Consiglio di Stato, sez. VI, 26 febbraio 2002, n. 2542, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 585.

Consiglio di Stato, sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1375, in *Consiglio di Stato*, 2002, I, 548.

Consiglio di Stato, sez. VI, 6 marzo 2002, n. 1375, in *Consiglio di Stato*, 2002, I, 548.

T.A.R. Lazio, sez. II, 16 gennaio 2002, n. 413, in *Foro amministrativo-T.A.R.*, 2002, 147.

T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 13 marzo 2002, n. 1348, in *T.A.R.*, 2002, 2016.

T.A.R. Valle d'Aosta, 16 gennaio 2002, n. 4, in *Foro amministrativo-T.a.r.*, 2002, 7.

T.A.R. Campania, sez. II, 11 febbraio 2002, n. 794/0, in *Foro amministrativo*, T.A.R., 2002, 642.

Consiglio di Stato, sez. V, 28 giugno 2002, n. 3559, in *Consiglio di Stato*, 2002, I, 1393.

Consiglio di Stato, sez. V, 13 maggio 2002, n. 2583, in *Consiglio di Stato*, 2002, I, 1124.

Consiglio di Stato, sez. IV, 26 giugno 2002, n. 3549, in *Giustizia amministrativa*, 2002, 834.

T.A.R. Sicilia- Catania, sez. II, 19 aprile 2002, n. 653, in *Foro amministrativo*, 2002, 1421.

Corte Costituzionale, sentenza n. 204/2004.

Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 3/2004.

Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 2/2005.

Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 2/2006.

Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 6/2006.

Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 7/2006.

Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 2/2006.

Cassazione SS.UU., ordinanze 13-15 giugno 2006.
Corte Costituzionale, sentenza n. 348/2007
Corte Costituzionale, sentenza n. 349/2007.
Corte Cassazione, sentenza 22 febbraio 2007, n. 4109.
Corte Costituzionale, sentenza n. 77/2007.

AUTORI

ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.
AMADEO, "Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni", Milano, Giuffrè.
G. ANDREAZZA, *Ordinanza sulla ricsazione e ricorso per cassazione ex art. 111 Cost.*, in *Dir. fall.*, 1987, I.
BARBIERI, "Poteri dei giudici nazionali e situazioni giuridiche soggettive di diritto comunitario", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1997-1.
BARILE, "Ordine pubblico (dir.int.proc.)", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980.
BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1969.
A. BARTOLINI, *Pubblicità delle informazioni e diritti di accesso*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, Torino, Giappichelli Editore, 1990.
A. BENEDETTI, *L'attuazione della L. 241/90 in materia di termini del procedimento*, in *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane.
F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953.
F. BENVENUTI, *La riforma del processo amministrativo*, Roma, 1987.
BENVENUTI, voce Contraddittorio (diritto Amministrativo), in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX.
F. BENVENUTI, *Evoluzione del processo amministrativo*, in *Jus*, 1982.
G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975.
BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975.
BETTI, *Diritto Processuale Civile*, II ed., Roma 1936.
BIAGIONI, "L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles", in *Rivista di diritto internazionale*, 2001-3.
BONATTI, *Nuove prospettive sui poteri istruttori del giudice comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001- 2.
M. BONINI, *Fra procédures administratives contentieuses et procédures administratives non contentieuses. L'esperienza francese*, in *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione (modelli europei a confronto)* a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2001.
BOVE, *I poteri dell'interventore adesivo dipendente*, in *Giustizia civile*, 1985, II.
BOVE, *Art.111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002.
BRIGNOLA, *I procedimenti di particolare interesse partecipativo*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Milano, Giuffrè Editore, 1989.
CAIANIELLO, *Gli effetti dei provvedimenti sopravvenuti nel processo amministrativo in corso*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di stato*, III, Roma, 1981.
V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Utet, 2003, pp. 388-389.
CAIANIELLO, *Cessazione della materia del contendere*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, III vol. di aggiornamento, Milano, 2000.
V. CAIANIELLO, voce *Ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII.
CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 cost.* in *Rivista di diritto processuale*, 2001.
CAIANIELLO, voce *Motivi aggiunti (nel giudizio amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XX, Roma, 1990.
C. CALABRO', voce *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza ai giudicati*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, vol. XV.
CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954.
CAMMEO, nella nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 30 maggio 1919, in *Giurisprudenza Italiana*, 1919, III.

- CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, Torino, 1966.
- M. CAPPELLETTI, *Spunti in tema di contraddittorio*, in *Studi in memoria di S. Satta*, I, Padova, 1982.
- CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e "due process of law clause")*, in *Giur.cost.*, 1961.
- CARACCILO LA GROTTIERIA, *La riassunzione nel processo amministrativo*, Milano, 1988.
- R. CARANTA, *La nuova disciplina dei ricorsi giurisdizionali in materia di appalti di lavori pubblici al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Giustizia civile*, 1997, II.
- CARATTA, *Ordinanze anticipatorie di condanna (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1995.
- CARETTI, *I diritti fondamentali (Libertà e diritti sociali)*, Torino, Giappichelli.
- A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova: una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/1999.
- L. CARBONI, *La prova testimoniale nei processi in materia di pubblico impiego secondo il disegno di legge di riforma del processo amministrativo. Possibilità di applicazione. Necessità di una maggiore discrezionalità del collegio nei poteri di ammissione*, in *Atti del XXXII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione tenuto a Varenna*, Milano, Giuffrè, 1989.
- CARINGELLA-GAROFOLI-SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1999.
- CARINGELLA, *Giustizia Amministrativa*, Napoli, 2001.
- CARROZZA in *Partecipazione e contratto di servizio*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA.
- CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo (La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari)*, Milano, Giuffrè Editore, 1991.
- A. CARULLO, *La revocazione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1978.
- CARULLO, *Commento all'art. 31-bis*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. CARULLO e A. CLARIZIA, II, Padova, Cedam, 1997.
- E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*.
- CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, 2000, Tomo IV.
- CASSESE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001-1.
- CASTIGLIONE, *Se è necessaria l'istanza di fissazione dell'udienza per la pronuncia da parte del tribunale amministrativo regionale della sospensione del provvedimento impugnato*, in *Rivista amm. reg. it.*, 1975, 11.
- W. CATALLOZZI, voce *Ricorso incidentale I) Giudizio amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1990.
- CAVALLARO, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Il Foro Amministrativo*, 2001.
- CAVALLO, *Procedimento amministrativo ed attività pattizia*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, Torino, Giappichelli Editore, 1990.
- CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX.
- CERULLI-IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Torino, 1991.
- A. CHIEPPA, *Lo speciale procedimento giurisdizionale ex art. 25 legge 7.8.1990, n. 241*, in *Foro amministrativo*, 1992, I.
- CHIOVENDA, voce *Eccezione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*.
- APICELLA, *I decreti ingiuntivi*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di SASSANI e VILLATA, Torino, 2001.
- M. CHITI, *Le procedure giurisdizionali speciali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. IV, Milano Giuffrè, 2000.
- S. CIMINI, *Partecipazione procedimentale: limiti di effettività della forma scritta e prospettive dell'oralità*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed Esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA, Giuffrè Editore.
- F. CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2005, n. 3.
- M. CLARICH, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1996.
- COGNETTI, *"Quantità" e "Qualità" della partecipazione (Tutela procedimentale e legittimazione processuale)*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- L. P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, vol. XXXII, 1977.
- COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in *Nuova giur. Civ.* 1998.
- COMOGLIO, *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Il Foro Italiano*, 1994-5.
- COMOGLIO, *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.* 2002.
- CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000-2.
- CONDINANZI *Il cittadino comunitario e la lingua del processo (comunitario e nazionale) in un caso recente di fronte alla Corte*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/98.
- CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della Cassazione*, Padova, 1989; e ACONE, voce *Correzione e integrazione dei provvedimenti del giudice*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, 1988.

