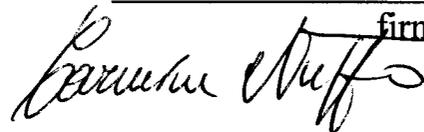

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
Discipline Giuridiche – Curriculum Diritto Amministrativo

_____XXIX Ciclo_____

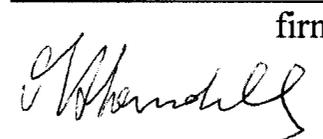
**Le eccezioni nel processo amministrativo: la difesa nel giudizio di
legittimità.**

Titolo della tesi

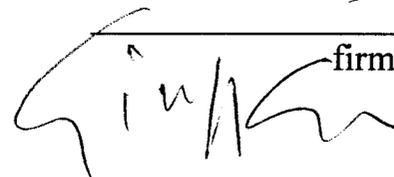
Nome e Cognome del dottorando
Carmine Nuzzo

 firma

Docente Guida/Tutor: Prof. ssa
Maria Alessandra Sandulli

 firma

Coordinatore: Prof.
Giuseppe Grisi

 firma



CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
Discipline Giuridiche – Curriculum Diritto Amministrativo

XXIX Ciclo

**Le eccezioni nel processo amministrativo: la difesa nel giudizio di
legittimità.**

Autore

Carmine Nuzzo

**Le eccezioni nel processo amministrativo: la difesa nel giudizio di
legittimità.**

INDICE

-Parte generale-

**Cap. I - Inquadramento storico- sistematico dell'istituto
delle eccezioni.**

1. Premessa.....	1
2. Le eccezioni nel diritto romano.....	3
2.1. Tipologie di eccezioni nel diritto romano.....	6
2.2 La metamorfosi dell'eccezione a partire da Giustiniano.....	8
3. Le eccezioni nel diritto medievale o intermedio italiano.....	9
4. Le eccezioni nella scienza giuridica del XVIII-XIX secolo.....	11
4.1. Classificazione delle principali eccezioni nella scienza giuridica ottocentesca.....	14
5. Le eccezioni nella scienza giuridica italiana del XIX-XX secolo.....	17
6. L'eccezione alla luce della codificazione del '42.....	23
7. L'eccezione nella legislazione processuale amministrativa.....	26

Cap. II – Nozione, caratteri e tipologie di eccezioni.

1. Premessa.....	31
2. Difese ed eccezioni.....	32
2.1. La relatività del concetto di eccezione e l'interesse ad eccepire...34	
3. Eccezioni sostanziali e processuali.....	38
4. Eccezioni rilevabili d'ufficio (o in senso lato) e eccezioni rilevabili solo su istanza di parte (o in senso stretto).....	40

5. Potere di rilevazione e potere di pronuncia sulla questione sollevata d'ufficio.....	46
6. Le c.d. eccezioni riconvenzionali.....	50
7. Eccezioni e questioni pregiudiziali/preliminari.....	53

**Cap. III – L’eccezione nel processo amministrativo impugnatorio -
caducatorio.**

1. Premessa.....	58
2. Il perimetro della questione circa l’ammissibilità delle eccezioni nel processo amministrativo.....	61
3. Ammissibilità dell’istituto delle eccezioni nel processo amministrativo impugnatorio: osservazioni preliminari.....	64
4. Ammissibilità delle eccezioni nel processo amministrativo: orientamenti della dottrina.....	67
5. Ammissibilità delle eccezioni nel processo amministrativo: la posizione di Nigro.....	74
6. Il ruolo delle eccezioni nel processo amministrativo del c.p.a. e nel rapporto tra giudice e parte resistente.....	78
6.1. Critiche alle posizioni dottrinali: il ruolo dell’eccezione nei rapporti giudice- parte resistente.....	83
7. Fatti giuridici, fatti costitutivi e fatti impeditivi-estintivi-modificativi nel processo amministrativo.....	85
8. Eccezioni di merito e in senso stretto nel processo amministrativo: il ruolo dell’eccezione nel rapporto giudice – parte resistente a seconda del tipo di fatto costitutivo affermato.....	89
9. Eccezioni, onere di allegazione e onere della prova.....	95
10. Eccezioni, verifica e consulenza tecnica d’ufficio nel processo amministrativo.....	103

11. Modalità di esercizio giudiziale delle eccezioni: le memorie difensive.....	106
12. Eccezione e ricorso incidentale alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.....	110
13. Le eccezioni in appello e la posizione dell'appellato.....	118
14. Eccezioni e cosa giudicata.....	124
14.1. Giudicato ed eccezioni assorbite o non esaminate.....	127
15. La questione del c.d. esercizio stragiudiziale delle eccezioni.....	131

-Parte speciale –

Cap. IV – Le singole eccezioni sperimentabili nel processo amministrativo.

1. Premessa.....	139
------------------	-----

Sez. I – Le principali eccezioni di rito nel processo amministrativo.

1. Il difetto di giurisdizione.....	141
2. Il difetto di competenza.....	153
3. Eccezioni attinenti agli atti introduttivi del processo: inammissibilità, improcedibilità, irricevibilità del ricorso.....	156
4. Eccezione di politicità dell'atto impugnato.....	160
5. Vizi di costituzione del Giudice e ricusazione.....	165
6. Eccezione di litispendenza e continenza.....	168
7. Eccezione di cosa giudicata.....	171
8. Il difetto di legittimazione ad agire e a resistere.....	175
9. Il difetto d'interesse a ricorrere.....	187
10. Il difetto di contraddittorio.....	193
11. Eccezione di estinzione del giudizio.....	199

Sez. II – *Le principali eccezioni di merito.*

1. Premessa.....	202
2. L’eccezione di nullità del provvedimento.....	204
3. L’eccezione di convalida.....	214
4. Eccezione di formazione o mancata formazione del silenzio (significativo e non).....	219
5. L’eccezione di non annullabilità/non invalidità ex 21-octies, 2° co., l. 241/90.....	227
6. L’eccezione di dolo generale.....	235
7. Le eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà della norma al diritto europeo.....	240
7.1. Pregiudizialità europea ed eccezioni.....	245
Considerazioni conclusive.....	250
Bibliografia.....	270

- **Parte generale** -

Cap. I

Inquadramento sistematico dell'istituto giuridico delle "eccezioni".

Sommario: 1. Premessa. 2. Le eccezioni nel diritto romano. 2.1. Tipologie di eccezioni nel diritto romano. 2.2 La metamorfosi dell'eccezione a partire da Giustiniano. 3. Le eccezioni nel diritto medievale o intermedio italiano. 4. Le eccezioni nella scienza giuridica del XVIII-XIX secolo. 4.1. Classificazione delle principali eccezioni nella scienza giuridica ottocentesca. 5. Le eccezioni nella scienza giuridica italiana del XIX-XX secolo. 6. L'eccezione alla luce della codificazione degli anni '40-'42. 7. L'eccezione nella legislazione processuale amministrativa.

1.Premessa.

Lo studio delle eccezioni nel processo amministrativo coinvolge, per la natura delle stesse, molteplici branche del diritto che più o meno dichiaratamente se ne servono da tempo immemore.

Tradizionalmente, anche e soprattutto per l'impostazione accademica generalmente praticata, le eccezioni sono associate al diritto civile sostanziale e processuale. Tuttavia, quando la dogmatica accademica si cala nella realtà giuridica del processo e delle aule giudiziarie - quasi per essa troppo brutale - si realizza che l'istituto delle eccezioni ha carattere trasversale. Esso, cioè, trova applicazione quotidiana non soltanto nell'ambito del diritto processuale civile, ma anche nel contesto processuale amministrativo e, talvolta, persino in quello penale.

Nonostante ciò, la dogmatica accademica influenza notevolmente la direzione della ricerca e dello studio, tanto che nella scienza giuridica amministrativistica italiana sono rarissimi i contributi

scientifici sull'istituto delle eccezioni. Eppure le eccezioni rappresentano strumenti giuridici con cui anche l'amministrativista si trova ad operare quotidianamente. Né si può ritenere che i trattati e i contributi della più autorevole dottrina in tema di eccezioni possano essere *tout court* trasposti nel peculiare contesto del processo amministrativo.

La specialità necessaria della giustizia amministrativa non può non coinvolgere anche questo istituto.

La rarità di studi sul tema, a differenza della ingente mole che si rinviene dal lato processualcivilistico, rappresenta certamente un fenomeno singolare.

Pare di grande utilità, pertanto, studiare come le eccezioni si rivelano al giurista nel contesto del diritto amministrativo, quale natura giuridica esse assumono, quale regime giuridico le caratterizza, quali sono le peculiarità che valgono a differenziarle da quelle studiate nel contesto civilistico, nonché quali sono le risposte fornite dalla giurisprudenza e dalla dottrina alle questioni nascenti dall'applicazione delle eccezioni nel processo amministrativo, sempre ammesso che di eccezioni si possa parlare in tale contesto.

Lo studio delle eccezioni, per la sua natura interdisciplinare, richiede, preliminarmente, un inquadramento storico-sistematico dell'istituto, a partire dalle sue origini. Si tratta, infatti, di un istituto alquanto ricco di sfaccettature sia sostanziali che processuali intorno al quale ruotano numerosissime problematiche giuridiche. La ricostruzione dogmatica dell'istituto dalle sue origini fino al più recente stato dell'arte risulta, per ciò, di fondamentale importanza e si atteggia quale infungibile chiave di lettura dei capitoli seguenti. Tale operazione si rende necessaria, altresì, per poter individuare e “stanare” i c.d. *faux amis*, ossia quelle apparenti uguaglianze che, talvolta, possono nascondere profonde differenze.

Per queste ed altre ragioni, prima di affrontare il problema delle eccezioni nel processo amministrativo, è indispensabile procedere allo studio e all'approfondimento dell'istituto nel suo “*habitat*” naturale.

2. Le eccezioni nel diritto romano.

Il concetto di “eccezione” rievoca, in modo immediato, la posizione di colui contro il quale è azionata, in sede processuale, una pretesa, di qualsivoglia consistenza giuridica. Esso richiama alla mente quella che di norma viene identificata come situazione globale del convenuto in giudizio e rientra nel novero delle tecniche difensive attive da questo adottabili.

Il concetto di eccezione viene in rilievo proprio nella circostanza in cui un soggetto sceglie di difendere la propria posizione giuridica in modo attivo e non solo negando la fondatezza delle ragioni addotte dalla controparte agente in giudizio.

Questo tratto della eccezione è rimasto immutato fin dalle sue prime origini nel diritto romano.

Anzitutto, pare opportuno muovere la ricostruzione delle origini dell’istituto dal suo significato letterale.

Il termine “eccezione” deriva dal sostantivo latino “*ex-ceptio*”, che, a sua volta, deriva dal verbo “*ex-cipere*”, cioè prendere da, selezionare, fare una distinzione tra una pluralità di cose o situazioni. Solo da ciò, si inizia già ad intravedere quello che poi è l’istituto dell’eccezione così come lo conosce oggi il nostro ordinamento giuridico. “*Eccepire*” vuol dire fare un distinguo tra ciò che normalmente sarebbe alla luce di ciò che nel caso concreto è.

Ed infatti, negli scritti dei giuristi romani si legge che “*Est exceptio, actionis vel intentionis exclusio*” oppure che “*exceptio dicta est, quasi quaedam exclusio*”. Con l’eccezione, dunque, il convenuto si propone di far escludere l’accoglimento della domanda, quand’anche esista il diritto dall’attore stesso vantato¹.

Nel diritto romano non esisteva un concetto generale di eccezione, proprio come non esisteva un concetto generale di azione.² E così fu per tutto il periodo delle c.d. *legis actiones*.

L’origine delle eccezioni si rinviene nell’antica procedura romana e, più specificamente, nel periodo del sistema del procedimento

¹ Cicerone si esprimeva in questi termini: “*Apud jureconsultum exceptio est exclusio actionis, idest depositio adversus petitionem actoris*”.

² G.I. LUZZATO, *Eccezione (dir. Romano)*, in *Enc. dir.*, XV, 1965, 135 e ss.

formulare intorno al III sec. a.c. e con l'introduzione del concetto di *litis contestatio*³.

Nel momento in cui l'attore proponeva la propria domanda al *praetor*, questi fissava un termine per discutere della causa e per consentire all'attore di esporre la pretesa al convenuto. In tale termine, il convenuto poteva rispondere all'attore sia confessando i fatti sui quali posava la domanda (c.d. *confessus in jure*), sia negandoli, sia opponendo eccezioni dirette a difendersi dall'azione.

Caratteristica del processo formulare era l'esistenza di un contraddittorio tra le parti in lite, le quali potevano far valere le loro ragioni innanzi al pretore.

La *litis contestatio* era l'insieme, il complesso dei fatti risultante dalla domanda dell'attore e dalla risposta del convenuto. Essa produceva quelli che oggi si definiscono effetti sostanziali e processuali della domanda: interrompeva la prescrizione dell'azione⁴; qualificava come *res litigiosa* la cosa che formava oggetto della domanda⁵; faceva sì che, essendoci una contestazione, il processo dovesse essere proseguito davanti allo stesso giudice che aveva fin dall'inizio conosciuto della domanda⁶; determinava, per il convenuto, il diritto di intentare, davanti al medesimo giudice adito, una contro-azione⁷; dava vita alla c.d. *prorogatio jurisdictionis* qualora l'attore avesse adito un giudice incompetente e il convenuto non avesse opposto l'eccezione *judicis incompetentis*⁸.

Le *exceptiones* si ponevano come rimedio a favore del convenuto. Esse non consistevano nella negazione di una *regula juris* (l'*actio*), bensì in una "eccezione" alla regola di diritto.

³ Questo nome proviene dalla consuetudine dei Romani negli antichi tempi, consistente in questo: l'attore cominciando il processo, chiamava alcune delle persone presenti, come testimoni che dicevasi *antesiari* o *contestati*. FESTUS, *De v. sig. sub voce contestare*. Quindi, ancora dicesi dell'attore: *actor litem contestatur* : fr. 48, D. XLVI, 2. - fr. 3, §. 10, D. XLVI, 7; dicevasi del convenuto: *judicium occipite* fr. 28, f. 2, D. V, 1. - fr. 16, D. III, 3.

⁴ Cost. 9, C. VII, 39. - Cost 10, C. VII, 32. - Cost. 2, 10, C. VII, 33. - Cost. 2. C. III, 19. - Cost. 3, C. VII, 40. - UNTERHOLZNER E BUCHHOLTZ, sono dell'opinione diversa quanto all' usucapione; v. la Cost 2, C. Ili, 19: *tamquam lite contestata*.

⁵ Dig. XLIV, 6. - Cod. VIII, 37. - fr. 13, D. X, 2. - fr. 12, D. VI, 1. - Nov. 112, C. 1. - Clem. 2, *ut lite pendente* (II, 5).

⁶ Fr. 19. pr. D. H, 1. - fr. 7, 30, 34 D. V, 1. - C. 19, X, 2, 2. - C. 20, X, 1, 39

⁷ Nov. 96. C. 2, §. 1. - C. 3, *De rescriptis in Vito*.

⁸ Fr. 51, 52, pr. D. V, 1. - Cost. 13, C. VIII, 36. - C. 19, X, 1, 29.

Queste stesse, infatti, nascono da un'esigenza concreta: evitare che colui contro il quale era proposta l'azione venisse condannato quando la condanna apparisse cosa iniqua. Il pretore, cioè, poteva autorizzare il giudice alla condanna a meno che ragioni di equità non giustificassero la deviazione dalla regola del diritto civile⁹. Venivano inserite nella *formula* dopo l'*intentio* e prima della *condemnatio*. Se le circostanze addotte come eccezioni si fossero rivelate fondate, il giudice avrebbe assolto il convenuto.

Secondo il diritto romano, il convenuto in giudizio aveva più mezzi per rispondere all'attore: poteva negare semplicemente i fatti su cui si basava l'azione (c.d. litis-contestazione negativa); poteva produrre nuovi fatti in forza dei quali il diritto azionato dall'attore veniva a cadere *ipso jure*, cioè secondo il *jus civile*¹⁰; infine, il convenuto poteva invocare dei fatti che, sebbene non caducassero per il *jus civile* l'azione, gli davano diritto alla tutela da parte del pretore "*quia iniquam foret eum condemneri*". Si trattava di mezzi di tutela equitativi somministrati dal pretore e prendevano il nome di "*exceptiones seu praescriptiones*"¹¹. Questi, in buona sostanza, pur non smentendo il diritto azionato dall'attore, privavano l'azione dei suoi effetti attraverso un'eccezione.

Si può notare come, per il diritto romano, le eccezioni potevano avere un duplice effetto: in alcuni casi, determinavano il venir meno dell'azione di pieno diritto (*ipso jure*), in altri casi, invece, l'azione rimaneva senza effetto per una eccezione (*per exceptionem*)¹². Ciò che più di tutto rileva, però, è che la difesa mediante eccezioni si collocava al di fuori della c.d. litis-contestazione negativa, ossia la difesa mediante semplice negazione dei fatti posti a fondamento della pretesa.

⁹ P. BARINETTI, *Diritto romano – parte generale*, Milano, 1865, 257 e ss.

¹⁰ GAJO, III, 168-181

¹¹ ID., IV, 116, 117. - pr. §. 1-5, J. IV, 13.

¹² V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1987, 131; S. PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1965, 153; C.A. CANNATA, *Eccezione (diritto romano)*, in *Novss. dig. it.*, Torino, 1968, 346; G. I. LUTTAZZO, *Eccezione (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 135.

2.1. Tipologie di eccezioni nel diritto romano.

In quanto vero e proprio istituto dell'antica procedura romana, le eccezioni trovavano il loro fondamento in una molteplicità di fonti. Esse erano disciplinate, in origine, attraverso gli editti del pretore e poi successivamente nelle *leges* e nei *senatus-consulta*.

Questa diversità di fonti faceva sì che, nel diritto romano, esistessero diverse *species* di eccezioni. In particolare, si distingueva tra eccezioni "civili" ed eccezioni "pretorie o onorarie"¹³. Sono civili le eccezioni che discendono dalla legge o da un atto che tiene luogo di una legge. Sono pretorie, invece, le eccezioni che hanno il loro fondamento nella giurisdizione dei magistrati. Le eccezioni contenute negli editti pretorili, inoltre, erano destinate a decadere con la scadenza del magistrato che le aveva emanate.

In base al loro effetto, invece, le eccezioni si dividevano in eccezioni "perentorie o perpetue" (*peremptoriae seu perpetuae*) ed eccezioni "dilatorie o temporarie".

Quanto alle prime, si ritiene che facessero venir meno il diritto d'azione definitivamente, interamente o in parte; le seconde, invece, impedivano l'azione per un tempo determinato¹⁴.

In rapporto alle persone che le esercitavano, si distingueva tra eccezioni "personali o inerenti alla persona" (*exceptiones in personam conceptae seu personae inhaerentes*) ed eccezioni "reali o inerenti alla cosa" (*exceptiones in rem conceptae seu rei cohaerentes*)¹⁵.

Le eccezioni personali non potevano essere opposte che dalla persona cui la legge le accordava e riconosceva. Quelle reali, al contrario, in ragione della loro inerenza al fatto o alla cosa oggetto della lite, potevano essere opposte da chiunque vi avesse interesse.

Il diritto romano disciplinava altresì la "durata" delle eccezioni.

Secondo la regola generale, le eccezioni non erano soggette a prescrizione. Tale principio si applicava anche nei casi in cui il diritto sul quale esse si fondavano avrebbe potuto essere fatto valere con un'azione estinta per prescrizione.

¹³ ID., IV, 118. – par. 7, J. IV, 13.

¹⁴ CICERONE, *De invent.*, II, 20; Gajo, IV, 120-125.

¹⁵ Fi. 7, 0. XUV, 1. - § 4, J. IV, 14. - fr. 24, 25, D. XLII, 1.

Tuttavia, erano contemplate anche eccezioni che si estinguevano per effetto del decorso di un certo periodo di tempo, quand'anche l'azione alla quale poteva opporsi non fosse intentata durante questo tempo¹⁶.

Inoltre, il diritto romano conosceva anche l'istituto delle c.d. contro-eccezioni o eccezioni dell'eccezioni¹⁷.

Come il convenuto poteva proporre eccezioni all'azione, così l'attore poteva affermare nuovi fatti e circostanze, nonché particolari ragioni di diritto, volte a rendere nulle le eccezioni sollevate dal convenuto e sostenere la sua domanda. Questa allegazione nuova dell'attore, finalizzata alla risposta alle eccezioni del convenuto, prendeva il nome di *replicatio*.

A sua volta, il convenuto poteva rispondere alla *replicatio* dell'attore mediante la c.d. *duplicatio*¹⁸. Con la duplica, solitamente, si chiudeva il giudizio di prima istanza, essendo solo raramente consentita una nuova replica dell'attore, ossia la c.d. *triplicatio*.

Regola generale, infatti, era che il convenuto avesse sempre l'ultima parola.

Tutto ciò che veniva allegato con la replica e la duplica rientrava nel novero delle eccezioni ed era idoneo ad interrompere qualunque prescrizione. Solo l'azione già prescritta non poteva essere dedotta nella replica e nella duplica¹⁹.

Per quanto concerne le tipologie di eccezioni conosciute dal diritto romano, si osserva che i giuristi romani usavano indicare queste col nome di *exceptiones* o di *praescriptiones*, quali sinonimi. Il convenuto poteva proporre molteplici eccezioni quali, a titolo di esempio: l'incompetenza del tribunale, *exceptio fori*; l'esistenza di una precedente decisione giudiziale sulla medesima controversia, *exceptio rei judicatae*; il decorso del tempo entro il quale l'azione avrebbe dovuto intentarsi, *exceptio temporalis*, la più nota *exceptio doli generalis* ed altre ancora.

¹⁶ Fr. 5. §. 6, D. XLIV, 4. - Cast. 5. 6, C. VIII, 36.

¹⁷ Fr. 2, §. 1.; fr. 22, §. 1, D. XLIV, 1.

¹⁸ GAJO IV, 128.

¹⁹ Fr. 9, §. 1, D. XII, 3.

2.2 La metamorfosi dell'eccezione a partire da Giustiniano.

Durante il periodo giustiniano, il rimedio delle eccezioni si consolida fino a divenire specifica tutela concessa dall'ordinamento giuridico al pari dell'*actio*. Sorge, cioè, l'idea che l'eccezione sia il diritto di impugnare l'azione²⁰.

Da quanto sin ora rappresentato si evince come il meccanismo delle eccezioni nel diritto romano interveniva sull'azione, facendola venir meno definitivamente o temporaneamente. Il diritto romano, a differenza di quanto accade negli ordinamenti moderni, non conosce la distinzione tra diritto sostanziale e diritto di azione. In una prospettiva molto pragmatica, il diritto di azione non era né autonomo né astratto rispetto alla pretesa oggetto della controversia. Questo spiega, almeno in parte, perché le fonti giuridiche romane, nel definire gli effetti dell'eccezione, utilizzino l'espressione "distruggere l'azione" o privarne di efficacia. Solo la scienza giuridica moderna del XX secolo ha iniziato ad introdurre l'idea, ormai consolidata, che il diritto di azione sia un diritto autonomo ed astratto rispetto al diritto sostanziale oggetto della domanda. L'autonomia indica, infatti, una diversità ontologica tra diritto sostanziale e diritto d'azione, che è diritto di chiedere ed ottenere dal giudice la tutela giurisdizionale, in via secondaria e sostitutiva, attraverso l'adozione di un provvedimento giurisdizionale di merito. L'astrattezza, invece, indica che il diritto d'azione esiste nella sfera giuridica di chi propone la domanda a prescindere dall'effettiva esistenza del diritto sostanziale affermato. E' l'idea che l'accertamento dell'effettiva titolarità del diritto azionato sia il fine e non il punto di partenza del processo.

²⁰ F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, Roma, 2013.

3. Le eccezioni nel diritto medievale o intermedio italiano.

Ricostruire il concetto di eccezione nel periodo del diritto c.d. intermedio o medievale è operazione alquanto rischiosa ed ardua. Tuttavia, è possibile, attraverso l'analisi congiunta di molteplici fonti storiche, individuare delle linee guida che caratterizzarono l'eccezione nel periodo del diritto franco-longobardo e in quello dei *Commentatori*.

Nella tradizione giuridica longobarda, il processo è certamente un processo di diritto oggettivo, che non mira affatto a fornire una tutela giurisdizionale al singolo richiedente giustizia, quanto piuttosto a mantenere e ristabilire l'ordine collettivo²¹. Non esistendo il concetto di azione, non esiste nemmeno quello di eccezione. Tuttavia, alcuni autori²² ritengono che un rimedio simile a quello delle eccezioni esistesse. Essi lo rinvennero nelle c.d. prescrizioni acquisitive ed estintive di diritti. Si tratta, stando agli studi sul tema, di prescrizioni (cioè eccezioni) che il convenuto in giudizio poteva invocare contro la pretesa dell'attore²³.

Con l'assimilazione del diritto romano e la ripresa del *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano, nel diritto franco-longobardo si torna nuovamente a parlare di *actio* e di *exceptio*. Il processo torna ad essere lo strumento attraverso cui l'attore domanda la tutela di una propria posizione giuridica (*intentio*) alla quale il convenuto può opporre una *exceptio*.

Nel XII secolo, la scuola dei Commentatori reinterpreta il diritto romano riprendendo l'istituto della eccezione. Questa viene considerata come una circostanza di fatto risolutiva dell'azione. *Eccepire* vuol dire far valere in giudizio uno o più fatti, il cui positivo accertamento vale a

²¹ E. CORTESE, *Eccezione (dir. Intermedio)*, in *Enc. dir.*, XV, 1965, 139.

²² cfr. ID., *op.cit.*, 141.

²³ A titolo esemplificativo: il convenuto poteva opporre il proprio possesso quinquennale contro la pretesa dell'attore dovendo limitarsi a dimostrare di non aver ricevuto il possesso in mala fede; la prescrizione trentennale dello *status libertatis*, secondo cui chi avesse servito il padrone per oltre trent'anni non avrebbe potuto più rivendicare la propria libertà.

far cadere il diritto rappresentato dall'azione²⁴. L'eccezione, dunque, perde il suo carattere di "azione rovesciata" per divenire *condicio facti* risolutiva dell'azione²⁵.

Il tema delle eccezioni, inoltre, si intreccia con quella della distribuzione dell'onere della prova tra le parti del processo. Relativamente all'onere della prova, infatti, emerge l'idea per cui chi solleva eccezioni deve essere equiparato a chi propone l'azione e, dunque, deve provare le proprie eccezioni²⁶.

Nel medesimo periodo storico, trova nuova rivalutazione l'idea che ogni azione si basa su una *regula juris* e che l'*exceptio* non è la negazione di tale regola quanto piuttosto la sua deroga nel caso concreto.

Il diritto intermedio distingue le eccezioni in due categorie: le *exceptiones facti* e le *exceptiones iuris*²⁷.

Attraverso queste ultime, definibili anche come eccezioni in senso stretto, la regola di diritto veniva confermata nella sua validità ma non poteva trovare applicazione nel caso concreto. Con le *exceptiones facti*, invece, il convenuto contestava l'esistenza stessa della regola di diritto affermata dall'attore o la possibilità di ricondurre il fatto costitutivo del diritto affermato a quella determinata regola. Queste eccezioni erano rilevabili anche d'ufficio e comprendevano tutte quelle circostanze con le quali si deduceva l'estinzione del diritto²⁸.

La Scuola dei Commentatori, nel XVI secolo, elabora una diversa distinzione: quella tra *defensio* ed *exceptio*²⁹. Si ritiene che differenziare l'eccezione di fatto da quella di diritto sia troppo ambiguo e lontano dalle fonti romanistiche³⁰. Inizia a cadere l'idea dell'eccezione come condizione di fatto risolutiva dell'azione e si rafforza quella secondo

²⁴ F. RUSSO, *op. cit.*, 30; F. CALASSO, *Il negozio giuridico: lezione di storia del diritto italiano*, Milano, 1959.

²⁵ Così l'insegnamento della scuola c.d. Gosiana di Martino del XII sec.

²⁶ PIACENTINO, *Summa codicis*, VIII, 39, *De exceptionibus*; AZZONE, *Summa Institutionum*, IV, *De exceptionibus*; E. CORTESE, *op. cit.*, 144.

²⁷ F. RUSSO, *op. cit.*, 35 e ss.

²⁸ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 177 e ss.

²⁹ BALDO DEGLI UBALDI, *Comm. in C.* 8, 35, 10, *de exceptionibus*, I.

³⁰ F.K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, a cura di V. SCIALOJA, V, Torino, 1893, 220.

cui l'eccezione è un rimedio che consente di far valere in giudizio un diritto specularmente simmetrico a quello dell'azione³¹.

4. Le eccezioni nella scienza giuridica del XVIII-XIX secolo.

Il 25 settembre 1665, il Consiglio di Giustizia francese, riunito sotto l'egida di Luigi XIV, adotta il c.d. *Code Louis*. Si tratta del primo codice della procedura civile intesa come materia statutale e pubblicistica³².

Il *Code Louis* dedica un apposito titolo allo studio delle eccezioni, senza tuttavia tentare di fornire una definizione. Le norme si concentrano maggiormente sulla disciplina del quando e del come le eccezioni possono essere utilizzate. Viene nuovamente ripresa la distinzione romanistica tra eccezioni perentorie ed eccezioni dilatorie.

Quello che però si può notare è che, dal *Code* del 1665 fino alle codificazioni napoleoniche, l'eccezione rimane istituito perennemente in bilico tra il diritto sostanziale e quello processuale. Alcuni aspetti di essa sono disciplinati nelle codificazioni sostanziali, altri, invece, nelle codificazioni di rito. Si pensi a tutto ciò che riguardava l'ammissibilità, l'assunzione *etc.*

Questo tratto rimane anche nella tecnica legislativa contemporanea.

Un primo esempio si ha con il Codice Civile napoleonico del 1806, vigente anche nel Regno d'Italia, il quale conteneva una norma

³¹ E. CORTESE, *op. cit.*, 147.

³² Il tema del processo come affare pubblico o affare privato è uno dei più dibattuti da secoli. Per la verità, oltre alle tesi di coloro che sostengono, da un lato, la natura spiccatamente pubblicistica di ogni tipo di processo ovvero, dall'altro, la natura privatistica del processo, ve ne è una terza che pare degna di essere riportata. Secondo M. DI RENZO, *L'eccezione nel processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 1968, 102 e ss., "dal punto di vista delle parti, nulla è più privato del processo, compreso quello penale, perché nel giudizio di se stesse, dei loro beni, della loro vita si tratta", mentre "dall'angolo visuale del giudice, nulla è più pubblico del processo, di qualsiasi processo e, quindi, anche di quello civile, perché si tratta niente di meno che della giustizia e dell'assicurazione della giustizia, sia pure nei privati o particolari rapporti." Nello stesso senso, si vedano: S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, 1968, 55; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1900, I, 228.

(l'art. 1315) che può essere considerata l'antenato dell'odierno art. 2697 c.c. Si parlava, ancora alquanto ambigualmente, di "giustificare" il fatto che ha prodotto l'estinzione del diritto fatto valere dall'attore.

La norma richiamata è stata il modello su cui è stato scritto l'art. 1312 del Codice Civile del Regno d'Italia del 1865, in cui si utilizza, più tecnicamente, l'espressione "provare" il fatto che ha prodotto l'estinzione dell'obbligazione.

Sotto il profilo processuale, i francesi si discostano dal modello romano definendo "difese" le eccezioni che toccano il merito della causa e "eccezioni" tutte quelle che riguardano la domanda dell'attore nella sua forma procedimentale ovvero che toccano la c.d. forma del procedere.

Secondo la scienza giuridica francese d'inizio ottocento, per eccezioni si devono intendere tutti i mezzi con i quali "*senza entrare nella discussione della dimanda, il convenuto sostiene che l'attore non dee essere ammesso a procedere*". Dunque, si potrebbe dire che le "eccezioni in senso stretto" sono solo quelle che non toccano il merito della controversia, ma che mirano a far dichiarare inammissibile, improcedibile o irricevibile la domanda (cioè quelle che la scienza contemporanea definisce eccezioni di rito).

Con l'espressione "difese", invece, s'indica l'insieme delle ragioni che il convenuto può opporre alla domanda formata contro di lui per provarne l'ingiustizia e che mirano a dimostrare l'infondatezza dell'azione.

Il distacco dal modello romanistico è evidente ed è dato dall'intervento, nell'ordinamento francese, del *Code de procedure* del 1806 che a, sua volta, si fondava sulla storica *Ordonnance* del 1667. Tali fonti si sostituiscono a quelle di derivazione romanistica, che invece permangono nell'esperienza italiana.

L'impronta lasciata dai giuristi romani continua ad essere seguita. I giuristi di inizio '800 ne seguono ancora la dogmatica e le classificazioni. Può dirsi che l'idea stessa secondo cui al pari di un diritto d'azione vi debba essere il diritto ad opporre eccezioni attraverso le quali difendersi, grazie alla rivalutazione storica del diritto

processuale romano, diviene parte importante del patrimonio della scienza giuridica moderna³³.

L'idea primigenia ed embrionale che caratterizzava il diritto romano viene, nell'800, valorizzata in considerazione del fatto che il diritto di opporre eccezioni è strumentale ed imprescindibile per il diritto di difesa, che, si legge, è "diritto di natura"³⁴.

Il tema delle eccezioni viene visto come uno tra i maggiori e più importanti perché, come la dottrina del tempo usava scrivere, "*è sempre più caro a noi il ritenere quello che abbiamo, che l'acquistare ciò, che non ancora abbiamo avuto*"³⁵.

Il termine eccezione fa parte dei vocaboli giuridici del diritto civile ottocentesco, come anche la distinzione tra difese ed eccezioni.

La scienza giuridica italiana si mostra più fedele e coerente con la tradizione romanistica. Si ritiene, infatti, che quelle che i francesi definiscono "difese", altro non sono che eccezioni di diritto. Il convenuto, nel difendersi, sollevando contestazioni sia di rito che di merito, non fa che produrre eccezioni³⁶. Si ripudia, dunque, la distinzione tra difese ed eccezioni e questo si riflette nella sistematica degli studi del tempo.

La dottrina dell'epoca soleva definire le eccezioni come "*tutte le difese, che fa in giudizio il reo convenuto, sia di diritto, sia di fatto, dirette ad escludere in tutto o in parte, per sempre o a tempo, l'azione contro di lui intentata*".

³³ Ulpiano scriveva che "*In patrimonio nostro est quidquid, aut peti per actionem, aut retineri per exceptionem potest.*"

³⁴ F.A. ROBERTI, *Trattato delle azioni e delle eccezioni*, Firenze, 1840, 201.

³⁵ ID., *Trattato, cit.*, 201. Già nelle *Istitutiones* di Giustiniano si affermava che "*Longe commodius est possidere quam petere*".

³⁶ F.A. ROBERTI, *op.cit.*, 188.

4.1. Classificazione delle principali eccezioni nella scienza giuridica ottocentesca.

La scienza giuridica ottocentesca, nel classificare le principali tipologie di eccezioni, s'ispira agli insegnamenti del diritto romano.

In base alla fonte che disciplinava le eccezioni, altrimenti detta "causa d'origine o causa materiale", si distingue tra eccezioni che nascono dalla legge direttamente, da convenzioni o da "fatti particolari obbligatori".

Le eccezioni che nascono dalla legge sono quelle per le quali la legge si pronuncia espressamente, ossia che sono disciplinate direttamente da questa.

Per "fatti particolari obbligatori", invece, s'intende quei fatti dell'uomo come i patti, le convenzioni, i contratti, i quasi-contratti, i delitti e i quasi-delitti.³⁷

Vengono, inoltre, riprese le distinzioni tra eccezioni perentorie e dilatorie, personali e reali. Tuttavia i contenuti si arricchiscono.

La distinzione tra eccezioni perentorie e dilatorie riguarda il modo e il tempo con cui le eccezioni si devono sollevare in giudizio.

La caratteristica delle eccezioni perentorie è la possibilità di essere sollevate in ogni stato in cui la causa si trova, sia in prima istanza che in seconda istanza. Vi sono poi eccezioni dilatorie, che, al contrario, possono essere proposte in giudizio soltanto prima che il convenuto si difenda nel merito, a meno che non sorgano da una causa sopravvenuta.

La dottrina ottocentesca italiana afferma, infatti, che le eccezioni dilatorie devono essere proposte "*pria che si radichi il giudizio e si discenda all'esame della causa*"³⁸.

Tutto ciò deve essere letto considerando che, nella processualistica ottocentesca, il giudizio si considerava radicato nel merito allorquando le parti rassegnavano, in contraddittorio, le loro conclusioni in udienza.

Sono perentorie, le eccezioni con le quali si deduce:

³⁷ ID., *op. cit.*, 200.

³⁸ ID., *op. cit.*, 221-222.

- l'errore;
- la simulazione;
- la lesione tendente all'annullamento del contratto;
- l'incapacità a contrarre;
- l'obbligazione senza causa;
- il difetto di forma;
- il pagamento, la novazione, la remissione, la compensazione, la confusione;
- la nullità;
- la prescrizione;
- la cosa giudicata;
- la nuova convenzione;
- il patto di non domandare;
- la transazione;
- l'aver già scelto un'altra azione;

Tra le eccezioni dilatorie o temporali rientrano, secondo la processualistica di inizio ottocento, le contestazioni che riguardano:

- il tribunale o il giudice che deve conoscere della causa;
- le parti che sono in giudizio e le loro qualità personali;
- il modo o la forma con cui il giudizio si è introdotto;
- il tempo, il modo o la forma con cui il giudizio deve proseguirsi;

Quelle che riguardano il tribunale o il giudice mirano a far valere: l'incompetenza del giudice adito, la connessione con altra causa già pendente, la litispendenza, la ricusazione del giudice, la remissione della causa per motivi di pubblica sicurezza.

Le dilatorie che riguardano le parti, invece, concernono: la legittimazione dell'attore e la capacità dell'attore di stare in giudizio.

Le eccezioni che riguardano il modo o la forma con cui il giudizio è stato introdotto sono quelle con le quali si deduce: la nullità o inefficacia dell'atto di citazione per vizio di forma o altro vizio previsto dalla legge, i vizi della formulazione della domanda, il mancato adempimento dell'atto di conciliazione nelle cause per le quali esso è previsto.

Infine, quanto al modo e al tempo con cui il giudizio deve proseguire, vi rientrano quelle eccezioni con le quali si deduce la brevità del termine designato nell'atto di citazione, la proposizione dell'azione prima del termine oltre il quale poteva essere proposta, l'errore nel rito

da seguire, la sospensione per ferie, il beneficio della discussione e il falso incidente civile³⁹.

Viene, inoltre, introdotta la categoria delle c.d. eccezioni modificative, definite come quelle che “*moderano semplicemente l’azione, escludendola soltanto nella maniera come è stata intentata*”.⁴⁰

Queste rappresentano una *species* delle eccezioni perentorie, tant’è che possono essere prodotte in ogni stato e grado della causa, finanche dopo che è stata pronunciata la sentenza e durante la sua esecuzione.

Sono perentorie-modificative, le eccezioni con le quali si fa valere:

- la divisione;
- l’inventario;
- la separazione dei patrimoni;
- la collazione dei beni;
- le migliorie;
- la cessione dei beni;

All’interno delle eccezioni vengono poi ricondotte, alla stregua di quanto si faceva nelle fonti romane, le allegazioni che l’attore poteva fare in sede di replica alle eccezioni del convenuto.

Vi erano, infine, le c.d. riconvenzioni giudiziali “*che il reo convenuto può proporre in faccia all’attore*”. La dottrina ottocentesca le considera come un tipo di eccezioni a sé, fondate sull’idea di “*un’azione vicendevolmente proposta*”.⁴¹

³⁹ ID., *op.cit.*, 246-248.

⁴⁰ ID., *op.cit.*, 178 -179.

⁴¹ ID., *ibidem*.

5. Le eccezioni nella scienza giuridica italiana del XIX-XX secolo.

La scienza giuridica italiana di fine Ottocento considera la situazione processuale come un aspetto della situazione di diritto sostanziale. L'azione e l'eccezione sono istituti di diritto sostanziale che non mutano la loro natura per il fatto di venire in uso, per così dire, *sub judice*. Il diritto di azione esiste sia prima che durante il processo, parimenti il diritto di eccezione⁴². Il processo è la forma e il lessico con cui le azioni e le eccezioni si esplicano.

Anzi, come osservato da autorevole dottrina⁴³, la scienza giuridica di fine Ottocento neppure parlava, con riguardo al giudizio civile, di processo, ma semmai di lite, causa, o giudizio *tout court*.

La scienza giuridica italiana, sulla base delle codificazioni del 1865, riconosce che, a differenza di quanto affermato nell'ordinamento francese, non si può distinguere tra “*deféense*” ed “*exception*”. Inoltre, mancando una definizione normativa di eccezione, la dottrina più autorevole cerca di elaborarne una che possa descrivere compiutamente l'istituto.

Lodovico Mortara scrive che la parola eccezione individua “*tutti indistintamente i mezzi di cui si serve il convenuto per respingere la domanda*”. All'interno di questa amplissima definizione, Mortara distingueva tra eccezioni semplici ed eccezioni riconvenzionali⁴⁴.

I mezzi di difesa con cui si oppone alla domanda dell'attore un difetto relativo alla forma processuale o alla sostanza del diritto vantato, con cui si negano e contestano gli elementi processuali e sostanziali a corredo della domanda, prendono il nome di eccezioni semplici⁴⁵.

Sono eccezioni riconvenzionali, secondo Mortara, quelle con cui il convenuto contrappone alla pretesa dell'attore una ulteriore pretesa,

⁴² A. PEKELIS, voce *Azione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, II, 1958, 29-46.

⁴³ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XII, 1964, 1100-1108.

⁴⁴ L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1929, 39; Id., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 106 e ss.

⁴⁵ Id., *Manuale*, cit., 39.

anche estranea al rapporto giuridico sostanziale fatto valere in giudizio. Queste comportano un'estensione del *thema decidendum*⁴⁶.

A loro volta, le eccezioni riconvenzionali si distinguono in: eccezioni che richiedono un esame di altri fatti o rapporti giuridici non rilevabili sulla base della sola domanda attorea e il cui accertamento comporta, come conseguenza logica, “*la mancanza di diritto o di azione dell'attore*”⁴⁷; eccezioni che ampliano il *thema decidendum* così come circoscritto dall'attore, es. l'eccezione di nullità o inesistenza del contratto⁴⁸.

Nel periodo storico che va dagli ultimi anni dell'Ottocento fino agli anni '40 del Novecento, la classificazione operata da Mortara non trova sufficiente seguito. A questa si affiancano le costruzioni dogmatiche di altri studiosi che s'ispirano talvolta all'esperienza germanica, talaltra a quella francese o austriaca.

L'approfondimento della dogmatica dell'eccezione si deve soprattutto all'opera di Giuseppe Chiovenda. Questi ricostruisce analiticamente l'istituto in un momento storico in cui i tentativi di riforma del sistema processualistico italiano falliscono uno dopo l'altro anche e soprattutto a causa del continuo avvicinarsi di sempre nuovi e diversi titolari dell'allora dicastero di “Grazia e Giustizia”.

E' in questo contesto che Chiovenda, ancora sotto la vigenza dei codici pre '42, elabora la propria teoria dell'eccezione come diritto potestativo ad impugnare ed annullare l'azione. Essa, cioè, è il potere di un soggetto di ottenere uno o più determinati effetti nella sfera giuridica altrui annullando l'azione.

La teoria dell'azione e dell'eccezione inizia ad essere materia oggetto di studio a partire dalla famosa *prolusione bolognese* su “*L'azione nel sistema dei diritti*”, letta il 3 febbraio 1903 all'Università di Bologna, presso cui Chiovenda aveva iniziato ad insegnare⁴⁹.

Gli aspetti essenziali della *prolusione bolognese* sono i seguenti: l'inclusione della costruzione dogmatica dell'azione e dell'eccezione nella scienza del diritto processuale – quando invece esse erano annesse al diritto sostanziale; la costruzione dell'azione e dell'eccezione come

⁴⁶ ID., *Manuale, cit., ibidem.*

⁴⁷ ID., *Manuale, cit., ibidem.*

⁴⁸ ID., *Manuale, cit., ibidem.*

⁴⁹ v. G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, 1-28.

diritti potestativi; l'adesione ad una concezione germanico-austriaca del processo civile⁵⁰.

Chiovenda espone, in molti suoi scritti, ma soprattutto nei *Principii di diritto processuale civile* (che avranno varie edizioni, dal 1906 al 1923) e in modo ancora più specifico nella monografia intitolata "*Sulla eccezione*"⁵¹, i principi che dovrebbero ispirare un nuovo processo civile moderno. Il processo, nel pensiero chiovendiano, è strumento di tutela delle posizioni giuridiche soggettive solo in via indiretta, nel momento in cui la tutela di queste viene a coincidere con la corretta applicazione della legge. La stessa azione è strumento attraverso cui il privato provoca il giudice all'applicazione della legge.

La riforma del processo civile, secondo Chiovenda, deve essere incardinata sull'attuazione di tre principi fondamentali: il principio della *oralità*, che dovrebbe governare – sostituendosi al tradizionale metodo della scrittura – la forma della maggior parte degli atti e delle fasi del processo; il principio della *concentrazione*, secondo il quale tutte le attività processuali dovrebbero svolgersi senza soluzione di continuità e possibilmente in una sola udienza, e il principio di *immediatezza*, secondo il quale il giudice che decide dovrebbe avere avuto un contatto diretto con i mezzi di prova, e in particolare con i testimoni. Questi principi si compongono in un sistema, ossia in un modello abbastanza coerente di processo semplice, rapido e orientato a decisioni fondate su una corretta valutazione delle prove.

Quanto all'eccezione, egli ne distingue tre diverse nozioni: in senso generalissimo, eccezione è qualunque difesa del convenuto in giudizio che si concretizzi nella negazione della fondatezza della domanda dell'attore; in senso più stretto, la c.d. eccezione "in senso sostanziale" è "*ogni difesa di merito che non consista nella semplice negazione del fatto affermato dall'attore, ma nella contrapposizione di un fatto impeditivo o estintivo che esclude i suoi effetti giuridici e, quindi, l'azione*"⁵²; in senso ancora più stringente, eccezione è l'allegazione di fatti che di per sé non escluderebbero l'azione, ma che

⁵⁰ ID., *L'azione, cit.*, 23.

⁵¹ ID., *Sulla eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, 1930, Roma, vol. I, 4, 149 e ss.

⁵² G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile – Le azioni, Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist.), 264 e ss.; ID., *Sulla eccezione, cit.*, in *Saggi*, I, 149 e ss.; V. COLASANTI, *L'eccezione (dir. proc. civ.)*, Voce, in *Enc. dir.*, XIV, 1965.

danno al convenuto il potere di annullarla. In questa tripartizione, Chiovenda pone su un piano parallelo azione ed eccezione. Questa, infatti, è un contro-diritto potestativo diretto all'annullamento dell'azione⁵³.

L'eccezione, dunque, è il diritto d'impugnare l'azione e non tende mai a far valere un diritto del convenuto, ma sempre e solo ad ottenere il rigetto della domanda, quand'anche abbia radice in un diritto dello stesso. Nel momento in cui l'eccezione "*trascenda la sfera dell'azione*", secondo Chiovenda essa cessa di essere eccezione e diviene azione riconvenzionale⁵⁴.

Si può notare, da questa prima e sintetica analisi della dogmatica chiovendiana, che inizia a delinearsi il concetto di eccezione come fatto estintivo, impeditivo o modificativo. La parte che propone l'eccezione, dunque, non contesta l'esistenza del fatto costitutivo del diritto, ma dichiara giudizialmente (allega) un fatto ulteriore che è idoneo a neutralizzare gli effetti dell'azione. Il fatto costitutivo affermato dall'attore esiste o esisteva, ma si è verificato un altro fatto che modifica, estingue o impedisce l'efficacia dell'azione.

Le eccezioni in senso sostanziale, secondo Chiovenda, sono rilevabili solo dalla parte e devono essere provate. Diversamente il giudice non può tenerne conto e porle a fondamento della decisione.

Egli, partendo dalla considerazione per cui l'essenza dell'eccezione è un fatto, una circostanza, distingue tra eccezioni rilevabili d'ufficio ed eccezioni che solo le parti possono sollevare. Vi sono circostanze che, di per sé, escludono l'azione e che, quindi, possono essere rilevate dal giudice anche d'ufficio. L'effetto escludente, per così dire, è automatico. Al contrario, vi sono fatti la cui rilevazione in sede processuale richiede un atto di volontà del convenuto, benché il giudice ne sia a conoscenza.

⁵³ ID., *op. loc. ult. cit.*, *ibidem*, in cui l'A. definisce l'eccezione come "*un controdiritto tendente ad impugnare e annullare il diritto d'azione*"; F. Russo, *op. cit.*, 60 e ss.; F. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale. Studi di diritto processuale civile*, Milano, 1927; E. T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 452; S. COSTA, *Eccezione (diritto vigente)*, in *Novss. dig. it.*, XVI, Torino, 1938, 261.

⁵⁴ ID., *op. loc. ult. cit.*, 152.

Il fatto oggetto delle allegazioni dell'attore e del convenuto è soggetto ad un regime diverso in forza del principio per cui "*quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*".

La scienza giuridica italiana ritorna a più riprese sull'impostazione chiovendiana, cercando però di elaborare un criterio più pragmatico di classificazione delle eccezioni fondato sul regime processuale delle stesse. L'attenzione della più autorevole dottrina⁵⁵ si focalizza sul problema della individuazione del criterio in base al quale distinguere le eccezioni rilevabili anche d'ufficio dal giudice e quelle rilevabili solo dalla parte.

Lo stesso Chiovenda scrive che vi sono circostanze favorevoli al convenuto che, talvolta, emergono evidenti sia dagli atti di causa sia dalla stessa prospettazione dell'attore. Ed allora si rende necessario distinguere tra "*circostanze che escludono l'azione e quelle che attribuiscono al convenuto il diritto d'impugnarla: le prime saranno rilevate d'ufficio dal giudice, anche se il convenuto è assente o tace; le seconde non potranno rilevarsi dal giudice, per quanto da lui conosciute, se non quando un atto di volontà del convenuto lo ecciti a farlo*"⁵⁶.

La concezione chiovendiana dell'eccezione viene aspramente criticata da Francesco Carnelutti, il quale elabora la propria costruzione dogmatica del processo sul concetto di *lite*. La funzione del processo è quella di incanalare la lite su binari precostituiti in modo da risolverla conservando inalterata la pace sociale e la civile convivenza tra i consociati. L'eccezione, secondo quanto scrive Carnelutti, non può essere il contro-diritto potestativo ad impugnare l'azione, bensì è una "*ragione di contestazione*" sollevata dal convenuto⁵⁷.

L'eccezione è concepita come una "affermazione di libertà", nel senso che non è volta ad affermare un diritto proprio che deve prevalere su quello altrui, ma ad escludere il diritto soggettivo vantato dall'attore.⁵⁸

⁵⁵ F. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., Milano, 1927, 3 e 37 e ss.

⁵⁶ G. CHIOVENDA, *Prefazione* a F. ESCOBEDO, *op. cit.*, VI.

⁵⁷ F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 177 e ss.; ID., *Eccezione e analisi dell'esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 646 e ss.; ID., *Un lapsus evidente ?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 29 e ss.

⁵⁸ ID., *Diritto e processo cit.*, 178.

Si nega la natura anche sostanziale dell'eccezione, per affermarne la sola natura processuale. L'eccezione è l'azione del convenuto. Essa sta al convenuto, come l'azione sta all'attore.

Tant'è che Carnelutti si concentra maggiormente sull'individuazione del criterio con cui distinguere tra eccezioni rilevabili solo su istanza di parte ed eccezioni rilevabili anche d'ufficio. L'Autore rinviene tale criterio nel c.d. interesse della parte.

C'è un onere di eccezione, e quindi è precluso il rilievo d'ufficio del giudice, tutte le volte in cui il fatto oggetto di eccezione “*apparisca così nettamente legato all'interesse della parte da far ritenere che, se questa dell'eccezione non si vale, o il fatto, che dà luogo all'eccezione non sussista, o la eventuale ingiustizia della sentenza sia facilmente tollerabile*”⁵⁹.

La sistematica chiovendiana, inoltre, viene ad essere oggetto di critiche anche alla luce della teoria dell'azione quale diritto autonomo e astratto rispetto alla situazione giuridica soggettiva posta a fondamento della domanda. L'azione inizia ad essere intesa, da certa parte della dottrina, come diritto ad ottenere una sentenza di merito da parte del giudice, a prescindere dal suo contenuto favorevole o sfavorevole. Se l'azione è diritto autonomo e astratto, l'eccezione non è più il diritto potestativo *ad impugnandum actionem*, ma il diritto *ad impugnandum jus*, ossia a contestare la pretesa sostanziale sottesa all'azione, la quale esiste a prescindere dall'esistenza o meno di questa⁶⁰.

Tuttavia, la dottrina più recente ha evidenziato come l'accoglimento della teoria astratta dell'azione non esclude che vi possano essere eccezioni che incidono sull'azione e non sul diritto sostanziale. Al contrario, invece, la teoria c.d. concreta dell'azione escluderebbe l'ipotizzabilità di eccezioni che non agiscono sull'azione⁶¹.

⁵⁹ ID., *Un lapsus evidente ?*, cit., 449 e ss.; V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XV, 1965, 172 e ss.

⁶⁰ R. BOLAFFI, *L'eccezione nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, 103 e ss.; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 217 e ss.; R. ORIANI, *L'eccezione*, cit., 262 e ss.; A. MOTTO, *Poteri giurisdizionali e tutela sostanziale*, Torino, 2012, 203 e ss.

⁶¹ F. RUSSO, *op. cit.*, 98.

Quanto finora detto evidenzia lo strettissimo legame tra azione ed eccezione. Giova, dunque, rammentare che la nozione di eccezione si presenta, per sua natura, come intimamente legata e parallela a quella di azione⁶².

6. L'eccezione alla luce della codificazione degli anni '40-'42.

Nel 1940-42 entrano in vigore i codici di diritto sostanziale e processuale. Questi segnano un importante tappa nell'evoluzione scientifica della teoria delle eccezioni, inserendosi nella cornice storica e giuridica delineata nel paragrafo precedente.

Il sottofondo è quello del *fascismo*, quale innegabile fatto storico. Tuttavia ancora oggi le opinioni sul più o meno stretto legame tra la disciplina contenuta nei codici del 40-42 e l'ideologia fascista sono discordanti⁶³.

Dal punto di vista del processo non si può affermare che quello delineato dal nuovo codice di rito fosse un processo "fascista". La concezione autoritaria c'è ma fino ad un certo punto. Il processo civile italiano, a differenza di quanto si possa pensare, non assorbe i modelli stranieri che sarebbero stati più vicini all'ideologia fascista. Il riferimento è al processo austriaco di Klein, di cui Chiovenda è profondo conoscitore, che è ispirato alla forte e penetrante direzione del processo da parte del giudice, con l'accentuazione dell'oralità e dei poteri inquisitori del giudice in tutte le fasi della procedura⁶⁴. Allo stesso tempo, però, non si può affermare che la procedura non sia stata quantomeno influenzata dal contesto storico-politico del tempo e ritenere che si tratta di codici d'ispirazione *liberale*.

⁶² V. COLESANTI, *cit.*, 185.

⁶³ M. D'AMELIO, *La codificazione italiana e la sua evoluzione storica*, 1942, in *Circolo giuridico di Milano, Linee fondamentali della nuova legislazione civile italiana sulla famiglia, la proprietà privata, il lavoro e l'impresa*, Milano, 1943, 3 e ss., in cui la forte preoccupazione per l'eccessiva spinta autoritaria e di pubblicizzazione del processo emerge dalle parole dell'Autore, secondo cui: "la maggiore deduzione che si può trarre dalla disposizione di questo codice è il pericolo di morte che sovrasta al diritto privato (omissis). E' uno Stato autoritario che si afferma sempre di più e fissa la disciplina degli istituti. Oggi ci è quasi una esitazione a nominare il diritto privato".

⁶⁴ G. TARELLO, *Dottrine del processo civile*, Bologna, 1989; F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2009;

Al di là del *background* politico in cui vengono alla luce i Codici del periodo '40-'42, il codice di procedura civile, con specifico riguardo al tema dell'azione e dell'eccezione, riflette l'elaborazione giuridica tradizionale, enunciando il principio della domanda, di necessaria corrispondenza tra il chiesto e pronunciato e quello di disponibilità delle prove. Il codice civile, parimenti, all'art. 2697 c.c. cristallizza la regola dell'onere della prova, che vale sia per l'attore, in relazione alla domanda, sia per il convenuto, in relazione alle eccezioni proposte⁶⁵.

D'altronde, nella stessa Relazione al Re dell'allora Ministro di Grazia e Giustizia Dino Grandi, si legge chiaramente che, nonostante la tendenza verso un processo autoritario, gli anzidetti principi sono ritenuti intangibili in ragione del fatto che “ *Sopprimere questi principi avrebbe voluto dire, più che riformare il processo, riformare il diritto privato: dare al giudice il potere d'iniziare d'ufficio una causa che gli interessati vorrebbero evitare, o di giudicare su fatti che le parti non hanno allegati, vorrebbe dire ritogliere in sede processuale quell'autonomia individuale che in sede sostanziale è riconosciuta dal diritto vigente*”⁶⁶.

Quanto all'eccezione, si deve notare, anzitutto, che l'art. 2697 c.c., sul riparto dell'onere della prova, menziona espressamente i concetti di azione ed eccezione.

Secondo autorevole dottrina⁶⁷, inoltre, la citata norma conterrebbe, in via indiretta, per la prima volta, una definizione di eccezione. Dall'affermazione secondo cui l'attore deve provare i fatti posti a fondamento della domanda così come il convenuto “ *che eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda*”, ne discenderebbe, in estrema sintesi, una definizione implicita di eccezione come allegazione di fatti diversi da quelli allegati dall'attore ed idonei a neutralizzare l'azione o a impedire, estinguere o modificare i fatti cui poggia la posizione vantata dall'attore.

⁶⁵ D. GRANDI, *Relazione alla maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli*, 28 ottobre 1940, in F. CIPRIANI – G. IMPAGNATIELLO, *Codice di procedura civile con la relazione al Re*, Bari, 2007, 253 e ss.

⁶⁶ ID., *op. cit.*, 270.

⁶⁷ R. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 262 e ss.; V. BATTAGLIA, *Le preclusioni nel processo ordinario di cognizione in Tribunale*, Torino, 2012, 233 e ss.

Altra parte della dottrina⁶⁸, al contrario, non ritiene convincente l'idea che il Legislatore del '42 abbia voluto dare una definizione di eccezione con l'art. 2697 c.c. e ciò in forza di un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, l'eccezione non si esaurisce in quella indicata dall'art. 2697 c.c. Essa abbraccia fattispecie giuridiche molto più ampie, che la norma citata non menziona. L'art. 2697 c.c., dunque, sarebbe una fotografia solo parziale di ciò che realmente è l'eccezione, considerando solo una delle diverse forme di estrinsecazione dell'istituto.

In secondo luogo, si obietta che la norma anzidetta, più che voler dare una definizione di eccezione, la presuppone, al solo fine di dettare un criterio di riparto dell'onere della prova.

Il codice di procedura civile del 1942 contiene numerosissime norme in cui si fa menzione del concetto di eccezione o si utilizza il verbo "eccepire".

L'art. 35 c.p.c. disciplina l'eccezione di compensazione e la modifica della competenza per ragioni di connessione; l'art. 36 c.p.c., a proposito della domanda riconvenzionale, la definisce indirettamente come quella domanda connessa con i fatti allegati dall'attore o con i fatti allegati dal convenuto come eccezioni; l'art. 38 c.p.c. delinea il regime dell'eccezione di incompetenza; infine, l'art. 167 c.p.c. in cui si prescrive che il convenuto, tra l'altro, deve sollevare le eccezioni non rilevabili d'ufficio, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta *etc.*

⁶⁸ F. RUSSO, *op. cit.*, 83.

7. L'eccezione nella legislazione processuale amministrativa.

L'istituto della eccezione, così come ricostruito nei paragrafi che precedono, va analizzato anche alla luce della legislazione processuale amministrativa succedutasi nel tempo. Questo studio, infatti, ha ad oggetto, principalmente, il circoscritto territorio del processo amministrativo.

Da un punto di vista prettamente storicistico, sembra di fondamentale importanza verificare se nelle diverse fonti normative, che nei secoli hanno contribuito a creare il processo amministrativo contemporaneo, vi sia stata una disciplina, un riferimento o quantomeno una traccia dell'istituto della "eccezione".

La legislazione processuale è sterminata, per cui si analizzeranno le principali e più rilevanti fonti normative in relazione all'oggetto della indagine.

Nel periodo preunitario, i diversi Stati in cui la penisola italiana era suddivisa (Regno delle Due Sicilie, Ducato di Parma, Stato Pontificio, Granducato di Toscana, Ducato di Modena e il Piemonte) conoscevano lo strumento dei ricorsi amministrativi ed erano dotati dei cc.d.d. tribunali del contenzioso amministrativo. Il sistema era stato introdotto in Italia dalla legislazione napoleonica sul modello francese.⁶⁹

Poco dopo l'unificazione del Regno d'Italia, precisamente nel 1865, si avvertì l'esigenza di avviare un processo di unificazione amministrativa. Con la legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, venne abolito il c.d. contenzioso amministrativo.

All'art. 2, si legge che *"Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa"*.

Il successivo art. 3 chiarisce, inoltre, che, in via residuale, per tutto ciò che non rientra nelle controversie di cui all'art.2, il potere decisionale è attribuito alle autorità amministrative.

⁶⁹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol.II, ed. 1989, 2, 1190, 258.

Solo nel 1889, con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, il nostro ordinamento si dota di un giudice amministrativo esterno all'amministrazione⁷⁰. L'anno seguente, nel 1890, vennero conferite funzioni giurisdizionali amministrative alle Giunte provinciali o G.P.A.

Una prima disciplina della procedura amministrativa sia ha nel 1907 con il T.U. sul Consiglio di Stato e il T.U. sulle Giunte Provinciali amministrative (rispettivamente: R.D. n. 639 del 1907 e R.D. n. 640 del 1907). I testi unici sono seguiti dal Regolamento di procedura per il Consiglio di Stato (R.D. n. 642 del 1907) e dal Regolamento di procedura per le G.P.A. (R.D. n. 643 del 1907)⁷¹.

Questi ultimi due regolamenti di procedura sono fondamentali in quanto, per la prima volta, la legislazione processuale amministrativa fa uso diretto del termine "eccezione".

Il richiamo all'istituto ricorre in alcune norme del Regolamento procedurale del Consiglio di Stato e, in modo speculare, in altre norme riguardanti la procedura dinanzi alle G.P.A.⁷²

Nel disciplinare lo svolgimento dell'udienza dinanzi al Consiglio di Stato e alla G.P.A., si prevede che "*il relatore espone i fatti che sono a fondamento del ricorso e delle conclusioni, nelle quali si riassumono gli atti, le istanze e le eccezioni prodotte dalle parti*"⁷³.

La versione originaria dell'art. 81, Reg. proc. Cons. St. del 1907, al n. 5, consente la domanda di revocazione della sentenza "*se la decisione sia contraria ad altra precedente pronunziata fra le stesse parti, sul medesimo oggetto, purché non abbia pronunciato anche sull'eccezione dedotta da quell'antecedente decisione*".

Inoltre, l'art. 22, lett. a), T.U. G.P.A., riconosce il diritto di ricorrere, avverso le decisioni delle Giunte, alle parti interessate "*di cui siano state in tutto o in parte respinte le domande o le eccezioni*".

Queste norme possono essere lette in diversi modi. Non sarebbe illogico ritenere che esse rappresentino la prova che anche il processo amministrativo, seppure con le sue peculiarità, è stato costruito, sin dalle sue origini, sulla struttura dialettica azione-eccezione. Le norme

⁷⁰ l. 31 marzo 1889, n. 5992.

⁷¹ La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 441 del 2005, ha riconosciuto a tali regolamenti il rango di fonti legislative. Cfr. M. A. SANDULLI, *Il nuovo processo amministrativo*, vol. I., Milano, 2013, 4 e ss.

⁷² M. DI RIENZO, *op. cit.*, 52.

⁷³ Art. 56, co. 3, Reg. proc. Cons. St., 1907.

indicano sia direttamente che indirettamente un contraddittorio processuale i cui due poli sono costituiti dalle domande del ricorrente e dalle eccezioni del resistente.

Ciò che, però, suscita ancora maggiore interesse è il risultato dell'analisi della legislazione processuale amministrativa successiva ai testi unici e ai regolamenti di procedura del 1907.

L'eccezione scompare completamente dal lessico del legislatore, senza essere neppure latamente menzionata nelle fonti successive al 1907.

La riforma del 1924, che portò a novellare il T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato (R.D. 26 giugno 1924, n. 1054), non contiene alcun accenno all'istituto delle eccezioni. Parimenti accade nelle fonti successive.

Nel periodo post Costituzione del 1948, la quale s'interessa con numerosissime norme della giustizia amministrativa, il processo amministrativo vive di elaborazione pretoria.

L'art. 125 Cost., che prevede l'istituzione di organi di giustizia amministrativa di primo grado, riceve attuazione solo con la legge 6 dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali.

Dopo il lungo periodo di silenzio, il legislatore torna a fare riferimento alle eccezioni, nel disciplinare il rilievo del difetto di competenza per territorio.

In particolare, l'art. 31 della suddetta legge statuisce che *“Il resistente o qualsiasi interveniente nel giudizio innanzi al tribunale amministrativo regionale possono eccepire l'incompetenza per territorio del tribunale adito indicando quello competente e chiedendo che la relativa questione sia preventivamente decisa dal Consiglio di Stato. L'incompetenza per territorio non è rilevabile d'ufficio”*.

A distanza di moltissimi anni, ritorna, nel lessico della legislazione amministrativa il termine “eccezione”.

Una tappa fondamentale, nell'evoluzione della disciplina del processo amministrativo, è infine rappresentata dal Dec. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.d. Codice del processo amministrativo). Dall'analisi del testo, si può notare che il legislatore opera molteplici riferimenti all'istituto delle eccezioni. Il Codice contiene, infatti, numerose norme in cui si richiama la dialettica domanda-eccezione.

La prima norma che viene in rilievo è certamente l'art. 15 c.p.a. che, in tema di rilievo del difetto di competenza per territorio, dispone

che *“In mancanza di domanda cautelare, il difetto di competenza può essere eccepito entro il termine previsto per la costituzione in giudizio”*.

L’art. 64 c.p.a., inserito nel Titolo III, Capo II, dedicato all’ammissione e all’assunzione dei mezzi di prova, rubricato *“Disponibilità, onere e valutazione della prova”*, conferma la vigenza, nel processo amministrativo, del c.d. principio dispositivo con metodo acquisitivo. Le parti hanno l’onere di fornire gli elementi di prova nella loro disponibilità e *“riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni”*.⁷⁴

Anche l’art. 72 c.p.a. fa uso del termine laddove fa menzione della *“rinuncia a tutti i motivi di ricorso o eccezioni”*.

Altra norma fondamentale è l’art. 101, co.2, c.p.a. che recita *“Si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell’atto di appello o, per le parti diverse dall’appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio”*.

Infine, vi è l’art. 104 c.p.a. dedicato al divieto di *“nova”* in appello. Tra le *“res novae”* vietate in appello vi sono, infatti, le nuove domande, le nuove prove e le nuove eccezioni, salvo deroghe espressamente previste dalla legge. Testualmente si afferma, al primo comma e per la parte d’interesse, che *“nel giudizio di appello non possono essere proposte nuove domande, fermo quanto previsto dall’articolo 34, comma 3, né nuove eccezioni non rilevabili d’ufficio”*.⁷⁵

⁷⁴ M. SINISI, *Istruttoria: disponibilità, onere e valutazione*, in M.A. SANDULLI, *Il nuovo processo cit.*, vol. II, 209.

⁷⁵ Merita segnalare che, in tema di criteri di redazione dei ricorsi e degli atti difensivi, il *Decreto del Presidente del Consiglio di Stato* 25 maggio 2015, recante *Disciplina della dimensione dei ricorsi e degli altri atti difensivi nel rito appalti* (in *Gazz. Uff.* 5 giugno 2015, n. 128), così dispone al comma 8: *“Con il decreto di cui al numero 11 sono autorizzati limiti dimensionali non superiori, nel massimo a 50 pagine per gli atti indicati al numero 2 ed a 15 pagine per gli atti indicati ai numeri 3, 4 e 5, qualora la controversia presenti questioni tecniche, giuridiche o di fatto particolarmente complesse ovvero attenga ad interessi sostanziali perseguiti di particolare rilievo anche economico; a tal fine vengono valutati, esemplificativamente, il valore della causa, comunque non inferiore a 50.000.000 euro, determinato secondo i criteri relativi al contributo unificato; il numero e l’ampiezza degli atti e provvedimenti effettivamente impugnati, la dimensione della sentenza impugnata, l’esigenza di riproposizione di motivi dichiarati assorbiti ovvero di domande od eccezioni non esaminate, la necessità di dedurre distintamente motivi rescindenti e motivi rescissori, l’avvenuto riconoscimento della presenza dei presupposti*

Le norme appena citate permettono di affermare che, nonostante l'eclissi verificatasi nella legislazione processuale amministrativa nel periodo 1907-1971, l'eccezione era ed è tuttora un istituto giuridico proprio anche del processo amministrativo⁷⁶. Ovviamente tale affermazione vale prettamente dal punto di vista storico-sistemico.

Le problematiche giuridiche che coinvolgono le eccezioni nel processo amministrativo saranno oggetto di analisi approfondita nei capitoli seguenti.

In questa sede, basti osservare che, tranne un periodo di assenza dell'istituto dal lessico del legislatore, le eccezioni rappresentano una di quelle categorie giuridiche che fanno parte del c.d. diritto processuale comune e, dunque, anche di quello processuale amministrativo.

di cui ai numeri 8 o 9 nel precedente grado del giudizio, la rilevanza della controversia in relazione allo stato economico dell'impresa; l'attinenza della causa a taluna delle opere di cui all'art. 125 del codice del processo amministrativo".

⁷⁶ Il riferimento all'istituto delle eccezioni è frequentissimo altresì nella Relazione finale al Codice del processo amministrativo.

Cap. II

Nozione, caratteri e tipologie di eccezioni.

Sommario: 1. Premessa. 2. Difese ed eccezioni. 2.1. La relatività del concetto di eccezione e l'interesse ad eccepire. 3. Eccezioni sostanziali e processuali. 4. Eccezioni rilevabili d'ufficio (o in senso lato) e eccezioni rilevabili solo su istanza di parte (o in senso stretto). 5. Potere di rilevazione e potere di pronuncia sulla questione sollevata d'ufficio. 6. Le c.d. eccezioni riconvenzionali. 7. Eccezioni e questioni pregiudiziali/preliminari.

1. Premessa.

Lo studio delle problematiche attinenti all'*an* e al *quomodo* delle eccezioni nel processo amministrativo esige, preliminarmente, l'approfondimento dell'istituto nella sua veste ordinaria. Per comprendere cos'è l'eccezione e come si configura nel particolare contesto della giustizia amministrativa, occorre, prima di tutto, tenere presente l'elaborazione giuridica dell'istituto nel suo *habitat* naturale. L'oggetto del presente lavoro di ricerca è, per sua natura, interdisciplinare, interessando la disciplina processualistica sia civile che amministrativa.

Un breve *focus* sul concetto di eccezione, sui suoi caratteri e sulle principali classificazioni risulta essere uno strumento imprescindibile e un passaggio fondamentale per poter poi cogliere a fondo le problematiche relative alle eccezioni nel processo amministrativo.

L'istituto in esame è, ormai da tempo, considerato come parte integrante del cosiddetto *diritto processuale comune*.⁷⁷

⁷⁷ A. M. SANDULLI, *Sulla discriminazione delle competenze tra Corte Costituzionale e Alta Corte per la Regione siciliana*, in *Foro it.*, 1956, IV, 49 e ss., nota 13; E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, 1962, 47.

Sotto un profilo pre-giuridico, il termine “eccezione” è utilizzato come corrispettivo di “regola” o “norma”. L’eccezione è il risultato di un atto di esclusione⁷⁸.

In senso giuridico, è espressione di un particolare metodo di indagine e ricerca della verità giudiziale, la quale non è il risultato della “ragione individuale”, bensì dello “sforzo combinato” delle parti.⁷⁹ In senso amplissimo, il termine “eccezione” sta ad indicare qualunque difesa del convenuto volta ad ottenere il rigetto della domanda contro di lui proposta.⁸⁰ Essa costituisce esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato, che è quello alla difesa.

2. Difese ed eccezioni.

Sia il processo civile che quello amministrativo sono informati al principio della domanda e dell’impulso di parte. Colui che agisce in giudizio esercita il c.d. diritto di azione, che è autonomo e astratto rispetto alla posizione giuridica sostanziale sottesa allo stesso. E’ un diritto che trova il proprio soggetto passivo nel giudice e non nella controparte processuale.

L’atipicità delle azioni, ormai consolidata anche nel processo amministrativo, rafforza l’idea della libera iniziativa della parte. L’ordinamento giuridico attribuisce alle parti la libertà e la responsabilità di determinare in quale modo il giudice debba provvedere sulla questione⁸¹.

Mentre l’attore è, per così dire, libero, il giudice è limitato dai fatti allegati dal medesimo. E’, dunque, colui che agisce in giudizio a determinare il c.d. *thema decidendum*.

Essendo il processo *actus trium personarum*, esso deve svolgersi nel contraddittorio; si deve porre colui contro il quale è azionata la pretesa nelle condizioni di poter svolgere le proprie difese.

⁷⁸ S. PUGLIATTI, *L’eccezione (Teoria generale*, in *Enc. dir.*, xiv, 1965, 2; F. BARTOLINI, *Eccezioni e preclusioni nel processo civile*, Milano, 2015, 19; A. Lasso, *Le eccezioni in senso sostanziale*, Napoli, 2007, 13.

⁷⁹ A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano, 1961, 146.

⁸⁰ C. PUNZI, *Il processo civile, Sistema e problematiche*, vol. I, Torino, 394.

⁸¹ E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile- Principi*, VIII ed., a cura di V. COLESANTI – E. MERLIN, 2012, 160.

Tradizionalmente, le strategie generali di cui il convenuto in giudizio può servirsi nella difesa sono varie.

La difesa del convenuto in giudizio può, anzitutto, consistere nella negazione dei fatti costitutivi affermati dall'attore. Si tratta di una difesa in senso stretto, che lascia immutato il *thema decidendum*. Al convenuto può essere sufficiente dimostrare giudizialmente l'insussistenza o l'infondatezza dei fatti costitutivi allegati dall'attore. Il contegno del convenuto non eccede la generica attività difensiva. Egli si limita a contestare il fatto costitutivo nella sua dimensione storico-materiale (non è accaduto o è accaduto con modalità differenti) o nella sua dimensione giuridica (la disposizione di legge invocata non esiste o contiene una disciplina diversa da quella indicata dall'attore). In sintesi, si può dire che colui contro il quale è proposta la domanda può difendersi in fatto o in diritto. Le c.d. mere difese non sono soggette ad un onere di allegazione o a preclusioni.

Per le mere difese in diritto vale il principio *iura novit curia*, per cui il giudice potrà sempre individuare la norma giuridica che si applica alla fattispecie⁸². L'onere di contestazione – che riveste notevole importanza alla luce del principio di non contestazione – sussiste solo per i fatti e non anche per il diritto, per le argomentazioni giuridiche.

Ma il convenuto, al fine di dimostrare l'infondatezza della domanda, può anche contrapporre, ai fatti costitutivi, dei fatti nuovi e diversi rispetto a quelli allegati dall'attore, che valgono ad impedire, modificare o estinguere la pretesa sostanziale azionata. Occorre, dunque, distinguere tra mera difesa, cioè la contestazione dei fatti costitutivi, ed eccezione.

Seguendo l'insegnamento ormai consolidato⁸³, eccepire significa allegare uno o più fatti impeditivi, modificativi o estintivi al fine di ottenere il rigetto dell'azione.

L'eccezione dilata la cognizione del giudice pur lasciando immutati i limiti della domanda. E' fondamentale chiarire che l'eccezione, sebbene introduca nel giudizio nuovi fatti prima estranei ad esso, non amplia la domanda così come originariamente formulata dall'attore⁸⁴.

⁸² F. RUSSO, *Contributo allo studio delle eccezioni nel processo civile*, 2013, Roma, 114.

⁸³ E.T. LIEBMAN, *op. cit.*, 161.

⁸⁴ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I., 2012, XXII, 149 e ss.

La distinzione in parola non è solo frutto dell'elaborazione scientifica. Essa trova un fondamento negli artt. 167, co.3, 416, co.2, c.p.c. e nell'art. 2697 c.c.⁸⁵

Le prime norme riguardano il contenuto dell'atto difensivo (comparsa, memoria) e prescrivono l'onere di proporre domande riconvenzionali ed eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, a pena di decadenza.

L'art. 2697 c.c. prevede un regime probatorio completamente diverso a seconda che si tratti di mere difese ovvero di eccezioni. L'eccepiente ha l'onere di provare i fatti posti a fondamento delle proprie eccezioni, cioè deve fornire la prova dei fatti impeditivi, modificativi, estintivi allegati⁸⁶. La regola, atteso il tenore letterale della norma, vale soltanto per le eccezioni che consistono nella deduzione di fatti. In tal caso, il giudice non può surrogarsi alle parti⁸⁷.

2.1. La relatività del concetto di eccezione e l'interesse ad eccepire.

Come già ricordato, il problema dell'eccezione è anche il problema dell'azione. Essi vanno spiegati assieme e coordinati. Secondo Autorevole dottrina "*sarebbe una nozione inesatta dell'azione quella che non sapesse spiegare, in pari tempo, l'eccezione*"⁸⁸.

Il tentativo di trovare una definizione esaustiva dell'istituto è ancora oggi incompiuto, specialmente nell'ottica della correlazione azione-eccezione. Si è visto, nella parte dedicata alla ricostruzione storica dell'istituto, come ad ogni concezione dell'azione corrisponda una diversa nozione di eccezione.

Talvolta, la dottrina si è interrogata circa la natura sostanziale o processuale dell'eccezione, ma tali riflessioni hanno sempre rivelato una certa inutilità⁸⁹. La normativa dell'eccezione non è né sostanziale

⁸⁵ R. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. civ.*, 1991, 4; C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 151; E. BETTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1935, 452 e ss.

⁸⁶ C. PUNZI, *op. cit.*, 395.

⁸⁷ F. RUSSO, *op. cit.*, 133 e ss.

⁸⁸ V. COLESANTI, *L'eccezione (Dir. proc. civ.)*, Voce, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 7.

⁸⁹ ID., *ibidem*.

né processuale. Essa è una categoria essenziale che attiene al rapporto tra diritto e processo.

Il punto di contatto tra azione ed eccezione lo si può rinvenire nella considerazione per cui il soggetto che eccepisce, proprio come colui che agisce, chiede il giudizio, cioè chiede “*l’attuazione dell’ordinamento attraverso il giudizio*”.⁹⁰ Il convenuto, come l’attore, spiega una domanda che spesso rimane inosservata: domanda il rigetto dell’azione, l’accertamento dell’infondatezza dell’azione⁹¹.

Questa visione dell’eccezione come *naturaliter* contrapposta all’azione non è, però, universalmente accettata. Secondo alcuni Autori, il correlato dell’eccezione sarebbe sempre e solo la domanda.⁹² L’eccezione avrebbe carattere processuale, sarebbe un vero e proprio atto processuale contrapposto alla domanda.

La contrapposizione tra coloro che legano l’eccezione all’azione e coloro che vedono l’istituto come il controaltare della domanda ruota intorno alla interpretazione che si fa dell’art. 100 c.p.c.

La norma riguarda il c.d. interesse ad agire e prevede che “*per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse*”. Si può facilmente notare come il legislatore abbia voluto richiedere un “interesse” non soltanto per agire in giudizio, ma anche per “contraddire alla domanda”. Oltre all’interesse ad agire, è, per ciò, possibile identificare anche un “interesse ad eccepire”, la cui mancanza determina le medesime conseguenze del difetto d’interesse ad agire.⁹³ Anche a fronte di un’eccezione, il giudice ha il dovere di verificare la sussistenza dell’interesse ad eccepire, inteso come idoneità della pronuncia a spiegare un effetto utile alla parte eccepiente.

Ciò detto, la norma è suscettibile di due diverse letture.

Si potrebbe sostenere, come fa la prevalente dottrina, che l’art. 100 c.p.c., sebbene utilizzi il termine “domanda”, si riferisca all’azione. L’interesse ad agire, infatti, costituisce una condizione dell’azione,

⁹⁰ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 157 e ss.

⁹¹ C. MANDRIOLI, *op. loc. ult. cit., ibidem*.

⁹² V. DENTI, *L’eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 32 e ss.

⁹³ F. BARTOLINI, *Eccezioni e preclusioni nel processo civile*, 2015, Milano, 86 e ss.

mentre l'interesse ad eccepire costituirebbe una condizione dell'eccezione⁹⁴.

Pertanto, vi sarebbe una conferma della tesi che vede il processo come fondato sul binomio azione-eccezione.

Volendo leggere la norma in un altro senso, si potrebbe sostenere che il legislatore abbia utilizzato il termine "domanda" appositamente, presupponendo che il naturale correlato dell'eccezione sia la domanda.

Anche in questo caso, si potrebbe obiettare che non è compito del legislatore costruire categorie dogmatiche ed elaborare concetti teorici, per cui il lemma utilizzato sarebbe un sinonimo di azione attecnicamente impiegato.

Legando l'eccezione all'azione si dovrebbe concludere per la sua relatività.

Se, infatti, si concepisce l'azione come diritto potestativo ad ottenere una sentenza favorevole, l'eccezione diviene un contro-diritto ad impugnare e porre nel nulla l'azione altrui⁹⁵. L'eccezione diventa il diritto ad ottenere una sentenza favorevole all'eccipiente.

Se, al contrario, si delinea l'azione come diritto astratto ad un provvedimento giurisdizionale (sia esso di rito o di merito, favorevole o sfavorevole), l'eccezione diviene il diritto del convenuto a che il giudice conosca e si pronunci anche sui fatti da egli allegati⁹⁶.

⁹⁴ ID., *op. loc. ult. cit., ibidem.*; E. REDENTI – M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Modena, 200, 70; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955; C. MANDRIOLI, *Uso e abuso del concetto di interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 342 e ss.; E. GRASSO, *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Jus*, 1968, 349 e ss.; L. LANFRANCHI, *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1093; A. NASI, *Interesse ad agire*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972, 28 e ss.; B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983; A. ATTARDI, *Interesse ad agire*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993, 514 e ss.; M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.-origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005.

⁹⁵ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile – Le azioni, Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist.), 264 e ss.; ID., *Sulla eccezione, cit.*, in *Saggi*, I, 149 e ss.; V. COLASANTI, *L'eccezione (dir. proc. civ.)*, cit., 8; ID., *op. loc. ult. cit., ibidem*, in cui l'A. definisce l'eccezione come "un controdiritto tendente ad impugnare e annullare il diritto d'azione"; F. RUSSO, *op. cit.*, 60 e ss.; F. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale. Studi di diritto processuale civile*, Milano, 1927; E. T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 452; S. COSTA, *Eccezione (diritto vigente)*, in *Novss. dig. it.*, XVI, Torino, 1938, 261.

⁹⁶ M. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 266 e ss.;

Altra parte della dottrina⁹⁷ costruisce l'eccezione in chiave esclusivamente sostanziale, come ragione di contestazione e potestà di allegare fatti impeditivi, modificativi estintivi dei fatti costitutivi posti a base del diritto sostanziale vantato dall'avversario.

La relatività del concetto di eccezione è messa in evidenza da quegli studiosi processualisti che hanno offerto una diversa e nuova chiave di lettura dell'intera categoria. La considerazione di partenza è quella per cui non è giuridicamente corretto porre sotto la stessa "etichetta" istituti e fenomeni giuridici tra loro eterogenei.

Definire l'eccezione come la facoltà processuale di allegare fatti impeditivi, modificativi o estintivi sarebbe corretto, ma incompleto e non esaustivo⁹⁸.

Secondo questa parte della dottrina, si dovrebbe distinguere tra eccezioni-deduzioni di un fatto nuovo ed eccezioni-impugnazioni.⁹⁹ Si riprende la concezione giustiniana di eccezione come *ius ad impugnandam actionem*. Attraverso le eccezioni-impugnazioni, il convenuto fa valere un proprio contro-diritto, che potrebbe essere fatto valere anche con un'azione autonoma¹⁰⁰.

⁹⁷ R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, 128 e ss.

⁹⁸ F. RUSSO, *op. cit.*, 128.

⁹⁹ In dottrina v. per tutti R. BOLAFFI, *L'eccezione nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, p. 103 ss; M. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, *cit.*, 266 ss; ID., *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1610 ss.; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile - Le azioni. Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist. an.), 272 ss.; ID., *Sulla eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile, I*, Bologna, 1903 (rist., Milano, 1993), 149 ss.; ID. *Prefazione* a F. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, IV.; V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol XV, 1965, 172 ss.; S. Costa, *Eccezione (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1968, 349 ss.; F. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, 3 ss; A. MOTTO, *Poteri giurisdizionali e tutela sostanziale*, Torino, 2012, 203 ss.; R. ORIANI, *Eccezione, Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 2000, 1 ss.; ID., *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civile*, vol. VII, 1991, 262 ss; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile, I Disposizioni generali*, Milano, 1966, 429 ss. (*sub art.* 115).

¹⁰⁰ F. ESCOBEDO, *L'eccezione*, *cit.*, 56 e ss.

3. Eccezioni sostanziali o di merito e eccezioni processuali o di rito.

Tradizionalmente, si suole distinguere tra eccezioni di merito ed eccezioni a carattere processuale¹⁰¹.

La dottrina definisce eccezioni in senso sostanziale quelle attraverso cui si introducono nel processo fatti estintivi, modificativi e impeditivi del diritto dedotto in giudizio.¹⁰² Si ritiene che l'eccezione di merito trovi il proprio fondamento normativo nell'art. 2697 c.c.

I fatti impeditivi o elementi impeditivi sono circostanze che ostacolano il risultato favorevole della domanda e sono idonei ad impedire il prodursi degli effetti propri del fatto costitutivo¹⁰³.

I fatti modificativi sono circostanze che, in genere, si verificano in un momento successivo al venire ad esistenza dei fatti costitutivi della domanda e ne modificano gli effetti¹⁰⁴.

I fatti estintivi, invece, sono circostanze che implicano l'esistenza del diritto azionato e la sua successiva estinzione a seguito del fatto allegato. Essi determinano la cessazione degli effetti del fatto costitutivo.¹⁰⁵

Tuttavia, la legislazione processuale utilizza il termine eccezione anche per indicare la mancanza di elementi e presupposti che consentono la definizione nel merito della controversia. Si definiscono eccezioni processuali o di rito quelle contestazioni attraverso cui si solleva una questione pregiudiziale di rito in grado di escludere, se fondata, una pronuncia di merito.¹⁰⁶

¹⁰¹ L'elaborazione della distinzione risale all'opera del Chiovenda, cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1960, Napoli, I, 306, ed è stata ripresa dalla dottrina successiva, cfr. V. COLESANTI, *Eccezione, cit.*, 179 e ss. Oggi trova riconoscimento in numerose norme processuali; M. DI RENZO, *L'eccezione nel processo amministrativo*, Napoli, 1968, 65.

¹⁰² R. ORIANI, *L'eccezione, cit.*, 33; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile: le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, vol. I, 2014, 147.

¹⁰³ M. DI RENZO, *L'eccezione, cit.* 60.

¹⁰⁴ ID., *op. cit.*, *ibidem*.

¹⁰⁵ ID., *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁶ L'art. 73 del Code de procédure civile francese le definisce come "ogni mezzo che tende sia a far dichiarare la procedura irregolare o estinta, sia a sospenderne il corso."

Le differenze che caratterizzano i due tipi di eccezioni sono molteplici.

Anzitutto, deve osservarsi che, mentre le eccezioni di merito tendono ad ottenere una pronuncia di rigetto della domanda nel merito, quelle di rito mirano ad una pronuncia che può avere contenuti assai eterogenei, con un diverso regime della sentenza¹⁰⁷.

Le eccezioni attinenti al rito, poi, riguardano lo svolgimento del processo e l'attività dei soggetti che operano nel processo, cioè le parti, il giudice e gli ausiliari. Con esse si deducono violazioni della normativa che detta le regole dell'*agere* processuale delle parti e del giudice.

Parte della dottrina ritiene che la peculiarità delle eccezioni di rito risieda nella loro non attinenza né all'azione né alla domanda, quanto piuttosto alla retta interpretazione e applicazione della legge processuale.¹⁰⁸

Al contrario, l'eccezione di merito ha in comune con l'eccezione di rito il luogo in cui può essere fatta valere, cioè il processo. Tuttavia, essa nasce nel campo del diritto sostanziale.

La differenza si nota sul piano degli effetti, laddove si consideri che l'eccezione in rito produce i suoi effetti sul piano processuale ed interessa il rapporto processuale, mentre l'eccezione di merito supera i confini del processo andando a toccare il rapporto sostanziale.¹⁰⁹

Proprio perché le eccezioni di rito sono legate al diritto processuale, che è diritto delle forme, dei modi e dei tempi delle relazioni tra le parti e il giudice, è possibile individuare e circoscrivere le più comuni di esse.

Categoria fondamentale tra le eccezioni di rito è sicuramente quella delle nullità degli atti processuali. Il codice di procedura civile contiene una serie di norme volte a regolare le nullità processuali.

La nullità dell'atto processuale non può essere dichiarata se non è espressamente prevista dalla legge. L'eccezione di nullità può essere,

¹⁰⁷ R. ORIANI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁸ S. PUGLIATTI, *Eccezione, cit.*, 12.

¹⁰⁹ F. BARTOLINI, *Eccezioni e preclusioni, cit.*, 53 e ss.

di regola, sollevata dalla parte che non vi abbia dato causa, mentre, in taluni casi, è rilevabile d'ufficio.¹¹⁰

Altre eccezioni di rito di grande rilievo sono: le eccezioni di difetto di giurisdizione e di competenza, di continenza, di litispendenza, di compromesso arbitrale, il difetto di integrità del contraddittorio, il difetto di rappresentanza, di assistenza e di autorizzazione, nonché il difetto di legittimazione ad agire.

4. Eccezioni rilevabili d'ufficio (o in senso lato) e eccezioni rilevabili solo su istanza di parte (o in senso stretto).

Sul piano pratico, la distinzione più importante è quella tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto.¹¹¹

Norma fondamentale, in materia, risulta essere l'art. 112 c.p.c., il quale, nella seconda parte del primo comma, statuisce che il giudice *“non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti”*.

La disposizione sottende, implicitamente, la distinzione tra eccezioni rilevabili d'ufficio (o in senso lato) ed eccezioni rilevabili solo su istanza di parte (o in senso stretto). La rilevanza della distinzione si coglie guardando alle preclusioni e alle decadenze che caratterizzano la dinamica processuale.

Astrattamente, il legislatore avrebbe potuto prevedere che tutte le eccezioni fossero rilevabili anche d'ufficio ovvero che tutte fossero rilevabili solo su iniziativa di parte, per evitare che il giudice supplisca alle carenze di difesa della parte contro cui è proposta la domanda. I due modelli esprimono una diversa concezione del processo. Nel primo caso, il processo come *“cosa pubblica”* per eccellenza, di cui il giudice è signore. Nel secondo, il processo come *“cosa delle parti”*.¹¹²

La realtà è però più complessa rispetto alle visioni semplicistiche sopra accennate.

¹¹⁰ Il Codice di procedura civile contempla diverse norme in tema di nullità in generale, cfr. artt. 156 – 162, e di nullità dei singoli atti del processo, cfr. artt. 163-164 in tema di nullità dell'atto di citazione.

¹¹¹ R. ORIANI, *Eccezione, cit.*, 5.

¹¹² R. ORIANI, *op. loc. ult. cit.*, 6.

Il problema che ormai da secoli vede impegnati i più autorevoli processualisti italiani e la giurisprudenza concerne l'individuazione del o dei criteri con cui determinare quando un'eccezione è subordinata all'iniziativa della parte e quando, invece, il rilievo può avvenire d'ufficio.

Secondo l'elaborazione dottrinale di Carnelutti, si ha un'eccezione in senso stretto quando *“il tema dell'eccezione apparisca così nettamente legato all'interesse della parte da far ritenere che, se questa della eccezione non si vale, o il fatto che dà luogo all'eccezione non sussista, o la eventuale ingiustizia della sentenza sia facilmente tollerabile”*¹¹³.

Ne deriva che la regola sarebbe l'iniziativa di parte, mentre il rilievo officioso sarebbe consentito nei soli casi previsti espressamente dalla legge.

La tesi di Carnelutti riduce in modo notevole l'ambito delle eccezioni in senso lato, quasi azzerandolo, e per ciò viene ritenuta troppo rigorosa.

La dottrina prevalente¹¹⁴ critica la sopra esposta tesi, osservando che il gran numero di disposizioni in cui il legislatore precisa la eccepibilità solo su istanza di parte sembra denotare la volontà di limitare dei poteri altrimenti esercitabili d'ufficio.

La regola, dunque, sarebbe la rilevabilità officiosa, mentre il temperamento sarebbe la subordinazione all'iniziativa di parte nei casi espressamente contemplati.

E' importante notare che l'espressione usata dall'art. 112 c.p.c. (*il giudice non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti*) sembra tautologica, come talvolta si è sostenuto, ma non lo è.¹¹⁵

¹¹³ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1931, 281 e ss.; ID., *Istituzioni del processo civile italiano*, vol. I, Roma, 1956, 208.

¹¹⁴ E. BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 92; M. CAPPELLETTI, *Nuovi fatti*, cit., 1611; E. T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti*, cit., 450; V. DENTI, *L'eccezione*, cit., 29; V. COLESANTI, *Eccezione*, cit., 181; M. T. ZANZUCCHI – C. VOCINO, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1955, 193; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 267 e ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1957, 55-56; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, a cura di C. PUNZI, Padova, 1987, 180; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 1989, 120.

¹¹⁵ Per l'art. 4 del progetto preliminare Solmi, «*il giudice non può pronunciare su cosa non domandata né accogliere eccezioni non proposte per le quali la legge richiede*

l'istanza di parte»; l'art. 162, ult. comma, dello stesso progetto preliminare chiariva, poi, che «*il giudice segnala alle parti le eccezioni rilevabili di ufficio delle quali ritenga necessaria la discussione*». Si stabiliva quindi, per un verso, il carattere tassativo *ex lege* delle eccezioni riservate alla parte e, per altro verso, si pretendeva il rispetto del contraddittorio sulle eccezioni rilevabili di ufficio.

I commenti all'art. 4 non furono generalmente positivi: da più parti si osservò che non aveva senso parlare di accoglimento di eccezioni non proposte, così come si pose in rilievo il carattere tautologico della disposizione, dal momento che se l'eccezione è riservata alla parte, non aggiunge nulla al concetto di eccezione il dichiarare che il giudice non può tenerne conto se non è proposta, e se ne auspicò quindi l'eliminazione; altri rilevò che la legge non suole specificare quando occorre l'istanza di parte per proporre un'eccezione, laddove vige un principio generale per cui le eccezioni di interesse privato sono opponibili solo dalla parte interessata; taluno si mostrò preoccupato che la disposizione sancisse la rilevabilità di ufficio di tutte le ragioni che si oppongono alla domanda, salvi i casi espressi di legge, posto che per accertare se sia necessaria o meno l'eccezione di parte si fa più spesso ricorso ai principi generali che alle disposizioni di legge.

A difesa del testo dell'art. 4, vi fu, però, tra l'altro, un intervento davvero pregevole ed illuminante: il potere del giudice di rilevare d'ufficio eccezioni non espressamente riservate alla parte per un verso importa «*una preziosa elasticità in un processo dotato di organiche preclusioni*» e per altro verso consente di conseguire l'attuazione della legge di fronte ad errori della parte, posto che, data la natura di mera difesa propria dell'eccezione, ci si muove comunque nei limiti segnati dalla domanda.

Nel progetto definitivo Solmi, l'art. 5 (*il giudice... non può pronunciare su questioni per le quali la legge richiede l'istanza di parte, se questa non sia stata proposta*) mantiene inalterato l'impianto dell'art. 4, migliorandone la formulazione tecnica. Nel dibattito dinanzi alla Commissione assemblee legislative vengono mossi rilievi di carattere tecnico (le questioni di cui parla l'art. 5 non sono altro che le eccezioni), ma soprattutto viene approfondito l'aspetto politico in quanto si tratta di «*sapere se si voglia o meno allargare il potere del giudice nel processo, tenendo conto dei riflessi di tale allargamento sull'area dei diritti soggettivi individuali, anche nel terreno del diritto materiale*». Accanto a chi propone una drastica limitazione del principio dispositivo, altri invece prospettano l'opportunità di distinguere tra rapporti disponibili e rapporti di ordine pubblico. Ed appunto questa ultima idea è fatta propria dalla C.A.L., che propone la seguente versione: «*(Il giudice) non può pronunciare su eccezioni non proposte. Egli deve, tuttavia, sollevare d'ufficio e decidere questioni che sono di ordine pubblico*».

La C.A.L., in altri termini, suggerisce di enunciare la regola generale per cui i fatti est., mod., imp., non sono rilevabili di ufficio: il limite al principio è costituito dall'essere le eccezioni di ordine pubblico e cioè, riecheggiando la formula di cui agli artt. 2968 e 2969 c.c., dal concernere materia sottratta alla disponibilità delle parti.

È questa una fase ed un passaggio delicato nell'iter di formazione del codice. Si apriva al legislatore un'ulteriore, interessante prospettiva in tema di determinazione dei poteri del giudice: distinguere tra processi relativi a diritti disponibili e processi relativi a diritti indisponibili. Come è noto, non è stata accolta la proposta diretta a delineare un unico tipo di processo civile inquisitorio, relativo a diritti indisponibili; e però non poche disposizioni (ad esempio, artt. 114 c.p.c., 806 c.p.c., 2698 c.c., 2733 e 2739 c.c.) si preoccupano di dettare discipline diverse secondo che il processo riguardi o meno i diritti disponibili. Si sarebbe potuto, nell'accogliere appunto il suggerimento della C.A.L.,

La norma non esprime un concetto lapalissiano – perché *prima facie* sembrerebbe giustamente tale – ma stabilisce un principio generale ed una deroga¹¹⁶.

L' "eccezionalità" dell'eccezione in senso stretto trova ulteriore conferma nel principio generale che il processo serve alla tutela dei diritti, non a crearne di nuovi, come accadrebbe se il giudice dovesse accogliere la domanda pur risultando che il diritto vantato non esiste più.

Le considerazioni appena svolte lasciano impregiudicata la questione relativa ai criteri per distinguere tra eccezioni in senso lato e in senso stretto. L'art. 112 c.p.c. non specifica i criteri discretivi dei due tipi di eccezioni e, per questo, è stato definito da più parti come una vera e propria norma in bianco¹¹⁷.

Una parte autorevole della dottrina ha tentato di risolvere la problematica anzidetta facendo riferimento al concetto di c.d. ordine pubblico. Dovrebbero ritenersi rilevabili d'ufficio tutti quei fatti impeditivi, modificativi o estintivi contemplati da norme di ordine

riservare, nei giudizi concernenti diritti disponibili, un ruolo decisivo ed esclusivo all'iniziativa di parte, ed esaltare, invece, in quelli relativi a diritti indisponibili, il rilievo di ufficio del giudice, sancendo su un piano generale la disciplina dettata in tema di decadenza dall'art. 2969 c.c. Si sarebbe così evitato quel senso di inquietudine che si prova ad ammettere che il giudice possa rigettare la domanda per avvenuto pagamento risultante dagli atti, anche se il convenuto, che pure sa del reale svolgimento del rapporto, nulla ha dedotto al riguardo.

Il legislatore, invece, non segue affatto il suggerimento della C.A.L., non enuncia alcuna contrapposizione tra rapporti disponibili e rapporti indisponibili. L'art. 112 accoglie sostanzialmente l'impostazione del progetto preliminare con due modifiche: la prima formale, depurandosi il testo di improprietà terminologiche, e l'altra sostanziale, in quanto scompare il riferimento alla legge come l'unico dato su cui fare affidamento per stabilire la natura riservata dell'eccezione: scelta quest'ultima senz'altro apprezzabile, come si avrà occasione di constatare. Rimane però confermato ed anzi viene meglio ribadito, sia pure implicitamente, che il principio generale è rappresentato dalla normale rilevabilità di ufficio delle eccezioni (*id est*, dei fatti est., mod., imp.) e che la deroga è rappresentata dai casi in cui l'eccezione può essere proposta solo dalla parte.

L'interprete dovrà accertare se vi sono ulteriori ipotesi, oltre quelle previste dalla legge, in cui l'eccezione è riservata alla parte, e, nel caso ve ne siano, indicare i criteri per individuarle; sul presupposto comunque del carattere eccezionale di una deroga al principio della normale rilevabilità di ufficio dei fatti est., mod., imp.

¹¹⁶ R. ORIANI, *Eccezione*, cit., 7; F. RUSSO, *op. cit.*, 172 e ss.

¹¹⁷ *Id. op. loc. ult. cit.*, 10.

pubblico e che, per tale ragione, sono sottratti alla libera disponibilità delle parti.¹¹⁸

Una tesi alternativa, proposta da altra parte della dottrina, è quella c.d. formalistica, secondo cui l'eccezione in senso stretto richiede sempre e solo una espressa previsione di legge. Il criterio discretivo sarebbe quello normativo-letterale.¹¹⁹ Nel silenzio della legge, vi sarebbe sempre la piena rilevabilità d'ufficio del fatto impeditivo, modificativo o estintivo.

La giurisprudenza, dal canto suo, affronta la questione da un diverso angolo visuale¹²⁰. Se è vero che ogni fatto è produttivo di determinati effetti giuridici, è vero anche che vi sono fatti che producono i loro effetti automaticamente al momento del loro verificarsi e fatti che, per divenire efficaci, hanno bisogno di un atto di volontà. In questa prospettiva, detta della c.d. disponibilità degli effetti¹²¹, si è in presenza di un'eccezione rilevabile anche d'ufficio quando essa consiste nell'allegazione di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo che produrrebbe comunque i suoi effetti *ope legis*, indipendentemente dalla volontà della parte.

L'eccezione è, invece, rilevabile solo su istanza di parte o in senso stretto allorquando abbia ad oggetto fatti impeditivi, modificativi o estintivi i cui effetti sono nella disponibilità della parte, che potrebbe

¹¹⁸ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, 247 e ss.

¹¹⁹ E. Grasso, *La pronuncia*, cit., 330-332.

¹²⁰ Secondo Cass., SS.UU., 3 febbraio 1998, n. 1099, *Foro it.*, 1998, I, 764 ss. “... difetta nel nostro ordinamento un qualsiasi criterio contenutistico che si possa identificare come comune denominatore dei vari casi in cui la legge prevede l'iniziativa della parte quale condizione indispensabile per la pronuncia: è stato, in tal senso, opportunamente rilevato che la previsione legale di riserva dell'eccezione alla disponibilità della parte ricomprende ipotesi disparate, che vanno dai meri fatti alla titolarità delle azioni costitutive, sicché non è lecito all'interprete isolare una ratio unificante, suscettibile, in quanto tale, di estensione a casi non espressamente previsti. Per uguali ragioni, non può conferirsi qualche oggettiva attendibilità a criteri improntati alla funzione economico-sociale della singola fattispecie impeditiva, estintiva o modificativa; e, in particolare al criterio dell'ordine pubblico, nel senso dell'incompatibilità di questo con la riserva anzidetta; basti invero, pensare, a tale ultimo riguardo, al caso della prescrizione, che certamente sottende esigenze di ordine pubblico –come, a tacer d'altro, è dato argomentare dagli artt. 2936 e 2937- e pure costituisce eccezione che non può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 2938)”.

¹²¹ La tesi emerge a partire da Cass., 13 aprile 1959, n. 1086, in *Giur. it.*, I, 1, 1192, ma è anche sostenuta dalla dottrina prevalente, cfr. su tutti C. MANDRIOLI, *Corso*, cit., I, 154 e ss.; E. T. LIEBMAN, *Diritto processuale*, cit., 161 e ss.

decidere anche di rinunciarvi¹²². Si tratta, cioè, di quei fatti che producono i loro effetti soltanto *ope exceptionis*.

La dimostrazione sarebbe il regime dell'eccezione di prescrizione. L'art. 2938 c.c. è chiaro nell'escludere la rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di prescrizione.

L'effetto estintivo della prescrizione è, infatti, rinunciabile ai sensi dell'art. 2937 c.c., di modo che, se essa non viene opposta dalla parte interessata, il giudice deve intenderla implicitamente rinunciata e non può dichiararla.

Diverso trattamento, invece, spetta all'eccezione di interruzione della prescrizione, la quale si ritiene essere rilevabile anche d'ufficio, atteso che l'effetto interruttivo di determinati atti o fatti discende direttamente dalla legge ed è sottratto alla libera disponibilità delle parti¹²³.

¹²² Nel codice civile sono espressamente individuate varie ipotesi di eccezioni proponibili soltanto dalla parte; in via esemplificativa: art. 1242, primo comma - eccezione di compensazione; art. 1442, quarto comma - eccezione di annullabilità del contratto, quando è prescritta l'azione; art. 1449, secondo comma - eccezione di rescindibilità del contratto, quando l'azione è prescritta; art. 1460, primo comma - eccezione di inadempimento; art. 1495, terzo comma - eccezione di garanzia, nella vendita, anche se è prescritta l'azione; art. 1667, terzo comma - eccezione di garanzia, nell'appalto - anche se è prescritta l'azione; art. 1944, secondo comma - eccezione di escussione da parte del fideiussore; art. 1947, primo comma - Beneficio della divisione nella fideiussione; art. 2938 - eccezione di prescrizione; art. 2969 cod. civ. - eccezione di decadenza, "salvo che, trattandosi di materia sottratta alla disponibilità delle parti, il giudice debba rilevare le cause d'improponibilità dell'azione".

Sono invece pacificamente rilevabili d'ufficio: il pagamento; la novazione; la rimessione; la rinuncia al diritto; la condizione; il termine; il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227, primo comma, c.c. (non così l'eccezione di aggravamento del danno per fatto colposo del creditore, ex art. 1227, secondo comma, c.c., in quanto si ritiene che il comportamento del creditore costituisca un autonomo dovere giuridico, posto a suo carico dalla legge quale espressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede: così Cass. 23.1.2006, n. 1213; Cass. 15.10.2004, n. 20324; Cass. 27.6.2007, n. 14853.

¹²³ Cfr. *ex multis* Cass. civ. Sez. I, 29 luglio 2015, n. 16046, in *Società*, 2015, 12, 1248, secondo cui: "Poiché nel nostro ordinamento le eccezioni in senso stretto, cioè quelle rilevabili soltanto su istanza di parte, si identificano o in quelle per le quali la legge espressamente riserva il potere di rilevazione alla parte o in quelle in cui il fatto integratore dell'eccezione corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo azionabile in giudizio da parte del titolare e suppone quindi la manifestazione di una volontà della parte, l'eccezione di interruzione della prescrizione fondata sull'esistenza di un fatto interruttivo non può essere considerata eccezione in senso stretto rilevabile solo ad istanza di parte e soggetta alle ordinarie preclusioni processuali, ed è pertanto rilevabile anche di ufficio dal giudice

Secondo un'altra opinione, infine, l'eccezione in senso stretto, che generalmente costituisce una deroga alla rilevabilità d'ufficio dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi, ricorrerebbe soltanto quando essa potrebbe dar luogo ad un'azione costitutiva.¹²⁴

Sotto il profilo delle conseguenze processuali, la distinzione in parola è fondamentale in quanto le eccezioni in senso stretto, proprio perché sono proponibili solo su iniziativa di parte, sono soggette a preclusioni processuali legate alle fasi di sviluppo del processo. La mancata opposizione dell'eccezione in senso stretto determina la decadenza da detta facoltà processuale. Le eccezioni rilevabili d'ufficio, invece, sfuggono alle preclusioni e possono essere rilevate in ogni stato e grado del processo con il limite, però, della formazione del giudicato implicito¹²⁵.

Un altro limite al potere del giudice è rappresentato dal divieto di decidere su questioni dirimenti rilevate d'ufficio ma non sottoposte al contraddittorio tra le parti. Si tratta di una delle implicazioni del c.d. divieto di terza via di cui all'art. 101, co.2, c.p.c.

5. Potere di rilevazione e potere di pronuncia sulla questione sollevata d'ufficio.

A fronte della distinzione sopra illustrata tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato, occorre chiedersi come è regolato il potere di rilevazione officiosa dei fatti impeditivi, estintivi o modificativi della pretesa attorea e se è possibile operare un distinguo tra potere di rilevazione e di pronuncia sulla questione sollevata d'ufficio.

Merita evidenziare come il rilievo d'ufficio di un fatto o di una questione giuridica avvantaggia sempre il convenuto e mai l'attore. Il rilievo di un'eccezione d'ufficio da parte del giudice può andare solo a favore del convenuto, perché essa avrà ad oggetto quasi sempre un fatto

in base ad elementi probatori raccolti agli atti."; Cass., SS. UU., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro it.*, 2005, I, 2659, con nota di R. ORIANI.

¹²⁴ R. ORIANI, *op. loc. ult. cit., ibidem.*

¹²⁵ F. BARTOLINI, *Eccezioni e preclusioni, cit.*, 25-26.

che contraddice le affermazioni dell'attore sul piano sostanziale o evidenzia un *error in procedendo*. Pertanto, esso va limitato affinché non siano alterati gli equilibri processuali tra le parti e il giudice non finisca per colmare le lacune difensive del convenuto.

Come già ricordato, per quanto concerne le eccezioni in senso lato, il potere del giudice di rilevarle incontra i due limiti del giudicato implicito e del divieto di pronuncia senza previa instaurazione del contraddittorio tra le parti di cui all'art. 101, co.2, c.p.c.¹²⁶

Ciò non esaurisce i vincoli posti a tale potere.

Atteso che l'eccezione di merito ha ad oggetto dei fatti, si è posto, in dottrina e in giurisprudenza, il problema del rapporto tra rilevazione d'ufficio e onere di tempestiva allegazione.

Si potrebbe sostenere, come fatto da una parte degli studiosi¹²⁷, che mentre l'allegazione attiene ai fatti, la rilevazione attiene agli effetti. Di talché, il giudice potrebbe rilevare d'ufficio gli effetti estintivi, modificativi o impeditivi solo di fatti comunque e sempre tempestivamente allegati dalle parti.

Questa tesi ha delle conseguenze importanti, perché comporterebbe l'impossibilità, per il giudice, di rilevare non soltanto i fatti non allegati *tout court* che sarebbero efficaci *ope legis*, ma anche i fatti non allegati tempestivamente dalla parte.

Il limite al potere di rilevazione officiosa del giudice sarebbe significativo, specialmente in combinato con le preclusioni processuali poste all'onere delle parti di allegare i fatti rilevanti.

Alla luce di tali criticità, si potrebbe altrettanto validamente ritenere che il potere di rilevazione officiosa non sia connesso all'onere di allegazione posto in capo alle parti. Tale onere non sussisterebbe relativamente alle eccezioni in senso lato.¹²⁸

¹²⁶ L'orientamento della Cassazione è nel senso per cui "il giudice, che ritenga di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve segnalarla alle medesime e consentire loro di eccepire e di argomentare in merito; qualora il giudice decida la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza è nulla per violazione del principio del contraddittorio". Cfr. Cass., 21 novembre 2001, n. 14637; Cass., 9 giugno 2008, n. 15194; Cass., 10 agosto 2009, n. 18191.

¹²⁷ G. FABBRINI, *Potere del giudice*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1985, 728 e ss.; G. SCARSELLI, *Note in tema di eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 829 e ss.

¹²⁸ A. PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, I, 3145, A. NERI, *Eccezioni*

Il fatto su cui si fonda l'eccezione in senso lato può essere rilevato dal giudice d'ufficio alla sola condizione che esso risulti dagli atti di causa legittimamente acquisiti (scritti difensivi, risultanze istruttorie, risposte fornite in sede di interrogatorio libero ecc.).

Pertanto, per le eccezioni in senso lato, il giudice e le parti hanno un potere parallelo di rilevazione del fatto. Questo vuol dire che non vi è un'esclusiva del convenuto sulla allegazione di fatti impeditivi, modificativi ed estintivi¹²⁹.

Altro limite al potere di rilevazione del giudice è, poi, rappresentato dal divieto di utilizzazione della scienza privata *ex art. 115 c.p.c.* Fatti salvi i casi eccezionali come il fatto notorio o la massima di esperienza, il giudice non può conoscere fatti non risultanti dagli atti di causa.

Oltre a quanto finora rappresentato e accogliendo la tesi prevalente in dottrina e giurisprudenza circa la rilevabilità officiosa di ogni fatto purché emergente *ex actis*, si pone l'ulteriore problema del distacco tra potere di rilevazione e potere di pronuncia d'ufficio.

Con le note pronunce a Sezioni Unite riguardanti il tema della rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto nelle diverse azioni di impugnazione dello stesso – che non si ritiene opportuno approfondire in questa sede – la Cassazione ha accolto la distinzione tra potere di rilievo e potere di pronuncia sulla questione rilevata d'ufficio (nel caso di specie di dichiarazione della nullità)¹³⁰.

In quella sede, la Corte di Cassazione ha chiarito che, per le eccezioni in senso lato, il giudice ha sempre il potere/dovere di rilevare/segnalare alle parti le questioni rilevabili anche d'ufficio che si fondano su fatti estintivi, modificativi o impeditivi che operano automaticamente *ope legis*. Tuttavia, il potere/dovere di rilevazione d'ufficio si esaurisce nella suddetta segnalazione seguita dalla stimolazione di un contraddittorio tra le parti mediante l'assegnazione di termini per memorie. Il potere di pronuncia (ad es. di dichiarare la nullità del contratto rilevata d'ufficio con efficacia di giudicato) è, secondo la giurisprudenza, comunque subordinato ad una

rilevabili d'ufficio e preclusioni nel processo ordinario di cognizione, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, 2008, Torino, 689 e ss.3

¹²⁹ C. MANDRIOLI, *Corso, cit.*, 154.

¹³⁰ Il riferimento è a Cass., SS. UU, 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, Pres. ROVELLI - est. G. TRAVAGLINO.

iniziativa/domanda di parte¹³¹. Secondo le SS.UU., il potere di pronunciarsi sulla questione sollevata d'ufficio richiede una presa di posizione della parte che vi ha interesse *sub specie* di domanda in sede di memorie scritte¹³². Diversamente, il giudice potrà soltanto adottare una pronuncia di rigetto della domanda principale illustrando, solo in motivazione e non in dispositivo, la questione rilevata d'ufficio¹³³.

Questo progressivo allontanamento del potere/dovere di rilevazione d'ufficio di determinati fatti estintivi, modificativi o impeditivi dal conseguente potere di pronuncia sugli stessi risulta

¹³¹ F. RUSSO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite*, nota a Cass., SS. UU., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *www.dirittocivilecontemporaneo.com*, II, I, 2015.

¹³² Oltre al problema della rilevabilità d'ufficio, si ponevano rilevanti questioni circa le conseguenze della rilevazione e della non rilevazione della nullità. Ci si chiedeva, in primo luogo, se la decisione sulla nullità rilevata d'ufficio dovesse essere coperta o no dal giudicato. Secondo Cass., SS.UU., 4 settembre 2012, n. 14828, se, a seguito della rilevazione d'ufficio, la parte convenuta domanda la declaratoria di nullità del contratto, il giudice la dichiara in dispositivo con efficacia di giudicato. Se, invece, la parte convenuta, in sede di contraddittorio provocato, non chiede l'accertamento della nullità, il giudice deve rigettare la domanda attorea ed indicare la nullità in motivazione, ma su di essa non si forma il giudicato. Questo orientamento è mutato con Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, secondo cui, se la parte convenuta spiega domanda di accertamento della nullità su provocazione del giudice, questi la dichiara in dispositivo e sulla statuizione si forma il giudicato pieno. Se la declaratoria di nullità non è oggetto di una specifica domanda, il giudice la dichiara in motivazione ma sempre con efficacia di giudicato. La Cassazione accoglie la c.d. teoria Zeuneriana in forza della quale il giudicato copre tutta la pronuncia giurisdizionale, compresa la motivazione. Il principio ispiratore è l'inscindibilità di dispositivo e motivazione. Tuttavia, in questo secondo caso, la Cassazione a Sezioni Unite precisa che si tratta di un c.d. giudicato debole, che cioè spiega i suoi effetti tipici solo *inter partes*.

L'altra questione riguardava le conseguenze in caso di mancata rilevazione della nullità. Secondo Cass., SS. UU., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in caso di omesso rilievo officioso della nullità del contratto, la decisione nel merito della domanda attorea comporta la formazione di un giudicato implicito sulla non nullità del contratto. La Cassazione, tuttavia, specifica che occorre sempre aver riguardo alla specificità del *dictum* giurisdizionale, nel senso che, ove dalla pronuncia emerga che il giudice non ha rilevato la nullità in quanto la questione non è stata del tutto considerata o ha deciso in base alla ragione più liquida, non può ritenersi formato alcun giudicato implicito.

¹³³ R. FORNASARI, *Nullità del contratto: la rinnovata centralità dell'interesse generale dell'ordinamento*, in *Danno e resp.*, 2015, 6, 592 e ss.; M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità - Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur. it.*, 2015, 6, 1386 e ss.; V. CARBONE, *"Porte aperte" delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio - del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, 1, 88 e ss.

sempre più evidente nella disciplina posta a tutela del consumatore. In tema di nullità di protezione, la sopra esposta divaricazione trova il suo esempio più rilevante. Considerando che la nullità è posta a protezione del consumatore parte contrattuale debole, è oggi pacifico il principio per cui il giudice ha il dovere di segnalare alle parti la nullità del contratto, ma potrà dichiararla soltanto se ciò vada a vantaggio del consumatore e se vi sia una apposita domanda proveniente dallo stesso¹³⁴.

6. Le c.d. eccezioni riconvenzionali.

Tra le diverse strategie difensive utilizzabili dal soggetto contro il quale è proposta la domanda vi è anche l'eccezione riconvenzionale.

La nozione di eccezione riconvenzionale fu elaborata da Lodovico Mortara agli inizi del '900, sotto la vigenza del codice di procedura civile del 1865, come *tertium genus* tra eccezione e riconvenzione.¹³⁵ L'Autore la concepisce come quel mezzo di difesa attiva con il quale s'intende, ad un tempo, paralizzare l'iniziativa dell'attore ed ottenere una pronuncia che va oltre il mero rigetto della domanda attorea. La peculiarità rispetto alle normali eccezioni risiede nel fatto che, con l'eccezione riconvenzionale, si richiede un accertamento incidentale, pur senza domanda di parte, che estende il campo dell'indagine giudiziaria¹³⁶.

Essa si differenzia dalla domanda riconvenzionale in quanto non giunge ad essere una vera e propria domanda connessa con quella principale e che avrebbe potuto essere proposta in un autonomo giudizio. L'eccezione riconvenzionale si arresta un gradino prima, perché rimane uno strumento di difesa volto principalmente a paralizzare la richiesta dell'attore.¹³⁷

¹³⁴ R. CARRANO, *Clausole vessatorie e rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 9, 727 e ss.

¹³⁵ L. MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1923, 180 e ss.

¹³⁶ F. RUSSO, *Contributo allo studio*, cit., 160 e ss.

¹³⁷ V. DENTI, *L'eccezione*, cit., 37; S. SATTA, *Commentario*, cit., 158 e ss.; V. COLESANTI, *Eccezione*, cit., 208; E. VULLO, *La domanda riconvenzionale*, Milano, 1995, 215 e ss.

In giurisprudenza, la categoria in parola trova frequente utilizzo. Deve ritenersi consolidato l'orientamento giurisprudenziale che definisce l'eccezione riconvenzionale come quello strumento difensivo composito che realizza la funzione processuale dell'eccezione, cioè paralizzare l'azione ed ottenerne il rigetto, e presenta la struttura della domanda riconvenzionale, in quanto deduce l'esistenza di un rapporto più ampio e diverso rispetto a quello invocato dall'attore e incompatibile con esso.¹³⁸

Il confine tra le due figure è certamente molto labile, tant'è che, in dottrina e in giurisprudenza, non vi è univocità di opinioni. In questa sede, pare sufficiente ricordare che una parte della dottrina e della giurisprudenza ha notevolmente ridotto l'area delle eccezioni riconvenzionali, individuando il confine tra le due figure nel fine e negli effetti della pronuncia richiesta. Se con il fatto dedotto si mira a paralizzare l'azione e ottenerne il rigetto, ricorre l'ipotesi dell'eccezione riconvenzionale. Se, invece, oltre al rigetto, si chiede la declaratoria di tutte le conseguenze giuridiche connesse all'invocato fatto, si integra una vera e propria domanda riconvenzionale.¹³⁹

¹³⁸ In tal senso, in giurisprudenza *ex multis* si vedano: Cass., sez. III, 13 giugno 2013, n. 14852, in *CED Cassazione*, 2013, secondo cui: “*Ricorre l'ipotesi della eccezione riconvenzionale (come tale ammissibile anche in appello, secondo la disciplina originaria di cui all'art. 345 cod. proc. civ.) allorché il fatto dedotto dal convenuto sia diretto provocare il mero rigetto della domanda avversaria; integra invece vera e propria domanda riconvenzionale, preclusa in sede di gravame, l'istanza con la quale venga chiesto, oltre al rigetto dell'altrui pretesa, l'ulteriore declaratoria di tutte le conseguenze giuridiche connesse all'invocato mutamento della situazione precedente (principio affermato ai sensi dell'art. 360, n. 1, cod. proc. civ.)*”; Cass., sez. III, 16 marzo 2012, n. 4233, in *Gius. civ. mass.*, 2012, 3, 351, in cui si afferma che: “*Mentre con la domanda riconvenzionale il convenuto, traendo occasione dalla domanda contro di lui proposta, oppone una controdomanda e chiede un provvedimento positivo, sfavorevole all'attore, che va oltre il mero rigetto della domanda attrice, mediante l'eccezione riconvenzionale egli, pur deducendo fatti modificativi, estintivi o impeditivi, che potrebbero costituire oggetto di un'autonoma domanda in un giudizio separato, si limita a chiedere la reiezione della pretesa avversaria, totalmente o anche solo parzialmente, al fine di beneficiare di una condanna più ridotta*.”; Cass., sez. III, 24 luglio 2007, n. 16314, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 7-8.

¹³⁹ Cass., sez. III, 13 giugno 2013, n. 14852; In dottrina, cfr. L. MONTESANO – G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2008, 321; V. DENTI, *In tema di eccezioni riconvenzionali*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, 121; F. RUSSO, *Contributo allo studio*, cit., 162-163.

L'eccezione riconvenzionale sarebbe una vera e propria eccezione che può essere proposta nei modi e nei tempi previsti per le eccezioni. E' stato sostenuto, infatti, che, almeno fino a quando l'accertamento del rapporto pregiudiziale viene chiesto al solo fine di paralizzare l'azione, si rimane nell'ambito delle eccezioni.¹⁴⁰

In senso opposto a quanto sopra enunciato, vi è chi sostiene che l'eccezione riconvenzionale travalica i limiti dell'eccezione, in quanto richiede al giudice un accertamento incidentale, e, per ciò, sarebbe una vera e propria domanda riconvenzionale.¹⁴¹

Questo comporta l'applicazione della disciplina processuale delle domande riconvenzionali con tutte le preclusioni di legge, le quali risultano, nel processo civile, molto più stringenti rispetto a quelle previste per la deduzione di eccezioni.

Altra parte della dottrina definisce le eccezioni riconvenzionali come strumenti difensivi che si fondano su un fatto che, allo stesso tempo, può essere dedotto in giudizio con un'azione o con un'eccezione e che consentono al convenuto di ottenere, in via di eccezione, un provvedimento giurisdizionale analogo a quello che si sarebbe potuto ottenere in via di azione.¹⁴²

La categoria delle eccezioni riconvenzionali nasce dall'esigenza di superare le strette preclusioni che caratterizzavano la domanda riconvenzionale. Intervenuta la decadenza dalla facoltà di spiegare domanda riconvenzionale, la parte poteva introdurre il fatto sotto le spoglie di eccezione, al solo scopo di ottenere il rigetto della pretesa attorea.

¹⁴⁰ G. CHIOVENDA, *Principi*, cit., 277; M. T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1916, 398 e ss.; A. RASELLI, *Della cosa giudicata in rapporto alle eccezioni e alle domande riconvenzionali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, 244; E. VULLO, *Riconvenzione*, Voce, in *Dig. civ.*, 1998, 6; S. SATTA, *Commentario*, cit., 158; M. DINI, *La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*, Milano, 1978, 95; ID., *Riconvenzione*, Voce, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 965 e ss.; A. CARRATTA, *Diritto e processo nelle azioni di restituzione da contratto*, in *Le azioni di restituzione da contratto*, in *Quad. riv. trim. proc. civ.*, Milano, 2012, 103 e ss.; C. MANDRIOLI, *Corso*, cit., I, 160-161.