- CONTALDI, *Diritti della difesa nella fase precontenziosa dei procedimenti comunitari antitrust* in *Rivista di diritto internazionale* 4/ 1994.
- CORLETTI, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1993.
- D. CORLETTI, *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica*.
- L. COSSU, alla voce *Litisorsozio II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIX, Roma, 1988.
- COUTURE, *La garanzia costituzionale del "dovuto processo legale"*, in *Riv. Dir. Proc.* 1954.
- CRETA, A. MASSONE, I. PAOLA, in *L'esperienza del Comune di Torino*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed Esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA, Giuffrè Editore.
- V. CRISAFULLI, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962.
- V. CRISAFULLI e L. PALADIN, in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990.
- CRISAFULLI, *Dichiarazione di manifesta infondatezza e limiti al giudizio della corte. Interrogativi in tema di leggi singolari di espropriazione*, in *Giur.Cost.* 1966
- DAVALLI, *La conferenza di servizi*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLI, Torino, Giappichelli, 1990.
- D'ATENA, *"Lezioni di diritto costituzionale"*, Giappichelli, Torino, 2001.
- D'AMICO, in *L'Europa dei diritti (Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea)*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Il Mulino.
- D. DE CAROLIS, *La ricusazione nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3-2000.
- DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1968
- R. DE NICTOLIS, *La Corte si pronuncia in tema di tutela cautelare nei giudizi relativi ad opere pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 1997
- M. DELLA MORTE, *Il procedimento amministrativo in Spagna*, in *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione (modelli europei a confronto)* a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2001
- DE PRETIS, *"La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002-3
- DE VALLES, *Il contraddittorio nel giudizio amministrativo*, in *Studi in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1958.
- M. D'ORSOGNA, *Il litisorsozio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Cedam, Padova, II ed., 2003,
- DIANA-URANIA GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz)*, Giuffrè Editore
- DI RENZO, *l'eccezione nel processo amministrativo*, Napoli, 1969, p. 112.
- DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice*, Padova, 1991, 647.
- V. DOMENICHELLI, *Le parti del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo IV, Milano Giuffrè, 2000
- G. M. ESPOSITO, *Il procedimento monitorio ingiuntivo davanti al giudice amministrativo*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, a cura di E. PICOZZA, Cedam, Padova, 2003
- FALCON, *Semplificazione, garanzie, certezza: modelli di composizione degli interessi*, in *Il procedimento amministrativo in Europa (Atti del Convegno di Milano)*, a cura di M. A. SANDULLI
- FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLI, Torino, Giappichelli, 1990
- FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957
- FAZZALARI, *Processo (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*
- L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, Giuffrè, 2003
- F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (Dal processo al procedimento con pluralità di parti)*
- E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 80*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/1999
- F. FRANCIOSI, *Revocazione ordinaria e processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/1997
- L. GALATERIA, alla voce *Astensione (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*
- C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1994.
- C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Tomo IV, Milano, Giuffrè Editore, 2000
- C. E. GALLO, voce *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*.
- GALLO, *Rivalutazione dei crediti di lavoro di pubblico impiego e giurisdizione esclusiva*, in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, 1982
- C.E. GALLO, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino, 1985, p. 22.
- C.E. GALLO; *La translatio iudicii nei rapporti tra giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2007;
- GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971.