¹⁴¹ V. COLESANTI, *Eccezione*, cit., 209 e ss.; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di C. Fumo*, Milano, 1973, 290 e ss.; E. T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, 151.

¹⁴² E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. I, *Nozioni e regole generali*, Milano, 1957, 55 e ss.

Nel sistema vigente, la distinzione sembra aver perso parte della sua utilità. Le preclusioni stringenti valgono anche per le eccezioni e vi è un divieto di nuove eccezioni in appello.

Tuttavia, il dibattito sulla figura delle eccezioni riconvenzionali è ancora apertissimo, soprattutto per l'utilizzo della predetta figura in altri contesti. Uno dei temi dei capitoli seguenti è rappresentato proprio dal ruolo dell'eccezione riconvenzionale nel processo amministrativo in rapporto allo strumento del ricorso incidentale.

7. Eccezioni e questioni pregiudiziali/preliminari.

Nei precedenti paragrafi si è visto come l'eccezione, sia di rito che di merito, finisca per ampliare la cognizione del giudice attraverso l'introduzione nel processo di fatti modificativi, estintivi o impeditivi ovvero mediante la contestazione di vizi procedurali che impediscono una pronuncia sul merito.

In altri termini, ciò significa che l'eccezione può dar luogo a questioni pregiudiziali/preliminari tra loro eterogenee. Possono sorgere, difatti, questioni pregiudiziali di rito, questioni pregiudiziali di merito e questioni preliminari di merito.¹⁴³

Questione pregiudiziale attinente al processo è precisamente una questione concernente l'esistenza di un presupposto per una decisione in merito al rapporto giuridico controverso: e quindi, ad esempio, accanto alle questioni di giurisdizione e di competenza, espressamente menzionate dal legislatore, la questione attinente alla capacità processuale delle parti ed ogni questione relativa ad un cosiddetto

¹⁴³ R. ORIANI, *Eccezione*, cit., 41; F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1910, 133; F. CARNELUTTI, *In tema di accertamento incidentale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, II, 17; S. SATTA, *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 243; E. T. MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nelle sentenze*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1983, 387; N. GIALLONGO, *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1985, 616; E. GARBAGNATI, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, XXXVIII, 1987, 69; E. T. MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1988, 299; S. MENCHINI, *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur.*, I, 1995, 1; ID., *Il giudicato civile*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, a cura di A. PROTO PISANI, II ed., Torino, 2002, 76.

presupposto processuale, la cui risoluzione possa sboccare in una dichiarazione del giudice di non poter provvedere, neppure parzialmente, in merito alle domande delle parti.¹⁴⁴ L'eccezione provoca l'insorgere di una questione pregiudiziale di rito quando ha carattere processuale.

A differenza della questione pregiudiziale attinente al processo, la questione pregiudiziale di merito, alla quale fa riferimento l'art. 34 c.p.c., non verte sull'esistenza del potere-dovere del giudice di statuire in merito alla domanda della parte, ma è una questione di merito, avente per oggetto un distinto rapporto, o situazione giuridica, che si definisce pregiudiziale, perché dalla sua esistenza dipende l'esistenza del diritto controverso. Più precisamente, il rapporto pregiudiziale, pur prospettandosi a tutti gli effetti come una situazione giuridica autonoma rispetto al rapporto dedotto in giudizio dall'attore e potendo quindi essere oggetto di un autonomo giudicato, costituisce un elemento della fattispecie costitutiva del diritto controverso, la quale si profila come una fattispecie complessa, il cui perfezionamento postula la preesistenza del rapporto pregiudiziale. Si tratta, cioè, di quelle questioni che *“pur potendo costituire oggetto autonomo di una decisione, si inseriscono, come passaggio obbligato, nell'iter logico giuridico che conduce alla decisione sulla domanda principale”*.¹⁴⁵

Si denominano questioni preliminari di merito quelle che sorgono da eccezioni di merito la cui decisione può direttamente incidere sulla dichiarazione giurisdizionale dell'esistenza od inesistenza del diritto vantato dall'attore, ponendo l'organo giurisdizionale in grado di pronunciare ugualmente una sentenza definitiva, prima che la causa sia matura per la sua decisione ai sensi dell'art. 187 comma 1. La proposizione di una eccezione di merito in senso proprio determina, cioè, il sorgere di una questione di merito, che può dar luogo all'applicazione dell'art. 187 comma 2, qualora da un lato risulti necessaria in concreto, ai fini di una pronuncia in merito alla fattispecie costitutiva del diritto controverso, la previa assunzione di un mezzo istruttorio, e dall'altro non occorra invece assumere alcuna prova del fatto, posto a fondamento dell'eccezione. Verificandosi queste circostanze, la questione di merito che sorge per effetto dell'eccezione

¹⁴⁴ E. GARBAGNATI, *Questioni pregiudiziali, cit., ibidem.*

¹⁴⁵ C. MANDRIOLI, *Corso, cit., I, 344-345.*

in senso proprio si qualifica preliminare, non perché logicamente antecedente rispetto al complesso delle questioni che formano in senso stretto il merito della causa, ma perché l'eventuale accoglimento dell'eccezione rende superfluo, quale premessa per una decisione totale della causa con sentenza definitiva, un giudizio dell'organo giurisdizionale in merito al fatto costitutivo del diritto controverso, e quindi l'assunzione di mezzi istruttori diretti ad acquisire al processo la prova di tale fatto.

In base al rapporto esistente tra questione pregiudiziale e questione principale, autorevole dottrina¹⁴⁶ ha elaborato la distinzione tra pregiudizialità in senso logico e pregiudizialità in senso tecnico¹⁴⁷.

Vi è un nesso di pregiudizialità in senso logico ogni qual volta la decisione della controversia dipende dalla soluzione di una questione pregiudiziale che ha ad oggetto l'esistenza, la validità e la natura giuridica di un rapporto che costituisce il presupposto di un altro rapporto. In altri termini, con l'espressione pregiudizialità logica si vuole intendere il nesso di dipendenza che lega diverse questioni che riguardano più effetti giuridici nascenti dal medesimo rapporto fondamentale¹⁴⁸.

Si definisce di pregiudizialità in senso tecnico, invece, l'ipotesi in cui la questione pregiudiziale ha ad oggetto un diritto che costituisce parte della fattispecie costitutiva dell'altro oggetto della controversia principale¹⁴⁹.

Il fenomeno della pregiudizialità va considerato in correlazione con il potere del giudice di accertamento incidentale. Le questioni pregiudiziali, sia di rito che di merito, possono sorgere anche da una domanda di accertamento incidentale del convenuto.

A proposito del potere di cognizione incidentale, occorre chiedersi se esso possa essere solo di accertamento ovvero se sia

¹⁴⁶ S. SATTA, *Diritto processuale*, cit., 48 e ss.

¹⁴⁷ ID., *Accertamenti incidentali, interventi e principi generali del diritto*, in *Foro it.*, 1947, I, 29 e ss.

¹⁴⁸ C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 92 e ss.; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 154; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, 173.

¹⁴⁹ ID., *op. loc. ult. cit.*, *ibidem*; G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., II, 353; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 92; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 72.

ammissibile, nel nostro ordinamento, una cognizione incidentale “costitutiva” o anche “condannatoria”.

Si è osservato, condivisibilmente, che tali tipologie di cognizione incidentale non sono ammissibili nel nostro sistema processuale. La cognizione incidentale è, infatti, possibile quando al giudice venga richiesto di conoscere incidentalmente una situazione già esistente, una situazione già operante automaticamente *ipso iure*.¹⁵⁰

Norma fondante, sul punto, è l’art. 34 c.p.c., rubricato “*accertamenti incidentali*”, alla cui stregua il giudice può decidere sulle questioni pregiudiziali con efficacia di giudicato a condizione che la questione appartenga alla sua competenza per valore e per materia e che vi sia o un’espressa previsione di legge o una domanda di parte. La norma esprime l’eccezione e, in negativo, definisce la regola: le questioni pregiudiziali sono decise dal giudice *incidenter tantum* e senza efficacia di giudicato.

L’opinione oggi prevalente ritiene che l’art. 34 c.p.c., laddove consente al giudice di decidere la questione pregiudiziale in via incidentale, si riferisca alle sole questioni pregiudiziali di merito e in senso tecnico¹⁵¹. La giurisprudenza è concorde nel sottrarre all’ambito di applicazione dell’art. 34 c.p.c. le questioni di c.d. pregiudizialità logica¹⁵², le quali sarebbero sempre decise dal giudice con efficacia di giudicato¹⁵³.

¹⁵⁰ E. GARBAGNATI, *op. cit.*, 2.

¹⁵¹ C. MANDRIOLI, *Corso, cit.*, 344-345; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile: principi generali*, vol. I, Milano, 2009, 160 e ss.

¹⁵² Cfr. Cass., sez. VI, Ord., 21 dicembre 2011, n. 27932, in cui si afferma che, in tema di sospensione necessaria del processo, gli artt. 34 e 295 c.p.c. fanno riferimento alla pregiudizialità in senso tecnico giuridico e non anche alla pregiudizialità in senso meramente logico.

¹⁵³ Cfr. Cons. St., sez. V, 17 febbraio 2016, n. 640, secondo cui: “*La sospensione del processo ai sensi dell’art. 295 c.p.c. applicabile anche al processo amministrativo per effetto del suo richiamo nell’art. 79 comma 1, c.p.a., è consentita solo per la c.d. pregiudizialità tecnica (o necessaria), la quale sussiste quando una controversia (pregiudiziale) costituisce l’indispensabile antecedente logico-giuridico dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata, in ragione del fatto che il rapporto giuridico della prima rappresenta un elemento costitutivo della situazione sostanziale dedotta nella seconda, per cui il relativo accertamento si impone nei confronti di quest’ultima con efficacia di giudicato, al fine di assicurare uniformità di decisioni; la pregiudizialità necessaria si pone quindi fra rapporti giuridici diversi, collegati in modo tale che la situazione giuridica della causa pregiudiziale si pone come elemento costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo del distinto rapporto dedotto nella causa dipendente,*

Tuttavia, in dottrina, alcuni Autori hanno criticato la posizione pocanzi delineata, ritenendo che essa sia frutto di una visione e interpretazione troppo restrittiva dell'art. 34 c.p.c., che non trova conferma nel dato positivo¹⁵⁴.

La differenza tra eccezione e accertamento incidentale, secondo una parte della dottrina, starebbe nella natura mediata o immediata dell'uno e dell'altro mezzo di difesa.

L'eccezione sarebbe un tipico mezzo di difesa immediata e diretta. La domanda di accertamento incidentale, invece, sarebbe uno strumento di difesa mediata e solo indiretta.

In genere, è l'eccezione a provocare la necessità di un accertamento incidentale sulla questione pregiudiziale. Nel caso della domanda di accertamento incidentale, il fatto impeditivo, estintivo, modificativo che era oggetto dell'eccezione diverrebbe la *causa petendi* della domanda¹⁵⁵.

la cui esistenza è dunque necessariamente presupposta dalla prima; il rapporto di pregiudizialità in senso tecnico è pertanto configurabile quando il petitum della domanda pregiudiziale costituisce al contempo la causa petendi o, per converso fatto paralizzante (impeditivo, modificativo, estintivo), della domanda dedotta nella causa dipendente medesimo titolo); in estrema sintesi, il nesso di pregiudizialità-dipendenza intercorre tra distinti rapporti giuridici quando l'esistenza di uno dipende dall'esistenza o inesistenza dell'altro ed in base a ciò il fondamentale principio di unità dell'ordinamento giuridico impone la conformità tra giudicati. Al di fuori di questa ipotesi la sospensione non è obbligatoria, perché essa determina l'arresto del processo dipendente per un tempo indeterminato così dilatando i tempi della decisione finale del giudizio e le aspettative ad una sua rapida definizione che le parti, che si oppongono alla sospensione, legittimamente possono vantare."

¹⁵⁴ C. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 93.

¹⁵⁵ DI RENZO, *L'eccezione*, cit., 74.

Cap. III

L'eccezione nel processo amministrativo impugnatorio - caducatorio.

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Il perimetro della questione circa l'ammissibilità delle eccezioni nel processo amministrativo. **3.** Ammissibilità dell'istituto delle eccezioni nel processo amministrativo impugnatorio: osservazioni preliminari. **4.** Ammissibilità delle eccezioni nel processo amministrativo: orientamenti della dottrina. **5.** Ammissibilità delle eccezioni nel processo amministrativo: la posizione di Nigro. **6.** Fatti giuridici, fatti costitutivi e fatti impeditivi-estintivi-modificativi nel processo amministrativo. **7.** Il ruolo delle eccezioni nel processo amministrativo del c.p.a. e nel rapporto tra giudice e parte resistente. **7.1.** Critiche alle posizioni dottrinali: il ruolo dell'eccezione nei rapporti giudice- parte resistente. **8.** Eccezioni di merito e in senso stretto nel processo amministrativo: il ruolo dell'eccezione nel rapporto giudice – parte resistente a seconda del tipo di fatto costitutivo affermato. **9.** Eccezioni, onere di allegazione e onere della prova. **10.** Eccezioni, verifica e consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo. **11.** Modalità di esercizio giudiziale delle eccezioni: le memorie difensive. **12.** Eccezione e ricorso incidentale alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale. **13.** Le eccezioni in appello e la posizione dell'appellato. **14.** Eccezioni e cosa giudicata. **14.1.** Giudicato ed eccezioni assorbite o non esaminate. **15.** La questione del c.d. esercizio stragiudiziale delle eccezioni.

1. Premessa.

Si è già rilevato che la scienza processuale amministrativa non ha mai esplorato adeguatamente l'istituto dell'eccezione, che pure è presente e vivo nella materia. Parimenti hanno fatto la giurisprudenza e la legislazione processuale amministrativa.

Nel capitolo dedicato alla evoluzione storico - sistematica dell'istituto, si è avuto modo di sottolineare come la normativa abbia

sempre velatamente presupposto l'istituto senza mai dedicargli una disciplina specifica.

Indagare circa il ruolo delle eccezioni nel processo amministrativo richiede, dunque, di affrontare le difficoltà poste dalla quasi totale assenza di precedenti trattazioni e dalla necessità di coordinamento con le norme che disciplinano altri tipi di processo.

Per questa ragione, principalmente, si è ritenuto opportuno fornire al lettore due importanti chiavi di lettura dell'intera indagine: la ricostruzione del profilo storico-sistematico dell'istituto e un breve *focus* sull'istituto nelle sue attuali forme.

Partendo da tali presupposti, il presente lavoro di ricerca si pone l'obiettivo di rispondere o quantomeno tentare di rispondere ad una serie di interrogativi.

Occorre chiedersi, cioè, se nel processo amministrativo possa trovare ingresso l'eccezione; se essa vi trovi ingresso nell'accezione processualcivilistica del termine ovvero assuma caratteristiche peculiari date dal mutamento del tipo di processo; se essa svolga la medesima funzione che svolge nel processo civile e come si raccorda con i principi generali e gli istituti tipici del processo amministrativo.

Al fine di comprendere meglio l'oggetto dell'indagine, si ritiene opportuno premettere qualche breve considerazione sul rapporto tra diritto processuale civile e diritto processuale amministrativo.

In passato, a fronte della netta separazione che caratterizzava il diritto processuale civile dalla c.d. procedura amministrativa, la dottrina¹⁵⁶ cercava di imprimere l'idea che tutto il diritto processuale, civile, penale e amministrativo, avesse un minimo comune denominatore. Le diverse scienze processuali erano considerate come parti di un complesso sistema di "vasi comunicanti"¹⁵⁷.

Solo il sistema di diritto processuale penale veniva considerato quasi "chiuso e completo".¹⁵⁸ Maggiori punti di contatto si rinvenivano, invece, tra processo amministrativo e processo civile.

¹⁵⁶ F. CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 3; Id., *Sulla reformatio in peius*, ivi, 1927, I, 181; A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, in *Studi di diritto commerciale*, I, Roma, 1933, 124; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1955, 85.

¹⁵⁷ M. DI RENZO, *L'eccezione nel processo amministrativo*, 1968, Napoli, 22.

¹⁵⁸ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 174.

Già la dottrina del XX sec. faceva notare che il legislatore amministrativo aveva tenuto presente il codice di procedura civile “come contenente norme processuali generali”.¹⁵⁹ Il processo civile, sia per le sue origini più remote, sia per la maggiore elaborazione che lo accompagnava, veniva considerato il diritto giudiziario comune.¹⁶⁰

La legge processuale civile, inoltre, contiene principi generali che sono applicabili non esclusivamente al processo civile. Accanto a questo nucleo di norme, vi sono poi quelle oggetto di rinvio espresso da parte della legislazione processuale amministrativa. Il Regolamento di procedura dinanzi al Consiglio di Stato del 1907 contiene una serie di norme (ad es. gli artt. 59 e 64)¹⁶¹ che fanno espressamente rinvio al codice di procedura civile del 1865.

La tecnica del rinvio recettizio è di fondamentale importanza. Grazie al rinvio, infatti, le norme richiamate divengono a tutti gli effetti norme interne amministrative. Di talché, le norme di diritto processuale comune operano nel processo amministrativo per applicazione diretta e non per applicazione analogica¹⁶².

A fronte di questo nucleo comune di principi e regole processuali, il processo amministrativo mantiene la sua autonomia e specialità, che non risiede solo nel suo oggetto, ma anche nel ruolo stesso del giudice amministrativo.

La specialità del processo amministrativo è stata una conquista della scienza giuridica italiana e prima ancora della giurisprudenza. “Il giudice speciale rafforza la specialità del diritto amministrativo”.¹⁶³

¹⁵⁹ G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, 103; A. LUGO, *I problemi del processo amministrativo visti dal giudice*, Atti del IX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, 19-22 settembre 1963, 75-95, secondo cui il c.p.c. è una legge generale sul processo.

¹⁶⁰ In tal senso: A. ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, cit., 147; V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 945, n. 293; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 462.

¹⁶¹ Art. 59. - *E' applicabile per le udienze delle sezioni giurisdizionali l'art. 355 del codice di procedura civile.* Art. 64. - *E' applicabile alle decisioni delle sezioni giurisdizionali l'art. 359 c.p.c.*

¹⁶² S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, III, Milano, 1901, 615; M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, I, 54; A. LUGO, *I problemi nel processo amministrativo*, cit., 77.

¹⁶³ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 56.

Giova evidenziare come la specialità del giudice amministrativo non sia solo dovuta alla sua funzione, ma anche alla natura del diritto amministrativo e all'irragionevolezza di un sistema che annullasse ogni elemento di differenza tra la pubblica amministrazione e gli altri soggetti dell'ordinamento¹⁶⁴.

In dottrina, si registrano anche posizioni estreme. Da un lato, vi è stato chi ha sostenuto che le norme sul processo civile sarebbero applicabili al diritto processuale amministrativo solo se espressamente richiamate dalle norme di procedura.¹⁶⁵

Questo particolare rapporto tra discipline processuali, di comunanza parziale e di autonomia reciproca, è oggi ancora più marcato. Il Codice del processo amministrativo ha segnato una vera e propria svolta epocale anche nel raccordo delle due discipline. L'art. 39 c.p.a. contiene, infatti, un rinvio esterno alle norme del codice procedura civile, le quali trovano applicazione, per quanto non disciplinato dal codice, purché siano compatibili o espressione di principi generali.¹⁶⁶

2. Il perimetro della questione circa l'ammissibilità delle eccezioni nel processo amministrativo.

E' stato ampiamente chiarito, nei capitoli precedenti, che la scienza processualistica italiana ha costruito la domanda come un sillogismo. La premessa maggiore è rappresentata da un fatto concreto – quello allegato dal colui che spiega la domanda – che rientra nella categoria dei fatti giuridici costitutivi. La premessa minore è data, invece, dai fatti allegati dal convenuto. Si è visto come uno dei possibili atteggiamenti del convenuto potrebbe essere anche l'assenza dal giudizio. Di solito, però, il convenuto partecipa e anche attivamente al

¹⁶⁴ L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 355.

¹⁶⁵ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, 299, nota 134.

¹⁶⁶ Per un esempio di norme del c.p.c. applicabili al processo amministrativo, si veda A. G. PIETROSANTI, *Le impugnazioni delle decisioni dei giudici amministrativi*, in M.A. SANDULLI, *Il nuovo processo amministrativo*, vol. II, 2013, 416.

giudizio. Chiaramente, la partecipazione del convenuto non cambia il potere del giudice di rigettare la domanda quando egli non sia convinto dall'attore della fondatezza della stessa.¹⁶⁷

La principale strategia difensiva del convenuto, tuttavia, consiste nell'opporre eccezioni. Vi sono, come illustrato nei capitoli precedenti, fatti impeditivi, modificativi o estintivi che non possono essere rilevati dal giudice e in relazione ai quali la partecipazione attiva del convenuto diventa fondamentale e necessaria.

Ciò premesso, occorre chiedersi se quanto fin qui rappresentato valga anche per il processo amministrativo caducatorio/impugnatorio. In altri termini, occorre domandarsi se, nel processo amministrativo, è ammissibile discorrere di eccezioni intese come allegazioni di fatti impeditivi, modificativi o estintivi e se vi siano eccezioni in senso stretto rilevabili solo su istanza di parte.

Tale interrogativo, che costituisce l'oggetto principale della presente indagine, può essere dipanato solo seguendo un metodo di ragionamento analitico. Esso, cioè, può essere risolto solamente se sciolto e scomposto in tanti nodi e tasselli più piccoli da porre in una logica e coerente coordinazione. Pare opportuno, pertanto, delineare il perimetro della questione.

Il punto di partenza è certamente rappresentato da quanto già visto *supra*, *sub Cap. I, par. 6*. La legislazione processuale amministrativa ha conosciuto e conosce tuttora, nel proprio linguaggio, il termine "eccezione" in tutte le sue declinazioni.

I riferimenti lessicali, tuttavia, non sono da soli sufficienti, dovendosi considerare che, sovente, il legislatore adopera termini tecnici in modo improprio.

Pertanto, il grande interrogativo circa l'ammissibilità delle eccezioni e il loro essere nel processo amministrativo va suddiviso in una serie di sotto-interrogativi.

In primo luogo, occorre chiedersi se la struttura del processo amministrativo classico – cioè quello di tipo impugnatorio -caducatorio – sia compatibile con l'affermazione di fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi. In altri termini, occorre verificare se sia

¹⁶⁷ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 1960, Napoli, I, 286; E. COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1959, 71; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale, cit.*, I, 192.

configurabile e che consistenza giuridica abbia il fatto costitutivo oggetto della domanda di annullamento del ricorrente, nonché se siano ravvisabili e che consistenza abbiano eventuali fatti impeditivi, modificativi o estintivi allegati dal resistente e dal controinteressato.

In secondo luogo, si rende necessario indagare circa l'esistenza di un qualche appiglio normativo, di un dato positivo che consenta di far individuare un c.d. diritto all'eccezione parallelo al diritto d'azione nella disciplina processuale amministrativa.

In terzo luogo, occorre interrogarsi circa la compatibilità dell'istituto dell'eccezione con il tipo di processo amministrativo delineato oggi dal Codice del processo amministrativo. Più specificamente, si deve verificare se l'eccezione, così come prevista dal c.p.c. ovvero in una diversa versione, sia compatibile con i principi generali del giusto processo amministrativo, con le norme che regolano la distribuzione dell'onere della prova, con il principio di non contestazione e con i mezzi istruttori tipici del medesimo.

In ultima analisi, a fronte delle diverse tipologie di eccezioni – per l'approfondimento delle quali si rinvia *supra Cap. II* – occorre individuare quali tipi di eccezioni sono esperibili nel processo amministrativo ed indagare circa i tempi e i modi con cui esse si propongono nello stesso.

Quanto sopra rappresentato riassume, a grandi tratti, il perimetro del presente lavoro di studio e consente di delinearne non soltanto i contenuti ma anche i confini, attesa la potenziale tensione verso l'infinito degli istituti che vengono in rilievo.

3. Ammissibilità dell'istituto delle eccezioni nel processo amministrativo impugnatorio: osservazioni preliminari.

Per quanto concerne il primo dei sopra esposti interrogativi, riguardante il rapporto tra struttura del processo amministrativo ed eccezioni, si debbono svolgere alcune osservazioni.

Il processo amministrativo si è notevolmente evoluto. E' frequente l'affermazione secondo cui il giudizio amministrativo contemporaneo si è trasformato da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto¹⁶⁸.

Si tratta di un dato di partenza che non può essere tralasciato. Come scriveva autorevole dottrina, esiste una connessione indubbia tra struttura del processo e oggetto dello stesso. L'oggetto del processo influisce sulla sua struttura.¹⁶⁹

Ruolo fondamentale in questo processo evolutivo è stato rivestito senza dubbi dalla Carta Costituzionale e dall'influenza del diritto europeo.

Nel giudizio amministrativo, si assiste allo "scontro" regolato tra un potere funzionale e una posizione sostanziale di controllo e indirizzo sul corretto esercizio di tale potere. Il ricorrente, mediante l'impugnazione del provvedimento ritenuto illegittimo, cerca di soddisfare il proprio interesse sostanziale attraverso l'annullamento dello stesso.

La struttura del giudizio amministrativo è strettamente legata anche alla struttura dell'azione amministrativa.

Il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 34, co. 2, c.p.a., non può pronunciarsi su poteri amministrativi ancora non esercitati. Questo vuol dire, tra l'altro, che il giudizio di tipo impugnatorio - caducatorio presuppone che l'amministrazione abbia già posto in essere atti o comportamenti lesivi e ritenuti illegittimi.

L'attività amministrativa si muove secondo lo schema norma – fatto - potere – provvedimento, mentre il giudizio amministrativo segue lo schema fatto – norma – giudizio di legittimità.

¹⁶⁸ M. A. SANDULLI, *Il nuovo processo*, cit., vol. I, 21 e ss.; A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F. G. COCA, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Torino, 2011, 97 e ss; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 1818 e ss.

¹⁶⁹ M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 16-17;

Da punto di vista strutturale, il processo amministrativo è un processo di diritto soggettivo, in conformità al dettato degli artt. 24 e 103 della Costituzione, in quanto tende alla tutela di posizioni giuridiche soggettive e non al mero ripristino della legalità dell'*agere* amministrativo.

Esso, inoltre, è un processo di parti fondato sul principio dispositivo e dell'impulso di parte. Le parti hanno la piena disponibilità del processo¹⁷⁰.

Allo stesso tempo, la regola di giudizio è costituita dall'onere della prova. Il giudizio segue due regole: l'istruttoria, mediante allegazione e prova dei fatti, e la decisione. Per poter formulare il suo giudizio, il giudice deve prendere in esame il materiale probatorio, valutare le questioni processuali e di merito, nonché, scrive Nigro, "*prendere in esame le eccezioni*".¹⁷¹

Il processo amministrativo "classico", di tipo impugnatorio-caducatorio, ha le seguenti caratteristiche:

- a) E' un processo costitutivo volto alla demolizione del provvedimento dal mondo giuridico e materiale. Allo stesso tempo, però, proprio in ragione dell'effetto conformativo della sentenza, non è un processo costitutivo "puro"¹⁷², perché il giudicato comporta l'obbligo, per la p.a. soccombente, di dare attuazione al *dictum* giurisdizionale senza incorrere negli stessi vizi che hanno portato all'annullamento del provvedimento.
- b) E' un processo costitutivo necessario, in quanto l'annullamento del provvedimento può avvenire solo per il tramite della sentenza costitutiva del giudice amministrativo (escludendo l'autotutela).
- c) E' un processo "da ricorso", nel senso che l'atto introduttivo del processo non è una *vocatio in jus*, ma è una *vocatio iudicis*.

Quanto all'oggetto del processo amministrativo, si registrano diverse opinioni.

¹⁷⁰ A.G. PIETROSANTI, *I principi generali del processo amministrativo*, in M. A. SANDULLI, *Il nuovo processo*, cit., 111 e ss.; F. G. COCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 153 e ss.

¹⁷¹ M. NIGRO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷² M. NIGRO, *L'appello*, cit., 25-26.

Secondo la tesi del c.d. giudizio sul potere, l'oggetto del processo sarebbe il potere amministrativo. Giudicare sulla legittimità degli atti amministrativi significa giudicare sul potere amministrativo di cui essi costituiscono esercizio, in vista della tutela dell'interesse legittimo¹⁷³.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che il potere amministrativo non possa essere l'oggetto del processo, stante la trasformazione della giurisdizione amministrativa in giurisdizione di diritto soggettivo ormai completata dal Codice del processo amministrativo. Oggetto del processo sarebbe la situazione giuridica soggettiva fatta valere, cioè l'interesse legittimo¹⁷⁴. A sostegno, si richiama l'art. 7 del Dec. lgs. n. 104 del 2010 (c.p.a.), in cui il legislatore prevede che “*sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi*”. Il riferimento al potere amministrativo sarebbe significativo in relazione alle materie di giurisdizione esclusiva.

Inoltre, questa sarebbe l'unica soluzione compatibile con la giurisdizione di diritto soggettivo.

La critica che potrebbe essere mossa alla tesi appena accennata è quella di confondere l'oggetto del processo con la *causa petendi* della domanda. L'interesse legittimo potrebbe atteggiarsi come vera e propria *causa petendi*, laddove s'intenda quest'ultima come la situazione giuridica soggettiva sostanziale posta a fondamento della domanda.

Questa relazione tra due situazioni giuridiche sostanziali – il potere amministrativo e l'interesse legittimo – forma il rapporto giuridico amministrativo.¹⁷⁵

¹⁷³ Per tutti, F.G. COCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 161: «L'oggetto del giudizio amministrativo è il potere amministrativo (inteso come situazione giuridica soggettiva), o, più esattamente, la legittimità degli atti (e dei comportamenti) che ne costituiscono esercizio, in funzione della tutela dell'interesse legittimo».

¹⁷⁴ Cfr. L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, *L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3, 617; ID., *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pub.*, 2010, 670 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962, 124 ss.; L. MAZZAROLLI, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 15.

¹⁷⁵ F. G. COCA, *op. cit.*, 161-162.

Per tale ragione, alcuni autori ritengono che l'oggetto del processo non sia né il potere amministrativo, né l'interesse legittimo, bensì il rapporto amministrativo.¹⁷⁶

L'affermazione di un processo non limitato all'atto, ma esteso all'intero rapporto è suffragata anche dal ruolo rivestito dalla sentenza del giudice amministrativo.

La sentenza amministrativa, infatti, secondo l'insegnamento della dottrina tradizionale, contiene in sé l'ordine all'amministrazione di eseguire il giudicato e di adeguare lo stato di fatto e di diritto alla situazione giuridica costituita dalla pronuncia. Essa ha quello che viene definito effetto conformativo.¹⁷⁷

4. Ammissibilità delle eccezioni nel processo amministrativo: orientamenti della dottrina.

Le osservazioni preliminari di cui al paragrafo precedente fungono da *background* all'interno del quale leggere il dibattito dottrinale sviluppatosi nella scienza giuridica di inizio XX secolo attorno al problema dell'ammissibilità delle eccezioni nel processo amministrativo.

Ricostruire tale dibattito non è opera agevole, considerato che la letteratura sul tema è assai rara, anche se non assente. La ricerca ha rivelato che la dottrina non ha mai dedicato adeguata attenzione all'argomento. Ciò nonostante, il lavoro di ricerca ha svelato che un dibattito sull'argomento c'è stato ed ha visto interessati autorevolissimi autori e studiosi del diritto amministrativo.

L'assenza o la rarità di letteratura e di trattazioni dedicate all'eccezione nella manualistica tradizionale e negli studi monografici può assumere due significati. In primo luogo, potrebbe voler dire che l'argomento è stato tralasciato, per molteplici ragioni fondate e validissime. In alternativa, tale assenza potrebbe denotare,

¹⁷⁶ Cfr. *ex multis*, A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2959 e ss.

¹⁷⁷ M. NIGRO, *L'appello, cit.*, 20.

implicitamente, un atteggiamento negativo verso l'ammissibilità dell'istituto nel processo amministrativo.

Al termine di un difficoltoso lavoro di ricerca, si può affermare con cognizione di causa che la seconda delle suddette ipotesi è in parte fondata, ma non esaustiva.

Come detto, infatti, il dibattito dottrinale sul tema si è sviluppato agli inizi del '900¹⁷⁸.

In particolare, esso s'inquadra nella cornice del processo amministrativo disciplinato dai Regolamenti di procedura davanti al Consiglio di Stato e alle Giunte provinciali amministrative¹⁷⁹.

Una delle tesi sostenute dalla dottrina è la tesi c.d. negazionista.

Secondo la tesi di questa autorevole dottrina¹⁸⁰, si dovrebbe escludere che, nel processo amministrativo, trovi spazio l'istituto dell'eccezione.

L'eccezione come l'allegazione di fatti modificativi, estintivi o impeditivi da parte del convenuto non sarebbe compatibile con il processo amministrativo.

Questa parte della dottrina ritiene che non sia possibile immaginare, nel processo amministrativo, dei fatti giuridici idonei ad impedire, nel merito, l'accoglimento della domanda e che si possano rilevare solo su istanza di parte.

La tesi negazionista è evidentemente legata alla concezione della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto oggettivo. Si presuppone che il processo amministrativo esalti il potere del giudice di dare impulso d'ufficio al processo iniziato dalle parti, di indagare *ex officio* sulla fondatezza della domanda e che le parti non abbiano la disponibilità di determinati fatti impeditivi o estintivi¹⁸¹.

¹⁷⁸ Una interessante ricostruzione del dibattito sul tema la si trova in M. NIGRO, *L'appello, cit.*, 370 e ss.

¹⁷⁹ Cfr. *supra*, Cap. I, par. 6.

¹⁸⁰ F. D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915, 212 e ss., nel Cap. IV dedicato specificamente alla "Attività delle parti nel giudizio amministrativo".

¹⁸¹ Sulla giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto obiettivo, cfr. G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, III, Firenze, 1883, 307; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 759 e 848; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile – Le azioni, Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist.), 358; V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in V. E. ORLANDO, *Trattato*, III, 129; F. D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Roma, 1915, 91; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, 1949, 385 e

L'assetto del processo di diritto oggettivo, volto all'applicazione della legge nell'interesse dello Stato (la legge è la volontà dello Stato, che quindi ha interesse a che la sua volontà sia rispettata e attuata), poggia sulla considerazione che la possibilità di annullamento del provvedimento "*pesa, fin che il giudizio non si sia chiuso, come una incresciosa minaccia perturbatrice dei rapporti amministrativi, cui il provvedimento discusso direttamente o indirettamente si riferisca*".¹⁸²

Rispetto all'individuazione della norma da applicare, inoltre, le parti si limiterebbero a semplici suggerimenti all'attività del giudice. Per il resto, anche nel processo amministrativo, secondo questa parte della dottrina, dovrebbero valere i principi *da mihi facta, dabo tibi jus e jura novit curia*.

Si riprende l'espressione usata da Laferrière secondo cui il processo amministrativo sarebbe un "*processo all'atto*".¹⁸³ L'atto sarebbe l'imputato e il processo sarebbe tipicamente inquisitorio.

Nel giudizio di annullamento, il ricorrente deve indicare i fatti giuridici costitutivi dell'invalidità del provvedimento, ponendoli come motivi di ricorso.¹⁸⁴ Il compito del giudice sarebbe verificare la fondatezza e l'esistenza di tali fatti costitutivi e, dunque, di rilevare la validità del provvedimento.

Non sarebbe possibile configurare eccezioni di parte in senso stretto, atteso che nel giudizio amministrativo si discute della obiettiva validità dell'atto amministrativo.¹⁸⁵

La conseguenza della tesi negazionista è la sottrazione della difesa dell'atto impugnato al potere dispositivo della parte resistente.¹⁸⁶

ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943, I, 68; V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 283; E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pub.*, 1937, II, 51; ID., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 70 e ss.

¹⁸² D'ALESSIO, *op. cit.*, 221-222.

¹⁸³ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction administrative*, vol. II, Paris – Nancy, 1896, 565.

¹⁸⁴ F. D'ALESSIO, *op. cit.*, 247.

¹⁸⁵ ID., *op. cit.*, 252.

¹⁸⁶ ID., *op. cit.*, 253; G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, 268-269.

Nella prospettiva dottrinale in parola, si arriva a definire l'attività difensiva del resistente una “*attività processuale come cooperazione [omissis] di quella veramente decisiva del giudice*”.

L'affermazione, agli occhi del giurista contemporaneo, appare silenziosamente assordante.

Si afferma, anche in modo abbastanza netto, che, nel processo amministrativo, l'attività processuale difensiva sarebbe, in fin dei conti, ancillare e “*di cooperazione*”. L'attività del giudice, invece, sarebbe quella veramente decisiva per la soluzione della controversia in un senso o in un altro, essendo il giudice dotato del potere di rilevare la validità del provvedimento impugnato. Rilevare la validità del provvedimento equivale a dire che il giudice può opporre ai fatti costitutivi dell'invalidità del provvedimento affermati dal ricorrente i fatti estintivi, modificativi o impeditivi dell'invalidità, cioè le eccezioni.

Alla luce della tesi dottrinale sopra riportata e al di là delle considerazioni e osservazioni sul merito, si deve osservare che non si tratta, in concreto, di una tesi negazionista pura.

A ben vedere, il risultato non è l'estromissione dell'eccezione *tout court* dal processo amministrativo, ma più correttamente l'esclusione delle sole eccezioni rilevabili esclusivamente su istanza di parte o eccezioni in senso stretto.

In altri termini, la tesi del D'Alessio finisce non tanto per espungere l'eccezione dal processo amministrativo, quanto piuttosto per sradicare l'eccezione dal terreno suo proprio – cioè quello della parte resistente – per ripiantarla nel terreno del giudice. Si distrugge il c.d. monopolio della parte resistente sui fatti estintivi, modificativi o impeditivi del fatto costitutivo affermato dal ricorrente.

Sempre nella cornice del processo disciplinato dai Regolamenti di procedura del Consiglio di Stato e delle Giunte provinciali amministrative del 1907 e del T.U. del 1924, altra parte della dottrina elabora una posizione differente, che riconosce la piena compatibilità dell'eccezione con il processo amministrativo, comprese le c.d. eccezioni in senso stretto¹⁸⁷.

¹⁸⁷ A. DE VALLES, *Il contraddittorio nel giudizio amministrativo*, in AA. VV., *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, vol. LVIII, Milano, 1938, 226 e ss.; G. TROPEA, *Il ricorso incidentale*, cit., 270.

Analizzando i diritti riconosciuti al resistente, si afferma che egli ha quattro facoltà:

- (i) difendersi invocando norme di legge e fatti per cui la domanda non avrebbe fondamento;
- (ii) chiedere una “*estensione della controversia mediante ricorso incidentale*”;
- (iii) contestare il difetto delle condizioni dell’azione o dei presupposti processuali (eccezioni processuali);
- (iv) “*invocare fatti diretti a distruggere il fondamento della domanda (eccezioni sostanziali)*”;¹⁸⁸

La prima strategia difensiva del resistente sarebbe la mera difesa, cioè la deduzione di argomenti tesi a dimostrare l’infondatezza in diritto della domanda. In questo caso, varrebbe il principio *juria novit curia*.¹⁸⁹

Con il ricorso incidentale, invece, si chiede, secondo la normativa del tempo, l’annullamento del provvedimento impugnato o per gli stessi motivi invocati dal ricorrente o per motivi differenti¹⁹⁰.

Infine, la parte potrebbe servirsi di eccezioni sia processuali che sostanziali.¹⁹¹ Le eccezioni, a differenza di quanto sostenuto dall’opposto orientamento dottrinale, non sarebbero solo quelle rilevabili dal giudice *ex officio*. Anzi, secondo questa parte della dottrina, la regola generale sarebbe quella dell’iniziativa di parte e l’eccezione il rilievo officioso.

Eccezioni processuali sarebbero tutte quelle relative alla mancanza di competenza del Giudice, alla legittimazione della parte attrice, alla procedibilità dell’azione e ad ogni altra questione pregiudiziale.

Le eccezioni sostanziali, invece, sarebbero i c.d. fatti estintivi, modificativi o impeditivi che il resistente ha la facoltà di allegare. Sollevare un’eccezione, secondo questa parte della dottrina, vuol dire introdurre un fatto nel processo.

¹⁸⁸ ID., *op. cit.*, 227.

¹⁸⁹ Cfr. punto (i).

¹⁹⁰ Cfr. punto (ii).

¹⁹¹ Cfr. punti (iii) e (iv).

Chiarito che nel processo amministrativo si può parlare di eccezioni allo stesso modo in cui se ne parla nel processo civile, il problema si sposta sul versante del regime giuridico delle stesse.

Sul punto, l'orientamento dottrinale in parola enuncia due criteri fondamentali per distinguere le eccezioni rilevabili anche d'ufficio da quelle opponibili esclusivamente dal resistente.

Anzitutto, si dovrebbe utilizzare il criterio del soggetto il cui interesse sarebbe soddisfatto dall'accoglimento dell'eccezione¹⁹².

Se il fatto dedotto in eccezione è posto nell'interesse esclusivo dell'amministrazione, l'eccezione sarebbe esaminabile solo se sollevata dalla parte.

In questo caso, l'onere di eccepire il fatto graverebbe esclusivamente sull'amministrazione, non potendo il giudice sostituirsi al potere dispositivo delle parti.

Quando, invece, l'eccezione è rivolta a soddisfare l'interesse della funzione giurisdizionale, l'interesse della giustizia, questa sarebbe rilevabile anche d'ufficio¹⁹³.

L'esempio che viene portato dalla dottrina è quello della eccezione di decadenza per inutile decorso del termine per proporre il ricorso e di inoppugnabilità del provvedimento impugnato. In questi casi, sarebbe interesse dell'amministrazione sollevare la relativa eccezione perché lo scopo del termine è quello di assicurare stabilità e certezza agli atti amministrativi. Dunque, il fatto deducibile in eccezione sarebbe volto a tutelare un interesse dell'amministrazione, non della giustizia. In nessun caso, il giudice potrebbe d'ufficio rilevare la decadenza dal potere di impugnare per mancata notifica del ricorso nel termine¹⁹⁴.

In secondo luogo, occorrerebbe distinguere tra potere inquisitorio del giudice ed esercizio di una competenza dell'amministrazione¹⁹⁵.

¹⁹² A. DE VALLES, *op. cit.*, 233.

¹⁹³ ID., *op. loc. ult. cit.*

¹⁹⁴ Oggi, il Codice del processo amministrativo prevede l'esatto contrario. Cfr. *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2974, secondo cui: “*Nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 35 c.p.a., la tardività della notifica e del deposito del ricorso è questione rilevabile d'ufficio; la tardività del ricorso di primo grado è rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di appello, atteso che il cit. art. 35 non pone limitazioni al rilievo d'ufficio in grado di appello, a differenza di quanto dispongono gli artt. 9 e 15, rispettivamente per la questione di giurisdizione e per la questione di competenza.*”.

¹⁹⁵ Cfr. G. TROPEA, *Il ricorso incidentale, cit.*, 268-269.

Si afferma che in capo all'amministrazione graverebbe un vero e proprio onere di eccezione. Mentre per il privato l'eccezione configura un diritto, una facoltà, l'amministrazione non ha un diritto di cui può disporre, ma *“una competenza che costituisce al tempo stesso un potere e un dovere”*. Pertanto, la regola generale è che il fatto impeditivo, modificativo o estintivo del fatto costitutivo della domanda del ricorrente, *id est* l'eccezione, dovrebbe essere introdotto con istanza di parte.

Per le eccezioni in senso stretto varrebbe il termine di decadenza di cui all'art. 37, T.U. leggi sul Consiglio di Stato del 1924, ossia i trenta giorni successivi alla scadenza del termine assegnato per il deposito del ricorso¹⁹⁶. Si tratta del termine previsto per la presentazione di memorie, documenti e ricorso incidentale a pena di decadenza. Nello stesso termine si dovrebbero proporre anche le eccezioni rilevabili solo su istanza di parte¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Art. 37, T.U. Consiglio di Stato del 1924 (Art. 29 del testo unico 17 agosto 1907, n. 638.): *“Nel termine di 30 giorni successivi a quello assegnato per il deposito del ricorso, l'autorità e le parti, alle quali il ricorso fosse stato notificato, possono presentare memorie, fare istanze, produrre documenti, e anche un ricorso incidentale, con le stesse forme prescritte per il ricorso 42.*

La notificazione del ricorso incidentale sarà fatta nei modi prescritti per il ricorso principale, presso il domicilio eletto, all'avvocato che ha firmato il ricorso stesso.

L'originale del ricorso incidentale, con la prova delle eseguite notificazioni e coi documenti, deve essere depositato in segreteria nel termine di giorni 10.

Se colui che vuole produrre il ricorso incidentale risiede all'estero, il termine per la notificazione è aumentato nella misura indicata al capoverso secondo dell'art. 36.

I termini e i modi prescritti nel presente articolo per la notificazione e il deposito del ricorso incidentale debbono osservarsi a pena di decadenza.

Il ricorso incidentale non è efficace, se venga prodotto dopo che siasi rinunziato al ricorso principale, o se questo venga dichiarato inammissibile, per essere stato proposto fuori termine.”.

¹⁹⁷ G. TROPEA, *op. cit.*, 235.

5. Ammissibilità delle eccezioni nel processo amministrativo: la posizione di Nigro.

Il dibattito dottrinale descritto nel paragrafo appena precedente è stato ricostruito e criticato da uno dei più autorevoli studiosi del processo amministrativo del XX secolo. Si tratta di Mario Nigro, il quale, nella monografia dedicata a “*L’appello nel processo amministrativo*” del 1960, prendendo atto dell’assenza di un’adeguata elaborazione scientifica in tema di eccezioni nel processo amministrativo, si pone esplicitamente la seguente domanda: “*ma vi sono eccezioni sostanziali nel processo amministrativo?*”.¹⁹⁸

L’interrogativo costituisce l’occasione per ricostruire il dibattito dottrinale formatosi sul tema, che vedeva contrapposte due scuole di pensiero: quella del D’Alessio e quella del De Valles¹⁹⁹. Ma non solo, perché Nigro prende posizione elaborando una propria tesi²⁰⁰.

Lo studioso non condivide le tesi del D’Alessio circa l’inammissibilità di eccezioni nel processo amministrativo e, in specie, di eccezioni in senso stretto o rilevabili solo su iniziativa di parte. La ragione della non adesione alla tesi del D’Alessio risiede nella diversa ricostruzione della struttura del processo amministrativo.

Secondo Nigro, non sarebbe né condivisibile né più attuale l’affermazione per cui il processo amministrativo sarebbe un processo di diritto obiettivo nell’interesse dello Stato, della legge e della legittimità dell’*agere* amministrativo²⁰¹. Tra gli scritti del D’Alessio e del De Valles (rispettivamente del 1915 e del 1938) e quelli di Nigro si è verificato un evento storico e giuridico rivoluzionario: la Carta Costituzionale del 1948.

L’interpretazione costituzionalmente orientata dei regolamenti di procedura dinanzi al Consiglio di Stato e alle Giunte provinciali amministrative impone un ripensamento della concezione della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto soggettivo,

¹⁹⁸ M. NIGRO, *L’appello*, cit., 370.

¹⁹⁹ Cfr. par. precedente.

²⁰⁰ Si ritiene opportuno segnalare che, anche se in modo soffuso e nonostante una dichiarazione di non condivisione, le considerazioni effettuate da M. NIGRO in *L’appello nel processo amministrativo* del 1960 sono molto simili a quelle di A. M. SANDULLI, *Il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 359-360.

²⁰¹ F. D’ALESSIO, *op. cit.*, 247.

volta alla tutela di situazioni giuridiche sostanziali soggettive e qualificate²⁰².

Partendo da questo presupposto, l'Autore afferma che *“eliso in radice ogni carattere obbiettivo della giurisdizione, cade la preclusione pregiudiziale contro l'ammissione di eccezioni sostanziali nel processo amministrativo, perché non vi è alcuna ragione di escludere, in via teorica ed astratta, che siano a disposizione della parte resistente (o delle parti resistenti) dei fatti, la cui introduzione nel processo dipenda esclusivamente dalla sua volontà. Se spetta al ricorrente massima libertà nella determinazione dell'oggetto del giudizio, bisogna ritenere non ripugnante alla natura del processo amministrativo che analoga libertà spetti alla parte resistente nella organizzazione della sua difesa”*.²⁰³

Stabilito che, nel processo amministrativo, si può parlare correttamente di eccezioni e che vi sono anche fatti rilevabili solo *ope exceptionis*, Nigro prende le distanze dalla posizione del De Valles circa la distinzione tra eccezioni rilevabili d'ufficio e non²⁰⁴.

A differenza di quanto sostenuto dal De Valles, si afferma, come regola generale del processo amministrativo quella della rilevabilità *ex officio* dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi, con delle deroghe per quanto riguarda le eccezioni subordinate all'iniziativa di parte. L'eccezione sarebbe in senso stretto o rilevabile su istanza di parte nei soli casi in cui vi sia una espressa volontà di legge, per cui non sarebbe corretto far ricadere sull'amministrazione un onere di eccezione.

Nella prospettiva di Nigro, il ricorrente afferma uno o più fatti costitutivi dell'invalidità del provvedimento e cioè i vizi di cui si

²⁰² Sulla giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto soggettivo, Cfr. A. M. SANDULLI, *Il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato*, cit., 38-40; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1923, II, 279 e ss.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1914, 733-734; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1962, I, 131 e ss.; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Milano-Messina, 1964, III, 181; O. RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit., 1936, 460; M. S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1959, 126-127; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 1035, n. 65-bis; G. M. DE FRANCESCO, *Appunti sulle lezioni di diritto amministrativo - La giustizia amministrativa*, Padova, 1958, 71; A. GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, 51; F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1966, 89.

²⁰³ M. NIGRO, *L'appello*, cit., 372.

²⁰⁴ A. DE VALLES, *op. cit.*, 223 e ss.

afferma essere affetto lo stesso. Nei processi di tipo impugnatorio, spetta al giudice accertare se i fatti costitutivi affermati dal ricorrente – i.e. i vizi del provvedimento – sono esistenti. L'accertamento dei fatti costitutivi avviene, dunque, *ex officio*.

I fatti impeditivi o estintivi dei vizi di legittimità sarebbero dedotti dal giudice anche d'ufficio, “*indipendentemente dalla contestazione del convenuto, perché ciò attiene all'accertamento della fondatezza della domanda*”.²⁰⁵

Quanto alle eccezioni di rito, l'Autore mostra di non condividere l'opinione del De Valles secondo cui esse sarebbero rilevabili d'ufficio o meno a seconda che siano rivolte a soddisfare l'interesse dell'amministrazione o della funzione giurisdizionale.

Si osserva, infatti, che, nel giudizio amministrativo, si controverte della legittimità non di un atto qualunque, ma di un atto specifico, impugnabile, definitivo, impugnato nei termini ecc.

Pertanto, le eccezioni processuali, proprio per la loro attinenza al giudizio, opererebbero *ipso jure* e sarebbero rilevabili anche d'ufficio. In altri termini, l'accertamento delle condizioni dell'azione e dei presupposti processuali farebbe sempre parte del potere del giudice di accertare la fondatezza della domanda, intesa come diritto ad ottenere l'annullamento dell'atto.

Nigro, inoltre, fa rientrare all'interno delle eccezioni sostanziali, tre categorie di fatti: i fatti convalidanti, i fatti che determinano l'estinzione dell'atto amministrativo con efficacia *ex tunc* e i fatti d'acquiescenza.²⁰⁶

Ammettendo la convalida *ex tunc* del provvedimento anche in corso di giudizio, questa opererebbe come fatto estintivo del fatto costitutivo dell'invalidità del provvedimento. In altre parole, la convalida eliminerebbe i vizi d'illegittimità denunciati col ricorso (i.e. i fatti costitutivi) e, secondo l'Autore, il giudice avrebbe il potere di rilevarla d'ufficio, sul presupposto che il fatto convalidante attenga all'esistenza del diritto ad ottenere l'annullamento²⁰⁷.

²⁰⁵ M. NIGRO, *L'appello, cit.*, 373.

²⁰⁶ ID., *L'appello, cit.*, 375 e ss.

²⁰⁷ P. RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova 1937, 215 e 225; Il tema s'intreccia con quello della integrazione della motivazione in corso di giudizio. Sul punto, Cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 708 e ss.; G. TROPEA, *La c.d. motivazione successiva tra attività di sanatoria e giudizio*

Lo stesso ragionamento varrebbe per l'annullamento d'ufficio e la revoca in corso di giudizio, definiti da Nigro come fatti che estinguono l'atto amministrativo *ex tunc*.

Essi farebbero venire meno il diritto del ricorrente ad ottenere l'annullamento e quindi sarebbero fatti estintivi rilevabili anche d'ufficio. Alla inesistenza sopravvenuta dell'atto si accompagnerebbe l'inesistenza sopravvenuta del diritto all'annullamento.

Infine, vi sarebbero i fatti d'acquiescenza. Sull'acquiescenza al provvedimento amministrativo, in questa sede è sufficiente tenere presente che alcuni autori la concepiscono come una forma di rinuncia all'impugnazione, altri come un fatto che determina un sopravvenuto difetto d'interesse a ricorrere, altri ancora come atto di dismissione dell'interesse legittimo e assunzione dell'obbligo di considerare efficace il provvedimento.²⁰⁸

L'acquiescenza, a prescindere dal suo *ubi consistam*, sul piano processuale rappresenterebbe, secondo Nigro, un fatto estintivo del diritto di ottenere l'annullamento e costituirebbe un'eccezione in senso stretto ovvero rilevabile solo su istanza di parte²⁰⁹.

amministrativo, in *Dir. amm.*, 2003, 531; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, nota a TAR Lazio, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 641 e ss.; ID., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Astrid Rassegna*, 2005, 4.; G. SANTANIELLO, *La convalida (Diritto amministrativo)*, X, 1962, 503 e ss.; A. G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento (art. 21 nonies, comma 2, L. 241 del 1990 e s.m.i.)*, in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 407 e ss.

²⁰⁸ In dottrina, sul tema, si vedano: M. NAPOLITANO, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Milano, 1955, 40; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 710; L. GIOVENCO, *Notazioni in tema di acquiescenza al provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1959, 866; F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, 25 e ss.

²⁰⁹ M. NIGRO, *L'appello*, cit., 378.

6. Il ruolo delle eccezioni nel processo amministrativo del Codice e nel rapporto tra giudice e parte resistente.

Per tentare di dare risposta all'interrogativo di fondo circa l'ammissibilità delle eccezioni nel processo amministrativo, non è sufficiente indagare circa la compatibilità delle eccezioni con il processo, ma è necessario interrogarsi anche sulla compatibilità del processo con le eccezioni. Occorre cioè chiedersi se il processo disegnato dal codice del processo amministrativo del 2010 e s.m.i. possa accogliere in sé le eccezioni.

Si è visto, nei precedenti paragrafi, che l'eccezione non trova ragion d'essere nei processi di diritto oggettivo, in quei processi che costituiscono luogo privilegiato di attuazione e applicazione del principale interesse dello Stato, cioè l'interesse a vedere rispettata la propria volontà espressa nella norma di legge²¹⁰.

Il processo amministrativo, già da molto prima del c.p.a. e a partire dalla Carta Costituzionale del 1948, si è strutturato come un processo di diritto soggettivo finalizzato alla tutela delle situazioni giuridiche sostanziali soggettive, sia nella forma degli interessi legittimi sia dei diritti soggettivi, nelle materie di giurisdizione esclusiva²¹¹.

La giurisdizione di diritto soggettivo emerge, allo stato, da molteplici fattori storici, normativi e giurisprudenziali.

²¹⁰ Vi è chi ha sostenuto la necessità di introdurre nel processo amministrativo la figura del pubblico ministero: S. GIACCHETTI, *Federalismo e futuro interiore della giustizia amministrativa*, relazione al convegno: "La Giustizia Amministrativa tra nuovo modello regionale e modello federale", Palermo, 30-31 ottobre 2000.

²¹¹ Sulla giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto soggettivo, Cfr. A. M. SANDULLI, *Il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato*, cit., 38-40; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1923, II, 279 e ss.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1914, 733-734; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1962, I, 131 e ss.; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Milano-Messina, 1964, III, 181; O. RANELLETTI, *Le guarentigie*, cit., 1936, 460; M. S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1959, 126-127; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 1035, n. 65-bis; G. M. DE FRANCESCO, *Appunti sulle lezioni di diritto amministrativo - La giustizia amministrativa*, Padova, 1958, 71; A. GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, 51; F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1966, 89.

La genesi e l'evoluzione dell'interesse legittimo rappresenta la prima conferma della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa²¹².

L'art. 24 della Costituzione, su tutti, cristallizzando il diritto di difesa e il principio di azionabilità delle pretese, accosta diritti soggettivi e interessi legittimi, i quali formano oggetto della tutela giurisdizionale.

La giurisprudenza²¹³ del giudice amministrativo e la dottrina²¹⁴ confermano costantemente il carattere soggettivo della giurisdizione, come è avvenuto, a titolo di esempio, a proposito della legittimazione

²¹² A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., 43.

²¹³ In giurisprudenza, si veda, *ex multis*: Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164;

²¹⁴ In dottrina, *ex multis*, si vedano: M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l.n. 287 del 1990*, in *www.federalismi.it*, 2012, 12, rielaborazione dell'intervento tenuto all'incontro di studio su *Il nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, svoltosi in collaborazione tra l'AGCM e la Cattedra di Giustizia amministrativa della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre presso l'Auditorium dell'AGCM il 31 maggio 2012; ID., *Il nuovo potere di ricorso dell'AGCM a tutela della concorrenza*, Relazione al Convegno dell'AIGE (associazione italiana giuristi europei) sul tema *Norme europee sulla concorrenza e tutela dinanzi al giudice amministrativo EU Competition Law and the enforcement before the administrative Courts*, svoltosi nell'Università di Roma Tre il 19 aprile 2012 e *Introduzione all'Incontro di studio su L'azione di annullamento, L'azione di annullamento nel codice del processo amministrativo e nelle sue applicazioni giurisprudenziali*, svoltosi nell'Università di Roma Tre il 26 aprile 2012; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 10, 1022 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2014, 341 e ss., in cui l'A. osserva che, anche a fronte della nuovo art. 21-bis sopra citato, la giurisdizione del giudice amministrativo rimane soggettiva. Ciò che si oggettivizza è unicamente la legittimazione ad agire, che da soggettiva diventerebbe oggettiva.

Contra, cfr. in senso radicalmente contrario, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in *www.giustamm.it* "La risposta dev'essere negativa. Non è possibile ritenere che l'Autorità, in quanto tale, sia titolare di un interesse legittimo in senso proprio, potendo (e dovendo) attivarsi per la tutela e realizzazione di un interesse generale alla concorrenza che, per un verso, finisce per coincidere con una sommatoria di interessi di mero fatto ascrivibili alla collettività e, per altro verso, restando così generico, non soddisfa di certo i caratteri di una situazione soggettiva imputabile ad un soggetto di diritto". La posizione negativa sembra condivisa anche da F. ARENA, *Atti amministrativi e restrizioni della concorrenza: i nuovi poteri dell'Antitrust italiana* Relazione al X Convegno Antitrust svoltosi a Treviso nei giorni 18 e 19 maggio 2012.

straordinaria dell'Agcm ad impugnare provvedimenti distorsivi della concorrenza di cui all'art. 21-bis della legge 287/90.²¹⁵

L'assunto è confermato anche dal fatto che l'amministrazione resistente assume la qualità di parte: si tratta di un processo di parti in posizione paritaria.

Cardini del processo amministrativo sono altresì: il principio della domanda, del contraddittorio, dell'impulso processuale di parte e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Vale, anzitutto, la regola per cui *nemo iudex sine actore*, proprio perché il processo è diretto alla tutela di interessi di parte, che sono e rimangono situazioni giuridiche soggettive. Solo il ricorrente ha il potere di introdurre il processo indicando e delimitando l'oggetto del giudizio.²¹⁶

L'incedere del processo segue l'iniziativa della parte, mediante deposito delle istanze di fissazione dell'udienza e istanze di prelievo, tranne in alcuni tipi di riti speciali.

Il rispetto del contraddittorio impone che anche il o i controinteressati siano messi nelle condizioni di poter prendere parte al processo. Vige il principio *audiatur et altera pars*.²¹⁷

²¹⁵ Art. 21-bis, legge 10 ottobre 1990, n. 287: *Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza [Inserito dall'articolo 35 del decreto-legge 201/2011 convertito, con modifiche, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214 recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici"]*: 1. *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.*

2. *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni.*

3. *Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.*

²¹⁶ A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., 39.; M. NIGRO, *L'appello*, cit., 405; M. DI RENZO, *L'eccezione nel processo amministrativo*, Napoli, 1968, 108-109.

²¹⁷ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 203; F. D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio*, cit., 248.

Infine, anche nel processo amministrativo vale il principio di necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112, co.1, c.p.c. Il ricorso è una *vocatio iudicis*²¹⁸. Si chiama il giudice a pronunciarsi sulla fondatezza dei motivi di ricorso e solo su questi il giudice deve esprimersi. Se la pronuncia non avvenisse su tutto il ricorso, vi sarebbe un vizio di omessa pronuncia; se il giudice pronunciassse oltre il ricorso, vi sarebbe un vizio di ultrapetizione della sentenza.

Queste considerazioni sulle caratteristiche strutturali del processo amministrativo consentono di affermare che esso si presenta favorevolmente predisposto nei confronti dell'istituto dell'eccezione²¹⁹.

Nonostante ciò, una parte della giurisprudenza precedente al Codice del processo amministrativo, anche se minoritaria, ha continuato a sostenere la non configurabilità di eccezioni nel processo amministrativo²²⁰. Gli argomenti richiamati a sostegno della tesi sono stati pressappoco quelli utilizzati dal D'Alessio agli inizi del XX secolo (vedi *supra*, par. 4). Trattandosi di un giudizio impugnatorio di legittimità, il processo amministrativo sarebbe sempre un giudizio di diritto. La funzione del processo amministrativo non sarebbe quella di accertare fatti, bensì di vagliare la legittimità del provvedimento. Dunque, non vi sarebbero fatti impeditivi, estintivi o modificativi né tali

²¹⁸ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale*, cit., 2012, 1951. In giurisprudenza, cfr. Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 1980, n. 35, secondo cui: “A differenza del processo civile, nel quale l'atto di citazione si sostanzia in un invito rivolto alla controparte a presentarsi davanti al giudice per sentir decidere la controversia anche nei suoi confronti, il giudizio cosiddetto da ricorso, quale è quello che si svolge davanti al giudice amministrativo, è caratterizzato, invece, da un'istanza che è esclusivamente a quest'ultimo rivolta affinché la controversia sia decisa; ne consegue che la costituzione del rapporto processuale non può farsi risalire ad un momento diverso dal deposito del ricorso, in quanto è in tale momento che il giudice viene investito del giudizio e sorge in quest'organo giurisdizionale il dovere di provvedere sulla domanda e quindi di pronunciare sul rito e sul merito del processo. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta l'incompetenza del Consiglio di Stato in ordine a ricorso depositato dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, sulla ripartizione transitoria della competenza tra lo stesso Consiglio di Stato ed i tribunali amministrativi regionali)”.

²¹⁹ M. DI RENZO, *L'eccezione*, cit., passim.; D. Corletto, *Art. 104 c.p.a.*, in A. Quaranta – V. Lopilato, *Commentario al Codice del processo amministrativo*, Milano, 2011.

²²⁰ Cfr. Cons. St., Sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414, in *Foro it.* 2009, 4, III, 208 e ss.

fatti potrebbero essere, in ogni caso, riservati all'amministrazione resistente.

Ciò posto, il campo d'indagine deve spostarsi verso un altro fronte del problema.

Una volta chiarito che, secondo l'opinione prevalente, il processo delineato dal c.p.a. s'incasterebbe bene con l'istituto delle eccezioni, occorre chiedersi come l'eccezione si inserirebbe nel particolare rapporto tra il giudice e la parte resistente nel processo impugnatorio-caducatorio. In altre parole, è necessario interrogarsi circa la perdurante attualità delle posizioni espresse dalla dottrina ed illustrate nei paragrafi precedenti.

Si è detto, in precedenza, che il dibattito dottrinale sviluppatosi sul tema ha visto contrapporsi diverse opinioni.

Volendo ricapitolare a grandi linee e con estrema sinteticità le diverse tesi dottrinali riportate ampiamente *supra*, basti tenere a mente che una parte della dottrina²²¹ negava ingresso alle eccezioni nel processo amministrativo sull'assunto che nei processi impugnatori è il giudice stesso ad accertare l'infondatezza dei fatti costitutivi della posizione vantata dal ricorrente. E' il giudice che accerta se il vizio di legittimità denunciato dal ricorrente sussiste o no.

Di conseguenza, l'eccezione così come intesa generalmente, come atto di allegazione di fatti impeditivi, modificativi o estintivi non avrebbe ragion d'essere. Ulteriore conseguenza sarebbe la riduzione dell'attività difensiva ad attività non necessaria, di cooperazione con l'attività del giudice, che sarebbe l'unica veramente decisiva. Si è anche osservato, in chiave critica, che la tesi finirebbe non per eliminare le eccezioni dal processo amministrativo, quanto piuttosto per sottrarre il potere di eccepire al resistente assegnandolo di fatto al giudice.

Un'altra parte della dottrina²²², come già ampiamente visto *supra*, ammetteva l'istituto delle eccezioni nel processo amministrativo, rilevando come, benchè si trattasse di un processo impugnatorio, la regola fosse quella della rilevazione su istanza di parte dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi dei fatti costitutivi posti a base della posizione del ricorrente. Il vero problema era rappresentato

²²¹ Il riferimento è al par. 4 del presente Capitolo e, in particolare, alla posizione dottrinale espressa da F. D'ALESSIO, *Le parti del giudizio amministrativo, cit., passim*.

²²² Il riferimento è al par. 4 del presente Capitolo e, in particolare, alla posizione espressa da A. DE VALLES, *Il contraddittorio nel giudizio amministrativo, cit., passim*.

dall'individuazione dei criteri con cui distinguere le eccezioni rilevabili esclusivamente dalla parte da quelle rilevabili anche d'ufficio.

Infine, nel dibattito s'inseriva la posizione espressa da Nigro in parte simile, anche se non dichiaratamente, a quella espressa da A. M. Sandulli nel *Giudizio davanti al Consiglio di Stato* del 1963.

L'illustre Maestro ritiene che le eccezioni siano istituto tipico anche del processo amministrativo ma che, datane la struttura impugnatoria, la regola generale sia la rilevabilità d'ufficio delle eccezioni. La deroga sarebbe, invece, la rilevabilità esclusivamente su istanza di parte. Se i fatti costitutivi della posizione azionata dall'attore sono rappresentati dai vizi di legittimità del provvedimento, allora il giudice rilevarebbe *ex officio* i fatti estintivi, modificativi o impeditivi. Solo in alcuni casi espressamente previsti dalla legge il rilievo di tali fatti sarebbe rimesso all'iniziativa della sola parte resistente²²³.

Questo breve *flashback* si rende necessario per poter comprendere meglio i risultati del presente lavoro di ricerca in merito al ruolo delle eccezioni nel rapporto giudice-parte resistente.

6.1. Critiche alle posizioni dottrinali: il ruolo dell'eccezione nei rapporti giudice- parte resistente

Al fine di poter sviluppare le conclusioni a cui ha portato il presente lavoro di ricerca, occorre evidenziare i punti critici delle posizioni dottrinali sul tema, per poi tentare di formulare una tesi che da tali critiche sia immune e che possa spiegare il funzionamento delle eccezioni nel rapporto tra giudice amministrativo e parte resistente nel processo impugnatorio - caducatorio.

Anzitutto, deve essere esclusa la validità della tesi c.d. negazionista, in forza di un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, è stato più volte sottolineato il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa. La tesi negazionista presupporrebbe necessariamente una giurisdizione di diritto obiettivo.

²²³ Cfr. *supra* par. 5 del presente Capitolo. La posizione è espressa da M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo, cit., passim* e, in parte, anche da A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato, cit., passim*.

In secondo luogo, non si può tralasciare l'incompatibilità del processo delineato dal c.p.a. con un sistema in cui, di fatto, il giudice è organo giudicante ma svolge anche il "lavoro" della parte resistente. Un sistema in cui l'attività del giudice è "decisiva" e quella della difesa è "di mera cooperazione" è in contrasto con i sopra esposti principi generali del processo amministrativo così come delineato dal c.p.a. e con quelli fissati dalle fonti internazionali (C.E.D.U.) ed europee (Carta di Nizza).

In terzo luogo, non si può convenire con coloro i quali, al fine di escludere le eccezioni dal processo amministrativo classico impugnatorio-demolitorio, hanno rappresentato il processo amministrativo come un processo in cui il fatto è in secondo piano, è una comparsa secondaria, così equiparandolo al giudizio in Cassazione o al giudizio di legittimità costituzionale.

Allo stesso tempo, si ritiene di non poter condividere in modo pieno neppure le altre posizioni dottrinali, tranne che per l'assunto di fondo relativo all'ammissibilità dell'istituto delle eccezioni nel processo amministrativo.

Entrambe le posizioni, quella di De Valles e quella di Nigro, tendono all'assolutizzazione. Affermare che la regola generale è la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi ovvero il contrario, sebbene con residuali eccezioni, risulta alquanto lontano dalla realtà del processo attuale disciplinato dal c.p.a.

Due sono i punti delle posizioni espresse dagli illustri studiosi che debbono condividersi e che meritano di essere mantenuti nell'architettura della tesi che s'intende formulare.

In primo luogo, la compatibilità del processo amministrativo con le eccezioni, per tutto quanto fino ad ora rappresentato.

In secondo luogo, il modo di concepire i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi nel contesto del processo amministrativo.²²⁴ In particolare, occorre mantenere e valorizzare l'idea secondo cui l'oggetto del processo amministrativo è il rapporto specifico e singolare tra quell'amministrazione e quell'amministrato e che i fatti costitutivi dell'interesse legittimo azionato siano rappresentati dalle ragioni che indicano il cattivo esercizio del potere

²²⁴ Cfr. *supra* par. 6 del presente Capitolo.

amministrativo. In altri termini, va accolta positivamente l'idea che i fatti costitutivi dell'interesse legittimo azionato, che rappresenta la *causa petendi* della domanda di annullamento, siano, in concreto, i vizi di legittimità dedotti con il ricorso a sostegno dell'invalidità del provvedimento²²⁵.

Per il resto, le posizioni di questa parte della dottrina peccano di eccessiva rigidità. Non è sempre vero che, nel processo amministrativo, la regola generale è la rilevabilità d'ufficio o viceversa l'iniziativa di parte. Si tratta di assunzioni di principio che non trovano riscontro nella cangiante, dinamica ed eterogenea dimensione del processo amministrativo, semplicemente perché non tutti uguali sono i fatti costitutivi alla base dell'interesse azionato in giudizio.

7. Fatti giuridici, fatti costitutivi e fatti impeditivi-estintivi-modificativi nel processo amministrativo contemporaneo.

Tratteggiate le direttrici del pensiero dottrinale classico intorno al tema delle eccezioni nel processo amministrativo e le relative criticità, occorre chiedersi se il pensiero dei Maestri è ancora attuale alla luce del Codice del processo amministrativo. Nel fare ciò, è necessario tenere a mente quanto detto in sede di osservazioni preliminari alla questione principale.²²⁶

A prescindere dalla tesi cui si aderisca circa la configurabilità delle eccezioni nel processo amministrativo, il concetto di eccezione, tanto ieri quanto oggi, ruota intorno al concetto di fatto.

L'eccezione di merito è uno strumento di difesa basato sull'allegazione di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo del fatto costitutivo posto a base della domanda dell'attore.

L'eccezione di rito ha ad oggetto un fatto che incide sulla regolarità del processo e impedisce la decisione nel merito.

Minimo comune denominatore è il fatto, al quale sono accostati diversi predicati.

²²⁵ M. NIGRO, *L'appello*, cit., 372 e ss.; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 8.

²²⁶ Vedi *supra* par. 3.

In primo luogo, si tratta di un fatto giuridico. Il predicato della giuridicità ha un duplice peso.

Da un lato, dice che non ogni fatto è anche giuridico. Dunque vi sono fatti privi di rilevanza giuridica o semplici e fatti a cui l'ordinamento ricollega determinati effetti giuridici²²⁷.

Nella scienza giuridica tradizionale, si suole distinguere tra fatti, atti e negozi giuridici. E' importante, ai fini del presente studio, tenere a mente la distinzione con le relative differenze.

Per quello che interessa in questa sede, è sufficiente osservare, in estrema sintesi, che per fatto giuridico s'intende quell'accadimento, quella circostanza umana o naturale alla quale l'ordinamento ricollega determinati effetti giuridici indipendentemente dalla volontà del soggetto interessato. La volontà è irrilevante sia nella scelta del mezzo che nella scelta degli effetti giuridici da produrre. E' la legge che ricollega a un certo fatto determinati effetti. L'assenza della volontà umana potrebbe portare a credere che gli effetti giuridici, in realtà, non promanino dal fatto, ma sia lo stesso ordinamento a produrli. Sul punto, si ritiene che gli effetti discendano sempre dal fatto concreto, quand'anche essi siano autorizzati dall'ordinamento.

Si tenga presente che cosa diversa dal fatto è la *fattispecie*, ossia un insieme di elementi materiali e normativi alla presenza dei quali l'ordinamento ricollega la produzione di determinati effetti.

In secondo luogo, da punto di vista degli effetti, si tratta di fatti giuridici costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi.

Risulta di fondamentale importanza indagare l'*ubi consistam* dei fatti costitutivi, modificativi, impeditivi o estintivi all'interno del processo amministrativo.

Per quanto riguarda la figura del fatto costitutivo²²⁸ della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, le vie percorribili sono diverse. Giova precisare che se non vi fosse un fatto costitutivo, non ci sarebbe neppure il problema dei fatti impeditivi o estintivi dello stesso (cioè le eccezioni)²²⁹.

Si tratta del fatto dal quale le norme fanno dipendere o discendere l'esistenza del diritto che viene fatto valere, ossia del fatto che

²²⁷ I fatti semplici non sono interessati dall'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., Cfr. M. TARUFFO, *L'onere della prova*, Voce, in *Dig. civ.*, 1995.

²²⁸ Il *rechtsbegründend Merkmal* della dottrina tedesca

²²⁹ L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 7.

rappresenta la premessa giuridicamente necessaria delle conseguenze che tali norme prevedono. Questo fatto «costituisce» il diritto appunto perché ne rappresenta la condizione necessaria e sufficiente: il diritto esiste se esiste il fatto che lo fonda²³⁰. Degna di nota è la definizione che Carnelutti dà del fatto giuridico come “*mutamento del mondo fisico al quale la norma e il giudice assegnano un effetto consistente nel mutamento del mondo giuridico*”.²³¹

Se si considera l'interesse legittimo come la *causa petendi* e la pronuncia di annullamento come il *petitum*, il fatto costitutivo della situazione giuridica fatta valere con l'azione di annullamento è, come sosteneva Nigro, il vizio di legittimità che si assume inficiare il provvedimento.²³² I vizi dell'atto, dunque, sarebbero i fatti costitutivi della situazione posta a fondamento della domanda²³³.

Queste considerazioni mantengono la loro validità solo se si accede ad una nozione sostanziale di interesse legittimo, come situazione giuridica sostanziale speculare al diritto soggettivo.

Lo stesso Nigro definisce i vizi di legittimità dell'atto come i fatti costitutivi del diritto ad ottenere l'annullamento²³⁴, il quale rappresenta una delle facoltà discendenti dalla titolarità di un interesse legittimo. All'interno del fascio di facoltà spettanti al titolare dell'interesse legittimo che gli consentono di influire sul corretto esercizio del potere amministrativo, vi sono anche facoltà eso-procedimentali come il diritto di ottenere l'annullamento giurisdizionale del provvedimento illegittimo.

Al ricorrente non è dato solo il potere di impugnare un atto amministrativo assumendone l'invalidità. Occorre che egli indichi i fatti giuridici costitutivi di tale invalidità, ponendoli come motivi di ricorso²³⁵.

²³⁰ M. TARUFFO, *op. cit.*, par. 3.

²³¹ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926, vol. II, 308 e ss.

²³² M. NIGRO, *L'appello, cit.*, 372 e ss.; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo, cit.*, 8.

²³³ F. D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio, cit.*, 247.

²³⁴ M. NIGRO, *L'appello, cit.*, 373.

²³⁵ F. D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio, cit.*, *ibidem.*, il quale, a proposito dei fatti costitutivi nel processo amministrativo, sottolinea come non vi siano speciali motivi d'invalidità che possano essere rilevati d'ufficio dal giudice, “*il quale non può avere un*

Di conseguenza, è come se il fatto costitutivo dell'interesse legittimo si ricavasse dalle regole sostanziali che vincolano l'azione amministrativa.

La contestazione dei fatti costitutivi mediante eccezioni si concretizza nella deduzione di fatti contrari idonei a dimostrarne l'inesistenza. Ai fini della decisione, il fatto costitutivo deve essere attuale, cioè deve esistere al momento della sentenza.

I fatti impeditivi sono così chiamati perché idonei a precludere la manifestazione degli effetti dei fatti costitutivi della situazione giuridica soggettiva azionata. Tali fatti impediscono l'invalidità del provvedimento. Essi si riferiscono agli effetti dei vizi dell'atto, in quanto non eliminano il vizio – i.e. il fatto costitutivo – ma impediscono il sorgere e il proseguire degli effetti (Cfr. vizi non invalidanti e eccezioni 21 octies). Dunque, il fatto impeditivo implica l'esistenza del fatto costitutivo allegato dal ricorrente, ma la sua inidoneità a produrre gli effetti vantati²³⁶. Il fatto impeditivo, in altre parole, separa il momento in cui il fatto costitutivo viene ad esistenza e quello in cui esso assume efficacia, interrompendo e spezzando il nesso tra esistenza e efficacia.

I fatti estintivi, invece, sono quelli che determinano il venir meno dei fatti costitutivi affermati dal ricorrente. Si tratta di fatti giuridici che dimostrano l'inesistenza originaria o sopravvenuta dei fatti costitutivi, cioè dei vizi di legittimità, così estinguendo l'invalidità del provvedimento. Mediante l'allegazione di fatti estintivi, il resistente intende dimostrare che il fatto costitutivo allegato dal ricorrente o non è mai esistito *in rerum natura* o nel mondo giuridico oppure non è più esistente a causa di circostanza sopravvenute di natura estintiva²³⁷.

potere di iniziativa nello stabilire i limiti del sindacato da esercitarsi sugli atti amministrativi, così come non ha il potere di promuovere ex officio il sindacato stesso.”.

²³⁶ Sul punto, si veda A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 14, in cui l'Autore scrive: “*il fatto impeditivo si identifica con la mancanza di un presupposto di efficacia, che interrompe il normale ciclo del fenomeno giuridico, inserendosi tra il primo momento del processo qualificativo (con cui si attribuisce alla situazione di fatto rilevanza giuridica) e il secondo momento (con cui alla fattispecie già giuridicamente esistente vengono ricondotte dalla norma conseguenze giuridiche), in modo che la sua presenza paralizza, in tutto o in parte, la efficacia di una fattispecie”.* Mentre per S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici – Revisione e aggiornamento di A. Falzea*, Milano, 1996, 25, i fatti impeditivi non avrebbero una loro autonomia giuridica.

²³⁷ A. LASSO, *L'eccezione*, cit., 22 e ss.

I fatti modificativi, infine, possono essere intesi come quei fatti che mutano gli effetti dei fatti costitutivi allegati dal ricorrente e, nel farlo, determinano il rigetto della domanda. Il fatto modificativo non è teso a dimostrare l'inesistenza o l'inefficacia del fatto costitutivo dell'invalidità del provvedimento, bensì a provare che l'effetto del fatto costitutivo non è quello indicato e voluto dall'attore. Si può affermare che il fatto modificativo incide sull'oggetto e sul contenuto dell'effetto del fatto costitutivo, la cui esistenza ed efficacia non è messa in discussione.²³⁸

8. Eccezioni di merito e in senso stretto nel processo amministrativo: il ruolo dell'eccezione nel rapporto giudice – parte resistente a seconda del tipo di fatto costitutivo affermato.

La tesi che qui s'intende formulare deve prendere le mosse da una constatazione di fatto: se è vero che i fatti costitutivi della domanda di annullamento sono rappresentati dai vizi di legittimità e, al contempo, è altresì vero che questi fatti costitutivi non hanno tutti la stessa consistenza giuridica, la conseguenza logica immediata è che i fatti estintivi, modificativi o impeditivi dei suddetti fatti costitutivi si atteggiavano diversamente a seconda di quale tipo di fatto costitutivo vanno a contraddire.

Come noto, i vizi di legittimità del provvedimento, che qui consideriamo i fatti costitutivi della domanda di annullamento, possono essere ricondotti entro tre grandi categorie: l'incompetenza relativa, l'eccesso di potere e, in via residuale, la violazione di legge.

I fatti impeditivi, estintivi o modificativi la cui allegazione prende il nome di eccezione sono diretti, nel giudizio classico demolitorio, a contrastare e contraddire gli anzidetti fatti costitutivi, ossia l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di legge.

Sarebbe irragionevole affermare che questi tre vizi generali, all'interno dei quali si nascondono infinite, innumerevoli ipotesi tipiche o socialmente tipiche di illegittimità e di cattivo esercizio del potere

²³⁸ ID., *op. loc. ult. cit.*

amministrativo, si contrastino tutte allo stesso modo e cioè o solo mediante fatti oggetto di eccezione di parte o solo mediante fatti sempre rilevabili d'ufficio, sebbene con piccole deroghe.

Non si può condividere l'idea che, siccome il processo è impugnatorio, siccome si tratta di un processo su ricorso basato su una *vocatio iudicis*²³⁹, siccome il giudice ha il dovere di accertare l'esistenza dei fatti costitutivi affermati dal ricorrente, allora è il giudice stesso che materialmente rileva sempre e in ogni caso i fatti estintivi, modificativi o impeditivi, i.e. le eccezioni, *ergo* non vi sarebbero eccezioni di merito nel processo amministrativo.

Al contempo, meriterebbe di essere disattesa anche l'idea che, a fronte dei tanti e diversi fatti costitutivi che possono trovare ingresso nel processo, il giudice non abbia mai il potere di rilevare dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi perché questi sono diretti a tutelare interessi della parte resistente e non della funzione giurisdizionale e, dunque, sono rilevabili solo su istanza di parte.

Pertanto, considerando tutto quanto sopra esposto, si dovrebbe pervenire alla conclusione che il ruolo dell'eccezione nel rapporto tra giudice e parte resistente varia a seconda del tipo di fatto costitutivo che con essa s'intende contrastare.

Se il fatto costitutivo affermato dal ricorrente è la violazione di legge da parte dell'amministrazione, è chiaro che il giudice, nel processo impugnatorio – caducatorio, potrà accertare d'ufficio la fondatezza dello stesso. Trattandosi dell'affermazione della contrarietà dell'atto a una norma di legge ovvero dell'esuberanza dell'atto dalla fattispecie legale tipica, i fatti impeditivi, estintivi o modificativi possono essere rilevati d'ufficio dal giudice amministrativo proprio in virtù della struttura del processo.

Analogo discorso potrebbe valere quando il vizio denunciato è l'incompetenza relativa dell'amministrazione che ha adottato l'atto. Ciò sull'assunto che l'incompetenza rappresenti anch'essa una forma di violazione di legge, di violazione della norma sulla competenza.

Eppure, per l'incompetenza si apre già uno spiraglio all'ingresso dell'eccezione di merito in senso stretto nel processo amministrativo. Per contrastare una censura d'incompetenza, infatti, non sempre è

²³⁹ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale, cit.*, 1951.

sufficiente una valutazione esclusivamente normativa che il giudice può svolgere *ex officio*. Vi sono delle ipotesi in cui solo la parte resistente, a fronte della censura di incompetenza, ha il potere di dimostrarne l'infondatezza mediante l'allegazione di fatti impeditivi, modificativi o estintivi della causa dell'incompetenza. E' solo la difesa che può eccepire determinate circostanze fattuali che escludono il rilievo di incompetenza mosso dal ricorrente.

L'esempio più significativo è dato dai casi di incompetenza per violazione di disposizioni sulla composizione degli organi collegiali e sulla incompatibilità. Si tratta di ipotesi di difetto di legittimazione dell'organo collegiale sotto forma di irregolare composizione, mancato rispetto delle norme sul suo funzionamento, conflitto d'interessi ecc. che sono ricondotte dalla giurisprudenza al vizio di incompetenza²⁴⁰. A titolo di esempio, si consideri la fattispecie in cui, in violazione dell'art. 78, dec. lgs. n 267 del 2000 (c.d. T.U.E.L.), l'amministratore in conflitto d'interessi prenda parte alla discussione e alla votazione di una delibera. Oppure si pensi alla fattispecie in cui la delibera viene ritenuta illegittima per irregolare composizione dell'organo collegiale dovuta a omessa rituale convocazione di uno o alcuni soggetti che lo compongono. Gli organi collegiali, secondo l'insegnamento tradizionale, possono essere, in relazione al loro *quorum strutturale*, perfetti, se si richiede la partecipazione della totalità dei membri all'attività decisionale, o imperfetti, nel caso opposto. In relazione al *quorum funzionale*, si distingue tra collegi reali, che deliberano all'unanimità, e collegi virtuali, che deliberano a maggioranza dei presenti²⁴¹.

Nel caso di collegio perfetto, i vizi suddetti comporteranno l'annullabilità della deliberazione dell'organo per difetto di legittimazione. Nel caso di collegi virtuali, invece, si possono seguire due diverse impostazioni. Si potrebbe ritenere che la deliberazione sia illegittima solo se si fornisca la prova che la partecipazione del soggetto in conflitto d'interessi o la mancata partecipazione del soggetto avente diritto è stata determinante per la formazione della maggioranza; tuttavia, si potrebbe anche sostenere che, a prescindere da un criterio

²⁴⁰ M. CORRADINO, *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007, 698.

²⁴¹ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale*, cit., 107 e ss.

meramente aritmetico, ai fini dell'annullabilità dell'atto, sia da verificare se la partecipazione o la mancata partecipazione di un determinato soggetto ha avuto un'effettiva influenza sull'esito della deliberazione²⁴².

In tutti questi casi, il fatto costitutivo dell'invalidità del provvedimento è proprio il difetto di competenza, il quale può essere confutato e contraddetto solo attraverso delle eccezioni di merito in senso stretto, cioè mediante l'allegazione, su iniziativa di parte resistente, di fatti impeditivi, modificativi o estintivi della causa di incompetenza. In altre parole, il giudice non può *ex officio* rilevare i fatti che, in concreto, escluderebbero la sussistenza di conflitto d'interessi o la non ritualità della convocazione e così via, semplicemente perché tali fatti sono nella disponibilità della parte resistente. Se la parte che vi ha interesse non li allega, il giudice non avrebbe modo di venirne a conoscenza. Sono fatti impeditivi,

²⁴² ID., *Manuale, cit.*, 1070-1073.

In giurisprudenza, si vedano, *ex multis*: Cons. St., Sez. III, 02 prile 2014, n. 1577, in *Ragiusan*, 2014, 365-366, 273, secondo cui: “L'obbligo di astensione, per incompatibilità, dei componenti un organo collegiale si verifica per il sol fatto che questi siano portatori di interessi personali atti ad inverare una posizione di conflittualità o anche di divergenza rispetto a quello, generale, affidato alle cure della P.A., indipendentemente dalla circostanza che, nel corso del procedimento, l'organo abbia proceduto in modo imparziale, o che non via sia prova di condizionamento per effetto del potenziale conflitto d'interessi. Sussiste, per evitare l'uso strumentale dell'obbligo d'astensione e della correlata ricsuzione, la necessità d'una lettura assai stringente delle norme ex art. 51 c.p.c.”; Cons. St., Sez. V, 28 maggio 2012, n. 3133, secondo cui: “In linea generale, è configurabile un obbligo generale di astensione dei membri di collegi amministrativi o dei titolari di organi monocratici che si vengano a trovare in posizione di conflitto di interessi perché portatori di interessi personali, diretti o indiretti, in contrasto anche potenziale con l'interesse pubblico. Il conflitto d'interessi, nei suoi termini essenziali valevoli per ciascun ramo del diritto, si individua nel contrasto tra due interessi facenti capo alla stessa persona, uno dei quali di tipo istituzionale ed un altro di tipo personale. La ratio di tale obbligo va ricondotta al principio costituzionale dell'imparzialità dell'azione amministrativa sancito dall'art. 97 Cost., a tutela del prestigio dell'amministrazione che deve essere posta al di sopra del sospetto, e costituisce regola tanto ampia quanto insuscettibile di compressione alcuna”. Cons. St., Sez. VI, 02 maggio 2016, n. 1668, in cui si legge che: “L'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi, in quanto finalizzato ad assicurare la serenità della scelta amministrativa discrezionale, costituisce regola di carattere generale che non ammette deroghe ed eccezioni e ricorre ogni qualvolta sussiste una correlazione diretta ed immediata fra la posizione del singolo componente dell'organo collegiale e l'oggetto della deliberazione, pur quando la votazione non potrebbe avere altro apprezzabile esito e quand'anche la scelta fosse in concreto la più utile e la più opportuna per lo stesso interesse pubblico (art. 97 Cost.).

modificativi o estintivi che solo il resistente può eccepire, anche in virtù di un criterio di *vicinitas* della prova.

Queste brevissime considerazioni, che saranno oggetto di maggiore approfondimento nella parte relativa alle singole eccezioni esperibili nel processo amministrativo, già dimostrano che una buona parte delle fattispecie ricondotte nell'alveo del vizio di incompetenza richiedono una strategia difensiva basata su eccezioni di merito e in senso stretto, cioè subordinate all'iniziativa della parte resistente o del controinteressato.

Tuttavia, l'importanza dei fatti di "eccezione" nel processo amministrativo emerge in pieno allorquando la censura che colpisce il provvedimento impugnato è quella dell'eccesso di potere: vizio della funzione amministrativa, sviamento di potere²⁴³, esercizio del potere amministrativo per una finalità ultronea rispetto a quella per la quale la norma attribuisce quel potere a quella amministrazione²⁴⁴.

²⁴³ Cfr. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, 1900, 1, a ribaltare la formulazione negativa espressa dal Consiglio di Stato e a trarre da essa la regola positiva per cui "vi potrà essere eccesso di potere quando una misura amministrativa sia fondata su apprezzamenti, i quali contengono qualcosa d'illogico e d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge"; cfr. altresì V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 806 ss., spec. 804; ID., *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. It.*, Torino, 1898, 861 ss., spec. 920 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, 1998, 153, per cui: "un fondamentale impulso all'attività di interpretazione ampliativa del concetto di eccesso di potere fu fornito dalla confluenza di taluni orientamenti dottrinali che muovevano, talvolta, da sponde concettuali antitetiche. "I semi del più efficace strumento di garanzia del cittadino nei confronti degli arbitri della pubblica amministrazione furono sparsi, tra l'altro, da Mantellini e Spaventa, propugnatori di una visione centralista del sistema amministrativo statale e strenui avversari delle ipotesi di ingerenza della giurisdizione ordinaria sull'esercizio del potere amministrativo".

²⁴⁴ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 698; P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 124 e ss., 124. Sull'origine dell'istituto dell'eccesso di potere anche G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, il quale nota che l'inclusione all'interno dell'eccesso di potere anche dei casi di inosservanza delle regole essenziali alla validità del giudizio rende complessa la nozione già al termine della sua evoluzione in campo giudiziario; F. BASSI, *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1964, 245 e ss., 249, il quale precisa come il principio della divisione dei poteri fosse ispirato sia dall'intento di impedire l'intervento dei tribunali nel campo riservato alle amministrazioni, sia dall'esigenza di garantire l'unità e l'accentramento del potere esecutivo; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. Dig. It., App.*, vol. III, 1982, 219 e ss.; .R. VILLATA, *Il*

Accanto allo sviamento di potere, la giurisprudenza individua diverse figure sintomatiche del vizio di eccesso di potere²⁴⁵. Tra queste, l'elaborazione giurisprudenziale annovera: la motivazione insufficiente, perplessa o contraddittoria; ingiustizia grave e manifesta; disparità di trattamento in modo irragionevole di casi identici; difetto d'istruttoria; travisamento dei fatti; violazione di circolari; mancata fissazione di autolimiti o relativa inosservanza²⁴⁶.

Si tratta di indizi sintomatici dello straripamento di potere, che però non escludono la prova contraria da parte dell'amministrazione.²⁴⁷ E' proprio in questo senso che viene in rilievo l'eccezione di merito e in senso stretto. La prova dell'assenza di un eccesso di potere passa attraverso l'allegazione di fatti che escludano in radice la presenza di una figura sintomatica (fatti estintivi) ovvero altri fatti che dimostrano l'infondatezza dei fatti costitutivi affermati dall'attore.

E' l'amministrazione resistente che deve allegare i fatti di cui è a conoscenza e che sono nella sua disponibilità al fine di dimostrare che non vi è stato un difetto d'istruttoria o una disparità di trattamento o un travisamento dei fatti ecc. Anche se il processo è impugnatorio-caducatorio, il giudice non può rilevare tali fatti *ex officio*; non si può

provvedimento amministrativo, 2006, 411 e ss.; Y. GAUDEMET, *Droit Administratif*, 19 ed., 2010, 142.

²⁴⁵ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, p. 100; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2008, 670; F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, 153.

²⁴⁶ Cfr. A. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato - Studi in occasione del centenario*, 1932, vol. II, 429 ss., con ampia rassegna giurisprudenziale a riguardo; M. CAMILLI, *Considerazioni sui sintomi dell'eccesso di potere*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 1038 ss.; l'uso dell'espressione "sintomi" o "figure sintomatiche" è presente già in F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 1341 ss.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, 1934, 96 ss.; sul fenomeno della dequotazione della motivazione, in ragione del fatto che il giudice amministrativo individua e valuta le ragioni alla base del provvedimento anche attraverso altre strade (uso dei mezzi istruttori, motivazioni aliunde, ossia da altri atti del procedimento implicite, o per relationem, ecc.) cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, 260 ss., 317; F. MODUGNO e M. MANETTI, *Eccesso di potere, cit.*, 3.

²⁴⁷ In tal senso, in dottrina: A. M. SANDULLI, *Manuale, cit.*, 700; in giurisprudenza, in senso conforme, cfr. Cons. St., sez. V, 11 marzo 2010, n. 1418, in *Red. Amm. CdS* 2010, 03; Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332, in *Foro amm. CdS*, 2009, 10, 2334.

Contra. Cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere, cit.*, 35; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 430

affermare che il rilievo di tali fatti rientra nel potere-dovere del giudice di accertare la fondatezza delle censure del ricorrente. Così opinando, si finirebbe per dequotare l'attività difensiva dell'amministrazione a mera collaborazione con l'attività primaria del giudice e il processo non sarebbe più né un processo di parti né un processo di parti in posizione paritaria.

9. Eccezioni, onere di allegazione e onere della prova.

Quanto rappresentato nel paragrafo precedente offre lo spunto per affrontare un altro tema legato alla sopra esposta visione dell'eccezione nel processo amministrativo. Si tratta del rapporto tra eccezioni, onere di allegazione ed onere della prova.

Si è detto che l'eccezione s'inserisce inevitabilmente nei rapporti tra organo giudicante e parte resistente. Si è anche avuto modo di approfondire le conseguenze che derivano su tale rapporto a seconda del rilievo che si attribuisca all'eccezione nel processo amministrativo.

Il problema del rapporto tra eccezioni, onere di allegazione e onere della prova sorge principalmente a causa della naturale e originaria struttura del processo impugnatorio-caducatorio.

Occorre tenere presente che il giudice amministrativo deve limitarsi a vagliare la fondatezza delle sole censure fatte valere dal ricorrente, senza poter sindacare d'ufficio altri profili di illegittimità dell'atto pure esistenti ma non oggetto di espressa censura.

Il potere del giudice di accertare la sussistenza dei vizi di legittimità, cioè i fatti costitutivi dell'invalidità, incontra un limite là dove comincia l'onere di allegazione ed eccezione della parte resistente.

Non può dubitarsi del fatto che anche il processo amministrativo si fonda su fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi allegati dalle parti e che formano il c.d. *thema probandum*²⁴⁸. In capo alle parti sussiste l'onere di allegare i fatti sia primari che secondari.

Le parti hanno, dunque, la disponibilità dei fatti da far confluire nel giudizio. Il giudice conosce i fatti così come filtrati dalle parti e a sua volta compie una cernita nel verificarne la rilevanza ai fini del giudizio.

²⁴⁸ M. DI RENZO, *L'eccezione, cit.*, 188-189.

L'allegazione si riferisce ai fatti e quindi non riguarda i giudizi di puro diritto come quello in Cassazione o il giudizio di legittimità costituzionale.²⁴⁹ Allegare vuol dire dichiarare in giudizio un fatto, per cui l'allegazione avviene, di solito, attraverso gli atti del processo. Nel giudizio amministrativo impugnatorio-caducatorio, l'allegazione dei fatti interessa soprattutto il ricorso per annullamento per eccesso di potere.²⁵⁰

Ogni fatto rilevante allegato deve essere oggetto di prova, tranne casi eccezionali come i fatti notori, cioè quelli che rientrano nella comune esperienza²⁵¹, e i fatti incontrovertibili, cioè quei fatti affermati da una parte e non contestati dall'altra parte regolarmente costituitasi (sul principio di non contestazione si dirà in seguito). L'affermazione di un fatto, dunque, deve essere seguita dalla prova dello stesso.

I fatti che formano il *thema probandum* stanno alla base delle domande e delle eccezioni proposte dalle parti.

Principio consolidato in dottrina è quello per cui, ai sensi dell'art. 39, co.1, c.p.a., che rinvia alle norme del codice di procedura civile per tutto quanto non espressamente disciplinato dallo stesso Codice, si estende anche al processo amministrativo l'art. 112 c.p.c. secondo cui "*il giudice deve pronunciarsi su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte solo dalle parti*".²⁵²

La norma, a sua volta, si collega, sul piano sostanziale, con l'art. 2697 c.c.²⁵³, il quale rappresenta la regola di normale distribuzione dei carichi probatori²⁵⁴ e, sul piano processuale, con l'art. 115 c.p.c. Ciò

²⁴⁹ S. PUGLIATTI, *Eccezione*, Voce, in *Nov. dig. civ.*, XIV, 1965, par.8.

²⁵⁰ ID., *op. loc. ult. cit.*

²⁵¹ Cfr. art. 115 c.p.c.

²⁵² R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale*, cit., 1946; G. FERRARI, *Art. 39*, in *Il nuovo Codice del processo amministrativo*, Roma, vol. II, 2011.

²⁵³ Sull'art. 2697 c.c. si veda V. COLESANTI, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, par. 12, in cui si legge che "*nella disposizione di cui all'art. 2697 c.c. il richiamo al concetto di eccezione opera in vista di quella particolare tecnica legislativa che si è ormai soliti designare come "semplificazione analitica della fattispecie": tutti i fatti i quali restano estranei al modello legale, alla cui integrazione contribuiscono i fatti denominati come costitutivi, divengono oggetto di altrettante eccezioni da parte di chi li invoca, con la conseguenza che passa a carico dell'eccepiente il rischio della mancata prova di quei fatti*".

²⁵⁴ M. SINISI, *Istruttoria: disponibilità, onere e valutazione*, in M. A. SANDULLI, *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 208-209.

implica che la regola di giudizio rimane quella per cui ciascuna parte deve provare i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni.

Il principio che, soprattutto dopo il c.p.a., regge il processo amministrativo è quello dispositivo attenuato dal metodo acquisitivo²⁵⁵. Gli artt. 63 e 64 c.p.a., sul punto, costituiscono le norme fondamentali²⁵⁶.

All'art. 63 c.p.a. si fissa il principio per cui le parti hanno l'onere della prova a loro carico, ma il giudice dispone di poteri ordinatori e istruttori officiosi, che si estendono a tutti mezzi di prova previsti dal c.p.c., con esclusione della prove legali quali interrogatorio formale (volto alla confessione giudiziale) e giuramento.

Si può affermare, dunque, che nel processo amministrativo vige il c.d. onere del principio di prova²⁵⁷.

L'art. 64 c.p.a., al primo comma, prevede che grava sulle parti *“l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni”*.

Al secondo comma, invece, si enuncia il principio *iudex sicundum alligata judicare debet* e si fissa il principio di non contestazione.²⁵⁸

Il potere del giudice di acquisire d'ufficio la prova di determinati fatti decisivi trova un limite nel rispetto del principio dispositivo.

²⁵⁵ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 204 e ss.; G. CORSO, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVIII, Agg., Roma, 2003, 15.

²⁵⁶ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 28 marzo 2012, n. 1833, in cui si afferma che: *“Secondo i principi generali che presiedono alla valutazione delle risultanze istruttorie, enunciati dall'art. 116 c.p.c. ed oggi espressamente codificati nel processo amministrativo dall'art. 64, il g.a. (o civile) ben può utilizzare - in mancanza di qualsiasi divieto di legge e in ossequio al principio dell'atipicità delle prove - come fonte anche esclusiva del proprio convincimento le prove raccolte nel giudizio penale conclusosi con sentenza non esplicante autorità di giudicato nei confronti di tutte le parti della causa amministrativa (o civile), e ricavare gli elementi di fatto dalla sentenza e dagli altri atti del processo penale, purché le risultanze probatorie siano sottoposte a un autonomo vaglio critico svincolato dall'interpretazione e dalla valutazione che ne abbia già dato il giudice penale, e purché la valutazione del materiale probatorio sia effettuata in modo globale e non frammentaria e limitata a singoli elementi di prova.”*

²⁵⁷ F. BENVENUTI, *L'onere del principio di prova nel processo amministrativo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, 776 ss.

²⁵⁸ P. DE LISE, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

Secondo la prevalente giurisprudenza e dottrina²⁵⁹, il potere acquisitivo è un metodo che s'innesta nel principio dispositivo che governa

²⁵⁹ In giurisprudenza, si vedano, sul punto: TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 28 gennaio 2016, n. 135, secondo cui: *“Ai sensi degli artt. 63 e 64 c.p.a., il c.d. principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova postula che l'interessato debba avanzare almeno un principio di prova affinché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori officiosi; di conseguenza le parti del processo amministrativo sono tenute a fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità e che riguardino i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni. Si è rilevato che tale principio, che pure connota il processo amministrativo, non può ridursi ad una inversione dell'onere della prova, dovendosi considerare che l'esercizio di poteri istruttori è rimesso al prudente apprezzamento del giudice, che in tale valutazione deve rispettare la regola della parità delle parti. Invero gli artt. 63 e 64 cod. proc. amm. Onerano inequivocabilmente le parti del processo di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità (o siano agevolmente acquisibili) e che riguardino i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni.”*

Ancora più chiara, in tema, è TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 1154, secondo cui: *“Nel giudizio amministrativo non è sufficiente la generica deduzione di un vizio dell'atto impugnato, ma occorre che sia precisato il profilo sotto il quale il vizio viene dedotto, indicando tutte le circostanze dalle quali possa desumersi che il vizio denunciato effettivamente sussista; deve, pertanto, ritenersi inammissibile per genericità la censura da cui non si evincano specifici elementi in base ai quali sarebbero sussistenti i dedotti vizi, né a tale genericità potrà sopperire l'eventuale attività istruttoria laddove manchi un principio di prova ovvero laddove si tratti di censura relativa ad atti e documentazione grafica nella piena disponibilità della parte istante, ciò in quanto il mancato assolvimento, da parte del ricorrente, degli oneri probatori su di esso gravanti, non può essere sanato dall'attività istruttoria dal momento che, nel processo amministrativo, pur dopo l'entrata in vigore del codice di rito, il sistema probatorio è retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice: principio che comporta l'onere per l'interessato di presentare almeno un principio di prova (nella fattispecie, ad avviso della ricorrente dalla planimetria del progetto definitivo gravato emergeva uno slittamento del progetto che sarebbe finito - a suo dire - con l'interessare aree esterne all'area sottoposta a vincolo preordinato all'esproprio. Il Collegio, rilevando che la ricorrente non aveva allegato alcuna prova su quanto così genericamente affermato in ricorso, che non era stata prodotta una relazione tecnica che asseverasse e documentasse graficamente l'asserito "slittamento" dell'area espropriata fuori dall'area sottoposta a vincolo, e che, infine, non era possibile in alcun modo risalire a siffatta evenienza dall'estratto di mappa allegato al decreto di esproprio, dichiarava il motivo inammissibile per genericità).”*

In dottrina, si vedano: C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, 5 ed., Torino, 2010, 220; D. DI CARLO, *Artt. 63 e 64*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di E. PICOZZA, Torino, 2010, 116 ss.; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 372; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it (novembre 2010), § 4; G. D'ANGELO, *L'istruttoria*, in *Foro it.*, 2010, V, 215 ss.; A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 600-

l'introduzione della prova, ma non può travalicarlo. Il giudice non può mai sostituirsi alla parte nell'adempimento dell'onere di allegazione e di prova dei fatti allegati. Affinché il giudice possa disporre mezzi di prova d'ufficio è necessario quantomeno un principio di prova²⁶⁰.

La sostanziale parità di armi e di posizioni tra il ricorrente amministrato e l'amministrazione resistente fa sì che l'area del "metodo acquisitivo" sia sempre più ridotta a favore di un principio dispositivo puro.²⁶¹

601, anche in nota 46; E. DE FRANCISCO, *Il nuovo codice del processo amministrativo: il giudizio di primo grado*, in *Presidenza del consiglio dei ministri, Il codice del processo amministrativo* (Trascrizione delle lezioni in materia di decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 tenutesi presso la Sala polifunzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri nei mesi di novembre e dicembre 2010), in *www.astrid-online.it*, 76 ss.; F.G. SCOCA, *Artt. 63 e 64*, in A. QUARANTA – V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2010, 535 ss., il quale, dopo aver esordito affermando che «[f]inalmente, dopo circa 120 anni, il sistema probatorio si è adeguato alle esigenze di un processo dispositivo» e che «[l]a nuova disciplina della istruzione probatoria nel processo amministrativo modifica profondamente la disciplina pregressa» (ivi, 536), finisce per constatare che il sistema probatorio delineato dal codice risulta articolato, da un lato, sull'onere gravante sulle parti, e, dall'altro, su ampi poteri officiosi, per cui con la nuova disciplina non viene superata «(almeno apparentemente) la risalente ricostruzione del sistema probatorio proprio del processo amministrativo (sistema dispositivo con metodo acquisitivo), dato che l'onere della prova, posto a (totale) carico delle parti è coesistente al modello del processo dispositivo, mentre la previsione di (rilevanti) poteri officiosi del giudice è tipica del modello del processo inquisitorio»; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 13 ed., Milano, 2011, 850; M. PROTTO, *Le garanzie di indipendenza ed imparzialità del giudice nel processo amministrativo* (Relazione all'Incontro su: «Le garanzie delle giurisdizioni» - Venezia, 7-9 aprile 2011), in *www.grupposanmartino.it*, § 5.4; C. LAMBERTI, *Disponibilità ed onere della prova* (Relazione al Convegno su: «La disponibilità della domanda nel processo amministrativo» - Roma, 10-11 giugno 2011), 16-17 e 21-23 del dattiloscritto; G. MANFREDI, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2010, 478. In posizione in certo senso intermedia, A. CARBONE, *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova* (Intervento al Convegno da ultimo citato), § 2, secondo il quale il codice non disattende il sistema tradizionale, ma lo riconduce nei termini della sua originaria elaborazione: «non cioè come mero onere di allegazione, ma tuttavia nemmeno nel senso dell'asettica applicazione del principio dell'onere della prova»; L. Giani, *La fase istruttoria*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 4 ed., Torino, 2011, 361 e 365, la quale ravvisa una notevole attenuazione del metodo acquisitivo; V. SALAMONE, *Prime note illustrative del nuovo processo amministrativo dinanzi ai Tribunali amministrativi regionali*, Palermo, 2010, 99, secondo cui l'art. 63 c.p.a. ha parzialmente modificato il sistema tradizionale improntato al metodo acquisitivo.

²⁶⁰ Cfr. TAR Toscana, Sez. I, 20 dicembre 2007, n. 5155; Cons. St., Sez. IV, 12 maggio 2009, n. 2902; Cons. St., Sez. IV, 25 maggio 2011, n. 3135;

²⁶¹ P. DE LISE, *op. cit.*; R. GAROFOLI – G. Ferrari, *Manuale, cit.*, 1983-1984.

Assodato che, anche nel processo amministrativo, l'eccezione rappresenta un canale di ingresso dei fatti nel giudizio e che l'introduzione degli stessi avviene, nella generalità dei casi (salvo eccezioni), mediante allegazione, occorre soffermarsi sul rapporto tra onere di allegazione e onere della prova.

Si potrebbe sostenere che onere della prova e onere di allegazione siano paralleli e correlati. Chi ha l'onere della prova di un determinato fatto, avrebbe sempre anche l'onere di allegazione dello stesso. I due oneri non potrebbero essere disaccoppiati senza violare il principio dispositivo. L'eventuale separazione tra onere della prova e onere di allegazione comporterebbe che, sebbene l'onere della prova di determinati fatti gravi su una delle parti, il giudice potrebbe rilevare il fatto da sé, anche se non allegato dalla parte interessata: il che è vietato dal principio dispositivo.²⁶²

Tuttavia, sul tema, pare prevalere una diversa opinione.

Si ritiene, cioè, che non sempre onere di allegazione ed onere della prova siano correlati e inscindibili. Il giudice deve rispettare i limiti imposti dal principio dispositivo, dal potere delle parti di disporre dei fatti e delle prove, ponendo a fondamento della decisione i fatti provati dalle parti, con il temperamento del metodo acquisitivo in determinate ipotesi. Il principio dispositivo con metodo acquisitivo sembra portare verso la scissione tra onere di allegazione e onere della prova. Il giudice, infatti, può esercitare i poteri acquisitivi officiosi relativamente alla prova dei fatti, ma non alla loro introduzione in giudizio²⁶³. L'istruttoria ufficiosa subentra quando il giudicante ritenga di dover attivare i suoi poteri d'ufficio, solo dopo però che le parti abbiano delineato il tema del contendere. La mancanza cioè di un'effettiva uguaglianza tra le parti private e pubbliche, se giustifica lo specifico metodo istruttorio del processo amministrativo, non è idonea ad incidere sul limite dell'allegazione, che è inerente invece ad

²⁶² La tesi è enunciata da F. CARNELUTTI, *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 447 e ss. e 648 e ss.; cfr. anche V. COLESANTI, *Eccezione, cit.*, par. 13.

²⁶³ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 maggio 2009, n. 2902, in *Foro amm. CdS*, 2009, 1249, secondo cui "anche nel processo amministrativo sussiste l'onere per la parte di enunciare i fatti che sono a fondamento della pretesa avanzata, poiché il potere di acquisizione riconosciuto al giudice di tale processo è un "metodo" ed in quanto tale s'innesta nel principio dispositivo che governa l'introduzione della prova a carico della parte, ma non lo può travalicare, sicché giammai egli può sostituire la parte nell'adempimento di detto onere".

ogni processo di parti²⁶⁴: monopolio delle parti sui fatti ma iniziativa officiosa nel disporre i mezzi di prova sono i confini entro i quali il giudice amministrativo deve esercitare la sua libertà di provvedere agli elementi di convincimento.

Tale principio costituisce la premessa per poter distinguere due diverse ipotesi²⁶⁵.

Da un lato, è possibile che il soggetto gravato dall'onere di allegazione, poi non abbia l'onere della prova. Ciò accade in due casi esemplificativi: (i) quando la parte ha allegato il fatto in giudizio ma a suo favore operano delle presunzioni legali²⁶⁶; (ii) quando la parte ha allegato il fatto in giudizio e questo è incontrovertito, nel senso che non è stato oggetto di specifica contestazione dell'altra parte regolarmente costituitasi²⁶⁷. La non contestazione non assume, secondo i più, valore di *ficta confessio*, ma comunque determina una *relevatio ab onus probandi*, cioè solleva la parte dall'onere di provare il fatto non contestato.

Nei due casi sopra descritti si assiste ad una scissione tra onere di allegazione e onere della prova.

Al contrario, vi sono delle situazioni processuali in cui sulla parte grava l'onere della prova, ma non anche quello di allegazione²⁶⁸. Ciò si verifica quanto il fatto che una delle parti deve provare subentra nel processo non perché allegato dalla parte che vi avrebbe interesse, ma perché allegato da un soggetto diverso. Il fatto trova ingresso nel processo attraverso l'allegazione, ma l'onere della prova permane sulla parte gravata dello stesso secondo le regole di riparto. Se il fatto introdotto è un fatto costitutivo, il ricorrente, benchè non lo abbia

²⁶⁴ R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 208, nota 29 ove si critica la posizione di L. MIGLIORINI sul punto, e 212.

²⁶⁵ ID., *op. cit.*, *ibidem*; M. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, *passim.*; S. PUGLIATTI, *Eccezione, cit.*, par. 8.

²⁶⁶ V. COLESANTI, *op. cit.*, *ibidem*.

²⁶⁷ Cfr. Cons. St., Sez. V, 14 aprile 2015, n. 1877, per cui: “*Nel processo amministrativo il soggetto gravato dell'onere della prova del fatto da lui allegato non deve, in linea di principio e fatte salve le eccezioni del caso, fornire un'ulteriore dimostrazione dello stesso quando, dopo la relativa allegazione nell'atto introduttivo e nella fase della trattazione, la controparte non abbia contestato in alcun modo la veridicità di quanto rappresentato e posto a fondamento della pretesa azionata.*”.

²⁶⁸ M. CAPPELLETTI, *L'eccezione, cit.*, 272.; E. T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 450.

allegato, ha l'onere di provarlo per uscire vittorioso dal processo. Così come, se il fatto introdotto è un fatto estintivo, modificativo o impeditivo, il resistente, benchè egli non lo abbia allegato, ha l'onere della prova dello stesso al fine di ottenere il rigetto della domanda.

Nel processo civile, lo scollamento tra onere di allegazione e onere della prova si avverte in modo ancora più marcato. Si pensi agli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi in tema di allegazione e prova dell'altrui inadempimento secondo cui il creditore deve soltanto allegare l'inadempimento, ma l'onere della prova dell'adempimento grava sul debitore convenuto²⁶⁹.

²⁶⁹ Come *leading case*, si veda Cass., 30 ottobre 2001, n. 13533, secondo cui: “*In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. (Nell'affermare il principio di diritto che precede, le SS.UU. della Corte hanno ulteriormente precisato che esso trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento”.*

10. Eccezioni, verificaione e consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo.

Avuto riguardo ai rapporti tra eccezione, onere di allegazione e onere della prova nel processo amministrativo, occorre soffermarsi sul ruolo della verificaione e della consulenza tecnica d'ufficio in rapporto alle eccezioni di merito.

Gli istituti attengono al più generale tema della rilevanza dei fatti nel processo amministrativo e dei modi di accesso al fatto del giudice amministrativo.²⁷⁰

Il processo amministrativo impugnatorio – caducatorio classico si presenta come sede naturale del sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo. Il giudizio amministrativo di legittimità ha ad oggetto un'attività procedimentale posta in essere da determinati organi della pubblica amministrazione. Sembrerebbe, in apparenza, un processo tutto improntato alla soluzione di questioni di puro diritto, al fine di verificare l'esistenza dei vizi affermati dal ricorrente.

Una prima ricostruzione del fatto la si ritrova nel provvedimento amministrativo impugnato, nelle premesse e nella motivazione.

Una seconda esposizione la si ha nel ricorso e nella memoria difensiva.

Va detto, poi, che l'ingresso del fatto nel processo si è accentuato con la previsione della giurisdizione del giudice amministrativo anche sui comportamenti amministrativi direttamente o solo mediatamente collegati con l'esercizio del potere amministrativo.

Inoltre, come ampiamente illustrato nei paragrafi precedenti, i vizi di legittimità denunciati dal ricorrente non sempre si traducono in contestazioni solo sul diritto.

I vizi di legittimità rappresentano veri e propri fatti costitutivi della domanda di annullamento. Alla base di tali vizi ci sono dei fatti, delle vicende fattuali, principali o secondarie, che si sono tradotte nei corrispondenti vizi. L'omessa comunicazione di avvio del procedimento è un fatto costitutivo, negativo, ma sempre un fatto, dotato di una propria dimensione spaziale e temporale. Il fatto assume una rilevanza strategica, in quanto “è nelle pieghe del fatto che spesso

²⁷⁰ G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2002, 11.

si annidano le deviazioni del potere e/o le malizie del singolo".²⁷¹
Esempio più significativo è il vizio di eccesso di potere.

Allo stesso tempo, le eccezioni del resistente sono strumenti che permettono di introdurre nel giudizio fatti diversi da quelli allegati dal ricorrente con efficacia impeditiva, estintiva o modificativa. A fronte di un asserito vizio di difetto d'istruttoria o di travisamento dei fatti, l'amministrazione può difendere il provvedimento eccependo altri fatti che ne escludono la fondatezza.

Dunque, nel giudizio amministrativo, il fatto ha un rilievo determinante.

Il fatto è il punto di partenza del ragionamento del giudice, tanto più nel processo amministrativo del c.p.a. in cui si è esteso il sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica e si è accolto il principio dell'atipicità delle azioni²⁷².

E' stato efficacemente osservato che, ormai, nel giudizio amministrativo, *"la componente del fatto ha raggiunto quantomeno lo stesso peso di quella del diritto"*.²⁷³

La rilevanza della componente fattuale è ancora più evidente se si considerano gli strumenti della verifica e della consulenza tecnica d'ufficio, introdotta dall'art. 16 della legge n. 205 del 2000. L'istituto ha trovato una propria collocazione sistematica nel codice del processo amministrativo²⁷⁴.

L'art. 63, comma 4, c.p.a. dispone che *"qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che richiedono particolari competenze tecniche, il giudice può ordinare l'esecuzione di una verifica ovvero, se indispensabile, può disporre una consulenza tecnica"*.

²⁷¹ ID., *op. cit.*, *ibidem*.

²⁷² M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12, 3533; S. LUCATTINI, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 203; M. ADORNO, *La consulenza tecnica d'ufficio nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 486.

²⁷³ Vedi: Cons. St., Sez. III, 23 febbraio 2012, n. 1069, in *Foro amm. CdS*, 2012, 281.

²⁷⁴ Per un approfondimento sul sindacato del giudice amministrativo sul fatto, si veda: L. N. E. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, 535 e ss.

Eccezione, verificaione e consulenza tecnica hanno in comune l'attinenza al fatto ma si pongono in rapporti molto differenti rispetto ad esso.

L'eccezione introduce nel processo dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi; la verificaione accerta determinati fatti, consistendo in un'attività meramente ricognitiva di un fatto dirimente per la decisione²⁷⁵; la consulenza tecnica serve, invece, a compiere delle valutazioni circa fatti già assunti nel giudizio alla stregua di regole tecniche proprie di discipline diverse dal diritto²⁷⁶.

La consulenza tecnica non è un mezzo di prova, bensì un mezzo di valutazione dei fatti e delle prove già fornite.²⁷⁷

Con essa non si può sopperire all'inerzia delle parti nell'allegazione dei fatti costitutivi a base della domanda ovvero dei fatti modificativi, estintivi o impeditivi rilevabili solo su istanza di parte. Né si può sottrarre le parti all'assolvimento dell'onere della prova²⁷⁸. La consulenza tecnica, infatti, presuppone che le parti abbiano già assolto l'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c., cioè abbiano già fornito la prova dei fatti posti a base della domanda o delle eccezioni²⁷⁹.

²⁷⁵ M. A. SANDULLI, *La consulenza, cit., ibidem*.

²⁷⁶ Cfr. Cons. St., Sez. V, 07 giugno 2016, n. 2433, secondo cui: “Nelle gare pubbliche la c.d. verificaione (art. 66, c.p.a.) consiste essenzialmente in un accertamento disposto al fine di completare la conoscenza dei fatti che non siano desumibili dalle risultanze documentali; invece, la cd. consulenza tecnica (art. 67, c.p.a.) si estrinseca in una valutazione di situazioni da utilizzare ai fini della decisione, dall'oggetto non meramente ricognitivo e circoscritto a un fatto specifico, e la cui soluzione implica specifiche cognizioni tecniche.”

²⁷⁷ M. A. SANDULLI, *La consulenza, cit.*

²⁷⁸ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4958, per cui: “La consulenza tecnica d'ufficio non può supplire l'onere probatorio che incombe sulle parti in causa e che non risulta adempiuto, non essendo stato fornito alcun elemento, neppure indiziario, volto a mettere seriamente ed obiettivamente in dubbio le conclusioni raggiunte con i provvedimenti impugnati.”

²⁷⁹ Cfr. Cass., 14 dicembre 2015, n. 25140, in *Guida al diritto*, 2016, 7, 57; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 24 febbraio 2016, n. 1246, secondo cui: “È stato più volte affermato dalla giurisprudenza che, in relazione alle finalità proprie della consulenza tecnica d'ufficio - vale a dire di aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze - il suddetto mezzo d'indagine non può essere disposto al fine di esonerare la parte dal fornire le prove di quanto assume ed è quindi legittimamente negato dal giudice qualora la parte tenda con esso a supplire alle deficienze delle proprie allegazioni od offerte di prova ovvero a compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi di fatto o circostanze non provati.”

Vi sono, tuttavia, delle ipotesi in cui al consulente viene richiesto di accertare i fatti stessi (c.d. consulente percipiente). In ogni caso, anche il consulente percipiente non può travalicare il limite dei fatti allegati dalle parti e non può surrettiziamente assolvere l'onere della prova gravante sulle parti. E' sempre necessario che le parti alleghino i fatti posti a fondamento del loro diritto²⁸⁰.

11. Modalità di esercizio giudiziale delle eccezioni: le memorie difensive.

Il tema della rilevanza del fatto nel processo amministrativo, come già accennato nel precedente paragrafo, s'intreccia inevitabilmente con il tema delle eccezioni. Queste rappresentano il principale canale attraverso cui il resistente e il controinteressato possono far entrare i fatti nel processo. Ovviamente si tratta di fatti impeditivi, estintivi o modificativi dei fatti costitutivi introdotti nel giudizio dal ricorrente.

Se l'eccezione costituisce uno strumento tipico di difesa anche nel processo amministrativo, occorre approfondire, altresì, come tale strumento si utilizza nel contesto processuale. Si rende necessario, cioè, individuare le forme e le modalità di esercizio delle eccezioni.

Anzitutto, si osserva che per l'esercizio delle eccezioni non è necessaria una procura *ad hoc*. Trattandosi di attività difensiva che estende la cognizione del giudice, ma nei limiti della domanda, non è necessario che la facoltà di sollevare eccezioni sia espressamente specificata nella procura.²⁸¹

L'atto difensivo con cui sono proposti in giudizio i fatti oggetto di eccezione è la memoria difensiva, nella quale, dopo che è stato riportato più o meno sommariamente l'assunto del ricorrente, si indicano circostanze in fatto o in diritto che rendono infondata la domanda. Infine, vi sono le conclusioni, con la formale richiesta di rigetto della domanda. Dunque, l'eccezione non richiede particolari formule sacramentali, né è necessario richiamare espressamente la disposizione applicabile al caso di specie. E' sufficiente che emerga la

²⁸⁰ M. A. SANDULLI, *La consulenza, cit.*,

²⁸¹ M. DI RENZO, *L'eccezione, cit.*, 239.

volontà di ottenere il rigetto della domanda in forza di un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del fatto costitutivo della domanda del ricorrente.

Più complessa, invece, è la questione riguardante l'onere di proposizione delle eccezioni nella prima memoria difensiva. Occorre chiedersi se, al pari di quanto avviene nel processo civile, il primo atto difensivo debba contenere, a pena di decadenza, le eccezioni in senso stretto o proponibili solo su istanza di parte.

In passato, il primo atto difensivo, in base all'art. 51 del regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato del 1907²⁸², prendeva il nome di “*controricorso*”. L'art. 51 del T.U. sul Consiglio di Stato, invece, utilizza l'espressione “*memorie difensive*”. In ogni caso, si prevedeva che le parti intimare avessero un termine di trenta giorni successivo al deposito del ricorso per presentare memorie, istanze e documenti ed, eventualmente, anche per proporre un ricorso incidentale.²⁸³

Sulla natura del termine di trenta giorni per le memorie difensive non vi era univocità di vedute.

Alcuni ritenevano che esso fosse previsto a pena di decadenza. Di tal ché, si affermava che le eccezioni dovessero essere necessariamente fatte valere con il controricorso/ memoria difensiva nel termine di legge.²⁸⁴ Si riteneva, cioè, che dalla lettura sistematica e complessiva degli artt. 38, T.U. Cons. Stato, 10, T.U. G.P.A. e 22, reg. proc. Cons. St., risultasse chiaro il carattere perentorio del termine suddetto. Pertanto, dopo la scadenza del termine per la proposizione del controricorso, non potevano più essere proposte eccezioni in senso stretto. Né nelle successive memorie, né all'udienza di trattazione.

Giurisprudenza e dottrina prevalente, invece, consideravano il termine anzidetto come meramente ordinatorio. Di regola, le parti interessate a contrastare la domanda, si astenevano dal presentare un controricorso o una memoria difensiva – secondo l'art. 51 reg. proc. Cons. St. – fino all'imminenza dell'udienza di trattazione. Fino a tale udienza, le parti intimare si limitano a una costituzione formale nella segreteria del Consiglio di Stato²⁸⁵.