- GIARDINI, “Le critiche al potere giudiziario e la libertà d’espressione del giudice secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo”, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 2002-3
- GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1970.
- F. GIGLIONI, *Emergenza e risoluzione di problemi nei primi dieci anni di applicazione dell’istituto della partecipazione del privato al procedimento amministrativo*, in *La legge n. 241/1990: Fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall’entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane
- GILI, *Straniero e partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA, Giuffrè Editore
- GROSSI, “I diritti di libertà ad uso di lezioni?”, I, 1, II ed. Giappichelli, Torino, 1991
- GUICCIARDI, *Sulla nozione di controinteressato*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1948, III, 1
- D. IARIA, *I mezzi di impugnazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 3492-3493.
- KLEIN, *L’influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo degli Stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993
- LEDDA in *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1993
- G. LEONE, *Le impugnazioni nel processo amministrativo. Profili generali*, Napoli, E.S.I., 1988,
- E. T. LIEBMAN, *Il principio del contraddittorio e la Costituzione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1954
- LOMBARDI, in *Funzione di controllo e processo decisionale della pubblica amministrazione*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA
- F. LORENZOTTI, *L’opposizione di terzo nel processo amministrativo*, Napoli, 1997
- F. LUBRANO, *L’intervento nel processo amministrativo*, Istituto Editoriale Regioni Italiane, Roma, 1988
- F. P. LUISO, in *Diritto processuale civile*, vol. I, Giuffrè Editore, 2000, p. 194.
- F. P. LUISO, voce *Opposizione di terzo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1988
- B. MARCHETTI, *L’esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Cedam, 2000
- MASSERA, *Individuo e amministrazione nello Stato sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1991
- A. MASUCCI, *Opposizione di terzo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1988
- MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1999
- MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1985
- MIGLIAZZA, *Il rispetto del principio della parità delle armi e il riconoscimento di provvedimenti giurisdizionali stranieri*, in *Riv. dir. proc.*, 1997
- L. MIGLIORINI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane.
- L. MIGLIORINI, *L’istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, Cedam, 1997, p. 55 e ss.
- L. MIGLIORINI, voce *Parti III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. XXII
- L. MIGLIORINI, voce *Principio del contraddittorio III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. VIII
- MIGNONE, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova, 1984
- MOLASCHI, *La partecipazione nel servizio sanitario nazionale*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA, Giuffrè Editore
- MORTATI, *Necessità di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1943, III
- G. NICOTINA, alla voce *Istruzione preventiva* in *Enciclopedia del diritto*
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV, ed., Bologna, 1994
- M. NIGRO, *L’appello nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960
- NIGRO, *L’ammissione delle prove nel processo davanti al Consiglio di Stato, poteri collegiali e poteri presidenziali*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967
- M. NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Il Foro Italiano*, vol. LXXXX, V-2.
- M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2002
- G. OLIVIERI, *L’opposizione di terzo nel processo amministrativo. Oggetto ed effetti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/1997
- R. ORIANI, *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)* in *Foro It.*, 2004; R. ORIANI, *È possibile la translatio iudicii tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Foro It.*, 2007, I, p. 2009
- A. OVOLI, *Il processo ed il procedimento elettorale amministrativo*, Di Renzo Editore, 1994
- PAJARDI, *Della trattazione della causa*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, II, Torino, 1980, 558.
- A. PAJNO, *Una lettura unificante delle norme sulla tutela giurisdizionale: Cass. N. 4109/2007 e Corte Cost. n. 77/2007*, in *Giornale dir. Amm.*, 9/2007
- PARISIO, *Brevi riflessioni in tema di appello dei controinteressati sostanziali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1989, III, 1, 188