²⁸² R.D. 17 agosto 1907, n. 642.

²⁸³ A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., 357.

²⁸⁴ M. DI RENZO, *L'eccezione*, cit., 240.

²⁸⁵ A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., 358.

Quanto al contenuto, con il controricorso e le successive memorie difensive si esponevano non soltanto le c.d. mere difese, ma anche vere e proprie eccezioni.²⁸⁶

Successivamente, la legge 6 dicembre 1971, n. 1034, all'art. 22, comma 1, prima parte, prevedeva 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”*.

Tale norma è stata oggi abrogata dall'art. 4, all. 4, del Codice del processo amministrativo, il quale, all'art. 46, prevede che le parti intime possono costituirsi in giudizio, presentare memorie, fare istanze e indicare i mezzi di prova di cui intendono valersi, nonché produrre documenti, nel termine di sessanta giorni dal perfezionamento nei loro confronti della notificazione del ricorso.

La prevalente giurisprudenza e dottrina ritiene che tali termini siano ordinatori²⁸⁷. Il mancato rispetto degli stessi non comporta decadenza da particolari facoltà processuali. Inoltre, è possibile che l'atto di costituzione si limiti alle tradizionali e sintetiche clausole di stile recanti l'indicazione delle parti resistenti e dei loro difensori con la richiesta di rigetto della domanda²⁸⁸.

Al fine di rispondere all'interrogativo posto sopra, è utile mettere a confronto l'art. 46 c.p.a. con l'art. 167 c.p.c. sulla comparsa di risposta nel processo civile. Il secondo comma dell'art. 167 cit. statuisce espressamente che, nella comparsa, il convenuto deve proporre le eccezioni non rilevabili d'ufficio, le domande riconvenzionali (nonché

²⁸⁶ ID., *op. loc. ult. cit.*

²⁸⁷ R. INVERNIZZI, *Il ricorso principale e incidentale. La costituzione delle parti evocate*, in M.A. SANDULLI, *Il nuovo processo*, cit., 102 e ss.

²⁸⁸ Il principio è espresso da Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5, in *Urb. e app.*, 2013, 7, 800, con nota di S. Fantini, *Sulla costituzione in giudizio delle parti intime e sulla concessione di spazio pubblico*. La pronuncia afferma che: *“il termine per la costituzione in giudizio delle parti intime - (resistente, controinteressato, e cointeressato n.d.A.) - previsto dall'art. 46, comma 1, del codice del processo amministrativo ha natura ordinatoria; esse possono perciò costituirsi in giudizio anche nell'udienza di merito ma svolgendo solo difese orali senza possibilità di produrre scritti difensivi e documenti”*. La statuizione dell'Adunanza Plenaria ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza, Cfr. TAR Campania, Napoli Sez. VII, 25 luglio 2016, n. 3881; Cons. St., Sez. V, 11 luglio 2016, n. 3053.

effettuare l'eventuale chiamata in causa del terzo – ma questo nel terzo comma) a pena di decadenza.

L'art. 46 c.p.a., invece, dispone che le parti "possono" costituirsi nel termine di sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso, e non prefigura un effetto decadenziale, conseguenza dello spirare di un termine perentorio (come, diversamente, nel caso dell'art. 41, comma 2, per la notificazione della domanda di annullamento, ovvero dell'art. 45, comma 1, per il deposito del ricorso, od, ancora, nel caso degli artt. 52, comma 1, e 54, comma 1, con riguardo al giudizio di cognizione), trovando comunque applicazione, in forza del rinvio esterno, l'art. 152 del c.p.c. , alla cui stregua i termini legali (e giudiziari) sono ordinatori, salvo che la legge li dichiari espressamente perentori, o la perentorietà consegua allo scopo ed alla funzione adempiuta.

Inoltre, non esiste una soluzione di continuità tra il c.p.a. e la precedente disciplina desumibile dall'abrogato art. 22 della L. n. 1034 del 1971, nella quale era considerato ordinatorio il termine per la costituzione delle parti intime.

La specifica disciplina contenuta nell'art. 55, comma 7, c.p.a. finalizzata a garantire la rapidità dei termini della fase cautelare, non vale di per sé ad escludere che analoga possibilità possa valere per l'udienza pubblica.

Sul piano del contraddittorio sostanziale, poi, il privilegio difensivo di cui potrebbero godere le parti intime per l'asimmetrica costituzione in giudizio è bilanciato dalla consumazione delle facoltà processuali cadenzate dall'art. 73, comma 1, del c.p.a., e comunque opera la clausola di salvaguardia per cui, in caso di effettiva lesione del diritto di difesa, il giudice può disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine ritenuto congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza.

12. Eccezione e ricorso incidentale alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

L'eccezione, per sue caratteristiche intrinseche, è un mezzo di difesa che opera nei limiti della domanda ma ampliando i fatti su cui il giudice esercita il proprio potere cognitivo. Si tratta, come più volte rimarcato, di un mezzo che non può svolgere compiti di offesa. Essa mira a contraddire i fatti affermati dal ricorrente. Si è visto, poi, che la sede naturale in cui operano le eccezioni è quella delle memorie difensive.

Questi indefettibili caratteri dell'eccezione portano ad interrogarsi circa i rapporti tra eccezioni e ricorso incidentale nel processo amministrativo.

Nella sua impostazione tradizionale, il ricorso incidentale veniva inteso come quello strumento che consentiva al resistente o al controinteressato di impugnare il provvedimento già impugnato in via principale dal ricorrente per motivi diversi, facendo valere vizi diversi. Ciò era utile anche nei casi in cui l'amministrazione resistente avesse adottato un nuovo provvedimento.

L'istituto era già contemplato nel regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato del 1907 e trovò una più chiara disciplina con l'art. 37 del T.U. sul Consiglio di Stato del 1924, il quale prevedeva che: *“La notificazione del ricorso incidentale sarà fatta nei modi prescritti per il ricorso principale, presso il domicilio eletto, all'avvocato che ha firmato il ricorso stesso.*

L'originale del ricorso incidentale, con la prova delle eseguite notificazioni e coi documenti, deve essere depositato in segreteria nel termine di giorni 10.

Se colui che vuole produrre il ricorso incidentale risiede all'estero, il termine per la notificazione è aumentato nella misura indicata al capoverso secondo dell'art. 36.

I termini e i modi prescritti nel presente articolo per la notificazione e il deposito del ricorso incidentale debbono osservarsi a pena di decadenza.

Il ricorso incidentale non è efficace, se venga prodotto dopo che siasi rinunciato al ricorso principale, o se questo venga dichiarato inammissibile, per essere stato proposto fuori termine.”.

Oggi il volto del ricorso incidentale è notevolmente cambiato grazie all'intervento del Codice del processo amministrativo.

Anzitutto, si osserva che, ai sensi dell'art. 24 c.p.a., la procura alle liti rilasciata per agire o resistere davanti al giudice amministrativo comprende in sé anche quella per proporre motivi aggiunti e ricorso incidentale.

L'art. 42 c.p.a., dedicato al ricorso incidentale e alle domande riconvenzionali, statuisce che la legittimazione attiva spetta alla parte resistente e ai controinteressati. Con il ricorso incidentale si propongono domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda principale. Ciò sta ad indicare il carattere tradizionalmente accessorio del ricorso incidentale, che dunque segue le sorti del ricorso principale. L'interesse al ricorso incidentale sorge solo a causa della proposizione del ricorso principale. Tant'è che la lesione del ricorrente incidentale è solo potenziale e virtuale, in quanto deriverebbe dall'accoglimento del ricorso principale²⁸⁹.

Si tenga presente, inoltre, che le domande proponibili con ricorso incidentale debbono sempre riguardare controversie in cui si faccia questioni di interessi legittimi.

Il ricorso incidentale va proposto, a pena di decadenza, entro il termine di sessanta giorni dalla ricezione della notificazione del ricorso principale. Esso va notificato alle altre parti e successivamente depositato nei termini e nei modi di cui agli artt. 40, 41 e 45 c.p.a.

Sempre avendo riguardo al dato positivo, va detto che se, in sede cautelare, sussistono le condizioni previste dall'art. 60 c.p.a. per la definizione del giudizio con sentenza semplificata al termine dell'udienza, la volontà di una parte di proporre ricorso incidentale ha carattere ostativo, impedendo la definizione accelerata del giudizio.

Nei giudizi che si trattano in camera di consiglio (art. 87, co.2, c.p.a.), i termini processuali sono dimezzati, ma ciò non vale per la notificazione del ricorso principale, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, i quali, in primo grado, restano invariati. Ugualmente avviene nel rito accelerato di cui all'art. 119 c.p.a.

²⁸⁹ Cfr. Cons. St., sez. V, 20 luglio 2016, n. 3277 per cui *“Nel processo amministrativo l'interesse del controinteressato a proporre ricorso incidentale sorge solo a seguito dell'impugnazione principale, momento nel quale l'art. 42 comma 1, c.p.a. individua, appunto, il termine per la proposizione del ricorso incidentale.”*

A seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, ad opera del Dec. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è stata introdotta una preclusione alla facoltà di proposizione del ricorso incidentale nel rito appalti. L'art. 120, comma 3, c.p.a., nella sua versione attuale, prevede che *“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività.”*²⁹⁰

Ciò premesso, deve osservarsi che il ricorso incidentale è uno strumento di c.d. difesa attiva²⁹¹, in quanto è volto a paralizzare l'azione del ricorrente, al fine di conservare gli effetti vantaggiosi del provvedimento impugnato. Il ricorso incidentale viene concepito come

²⁹⁰ Comma aggiunto dall'art. 204, comma 1, lett. b), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

L'art. 29, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per assicurare l'immediata conoscibilità dei provvedimenti da impugnare ai sensi del comma 2 bis, così dispone: *“1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 112 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente”, con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. È inoltre pubblicata la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione”.*

²⁹¹ La definizione molto efficace è di F. LUBRANO, *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 756 ss.;

un vero e proprio strumento di difesa, il che si concilia con la definitiva trasformazione del processo amministrativo in un processo di parti e in un giudizio di diritto soggettivo.²⁹²

In passato, si riteneva che, tramite il ricorso incidentale, venisse proposta una domanda di annullamento dell'atto amministrativo “*nell'ambito del rapporto processuale già instaurato a seguito del ricorso principale a prescindere dalla circostanza che tale domanda sia uguale, simile, contrastante o autonoma rispetto a quelle proposte del ricorrente principale o da altro controinteressato*”. Per ciò, lo si equiparava ad un'impugnazione incidentale in senso proprio²⁹³.

Allo stato, la tesi è superata, ritenendosi di dover distinguere il ricorso incidentale dall'impugnazione incidentale della sentenza, sotto due aspetti.

In primo luogo, sotto il profilo dell'oggetto. Con il primo si colpisce il provvedimento già impugnato in via principale oppure un provvedimento presupposto. Con l'impugnazione incidentale si colpisce la sentenza per motivi diversi da quelli del ricorrente principale ovvero capi o punti della sentenza diversi da quelli impugnati in via principale.

In secondo luogo, è diversa la *ratio* che ispira i due istituti processuali. L'impugnazione incidentale è espressione del principio del *simultaneus processus*, cioè l'interesse dell'ordinamento a che tutte le impugnazioni avverso la stessa sentenza siano esaminate nello stesso processo. L'impugnazione incidentale, infatti, viene anche definita come la forma necessaria con la quale si propone l'impugnazione successivamente a quella proposta in via principale.

Il ricorso incidentale, invece, è ispirato ad una logica diversa: quella di consentire al resistente e al controinteressato non soltanto una difesa passiva attraverso la memoria, ma anche una difesa attiva a tutela

²⁹² A.R. TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2009, 581 e ss.

²⁹³ E. CAPACCIOLI, *In tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, 1016; A. GLEJESES, *Profili sostanziali*, cit., 148; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, vol. I, 213; E. CANNADA – BARTOLI, *La difesa del controinteressato e la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967, 196-197; F. LA Valle, *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 554-555; A. PAJNO, *Appunti a proposito del ricorso incidentale condizionato nel processo amministrativo*, in *Giur. merito*, 1975, IV, 110 e ss.

di un interesse che sorge solo in conseguenza della proposizione del ricorso principale²⁹⁴.

Queste caratteristiche del ricorso incidentale pongono il problema - assai spinoso ed ancora oggi dibattuto - della individuazione della sua natura giuridica, il quale s'incrocia con il tema delle eccezioni nel processo amministrativo.

La questione non ha solo una dimensione dogmatica, ma ha importanti ricadute sul regime processuale concreto del ricorso incidentale.

Sul tema, si potrebbero sostenere e validamente argomentare diverse tesi²⁹⁵.

Anzitutto, come osservato da una parte della dottrina, si potrebbe ritenere che il ricorso incidentale nel processo amministrativo abbia natura giuridica di eccezione²⁹⁶.

Il ricorso incidentale non sarebbe tanto diverso da una eccezione, dall'affermazione di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo del fatto costitutivo su cui si fonda la pretesa del ricorrente. Con esso, infatti, si mira a paralizzare il ricorso principale, contestando il provvedimento censurato in via principale per motivi diversi o relativamente a capi o punti diversi da quelli colpiti in via principale ovvero contestando le condizioni legittimanti alla proposizione del ricorso principale mediante la declaratoria d'illegittimità di provvedimenti presupposti.

A sostegno, si potrebbe richiamare, anzitutto, la natura accessoria del ricorso incidentale rispetto a quello principale. Questo carattere del ricorso incidentale lo farebbe collocare tra le eccezioni esperibili dai controinteressati. La pretesa che si fa valere con il ricorso incidentale non potrebbe integrare un'autonoma azione in un autonomo processo.

²⁹⁴ F. GAFFURI, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 4, 1047 e ss.

²⁹⁵ G. TROPEA, *Il ricorso incidentale*, cit., 257 e ss.; R. GIOVAGNOLI – M. FRATTINI, *Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti*, Milano, 2008.

²⁹⁶ F. LUBRANO, *L'impugnazione incidentale*, cit., 778; F. BENVENUTI, *Contraddittorio*, cit., 743; V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, 402; ID., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 684; G. VACIRCA, *Appunti per una nuova disciplina del ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 57 e ss.; S. SANTORO, *Appunti sulle impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 424.

Per ciò, il ricorso incidentale sarebbe un'eccezione travestita da azione²⁹⁷.

Inoltre, esso avrebbe una c.d. natura conservativa: l'accoglimento del ricorso incidentale non comporterebbe una pronuncia costitutiva di annullamento, ma solo la paralisi del ricorso principale sotto forma di declaratoria di inammissibilità dello stesso.

La natura di eccezione sarebbe deducibile anche dal fatto che legittimata a proporre ricorso incidentale sia anche l'amministrazione resistente contro un provvedimento diverso per conservare quello impugnato dal ricorrente principale.

Si tratterebbe, dunque, di un'eccezione di merito e in senso stretto. Il ricorso incidentale sarebbe un onere per la parte interessata, atteso che determinate difese possono essere articolate solo con questa specifica forma processuale.

L'utilizzo dell'espressione "ricorso", che ricorda più l'azione che l'eccezione, sarebbe spiegato scindendo il piano sostanziale da quello processuale. Nella sua dimensione ontologica sostanziale, il ricorso incidentale sarebbe un'eccezione; sul piano processuale, invece, esso assumerebbe la forma dell'azione mediante ricorso.

Da ultimo, questa impostazione si coordina con i limiti posti al potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo nel processo amministrativo.

A questa tesi potrebbero muoversi due critiche. In primo luogo, sarebbe contraddittorio parlare di difesa attiva, in quanto se con il ricorso incidentale si mira ad ottenere l'annullamento di un provvedimento presupposto rispetto a quello impugnato e che farebbe rigettare il ricorso principale, si esorbita dal concetto di difesa *tout court*. Sarebbe "difesa" solo quella che mira ad ottenere il rigetto della domanda del ricorrente, non anche l'accoglimento di una diversa spiegata da una delle parti intime.

In secondo luogo, trattandosi di una domanda vera e propria, il ricorso incidentale travalicherebbe i limiti dell'eccezione, la quale si caratterizza per l'ampliamento dei fatti conosciuti dal giudice ma sempre nei limiti della domanda del ricorrente. Il vero problema, dunque, starebbe nell'ampliamento del *thema decidendum* discendente dal ricorso incidentale.

²⁹⁷ W. CATALLOZZI, *Ricorso incidentale*, Voce, in *Enc, giur.*, Roma, 1991.

Seguendo tali coordinate, si potrebbe sostenere la tesi del ricorso incidentale come c.d. ricorso “riconvenzionale”²⁹⁸ (è preferibile utilizzare l’espressione “ricorso riconvenzionale” anziché “domanda riconvenzionale”, la quale potrebbe generare confusione con la domanda riconvenzionale avente ad oggetto diritti soggettivi pure esperibile nel processo amministrativo).

Con il ricorso incidentale si proporrebbe una vera e propria domanda di annullamento in un processo già pendente per far valere un interesse connesso e contrapposto a quello azionato. La domanda spiegata con il ricorso incidentale si distinguerebbe dal ricorso principale in quanto presupporrebbe un interesse potenziale, non attuale ma futuro, collegato alla possibilità di accoglimento di quello principale.

In altri termini, la domanda spiegata con il ricorso incidentale non potrebbe, se non vi fosse il ricorso principale, essere oggetto di un autonomo processo, perché mancherebbe l’interesse a ricorrere.

Di conseguenza, il ricorso incidentale sarebbe finalizzato ad ottenere una pronuncia di annullamento in via incidentale.

Anche a questa tesi è stata mossa una critica fondamentale²⁹⁹. La natura di ricorso riconvenzionale sarebbe esclusa perché il ricorso incidentale sarebbe rivolto ad impedire l’accoglimento del ricorso principale determinandone l’inammissibilità per difetto d’interesse a ricorrere e non ad ottenere una pronuncia costitutiva su una domanda autonoma connessa. Il ricorso incidentale, a differenza del ricorso principale, non avrebbe mai lo scopo di contestare la legittimità di un provvedimento al fine di ottenerne l’annullamento. Esso avrebbe il solo fine di sottrarre il resistente dalle conseguenze negative che deriverebbero dall’accoglimento del ricorso principale. In modo ancora più perentorio, si è affermato, in giurisprudenza, che il ricorso incidentale assumerebbe le forme di una vera e propria eccezione d’inammissibilità per difetto d’interesse³⁰⁰.

²⁹⁸ S. BACCARINI, *L’impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo fra tradizione e innovazione*, in *Dir, proc. amm.*, 1991, 633, e ss.; W. CATALLOZZI, *op. cit.*, 1759.

²⁹⁹ A.R. TASSONE, *op. loc. ult. cit.*

³⁰⁰ Cfr. Cons. St., Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468, c.d. sentenza Lipari, la quale contiene un’ottima ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali formatesi

E' stato efficacemente osservato che, con il ricorso incidentale, l'impugnazione dell'atto amministrativo sarebbe solo virtuale e fittizia, perché non tendente al risultato suo proprio. Il ricorrente incidentale, infatti, non sarebbe leso da un provvedimento; sarebbe leso dal ricorso principale.

Considerando i punti di forza e di debolezza delle sopra esposte ricostruzioni dottrinali, la giurisprudenza prevalente pare adottare una posizione da alcuni definita "eclettica", nel senso che coglie aspetti di entrambe le posizioni a seconda del tipo di ricorso incidentale proposto. In particolare, già dalla nota sentenza "Lipari" (dal nome del suo estensore) del 2002, nell'affrontare il problema dell'ordine di esame dei ricorsi, la giurisprudenza amministrativa ha adottato un approccio pragmatico alla questione della natura del ricorso incidentale³⁰¹.

Si è detto, infatti, che il ricorso incidentale del controinteressato, volto ad impugnare il medesimo provvedimento per vizi diversi, si avvicinerebbe maggiormente ad una vera e propria eccezione di merito in senso stretto. L'ipotesi è frequente nei casi in cui il provvedimento impugnato in via principale ha un contenuto valutativo e riguarda più soggetti. Il controinteressato, di norma, avrà interesse ad impugnare il provvedimento sotto il profilo dell'erronea valutazione del soggetto ricorrente principale.

In questi casi, il ricorso incidentale opererebbe come un'eccezione, perché introduce un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del fatto costitutivo denunciato dal ricorrente principale.

Sarebbe, invece, preferibile la tesi che accosta il ricorso incidentale ad un'azione riconvenzionale, allorquando sia contestato, in via incidentale e condizionata, la legittimità di un provvedimento diverso e presupposto rispetto a quello oggetto dell'impugnazione principale ovvero di un provvedimento che si colloca in una fase procedimentale cronologicamente precedente³⁰².

sulla questione della natura del ricorso incidentale e sul problema dell'ordine di esame dei ricorsi.

³⁰¹ Cons. St., Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468.

³⁰² Cfr. R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale*, cit., 936; G. TROPEA, *op. cit.*, 260; R. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, cit., 717; A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1, 151 e ss.;

Le conseguenze pratiche sul regime del ricorso incidentale sono notevoli.

Nell'ipotesi di ricorso incidentale come eccezione, la pronuncia del giudice sarà dichiarativa dell'inammissibilità del ricorso principale. Inoltre, dovrebbe escludersi la legittimazione attiva dell'amministrazione resistente.

Nel caso del ricorso incidentale "riconvenzionale", la pronuncia del giudice sarà costitutiva di tipo demolitorio. La legittimazione attiva dovrebbe riconoscersi anche all'amministrazione resistente limitatamente alla contestazione di atti distinti ma connessi o presupposti al proprio, adottati da altre amministrazioni.³⁰³

13. Le eccezioni in appello e la posizione dell'appellato.

Tradizionalmente, la disciplina dell'appello viene ricostruita ponendosi nella prospettiva dell'appellante. L'attenzione degli studiosi si è concentrata, infatti, sulla posizione di colui che impugna la sentenza mediante il ricorso in appello. Solo raramente si analizza l'appello dal punto di vista dell'appellato, delle facoltà e delle strategie consentite a colui che viene evocato nel giudizio di secondo grado.

L'indagine sul ruolo delle eccezioni nel processo amministrativo offre lo spunto per analizzare *funditus* le problematiche che gravitano intorno alla posizione dell'appellante e alla difesa dell'appellato.

E' noto che, nonostante l'art. 125 della Costituzione avesse previsto la formazione di organi di giustizia amministrativa di primo grado già nel 1948, l'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali è avvenuta solo nel 1971 ad opera della legge n. 1034. Fino a questa data, il sistema si fondava sulle Giunte provinciali amministrative e sul Consiglio di Stato che, nella maggior parte dei casi, aveva competenza in unico grado. La legge istitutiva dei TAR conteneva alcune norme³⁰⁴ sull'appello, che però erano alquanto lacunose, tant'è che alcuni ipotizzavano la possibilità di applicare anche in appello le norme riguardanti il primo grado di giudizio. Si riteneva, cioè, che la sentenza

³⁰³ F. GAFFURI, *Il ricorso incidentale*, cit., 1050 e ss.

³⁰⁴ Il riferimento è agli artt. 34 e 35, legge n. 1034/1971.

di primo grado, nel giudizio d'appello davanti al Consiglio di Stato, rivestisse lo stesso ruolo riservato al provvedimento nel giudizio di primo grado.³⁰⁵

Altra tendenza, invece, era quella favorevole all'applicazione analogica delle norme sulle impugnazioni del codice di procedura civile per colmare le lacune normative in tema di appello al Consiglio di Stato. Questa tecnica, infatti, veniva utilizzata dallo stesso legislatore del 1971, anche se in relazione ad altri istituti.

In ogni caso, la legge istitutiva dei TAR configura l'appello come mezzo d'impugnazione a critica libera, con il quale è possibile far valere non soltanto *errores in iudicando* o *in procedendo*, ma anche la semplice ingiustizia della sentenza.

Volendo limitare l'analisi alla parte d'interesse, relativa al tema delle eccezioni, uno dei problemi più rilevanti legati al modello di impugnazione era rappresentato dal ruolo dello *jus novorum* in appello.

Una delle differenze principali tra l'appello come *novum iudicium* o invece come *revisio prioris instantiae* è proprio la possibilità di ammettere i *nova* e consentire alla parte di porre rimedio alle manchevolezze delle sue precedenti difese³⁰⁶.

Nella vigenza della legge TAR, erano vietate le nuove domande in appello³⁰⁷. La giurisprudenza escludeva la possibilità di far valere in appello dei vizi del provvedimento non denunziati con il ricorso di primo grado. A sostegno si richiamava la natura perentoria e decadenziale del termine per impugnare il provvedimento e il divieto di *mutatio libelli*. La presentazione di nuovi motivi di ricorso in appello veniva considerata al di fuori della consentita *emendatio libelli*.³⁰⁸ Il doppio grado di giurisdizione presupponeva che ai due giudici fosse sottoposta la stessa controversia, immutata sia nella *causa petendi* che nel *petitum*.

³⁰⁵ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 22 dicembre 1982, n. 20, in *Foro it.*, 1983, III, 99.

³⁰⁶ In merito alla evoluzione della natura del giudizio di appello e al tipo di censure prospettabili con l'atto introduttivo del giudizio di secondo grado, si veda, per eventuali approfondimenti: W. GIULIETTI, *Note sulla specificità delle censure alla sentenza appellata*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2009, 1217.

³⁰⁷ U. POTOTSCHNIG – A. TRAVI, *Appello (diritto amministrativo)*, Voce, agg. III., in *Enc. dir.*, Milano, 1999.

³⁰⁸ Si veda *ex multis*: Cons. St., Sez. V., 2 febbraio 1995, n. 186, in *Giur. it.*, 1995, III, 1, 467.

In tale contesto, si ammettono i cc.dd. motivi aggiunti “di vecchio tipo” con cui si possono introdurre nuove ragioni a sostegno dell’appello. Ciò in quanto i motivi aggiunti non rappresentano un rimedio per sopperire a carenze del precedente grado di giudizio³⁰⁹.

Per quanto riguarda, invece, le nuove eccezioni in appello, la questione è più complessa, in quanto è stata oggetto di oscillazioni giurisprudenziali e importanti interventi normativi.

Il tema delle nuove eccezioni in appello riguarda da vicino la posizione dell’appellato e le sue facoltà difensive, perché si riferisce alla possibilità o meno per l’appellato di sollevare eccezioni non proposte in primo grado.

Il principio del contraddittorio e di parità di armi tra le parti impongono l’attribuzione all’appellante e all’appellato delle medesime facoltà e della medesima posizione.

La parità processuali delle parti è, però, qualcosa di artificiale. Naturalmente, infatti, l’appellato subisce l’iniziativa processuale dell’altro ed entra in un giudizio il cui oggetto è già stato circoscritto con il ricorso in appello. Il rapporto di simmetria, dunque, va creato, non è *in rerum natura*.

Fino alle recenti riforme del processo amministrativo, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti ritenevano che, mentre per l’appellante vigeva un divieto di domande nuove in appello, l’appellato poteva introdurre nuove eccezioni.³¹⁰

Questa posizione continuava ad essere mantenuta anche dopo l’entrata in vigore della legge 26 novembre 1990, n. 353, che, modificando l’art. 345 c.p.c. prevedeva il divieto di nuove domande, di nuove eccezioni e di nuove prove in appello. L’unica deroga al divieto di nuove eccezioni previsto dall’art. 345 c.p.c. riguardava quelle rilevabili d’ufficio, le quali erano individuali anche per la prima volta in appello.

La giurisprudenza motivava la propria posizione, in primo luogo, negando e limitando al massimo lo spazio del c.d. giudicato implicito³¹¹.

³⁰⁹ Cons. St., Ad. Plen., 28 ottobre 1980, n. 40, in *Cons. St.*, 1980, I, 1284.

³¹⁰ *Ex multis*, ci veda: Cons. St., Sez. IV, 6 marzo 1996, n. 292, in *Foro amm.*, 1996, 821; In dottrina, su tutti, M. NIGRO, *L’appello*, cit., 288 e 366.

³¹¹ U. POTOTSCHNIG – A. TRAVI, *Appello (diritto amministrativo)*, passim.

Inoltre, aveva ancora molto seguito la tesi dell'appello come *novum iudicium*, come ricelebrazione del giudizio di primo grado.³¹²

La possibilità di sollevare eccezioni nuove in appello si giustificava anche alla luce delle peculiarità del processo amministrativo, nel quale si risolvono controversie strettamente connesse agli interessi pubblici.³¹³

In altri casi, la giurisprudenza aveva, invece, vietato la proposizione in appello di eccezioni nuove, al pari delle domande nuove, in forza dell'applicazione analogica dell'art. 345 c.p.c. così come modificato dalla legge n. 353 del 1990.³¹⁴

La principale ragione addotta a sostegno del divieto di nuove eccezioni anche nell'appello al Consiglio di Stato era rappresentata dall'esigenza di garantire il rispetto del principio di parità delle posizioni processuali. L'appellato deve essere nelle medesime condizioni dell'appellante, a nulla rilevando che si tratti sovente della pubblica amministrazione ovvero che si tratti di controversie inerenti interessi pubblici³¹⁵.

La disparità di tutela sul piano processuale si tradurrebbe inevitabilmente in una disparità di tutela sul piano sostanziale. Le nuove eccezioni in appello porterebbero a considerare l'interesse pubblico protetto dalla pubblica amministrazione come un interesse maggiormente tutelato rispetto all'interesse legittimo del cittadino. Gli interessi pubblici sarebbero presidiati dall'ulteriore possibilità di proporre nuove eccezioni in appello.

La questione dell'ammissibilità delle nuove eccezioni in appello è stata risolta, prima delle recenti riforme, dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 14 e 15 del 29 dicembre 2004, la quale ha concluso per l'applicazione analogica dell'art. 345 c.p.c. all'appello nel processo amministrativo.

L'Adunanza Plenaria ha scelto di dare rilevanza preponderante al principio di parità delle parti, direttamente discendente dalla lettura congiunta degli artt. 24 e 3 della Costituzione. Il diritto di agire in

³¹² ID., *op. cit.*, *ibidem*.

³¹³ Cons. St., Sez. V., 1 marzo 2000, n. 1086.

³¹⁴ F. P. LUISO, *Le impugnazioni nel progetto di Codice del processo amministrativo*, in www.judicium.it.

³¹⁵ D. CORLETTI, *Art. 104 c.p.a.*, in A. QUARANTA – V. LOPILATO, *Commentario*, *cit.*.

giudizio per la tutela di interessi legittimi e diritti soggettivi deve essere letto in coordinazione con il principio di uguaglianza secondo ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

L'intera tematica dello *jus novorum* nell'appello amministrativo è stata ripresa e disciplinata dall'art. 104 del Codice del processo amministrativo.

Il legislatore del 2010 ha voluto dare conferma all'orientamento dell'Adunanza Plenaria sopra citata, ricalcando quasi alla lettera l'art. 345 c.p.c.

L'art. 104 c.p.a. vieta le nuove domande e le nuove eccezioni in appello, salve le eccezioni rilevabili anche d'ufficio.

Vige un divieto relativo non solo di nuove eccezioni, ma anche di nuove prove, atteso che esse sono ammesse nei soli casi in cui il Collegio le ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero se la parte dimostri di non aver potuto produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile.

Quanto al divieto di nuove domande, basti ricordare che l'inammissibilità della domanda nuova è rilevabile d'ufficio dal giudice e che non rientra nel suddetto divieto la prospettazione per la prima in appello di una questione di legittimità costituzionale. Cosa diversa, invece, è il far valere un nuovo vizio dell'atto impugnato in primo grado per incostituzionalità della norma su cui si fonda il provvedimento. In questo caso si ha una domanda nuova inammissibile, perché vi è un nuovo motivo di impugnazione, non il rilievo di incostituzionalità.³¹⁶

Quanto alle nuove eccezioni, si osserva che il divieto opera sia in sede di giurisdizione generale di legittimità che in sede di giurisdizione esclusiva su diritti soggettivi.

Rimangono escluse le eccezioni rilevabili d'ufficio. Si ritiene che l'art. 104 c.p.a. faccia riferimento alle eccezioni relative alla carenza di presupposti processuali del ricorso di primo grado, nonché alle diverse ipotesi di violazione del contraddittorio. Solitamente, vi rientrava anche il difetto di giurisdizione, il quale, tuttavia, ai sensi dell'art. 9 c.p.a. non è più rilevabile d'ufficio in appello, trovando un limite nel giudicato implicito. In questa sede, è sufficiente tenere presente che il difetto di giurisdizione deve essere dedotto in appello con specifico motivo di

³¹⁶ D. CORLETTI, *Art. 104 c.p.a.*, in A. QUARANTA – V. LOPILATO, *Commentario*, cit.

impugnazione del capo della sentenza che in modo implicito o esplicito ha deciso sulla giurisdizione. Pertanto, esso non sarà più oggetto di una nuova eccezione in appello, ma dovrà essere fatto valere con l'appello principale o con appello incidentale.

La stessa trasformazione ha interessato anche il difetto di competenza (vedi art. 15 c.p.a.).

In base a quanto pocanzi illustrato, occorre chiedersi se il principio enunciato dal c.p.a. negli artt. 9 e 15 c.p.a. debba essere esteso a tutte le eccezioni che colpiscono presupposti processuali del ricorso di primo grado ovvero debba essere limitato al rilievo del difetto di giurisdizione e competenza³¹⁷.

Sembra potersi condividere, sul punto, l'opinione della giurisprudenza alla cui stregua le eccezioni rilevabili d'ufficio in grado d'appello a cui fa riferimento l'art. 104 c.p.a. sarebbero tutte quelle attinenti alla regolare costituzione del rapporto processuale³¹⁸. Dunque, per le questioni relative al rapporto processuale non opererebbe il limite del giudicato implicito posto, invece, dal c.p.a. per il difetto di giurisdizione e di competenza.

Dal punto di vista dell'appellato, in relazione al dettato dell'art. 104 c.p.a., assume notevole rilevanza la distinzione – approfondita nei precedenti paragrafi – tra eccezioni e mere difese.

Le mere difese, infatti, sfuggono al divieto di nuove eccezioni. Sul punto, è sufficiente ricordare che costituiscono mere difese tutti gli argomenti utilizzabili dall'appellato per dimostrare l'infondatezza dei

³¹⁷ P. PIZZA, *Note sul regime delle eccezioni nuove proponibili per la prima volta in appello nel processo amministrativo*, nota a Cons. St., Sez. V, 2 marzo 1999 n. 222, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 4, 1148.

³¹⁸ *Ex multis*: C.G.A.R.S., Sez. giur., 6 maggio 2016, n. 134, in *Foro amm.*, 2016, 5, 1355 e ss., secondo cui: “ *L'eccezione di carenza di legittimazione passiva, non esaminata dal T.A.R., può essere riproposta in appello anche oltre il termine di cui all'art. 101, comma 2, C.P.A., perché la regola deve essere coordinata con la previsione dell'art. 104, comma 1, che, nel confermare il tradizionale divieto di nova in appello, ammette eccezioni nuove quando sussista l'estremo della rilevanza d'ufficio. Se in presenza di quest'ultima condizione, infatti, la parte è ammessa a proporre in appello senza limiti di tempo anche un'eccezione del tutto nuova, allo stesso modo deve ammettersi che, ove la stessa eccezione in prime cure fosse stata invece sollevata, la sua riproposizione non soggiacerebbe al termine perentorio dell'art. 101 comma 2. Il difetto di legittimazione, attenendo alla regolare costituzione del rapporto processuale, integra un profilo rilevabile anche d'ufficio, così come quelli attinenti alle carenze delle altre condizioni dell'azione.*”

motivi d'impugnazione e tutte le deduzioni volte a inquadrare giuridicamente la fattispecie in modo diverso rispetto alle qualificazioni prospettate dall'appellante.

14. Eccezioni e cosa giudicata.

L'analisi della disciplina e della giurisprudenza in tema di eccezioni in appello conduce ad un'altra relevantissima tematica: il rapporto tra eccezioni e cosa giudicata³¹⁹.

Nel precedente paragrafo, si è analizzato il tema dello spazio riservato dalla legge alle nuove eccezioni in appello dal punto di vista dell'appellato. Si è ricordato che le nuove eccezioni sono ammissibili solo se rilevabili d'ufficio, ma, anche in questo caso, per alcune di esse rimane il limite del giudicato sia esplicito che implicito.

Già questa prima osservazione denota lo strettissimo e relevantissimo legame esistente tra le eccezioni e il giudicato.

Si ha, dunque, una situazione in cui l'appellato o il giudice rilevano determinate eccezioni per la prima volta in grado d'appello. Si tratta di eccezioni che la parte non ha proposto in primo grado o per sua scelta o per sua negligenza o perché ancora non proponibili.

Questa ipotesi, tuttavia, non esaurisce il grande tema del rapporto tra eccezioni e cosa giudicata. Questo, infatti, comprende un'altra relevantissima ipotesi, opposta a quella appena descritta. Si tratta dell'ipotesi inversa, in cui la parte che ha proposto una determinata eccezione nel giudizio di primo grado, non ripropone la stessa in sede di impugnazione della sentenza sfavorevole.

Il tema del rapporto tra eccezioni e cosa giudicata nel processo amministrativo, dunque, comprende in sé molteplici scenari processuali, tra cui, principalmente, due ipotesi tra loro opposte: da un lato, quella della parte che intende proporre per la prima volta in appello un'eccezione che non ha proposto in primo grado; dall'altro, l'ipotesi

³¹⁹ R. ORIANI, *Eccezione*, cit., 43.; F. CARINGELLA - S. MAZZAMUTO - G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015, 1895 ss.; L. MARUOTTI, *Il giudicato amministrativo*, in www.giustiziaamministrativa.it; N. SAITTA., *Sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2011, 369; P. DE LISE, *L'efficacia soggettiva del giudicato amministrativo*, in *Dir. e Giur.*, 1966, 235 ss

in cui la parte che ha sollevato una certa eccezione in primo grado poi non la riproponga nel giudizio di secondo grado.

La prima ipotesi è stata oggetto di approfondimento nel precedente paragrafo.

In questa sede, occorre, invece, procedere all'analisi del secondo scenario descritto. Il problema della mancata riproposizione in appello di eccezioni sollevate in primo grado riguarda non soltanto il soccombente/appellante, ma anche gli appellati, per quanto riguarda le eccezioni non riproposte nelle memorie difensive in appello.

Deve osservarsi che le problematiche appena accennate incrociano altri due grandi temi del diritto processuale amministrativo: quello dell'effetto devolutivo dell'appello e quello del c.d. assorbimento.

Si ritiene opportuno prendere le mosse, prima di tutto, dal dato normativo, che, nel nostro caso, è rappresentato dall'art. 101 c.p.a., dedicato al contenuto del ricorso in appello.

La norma, al primo comma, pone delle prescrizioni da osservare nella redazione del ricorso in appello, tra cui assume notevole rilevanza – anche alla luce delle modifiche che hanno interessato l'appello civile – la specificità dei motivi di impugnazione. Occorre che l'appellante indichi con precisione i capi o i punti della sentenza di primo grado di cui intende ottenere la riforma.

Questa prima disposizione è di fondamentale importanza. Essa ha un doppio significato implicito³²⁰.

In primo luogo, richiedere la specifica indicazione dei capi e dei punti della sentenza impugnata con le relative censure, implica che mediante l'appello non è consentito riproporre le medesime censure proposte in primo grado avverso il provvedimento³²¹. Non è ammissibile un appello che si limiti a riproporre le medesime doglianze

³²⁰ F. SAITTA, *Commento all'art. 101 del Codice del processo amministrativo*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2010.

³²¹ Cfr. Cons. St., Sez. V, 10 agosto 2016, n. 3568, “*Nel processo amministrativo s'intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o per parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio; in sostanza, nel ricorso in appello, la pura e semplice riproposizione dei motivi già articolati in primo grado è consentita nelle sole ipotesi in cui il giudice abbia omissso di esaminare ovvero abbia espressamente assorbito i motivi proposti.*”.

formulate nei motivi di ricorso di primo grado. L'appello è un mezzo d'impugnazione con cui si mira a criticare le statuizioni contenute nella sentenza al fine di ottenerne una riforma (momento rescindente e momento rescissorio)³²².

In secondo luogo, la disposizione di cui al primo comma dell'art. 101 c.p.a., nel prescrivere la specificità dei motivi d'appello e l'indicazione dei capi o dei punti della sentenza che s'intendono colpire, implicitamente diviene la base normativa del c.d. effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo.

L'effetto devolutivo è proprio di soltanto alcune tipologie di mezzi di impugnazione. Generalmente, si spiega attraverso il noto brocardo per cui *tantum devolutum quantum appellatum*, ad indicare che l'oggetto del giudizio d'appello è circoscritto dall'appellante entro i limiti del principio dispositivo.³²³

L'effetto devolutivo implica che l'oggetto del giudizio d'appello può essere solo uguale o minore dell'oggetto del giudizio di primo grado. In nessun caso, l'appello potrà contenere *nova* e, dunque, avere uno spettro maggiore rispetto al giudizio di primo grado.

Tuttavia, è possibile che l'oggetto del giudizio d'appello sia più ristretto, perché l'appellante ha scelto di impugnare solo alcuni capi o alcuni punti della sentenza. In quest'ultimo scenario, ritorna forte il tema del giudicato, atteso che le parti della sentenza non colpite da specifiche censure passano in giudicato. Su di esse di forma il c.d. giudicato interno.

³²² F. BASSI, *L'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo (dalla parte del richiedente)*, Relazione all'Incontro di studi su "Il giudizio di appello avanti il Consiglio di Stato: l'effetto devolutivo", dell'Istituto giuridico della Facoltà di giurisprudenza dell'Università Cattolica e dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza di Pavia, Milano, 14-15 dicembre 1984), in *Dir. proc. amm.*, 1985, 3, 341-348.

³²³ A. G. PIETROSANTI, *Le impugnazioni delle decisioni dei giudici amministrativi*, in M. A. SANDULLI, *Il nuovo processo*, cit., vol. II, 432 e ss.; C.E. GALLO, *Appello nel processo amministrativo*, *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 315 ss.; ID., *Manuale di giustizia amministrativa*, 4^a ed., Torino, 2009;

14.1. Giudicato ed eccezioni assorbite o non esaminate.

Nel contesto sopra descritto deve essere letto il secondo comma dell'art. 101 c.p.a., che recita testualmente: “*Si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio.*”³²⁴

Questa norma ha un peso specifico relevantissimo nel processo amministrativo, perché, in poche righe, il legislatore sintetizza tre importantissimi istituti³²⁵.

- Scorrendo attentamente la norma si può notare che essa intreccia:
- a) l'effetto devolutivo dell'appello, nella parte in cui prevede che le domande ed eccezioni non riproposte si intendono “rinunciate”, con ciò legando il *thema decidendum* dell'appello al potere dispositivo della parte soccombente³²⁶.
 - b) il c.d. assorbimento dei motivi di ricorso o delle eccezioni, nella parte in cui fa riferimento alle domande o eccezioni dichiarate “*assorbite o non esaminate*”.

³²⁴ La norma riprende quasi alla lettera l'art. 346 c.p.c. in forza del quale “*Le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate.*”, ma elimina i dubbi interpretativi cui dà luogo l'art. 346 c.p.c., che, accomunando in un'unica previsione sia le domande ed eccezioni rigettate che quelle non esaminate (si parla genericamente di domande ed eccezioni «non accolte»), non chiarisce se, per riportare all'attenzione del giudice d'appello le eccezioni esaminate e rigettate, sia sufficiente la riproposizione ovvero sia necessario l'appello incidentale: dalla disposizione in commento emerge chiaramente che, per riproporre le eccezioni rigettate (ergo, né «assorbite» né «non esaminate»), occorre l'appello incidentale.

³²⁵ G. PALEOLOGO, *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, 1989, *passim*.

³²⁶ M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato, Milano, 1983, 279 ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, 6^a ed., a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, 2002

c) il giudicato che va a coprire i capi o i punti della sentenza non dedotti in appello con specifico motivo.

L'art. 101, comma 2, del Codice assoggetta al medesimo trattamento processuale le domande e le eccezioni dichiarate (espressamente) assorbite e quelle non esaminate.

L'appellante dovrà riproporre le questioni assorbite o non esaminate nell'atto di appello, mentre le parti appellate dovranno riproporle in apposita memoria da depositare entro il termine per la costituzione in giudizio³²⁷. Sul punto, si devono distinguere le eccezioni esaminate e respinte, le quali possono essere riproposte solo con l'appello incidentale, e le eccezioni assorbite o non esaminate, per le quali è sufficiente la riproposizione in memoria difensiva³²⁸. Per queste ultime non è necessario un atto di appello incidentale perché non c'è il presupposto della soccombenza. L'assorbimento o il mancato esame delle eccezioni non implica soccombenza rispetto ad essa. Si ritiene, infatti, che laddove non vi sia una pronuncia non vi possa essere soccombenza.

Secondo alcuni autori, tuttavia, ciò non sarebbe sempre vero³²⁹. Non sarebbe sempre vero, infatti, che l'assorbimento di un motivo o di un'eccezione non determini una situazione di soccombenza, anche soltanto parziale, per rimuovere la quale occorra l'impugnazione (principale o incidentale). Ciò avverrebbe quando il motivo assorbito sia un motivo che non poteva essere esaminato in quanto logicamente

³²⁷ Cfr. in giurisprudenza, Cons. St., Sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1120, secondo cui: *"Nel giudizio d'appello il termine per la riproposizione delle domande ed eccezioni assorbite o non esaminate in I grado, è individuato dall'art. 101 comma 2, c.p.a in quello "per la costituzione in giudizio" e quindi, ai sensi dei precedenti artt. 38 e 46, in quello di sessanta giorni "dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso"*.

³²⁸ Cfr. in giurisprudenza, Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2013, n. 456, in *Foro amm. CdS*, 2013, 1, 102 secondo cui: *"La pura e semplice riproposizione nel giudizio di appello, mediante memoria, delle eccezioni in rito già espressamente disattese dal primo giudice è inammissibile, in difetto del necessario appello incidentale avverso i capi di sentenza che le hanno respinte, atteso che la facoltà di mera riproposizione dell'eccezione è accordata, dall'art. 101 comma 2 c. proc. amm., solo rispetto alle eccezioni "assorbite" o comunque "non esaminate", e non anche per quelle esplicitamente respinte, che possono essere sottoposte al giudice di secondo grado solo proponendo un formale atto di appello avverso la pronuncia reiettiva."*

³²⁹ F. SAITTA, *Commento all'art. 101 del codice del processo amministrativo*, cit., 2010.

successivo a quello ritenuto fondato, essendo evidente che in tal caso non sussisterebbe un interesse a dolersi della pronunzia che ha accordato il massimo risultato possibile; ma se il motivo assorbito aveva, invece, una sua autonoma rilevanza ed è stato erroneamente assorbito (c.d. assorbimento improprio), l'appello (principale o incidentale) è possibile, perché la parte già ricorrente in primo grado ha interesse a che l'impugnazione da lui proposta innanzi al TAR sia esaminata in tutta la sua ampiezza, con riferimento sia all'effetto eliminatorio che agli effetti ripristinatorio e conformativo.³³⁰

In ogni caso, in capo alle parti grava un onere di riproposizione delle domande o eccezioni assorbite o non esaminate, pena la formazione, sulle stesse, del giudicato interno³³¹.

Relativamente all'onere di riproposizione in appello delle eccezioni assorbite o non esaminate, occorre svolgere alcune considerazioni di approfondimento.

Solitamente, la prassi giurisprudenziale dell'assorbimento viene definita in relazione ai motivi di ricorso. Le criticità legate all'assorbimento, tuttavia, riguardano tanto i motivi di ricorso quanto le eccezioni spiegate dalle parti intimatè³³².

Dal punto di vista di queste ultime, l'assorbimento si può definire come quella prassi per cui il giudice "sceglie" un'eccezione che ritiene fondata e sulla base di questa sola rigetta il ricorso, omettendo di esaminare le altre eccezioni, le quali sono dichiarate assorbite³³³. Il mancato esame di alcune delle eccezioni è, invece, un assorbimento implicito.

Questa tecnica porta a risultati assai controversi non soltanto se ad essere assorbite sono le censure spiegate contro il provvedimento,

³³⁰R. VILLATA, *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 146 ss.

³³¹ Cfr. Cons. St., Sez. V, 24 luglio 2014, n. 3954.

³³² A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 1087; G. SORRENTINO, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 62 ss.

³³³ Sull'assorbimento, cfr. B. CAVALLO, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, 1975; L. MAZZAROLLI, *L'atto definitivo e la teoria dell'assorbimento*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 701; M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, V, 17.

ma anche quanto l'assorbimento riguarda le eccezioni del resistente e dei controinteressati. Tali criticità derivano dalla non equipollenza delle eccezioni in relazione alla soddisfazione piena degli interessi del resistente e dei controinteressati. In altri termini, come per i motivi di ricorso, anche le eccezioni non sono tutte uguali. Ciascuna di esse potrà avere un diverso grado di attitudine a soddisfare gli interessi degli intimati. Il rigetto del ricorso in forza dell'accoglimento di un'eccezione di merito è senza dubbio più soddisfacente di una pronuncia sul rito, specialmente nel processo amministrativo, in cui la sentenza non esaurisce il rapporto amministrativo. L'effetto conformativo denota non soltanto che l'oggetto del processo è il rapporto amministrativo, ma anche che la sentenza del giudice vive nel rapporto amministrativo, il quale prosegue dopo di essa e non si chiude con essa.

Per queste ragioni, la prassi dell'assorbimento è stata criticata dalla dottrina³³⁴, che ha rilevato che l'assorbimento di alcune censure o di alcune eccezioni riduce il c.d. effetto conformativo della sentenza e, di conseguenza, frena la tendenza del processo amministrativo ad atteggiarsi come processo a cognizione piena sul rapporto tra cittadino e amministrazione.

Si è rilevato, inoltre, come la stessa esigenza di economia processuale che viene talvolta posta a giustificazione dell'assorbimento può, in concreto, mancare del tutto, soprattutto se ci si colloca nell'ottica non del singolo processo, ma della definizione del rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino. È evidente, infatti, che accogliere un motivo di difetto di motivazione, e assorbire profili di eccesso di potere e censure di violazione di legge, rende possibile la reiterazione dell'atto con altra motivazione, cui può seguire un nuovo giudizio nel quale saranno riproposte le stesse censure che il giudice avrebbe potuto e dovuto esaminare proprio al fine di ridurre il rischio di una nuova impugnazione.

Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e il conseguente dovere del giudice di pronunciarsi su tutta la domanda, comportano che il c.d. assorbimento dei motivi sia in linea di principio vietato.

³³⁴ B. CAVALLO, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, cit.; L. MAZZAROLLI, *L'atto definitivo e la teoria dell'assorbimento*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, cit., 701.

Una deroga al divieto di assorbimento è ammissibile nelle seguenti ipotesi generali:

- a) perché espressamente prevista dalla legge;
- b) per evidenti e inequivoche ragioni di ordine logico;
- c) in ossequio al principio di economia processuale, se comunque non ne risulti lesa l'effettività della tutela.

Una ipotesi di assorbimento espressamente prevista dalla legge è quella di cui all'art. 74 c.p.a., il quale, per la parte d'interesse, prevede che, in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata richiamando in motivazione il punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.

In questo caso, se è risolutiva l'eccezione di rito circa l'improcedibilità, l'inammissibilità o l'irricevibilità del ricorso, il giudice la accoglie e dichiara assorbite le eccezioni di merito. La reiezione per motivi di rito comporta il necessario assorbimento dei motivi e delle eccezioni di merito.

15. La questione del c.d. esercizio stragiudiziale delle eccezioni.

Fino a questo punto, le eccezioni sono state analizzate nella cornice giudiziale del processo amministrativo. Merita, però, un cenno anche la spinosa tematica dell'esercizio stragiudiziale delle eccezioni³³⁵.

La ricostruzione dell'istituto di cui *supra*, *Cap. II*, è utile a comprendere, anzitutto, che l'eccezione si concretizza nell'affermazione di fatti estintivi, impeditivi o modificativi dei fatti costitutivi.

Questa affermazione prende il nome di allegazione se effettuata nel contesto processuale e mediante atti del processo.

Tuttavia, occorre chiedersi se, date le peculiarità del diritto amministrativo, le eccezioni, come sopra intese, possano essere sperimentate anche in un contesto stragiudiziale di tipo procedimentale.

³³⁵ M. DI RENZO, *L'eccezione, cit.*, 230 e ss.

Anzitutto, si osserva che, nel contesto amministrativo, oltre ai rimedi giurisdizionali, esistono strumenti di tutela giustiziale³³⁶, che si articolano in procedimenti amministrativi ovvero in veri e propri procedimenti giurisdizionali in senso sostanziale.

Il tema delle eccezioni, dunque, viene in rilievo anche nell'ambito dei ricorsi amministrativi. Tuttavia, date le recenti evoluzioni giurisprudenziali e normative in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, occorre distinguere questo dai ricorsi gerarchici e in opposizione. Questi, infatti, sono, allo stato, rimedi giustiziali amministrativi a carattere non giurisdizionale.

Come noto, i ricorsi amministrativi non rappresentano un passaggio obbligato per poter accedere alla giustizia amministrativa. Sono rimedi facoltativi che consentono di ottenere giustizia nell'ambito della stessa amministrazione coinvolta, la quale assume una funzione decisoria³³⁷.

Il procedimento giustiziale, a differenza degli altri procedimenti di secondo grado, richiede un'istanza di parte, un ricorso del privato. L'autorità è chiamata a pronunciarsi in posizione di neutralità³³⁸. Ciò

³³⁶ A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 381 ss.; G. FERRARI, *I ricorsi amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, 2003, 4147 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 143 ss.; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2013, 609 ss.

³³⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Modalità giustiziali e funzione giustiziale nei ricorsi amministrativi*, in *Le Regioni*, 1985, 897 ss.; E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova, 1986; T. ANCORA, *L'amministrazione giustiziale*, in *Cons. St.*, 1988, II, 1687 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 543 ss.; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, (voce) in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000; M. GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 597 ss.; A. ALBANESE, *L'amministrazione giustiziale in Austria*, in *Dir. amm.*, 2010, 457 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012; M.R. SPASIANO, *La funzione giustiziale nell'amministrazione pubblica*, in M.R. SPASIANO, D. CORLETTI, M. GOLA, D.U. GALETTA, A. POLICE, C. CACCIAVILLANI (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Bologna, 2012, 393 ss.

³³⁸ Cfr. A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 200 ss.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1984, 440; M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994; F. MERLONI, *Amministrazione «neutrale» e amministrazione «imparziale»*. (A proposito dei rapporti tra «politica» e «amministrazione»), in *Dir. pubbl.*, 1997, 319 ss.; L. BARRA CARACCIOLIO, *Funzione*

implica il dovere di osservanza del principio del contraddittorio anche nel suddetto procedimento³³⁹.

I ricorsi amministrativi presentano alcuni tratti in comune con i rimedi giurisdizionali: (i) la necessità dell'impulso di parte; (ii) il principio di necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, nel senso che la loro definizione è condizionata dai motivi di ricorso e dalle contestazioni dedotte dal ricorrente e dai controinteressati; (iii) il principio del contraddittorio.³⁴⁰

Pur a fronte di questi elementi comuni, i ricorsi gerarchici proprio e improprio³⁴¹, nonché il ricorso in opposizione, si ritiene abbiano indiscussa natura amministrativa³⁴².

I suddetti ricorsi, qualificati solitamente col nome di ricorsi ordinari, consentono all'interessato di far valere sia vizi di legittimità che vizi di merito³⁴³. Dunque, attraverso i ricorsi amministrativi

amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA, Torino, 1997; A. VERZA, *La neutralità impossibile*, Milano, 2000.

³³⁹ F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, (voce) in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1962, 589 ss.; G. BERTI, *La definitività degli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, 80 ss.; G. MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 1 ss.; L. MAZZAROLLI, *L'atto definitivo, la teoria dell'assorbimento e la riforma delle leggi sulla giustizia amministrativa*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 701 ss.; F.G. COCCA, *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Ann. Perugia*, 1977, 375 ss.; L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, (voce) in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 684 ss.

³⁴⁰ R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale*, cit., 1640 e ss.; A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, voce in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 975 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 155

³⁴¹ M. CALABRÒ, *Ricorsi amministrativi e funzione giustiziale. Prospettive di riforma e valorizzazione del ricorso gerarchico improprio*, in *Dir. e proc. amm.*, 175 e ss.

³⁴² P. VIRGA, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1972; G. PALEOLOGO, *La riforma dei ricorsi amministrativi*, Milano, 1975; A. QUARANTA - G. GRASSO, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1981; A. DE ROBERTO - P.M. TONINI, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1984; G. GHETTI, *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, 80 ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela*, (voce) in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 830 ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 35 ss.; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 1223 ss

³⁴³ Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, *Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi*, Art. 1. Ricorso. "1. Contro gli atti amministrativi non definitivi è ammesso ricorso in unica istanza all'organo sovraordinato, per motivi di legittimità e di merito, da parte di chi vi abbia interesse.

ordinari, un soggetto impugna un determinato provvedimento in via giustiziale affermando dei fatti costitutivi o dell'invalidità dello stesso (vizi di legittimità) o di inopportunità, inadeguatezza e non convenienza dello stesso nel merito (vizi di merito). Rispetto a quelli azionabili in sede giurisdizionale, il novero dei fatti costitutivi azionabili si amplia. In sede stragiudiziale, quindi, il ventaglio dei fatti costitutivi – i.e. i vizi – si allarga notevolmente, estendendosi anche a quelli attinenti al merito.

Successivamente alla proposizione del ricorso amministrativo, il procedimento può arricchirsi della partecipazione dei soggetti controinteressati individuati dall'amministrazione.³⁴⁴ E' in questo momento – la fase dell'istruttoria - che viene in rilievo il tema dell'esercizio stragiudiziale delle eccezioni.

I controinteressati invitati a partecipare possono difendere il provvedimento che intendono conservare attraverso “*deduzioni e documenti*”, affermando fatti estintivi, modificativi o impeditivi dei fatti costitutivi affermati dal ricorrente. In altri termini, i controinteressati starebbero proponendo vere e proprie eccezioni volte a contestare i vizi di legittimità e di merito dedotti dal ricorrente contro il provvedimento.

E' in questo senso che, secondo taluni, si potrebbe configurare una valenza anche *extra iudicium* delle eccezioni.

Un discorso a parte, invece, merito il ricorso straordinario al Capo dello Stato, non soltanto per la sua natura ormai chiaramente giurisdizionale, ma anche per la struttura del procedimento stesso³⁴⁵.

2. *Contro gli atti amministrativi dei Ministri, di enti pubblici o di organi collegiali è ammesso ricorso da parte di chi vi abbia interesse nei casi, nei limiti e con le modalità previsti dalla legge o dagli ordinamenti dei singoli enti.*

3. *La comunicazione degli atti soggetti a ricorso ai sensi del presente articolo deve recare l'indicazione del termine e dell'organo cui il ricorso deve essere presentato.”.*

³⁴⁴Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, Art. 4. Istruttoria. “1. *L'organo decidente, qualora non vi abbia già provveduto il ricorrente, comunica il ricorso agli altri soggetti direttamente interessati ed individuabili sulla base dell'atto impugnato.*

2. *Entro venti giorni dalla comunicazione del ricorso gli interessati possono presentare all'organo cui è diretto deduzioni e documenti.*

3. *L'organo decidente può disporre gli accertamenti che ritiene utili ai fini della decisione del ricorso.”.*

³⁴⁵ G. PALEOLOGO, *Ricorso straordinario*, (voce) in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991; M. GOLA, *Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: il «caso»*

Anzitutto, con il ricorso straordinario sono deducibili solo vizi di legittimità. Inoltre, esso è disciplinato dagli artt. 8 -15 del D.p.r. n. 1199 del 1971 sulla falsariga di un ricorso giurisdizionale. Va notificato, entro il termine di decadenza di centoventi giorni, ad almeno uno dei controinteressati, a pena di inammissibilità, e depositato presso l'autorità che ha emanato l'atto o il Ministero competente.³⁴⁶

I controinteressati possono "costituirsì" mediante il deposito di deduzioni e documenti entro sessanta giorni dalla ricezione del ricorso, nonché proporre ricorso incidentale. Inoltre, se del caso, il Ministero può ordinare l'eventuale integrazione del contraddittorio relativamente ai controinteressati non evocati.

del parere per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 152 ss.; C.E. GALLO, *La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ed il ricorso straordinario*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1172 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.; L. MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 691 ss.; L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008; M. CALABRÒ, *La presunta natura giuridica ibrida del ricorso straordinario al Capo dello Stato: tra amministrazione e giurisdizione*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2009, 113 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 160; M. IMMORDINO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. COCCA, Torino, 2013, 631 ss.

³⁴⁶ Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, Art. 9. Termine - Presentazione.

"1. Il ricorso deve essere proposto nel termine di centoventi giorni dalla data della notificazione o della comunicazione dell'atto impugnato o da quando l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza.

2. Nel detto termine, il ricorso deve essere notificato nei modi e con le forme prescritti per i ricorsi giurisdizionali ad uno almeno dei controinteressati e presentato con la prova dell'eseguita notificazione all'organo che ha emanato l'atto o al Ministero competente, direttamente o mediante notificazione o mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Nel primo caso l'ufficio ne rilascia ricevuta. Quando il ricorso è inviato a mezzo posta, la data di spedizione vale quale data di presentazione.

3. L'organo, che ha ricevuto il ricorso, lo trasmette immediatamente al Ministero competente, al quale riferisce.

4. Ai controinteressati è assegnato un termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso per presentare al Ministero che istruisce l'affare deduzioni e documenti ed eventualmente per proporre ricorso incidentale.

5. Quando il ricorso sia stato notificato ad alcuni soltanto dei controinteressati, il Ministero ordina l'integrazione del procedimento, determinando i soggetti cui il ricorso stesso deve essere notificato e le modalità e i termini entro i quali il ricorrente deve provvedere all'integrazione."

Anche in questo procedimento, i controinteressati sollevano vere e proprie eccezioni. Non si potrebbe discorrere di esercizio stragiudiziale delle eccezioni semplicemente perché tale procedimento ha a tutti gli effetti carattere giurisdizionale, come la decisione che chiude la controversia³⁴⁷.

Argomento fondante, oltre alla disciplina del procedimento nella sua dimensione dinamica, è la riconducibilità della paternità della decisione adottata con D.p.r. al parere vincolante del Consiglio di Stato. Oltre a ciò, depongono nello stesso senso una molteplicità di fattori: l'ammissibilità di misure cautelari; la possibilità di sollevare questione

³⁴⁷ Ciò a seguito delle novità apportate alla disciplina del ricorso straordinario al Capo dello Stato ad opera dell'art. 69 della l. 18 giugno 2009 n. 6919 (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile*). Già in precedenza, invero, il legislatore era intervenuto al fine di integrare – in termini di completezza e celerità della tutela – il regime dell'istituto in esame: in particolare, adeguandosi a quanto già sancito dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. II, 14 febbraio 2001, n. 127, in *Cons. St.*, 2001, 2222), l'art. 3, co. 4 della l. n. 205/2000 aveva riconosciuto la possibilità di richiedere misure cautelari anche in sede di ricorso straordinario, attribuendo al Ministro competente, previo parere del Consiglio di Stato, il potere di sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato. Si segnala, invero, come la disciplina cautelare nell'ambito del procedimento del ricorso straordinario presenti ancora notevoli lacune – se paragonata a quella attualmente in vigore all'interno del processo amministrativo – concretandosi nella sola possibilità di richiedere la sospensione del provvedimento impugnato, con tutti i limiti che ne conseguono (Cons. Stato, Ad. Spec., 28 aprile 2009, n. 920, in *Foro amm.* CDS, 2009, 1097).

In dottrina: A. AULETTA, *Il legislatore “muove un passo” verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm.* TAR, 2009, 1619 ss.; F. SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici sull'approccio)*, in *Foro amm.* CDS, 2009, 1606 ss.; A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69 del 2009. Notazioni a margine di TAR Lazio-Roma, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1008 ss.; G. MARTINI, *Il 'ricorso straordinario' al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la L. 69/2009*, in *www.giustamm.it*, 2/2010; M. CALABRÒ, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e modelli di a.d.r. nelle controversie tra cittadino e amministrazione*, in *www.giustamm.it*, 2014, 1 e ss.

di legittimità costituzionale³⁴⁸, nonché l'ottemperabilità del decreto presidenziale decisorio³⁴⁹.

³⁴⁸ Cfr, sul punto: M. GIOVANNINI, *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 652 ss.; N. PIGNATELLI, *La natura del ricorso straordinario e la nozione di «giudizio»: la Corte costituzionale e l'«ircocervo»*, in *Giur. cost.*, 2005, 2149 ss.; F. FRENI, *Amministrazione giustiziale e Costituzione: il “nuovo” ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in www.giustamm.it; L. PLATANIA, *Può il legislatore ordinario aprire le porte del cielo?*, in www.forumcostituzionale.it.

³⁴⁹ Cfr sul punto: F. GAFFURI, *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio di ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 800 ss.; M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002, 61 ss.; F. FRENI, *Quando l'abito fa il monaco. Sull'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle decisioni dei ricorsi straordinari*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3737 ss.; A. CORSARO, *Esecuzione di decisione su ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3066; P. QUINTO, *Le Sezioni Unite la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1466 ss.

- Parte speciale -

Cap. IV

Le singole eccezioni sperimentabili nel processo amministrativo.

1. *Premessa.*

La trattazione teorico-dogmatica dell'istituto delle eccezioni nel contesto processuale amministrativo deve essere accompagnata da una c.d. parte speciale dedicata alle singole eccezioni esperibili dal resistente e dal controinteressato.

Si ritiene utile analizzare le implicazioni pratiche delle considerazioni svolte nei capitoli di parte generale, per evitare il pericolo, sempre dietro l'angolo, dell'autoreferenzialità dell'elaborazione dogmatica. Questo pericolo deve essere rifuggito, specialmente nelle scienze giuridiche processuali. Nulla, infatti, è più concreto di un processo. Giuseppe Chiovenda, agli inizi del '900, scriveva che il processo rappresenta il terreno di scontro di tutte le dimensioni dell'essere umano. Il processo, che già dal nome indica qualcosa che è *in fieri*, è un simulacro della realtà o meglio una realtà artificiale, in cui si intersecano relazioni intersoggettive (parti-giudice e parte-parte), interessi (privati e pubblici) e fatti.

Il processo ha sempre una spiccata componente teleologica. Tende sempre ad un risultato concreto. Se è vero che non c'è domanda senza interesse a ricorrere, è altresì vero che non c'è interesse senza bisogno.

L'interesse, già a livello pregiuridico, non è altro che la tensione di un soggetto verso la realizzazione di un bisogno della vita. Ciò vale a prescindere dalla consistenza giuridica che l'ordinamento riconosce all'interesse.

Il titolare dell'interesse legittimo ha bisogno dell'intermediazione del potere amministrativo per potere ottenere il bene della vita sotteso allo stesso. Nel rapporto con l'amministrazione

pubblica, il privato instaura un contraddittorio con la stessa. Nel contesto procedimentale, il contraddittorio assume, più correttamente, i connotati della partecipazione procedimentale. Si preferisce discorrere di partecipazione, anziché di contraddittorio, perché la prima comprende non soltanto la difesa del proprio interesse, ma anche l'apporto collaborativo del privato per la migliore realizzazione dell'interesse pubblico. Il diritto al contraddittorio, nel procedimento, spetta al privato nei confronti della pubblica amministrazione. Nel contesto processuale, potrebbe dirsi che i ruoli si invertono, nel senso che, a fronte della pretesa azionata in giudizio dal privato, è all'amministrazione e ai controinteressati che va riconosciuto il diritto di partecipare e contraddire. Tuttavia, il contraddittorio assume una valenza spiccatamente difensiva. Si spoglia definitivamente di ogni componente collaborativa.

Il mezzo principale con cui si concretizza il contraddittorio in chiave difensiva è rappresentato proprio dalle eccezioni sperimentabili dal resistente e dal controinteressato. Queste eccezioni, nella loro eterogeneità di contenuti, seguono regole differenti ed hanno tempi e modalità di proposizione molto diverse tra loro. Le differenze sono dovute, in alcuni casi, alla diversa disciplina di legge, mentre in altri alla elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi intorno ad esse.

Per questa e per molte altre ragioni, pare opportuno dedicare una parte del presente lavoro di ricerca alla ricostruzione della disciplina normativa e pretoria delle eccezioni di rito e di merito principali e più comuni nel processo amministrativo impugnatorio caducatorio.

Sez. I – Le principali e più comuni eccezioni di rito nel processo amministrativo.

Sommario: 1. Il difetto di giurisdizione. 2. Il difetto di competenza. 3. Eccezioni attinenti agli atti introduttivi del processo: inammissibilità, improcedibilità, irricevibilità del ricorso. 4. Eccezione di politicità dell'atto impugnato. 5. Vizi di costituzione del Giudice e ricusazione. 6. Eccezione di litispendenza e continenza. 7. Eccezione di cosa giudicata. 8. Il difetto di legittimazione ad agire e a resistere. 9. Il difetto d'interesse a ricorrere. 10. Il difetto di contraddittorio. 11. Eccezione di estinzione del giudizio.

1. Il difetto di giurisdizione.

Tra i cc.dd. presupposti processuali, la giurisdizione assume, nel processo amministrativo, un rilievo primario. In questa sede, si intende analizzare il regime strettamente processuale dell'eccezione di difetto di giurisdizione, senza entrare negli aspetti sostanziali della questione e sui criteri di riparto, già oggetto di ampi studi monografici.

L'eccezione in parola consente di far valere sia il difetto assoluto che relativo di giurisdizione³⁵⁰.

Dal punto di vista processuale, occorre chiedersi chi, quando, come, dove e perché si fa valere il difetto di giurisdizione del giudice adito.

La prima norma che si occupa del difetto di giurisdizione è l'art. 30 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei TAR, secondo cui: *“Il difetto di giurisdizione deve essere rilevato anche d'ufficio.*

Avverso le sentenze dei tribunali amministrativi regionali, che affermano o negano la giurisdizione del giudice amministrativo è ammesso il ricorso al Consiglio di Stato previsto dall'articolo 28.

³⁵⁰ S. MENCHINI, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translativo: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, 221.

Nei giudizi innanzi ai tribunali amministrativi è ammessa domanda di regolamento preventivo di giurisdizione a norma dell'articolo 41 del codice di procedura civile. La proposizione di tale istanza non preclude l'esame della domanda di sospensione del provvedimento impugnato.”.

Il terzo comma rinvia all'art. 41 c.p.c. per quanto concerne le modalità e i tempi di proposizione del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione innanzi alle sezioni unite della Corte di Cassazione.

Con il codice del processo amministrativo, il legislatore ha deciso di disciplinare compiutamente l'eccezione agli artt. 9, 10 e 11.

L'art. 9 c.p.a. prevede la rilevabilità d'ufficio, in primo grado, del difetto di giurisdizione, mentre, in appello, l'onere di deduzione dello stesso con specifico motivo di impugnazione avverso la statuizione esplicita o implicita sul punto, pena la formazione del giudicato³⁵¹.

L'art. 10 c.p.a., invece, disciplina il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, richiamando gli artt. 41 c.p.c. e 367 c.p.c., quest'ultimo riguardante la sospensione facoltativa del processo nelle more del giudizio sulla giurisdizione.

Infine, l'art. 11 c.p.a. disciplina la pronuncia del giudice sul difetto di giurisdizione e i suoi effetti, disciplinando la c.d. *translatio iudicii*. In proposito, pare opportuno sottolineare che con l'eccezione in parola si può far valere un difetto sia assoluto che relativo di giurisdizione.

Ciò premesso, si ritiene opportuno approfondire alcune delle più interessanti ed attuali problematiche legate all'eccezione di difetto di giurisdizione.

In primo luogo, occorre chiedersi chi sono i soggetti legittimati a contestare la giurisdizione del giudice adito.

L'art. 9 c.p.a. va letto in combinato con l'art. 104 c.p.a., nella parte in cui vieta nuove eccezioni in appello. Dalla lettura sistematica di entrambe le norme si deduce che non è consentito più al giudice dell'appello di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, dal momento che è onere della parte interessata sollevare la questione con apposito motivo d'appello, avverso il capo della pronuncia impugnata che, in

³⁵¹ Principio già espresso da Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 4 e Cass., SS. UU., 24 luglio 2009, n. 17349.

modo implicito o esplicito, abbia statuito sulla giurisdizione, con la conseguente irrilevanza della eccezione formulata con una memoria³⁵². Ciò in quanto, in difetto di uno specifico motivo di appello, risulta evidente l'acquiescenza della parte interessata a sollevare la carenza di giurisdizione³⁵³.

La giurisdizione, in grado d'appello, non si può contestare per la prima volta mediante eccezione, né di parte, né officiosa, ma è necessario che la contestazione sia contenuta nell'appello principale o incidentale³⁵⁴. E' inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta dalla parte appellata con semplice memoria e non con appello incidentale³⁵⁵.

Incertezze sui soggetti legittimati a contestare la giurisdizione del giudice adito sorgono anche nel giudizio di primo grado. Solitamente, la giurisdizione può essere contestata dall'amministrazione resistente ovvero dal controinteressato mediante apposita eccezione di parte o mediante ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, il quale, è bene precisare, non è un mezzo d'impugnazione (a differenza del regolamento di competenza).

Tuttavia, occorre chiedersi se la giurisdizione possa essere contestata dalla stessa parte ricorrente che ha adito il giudice amministrativo. In altri termini, ci si deve chiedere se colui che abbia dato causa al difetto di giurisdizione, scegliendo di adire il giudice amministrativo, poi possa dolersene nel corso del giudizio di primo grado o in appello, impugnando la sentenza eventualmente sfavorevole per motivi di giurisdizione. Lo stesso problema si pone relativamente

³⁵² Cfr. in particolare Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2008, n. 24833 e 30 ottobre 2008, n. 26019, in *Foro it.*, 2009, I, 806, con nota di G.G. POLI, *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*; Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 29523, in *Foro it.*, 2009, I, 3099, con nota di R. CAPONI, *La rilevanza del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto del giudizio e primato della ragione più liquida*.

³⁵³ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 21 gennaio 2015, n. n. 221, in *Foro amm.*, 2015, 1, 107 e ss.

³⁵⁴ Cfr. Cons. St., Sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5778, in *Foro amm.*, 2015, 12, 3079.

³⁵⁵ Cfr. Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2015, n. 2202; Cons. St., Sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1537, che afferma l'inidoneità dello strumento processuale utilizzato per far valere l'eccezione di difetto di giurisdizione in appello: la memoria, anziché la formulazione di uno specifico motivo di appello come prescritto dall'art. 9 c.p.a. (ritenuto, *ratione temporis*, di immediata applicazione proprio perché norma diretta a disciplinare gli strumenti processuali).

all'esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione o alla ricorribilità in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato per motivi di giurisdizione da parte dello stesso ricorrente originario³⁵⁶.

Si tratta di problematiche su cui non vi è uniformità di vedute sia in dottrina che in giurisprudenza.

Si potrebbe sostenere, come fa una parte della giurisprudenza sia amministrativa sia di Cassazione, che la legittimazione a contestare la giurisdizione vada riconosciuta anche al ricorrente che ha scelto di adire il giudice amministrativo. Sarebbe possibile, dunque, scegliere di introdurre la controversia davanti al giudice amministrativo e poi contestarne la giurisdizione. Questo principio comprenderebbe tutte le ipotesi di contestazione della giurisdizione da parte dello stesso ricorrente, quindi: il regolamento di giurisdizione, l'appello avverso la sentenza sfavorevole per motivi di giurisdizione, nonché il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato *ex art. 111*, ultimo comma, Cost.³⁵⁷

La contraddittorietà del comportamento processuale è evidente, ma è ritenuta tollerabile e non incompatibile con le regole di sistema. Nell'ipotesi descritta, infatti, vi sarebbe comunque un interesse del soggetto a chiedere lumi sulla giurisdizione alle Sezioni Unite, un interesse ad appellare ovvero un interesse a ricorrere in via straordinaria in Cassazione³⁵⁸. Nel caso dell'appello per motivi di giurisdizione proposto dallo stesso ricorrente in primo grado, l'interesse ad appellare starebbe nell'interesse a rimediare alla soccombenza derivante dalla decisione appellata.³⁵⁹

Le Sezioni Unite della Cassazione, adite sia in sede di regolamento preventivo di giurisdizione sia di ricorso *ex art. 111*, ultimo comma, Cost., hanno, in più occasioni, ribadito l'assenza di ragioni ostative all'eccepibilità del difetto di giurisdizione anche da parte di colui il quale abbia scelto di adire il giudice amministrativo. Gli

³⁵⁶ Cfr. Sul punto, K. PECCI, *Difetto di giurisdizione e abuso del processo amministrativo*, nota a Cons. St., Sez. III, 13 aprile 2015, n. 1855, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015.

³⁵⁷ Cfr. Cass., SS.UU., 27 dicembre 2010, n. 26129.

³⁵⁸ Nello stesso senso, in dottrina, G. D'ANGELO, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, nota a Cons. St., Sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5346, in *Urb. e app.*, 2, 2015, 1181 e ss.

³⁵⁹ Cfr. Cons. St., Sez. III, 14 giugno 2011, n. 3611.

argomenti logico-giuridici che ricorrono frequentemente in tutte le decisioni sono principalmente cinque.

In primo luogo, si afferma che il difetto di giurisdizione può essere contestato dallo stesso ricorrente in primo grado a condizione che vi sia un “*ragionevole dubbio*” sull’effettiva appartenenza della giurisdizione³⁶⁰.

L’attuale sistema di riparto della giurisdizione, fondato sulla *causa petendi*, molto spesso crea situazioni di forte incertezza in cui la scelta del giudice munito di giurisdizione, ove errata, non può andare a detrimento del ricorrente. Non si potrebbe precludere al ricorrente, nei casi di obiettiva incertezza sull’appartenenza della giurisdizione, la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione o il ricorso straordinario in Cassazione o l’appello per motivi di giurisdizione. Una siffatta preclusione sarebbe esclusa anche quando, nel corso del giudizio di primo grado, anche il resistente abbia a sua volta eccepito il difetto di giurisdizione.

In secondo luogo, non si darebbe luogo ad alcun tipo di abuso del diritto, perché mancherebbe la componente puramente emulativa. Non vi sarebbe l’ingiusto ed arbitrario sacrificio degli interessi delle altre parti senza alcuna utilità per il ricorrente. Anzi, come già ricordato, il ricorrente avrebbe sempre interesse a contestare la giurisdizione. Interesse che si atteggia diversamente a seconda della modalità di contestazione. In aggiunta, l’incoerenza della condotta del ricorrente sarebbe poi stigmatizzata con il governo delle spese processuali.

In terzo luogo, in senso favorevole deporrebbero anche le esigenze di economia processuale³⁶¹. Secondo le Sezioni Unite della

³⁶⁰ Cfr. Cass., SS. UU., 19 giugno 2014, n. 13940, in cui si parla di ragionevole dubbio e di necessità di chiarimenti sulla giurisdizione. Nello stesso senso anche Cons. St., Sez. V., 9 marzo 2015, n. 1192; Cass., SS. UU., 21 settembre 2006, n. 20504, in *Giust. civ. mass.* 2006, 9, 28.

³⁶¹ In dottrina, nello stesso senso: L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, 85 ss. Per una rimediazione del tema dell’abuso del processo amministrativo in ordine al «*delicato rapporto fra regole processuali e principi costituzionali, essenzialmente l’art. 2 e oggi soprattutto l’art. 111 Cost. (giusto processo e ragionevole durata) la cui interpretazione conforme rischia di funzionalizzare eccessivamente il servizio “giustizia”... conculcando le garanzie di tutela del cittadino, oltre che aumentando in modo forse eccessivo la discrezionalità del giudice*», v. G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 403, nota n. 251.

Cassazione, il regolamento preventivo di giurisdizione non potrebbe essere precluso al ricorrente, tenuto conto che esso consente di evitare ulteriori gradi di giudizio e un eventuale ricorso per Cassazione³⁶².

In quarto luogo, si osserva che, quand'anche il ricorrente riuscisse ad ottenere la declinatoria di giurisdizione del giudice da egli stesso adito, ciò non creerebbe una lesione dei diritti delle parti intime, attesa l'introduzione, a partire dalla legge n. 69 del 2009, della disciplina della *translatio iudicii*, che consente la trasposizione del giudizio innanzi al giudice ritenuto munito di giurisdizione recuperando le attività processuali già svolte e facendo salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda.

In ultimo, le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che precludere la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione o tutti gli altri strumenti di contestazione della giurisdizione da parte dello stesso ricorrente violerebbe “*il fondamentale principio di cui all'art. 25 Cost., secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge*”.³⁶³

Conseguentemente, alla luce di queste argomentazioni, si addiverrebbe alla conclusione per cui l'unico caso in cui la questione di giurisdizione può ritenersi preclusa, sarebbe il caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato implicito o esplicito.

Al di là delle argomentazioni utilizzate dalla giurisprudenza, giova evidenziare una indicazione proveniente dallo stesso dato normativo. A favore della eccepibilità del difetto di giurisdizione anche da parte dello stesso ricorrente militerebbe l'interpretazione letterale degli artt. 10 c.p.a. e 41 c.p.c. Infatti, l'art. 10 c.p.a., nell'ammettere il regolamento preventivo di giurisdizione, rinvia all'art. 41 c.p.c., il quale recita testualmente: “*Finchè la causa non sia decisa nel merito in primo*

³⁶² Cfr. Cass., SS.UU., 21 settembre 2006, n. 20504, in *Giust. civ. mass.* 2006, 9, 28, secondo cui: “ *Il regolamento preventivo di giurisdizione può essere proposto da ciascuna parte, e quindi anche dall'attore nel giudizio di merito, essendo palese, in presenza di ragionevoli dubbi sui limiti esterni della giurisdizione del giudice adito (nella specie, originati da un provvedimento di rigetto di un'istanza proposta in via cautelare), la sussistenza di un interesse concreto ed immediato ad una risoluzione della questione da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in via definitiva ed immodificabile, onde evitare che la sua risoluzione in sede di merito possa incorrere in successive modifiche nel corso del giudizio, ritardando la definizione della causa, anche al fine di ottenere un giusto processo di durata ragionevole.*”

³⁶³ Cfr. Cass., SS.UU., 27 dicembre 2010, n. 26129.

grado, ciascuna parte può chiedere alle Sezioni Unite...(Omissis)”. La norma sembrerebbe riferirsi a “ciascuna parte”, quindi anche il ricorrente, anche colui che ha introdotto il giudizio. Dal tenore letterale della norma sembrerebbe che l’unico requisito di legittimazione alla contestazione della giurisdizione sia la qualifica di parte formale del processo, la quale spetterebbe al ricorrente, al resistente, ai controinteressati e anche agli intervenienti nel processo.³⁶⁴

La giurisprudenza amministrativa prevalente, tuttavia, segue un diverso orientamento. Prevale, infatti, la tesi secondo cui la legittimazione ad eccepire il difetto di giurisdizione spetti solo ed esclusivamente alle parti intime. Il ricorrente in nessun caso potrebbe contestare la giurisdizione del giudice da lui adito, né con regolamento preventivo di giurisdizione, né con motivo di appello, né mediante ricorso in Cassazione *ex art. 111, ultimo comma, Cost.*³⁶⁵

Si ritiene che un tale contegno processuale integri un vero e proprio abuso del diritto di azione³⁶⁶. Ricorrerebbero tutti gli elementi solitamente ricondotti alle fattispecie di abuso del diritto³⁶⁷.

³⁶⁴ Cass., SS.UU., 28 maggio 2015, n. 11131 in *Gius. civ. mass.*, 2015.

³⁶⁵ Cons. St., Sez. VI, 27 agosto 2014, n. 4337, in *Foro it.*, 2014, voce Giustizia amministrativa, n. 142; Cons. St., Sez. III, 7 aprile 2014, n. 1630; Cons. St., Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421, in *Urb e app.*, 2014, 574 con nota di P. CERBO, *La decadenza della concessione di servizi: un atto sostanzialmente amministrativo?* (cfr. in particolare 579); Cons. St., Sez. V, 16 aprile 2013, n. 2111, in *Foro amm. Cds*, 2013, 966; Cons. St., Sez. VI, 8 febbraio 2013, n. 703, in *Foro it.*, 2013, voce Giustizia amministrativa, n. 257; Cons. St., Sez. III, 17 maggio 2012, n. 2859, in *Foro it.*, 2012, voce Giustizia amministrativa, n. 730; Cons. St., Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656 e Cons. St., Sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1537, in *Foro it.*, 2012, III, 200, con nota di A. TRAVI.

³⁶⁶ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2015, n. 1778.

³⁶⁷ Richiamando la giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di esercizio abusivo del diritto di recesso (Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106) e di frazionamento giudiziale del credito (Cass. Sez. Un. 15 novembre 2007, n. 23726), e richiamando altresì la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 3 del 2011 sui rapporti tra domanda di risarcimento ed azione di annullamento, il Consiglio di Stato individua i seguenti elementi costitutivi del divieto di abuso del diritto: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

Anzitutto, vi sarebbe il c.d. sviamento del diritto dal fine per il quale legge lo riconosce al suo titolare. Vi sarebbe, altresì, l'esercizio del diritto con modalità tali da arrecare un pregiudizio ingiusto e del tutto arbitrario alla posizione giuridica di un altro soggetto in assenza di qualsiasi utilità per il soggetto agente (i.e. la finalità prettamente emulativa). Segnatamente, il ricorrente potrebbe "sondare il terreno" proponendo la domanda innanzi al giudice amministrativo e, in caso di pronuncia sfavorevole, impugnare la decisione per motivi di giurisdizione, contestando il giudice da lui stesso adito³⁶⁸.

Tale condotta violerebbe il divieto dell'abuso del diritto direttamente discendente dalla clausola generale di buona fede *ex artt.* 1175 c.c. e 2 Cost.³⁶⁹

³⁶⁸ V. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (Una significativa rimediazione delle sezioni unite)*, in *Corr. giur.*, 2008, 6, 745. Cfr., altresì, S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, per il quale assume rilevanza, ai fini dell'operatività del concetto di abuso del diritto, il criterio della "funzione, considerata nel necessario rapporto di corrispondenza tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio di questo potere". Secondo S. Romano, "questo legame è obbiettivo: è più visibile nella autonomia cosiddetta funzionale i cui poteri richiedono di essere positivamente esercitati in funzione della cura di interessi determinati; la figura, normale nell'autonomia pubblica, sussiste ed è diffusa anche in quella privata oltre il campo, correntemente ammesso, dei poteri familiari. Il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli imposti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere. Ma una funzionalità deve rinvenirsi anche nell'autonomia privata nei suoi normali aspetti di autonomia libera che è comunque collegata alla cura di interessi. Solo che questa funzionalità deve principalmente, essere percepita nel collegamento dell'atto coi limiti dello stesso potere che con quell'atto di esercita". Sicché, secondo l'illustre Autore, il concetto di abuso del diritto "è suscettivo di assumere un significato in tutti quei casi in cui ... si verifica un'alterazione nella funzione obbiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere stesso". Siffatta alterazione della funzione obbiettiva dell'atto si verificherebbe: "a) sotto forma di alterazione del fatto- re causale che si ripercuote in un' alterazione nella struttura dell'atto stesso; b) sotto forma di una condotta di rapporti giuridici contraria alla buona fede o comunque lesiva della buona fede altrui".

³⁶⁹ Cfr. G.P. CIRILLO, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2014, 324 e in nota n. 104; M. CORRADINO-S. STICCHI DAMIANI, *Il processo amministrativo*, Torino, 2014, 107 e in nota n. 10; G. MARI, *La giurisdizione amministrativa*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, vol. I, Milano, 2013, 107-109; G. ROMUALDI, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Torino, 2013, 32-33; M. SANINO, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 165 e in nota n. 56. Nella dottrina processualcivile cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XXII ed. agg. a cura di A. CARRATTA, I, 256, in nota n. 122.

In secondo luogo, un comportamento processuale come quello descritto sopra, contravvenirebbe al divieto di *venire contra factum proprium*, essendo illogicamente contraddittorio. Dall'analisi delle pronunce del giudice amministrativo potrebbe ricavarsi una sorta di divieto di tenere comportamenti processuali irrazionali ed illogici. La "sanzione" per i comportamenti processuali illogici sarebbe l'inammissibilità. In lacune pronunce, infatti, si legge che "è inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stesa parte che ha adito la giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado".³⁷⁰

Di recente, la questione ha subito nuovi sviluppi. Si deve registrare, infatti, un *revirement* della Corte di Cassazione, la quale sembra aver rivisto il proprio orientamento relativamente alla contestabilità della giurisdizione con motivo di appello da parte dell'originario ricorrente.

Con ordinanza del 29 febbraio 2016, n. 3916 le Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione hanno chiesto al proprio Ufficio del Massimario e all'Ufficio Studi del Consiglio di Stato una relazione di approfondimento sulla questione relativa alla possibilità che l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sia sollevata, in sede di gravame, dalla stessa parte che ha proposto la domanda introduttiva del giudizio di primo grado all'esito del quale sia rimasto soccombente nel merito³⁷¹.

³⁷⁰³⁷⁰ Cfr. Cons. St., Sez. V, 16 aprile 2013, n. 2111. Nello stesso senso, Cons. St., Sez. VI, 8 febbraio 2013, n. 703, in *Foro amm. CdS.* 2013, 2, 507, in cui si afferma che: "Alla stregua del principio del divieto di abuso del processo, precipitato del più generale divieto di abuso del diritto e della clausola di buona fede, deve considerarsi inammissibile il motivo di impugnazione con il quale il ricorrente contesti la giurisdizione da lui stesso adita al fine di ribaltare l'esito negativo nel merito del giudizio, ponendosi una siffatta prospettazione in palese contrasto con il divieto del *venire contra factum proprium* e con la regola di correttezza e buona fede prevista dall'art. 1175 c.c."

³⁷¹ Il quesito origina da una vicenda processuale che, introdotta in primo grado davanti al Tribunale regionale di giustizia amministrativa per il Trentino Alto-Adige, Sezione di Bolzano, aveva visto il ricorrente, soccombente nel merito, lamentare pregiudizialmente in appello il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da lui stesso adito.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza del 7 febbraio 2014, n. 585, aveva respinto l'appello e, *in limine*, il motivo processuale, richiamando l'orientamento «secondo cui integra un abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che abbia optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato

Il ripensamento delle Sezioni Unite della Cassazione³⁷², che, dunque, aderiscono all'orientamento prima sostenuto dal Consiglio di Stato, muove dalla constatazione che, in caso di rigetto della domanda nel merito, *“non è ravvisabile una soccombenza dell'attore anche sulla questione di giurisdizione: rispetto al “capo” sulla giurisdizione egli va considerato a tutti gli effetti vincitore, avendo il giudice riconosciuto la sussistenza del proprio dovere di decidere il merito della causa”*. Il ricorrente originario soccombente nel merito, pertanto, non è legittimato ad eccepire il difetto di giurisdizione con motivo di appello perché relativamente alla pronuncia sulla giurisdizione non c'è il presupposto della soccombenza.

Vengono dissipati i dubbi circa la violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge, in nome delle esigenze di ordine e speditezza del processo.

Tuttavia, le Sezioni Unite precisano che il ripensamento vale soltanto per l'eccepibilità del difetto di giurisdizione in sede di gravame, ma non anche in relazione al regolamento preventivo di giurisdizione. In questo caso, rimane ferma la legittimazione di ciascuna parte a proporre regolamento di giurisdizione innanzi alle Sezioni Unite, stante il disposto normativo di cui all'art. 41 c.p.c., richiamato dall'art. 10 c.p.a. La disarmonia di sistema sarebbe giustificata, secondo la Corte, dal fatto che il principio da essa dettato varrebbe solo per i rimedi impugnatori, non anche per quelli non impugnatori come il regolamento di giurisdizione. Inoltre, quest'ultimo istituto è importante che sia ad ampio accesso, in quanto importante strumento di speditezza del processo.

Altra questione di particolare interesse concerne la sede in cui può essere rilevato il difetto di giurisdizione.

vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione della giurisdizione».

Il soccombente ha quindi fatto ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione lamentando la violazione dell'art. 360, primo comma, n. 1), c.p.c. per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, nonché l'insufficienza, la contraddittorietà e l'illogicità della motivazione.

Il Primo Presidente della Corte di cassazione, con lettera al Presidente del Consiglio di Stato, ha chiesto di acquisire anche l'avviso dell'Ufficio studi del Consiglio di Stato

³⁷² Cfr. Cass., SS.UU., 20 ottobre 2016, n. 21260.

In sede cautelare, il difetto di giurisdizione è rilevabile anche d'ufficio, tuttavia, come affermato dalla giurisprudenza, non può operare la *translatio iudicii*. Nell'ipotesi in cui il difetto di giurisdizione venga dichiarato dal giudice ordinario o dal giudice amministrativo in sede cautelare, non è possibile riassumere il giudizio di merito innanzi al giudice indicato come munito di giurisdizione.³⁷³ Il giudice amministrativo ha ritenuto, quindi, che, siccome si prevede espressamente l'eventualità che la pronuncia declinatoria della giurisdizione passi in giudicato, ne discende che non si possa avere *translatio* ove il difetto di giurisdizione sia dichiarato nell'ambito del processo cautelare, essendo questo definito da un provvedimento per natura inidoneo ad acquistare forza di cosa giudicata³⁷⁴.

Più complessa, invece, si presenta la questione, emersa di recente in giurisprudenza, della eccepibilità del difetto di giurisdizione in sede di giudizio sul regolamento di competenza. Il problema si pone in tutte quelle ipotesi in cui il giudice risolve positivamente la questione di giurisdizione ma nega la propria competenza e l'ordinanza viene impugnata con regolamento di competenza. Occorre chiedersi se, nel

³⁷³ TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 3 marzo 2015, n. 367, in *Giur. it.*, 9., 2015, 1896.

³⁷⁴ In senso contrario, tuttavia, si è espressa una parte della dottrina, la quale, muovendo dalla considerazione per cui il riferimento di cui all'art. 59, 2° comma cit. al termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria della giurisdizione da parte del primo giudice vada semplicemente inteso come il termine massimo entro cui procedere alla riassunzione del giudizio (in tal senso Cass., Sez. un., 22 novembre 2010, n. 23596, in *Corriere Giur.*, 2011, 3, 350 e seg., con nota di C. CONSOLO), ha ritenuto che il meccanismo della *translatio iudicii* tra giurisdizioni sia applicabile anche nel caso in cui il giudizio *a quo* sia un giudizio cautelare.

A sostegno di tale soluzione si è affermato che, laddove si ritenesse il meccanismo di cui all'art. 59 della L. n. 69/2009 inapplicabile al processo cautelare, da un lato, si imporrebbe “il passaggio per il giudizio di cognizione, davanti al primo giudice od a quello indicato, pur quando la cautela autonoma, che l'ordinamento è evoluto nel senso di voler favorire, è in linea di principio perseguibile”, mentre, sotto altro versante, “nel processo di cognizione poi iniziato, sarebbe possibile alle parti richiedere il regolamento preventivo, ma risulterebbe perduto il possibile effetto di consolidazione definitiva della questione di giurisdizione, che si avrebbe se il regolamento di ufficio, una volta considerato in linea di principio ammissibile, non fosse richiesto” (così P. VITTORIA, *La disciplina processuale della questione di giurisdizione*, in *Il libro dell'anno del Diritto Treccani*, Roma, 2012).

giudizio sul regolamento di competenza, la parte intimata o il giudice possano contestare la decisione del giudice sulla giurisdizione³⁷⁵.

Secondo le Sezioni Unite della Cassazione, nell'ambito del regolamento di competenza proposto contro una sentenza con la quale il giudice di merito abbia contestualmente deciso sulla propria giurisdizione (affermandola) e sulla propria competenza (negandola), il giudice del regolamento di competenza può pronunciarsi d'ufficio sulla prima delle due questioni e dichiarare il difetto di giurisdizione che abbia in ipotesi riscontrato. Il tema della giurisdizione è logicamente pregiudiziale rispetto a quello della competenza; il giudice deve interrogarsi sulla propria competenza dopo essersi interrogato sulla sussistenza della giurisdizione (ovvero, è logicamente corretto che il giudice, sia pur incompetente, si pronunci sulla giurisdizione); se la parte interessata intende attaccare la sola parte della sentenza che dichiara il difetto di competenza, ha l'onere di utilizzare il regolamento di competenza, regolamento che (coinvolgendo la decisione anche un tema differente dalla competenza) va qualificato come facoltativo ex art. 43 c.p.c. Il giudice investito dal regolamento di competenza può pronunciarsi anche sulla giurisdizione, sia per ragioni di economia processuale (sarebbe incongruo decidere sulla sola competenza e lasciar quindi proseguire presso un determinato comparto giurisdizionale un processo destinato a giungere ad una dichiarazione di difetto di giurisdizione senza attingere alla decisione sulla res litigiosa. Questo potere di rilievo ufficioso trova un limite nel giudicato sulla questione di giurisdizione, nel senso che non è esercitabile qualora la decisione sulla giurisdizione sia ormai irretrattabile.

Questa irretrattabilità, nel caso di specie, non c'è in quanto l'impugnazione ordinaria nei confronti della sentenza (ossia l'appello), nella quale convogliare appunto le censure all'affermazione della giurisdizione, non è stata ancora proposta ed è ancora proponibile.³⁷⁶

³⁷⁵ Il problema è stato affrontato da Cass., SS.UU., 5 gennaio 2016, n. 29, relativamente al processo civile, ma analoghe problematiche possono porsi anche nel processo amministrativo.

³⁷⁶ Cfr. in dottrina, sul tema: A. RONCO, *Questione di giurisdizione e regolamento di competenza - Sul rilievo del difetto di giurisdizione nell'ambito del regolamento di competenza*, nota a Cass., Sez. un., 5 gennaio 2016, n. 29, in *Giur. it.*, 6, 2016.

2. Il difetto di competenza.

Altro presupposto processuale che può essere contestato mediante apposita eccezione di rito è il difetto di competenza.

La legge istitutiva dei TAR, all'art. 31, prevedeva che *“Il resistente o qualsiasi interveniente nel giudizio innanzi al tribunale amministrativo regionale possono eccepire l'incompetenza per territorio del tribunale adito indicando quello competente e chiedendo che la relativa questione sia preventivamente decisa dal Consiglio di Stato. L'incompetenza per territorio non è rilevabile d'ufficio.*

L'istanza deve esser e proposta, a pena di decadenza, entro venti giorni dalla data di costituzione in giudizio. L'istanza di regolamento di competenza si propone con ricorso notificato a tutte le parti in causa, che non vi abbiano aderito. Sull'istanza il Consiglio di Stato provvede in camera di consiglio, sentiti i difensori delle parti, che ne abbiano fatto richiesta, nella prima udienza successiva alla scadenza del termine di cui al precedente comma.

La decisione del Consiglio di Stato sulla competenza è vincolante per i tribunali amministrativi regionali.

L'incompetenza per territorio non costituisce motivo di impugnazione della decisione emessa dal tribunale amministrativo regionale.

Quando l'istanza per il regolamento di competenza venga respinta, il Consiglio di Stato condanna alle spese colui che ha presentato l'istanza.

Quando l'istanza di regolamento di competenza sia accolta, il ricorrente può riproporre l'istanza al tribunale territorialmente competente entro trenta giorni dalla notifica della decisione di accoglimento.”.

Il Codice del processo amministrativo ha modificato profondamente il regime del difetto di competenza del giudice adito, prevedendo una nuova disciplina agli artt. 15 e 16.

Quanto ai soggetti legittimati a rilevare l'incompetenza, come per il difetto di giurisdizione, si pone il problema della legittimazione a eccepire l'incompetenza dello stesso ricorrente.

Il dubbio sorge nel passaggio dall'art. 31, legge TAR, all'art. 15 c.p.a.

Mentre l'art. 31 cit. indicava espressamente come legittimati ad eccepire l'incompetenza solo la parte resistente e gli intervenienti nel giudizio, l'art. 15 c.p.a. non fa distinzioni sul punto. Di talché sembrerebbe che anche il ricorrente potrebbe contestare la competenza del giudice da lui stesso adito³⁷⁷.

Quanto, invece, al *tempus*, la norma fa una distinzione. Il giudice può rilevarla fino a quando la causa non sia decisa in primo grado. Prima di esaminare la domanda cautelare nel merito, il giudice deve verificare la propria giurisdizione e la propria competenza, non potendo più pronunciarsi sulla stessa in caso di incompetenza. In passato, infatti, la possibilità di pronunciarsi sulla domanda cautelare riconosciuta anche al giudice incompetente aveva favorito fenomeni di *forum shopping* cautelare.

Le parti intime, invece, se non hanno richiesto provvedimento cautelari, devono eccepire l'incompetenza entro i termini per la costituzione in giudizio, entro i sessanta giorni dalla notifica del ricorso. Si ha, dunque, una preclusione processuale, che però non impedisce che la questione sulla competenza sia successivamente rilevata dal giudice d'ufficio, sebbene prima della rimessione in decisione³⁷⁸.

³⁷⁷ Si rammenta che, a proposito della individuazione delle "altre parti legittimate", la giurisprudenza prevalente è da tempo orientata a ritenere tali quelle legittimate a contraddire: i controinteressati, ancorché non costituiti (v. Cons. St., Sez. IV, 21 gennaio 2009, n. 293), o al più i controinteressati pretermessi, intervenuti in giudizio (v. Cons. St., Sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 22).

³⁷⁸ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 22 settembre 2015, n. 11347, in *Foro amm.*, 2015, 9, 2371, secondo cui: "L'art. 15 c.p.a. prevede, allo stato, che il difetto di competenza è rilevato d'ufficio finché la causa non è decisa in primo grado, e che è altresì rilevabile anche dalla parte, ma se il ricorrente non ha proposto la domanda cautelare, il difetto di competenza può essere eccepito dalle parti intime entro il termine previsto dall'art. 46 comma 1, c.p.a. per la costituzione in giudizio, e dunque entro i sessanta giorni dal perfezionamento nei rispettivi confronti della notificazione del ricorso, ridotti della metà per i riti abbreviati. Pertanto, anche se il predetto termine di cui al comma 1 dell'art. 46 ha una funzione meramente dilatoria e di garanzia, nel senso che, sino a che esso è pendente, il giudizio non può essere definito in assenza del resistente, ma se questo si costituisce, pur tardivamente, ma prima che il ricorso sia stato deciso, la sua costituzione

In appello, il difetto di competenza va dedotto con specifico motivo d'impugnazione e non può essere fatto valere in memoria. Vale il principio del giudicato implicito, già visto per il difetto di giurisdizione.

Rilevato il difetto di competenza, su eccezioni delle parti intimare ovvero su rilievo del giudice, occorre che sulla stessa si sviluppi un contraddittorio tra le parti. La questione, poi, è decisa dal giudice o con ordinanza, che però riguarda esclusivamente il profilo dell'incompetenza, oppure con la sentenza definitiva che chiude il giudizio. L'ordinanza che decide limitatamente alla competenza è impugnabile mediante ricorso per regolamento di competenza innanzi al Consiglio di Stato entro trenta giorni dalla notificazione ovvero entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione. Altro tipo di regolamento di competenza è quello richiesto d'ufficio dallo stesso Tar e regolato dai commi 5 e 6 dell'art. 15 c.p.a.

La sentenza di primo grado che decide anche sulla competenza, invece, è impugnabile con appello oppure con regolamento di competenza limitatamente, però, al solo punto riguardante la competenza. Il Consiglio di Stato decide con ordinanza, la quale è vincolante per il giudice indicato come competente.

Quanto agli effetti dell'accoglimento dell'eccezione di incompetenza, giova ricordare che il giudizio può essere riassunto, dalla parte che vi ha interesse, innanzi al giudice competente, anche per gli eventuali provvedimenti cautelari, entro il termine di trenta giorni dall'ordinanza declinatoria della stessa. La riassunzione del giudizio preclude la proposizione del regolamento di competenza.

è ammissibile, tuttavia lo stesso finisce per assumere natura perentoria anche se solo nel suo richiamo nel comma 3 dell'art. 15 e ai predetti limitati effetti e, cioè, rendendo inammissibile, per intervenuta decadenza, l'eccezione di incompetenza.”.

3. Eccezioni attinenti agli atti introduttivi del processo: inammissibilità, improcedibilità, irricevibilità del ricorso.

In tema di eccezione di inammissibilità, improcedibilità o irricevibilità del ricorso, la norma fondamentale è l'art. 35 c.p.a., che permette di distinguere le fattispecie riconducibili alle tre categorie sopra menzionate.

Mediante l'eccezione di irricevibilità del ricorso introduttivo, si contesta la tardività della notificazione o del deposito del ricorso. Il fatto oggetto dell'eccezione, che determina l'irregolarità del processo, consiste nell'aver il ricorrente notificato o depositato l'atto introduttivo al di fuori dei termini di decadenza previsti dal c.p.a.

L'inammissibilità del ricorso, invece, consegue all'accertamento del difetto d'interesse a ricorrere o di altre ragioni ostative ad una sentenza di merito, tra cui anche il difetto di giurisdizione o di competenza.

L'eccezione di improcedibilità del ricorso, infine, consente di contestare il sopravvenuto difetto di interesse alla decisione, la mancata integrazione del contraddittorio nel termine assegnato dal giudice, nonché la sopravvenienza di ragioni ostative a una pronuncia sul merito.

L'art. 35 cit. prevede espressamente che le eccezioni di rito anzidette sono rilevabili anche d'ufficio. In quanto tali, le eccezioni di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità possono essere esaminate e deliberate anche per la prima volta in appello.³⁷⁹

Nel processo amministrativo, in linea di principio, una statuizione di irricevibilità del ricorso, anche se proposto per l'esecuzione di un giudicato, non preclude al giudice amministrativo di esaminare anche le sollevate questioni di carattere sostanziale; di conseguenza, per ragioni di economia di giudizi, il giudice può ben dare una risposta sostanziale alla domanda di giustizia, pur quando vi sono ragioni ostative di carattere processuale.³⁸⁰

Essendo collegata al rispetto dei termini processuali, l'eccezione di irricevibilità richiede necessariamente l'allegazione e la prova di due

³⁷⁹ Cons. St., Sez. IV, 13 ottobre 2016, n. 4234; Cons. St., Sez. III, 13 gennaio 2016, n. 73; Cons. St., Sez. V, 09 luglio 2015, n. 3462.

³⁸⁰ Cons. St., Sez. III, 12 febbraio 2016, n. 1427.

fatti, la notifica o il deposito oltre i termini e il momento della c.d. piena conoscenza del provvedimento da cui decorrono i relativi termini³⁸¹.

Ai fini della verifica della fondatezza dell'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività, la parte che la eccepisce deve fornire rigorosi riscontri in ordine alla conoscenza dell'atto gravato in tempi antecedenti al termine decadenziale d'impugnazione³⁸². La prova della tardività dell'impugnazione incombe sulla parte che la eccepisce, secondo i generali criteri di riparto del relativo onere, e deve essere assistita da elementi documentali dai quali possa arguirsi con assoluta certezza il momento della piena conoscenza dell'atto o del fatto³⁸³.

Inoltre, occorre ricordare che non sempre l'irricevibilità del ricorso principale comporta l'irricevibilità dei motivi aggiunti. Se i motivi aggiunti sono "del nuovo tipo", cioè quelli con i quali s'impugnano provvedimenti sopravvenuti nel corso del giudizio, essi vanno proposti nel termine ordinario di decadenza dalla comunicazione/conoscenza del provvedimento. Sicché se il ricorso principale è tardivo, ma i motivi aggiunti di nuovo tipo sono proposti ritualmente, l'irricevibilità del primo non comporta necessariamente l'irricevibilità del secondo³⁸⁴.

A proposito della irricevibilità del ricorso, occorre chiedersi se essa possa considerarsi sanata a seguito della costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente.

Sul punto, si potrebbe sostenere, come fa la giurisprudenza, che, ai fini della pronuncia di irricevibilità, è del tutto irrilevante la circostanza che l'amministrazione intimata si sia costituita in giudizio,

³⁸¹ Cons. St., Sez. IV, 29 ottobre 2015, n. 4945 secondo cui: "*Nel processo amministrativo la verifica della "piena conoscenza" dell'atto lesivo da parte del ricorrente, ai fini di individuare la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale, deve essere estremamente cauta e rigorosa, non potendo basarsi su mere supposizioni ovvero su deduzioni, pur sorrette da apprezzabili argomentazioni logiche; essa deve risultare incontrovertibilmente da elementi oggettivi, ai quali il giudice deve riferirsi, nell'esercizio del suo potere di verifica di ufficio della eventuale irricevibilità del ricorso, o che devono essere rigorosamente indicati dalla parte che, in giudizio, eccepisca l'irricevibilità del ricorso instaurativo del giudizio.*"

³⁸² TAR Liguria, Genova, Sez. II, 21 marzo 2014, n. 456, per cui "A fin di tempestività o tardività del ricorso, la conoscenza da parte dell'avvocato non supplisce alla prova della conoscenza personale del destinatario dell'atto, nella fattispecie non fornita dalla parte che avrebbe interesse ad eccepire l'irricevibilità del ricorso".

³⁸³ TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 03 dicembre 2014, n. 483.

³⁸⁴ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 ottobre 2015, n. 11732.

atteso che tale costituzione può eventualmente sanare vizi della notifica del ricorso, ma non certo il mancato rispetto dei termini perentori di deposito, stabiliti a pena di irricevibilità³⁸⁵.

Quanto all'eccezione d'inammissibilità del ricorso, le fattispecie concretamente riconducibili ad essa sono molteplici.

Tra queste, le ipotesi più comuni di inammissibilità sono:

- a) Il difetto d'interesse a ricorrere, inteso come difetto dell'utilità concretamente retraibile dall'eventuale sentenza di accoglimento;
- b) il ricorso proposto avverso atti privi di natura provvedimento e contenente motivi assolutamente generici;³⁸⁶
- c) l'impugnativa di un atto meramente confermativo;³⁸⁷
- d) la mancata produzione in giudizio della cartolina attestante l'avvenuto perfezionamento della notifica del ricorso all'intimata Amministrazione.³⁸⁸
- e) la domanda caducatoria svolta rispetto ad un potere non ancora esercitato da parte dell'Amministrazione;³⁸⁹
- f) l'impugnativa di atti endoprocedimentali o comunque privi di autonoma capacità lesiva;³⁹⁰
- g) la notifica del ricorso all'Avvocatura generale dello Stato anziché all'Avvocatura distrettuale;³⁹¹
- h) la nullità del ricorso introduttivo *ex art. 44 c.p.a.*³⁹²; sul punto, l'inesistenza della notificazione del ricorso si distingue dalla sua nullità atteso che la prima si verifica quando la notificazione è del tutto mancata o è avvenuta in luogo o a persona che non hanno alcun riferimento con il destinatario della stessa, risultando a costui del tutto estranea; la notificazione è, invece, affetta da nullità, sanabile con

³⁸⁵ TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 24 aprile 2014, n. 1085.

³⁸⁶ TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 1607.

³⁸⁷ TAR Campania, Napoli, Sez. III, 22 agosto 2016, n. 4088.

³⁸⁸ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 18 Luglio 2016, n. 8205

³⁸⁹ TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 13 giugno 2016, n. 344.

³⁹⁰ TAR Campania, Napoli, Sez. III, 06 luglio 2016, n. 3374; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1 giugno 2016, n. 6788, *“E' inammissibile il ricorso proposto avverso il preavviso di rigetto, di cui all'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, in quanto atto endo-procedimentale, che non avendo immediata valenza lesiva non è autonomamente impugnabile.”*

³⁹¹ TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 26 aprile 2016, n. 448.

³⁹² TAR Lazio, Roma, Sez. III, 03 novembre 2015, n. 12395, per cui *“ La nullità della notificazione del ricorso introduttivo del giudizio amministrativo è sanata ex art. 156 comma 3, c.p.c., quand'anche la costituzione in giudizio della controparte fosse avvenuta al solo scopo di far valere tale difetto ”.*

effetto *ex tunc* con la costituzione del convenuto, ovvero mediante la rinnovazione della notifica cui la parte istante provveda spontaneamente o in esecuzione dell'ordine impartito dal giudice³⁹³. Inoltre, ai sensi dell'art. 44, comma 3, c.p.a., la costituzione dell'intimato è idonea a sanare la nullità della notifica del ricorso, ma, a differenza che nel processo civile, con efficacia *ex nunc*, ossia con salvezza delle eventuali decadenze già maturate in danno del notificante prima della costituzione in giudizio del destinatario della notifica;³⁹⁴

L'eccezione di improcedibilità del ricorso, infine, può essere utilizzata ove la parte abbia dichiarato la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del ricorso, non potendo in tal caso il giudice, in omaggio al principio dispositivo, decidere la controversia nel merito nè procedere d'ufficio né sostituirsi al ricorrente nella valutazione dell'interesse ad agire, imponendosi in sostanza una declaratoria in conformità³⁹⁵; nel caso in cui la parte non abbia integrato il contraddittorio così come ordinato dal giudice. L'improcedibilità del ricorso può essere eccepita anche quando vi è un mutamento della situazione di fatto e di diritto al momento della sua presentazione e tale da far venir meno l'effetto del provvedimento impugnato, condizione questa che invece non si verifica se il rapporto giuridico, originariamente instaurato, rimane inalterato³⁹⁶.

³⁹³ Cons. St., Sez. III, 10 agosto 2016, n. 3586.

³⁹⁴ Cons. St., Sez. III, 18 maggio 2016, n. 2064.

³⁹⁵ Cons. St., sez. IV, 12 settembre 2016, n. 3848.

³⁹⁶ Cons. St., Sez. IV, 01 agosto 2016, n. 3458.

4. L'eccezione di politicità dell'atto.

La domanda di annullamento e la giurisdizione del giudice amministrativo sono intimamente legate all'esercizio del potere amministrativo. Il potere del giudice amministrativo di sindacare l'atto impugnato trova un limite, prima di tutto, nell'essere l'atto espressione di un potere amministrativo. Solo in questo senso si comprende perché il giudice è chiamato a decidere se questo potere è stato male esercitato. Prima ancora della lesività dell'atto, occorre dunque che esso sia un atto amministrativo.

Una delle possibili strategie difensive sperimentabili dall'amministrazione resistente o dal controinteressato consiste nella contestazione della stessa natura amministrativa dell'atto. In generale, gli atti giuridici possono essere: atti legislativi, atti amministrativi, atti negoziali e atti giurisdizionali.

Il resistente può, dunque, difendersi, ove ne ricorrano i presupposti, eccependo che l'atto non è un atto amministrativo sindacabile dal giudice amministrativo, perché ha natura negoziale, giurisdizionale o, soprattutto, politica³⁹⁷.

³⁹⁷ La nascita del concetto risale al 1822 (*arrêt Lafitte*), allorché un concessionario della principessa Borghese reclamò il pagamento suppletivo di una rendita in dotazione conferita da Napoleone alla principessa. Il Consiglio di Stato si dichiarò incompetente <<*considérant que la réclamation tient à une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement*>>. In seguito, il campo si estese agli “*actes de guerre*”, ai “*traités diplomatiques*”, alle rivendicazioni di antiche dinastie.

Una pronuncia che si ricorda, sul punto, è il famoso *arrêt Prince Napoleon* del 1875. Il principe Napoleone Giuseppe Bonaparte aveva proposto ricorso contro la decisione del ministro della guerra che aveva rifiutato di reintegrarlo nello stato maggiore dell'esercito, dal quale era stato radiato dopo la caduta del secondo impero. Il Consiglio di Stato, anche se non accoglie il ricorso, respinge l'eccezione di inammissibilità avanzata sulla base del carattere politico dell'atto. Il Consiglio di Stato osserva che, al fine di configurare un atto politico, non è sufficiente la deliberazione del Consiglio dei ministri, o che esso sia motivato da un interesse politico, rivendicando il compito di accertare, caso per caso, l'effettiva sussistenza del carattere della politicità. Successivamente, nella sentenza *Duc d'Aumale et Prince d'Orleans du 20 mai 1887*, il *commissaire de gouvernement Marguerite* chiarisce ulteriormente la portata del nuovo indirizzo, affermando che lo scopo politico che ha indotto un rappresentante del potere pubblico a compiere un determinato atto non toglie, a quest'ultimo, il carattere amministrativo se quell'atto è per sua natura un atto di amministrazione. Su tale giurisprudenza cfr. G. Di

In via preliminare ed in estrema sintesi, pare sufficiente rammentare che l'atto politico, oggi inteso secondo la concezione del Sandulli, è inteso come l'atto che, sotto il profilo soggettivo, proviene da un organo dotato di potere di indirizzo politico e, sotto il profilo oggettivo, riguarda la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione.³⁹⁸

In passato, alcuni seguivano la c.d. teoria del movente³⁹⁹, secondo cui la natura politica dell'atto doveva desumersi dal motivo, dallo scopo per cui era stato adottato. Se esso veniva adottato per la cura di un interesse pubblico, cioè per amministrare, era un atto amministrativo. Se esso era diretto a realizzare uno scopo prettamente politico, era insindacabile da parte del giudice amministrativo. Dunque, la distinzione atto politico-atto amministrativo si fonderebbe sulla distinzione tra amministrare e governare⁴⁰⁰.

Una parte della scienza giuridica italiana negava la stessa esistenza della categoria giuridica degli atti politici, riprendendo una corrente di pensiero sviluppatasi nell'ordinamento francese che definiva l'atto politico come “*introuvable*”⁴⁰¹.

Altri facevano rientrare gli atti politici nella più ampia categoria dei cc.dd. atti di governo, intesi come gli atti di esecuzione di un potere attribuito direttamente da una disposizione della Costituzione⁴⁰².

Di notevole interesse era l'impostazione del Guicciardi, secondo cui, in estrema sintesi, l'atto politico era un atto amministrativo “necessariamente legittimo”⁴⁰³. Secondo Guicciardi non aveva senso estromettere gli atti politici dalla categoria degli atti amministrativi. Gli

Gaspares, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, 1984, 112 e ss.

³⁹⁸ A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., passim.

³⁹⁹ G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, IV, Paris, 1855, 10.

⁴⁰⁰ Cfr. V. FANTI, *L'atto politico nel governo degli enti locali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 433 ss.; V. CINGANO, *Riflessi della riforma costituzionale del 2001 sulla possibilità per le Regioni e gli Enti locali di emanare atti politici: evoluzione giurisprudenziale*, in *Quad. reg.*, 2009, 820 ss.

⁴⁰¹ Cfr. M. VIRALLY, *L'introuvable acte de gouvernement*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1952, 317 ss.

⁴⁰² Cfr. G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, cit.

⁴⁰³ Cfr. E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31?*, in *Foro amm.*, 1947, II, 15 ss.

atti politici erano atti amministrativi che soggiacevano ad un diverso regime giuridico. Essi, infatti, erano intesi come atti vincolati al solo rispetto delle norme sulla competenza. Pertanto, l'atto politico poteva essere illegittimo solo per vizio di competenza, ma, a questo punto, se adottato da un organo politico incompetente, semplicemente non era più un atto politico. Dunque, l'atto politico era un atto necessariamente legittimo.

Anche sulle ragioni della insindacabilità dell'atto politico vi erano diverse opinioni. Alcuni studiosi sostenevano la tesi della c.d. discrezionalità assoluta. L'atto politico era ritenuto insindacabile perché espressione di un potere discrezionale assoluto e libero. Pertanto, difettavano i parametri alla cui stregua vagliare la legittimità dell'atto.

Nella concezione sandulliana, invece, si valorizza maggiormente un altro aspetto che spiega l'impermeabilità dell'atto politico al sindacato del giudice amministrativo⁴⁰⁴. L'illustre Maestro ne trova la ragione fondante nella inidoneità dell'atto politico a ledere gli interessi legittimi dei singoli privati. L'atto politico, nella maggior parte dei casi, è un atto di indirizzo e programmazione, che, però, per essere concretizzato richiede un atto amministrativo di attuazione. Non avendo una carica di autonoma lesività, il privato non può impugnare l'atto politico, in quanto difetterebbe l'interesse a ricorrere⁴⁰⁵.

L'atto politico si distingue dall'atto amministrativo sotto altri due aspetti. Sotto il profilo contenutistico, si suole affermare che l'atto politico è libero nei fini, a differenza di quello amministrativo che è tenuto a rispettare i fini imposti dalla legge. Questo rafforza l'insindacabilità, perché mancherebbero i parametri in relazione ai quali accertarne la legittimità.

Sotto il profilo cronologico, l'atto politico precede sempre l'atto amministrativo. Queste caratteristiche si notano ancora di più se paragonato all'atto di alta amministrazione, il quale è il primo momento amministrativo di attuazione dell'indirizzo politico.

⁴⁰⁴ A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXII, 1946, II, 521 ss. Su questa linea, ma più di recente, cfr. D. VAIANO, *Gli atti politici*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2005, 207 ss.

⁴⁰⁵ Cfr. A.M. SANDULLI, *Atto politico ed eccesso di potere*, cit., 520; ID., *Il giudizio avanti al Consiglio di Stato*, Napoli, 1963, 74.

Dal punto di vista del dato normativo, l'art. 31 del T.U. Cons. St. prevedeva espressamente che *“Il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.”*. In questa sede, è sufficiente ricordare che la norma è stata più volte tacciata di incostituzionalità a seguito dell'avvento dell'art. 113 della Costituzione, laddove prevede il divieto di introdurre limitazioni quanto agli atti impugnabili o agli strumenti di impugnazione, senza distinguere tra atti amministrativi e atti politici⁴⁰⁶.

Oggi, la previsione dell'art. 31 cit. è riproposta dall'art. 7, comma 1 c.p.a., il quale prescrive che *“Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.”*.

Come scriveva Cammeo, per evitare arbitri dell'amministrazione che finiscano per privare il cittadino della garanzia giurisdizionale con il pretesto dell'esercizio del potere politico, spetta al giudice amministrativo conoscere e decidere se un atto è o no esercizio di potere politico. Non è sufficiente l'affermazione dell'autorità che lo ha emanato.⁴⁰⁷

L'eccezione di politicità dell'atto deve collocarsi tra le eccezioni di rito, in quanto consistente in un fatto che attiene alla regolarità dello svolgimento del processo e all'esercizio del potere giurisdizionale.

A sostegno, si potrebbe invocare l'effetto dell'eccezione di politicità dell'atto sulla pronuncia finale del giudice. Qualora il giudice accertasse la natura politica dell'atto, il giudizio si chiuderebbe con una sentenza che dichiara l'inammissibilità del ricorso per difetto assoluto di giurisdizione. Dunque, l'effetto dell'eccezione di politicità dell'atto sarebbe una pronuncia sul rito.

Inoltre, la norma che sancisce l'insindacabilità degli atti che sono esercizio di potere politico avrebbe natura prettamente processuale. Di conseguenza, con l'eccezione di politicità dell'atto si farebbe valere la violazione di una norma sul processo, sul regolare svolgimento della controversia e sull'*an* del potere giurisdizionale (art. 7, comma 1, c.p.a).

Infine, alla luce di quanto rappresentato, occorre chiedersi se l'eccezione di inammissibilità dovuta alla natura politica dell'atto

⁴⁰⁶ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 786 e ss.

⁴⁰⁷ ID., *op. loc. ult. cit.*

impugnato sia rilevabile anche d'ufficio o abbisogni di un'apposita eccezione di parte.

Considerando quanto appena riferito circa l'attinenza al rito dell'eccezione di politicITÀ dell'atto, si dovrebbe concludere per la sua rilevabilità anche d'ufficio. Non soltanto, si tratterebbe della regolarità processuale e delle condizioni per l'esercizio della giurisdizione, ma l'effetto della politicITÀ, cioè l'insindacabilità, deriverebbe direttamente dalla legge e non sarebbe disponibile. Di talché, anche il giudice potrebbe rilevarlo e sottoporlo d'ufficio al contraddittorio tra le parti.

Al contrario, come sostenuto da autorevole dottrina, si potrebbe validamente sostenere che l'eccezione di politicITÀ dell'atto, pur attenendo al rito, sia un'eccezione in senso stretto rilevabile solo su istanza di parte. Secondo questa parte della dottrina, quando l'atto è politico, vi sarebbe un interesse pubblico che deve essere valutato e sentito dall'amministrazione innanzitutto, che il giudice non potrebbe far valere, se l'amministrazione non lo ravvisa⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ ID., *Corso di diritto amministrativo, cit.*, 787.

5. Vizi di costituzione del Giudice e ricusazione.

L'amministrazione resistente o i controinteressati possono contestare, mediante apposita eccezione di parte, il vizio di costituzione del Giudice.

Tale vizio è di carattere eccezionale, implicando in radice il venir meno della potestà di decidere in capo al giudice e quindi coinvolge la funzione stessa e non la persona fisica incaricata del suo svolgimento.

In particolare, l'esperienza giurisprudenziale rileva che le fattispecie più comuni astrattamente riconducibili al vizio di costituzione del giudice sono:

- (i) la sostituzione tra giudici di pari funzioni e pari competenza senza l'osservanza delle disposizioni previste dal codice di procedura civile ovvero delle norme sull'ordinamento giudiziario;
- (ii) l'inesistenza o i vizi del provvedimento di designazione dei giudici componenti il Collegio;
- (iii) vizi della composizione del Collegio nel giudizio di rinvio della causa in primo grado da parte del Consiglio di Stato.⁴⁰⁹

Nei casi *sub (i) e (ii)*, la giurisprudenza ha adottato un approccio molto rigoroso e restrittivo, nel senso che, anche al ricorrere delle due ipotesi sopra descritte, si è detto che occorre comunque verificare se la violazione, in concreto, non si traduca in una mera irregolarità⁴¹⁰.