- M. PAZARDJIKLIAN, in *Riflessioni sulla legittimazione all'appello da parte dell'interveniente "ad opponendum"*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/1997
- G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, in *Il nuovo processo amministrativo*, collana diretta da F. CARINGELLA e F. CINTIOLI, Milano, Giuffrè, 2003
- N. PICARDI, Il principio del contraddittorio, in *Rivista di diritto processuale*, 1998
- E. PICOZZA, *Il "giusto" processo amministrativo*, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, 5-6/2000, p. 1071.
- E. PICOZZA, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Cedam, 1997, p. 56.
- E. PICOZZA, *"Processo amministrativo e diritto comunitario"*, Padova, Cedam, 2003.
- E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, vol. XXXVI.
- E. PICOZZA, *"Diritto amministrativo e diritto comunitario"*, Torino, Giappichelli, 1997.
- E. PICOZZA, *"Il processo amministrativo"*, Milano, Giuffrè, 2008.
- PIRRONE, *"Il caso pellegrini dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: efficacia in Italia di sentenze ecclesiastiche ed equo processo"*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001-4
- POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Cedam, 2001
- U. POTOTSCHNIG e A. TRAVI, voce *Appello (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*
- PROTTO, *La tutela sommaria nel processo amministrativo*, in CARINGELLA- PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2001
- A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, Giappichelli
- F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, E.S.I., 1989
- A. QUARANTA, voce *Appello III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. II
- RAMAJOLI, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1997
- M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dell'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane
- G. ROEHRSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Giuffrè Editore, Milano, 1989
- ROEHRSEN, *Note sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1941, I
- A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Breviaria Iuris*, a cura di G. CIAN e A. TRABUCCHI, Cedam
- ROTA, *Contributo allo studio della manifestazione degli interessi diffusi nel procedimento amministrativo*, Roma, 1996
- SAGGIO, *Appunti sulla ricevibilità dei ricorsi d'annullamento proposti da persone fisiche o giuridiche in base all'173, quarto comma del Trattato CE*, in *Rivista di diritto europeo*, 1997-3
- N. SAIITA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2003, p. 210 e ss.
- A. SALETTI, voce *Interruzione del processo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, vol. XVII.
- M.R. SANCHINI, *La nuova tutela cautelare*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Appendice al tomo IV, Milano, Giuffrè, 2001
- M.A. SANDULLI, *I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii*, in *federalismi.it*, 6/2007.
- B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, Giuffrè, 1997
- SATTA, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, 1964
- SCHINAIA, *Profili evolutivi nella problematica del procedimento amministrativo*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo (Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Giuffrè Editore, Milano, 1989
- A. SCOGNAMIGLIO, *Ancora un intervento della Corte di Giustizia, in tema di tutela cautelare*, in *Foro Amministrativo*, 1996
- A. SCOGNAMIGLIO, *Diritto di accesso e tutela della riservatezza*, in *La legge sul procedimento amministrativo*, a cura di F. P. PUGLIESE, Milano, Giuffrè, 1999
- G. SIGISMONDI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2007; P. STELLA RICHTER, voce *Impugnazioni V) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. V, Roma, 1988
- STICCHI DAMIANI, *Il cointeressato nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1987
- TARZIA, *"L'art.111 Cost. e le garanzie europee del giusto processo civile"*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001-1
- TASSONE, *Intervento ad opponendum nel giudizio di primo grado e legittimazione all'appello*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, III
- M. TERRASI, *Procedimenti amministrativi e garanzie del cittadino*, Jovene editore, 1991
- A. TIGANO, voce *Intervento nel processo II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1988
- TOMMASEO, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988
- TONOLETTI, *La comunicazione di avvio del procedimento nell'interpretazione giurisprudenziale (la questione degli atti vincolati e dichiarativi)*, in *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, a cura di G. ARENA, C. MARZUOLI, E. R. ACUNA, Edizioni Scientifiche Italiane

- TOSI, *Il protocollo n.11 alla convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: la tutela dei diritti fondamentali davanti alla nuova Corte europea*”, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001-1
- D.M. TRAINA, *Lo svolgimento del processo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo IV, Milano, Giuffrè, 2000
- TRAVI, L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo, nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 20 maggio 1996, n. 655, in *Foro italiano*, 1997, III
- TRAVI, voce *Appello (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. I
- N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2001
- TROCKER, *Processo civile e costituzione* in *Studi di diritto comparato* a cura di MAURO CAPPELLETTI, 1974
- UBERTAZZI, *Divieto di discriminazione e uguaglianza delle armi nel processo civile*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 1977.
- D. VAIANO, *L'Accelerazione dei tempi processuali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. IV, Milano Giuffrè, 2001
- A.VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, in *Diritto e Istituzioni (Ricerche dirette da G. BERTI)*
- VELLANI, *Notificazione dei controricorso e dei ricorsi incidentali dinanzi alla Corte di Cassazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999
- C. VIDETTA, *La partecipazione nei procedimenti caratterizzati da discrezionalità tecnica*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA, Giuffrè Editore
- R. VILLATA, *Interesse ad agire (Diritto processuale amministrativo)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI.
- P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982
- G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998
- P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 2001
- VITTA, *“Processo civile e diritti dell'uomo”*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 1977
- VIVANI, *Il giudizio di anomalia delle offerte: partecipazione e contraddittorio nelle pubbliche gare d'appalto*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, Prospettive ed esperienze*, a cura di A. CROSETTI e F. FRACCHIA, Giuffrè Editore
- ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, 1996
- ZITO, *“Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno”* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2-3 del 2002