Ricorre un vizio di costituzione solo quando gli atti giudiziari siano posti in essere da persona estranea all'ufficio e non investita della funzione esercitata.⁴¹¹

Quanto al caso *sub (iii)*, invece, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 25 marzo 2009, rivedendo l'orientamento precedentemente e prevalentemente seguito dalla giurisprudenza

⁴⁰⁹ Il caso più ricorrente, in giurisprudenza, è quello in cui il Collegio chiamato a pronunciarsi in sede di giudizio di rinvio è composto dallo stesso presidente o dallo stesso magistrato relatore/estensore che componevano il Collegio che pronunciò la sentenza già annullata con rinvio dal Consiglio di Stato.

⁴¹⁰ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5329, in *Foro amm. CdS*, 2012, 10, 2602

⁴¹¹ Cass., Sez. I, 10 ottobre 2007, n. 21287; Cass., Sez. III, 28 ottobre 2004, n. 20926.

amministrativa, ha chiarito che l'alterità del giudice in sede di rinvio costituisce “*applicazione del principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione, che ha pieno valore costituzionale in relazione a qualunque tipo di processo (cfr. Corte Cost., 21 marzo 2002 n. 78; Corte Cost., 3 luglio 2002 n. 305; Corte Cost., 22 luglio 2003 n. 262)*” e che “*in questa direzione l'esigenza di proteggere l'imparzialità del giudice impedisce che quest'ultimo possa pronunciarsi due volte sulla medesima res iudicanda, in quanto dal primo giudizio potrebbero derivare convinzioni precostituite sulla materia controversa, determinandosi così, propriamente, un "pregiudizio" contrastante con l'esigenza costituzionale che la funzione del giudicare sia svolta da un soggetto "terzo", non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto, ma anche sgombrato da convinzioni formatesi in occasione dell'esercizio di funzioni giudicanti in altre fasi del giudizio (Corte Cost. 12 luglio 2002 n. 335; Corte Cost. 22 luglio 2003 n. 262)*”.

Di conseguenza, la violazione della regola dell'alterità del giudice del rinvio determina un vizio attinente alla costituzione del giudice.

Con l'eccezione in esame si mira ad ottenere una pronuncia sul rito dichiarativa della carenza di legittimazione di tutti o alcuni dei componenti dell'organo giudicante.

L'eventuale sentenza pronunciata in presenza di un vizio di costituzione del giudice è affetta da nullità, la quale, per il principio di conversione delle cause di nullità in motivi d'impugnazione, può essere fatta valere con l'appello.

Giova sottolineare la profonda differenza che corre tra il vizio di costituzione del Giudice e la ricusazione del giudice. Il vizio di costituzione del Giudice si fa valere mediante eccezione; si tratta di un'eccezione di rito, per cui è rilevabile anche d'ufficio; ha ad oggetto un vizio dell'organo giudicante, dunque un vizio che riguarda l'ufficio, monocratico o collegiale che sia.

La ricusazione, al contrario, riguarda il giudice inteso come singola persona fisica e mira a far valere delle cause di incompatibilità che potrebbero dar luogo ad un obbligo di astensione del magistrato⁴¹².

⁴¹² Cfr. Cons. St., Sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5329, in *Foro amm. CdS*, 2012, 10, 2602.

Inoltre, la ricusazione non è oggetto di un'eccezione, non si fa valere tramite l'eccezione, bensì con apposita istanza secondo le procedure indicate dall'art. 18 c.p.a.

Infine, si osserva che secondo una parte della giurisprudenza il vizio relativo alla costituzione del Giudice per la violazione dell'obbligo di astensione non potrebbe essere dedotto in appello quale motivo di nullità della sentenza *ex art. 158 c.p.c.* Infatti, l'art. 111 Cost., nel fissare i principi fondamentali del giusto processo, avrebbe demandato al legislatore ordinario di dettarne la disciplina anche attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione, sancendo che — in considerazione della peculiarità del processo civile, fondato sull'impulso paritario delle parti — non è arbitraria la scelta del legislatore di garantire l'imparzialità e terzietà del giudice solo attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione⁴¹³. In altri termini, vi sarebbe, nel caso di violazione dell'obbligo di astensione, un onere di proporre l'istanza di ricusazione, pena la non deducibilità in appello del vizio di nullità.

Altra parte della giurisprudenza⁴¹⁴, invece, sostiene che per far valere il vizio di costituzione del giudice per violazione dell'obbligo di astensione o per altre violazioni, non occorrerebbe la tempestiva instaurazione del procedimento di ricusazione. Il vizio di costituzione del Giudice, anche non eccepito in primo grado, sarebbe sempre e comunque deducibile in appello con specifico motivo di impugnazione, atteso che la nullità della sentenza *ex art. 158 c.p.c.* non si sottrae al principio della conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione. Anzi, se non venisse rilevata con l'appello, sul punto si formerebbe il giudicato.

⁴¹³ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 22 novembre 2010, n. 8125; Cons. St., Sez. VI, 23 febbraio 2009, n. 1049.

⁴¹⁴ Cfr. Cons. St., Sez. III, 14 maggio 2015, n. 2463, che riguardava un caso di vizio di costituzione del Giudice di rinvio.

6. Eccezione di litispendenza e continenza.

Tradizionalmente, suole indicare con il nome di litispendenza il fenomeno di contemporanea pendenza di due causa identiche innanzi a giudici diversi.

Pare opportuno chiarire, fin da subito, che la litispendenza è un istituto che opera per cause proposte davanti alla stessa giurisdizione ed è finalizzato ad evitare contrasti di giudicato sulla medesima controversia, che non possono invece verificarsi tra decisioni di giurisdizioni distinte, quand'anche il rapporto sostanziale dedotto in giudizio sia identico. Ove non venga impedita dalla parte mediante regolamento preventivo di giurisdizione, l'ipotesi in questione dà luogo ad un conflitto positivo di giurisdizione suscettibile di essere risolto mediante ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 362, comma 1 n.1,c.p.c.⁴¹⁵

Pertanto, di fronte ad una domanda proposta contemporaneamente davanti a due distinte giurisdizioni, se il giudice non declina senz'altro la propria giurisdizione non può spogliarsi della controversia con una pronuncia dichiarativa della litispendenza, che postula l'esistenza della sua giurisdizione: e la sua statuizione affermativa di tale presupposto processuale è in ogni caso suscettibile di essere sottoposta al potere regolatorio della giurisdizione⁴¹⁶.

Il fenomeno della litispendenza è configurabile tra giudici della stessa giurisdizione e non appartenenti a giurisdizioni differenti.

Nel processo amministrativo, la litispendenza è l'effetto di una fattispecie complessa, i cui coelementi sono costituiti dalla notifica e dal deposito del ricorso; la sola notifica quindi, non seguita dal tempestivo deposito del ricorso, è del tutto inidonea a provocare la litispendenza.

La norma di riferimento è l'art. 39 c.p.c., il quale fissa delle regole compatibili anche con il processo amministrativo e, dunque, ivi applicabili in virtù del rinvio esterno operato dal c.p.a.

Si prevede, anzitutto, che, le due cause debbano pendere davanti a giudici appartenenti alla medesima giurisdizione. Non c'è litispendenza tra giudice ordinario e giudici speciali.

⁴¹⁵ Cons. St., Sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4727

⁴¹⁶ Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 782.

Inoltre, le cause devono essere identiche, nel senso che vi deve essere perfetta comunanza di soggetti, di *petitum* e di *causa petendi*.

Il criterio risolutivo è quello della c.d. prevenzione. La legge radica la competenza del giudice adito per primo, sempre che questo sia competente. Per verificare il giudice adito preventivamente, si guarda alla data della notificazione della citazione ovvero alla data di deposito del ricorso.

Nel contesto processuale amministrativo, la giurisprudenza ritiene che la causa possa considerarsi pendente con il deposito del ricorso, ma la pendenza produce i suoi effetti *ex tunc* dalla data di notificazione (c.d. retrodatazione della litispendenza).⁴¹⁷

La situazione processuale della litispendenza non è configurabile, invece, tra cause che si assumano identiche sul piano soggettivo e oggettivo ma sono pendenti in gradi diversi, potendo in tal caso solo sussistere, quando ne ricorrano i presupposti, una ipotesi di sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. tra causa pregiudicata e causa pregiudicanda⁴¹⁸.

L'applicazione dell'art. 39 c.p.c. comporta altresì la conseguenza che, anche nel processo amministrativo, valgono le regole in tema di regolamento di competenza, che può essere proposto avverso la dichiarazione di litispendenza e la cancellazione della causa dal ruolo oppure avverso la dichiarazione di inammissibilità per violazione del principio del "*ne bis in idem*".⁴¹⁹

Mentre la litispendenza presuppone la contemporanea pendenza innanzi a giudici diversi di due o più cause identiche nelle persone, nella *causa petendi* e nel *petitum*, la continenza di cause ricorre allorché due o più cause, pur identiche nelle persone e nella *causa petendi*, differiscano nel *petitum* delle domande proposte, nel senso che l'una è contenuta nell'altra, per una maggiore estensione del *petitum* di quest'ultima.⁴²⁰

Ai fini del rispetto del principio del *ne bis in idem* vanno mutuati i principi civilistici desumibili dagli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c., che postulano l'identità delle parti dei due giudizi, nonché degli elementi identificativi dell'azione proposta, ossia *petitum* e *causa petendi*;

⁴¹⁷ *Ex multis*. Cons. St., Sez. I, 31 ottobre 2013, n. 2990.

⁴¹⁸ Cons. St., Sez. IV, 05 giugno 2013, n. 3100.

⁴²⁰ Cons. St., Sez. IV, 07 gennaio 2013, n. 22.

occorre, perciò, che in ambedue i giudizi sia chiesto l'annullamento degli stessi provvedimenti o, al più, di provvedimenti diversi, ma legati da un vincolo di stretta consequenzialità, siccome inerenti ad uno stesso rapporto, e sulla base di identici motivi di impugnazione; non rileva, invece, la circostanza che la sentenza, che ha definito il primo ricorso, sia o meno passata in giudicato: il divieto del *bis in idem*, infatti, si sostanzia nell'impossibilità che il giudice del medesimo grado di giurisdizione possa nuovamente pronunciarsi su questioni già definite con sentenza, sia pure non ancora passata in giudicato

Un problema di litispendenza si pone, di frequente, in relazione al riesercizio del potere amministrativo dopo il giudicato. Ci si riferisce a quelle situazioni processuali in cui, dopo il giudicato di annullamento, il privato agisce in sede di ottemperanza per ottenere l'esecuzione della sentenza e/o la nullità del provvedimento elusivo/violativo del giudicato e, allo stesso tempo, propone ordinario ricorso di annullamento innanzi al Tar.

Va ricordato che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 2013 ha introdotto il principio per cui l'azione di nullità e l'azione di annullamento degli atti successivi al giudicato possono essere proposte nella stessa sede del giudizio di ottemperanza, salvo, in caso di rigetto della prima, procedere alla conversione del rito in quello ordinario per l'esame della domanda di annullamento.

Nonostante ciò, l'ipotesi sopra descritta rimane frequente nella casistica giurisprudenziale. Pertanto, si osserva che, secondo un orientamento consolidato, la situazione di litispendenza di giudizi connessi vertenti anche sul medesimo provvedimento gravato con ricorso ordinario di legittimità davanti ad un Tar e con ricorso per l'ottemperanza, sulla base dell'asserita natura elusiva, davanti ad un altro Tar - che investono la medesima vicenda sostanziale, non rende obbligatorio il differimento della decisione per evitare il rischio di contrasti tra i pronunciamenti dei due Tribunali investiti della questione.⁴²¹

La sussistenza di una situazione di litispendenza, poi, va verificata al momento in cui il Giudice emette la propria pronuncia.

Pertanto, se al momento della decisione, l'altra causa è venuta meno o comunque si è già conclusa con una pronuncia solo sul rito (es.

⁴²¹ TAR Lazio, Roma, Sez. I, 11 luglio 2016, n. 7886.

inammissibilità), non sussiste più una situazione di litispendenza, atteso che il giudizio precedentemente instaurato non è più pendente. Ne consegue, inoltre, che non opera nemmeno la preclusione del *ne bis in idem*, posto che le pronunce di rito (quali quelle che, ai sensi dell'articolo 35, comma 1, lettera b), c.p.a., dichiarano l'inammissibilità del ricorso per assenza dei presupposti processuali) non sono suscettibili di costituire cosa giudicata.⁴²²

7. Eccezione di cosa giudicata.

Come per il processo civile, anche per quello amministrativo è possibile distinguere tra giudicato esterno ed interno e tra giudicato implicito ed esplicito.

L'incontrovertibilità dell'accertamento contenuto nella decisione passata in giudicato ai sensi degli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c. può essere fatta valere attraverso l'*exceptio rei iudicatae* o eccezione di cosa giudicata. Tale eccezione rappresenta uno degli effetti comuni del giudicato.⁴²³ Lo scopo dell'eccezione di cosa giudicata, infatti, è quello di impedire che, dopo la pronuncia irrevocabile del giudice, le parti possano tornare a discutere sulla questione decisa.

Con l'eccezione di giudicato, il resistente o i controinteressati possono neutralizzare le nuove domande che costituiscono ripetizione di quelle cui il giudice ebbe già a rispondere. A seconda del tipo di giudicato, l'eccezione in esame può essere utilizzata per affermare l'intervenuta formazione del giudicato su tutte le domande riproposte oppure soltanto su alcuni aspetti delle stesse, quando si faccia valere un giudicato parziale o implicito. Inoltre, la stessa eccezione può essere utilizzata per far valere la formazione di un giudicato esterno al processo su una questione connessa o pregiudiziale.

Il primo nodo riguarda il regime di rilevabilità dell'eccezione di cosa giudicata nel processo amministrativo. Occorre chiedersi se l'eccezione di giudicato sia un'eccezione in senso stretto o in senso lato.

⁴²² TAR Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 12 maggio 2016, n. 164.

⁴²³ G. ROSSO, *Limiti della eccezione di cosa giudicata*, Roma, 1935, 3 e ss.

Tradizionalmente, la dottrina di inizio XX secolo riteneva preferibile la tesi della rilevabilità solo su iniziativa di parte. A sostegno, si affermava che dal giudicato nasceva “*solo una presunzione di verità*”. Di conseguenza, “*il giudice che ne conosca l’esistenza all’infuori degli atti di causa non può tenerne conto, come non può tenere conto degli elementi probatori che la parte abbia ommesso di alligare*”.⁴²⁴ Inoltre, la rilevabilità su esclusiva iniziativa di parte veniva dedotta dalla previsione del contrasto tra giudicati come motivo di revocazione della sentenza. Il fatto che la legge processuale prevedesse la possibilità di rimediare a giudicati contraddittori, voleva significare che il giudice non poteva officiosamente dichiarare la presenza di un giudicato.

La giurisprudenza prevalente, invece, configura l’eccezione di cosa giudicata come eccezione in senso lato⁴²⁵, principalmente per l’efficacia *ex lege* del giudicato e per l’autorità e le finalità cui assolve l’istituto.

L’argomento principale che porta a concludere per la rilevabilità anche officiosa dell’eccezione di giudicato è rappresentato sicuramente dalla indubbia irrinunciabilità degli effetti del giudicato. Considerando l’eccezione di giudicato come un’eccezione in senso stretto si arriverebbe alla assurda conclusione per cui la parte resistente o i controinteressati, omettendo di sollevare la questione di giudicato, implicitamente rinunzierebbero agli effetti dello stesso. Il *vulnus* al principio del *ne bis in idem* e all’istituto del giudicato sarebbe ancor più grave in relazione a quelle statuizioni sulle quali si forma il giudicato implicito. In questo caso, la parte intimata che omettesse di eccepire l’intervenuto giudicato implicito, rinunciarebbe implicitamente a un giudicato anch’esso implicito.

L’eccezione di giudicato esterno è rilevabile d’ufficio in ogni stato e grado del giudizio anche perché il *decisum* della sentenza passata in giudicato (entro i limiti oggettivi di quest’ultimo) si risolve in un precetto normativo facente parte del diritto oggettivo e, dunque, è attratto nel principio *iura novit curia*.⁴²⁶ Ulteriore conseguenza sarebbe la rilevabilità dell’eccezione di cosa giudicata anche per la

⁴²⁴ G. ROSSO, *op. cit.*, 4-5.

⁴²⁵ *Ex multis*: Cons. St., Sez. III, 16 maggio 2016, n. 1973; Cons. St., Sez. VI, 29 marzo 2013, n. 1848.

⁴²⁶ Cons. St., Sez. III, 16 maggio 2016, n. 1973.

prima volta in grado d'appello, ai sensi dell'art. 104, co.1, c.p.a. Questa norma, infatti, vieta le nuove eccezioni in appello, tranne quelle rilevabili d'ufficio.

Senonché, una parte della giurisprudenza più recente sostiene che, in ogni caso, l'eccezione di cosa giudicata non proposta o non rilevata in primo grado e non riproposta in appello con specifico motivo d'impugnazione non sarebbe rilevabile d'ufficio per la prima volta in appello.⁴²⁷

Da ultimo, è stato detto che la rilevabilità *ex officio* è necessaria a garantire il rispetto del principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost.⁴²⁸

Altra questione è quella attinente ai presupposti necessari affinché si possa correttamente invocare la cosa giudicata.

Anzitutto, è necessario che vi sia stato un provvedimento giurisdizionale idoneo a passare in giudicato.

Poi, occorre chiedersi quali sono i soggetti legittimati ad eccepire la formazione del giudicato e, in particolare, se sia necessaria l'identità tra i soggetti destinatari del provvedimento irrevocabile e le parti del nuovo giudizio con il medesimo oggetto.

La tesi più in linea con le esigenze di tutela dell'autorità del giudicato, del *ne bis idem* e delle esigenze di ragionevole durata del processo è certamente quella sostenuta dalla prevalente giurisprudenza, secondo cui l'eccezione di cosa giudicata può essere sollevata solo se, tra i due giudizi, c'è identità di oggetto e di soggetti.⁴²⁹

L'identità soggettiva deve essere tale che tra le due vicende si verifichi un'ontologica e strutturale concordanza degli elementi sui quali deve essere espresso il secondo giudizio rispetto agli elementi distintivi della decisione emessa per prima.

Tuttavia, l'orientamento appena citato potrebbe esporsi ad una critica, legata alla particolare efficacia soggettiva del giudicato

⁴²⁷ Cons. St., Sez. IV, Sent., 23 agosto 2016, n. 3668.

⁴²⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 27 luglio 2016, n. 15627.

⁴²⁹ CGARS, Sez. giur., 25 febbraio 2016, n. 27; Cons. St., Sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5518; Cons. St., Sez. V, 11 luglio 2016, n. 3057, secondo cui: “L'effetto di giudicato sostanziale previsto dall'art. 2909 cod. civ. per il caso di pronuncia giurisdizionale divenuta definitiva è circoscritto sul piano soggettivo alle parti del giudizio, o ai loro eredi o aventi causa. Pertanto, il giudicato può essere invocato con effetto vincolante in altro giudizio solo se parti di quest'ultimo siano le stesse di quello definito con la pronuncia non più soggetta ad impugnazione (*ex multis*: Cons. Stato, IV, 12 luglio 2013, n. 3768).”

amministrativo di annullamento. In particolare, si potrebbe osservare che il giudicato amministrativo, in alcuni casi particolari, può produrre i propri effetti non soltanto nei confronti delle parti del giudizio al cui esito è reso, ma anche nei confronti di altri soggetti sebbene estranei al giudizio. Si tratta dell'ipotesi di annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo generale o di un atto a contenuto generale. Si dovrebbe applicare, di conseguenza, il principio per il quale la decisione di annullamento - che, per i limiti soggettivi del giudicato, esplica in via ordinaria effetti soltanto fra le parti in causa - acquista efficacia *erga omnes*, qualora gli atti impugnati siano a contenuto generale infrazionabile, poiché gli effetti dell'annullamento in questo caso non sono circoscrivibili ai soli ricorrenti, essendosi in presenza di un atto sostanzialmente e strutturalmente unitario, il quale non può esistere per taluni e non esistere per altri⁴³⁰.

In questi casi, l'eccezione di cosa giudicata dovrebbe poter essere sollevata anche dal soggetto che non fu parte del giudizio in cui si è formato il giudicato. Questa costituirebbe una deroga eccezionale ai limiti di efficacia soggettiva del giudicato.

Infine, occorre chiedersi come, in concreto, si debba sollevare l'eccezione di giudicato. La prassi processuale ha fatto emergere il problema della ritualità dell'eccezione di cosa giudicata.

Si potrebbe sostenere che, affinché l'eccezione di giudicato sia ritualmente proposta, sia sufficiente la menzione, in memoria, del provvedimento passato in giudicato, dell'oggetto e delle parti. Basterebbe, dunque, il semplice richiamo, nel corso del processo, ad una sentenza pronunciata fra le stesse parti in altro giudizio ovvero il richiamo della parte del provvedimento su cui si è formato il giudicato parziale esplicito o implicito.

Questa impostazione non sarebbe condivisibile, tenuto conto che l'eccezione di cosa giudicata, sebbene sia rilevabile d'ufficio, richiede comunque la prova della certezza del passaggio in giudicato del provvedimento tra le stesse parti e sul medesimo oggetto, nonché il deposito in copia dello stesso. In mancanza, il giudice non potrebbe

⁴³⁰ Cons. St., Sez. VI, 29 marzo 2013, n. 1848; Cons. St., Sez. III, 20 aprile 2012, n. 2350; Cons. St., Sez. IV, sent. 26 marzo 2012, n. 1750.

rilevare d'ufficio il giudicato, non emergendo il fatto dagli atti di causa⁴³¹.

Si potrebbe, inoltre, ritenere che l'eccezione di giudicato possa essere esperita senza particolari formalità ma richieda necessariamente una espressa manifestazione di volontà inequivocabile di invocare il giudicato e avvalersi dei suoi effetti. Questa volontà inequivocabile potrebbe emergere dal deposito di copia del provvedimento invocato ma non solo.

8. Il difetto di legittimazione ad agire e a resistere.

Una delle eccezioni più comuni e allo stesso tempo più problematiche è senza dubbio quella riguardante il difetto di legittimazione ad agire del ricorrente. Incerta è, infatti, anche la sua collocazione tra le eccezioni di rito ovvero tra le eccezioni di merito.

Preliminarmente, è opportuno ricordare che, secondo alcuni studiosi, la legittimazione ad agire individua il soggetto cui spetta il diritto di azione ed il soggetto nei cui confronti va esercitata la medesima.⁴³² In base ai principi generalmente affermati in materia, l'azione di annullamento proposta innanzi al giudice amministrativo è subordinata alla sussistenza di tre condizioni: a) la titolarità di una posizione giuridica, in astratto configurabile come interesse legittimo, inteso come posizione qualificata - di tipo oppositivo o pretensivo - che distingue il soggetto dal *quisque de populo* in rapporto all'esercizio dell'azione amministrativa; b) l'interesse ad agire, ovvero la concreta possibilità di perseguire un bene della vita, anche di natura morale o residuale, attraverso il processo, in corrispondenza ad una lesione diretta ed attuale dell'interesse protetto, a norma dell'art. 100 c.p.c.;

⁴³¹ Cons. St., Sez. III, 16 maggio 2016, n. 1973.

⁴³² F. G. COCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 280; S. DE PAOLIS, *Le condizioni dell'azione davanti al giudice amministrativo*, in M. A. SANDULLI, *Il nuovo processo amministrativo*, vol. I, Milano, 2013, 301 e ss.

c) la legittimazione attiva o passiva di chi agisce o resiste in giudizio, in quanto titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo.⁴³³

Quest'ultima è inevitabilmente legata alla titolarità del rapporto giuridico sostanziale, dal lato attivo e dal lato passivo. Il diritto di azione spetta a colui che ha subito la lesione della propria situazione giuridica soggettiva, mentre il diritto di contraddire spetta a colui che ha inferto tale lesione. Questa coincidenza tra legittimato attivo e titolare della situazione giuridica soggettiva non si verifica sempre. Vi sono dei casi in cui vi è una scissione tra legittimazione ad agire e titolarità del rapporto sostanziale, come ad esempio i casi di azione surrogatoria previsti dall'art. 2900 c.c. o, secondo alcuni, la speciale legittimazione a ricorrere riconosciuta all'Autorità garante delle concorrenza e del mercato.⁴³⁴

Nonostante quanto appena detto, la legittimazione non richiede l'effettiva titolarità della situazione giuridica azionata. È sufficiente l'affermazione della sua titolarità e della sua lesione. L'accertamento di entrambi gli aspetti – titolarità dell'interesse legittimo e sua lesione – è lo scopo finale del processo.⁴³⁵

La contestazione del difetto di legittimazione ad agire da parte del resistente o del controinteressato assume notevole rilevanza ai fini dell'esito della controversia e all'interno di una strategia difensiva, perché non solo conduce ad una pronuncia sul rito, ma comporta altresì l'impossibilità di riproporre l'azione. La legittimazione ad agire non è un presupposto processuale. Il soggetto la cui legittimazione ad agire sia stata esclusa dal giudice non può più riproporre l'azione. Dunque, è una condizione dell'azione. Solo il soggetto effettivamente legittimato potrebbe riproporre l'azione.

Ciò premesso, giova soffermarsi sui principali nodi problematici legati all'eccezione di difetto di legittimazione ad agire sperimentabile

⁴³³ Per giurisprudenza consolidata: cfr., fra le tante, Cons. St., Sez. III, 3 febbraio 2014, n. 474 e 28 febbraio 2013, n. 1221; Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131; Cons. St., Sez. V, 22 maggio 2012, n. 2947; Cons. St., Sez. V, 4 maggio 2012, n. 2578; Cons. St., Sez. V, 27 ottobre 2011, n. 5740 e 17 settembre 2008, n. 4409; Cons. St., Sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4844; Cons. St., Sez. VI, 12 dicembre 2014, n. 6115.

⁴³⁴ S. DE PAOLIS, *Le condizioni dell'azione davanti al giudice amministrativo*, in M. A. SANDULLI, *Il nuovo processo amministrativo*, cit., vol. I, 302-303.

⁴³⁵ In dottrina: A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 210.

dall'amministrazione resistente e dai controinteressati. Le questioni giuridiche di maggiore interesse riguardano il contenuto, la forma e il *quomodo* dell'eccezione.

Sotto il profilo del contenuto, si osserva che, attraverso questa eccezione, si contesta che il ricorrente non potrebbe essere tale; si fa valere un fatto estintivo, modificativo o impeditivo del diritto di azione del ricorrente in quanto non titolare della situazione giuridica soggettiva affermata.

Questo tipo di contestazione risulta utile in diverse situazioni.

In primo luogo, occorre tenere a mente che non tutti gli interessi hanno rilevanza giuridica e che non tutti sono "legittimi".

Come già accennato, a livello pre-giuridico, l'interesse è la tensione verso la realizzazione di un bisogno; bisogno che, nel diritto amministrativo, può essere soddisfatto solo attraverso l'intermediazione della pubblica amministrazione, del potere pubblico a prescindere dalla forma provvedimento o consensuale, preventiva o successiva che esso assume.

Tradizionalmente, però, l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica – e quindi tutela – non a tutti gli interessi indiscriminatamente, ma solo ad alcuni di essi. Gli interessi che non hanno rilevanza giuridica sono i cc.dd. interessi semplici, cioè interessi rispetto ai quali l'ordinamento resta indifferente. Si tratta di interessi di fatto, generici ed indeterminati (es. l'interesse alla manutenzione delle strade, all'illuminazione ecc.).

Gli interessi non tutelati e non azionabili sono tali o perché troppo personali o perché troppo impersonali. L'ordinamento non tutela interessi che non corrispondono a beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela, come i sentimenti e le passioni personali. Allo stesso tempo, però, l'ordinamento non riconosce tutela neppure ai cc.dd. interessi diffusi, cioè quegli interessi adespoti riferibili ad una generalità indeterminata o indeterminabile di soggetti.⁴³⁶

L'interesse deve essere qualificato e differenziato, deve essere riconducibile ad un soggetto determinato che riveste una posizione differenziata rispetto al *quibus de populo*, sia esso una persona fisica o

⁴³⁶ Cons. St., Sez. III, 08 settembre 2016, n. 3829

un ente esponenziale. L'interesse collettivo è il risultato di un processo di soggettivizzazione dell'interesse diffuso⁴³⁷.

Nel processo amministrativo la legittimazione a ricorrere presuppone il riconoscimento dell'esistenza di una situazione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, riferita ad un bene della vita oggetto della funzione svolta dall'Amministrazione, investita dall'azione esperita; di conseguenza, in sé considerata, la semplice possibilità di ricavare dall'invocata decisione di accoglimento una qualche utilità pratica, indiretta ed eventuale, ricollegabile in via meramente contingente ed occasionale al corretto esercizio della funzione pubblica censurata, non dimostra la sussistenza della posizione legittimante, nel senso che siffatto possibile vantaggio ottenibile dalla pronuncia di annullamento non risulta idoneo a determinare, da solo, il riconoscimento di una situazione differenziata, fondante la legittimazione al ricorso; occorre, invece, una ulteriore condizione-elemento che valga a differenziare il soggetto, cui essa condizione-elemento si riferisce, da coloro che avrebbero un generico interesse alla legalità dell'azione amministrativa, essendo quest'ultimo interesse riconosciuto non al *quisque de populo*, ma solamente a quel soggetto che si trovi, rispetto alla generalità, in una posizione legittimante differenziata.

Quanto appena detto, consente di affermare che l'eccezione di difetto di legittimazione ad agire può essere utilizzata per affermare l'inammissibilità del ricorso in quanto il ricorrente sta facendo valere in giudizio un interesse personale di mero fatto ovvero un interesse non qualificato e non differenziato.

Nella casistica giurisprudenziale, le problematiche più comuni in tema di difetto di legittimazione ad agire per interessi di mero fatto o per interessi non qualificati e differenziati concernono la concorrenza fra imprese, la materia edilizia-urbanistica, la tutela dell'ambiente e altri beni collettivi, nonché il settore dei contratti pubblici.

Perché un interesse di fatto assurga a posizione legittimante un'impugnativa giurisdizionale amministrativa non è sufficiente prospettare un pregiudizio, occorrendo invece fornire sicuri indici di differenziazione e qualificazione di tale interesse.

⁴³⁷ V. CERULLI-IRELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997.

Di conseguenza, in tema di concorrenza, la giurisprudenza afferma che, a fronte di interventi insediativi di strutture commerciali potenzialmente concorrenti a causa della relativa vicinanza, la mera pretesa a conservare il proprio flusso di clientela non conferisce all'impresa la necessaria legittimazione ad agire⁴³⁸. Si tratta di un interesse di mero fatto⁴³⁹.

Si riscontra un difetto di legittimazione ad agire anche nel caso in cui un soggetto "*uti singulus*" agisca in giudizio a tutela di interessi generali, senza dimostrare la lesione della propria sfera giuridica personale o patrimoniale.⁴⁴⁰

Per quanto riguarda, invece, la legittimazione ad agire degli enti esponenziali di interessi collettivi, la giurisprudenza richiede la compresenza di tre requisiti: (i) la personalità giuridica, che vale a personalizzare e differenziare l'interesse azionato, per il tramite dell'alterità tra persona giuridica e persone fisiche che la compongono; (ii) l'effettiva rappresentatività dell'ente esponenziale, la quale, in assenza di previsioni di legge, si deve desumere da una serie di indici sintomatici tra cui le finalità statutarie e la stabile organizzazione; (iii) la c.d. *vicinitas*, cioè la necessità che l'ente sia portatore di un interesse localizzato in una determinata zona territoriale circoscritta.⁴⁴¹

Nel settore dell'edilizia e dell'urbanistica, l'art. 31, comma 9, legge 17 agosto 1942, n. 1150 (c.d. legge urbanistica), prevede che "*chiunque può ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia (poi*

⁴³⁸ *Ex multis*: Cons. St., Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1444, in *Foro amm.*, 2015, 3, 732.

⁴³⁹ TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 7 aprile 2010, n.1745, per cui: "*È illegittimo, per difetto di legittimazione ad agire, il ricorso proposto dal titolare di un impianto di distribuzione di carburante contro il provvedimento di autorizzazione all'apertura di altro impianto in un paese vicino atteso che lo stesso, pur dichiarando che il solo interesse da lui concretamente perseguito è di evitare la concorrenza in un'area nella quale finora aveva operato in regime di monopolio, propone censure di carattere urbanistico-ambientale che, in ragione dell'ubicazione dei due impianti, non ha titolo a dedurre.*"

⁴⁴⁰ Ad es. in tema di impugnazione da parte di singoli di provvedimenti di localizzazione di discariche. Cfr. Cons. St., Sez. III, 04 febbraio 2016, n. 441.

⁴⁴¹ Cons. St., Ad. plen., 19 ottobre 1979, n. 24. In dottrina, M. CALABRÒ, *Sui presupposti della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, nota a TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 6 dicembre 2002, n. 5093, in *Foro amministrativo TAR*, 2003, 412e ss.; ID., *Legittimazione processuale delle articolazioni locali delle associazioni ambientali riconosciute: un contrasto irrisolto*, nota a Cons. St., Sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2151, in *Ambiente e sviluppo*, 2006, 1128.

concessione edilizia, oggi permesso a costruire) *in quanto in contrasto con le disposizioni di legge o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione*". Sebbene la norma utilizzi l'espressione "chiunque", è consolidato, in giurisprudenza, l'orientamento secondo cui la legittimazione ad agire in giudizio contro i titoli edilizi rilasciati a terzi richiede la prova di una posizione qualificata e differenziata, come quella del proprietario frontista o comunque di colui che sia proprietario di un immobile in una situazione di stabile collegamento con la zona interessata⁴⁴².

⁴⁴²Cfr. Cons. St., Sez. IV, 2 febbraio 2016, n. 386, secondo cui: "*Il mero criterio della vicinitas non può ex se radicare la legittimazione al ricorso, dovendo pure sempre il ricorrente fornire la prova concreta del pregiudizio specifico inferto dagli atti impugnati in termini di deprezzamento del valore del bene o della concreta compromissione del diritto alla salute ed all'ambiente; in sostanza, la semplice riduzione del panorama dovuta ad intervento edilizio su fondo vicino, ma non supportata dalla quantificazione del pregiudizio economico subito dal bene, non appare per definizione sufficiente a radicare un effettivo interesse qualificato al ricorso, accedendo piuttosto ad una sorta di inammissibile controllo a tutela di un interesse di mero fatto; né l'insufficienza della posizione tutelata può in questo caso essere recuperata invocando il vincolo paesaggistico gravante sulla zona, poiché questo notoriamente tutela una bellezza di insieme che, in quanto tale, postula la dimostrazione di una lesione ben più ampia che l'intervento edilizio contestato possa recare a singole posizioni proprietarie.*"; Cons. St., Sez. IV, 14 gennaio 2016, n. 81, secondo cui: "*Il condominio, e per esso il suo amministratore, è legittimato ad agire per l'annullamento di un permesso di costruire che, secondo la prospettazione del ricorrente, consente la realizzazione di un manufatto in violazione delle distanze dai plinti di fondazione e potenzialmente dannosa per gli stessi.*"; Cons. St., Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5278; Cons. Stato, IV, 11 giugno 2015, n. 2861, per cui: "*Per pacifica giurisprudenza la legittimazione dei soggetti terzi, non direttamente destinatari del provvedimento, è riconosciuta nel settore in questione in base al criterio cosiddetto della vicinitas, ovvero in caso di stabile collegamento materiale tra l'immobile del ricorrente e quello interessato dai lavori, quando questi ultimi comportino contra legem un'alterazione del preesistente assetto urbanistico ed edilizio; quanto al pregiudizio della situazione soggettiva protetta dei medesimi soggetti terzi, il danno è ritenuto sussistente in re ipsa per gli abusi edilizi, in quanto ogni edificazione abusiva incide se non sulla visuale, quanto meno sull'equilibrio urbanistico del contesto e l'armonico e ordinato sviluppo del territorio, a cui fanno necessario riferimento i titolari di diritti su immobili adiacenti, o situati comunque in prossimità a quelli interessati dagli abusi*".

È su tali basi che la giurisprudenza amministrativa ha elaborato al riguardo la nozione di *vicinitas* riconoscendo, in linea di principio, la legittimazione a contestare in sede giurisdizionale i titoli edilizi solo a chi sia titolare di immobili nella zona in cui è stata assentita l'edificazione e a coloro che si trovino in una situazione di "stabile collegamento" con la stessa. La richiamata nozione di *vicinitas*, peraltro, è stata nel tempo affinata e più adeguatamente specificata nella sua concreta portata attraverso significativi e sostanziali correttivi. Da un lato, infatti, dopo le prime pronunce tendenti a circoscrivere la

Venendo al settore dei contratti pubblici, il difetto di legittimazione a ricorrere assume diverse sfaccettature contenutistiche.

Generalmente, la giurisprudenza riconosce la legittimazione a ricorrere avverso gli atti della procedura di gara solo all'impresa che abbia presentato domanda e abbia legittimamente partecipato alla gara. Questa regola, secondo alcuni, trova eccezione nei casi in cui l'impresa intenda impugnare una previsione del bando di gara che osterebbe, con certezza, all'ammissione della stessa alla procedura selettiva oppure nei casi in cui si contesti la gara in sé ovvero la mancata indizione della gara⁴⁴³. Solo con la domanda e la legittima partecipazione alla gara si

legittimazione ad agire ai soli proprietari frontisti, si è progressivamente estesa la platea dei soggetti abilitati al ricorso, riconoscendo un più ampio interesse di zona con riguardo, altresì, alla posizione degli operatori economici che intendano contrastare un titolo edilizio a cui si accompagni una contestuale autorizzazione di natura commerciale. Dall'altro lato, però, si è sempre più avuto modo di precisare come il semplice dato materiale della *vicinitas*, non sempre costituisca oggettivo ed incontrovertibile elemento di individuazione della legittimazione e dell'interesse ad agire, dovendosi comprovare il reale pregiudizio che venga a derivare dalla realizzazione dell'intervento assentito, specificando con riferimento alla situazione concreta e fattuale come, perché, ed in quale misura il provvedimento impugnato incida la posizione sostanziale dedotta in causa, determinandone una lesione concreta, immediata e di carattere attuale. D'altronde, una diversa posizione che non tenga conto di tale circostanza finirebbe per avallare una inammissibile sorta di azione popolare nei confronti dell'operato dell'Amministrazione, per conseguire l'annullamento di ogni provvedimento che consenta interventi non graditi da parte dei vicini. Pertanto, secondo tale giurisprudenza, è necessario che l'operatore economico che intende impugnare un titolo edilizio a cui accede una valida e formale autorizzazione commerciale eserciti nelle immediate adiacenze, che l'attività commerciale esercitata sia dello stesso tipo in tutto o in parte di quella relativa ai provvedimenti in contestazione, e che le due attività vengano a servire uno stesso bacino di clientela oggettivamente circoscritto o comunque circoscrivibile con sufficiente certezza.

⁴⁴³ Cfr. Cons. St., Sez. III, 3 febbraio 2016, n. 424, per cui: *“L'assenza di un legittimo titolo di partecipazione a gara pubblica priva il concorrente del diritto a contestarne in sede giurisdizionale gli esiti in applicazione dei principi secondo cui la legittimazione ad agire si correla necessariamente ad una situazione giuridica differenziata e bisognosa di tutela giurisdizionale, che in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici non può vantare chi non vi abbia legittimamente partecipato, al di fuori delle ipotesi eccezionali e derogatorie, della contestazione della gara in sé o all'inverso della sua mancata indizione pur in presenza di un obbligo di legge, o ancora dell'impugnazione di clausole immediatamente escludenti; con la conseguenza che la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso, essendo invece necessario che sia accertata la legittima ammissione alla stessa; pertanto, la definitiva esclusione (come, all'opposto, l'accertamento dell'illegittimità dell'ammissione) impedisce di riconoscere al concorrente*

radica la legittimazione ad agire contro gli atti della procedura, perché solo in tal caso si viene a creare una posizione personale differenziata e qualificata⁴⁴⁴.

Di conseguenza, l'aggiudicatario controinteressato evocato in giudizio potrebbe contestare il difetto di legittimazione ad agire del ricorrente sostenendo e dimostrando che questi non ha legittimamente partecipato alla gara in quanto doveva essere escluso. Il controinteressato, dunque, può eccepire il difetto di legittimazione ad agire del ricorrente, stante l'illegittima ammissione dello stesso alla procedura, in virtù del ricorrere di una causa di esclusione.

Inoltre, si osserva che il nuovo Codice dei contratti pubblici, adottato con Dec. lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, sembra aver introdotto una particolare fattispecie di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione ad agire. L'art. 120, co. 3, Codice dei contratti pubblici, prevede una sorta di doppio giudizio, uno volto alla determinazione in modo definitivo dei soggetti ammessi a partecipare alla gara in caso di contestazioni, e uno successivo riguardante la legittimità degli atti successivi. La norma, infatti, dispone che l'omessa impugnazione dei provvedimenti di ammissione o di esclusione entro il termine di decadenza di trenta giorni preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. Ciò vuol dire che, in sede di impugnazione

la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli atti della procedura selettiva.”; Cons. St., Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

⁴⁴⁴TAR Lazio, Roma, Sez. II, 21 novembre 2006, n. 12932, secondo cui: “ *La mancata partecipazione alla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico rende inammissibile il ricorso giurisdizionale proposto dall'impresa avverso l'espletamento della gara stessa, in quanto tale impresa non ha alcun interesse ad impugnare l'atto conclusivo del procedimento amministrativo d'aggiudicazione, non essendo titolare di posizioni differenziate rispetto all'interesse genericamente sussistente nell'indefinito numero di soggetti che possono astrattamente aspirare all'aggiudicazione stessa*”; TAR Veneto, Sez. I, 25 giugno 2007, n. 2024, per cui: “*In materia di impugnazione di atti relativi ad una gara d'appalto, allorché il ricorrente non abbia manifestato il suo interesse a partecipare alla gara (procedura aperta), né mediante presentazione di offerta, né altrimenti, tale mancata partecipazione, di per sé comporta difetto di legittimazione ad agire nei riguardi della procedura medesima, conseguendone che il ricorso va dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione e di interesse, e ciò anche in caso la stazione appaltante abbia tenuto comportamenti diretti a correggere errori nella formulazione dei criteri secondo cui si svolgerà la gara (nella fattispecie l'impresa aveva richiesto l'annullamento di atti di modifica e di rettifica di errori della lex specialis, dei verbali di gara, dei provvedimenti di approvazione dell'esito della gara d'appalto e di aggiudicazione provvisoria)*”.

dell'aggiudicazione, il controinteressato non potrà più eccepire il difetto di legittimazione a ricorrere conseguente all'illegittima ammissione o alla mancata esclusione del ricorrente.

Queste problematiche appena accennate servono ad introdurre il vero tema che interessa in questa sede, cioè quello della natura, delle forme e dei modi attraverso cui si eccepisce il difetto di legittimazione ad agire nel processo amministrativo. L'assunto di fondo è quello per cui il difetto di legittimazione ad agire muta la propria natura e la propria forma a seconda del contesto processuale in cui deve essere fatto valere.

In relazione ad alcune fattispecie, il difetto di legittimazione ad agire si presenta come una vera e propria eccezione di parte in senso stretto che si fa valere all'interno degli scritti difensivi. Il riferimento è a quelle ipotesi in cui il difetto di legittimazione ad agire non richiede l'accertamento in via incidentale della illegittimità di un provvedimento presupposto o qualificante. Si pensi all'eccezione di difetto di legittimazione ad agire dell'associazione ambientalista o del singolo in relazione all'impugnazione di un determinato provvedimento in materia di ambiente o di edilizia. In questi casi, chi contesta il difetto di legittimazione ad agire allega uno o più fatti impeditivi, estintivi o modificativi del diritto di azione del ricorrente. L'amministrazione resistente o i controinteressati possono eccepire circostanze fattuali dalle quali emerge che il ricorrente o è titolare di un interesse di mero fatto privo di rilevanza giuridica o è titolare di un interesse non differenziato e non qualificato.

Al contrario, vi sono delle ipotesi in cui il difetto di legittimazione ad agire sembrerebbe spogliarsi della sua natura di eccezione e questo influenzerebbe anche le forme e i modi attraverso cui tale difetto può essere fatto valere. Si tratta delle fattispecie più comuni nel settore dei contratti pubblici, in cui il controinteressato, per far valere il difetto di legittimazione ad agire del ricorrente, chiede l'accertamento incidentale dell'illegittimità del provvedimento tacito o espresso di ammissione alla gara. Caducando incidentalmente il provvedimento di ammissione alla gara, illegittimo se ricorrevano cause di esclusione non rilevate, automaticamente viene meno la legittima partecipazione alla gara e, dunque, la legittimazione a ricorrere avverso gli atti della procedura.

In questi casi, la forma e le modalità con cui il difetto di legittimazione ad agire deve essere fatto valere mutano. Infatti, questo non può più essere eccepito in memoria, come una normale eccezione, ma richiede la proposizione di un ricorso incidentale con il quale s'impugna o l'illegittima ammissione alla gara o la mancata esclusione dalla stessa. Il ricorso incidentale, dunque, va ad allargare il *thema decidendum* e si regge sulla lesione potenzialmente derivante dall'accoglimento del ricorso principale.

Occorre, allora, domandarsi se, nell'ipotesi sopra descritta, si possa sempre e ancora parlare di eccezione di difetto di legittimazione ad agire.

Ritorna, sul punto, il tema della natura del ricorso incidentale affrontato *funditus* nel Cap. III, par. 12. Richiamando le osservazioni ivi svolte, si osserva che la fattispecie potrebbe rappresentare una conferma alla teoria c.d. eclettica. Secondo questa tesi, condivisa da una parte della dottrina e della giurisprudenza, il ricorso incidentale volto ad impugnare il medesimo provvedimento gravato in via principale ma per vizi diversi o relativamente a parti diverse (ad es. nel caso di provvedimenti valutativi di più soggetti impugnati nella parte relativa alla valutazione del ricorrente) avrebbe natura sostanziale di eccezione. Il ricorso incidentale diretto a caducare incidentalmente un provvedimento diverso da quello censurato in via principale e presupposto sarebbe una c.d. azione riconvenzionale.

Questa impostazione non può dirsi del tutto esaustiva. La giurisprudenza, sul punto, è ancora molto ambigua. Nelle pronunce del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici, ricorre di frequente l'affermazione per cui attraverso il ricorso incidentale c.d. escludente si solleva un'eccezione di difetto di legittimazione ad agire del ricorrente.⁴⁴⁵

Circa le modalità di proposizione dell'eccezione di difetto di legittimazione ad agire, occorre chiedersi se si tratta di un'eccezione rilevabile solo su istanza di parte ovvero anche d'ufficio.

La legittimazione ad agire costituisce una condizione dell'azione diretta all'ottenimento, da parte del giudice, di una qualsiasi decisione di merito, la cui esistenza è da riscontrare esclusivamente alla stregua

⁴⁴⁵ Si vedano, *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 783; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 21 marzo 2016, n. 3421.

della fattispecie giuridica prospettata dall'azione, prescindendo, quindi, dalla effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa che si riferisce al merito della causa, investendo i concreti requisiti di accoglibilità della domanda e, perciò, la sua fondatezza. Ne consegue che, a differenza della *legitimatio ad causam* (il cui eventuale difetto è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio), intesa come il diritto potestativo di ottenere dal giudice, in base alla sola allegazione di parte, una decisione di merito, favorevole o sfavorevole, l'eccezione di difetto di legittimazione ad agire, relativa alla concreta titolarità del rapporto dedotto in giudizio, attenendo al merito, non è rilevabile d'ufficio, ma è affidata alla disponibilità delle parti e, dunque, deve essere tempestivamente formulata.", cioè "nei modi e nei tempi previsti per le eccezioni di parte."⁴⁴⁶

L'amministrazione, tuttavia, potrebbe avere interesse ad eccepire altresì il difetto di legittimazione a resistere. La legittimazione passiva, nei giudizi amministrativi, va riferita all'amministrazione che ha adottato l'atto ritenuto lesivo ed impugnato o ne ha concorso in qualche modo all'emissione, divenendo il naturale destinatario degli effetti che scaturiscono dalla decisione in senso stretto⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Cass., Sez. II, 27 giugno 2011, n. 14177; cfr. anche Cass., Sez. III, 9 aprile 2009, n. 8699.

⁴⁴⁷TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 06 luglio 2016, n. 3361; Cons. St., Sez. VI, 22 ottobre 1984 n. 669; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 12 maggio 2016, n. 1157 ha chiarito che, nel caso di adempimento di funzioni di Ufficiale di Governo da parte del Sindaco, l'ordinamento disciplina un fenomeno di mera imputazione giuridica allo Stato degli effetti di atti di un organo del Comune. Il Sindaco non diventa un organo di un'amministrazione dello Stato, ma resta incardinato nel complesso organizzativo dell'ente locale (cfr. TAR Basilicata, Sez. I, 05 dicembre 2012, n. 544). Ciò in quanto (cfr. TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 08 settembre 2011, n. 443) anche se l'ordinanza contingibile e urgente viene emessa dal sindaco quale ufficiale del Governo si tratta pur sempre di atto imputabile al Comune, del quale l'autorità emanante è organo. Per tale ragione la legittimazione a resistere spetta al Comune. Negli stessi termini si posiziona anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato (*ex multis* Cons. St., Sez. IV, 03 marzo 2009 n. 1209; Cons. St., sez. V, 07 settembre 2007, n. 4718) secondo cui "*L'ordinanza contingibile e urgente in materia di salute pubblica adottata dal sindaco quale ufficiale di governo, sebbene soggetta a regole diverse da quelle ordinariamente applicabili agli atti del sindaco come capo dell'amministrazione comunale, è pur sempre un atto redatto e deciso dagli uffici comunali. Ne consegue che sussiste la legittimazione del Comune a resistere nel giudizio in caso di controversia sulla legittimità dell'ordinanza sindacale in quanto i provvedimenti emessi dal sindaco quale ufficiale di governo sono pur sempre imputabili al Comune, di cui il sindaco stesso è organo*".

Secondo la giurisprudenza, quando il convenuto eccepisca la propria estraneità al rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio, viene a discutersi, non di una condizione per la trattazione del merito della causa, qual è la *legittimatio ad causam*, ma dell'effettiva titolarità passiva del rapporto controverso, cioè dell'identificabilità o meno nel convenuto del soggetto tenuto alla prestazione richiesta dall'attore. Tale ultima questione concerne il merito della causa: per cui il giudice che riconosca fondata detta eccezione, correttamente decide la controversia, non con una pronuncia di rito sulla regolare costituzione del contraddittorio, ma con una sentenza di rigetto nel merito della domanda dell'attore per difetto di titolarità passiva del rapporto sostanziale dedotto in causa. L'amministrazione, attraverso il difetto di legittimazione a resistere, può chiedere l'estromissione dal giudizio.

Secondo un primo orientamento, l'eccezione di difetto di legittimazione a resistere sarebbe rilevabile solo su istanza di parte. Se non viene eccepita tempestivamente dalla parte resistente, su di essa si formerebbe il giudicato.⁴⁴⁸ Per un diverso indirizzo, invece, nel processo amministrativo il difetto di legittimazione a resistere costituirebbe un profilo rilevabile d'ufficio, né a ciò osterebbe l'assenza di una corrispondente eccezione di parte⁴⁴⁹.

L'accoglimento di tale eccezione non impedisce la riproposizione della domanda da parte del ricorrente, sempre che non sia decorso il termine ordinario di decadenza per l'impugnazione.

Infine, l'accoglimento dell'eccezione di difetto di legittimazione passiva con conseguente estromissione dell'amministrazione dal giudizio priva la stessa della legittimazione ad impugnare la sentenza con appello.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Cons. St., Sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3657.

⁴⁴⁹ Cons. St., Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4043.

⁴⁵⁰ Cons. St., Sez. IV, 31 agosto 2016, n. 3726, per cui: “*La Pubblica amministrazione, nei cui confronti è stata accolta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva, non ha titolo a partecipare al relativo giudizio e, conseguentemente, ad appellare la sentenza per capi diversi da quelli relativi alla propria legittimazione ed alle spese.*”.

9. Il difetto d'interesse a ricorrere.

L'interesse al ricorso suole definirsi come l'utilità concretamente retraibile da una eventuale e futura sentenza di accoglimento della domanda.

L'art. 100 c.p.c. prescrive che chiunque agisce o resiste in giudizio deve avervi interesse. Si tratta di una componente fondamentale in un sistema di giurisdizione soggettiva. Il principio del necessario interesse a ricorrere impedisce che l'azione davanti al giudice amministrativo si trasformi in azione popolare volta al ripristino della legalità violata. Non è possibile coltivare un ricorso a fini meramente emulativi o di tutela dell'astratta legalità, anche quando il suo accoglimento determinerebbe effetti pregiudizievoli per lo stesso istante⁴⁵¹.

Il ricorso è, dunque, ammissibile solo se la decisione favorevole potrebbe arrecare obiettiva utilità al ricorrente.

L'interesse al ricorso deve essere, inoltre, personale, cioè deve riguardare direttamente il ricorrente; diretto, in quanto la lesione dell'interesse sostanziale deve derivare direttamente dal provvedimento o dal comportamento amministrativo contestato; attuale, il che implica che la lesione deve essere già avvenuta, perduri nelle more del giudizio e possa essere riparata dalla sentenza.⁴⁵² L'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antiggiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto.

Esso rappresenta una condizione dell'azione; deve sussistere fino al momento della decisione e il suo difetto accertato con sentenza dichiarativa impedisce la riproposizione della domanda.

L'utilità va verificata non soltanto relativamente alla domanda nel suo complesso, ma anche in relazione ai singoli motivi di ricorso.

⁴⁵¹ Cons. St., Sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3414.

⁴⁵² F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa, cit.*, 282 e ss.

Questi, infatti, se il loro accoglimento non recherebbe alcuna utilità al ricorrente, sono dichiarati inammissibili⁴⁵³. Quanto detto vale ancor più dopo l'introduzione dell'art. 21-octies, co.2, legge n. 241 del 1990, che esclude l'invalidità del provvedimento quando il vizio formale o procedurale, in presenza di specifiche condizioni, non abbia avuto alcuna incidenza sul contenuto sostanziale del provvedimento.

Il difetto d'interesse a ricorrere può essere originario o sopravvenuto nelle more del giudizio. La dichiarazione d'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse può essere pronunciata, previo suo rigoroso accertamento, al verificarsi di una situazione di fatto o di diritto nuova, tale da mutare comunque ed in modo radicale quella esistente al momento della proposizione del ricorso, ed una tale vicenda ben si può avere qualora l'atto amministrativo impugnato ha cessato di produrre i suoi effetti per il variare anche della situazione di diritto, ove questa sia in sé idonea a ridefinire l'assetto degli interessi in gioco che, pur senza avere alcun effetto satisfattivo nei confronti del ricorrente, renda certa e definitiva l'inutilità della sentenza⁴⁵⁴.

L'eccezione in parola costituisce una eccezione in senso lato, atteso che essa è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo entro i limiti dettati dall'art. 104 c.p.a. e dal giudicato.

Il divieto del c.d. *ius novorum* in appello non si estende alle eccezioni e questioni processuali e sostanziali che siano rilevabili anche d'ufficio ma, fatti salvi gli effetti del giudicato interno sulla statuizione recata sul punto dalla sentenza di primo grado e lo speciale regime delle questioni di giurisdizione e competenza (adesso ex artt. 9 e 15 c.p.a.), consente la delibazione per la prima volta in appello delle eccezioni di irricevibilità o di inammissibilità del ricorso per carenza di una condizione dell'azione quale l'interesse a ricorrere.⁴⁵⁵

⁴⁵³ TAR Veneto, Venezia, Sez. III, 27 settembre 2016, n. 1075.

⁴⁵⁴ Cons. St., Sez. V, 05 maggio 2016, n. 1822, secondo cui: “ *Nel processo amministrativo la sussistenza della cd. causa d'improcedibilità può essere ravvisata solo allorché, per effetto di una sopraggiunta modifica della situazione di fatto o di diritto, il ricorrente non può più trarre, dall'eventuale sentenza di accoglimento del ricorso, alcuna utilità, per non essere ormai configurabile, in capo ad esso, un interesse anche solo strumentale o morale alla decisione.*”.

⁴⁵⁵ Cfr. *ex multis*: Cons. St., Sez. III, 13 gennaio 2016, n. 73.

Infine, merita ricordare che l'interesse a ricorrere è importante anche ai fini della individuazione del Giudice competente per territorio. Nell'ipotesi di impugnazione di più atti adottati da diverse amministrazioni tra loro in un rapporto di presupposizione, la competenza territoriale si radica in relazione al provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere.⁴⁵⁶

Quanto agli aspetti problematici legati all'esperimento dell'eccezione di difetto d'interesse a ricorrere, viene in rilievo, anzitutto, il tema dell'accertamento dell'interesse a ricorrere nelle controversie aventi ad oggetto gli atti delle procedure ad evidenza pubblica. All'interno di quest'area, si pongono diverse questioni.

Anzitutto, occorre chiedersi come si accerta l'interesse a ricorrere avverso gli atti delle procedure di gara nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non comporterebbe comunque l'aggiudicazione del contratto da parte del ricorrente, per le ragioni più disparate.

Sul punto, occorre chiarire che, per giurisprudenza consolidata, la parte che agisce in giudizio deve fornire la c.d. prova di resistenza, cioè deve provare, anche per approssimazione, che, in assenza delle illegittimità censurate, avrebbe ottenuto l'aggiudicazione del contratto e che, in caso di annullamento, subentrerebbe nel contratto eventualmente già stipulato. Il mancato assolvimento di tale onere dimostrativo comporta l'inammissibilità delle censure per difetto d'interesse a ricorrere.⁴⁵⁷ La prova di resistenza va effettuata tenendo conto anche delle ulteriori attività procedimentali che la stazione appaltante, sulla base della *lex specialis*, per come appare delineata in esito all'impugnazione stessa, ed alla luce degli atti di gara, in caso di annullamento sarebbe tenuta a porre in essere. Altrimenti, si finirebbe per duplicare il contenzioso e prestare tutela, in prima battuta, al mero interesse "strumentale" alla rinnovazione dell'aggiudicazione in capo ad un soggetto al quale, è prevedibile, il bene della vita non spetterebbe direttamente, ma potrebbe sperare di conseguirlo soltanto mediante una nuova impugnazione, nell'ambito della quale far valere quelle stesse censure che oggi sarebbero utili a superare la prova di resistenza.

⁴⁵⁶ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 22 luglio 2016, n. 2764.

⁴⁵⁷ TAR Puglia, Bari, Sez. I, 27 luglio 2016, n. 987.

Tuttavia, ciò non risolve la questione, anzi ne pone un'altra: quella del rilievo da attribuire al c.d. interesse strumentale alla riedizione della gara. Talvolta, infatti, l'annullamento degli atti della gara comporta la necessità della riedizione *ex novo* dell'intera procedura di gara. Il ricorrente, dunque, impugna non per ottenere il bene della vita cui aspira in termini di aggiudicazione del contratto, ma afferma di aver interesse a che la gara venga rieditata legittimamente.

Si potrebbe sostenere, come fa una parte della giurisprudenza⁴⁵⁸, che l'interesse alla riedizione della gara non assurga al rango di vero e proprio interesse a ricorrere, ma attenga all'area degli interessi di mero fatto. Potrebbe osservarsi, inoltre, che l'interesse alla riedizione della gara sarebbe un'utilità relativa e solo potenziale, stante l'esito non certo della nuova procedura di gara⁴⁵⁹. Siccome non è certo che, qualora la gara fosse rinnovata, la ricorrente ne gioverebbe, ne trarrebbe un'utilità, allora ne deriverebbe che l'interesse alla riedizione della gara non potrebbe integrare a pieno l'interesse a ricorrere.

Allo stato, la giurisprudenza più recente considera l'interesse strumentale alla riedizione della gara come avente medesima dignità rispetto all'interesse finale al conseguimento del bene della vita oggetto della procedura di gara.⁴⁶⁰

L'interesse a ricorrere può consistere in un'utilità sia finale che strumentale.⁴⁶¹

L'eccezione di carenza di interesse al ricorso risulta utile anche nelle controversie riguardanti i titoli edilizi. Spesso, infatti, il titolo abilitativo rilasciato dall'amministrazione ad un soggetto, specialmente quando è in sanatoria, viene ad essere impugnato da parte di un terzo che si ritiene leso dallo stesso. Questi vanta un interesse oppositivo. In questi casi, si ritiene che la *vicinitas*, intesa come

⁴⁵⁸ TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 26 gennaio 2016, n. 1069, per cui: “*La censura è inammissibile avuto riguardo alla carenza di interesse della ricorrente a contestare la legittimità della gara a cui la stessa ricorrente ha partecipato senza sollevare alcun profilo di vizio e senza che - vista la eccezionalità della concessa proroga - possa rilevare in alcun modo l'interesse alla riedizione della gara stessa*”; TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 15 dicembre 2015, n. 14063.

⁴⁵⁹ TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 23 febbraio 2010, n. 455.

⁴⁶⁰ Cfr. *ex multis*: TAR Lazio, Roma, Sez. II, 16 febbraio 2016, n. 2045; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 16 luglio 2015, n. 1708; Cons. St., Sez. V, 09 marzo 2010, n. 1373.

⁴⁶¹ Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 2015, n. 4871.

situazione di stabile collegamento giuridico con il terreno oggetto dell'intervento costruttivo autorizzato, costituisca criterio di per sé sufficiente a rappresentare l'interesse al ricorso contro un titolo edilizio, con la conseguenza che, in sua presenza, non è necessario accertare concretamente se i lavori assentiti dall'atto impugnato comportino un effettivo pregiudizio per il ricorrente⁴⁶².

La mancanza di un interesse al ricorso, insomma, a prescindere dal settore applicativo, può essere eccepita al fine di evitare il c.d. annullamento inutile.

L'annullamento inutile pone principalmente due questioni.

Anzitutto, viene in rilievo il tema del c.d. annullamento inutile per il ricorrente e dannoso per l'amministrazione e per i controinteressati. La fattispecie è stata oggetto di un intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Si parla di annullamento inutile e dannoso perché il ricorrente chiedeva l'annullamento degli atti di una procedura concorsuale, con esito per lui negativo, affermando che il lungo tempo trascorso dalla proposizione dell'appello non aveva fatto venir meno l'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, sussistendo ancora interesse alla decisione di merito e all'annullamento dei provvedimenti impugnati. Nelle more, infatti, l'amministrazione aveva assunto altri soggetti, i quali avevano già prestato molti anni di servizio presso la stessa. A ciò si aggiunga che l'illegittimità della procedura non era dovuta né riguardava condotte degli altri concorrenti vincitori.

In situazioni del genere, l'annullamento risulta sia inutile, perché non attribuisce al ricorrente il bene della vita anelato ma solo la possibilità di ripartecipare alla rinnovazione della gara, ma anche dannoso sia per l'amministrazione che per i controinteressati, i quali hanno fatto affidamento legittimo e incolpevole sulla legittimità della procedura selettiva, così prestando servizio per molti anni presso la p.a. precedente.

Tant'è che per arginare le conseguenze negative derivanti da un eventuale annullamento, la Sezione remittente aveva prospettato la possibilità di convertire *ex officio* la domanda di annullamento inutile e dannoso in domanda risarcitoria per equivalente.

⁴⁶² Cons. St., Sez. IV, 8 settembre 2015 n. 4176.

L'Adunanza plenaria ha ritenuto che la tesi contenuta nell'ordinanza di rimessione non potesse essere condivisa e ciò: a) sulla base del principio della domanda, che regola anche il processo amministrativo; b) sulla base della natura della giustizia amministrativa quale giurisdizione soggettiva, pur con talune peculiarità - di stretta interpretazione - di tipo oggettivo; c) per la non mutabilità *ex officio* del giudizio di annullamento una volta azionato. Pertanto, si è proceduto all'annullamento degli atti della procedura selettiva impugnata⁴⁶³.

Ipotesi differente, invece, è quella dell'accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato inutile ai fini dell'annullamento, ma utile ai fini del risarcimento. Si tratta, insomma, di un'ipotesi di difetto d'interesse all'annullamento in cui però residua un interesse all'accertamento in via incidentale dell'invalidità degli atti ai soli fini del risarcimento dei danni.

Sul punto, giova precisare che l'art. 34, comma 3, c.p.a. prevede che: *“Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori.”* Il difetto d'interesse al ricorso, dunque, va vagliato in relazione a ciascuna singola azione proposta nel processo. La carenza dell'interesse al ricorso relativamente all'azione di annullamento potrebbe, dunque, non comportare la carenza di interesse all'accertamento incidentale dell'illegittimità degli atti impugnati ai fini risarcitori.

Il presupposto per l'ammissibilità della domanda ex art. 34, comma 3, c.p.a. è l'esplicita istanza di parte, o comunque una espressa manifestazione di interesse del ricorrente a fini risarcitori, o nel ricorso introduttivo o in corso di giudizio; ciò in quanto tra la dichiarazione di improcedibilità ed il mero accertamento della fondatezza dei vizi, non vi è alcuna continenza effettuale, ben potendo la parte preferire (ai fini, ad esempio, delle spese processuali) la chiusura in rito del giudizio ad una pronuncia che (se negativa) potrebbe rivelarsi per la parte in vario modo controproducente. Inoltre, senza una espressa o implicita istanza di parte, il giudice che provvedesse ad accertare l'illegittimità dell'atto impugnato ai soli fini risarcitori determinerebbe la violazione del

⁴⁶³ Cfr. Cons. St., Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4.

principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, andrebbe cioè *ultra petita*.⁴⁶⁴

10. Il difetto di contraddittorio.

Il processo amministrativo, in ossequio alle fonti sovranazionali⁴⁶⁵ e all'art. 111 della Costituzione, è informato ai principi del giusto processo, del c.d. *fair trial*, tra i quali spicca certamente il principio del contraddittorio⁴⁶⁶.

Esso rappresenta, prima di tutto, un principio di civiltà giuridica. Ciò non vuol dire necessariamente che un processo senza contraddittorio sia irregolare. Il contraddittorio deve essere consentito, non imposto. Il ricorrente deve mettere le altre parti nella condizione di poter scegliere se partecipare o no al processo. In secondo luogo, il contraddittorio non deve essere necessariamente contestuale, conoscendo il nostro ordinamento anche forme di contraddittorio eventuale e differito.

Il Codice del processo amministrativo contiene numerose disposizioni a tutela del contraddittorio processuale.

Quello del contraddittorio è per sua natura un principio “*in relazione*”. Il contraddittorio vive in un rapporto e questo rafforza l'idea del processo amministrativo come giudizio sul rapporto. Per questo motivo, le parti del rapporto che non sono state poste nelle condizioni di partecipare al giudizio sul rapporto di cui fanno necessariamente parte, possono eccepire il difetto di contraddittorio. L'eccezione di difetto del contraddittorio assume diverse sfaccettature e diversi effetti sul piano processuale, anche a seconda della fase del giudizio in cui si è verificato il difetto eccepito.

⁴⁶⁴ TAR Puglia, Bari, Sez. II, 6 ottobre 2015, n. 1285; TAR Sardegna, Cagliari, Sez. II, 13 maggio 2016, n. 429.

⁴⁶⁵ Art. 6, par. 1 della C.E.D.U.

⁴⁶⁶ Art 2., c.p.a. “*Giusto processo*”: 1. *Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione.*

Secondo l'opinione tradizionale, nel giudizio di legittimità, i contraddittori necessari sono identificati sulla base del provvedimento. Essi sono, anzitutto, l'amministrazione cui si imputa formalmente il provvedimento e i cc.dd. controinteressati formali, cioè coloro i quali risultano, sulla base del provvedimento, essere titolari di un interesse uguale e contrario a quello del ricorrente. Tuttavia, negli ultimi anni, la giurisprudenza ha adottato un approccio più elastico, in forza del quale oltre a quelli formali, vi sono anche controinteressati sostanziali, successivi o occulti che non emergono sulla base del solo provvedimento ma che potrebbe avere interesse alla conservazione dell'atto impugnato.

Gli artt. 27 e 41 c.p.a. prescrivono che il ricorso deve essere notificato, a pena di inammissibilità, all'amministrazione resistente e ad almeno uno dei controinteressati. Il contraddittorio si considera regolarmente instaurato adempiendo a tale onere. L'eventuale assenza di altri soggetti pure interessati al giudizio può essere evitata attraverso due temperamenti: da un lato, l'integrazione del contraddittorio *iussu iudici*; dall'altro, l'intervento volontario dei controinteressati pretermessi. La mancata integrazione del contraddittorio comporta l'improcedibilità del ricorso.

Le deroghe a tale principio sono eccezionali. Ve n'è una, ad esempio, in alcuni tipi di procedimenti cautelari d'urgenza, ma è solo parziale, perché il contraddittorio in realtà non è eliminato, è solo differito ad una successiva fase processuale. Inoltre, l'art. 55, co. 12, c.p.a. prevede che *“In sede di esame della domanda cautelare il collegio adotta, su istanza di parte, i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e l'integrità del contraddittorio.”*

Anche in sede cautelare, la regola è che il giudice, prima di decidere, deve accertare l'integrità del contraddittorio.

Altra ipotesi derogatoria è quella descritta dall'art. 49, co.2, c.p.a. secondo cui *“L'integrazione del contraddittorio non è ordinata nel caso in cui il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato; in tali casi il collegio provvede con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 74.”*

Giova precisare che il contraddittorio processuale non è speculare a quello procedimentale.

La prima differenza è qualitativa. Il contraddittorio processuale è prettamente difensivo. La partecipazione procedimentale è sia difensiva che collaborativa per il miglior contemperamento degli interessi pubblici e privati coinvolti.

La seconda differenza è per così dire “quantitativa”, nel senso che la mancata individuazione di controinteressati nel procedimento da parte dell’amministrazione non implica necessariamente l’assenza di controinteressati in sede processuale. Fattispecie esemplare è quella del procedimento in tema di accesso ai documenti amministrativi in cui l’amministrazione non individua controinteressati. Secondo la giurisprudenza, ciò non esenta il ricorrente dalla notifica del ricorso in materia di accesso anche agli eventuali controinteressati facilmente individuabili, in disparte il fatto che l’amministrazione non li abbia coinvolti nel procedimento a monte.

Il contraddittorio vale anche in appello⁴⁶⁷, a partire dall’onere di impugnare la sentenza nei confronti di tutte le parti in causa o che hanno interesse a contraddire. In mancanza, il giudice ordina l’integrazione del contraddittorio, a pena di improcedibilità dell’impugnazione.

Norma fondamentale sul difetto di contraddittorio in appello è l’art. 105 c.p.a., in forza del quale “*Il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado soltanto se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti, ovvero dichiara la nullità della sentenza, o riforma la sentenza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l’estinzione o la perenzione del giudizio*”.

La *ratio* ispiratrice è quella per cui un giudizio di primo grado svoltosi in presenza di un difetto di contraddittorio non è un vero giudizio, come la sentenza resa all’esito di un tale giudizio è solo un

⁴⁶⁷ G. PALEOLOGO, *L’appello al Consiglio di Stato*, Milano, 1989, 710 ss.; U. POTOTSCHNIG - A. TRAVI, *Appello (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, III, Milano, 1999; A. QUARANTA, *Appello. III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Istituto dell’enciclopedia italiana (Treccani) Roma, 1988; F. SAITTA, *L’appello*, in B. SASSANI e R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2001, 388;

simulacro di sentenza. Si finirebbe, senza il rinvio, per privare la parte pretermessa di un grado di giudizio⁴⁶⁸.

Ciò posto, pare opportuno ricostruire le principali fattispecie riconducibili al difetto di contraddittorio, al fine di comprendere chi, quando e come si deve eccepire il difetto di contraddittorio.

Sotto il profilo soggettivo, la giurisprudenza è unanime nel sostenere che il difetto di contraddittorio è un'eccezione in senso lato, rilevabile anche d'ufficio⁴⁶⁹.

A sostegno, si osserva che il difetto di contraddittorio attiene alla regolare costituzione del rapporto processuale. Dall'interpretazione sistematica di numerose norme del c.p.a. si evince chiaramente che il giudice ha il compito di accertare l'integrità del contraddittorio.

Inoltre, in favore della soluzione anzidetta milita anche un argomento logico. Se il soggetto non è stato posto in condizione di partecipare al processo, sarebbe assurdo ritenere che egli abbia l'onere di eccepire il difetto di contraddittorio. Se non è a conoscenza del processo, non si vede come potrebbe eccepire il difetto di contraddittorio.

La riflessione fa, però, sorgere una sottoquestione.

Occorre chiedersi, cioè, se l'eccezione di difetto di contraddittorio possa essere eccepita solo dalla parte interessata, che ha subito la lesione del proprio diritto di difesa, ovvero anche dalla parte regolarmente chiamata in giudizio in relazione alla mancata instaurazione del contraddittorio nei confronti di altre parti.

Si potrebbe sostenere l'impossibilità di eccepire il difetto di contraddittorio processuale non nei propri confronti ma per mancata partecipazione al giudizio di altre parti che pure avrebbero avuto interesse. La lesione del contraddittorio, configurando una lesione del diritto di difesa, potrebbe essere eccepita solo dalla parte il cui diritto di difesa è stato lesa, cioè solo dalla parte cui appartiene la posizione lesa. Eccependo il difetto di contraddittorio relativamente ad un soggetto terzo non chiamato in giudizio, si starebbe esercitando in giudizio un diritto altrui. Ciò non sarebbe consentito in assenza di una espressa previsione di legge.

⁴⁶⁸ S. CASSARINO, *Il rinvio al giudice di primo grado nella sentenza amministrativa di appello*, in *Dir. proc. amm.* 1995, 1.

⁴⁶⁹ TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 08 luglio 2016, n. 1565; Cons. St., Sez. V, 07 luglio 2015, n. 3342; Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

In realtà, l'impostazione più condivisibile sarebbe quella per cui, data la rilevabilità d'ufficio del difetto di contraddittorio, questo potrebbe essere eccepito dalla parte che ha subito la lesione del proprio diritto di difesa, ma le parti evocate potrebbe suggerire al giudice di rilevare il difetto medesimo con riguardo ad altre parti del giudice. Le parti non pretermesse avrebbero comunque il potere di sollecitare il giudice a rilevare il difetto di contraddittorio per mancata partecipazione al giudizio di altre parti⁴⁷⁰.

Sotto il profilo contenutistico, poi, occorre domandarsi quando ricorre effettivamente un difetto di contraddittorio.

A tal fine, si dovrebbe distinguere tra difetto assoluto e difetto relativo di contraddittorio.

Il difetto assoluto di contraddittorio ricorre in caso di mancata notificazione del ricorso ad almeno uno dei controinteressati o addirittura alla stessa amministrazione resistente. Questo difetto c.d. assoluto comporta sempre l'inammissibilità del ricorso, anche se viene rilevato in grado d'appello. Dunque, in caso di difetto assoluto di contraddittorio non opererebbe il meccanismo del rinvio di cui all'art. 105 c.p.a.

Si sarebbe di fronte ad un difetto relativo di contraddittorio nei casi in cui, a fronte di un ricorso di primo grado ammissibile e ricevibile, la sentenza sia stata resa "a contraddittorio non integro", cioè il giudice abbia mancato di rilevare l'incompletezza del contraddittorio⁴⁷¹.

All'interno della fattispecie di "omessa notifica", rientrerebbero, secondo la giurisprudenza, sia i casi di notifica inesistente, cioè mai perfezionatasi (mai ricevuta dal destinatario), sia i casi di notifica perfezionatasi ma eseguita in violazione delle regole processuali sul termine perentorio di integrazione del contraddittorio e di quella sul

⁴⁷⁰ N. DI MODUGNO, *Note sull'annullamento con rinvio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1989, 259; C. E. GALLO, *Questione di giurisdizione e doppio grado nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1998, 843.

⁴⁷¹ F.P. LUISO, *Le impugnazioni nel progetto di codice amministrativo*, in www.judicium.it; F. LUBRANO, *Il processo amministrativo di appello (ipotesi normativa e realtà attuale)*, Roma, 1983; S. MENCHINI, *La rimessione della causa al primo giudice nell'appello amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 352;

soggetto onerato del relativo adempimento su ordine del giudice (il ricorrente anziché la parte resistente).⁴⁷²

Vi sarebbe un difetto relativo di contraddittorio anche nell'ipotesi in cui il giudice di primo grado abbia posto a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio senza provocare il contraddittorio tra le parti sulla medesima.

Nei casi di difetto relativo opererebbe il meccanismo della rimessione al giudice di primo grado di cui art. 105 c.p.a.⁴⁷³

Quanto alle modalità con cui si eccepisce il difetto di contraddittorio, giova tenere a mente che tale difetto è sanabile.

Ai sensi dell'art. 44, co.2, c.p.a., la costituzione degli intimati sana la nullità della notificazione del ricorso.

La giurisprudenza, inoltre, ritiene che l'intervento *ad opponendum* risulta avere un'efficacia sanante del difetto di contraddittorio qualora si verifichi entro l'arco temporale tra la conoscenza del provvedimento impugnato ed i termini per la proposizione del ricorso, atteso che la spontaneità della costituzione, intesa a tutelare nel merito gli interessi dell'opponente, rende superflua la notificazione, essendosi il contraddittorio comunque costituito ed essendo, quindi, stato raggiunto lo scopo della prescrizione tassativa.⁴⁷⁴

Parimenti, si ritiene, in giurisprudenza, che se l'appello è fondato nel merito, non è necessario esaminare l'eccezione sollevata dall'appellante concernente l'integrità del contraddittorio⁴⁷⁵.

⁴⁷² TAR Molise, Campobasso, Sez. I, 07 luglio 2016, n. 291.

⁴⁷³ S. TARULLO, *L'annullamento in appello con rinvio al TAR per erronea declinatoria di giurisdizione tra conservazione e spinte riformatrici*, in *Dir. proc. amm.* 1997, 419.

⁴⁷⁴ TAR Lazio, Latina, Sez. I, 09 giugno 2016, n. 536 TAR Lazio, Latina, Sez. I, 2 febbraio 2016, n. 56; TAR Veneto, Sez. II, 14 settembre 2012, n. 1180; Cons. St., Sez. VI, 6 dicembre 2013, n. 5852; TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 5 novembre 2013, n. 2032; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 10 maggio 2011, n. 404.

⁴⁷⁵ Cons. St., Sez. IV, 14 marzo 2016, n. 986.

11. Eccezione di estinzione del giudizio.

Il Codice del processo amministrativo disciplina la sospensione, l'interruzione e l'estinzione del giudizio, ossia i cc.dd. eventi anomali, che determinano una deviazione del giudizio dal suo fisiologico decorso.

Quanto all'estinzione del giudizio, in via preliminare, si osserva che questa si verifica in presenza di sopravvenute circostanze di fatto che precludono la prosecuzione del rapporto processuale. Oltre alla rinuncia al ricorso, sono cause di estinzione del processo: la perenzione; la mancata riassunzione o prosecuzione del giudizio; la cessazione della materia del contendere e la carenza sopravvenuta di interesse.

Queste cause di estinzione appena accennate possono formare oggetto di eccezioni sperimentabili sia dall'amministrazione resistente che dai controinteressati.

La perenzione è una causa di estinzione del processo per inattività delle parti. Quando manchi il necessario impulso di parte, è fisiologico che il processo si estingua. Essa è disciplinata dagli artt. 81, 82 e 83 c.p.a. Si prevede l'estinzione per perenzione se, entro un anno, non è compiuto alcun atto della procedura, cioè se nel detto termine decorrente dal deposito del ricorso non è proposta l'istanza di fissazione dell'udienza.

Parimenti, la perenzione scatta se, decorsi cinque anni dal deposito del ricorso, il ricorrente non propone un'istanza di fissazione dell'udienza entro centoottanta giorni dall'avviso dato dalla segreteria.

Ai sensi dell'art. 83 c.p.a. la perenzione estingue il giudizio *ope legis*, per cui si ritiene che l'intervenuta perenzione sia un'eccezione in senso lato, come tale rilevabile anche d'ufficio dal giudice, in assenza di una iniziativa di parte.

In quanto eccezione rilevabile anche d'ufficio, il giudice che intenda dichiarare l'estinzione del giudizio per perenzione deve sottoporre la questione alle parti e consentire il contraddittorio sulla stessa. L'art. 73, co. 3, c.p.a., infatti, prescrive che, qualora voglia porre a fondamento della propria decisione una questione sollevata d'ufficio, il giudice si riserva e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie. In mancanza, si

avrebbe una violazione del diritto al contraddittorio e del diritto di difesa⁴⁷⁶.

L'art. 83 c.p.a., inoltre, va letto in coordinazione con l'art. 104 c.p.a., alla cui stregua sono vietate in appello le nuove eccezioni, salvo quelle rilevabili d'ufficio. Pertanto, l'eccezione di intervenuta estinzione del giudizio per perenzione può essere dedotta per la prima in appello e può essere rilevata per la prima volta dal giudice di secondo grado, senza incorrere nella violazione del divieto di *ius novorum*.⁴⁷⁷

Ulteriore causa di estinzione del processo è la mancata riassunzione della causa a seguito di un evento interruttivo del giudizio o la mancata prosecuzione a seguito di una sospensione necessaria.

Cessato l'evento interruttivo, il processo deve essere riassunto, a cura della parte più diligente, con apposito atto notificato a tutte le altre parti, nel termine perentorio di novanta giorni dalla conoscenza legale dell'evento interruttivo, acquisita mediante dichiarazione, notificazione o certificazione. Parimenti, in caso di sospensione del giudizio, per la sua prosecuzione deve essere presentata istanza di fissazione di udienza entro novanta giorni dalla comunicazione dell'atto che fa venir meno la causa della sospensione.⁴⁷⁸

Anche in questo caso, l'effetto estintivo deriva direttamente dalla legge e l'estinzione rappresenta un'eccezione in senso lato, rilevabile anche d'ufficio.

La cessazione della materia del contendere, invece, può essere prospettata o eccepita come causa estintiva del processo, nel merito, solo quando la pretesa del ricorrente, ovvero il bene della vita cui aspira, ha trovato piena e comprovata soddisfazione in via extragiudiziale, sì da rendere del tutto inutile la prosecuzione del processo stante l'oggettivo venir meno della lite, e ciò indipendentemente dal carattere demolitorio del giudizio. E' decisivo che la situazione sopravvenuta soddisfi in modo pieno ed irretrattabile il diritto o l'interesse legittimo esercitato, così da non residuare alcuna utilità alla pronuncia di merito.⁴⁷⁹ La cessazione della materia del contendere va dichiarata con sentenza e può essere richiesta dal

⁴⁷⁶ Cons. St., Sez. IV, 05 maggio 2016, n. 1808.

⁴⁷⁷ Cons. St., Sez. IV, 10 giugno 2014, n. 2967.

⁴⁷⁸ Art. 79 c.p.a.

⁴⁷⁹ Cons. St., Sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2909; Cons. St., Sez. V, 05 aprile 2016, n. 1332; Cons. St., Sez. IV, 07 maggio 2015, n. 2317

ricorrente, eccepita dalle parti intime ovvero rilevata dal giudice d'ufficio⁴⁸⁰.

Infine, diversa dalla cessazione della materia del contendere è la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso. In questa seconda ipotesi, si verifica una circostanza di fatto che fa cadere, *in itinere*, ogni interesse al ricorso, sebbene originariamente sussistente. Si differenzia dalla cessazione della materia del contendere in quanto la sopravvenuta mancanza dell'interesse al ricorso non è dovuta alla completa soddisfazione della posizione azionata, ma a situazioni di fatto che determinano l'inutilità di un'eventuale e futura sentenza favorevole. Essa determina l'improcedibilità del ricorso.

⁴⁸⁰ Cons. St., Sez. V, 07 luglio 2015, n. 3348: “*L'intervenuta cessazione della materia del contendere non può esimere il giudice dal verificare, alla stregua del criterio della soccombenza virtuale, le ragioni della parte che abbia visto soddisfatta la sua pretesa solo dopo l'introduzione del giudizio, non potendo ammettersi che la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione torni in danno del ricorrente; di conseguenza in questo caso, in mancanza di un espresso accordo delle parti sulla compensazione delle spese, il giudice deve prendere in esame le questioni sollevate dalla parte ricorrente, per valutarne la fondatezza al solo fine di regolare, in base al principio della soccombenza, le spese del giudizio.*”. Sul punto delle spese processuali si veda anche: Cons. St., Sez. III, 09 febbraio 2015, n. 640, secondo cui “*Nel processo amministrativo, ai sensi degli artt. 26 c.p.a. e 92 comma 2, c.p.c. il giudice, qualora dichiarò cessata la materia del contendere per l'intervenuta soddisfazione, nel corso del giudizio, dell'interesse azionato dal ricorrente, deve valutare, ove persista contrasto tra le parti in ordine alla sola regolamentazione delle spese giudiziali, quale sarebbe stato l'esito del giudizio, nell'ipotesi in cui tale interesse non fosse stato soddisfatto dall'Amministrazione, secondo il criterio della c.d. soccombenza virtuale.*”.

Sez. II – Le principali eccezioni di merito.

Sommario: 1. Premessa. 2. L'eccezione di nullità del provvedimento. 3. L'eccezione di convalida. 4. Eccezione di formazione o mancata formazione del silenzio significativo. 5. L'eccezione di non annullabilità/non invalidità ex 21-octies, 2° co., l. 241/90. 6. Eccezione di dolo generale. 7. Le eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà della norma al diritto europeo nel processo amministrativo. 7.1. Pregiudizialità europea ed eccezioni.

1. Premessa.

Nella parte generale del presente lavoro, si è osservato come il ricorrente che lamenta l'illegittimità del provvedimento, dell'accordo o del comportamento amministrativo fa valere dei vizi, i quali rappresentano i fatti costitutivi dell'invalidità dello stesso. La strategia difesa delle parti intimate comprende non soltanto le eccezioni sul rito, ma anche e soprattutto le eccezioni di merito. Il problema delle eccezioni di rito è che non sempre sono realmente tutelanti per il resistente o per i controinteressati. In alcune ipotesi, le eccezioni di rito non garantiscono una piena soddisfazione della posizione degli intimati, perché il loro accoglimento non impedisce, in alcuni casi, la riproposizione della domanda o comporta la trasmigrazione del giudizio da un Giudice ad un altro. In altri casi, l'eccezione di rito, pur impedendo la riproposizione della domanda, risulta essere ancora non soddisfattiva in quanto blocca la pretesa al livello della irregolarità del processo, ma non legittima l'operato dell'amministrazione. Si è visto come la sentenza non esaurisca il rapporto amministrativo, anzi dopo di essa il rapporto continua a vivere.

Le eccezioni di merito hanno ad oggetto fatti dotati di una particolare attitudine impeditiva o estintiva del fatto costitutivo dell'invalidità, nonché, talvolta, di una capacità modificativa degli effetti del medesimo.

Attraverso le eccezioni di merito, le parti evocate nel giudizio di legittimità non si limitano a dibattere questioni giuridiche pure, ma

introducono nel processo dei veri e propri e fatti, il cui positivo accertamento comporta il rigetto nel merito della domanda attorea. Ciò posto, giova precisare che l'eccezione di merito è rivolta al rigetto della domanda nel suo profilo sostanziale, ma non anche all'accertamento della legittimità assoluta del provvedimento impugnato. Il rigetto dell'azione di annullamento a seguito dell'accoglimento, da parte del giudice, di una o più eccezioni di merito delle parti intimare, non determina l'accertamento implicito della legittimità assoluta del provvedimento gravato. La pronuncia di rigetto della domanda di annullamento determina l'accertamento della legittimità "relativa" del provvedimento, nel senso che implicitamente o esplicitamente si accerta la legittimità del provvedimento impugnato solo relativamente ai vizi dedotti dal ricorrente, cioè ai fatti costitutivi allegati dallo stesso.

Questo determina, di conseguenza, che anche le eccezioni di merito non hanno un effetto totalmente soddisfacente degli interessi dell'amministrazione resistente o dei controinteressati alla conservazione del provvedimento impugnato. Esse sono parzialmente soddisfacenti, proprio perché il loro accoglimento porta ad un accertamento di legittimità solo relativa.

Anche se non totalmente soddisfacenti, le eccezioni di merito lo sono sicuramente più delle eccezioni di rito. Si tratta, tendenzialmente, di fatti impeditivi, modificativi o estintivi a carattere atipico. Non vi sono, apparentemente, norme che tipizzano eccezioni di merito. E' possibile, però, individuare e circoscrivere norme "ponte" che consentono l'introduzione di fatti modificativi, estintivi o impeditivi nel processo amministrativo.

2. L'eccezione di nullità del provvedimento.

L'introduzione delle ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo ha recato con sé una serie di questioni sia sostanziali che processuali. La nullità del provvedimento ha trovato, sotto il profilo sostanziale, una disciplina nell'art. 21-septies, l. n. 241 del 1990 e, sotto quello processuale, nell'art. 31, comma 4, c.p.a.

Il regime civilistico della nullità poneva in forte pericolo la stabilità dell'azione amministrativa, per ciò la legge n. 15 del 2005 prima e il Codice del processo amministrativo poi hanno previsto un termine decadenziale per l'azione di nullità, a meno che non si eserciti insieme con il ricorso in ottemperanza per violazione o elusione di giudicato. Allo stesso tempo, i fatti costitutivi della nullità sono tassativamente elencati dall'art. 21-septies cit., seppure in alcuni casi in modo generico e amplissimo⁴⁸¹.

Per la parte d'interesse, bisogna sottolineare che l'art. 31, co.4, c.p.a. si interessa della nullità non solo dal punto di vista dell'azione, ma anche dal punto di vista dell'eccezione.

Dopo aver previsto il termine decadenziale di centoottanta giorni per l'azione di accertamento della nullità, la norma citata prevede che: *“La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice”*.

E' evidente, dunque, che, accanto all'azione di nullità, il legislatore presuppone un'eccezione di nullità. Parimenti, è evidente l'asimmetria del sistema: per l'azione vale il termine di centoottanta giorni, per l'eccezione non vi è un termine di decadenza.

Partendo da questo presupposto, occorre soffermarsi principalmente su tre importanti nodi problematici.

⁴⁸¹ N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Annali, I, Milano, 2008, 871; D. PONTE, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007; si veda anche Cons. St., Sez. IV, 17 maggio 2010 n. 3129; C.E. GALLO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, nota a Cons. St., Sez. V, 19 settembre 2008 n. 4522, in *Urb. e app.*, 2009, 190; L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21 septies della l. n. 241 del 1990, introdotto con la legge n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 543; A. PIRAS, *Invalità (dir. amm.)*, Voce, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, vol. XXII, 597 - 604, che auspicava soprattutto, attraverso la categoria della nullità, un ampliamento del sindacato delle norme poste attraverso atti regolamentari degli enti territoriali; A. CARBONE, *L'azione di nullità nel Codice del Processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

In primo luogo, bisogna domandarsi quali sono i soggetti legittimati o comunque che avrebbero interesse ad eccepire la nullità del provvedimento impugnato dal ricorrente con azione di annullamento.

In secondo luogo, va approfondito il tema delle fattispecie in cui le parti intimiate potrebbe avere interesse ad eccepire la nullità del provvedimento.

In terzo luogo, occorre indagare circa i tempi e i modi di proposizione dell'eccezione di nullità.

Quanto ai soggetti legittimati ad eccepire la nullità, dalla formulazione letterale dell'art. 31, co.4, c.p.a. sembrerebbe che l'eccezione di nullità possa essere sollevata esclusivamente dall'amministrazione resistente⁴⁸². La norma omette di menzionare il controinteressato tra i soggetti legittimati. Si potrebbe sostenere, dunque, che il legislatore abbia intenzionalmente escluso la legittimazione del controinteressato ad eccepire la nullità⁴⁸³.

Una tale interpretazione non sarebbe accettabile, anche alla luce dell'obbligo d'interpretazione conforme sia rispetto alle fonti sovranazionali che costituzionali. Queste impongono l'effettività della tutela giurisdizionale, che sarebbe minata da una tale preclusione

⁴⁸² In ordine all'ambito di operatività della regola avente ad oggetto la rilevazione del vizio di nullità in via di eccezione si veda quanto osservato da B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità nel codice del processo amministrativo*, in *www.judicium.it*, 7 marzo 2011, p. 7 s. L'autore osserva che la predetta regola deve intendersi riferita alla figura del "resistente in senso sostanziale", distinta da quella del "resistente in senso processuale": la posizione del "resistente in senso sostanziale" coincide con "il privato interessato a far valere la nullità dell'atto con cui l'amministrazione gli si impone". Secondo l'illustre Autore "questa situazione potrebbe ben presentarsi nell'impugnazione di un atto dipendente, per esempio di un atto esecutivo rispetto a precedente atto a carattere normativo. In tal caso se l'amministrazione convenuta si difendesse denunciando la mancata impugnazione nei termini dell'atto presupposto, il ricorrente si troverebbe legittimato a denunciare la nullità di tale atto". Nella prospettiva accolta dall'autore, dunque, l'operatività della regola inerente all'assoggettamento dell'azione ad un regime di decadenza risulta circoscritta per effetto dell'attribuzione al soggetto resistente (inteso in senso sostanziale) della facoltà di eccepire la nullità in ogni tempo: "*bandita dalla porta, l'imprescrittibilità rientra così dalla finestra. Rispetto all'atto nullo, il decorso del termine non cancella la possibilità di tutela del privato, ma ne trasforma la modalità: egli perde l'azione diretta, esperibile come tale solo nel semestre, ma conserva le azioni connesse, quelle per la cui decisione rileva la qualificazione dell'atto*".

⁴⁸³ G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 2005, 145.

soggettiva ingiustificata e irragionevole⁴⁸⁴. La dottrina prevalente ritiene che un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata debba consentire anche al terzo che vi abbia interesse di eccepire la nullità.⁴⁸⁵

Ammissa la legittimazione dell'amministrazione resistente e del terzo controinteressato ad eccepire la nullità, il problema si sposta su un altro versante: quello della individuazione delle ipotesi in cui il resistente o il controinteressato, evocati nel giudizio di annullamento, potrebbero avere un interesse a far valere la nullità del provvedimento gravato.

Apparentemente ciò sembrerebbe una contraddizione, un paradosso. L'amministrazione resistente o i controinteressati, infatti, generalmente hanno interesse alla conservazione del provvedimento, al mantenimento dei suoi effetti giuridici. L'accoglimento di un'eccezione di nullità formulata dal resistente o dal controinteressato porterebbe ad una pronuncia dichiarativa della nullità con conseguente inefficacia *ab origine* del provvedimento.

Queste considerazioni, per quanto valide, trovano delle eccezioni. Le ipotesi in cui il resistente o il controinteressato potrebbero avere interesse ad opporre la nullità del provvedimento amministrativo vanno rinvenute nelle stesse cause di nullità indicate dall'art. 21-septies, l. n. 241 del 1990.

⁴⁸⁴ Il principio di effettività della tutela, all'interno della normativa processuale, risulta espressamente richiamato non solo all'art. 1 (effettività) del D. lgs n. 104 del 2010, che statuisce: "*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*", ma altresì nel successivo art. 7, comma 7, che così dispone: "*Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi*".

⁴⁸⁵ M. OCCHIENA, *Art. 31*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Il Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010. Si veda, a tal proposito, F. G. SCOCA, *Giustizia, cit.*, 225, il quale opportunamente rileva come il tradizionale assetto processuale, condizionato dalla struttura impugnatoria del giudizio amministrativo di legittimità, e dunque prevalentemente incentrato sulla relazione potere/interesse legittimo, merita di essere rimeditato alla luce della "*accresciuta complessità dell'organizzazione amministrativa e delle relazioni tra amministrazione e cittadini*". Evenienza, questa, che secondo l'illustre Autore "*determina la possibilità che vi siano casi in cui si contrappongono due soggetti pubblici, ovvero due soggetti privati, nonché di processi a parti invertite, nei quali cioè il soggetto pubblico assume la veste di ricorrente e il privato quella di resistente*".

Una prima ipotesi, ricorrente in giurisprudenza, è quella in cui, all'interno del giudizio di legittimità, il controinteressato eccepisca la nullità del provvedimento impugnato per difetto assoluto di attribuzione. Il controinteressato, attraverso l'eccezione di nullità, potrebbe avere interesse a contestare la carenza di potere in astratto dell'amministrazione resistente ad adottare un provvedimento in quella determinata materia o in quella determinata fattispecie.

Si potrebbe sostenere che il controinteressato possa tutelare il proprio interesse sostanziale non soltanto mediante la conservazione del provvedimento impugnato, se sfavorevole al ricorrente, ma anche contestando in radice l'esistenza stessa del potere in capo all'amministrazione resistente, in modo da precludere per sempre la soddisfazione dell'interesse del ricorrente, anche dopo la chiusura del giudizio.

In alcuni casi, infatti, questo tipo di strategia difensiva potrebbe risultare ancora più soddisfattiva rispetto ad una che miri alla conservazione del provvedimento impugnato perché legittimo. Quest'ultima strategia, ad esempio, potrebbe condurre al mantenimento del provvedimento negativo di reiezione dell'istanza del ricorrente. L'accoglimento dell'eccezione di nullità per carenza di potere in astratto porterebbe ad una pronuncia che accerta non tanto la legittimità del provvedimento, quanto l'inesistenza di una norma attributiva di un simile potere amministrativo a quella amministrazione. Dunque, l'istante/ricorrente non potrebbe in ogni caso ottenere mai quel bene della vita da quella amministrazione. Il che potrebbe essere, per il controinteressato, maggiormente soddisfattivo rispetto alla conservazione del provvedimento negativo impugnato.

Questa impostazione, anche se indirettamente, emerge da alcune pronunce giurisprudenziali⁴⁸⁶.

Senonché, proprio nell'ipotesi sopra descritta, si potrebbe altrettanto validamente negare che il controinteressato possa avere un interesse giuridicamente apprezzabile all'eliminazione dal mondo giuridico di un atto per il medesimo favorevole. Si potrebbe sostenere, infatti, che, nella scala ascensionale delle pronunce soddisfattive dell'interesse del resistente e del controinteressato vi sia, in primo

⁴⁸⁶ Sul punto, si veda TAR Lazio, Roma, Sez. III, 5 luglio 2010, n. 22499, in *Foro amm.*, TAR 2010, 7-8, 2487 e ss.

livello, la pronuncia in rito che preclude l'esame nel merito, e, in secondo livello, la pronuncia di rigetto e la conservazione dell'atto impugnato.

Questa sarebbe, di conseguenza, il massimo della utilità retraibile dal resistente o dal controinteressato.

Solitamente, però, si ritiene che sia anche l'amministrazione resistente a poter avere interesse ad eccepire la nullità del provvedimento⁴⁸⁷. Ciò accadrebbe, secondo la prevalente dottrina, in tutti i casi in cui l'amministrazione intende sottrarsi all'applicazione di un provvedimento nullo favorevole al privato⁴⁸⁸ e non possa agire in autotutela.

Quanto ai tempi e ai modi di proposizione dell'eccezione di nullità, vige il principio per cui *quae temporalia sunt ad agendum, perpetuae sunt ad excipiendum*. L'art. 31, co.4, c.p.a. prevede che la nullità può essere opposta sempre, in ogni tempo, in via di eccezione, anche se è decorso il termine di decadenza per farla valere in via di azione.

Si tratta di un'eccezione in senso lato, che può essere rilevata anche d'ufficio. Di conseguenza, essa non soggiace al divieto di *nova* in appello, che non copre le nuove eccezioni rilevabili d'ufficio. Pertanto, potrebbe essere eccepita o rilevata per la prima volta anche in grado di appello.

Uno dei problemi posti dalla previsione della rilevanza d'ufficio della nullità del provvedimento è quello della sua compatibilità con la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa.

Alcuni studiosi, infatti, ritengono che tale previsione costituisca una eccezionale ipotesi di giurisdizione oggettiva espressamente consentita dal legislatore⁴⁸⁹. Questa sarebbe ispirata alla stessa logica che sta alla base della nullità civilistica: la nullità sarebbe una grave patologia dell'atto amministrativo la cui rimozione risponderebbe ad un

⁴⁸⁷ Cfr. E. FOLLIERI, *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 26 aprile 2012.

⁴⁸⁸ R. CHIEPPA, *Art. 21-septies. La nullità del provvedimento*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.

⁴⁸⁹ CGARS, Sez. giur., 27 luglio 2012, n. 721.

interesse pubblico. Ciò spiegherebbe il regime di rilevanza d'ufficio⁴⁹⁰.

Tale eccezione, in realtà, confermerebbe la regola della giurisdizione soggettiva.

Prima del Codice del 2010, si dubitava circa la possibilità del rilievo d'ufficio della nullità e, prima del 2005, si dubitava altresì della configurabilità della stessa nullità nel sistema di diritto amministrativo. Si utilizzava maggiormente la categoria dell'inesistenza.

Principalmente, deve osservarsi che non poche perplessità potrebbero sorgere considerando, da un lato, il termine breve di decadenza dell'azione di nullità e, dall'altro, la rilevanza d'ufficio e l'eccepibilità in ogni tempo⁴⁹¹. Queste ultime due peculiarità potrebbero determinare l'elusione del termine decadenziale. Il soggetto che sia incorso nella decadenza dall'azione potrebbe comunque sollecitare il giudice a rilevare la questione d'ufficio facendo emergere la patologia dagli atti di causa.⁴⁹²

Queste perplessità potrebbero condurre ad affermare la necessità di un regime differenziato dell'eccezione di nullità, a seconda che il privato agisca per l'esecuzione di un provvedimento nullo ovvero impugni un provvedimento nullo con azione di annullamento⁴⁹³.

Si potrebbe ritenere, infatti, che, nella prima ipotesi, la nullità dovrebbe poter essere eccepita anche d'ufficio. Il privato, chiedendo l'esecuzione di un provvedimento nullo, implicitamente richiede l'accertamento della non nullità/validità del provvedimento. Pertanto, se dalle allegazioni delle parti emerge un vizio di nullità, il giudice dovrebbe poterlo rilevare anche d'ufficio⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ Cfr. Cons. St., Ad. plen., 29 febbraio 1992, n. 2. Il più delle volte è l'interesse al contenimento della spesa pubblica.

⁴⁹¹ M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 359 ss., 371-372

⁴⁹² F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 2015, 1820-1821, il quale osserva altresì che, se si aderisce alla tesi secondo cui la rilevazione della nullità è condizionata ad una reazione tempestiva nel termine decadenziale in caso di interessi legittimi, tale conclusione non è coniugabile con la rilevanza d'ufficio.

⁴⁹³ A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007.

⁴⁹⁴ Cfr. TAR Liguria, Genova, Sez. I, 16 maggio 2007, n. 790.

Maggiori difficoltà sorgono, invece, nella seconda ipotesi, in cui il privato impugna con azione di annullamento un provvedimento affetto da vizi di nullità.

In astratto, si potrebbe sostenere che in tal caso il giudice non potrebbe mai rilevare la nullità d'ufficio e ciò per due ragioni. Anzitutto, perché il rilievo d'ufficio avvantaggia sempre e solo le parti intimiate, anche se in questo caso la nullità potrebbe andare a vantaggio del ricorrente, che magari è decaduto dal termine per farla valere. Di norma, però, il rilievo d'ufficio avvantaggia l'amministrazione resistente in danno del cittadino, il quale potrebbe aver fatto affidamento sul comportamento dell'amministrazione⁴⁹⁵.

Inoltre, perché il giudice finirebbe per attribuire al ricorrente un'utilità finale superiore a quella richiesta, travalicando i limiti della domanda e violando l'art. 112 c.p.c.

Tuttavia, al pari di quanto avvenuto nel dibattito sviluppatosi in sede civilistica sulla rilevabilità d'ufficio del contratto a fronte di un'azione di impugnazione del medesimo, si potrebbe sostenere che la domanda di annullamento del provvedimento presuppone la non-nullità dello stesso e che, quindi, il giudice debba preliminarmente accertare che il provvedimento da annullare non sia prima nullo. Il rilievo d'ufficio, inoltre, sarebbe giustificato dalle limitazioni imposte dal divieto per il giudice amministrativo di disapplicare il provvedimento viziato.⁴⁹⁶

Pertanto, non vi sarebbe alcuna violazione del principio della domanda, né della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Quella rilevata dal giudice, secondo una parte della dottrina, sarebbe sempre e comunque un'eccezione, perché con il rilievo della nullità si contrasterebbe la domanda del ricorrente e il suo accoglimento.⁴⁹⁷

La scelta del Codice di estendere la rilevabilità d'ufficio sempre va in questo senso. Tuttavia, non può sottacersi che, anche ammettendo la rilevabilità d'ufficio della nullità, probabilmente sarebbe opportuno

⁴⁹⁵ F. CARDARELLI - V. ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla «nullità» del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla «nullità» civilistica*, in www.giustamm.it.

⁴⁹⁶ Cons. St., Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 265.

⁴⁹⁷ Cfr. M. RAMAJOLI, *Nullità, legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 4, 999 e ss.

porre dei limiti alla stessa proprio come fa la giurisprudenza civilistica in tema di nullità di protezione. Siccome la nullità dell'atto amministrativo non è una vera e propria nullità, quanto piuttosto una super-annullabilità, non sarebbe irragionevole ritenere che il giudice possa sempre rilevarla d'ufficio, ma possa dichiararla solo quanto ciò vada a vantaggio della parte nel cui interesse essa è prevista.

Pare opportuno, poi, soffermarsi su una problematica simile a quella già affrontata circa la contestabilità della giurisdizione da parte dello stesso soggetto che ha scelto di adire il giudice che poi contesta.

In modo del tutto parallelo, occorre chiedersi se sia giuridicamente possibile che la parte che abbia dato causa alla nullità dell'atto poi possa eccepirla *sine die* in giudizio.

La disciplina sopra illustrata comporta, in concreto, che l'amministrazione resistente, la quale potrebbe aver ella stessa cagionato il vizio di nullità, possa poi eccepirla in ogni tempo a fronte dell'azione di annullamento o altra del privato ricorrente.

Le perplessità riguardano due aspetti: in primo luogo, secondo i principi generali del nostro ordinamento, chi ha prodotto l'atto viziato e cagionato il vizio non potrebbe poi dolersene facendolo valere in giudizio per contraddire il ricorrente. Ciò traspare dallo stesso Codice di procedura civile, nella parte in cui, relativamente alla nullità degli atti processuali, afferma chiaramente che chi abbia dato luogo alla nullità dell'atto poi non possa opporla in giudizio.

In secondo luogo, la previsione per cui lo stesso soggetto che ha prodotto l'atto nullo possa poi opporne la nullità in sede giurisdizionale pare di dubbia costituzionalità, per contrasto con l'art. 111 della Costituzione e, dunque, con i principi del *fair trial*.⁴⁹⁸

Infine, in senso opposto alle scelte del legislatore militerebbero altri due argomenti.

L'eccepibilità della nullità da parte della stessa amministrazione che l'ha prodotta risponderrebbe ad una logica totalmente contrastante con il principio generale per cui l'amministrazione non può impugnare con l'azione di annullamento i propri atti. Anche in quest'ultimo caso, infatti, l'amministrazione cagiona il vizio di legittimità, ma certamente non le si consente di eccepirlo in giudizio, né di impugnare i propri atti.

⁴⁹⁸ F. G. COCA, *Giustizia amministrativa*, cit., 205-206.

Non si vede, dunque, perché, invece, l'amministrazione che ha cagionato il vizio di nullità, possa poi eccepirlo *sine die* in giudizio.

Inoltre, si dovrebbe ricordare che oggi la giurisprudenza ha ammesso l' "autotutela" sugli atti nulli⁴⁹⁹. Non si tratta di una vera e propria autotutela in senso stretto, in quanto l'atto nullo è inidoneo a produrre i suoi effetti *ab origine* (anche se ne può produrre di materiali) e quindi mancherebbe il provvedimento di primo grado da annullare o revocare, oltre che i presupposti degli artt. 21-quinquies e 21-nonies, l. 241 del 1990⁵⁰⁰.

Si tratta, più correttamente, di un potere di ritiro dell'atto nullo che potrebbe avere efficacia dichiarativa o, per taluni, costitutiva. In ogni caso, per il ritiro dell'atto nullo la giurisprudenza prevalente non impone il rispetto dei limiti posti dalla legge all'annullamento d'ufficio⁵⁰¹: interesse pubblico, termine ragionevole, tutela del legittimo affidamento incolpevole del privato e così via.

Infine, tra le questioni giuridiche più complesse, vi è certamente quella relativa alle forme e ai modi con cui si dovrebbe opporre la nullità del provvedimento impugnato con azione di annullamento. Occorre chiedersi se le parti intimare possano opporre la nullità con un'eccezione in memoria difensiva o se essa possa essere eccepita solo attraverso un ricorso incidentale.

Si potrebbe sostenere, come emerge da un certo orientamento giurisprudenziale⁵⁰², che, di norma, le eccezioni dell'amministrazione resistente e dei controinteressati mirino al rigetto, nel rito o nel merito, della domanda, con conservazione del provvedimento gravato. Nel caso dell'eccezione di nullità vi sarebbe un interesse differente. Il resistente o il controinteressato che oppone la nullità del provvedimento impugnato intende ottenere l'accertamento incidentale con efficacia di giudicato della nullità e, di conseguenza, la caducazione del medesimo.

⁴⁹⁹ Cfr. M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M. A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 364.

⁵⁰⁰ P.M. VIPIANA PERPETUA, *Invaldità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi*, Padova, 2007, 15.

⁵⁰¹ Cfr. Cass. SS.UU., ord., 17 maggio 2013, n. 12110. L'orientamento minoritario della giurisprudenza, invece, è nel senso di consentire l'"autotutela" sugli atti nulli ma con i limiti tradizionali previsti al potere di annullamento d'ufficio. In tal senso: TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 20 luglio 2010, n. 3127.

⁵⁰² Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 5 luglio 2010, n. 22499.

Questo sarebbe un interesse idoneo ad integrare l'interesse al ricorso nelle ipotesi sopra descritte, ma, data la sua peculiarità, la nullità andrebbe eccepita attraverso lo strumento del ricorso incidentale nel termine ordinario di decadenza, anche in ossequio alla logica del *simultaneus processus*.

Parte della dottrina, invece, condivide l'impostazione tradizionale secondo cui la nullità va opposta in via di eccezione in sede di memorie difensive. Le eccezioni sarebbero, infatti, oggetto di una pronuncia senza domanda, essendo dirette ad affermare fatti impeditivi o estintivi dei fatti costitutivi della pretesa attorea. Esse atterrebbero a situazioni già implicitamente dedotte nella formulazione della domanda. Il regime di rilevabilità d'ufficio, inoltre, sarebbe incompatibile con la necessità di esperire un ricorso incidentale.

Sarebbe, altresì, possibile utilizzare il criterio della parte a vantaggio della quale andrebbe il rilievo della nullità. Come già visto, il rilievo della nullità, di solito, avvantaggia l'amministrazione resistente. Vi sono, però, dei casi in cui esso può avvantaggiare il ricorrente che, decaduto dal termine per spiegare azione di nullità, propone una domanda di annullamento solo strumentale a che, in base agli atti di causa, il giudice possa *ex officio* rilevare la nullità.

Si potrebbe ritenere, come fa una parte della dottrina⁵⁰³, che, quando il rilievo della nullità vada a vantaggio delle parti intime, impedendo l'accoglimento, la nullità andrebbe spiegata con eccezione in memoria e questa sarebbe anche rilevabile d'ufficio.

Diversamente, qualora la nullità configuri una ragione che favorisce la pretesa attorea, sia pure in termini diversi da quelli prospettati dalla domanda, essa non opera più nel campo delle eccezioni, ma delle contro-eccezioni esperibili dal ricorrente a propria difesa.

⁵⁰³ M. RAMAJOLI, *La nullità, cit.*, 1003 e ss.

3. L'eccezione di convalida.

L'amministrazione resistente evocata in giudizio per l'annullamento di un proprio atto, accordo o comportamento amministrativo (es. un silenzio significativo), può sviluppare la propria strategia difensiva anche attraverso l'introduzione di una eccezione di convalida del provvedimento prima o in corso di giudizio.

Lo sfondo è quello del processo in cui il ricorrente allega uno o più fatti costitutivi dell'invalidità del provvedimento, cioè uno o più vizi di legittimità. La convalida rappresenta un fatto, prima di tutto materiale e storico. Quanto alla sua efficacia giuridica (modificativa, estintiva o impeditiva) va ricordato, come già visto *sub Parte generale, Cap. III, par. 5*, che, nella impostazione nigriana del sistema delle eccezioni, queste erano riconducibili a tre categorie di fatti: i fatti convalidanti, i fatti che determinano l'estinzione dell'atto amministrativo con efficacia *ex tunc* e i fatti d'acquiescenza⁵⁰⁴.

La convalida opererebbe come fatto estintivo del fatto costitutivo dell'invalidità del provvedimento. In altre parole, la convalida eliminerebbe i vizi d'illegittimità denunciati col ricorso (i.e. i fatti costitutivi) e, secondo l'Autore, il giudice avrebbe il potere di rilevarla d'ufficio, sul presupposto che il fatto convalidante attenga all'esistenza del diritto ad ottenere l'annullamento⁵⁰⁵.

Ciò premesso, pare opportuno analizzare *funditus* tutti i profili problematici riguardanti l'eccezione di convalida in corso di giudizio.

Va detto, anzitutto, che la convalida rappresenta un provvedimento espressione di un potere di autotutela conservativa che

⁵⁰⁴ M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 373.

⁵⁰⁵ P. RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova 1937, 215 e 225; Il tema s'intreccia con quello della integrazione della motivazione in corso di giudizio. Sul punto, Cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 708 e ss.; G. TROPEA, *La c.d. motivazione successiva tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 531; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, nota a TAR Lazio, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 641 e ss.; ID., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Astrid Rassegna*, 2005, 4.; G. SANTANIELLO, *La convalida (Diritto amministrativo)*, X, 1962, 503 e ss.

viene esercitato al di fuori del processo⁵⁰⁶. Allo stato, si ritiene che la convalida possa avere efficacia *ex tunc* e che sia possibile anche nel corso del giudizio con il quale il privato ha denunciato il vizio emendato con la stessa. Ciò sull'assunto che la convalida in corso di giudizio non leda i principi del giusto processo e, in particolare, quelli di effettività della tutela e di parità di armi tra le parti, attesa la possibilità di esperire i motivi aggiunti avverso il sopravvenuto provvedimento di convalida⁵⁰⁷.

Qui emerge la prima peculiarità della convalida. Eliminando il vizio del provvedimento denunciato in sede di impugnazione giurisdizionale, il provvedimento di secondo grado di convalida finisce per avere una doppia valenza: sia esoprocessuale che endoprocessuale. Da un lato, infatti, la convalida opera al di fuori del processo, sul piano sostanziale dell'attività amministrativa. Dall'altro, però, può essere invocata, in sede processuale, come fatto estintivo dei fatti costitutivi dell'invalidità del provvedimento impugnato. Di talché, la convalida assume anche un'efficacia endoprocessuale.

Gli effetti esoprocessuali richiedono la sussistenza di determinati presupposti, indicati dall'art. 21-nonies, comma 2, l. n. 241 del 1990, nell'interesse pubblico alla convalida e nel termine ragionevole, condizione indispensabile per la tutela del legittimo affidamento incolpevole.

Gli effetti processuali, cioè quelli estintivi dei fatti costitutivi allegati dal ricorrente, non richiedono la prova dei suddetti presupposti, ma richiedono la proposizione di un'eccezione di convalida con allegazione e produzione del provvedimento di convalida.

Ciò che accomuna la convalida in sede esoprocessuale ed endoprocessuale è la sua attitudine estintiva. Fuori dal processo, è vero che la convalida conserva l'atto viziato, ma lo fa eliminando il vizio che lo affligge. Parimenti, nel processo, la convalida è un fatto estintivo dei fatti costitutivi posti a fondamento della domanda di annullamento, cioè i vizi di legittimità affermati dal ricorrente.

⁵⁰⁶ A. G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento (art. 21 nonies, comma 2, L. 241 del 1990 e s.m.i.)*, in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 407 e ss.

⁵⁰⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 568; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 635.

Lo spettro di efficacia dell'eccezione di convalida è direttamente proporzionale a quello che si riconosce alla convalida stessa sul piano sostanziale.

Se si ritiene che la convalida possa operare solo in relazione a vizi formali, si riduce anche la portata estintiva dell'eccezione di convalida. Questa, infatti, potrebbe estinguere solo quei fatti costitutivi dell'invalidità del provvedimento che siano anch'essi attinenti alla sola forma⁵⁰⁸.

Se, invece, si aderisce al più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa⁵⁰⁹, la convalida può rimuovere sia vizi formali che vizi sostanziali⁵¹⁰, dovendo avere la stessa portata dell'annullamento. Di conseguenza, sul piano processuale, l'eccezione di convalida può essere utilizzata per contraddire tutti i fatti costitutivi dell'invalidità del provvedimento denunciati dal ricorrente.

Il problema si è posto con riguardo alla convalida del difetto di motivazione in corso di giudizio. Come noto, la motivazione deve precedere il provvedimento, non seguirlo. Nel caso in cui il provvedimento sia impugnato per difetto di motivazione, l'amministrazione resistente, *sua sponte* ovvero su propulsione del giudice amministrativo, potrebbe adottare un provvedimento di convalida del vizio medesimo in corso di giudizio. Questo sarebbe l'unico caso di integrazione postuma della motivazione accettabile nel sistema processuale amministrativo delineato dal Codice del 2010 e

⁵⁰⁸ Cfr. TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 9 novembre 2005, n. 3954. In dottrina, si vedano: G. VIRGA, *Diritto amministrativo – Atti e ricorsi*, Milano, 2001, 144. In senso analogo cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 180.

⁵⁰⁹ Cfr. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 30 maggio 2012, n. 415.

⁵¹⁰ Cfr. tra le altre Cons. St., Sez. V, 13 settembre 1994, n. 979, in *Foro amm.*, 1994, 2107, in cui si afferma, con riferimento ad una convalida in corso di giudizio dell'atto con significativa modifica della motivazione, che «*Non emergono dall'ordinamento giuridico elementi che impediscano all'Amministrazione di rivedere il proprio operato in pendenza di ricorso giurisdizionale, alla luce delle censure in esso proposte, essendo semmai desumibile un principio contrario che si ricollega all'economia dei mezzi giuridici in base alla quale appare ammissibile una determinazione della p.a. che, pur non risultando conforme alle istanze del ricorrente (ipotesi nella quale si verifica la cessazione della materia del contendere ex art. 23, l. 6.12.1971, n. 1034), sia idonea ad eliminare vizi dell'azione amministrativa, denunciati nel gravame*»; in senso analogo, cfr. Cons. St., Sez. VI, 18 marzo 1994, n. 386, massimata in *Cons. Stato*, 1994, I, 460. Per una rassegna di ulteriore giurisprudenza sul punto, ed anche per altri riferimenti dottrinali, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, commento a T.A.R. Lazio, Sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 644 ss.

rispettoso dei principi del *fair trial* (in disparte l'ipotesi dell'integrazione della giustificazione dei provvedimenti vincolati, che invece può sempre avvenire consistendo nel richiamo al fatto e alle norme applicate)⁵¹¹.

Altro profilo problematico concerne il regime di rilevanza dell'eccezione di convalida. Merita precisare, all'uopo, che l'eccezione di convalida può riguardare tanto una convalida intervenuta prima della pendenza del giudizio quanto una sopravvenuta nelle more dello stesso.

Si potrebbe ragionevolmente condividere l'opinione di Nigro, il quale afferma che l'eccezione di convalida sarebbe un'eccezione in senso lato, rilevabile anche d'ufficio. A sostegno, si osserva che la convalida rappresenta un fatto estintivo e sarebbe rilevabile d'ufficio, secondo l'illustre Maestro, in quanto attinente all'esistenza del diritto ad ottenere l'annullamento.

Applicando il criterio oggi più utilizzato in giurisprudenza, cioè quello della c.d. disponibilità degli effetti, l'eccezione di convalida sarebbe comunque rilevabile *ex officio*, atteso che il provvedimento di convalida produce effetti *ex lege* a prescindere dal fatto che l'amministrazione la abbia eccepita o meno nel giudizio. L'amministrazione, infatti, ha il potere di scegliere se convalidare o no il provvedimento impugnato, ma non ha la disponibilità degli effetti della convalida. In altri termini, una volta adottato il provvedimento di convalida, l'amministrazione resistente non può rinunciare agli effetti della convalida. Si parla di rinuncia agli effetti della convalida perché l'omessa eccezione di convalida altro non sarebbe se non una rinuncia agli effetti della stessa.

Le conseguenze sarebbero assurde: in mancanza di un'eccezione di parte, il giudice si troverebbe a dover annullare un provvedimento che è stato convalidato prima o nel corso del giudizio.

Giova precisare, tuttavia, che il potere di rilievo officioso opera sempre nei limiti delle allegazioni delle parti. Il fatto convalidante, pertanto, anche se non eccepito in memoria difensiva dall'amministrazione resistente o dai controinteressati, deve comunque emergere *ex actis*. Solo in tal caso il giudice potrà rilevarlo d'ufficio e assegnare alle parti un termine per la presentazione di memorie in

⁵¹¹ Cfr. Cons. St., Sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488, in *Foro Amministrativo*, 2015, 7-8, 1909.

ossequio al principio del contraddittorio. Se il fatto convalidante non è nemmeno allegato, il giudice non potrebbe rilevarlo d'ufficio già solo per il fatto che non potrebbe esserne a conoscenza o comunque stante l'inutilizzabilità della scienza privata.

L'assenza di precedenti giurisprudenziali sul punto impone, però, un'osservazione critica alla tesi della rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di convalida. Si è detto che essa sarebbe tale, tra le altre ragioni, perché l'amministrazione non ha la disponibilità dei suoi effetti. Si potrebbe sostenere che, in realtà, tale affermazione non sia del tutto esatta. L'amministrazione, anzitutto, deve manifestare la propria volontà di convalida (c.d. *animus convalidandi*) e, poi, potrebbe in ogni caso annullare d'ufficio o revocare il proprio provvedimento di convalida. La possibilità di un annullamento d'ufficio o di una revoca della convalida porterebbe a ritenere che l'amministrazione abbia una qual certa disponibilità degli effetti della convalida.

Inoltre, si dovrebbe tenere presente che l'annullamento d'ufficio è, allo stato, ammesso dalla giurisprudenza amministrativa anche in forma implicita. L'autotutela implicita è quella che avviene attraverso atti o comportamenti con contenuto esplicito differente ma dai quali emerge univocamente sebbene implicitamente una volontà incompatibile con il mantenimento del precedente provvedimento (si pensi all'ordinanza di demolizione del manufatto abusivo precedentemente assentito dalla stessa amministrazione: essa determina implicitamente l'annullamento d'ufficio del precedente titolo abilitativo illegittimo⁵¹²).

Infine, volendo aderire alla tesi della rilevabilità d'ufficio della intervenuta convalida, ne deriverebbe la rilevabilità anche in grado d'appello per la prima volta, non applicandosi il regime di cui all'art. 104 c.p.a.

⁵¹² M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-quinquies e 21-nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M. A. SANDULLI, *Principi e regole*, cit., 364.

4. Eccezione di formazione o mancata formazione del silenzio. (significativo e non).

Trattando delle eccezioni di merito più comunemente utilizzate nel contenzioso amministrativo, non si può tralasciare l'eccezione di formazione o mancata formazione del silenzio amministrativo.

Il silenzio è tradizionalmente annoverato tra gli strumenti di semplificazione amministrativa, sebbene, sul punto, si potrebbe obiettare, che ciò dipende dal punto di vista da cui si guarda all'istituto. Dalla prospettiva dell'amministrazione, il silenzio è certamente uno strumento di semplificazione. Tuttavia, occorre chiedersi se il silenzio continui ad essere tale dal punto di vista del privato che viene in contatto con la pubblica amministrazione (ma la risposta a un tale quesito richiederebbe una digressione fuori tema sulle teorie di analisi economica del diritto e sul c.d. rischio da contatto amministrativo, che certamente aumenta, dal punto di vista del privato, quando viene in rilievo un silenzio, stante la preferibilità di un provvedimento espresso nero su bianco, sia esso positivo che negativo) .

Il silenzio, in ogni caso, è inteso come un fatto cui l'ordinamento sceglie, a seconda dei casi, di attribuire un certo valore o un altro. In alcuni casi, esso assume valore legale tipico di provvedimento di assenso o di diniego (c.d. silenzio significativo)⁵¹³. In altri, l'inerzia ha valore di inadempimento dell'obbligo di provvedere. In entrambi i casi, si deve constatare che il silenzio è un fatto, omissivo, ma pur sempre un fatto, collocabile in una dimensione spaziale e temporale, nonché riferibile ad un determinato soggetto⁵¹⁴.

⁵¹³ La Riforma Madia del 2015 ha introdotto, inoltre, il c.d. silenzio assenso tra PP.AA., valevole anche per i procedimenti in cui un'Autorità diversa da quella precedente sia chiamata ad esprimere un atto di assenso concernente interessi c.d. sensibili. Sul punto, per un eventuale approfondimento, si vedano: F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17-bis introdotto dalla c.d. riforma Madia*, in www.federalismi.it, 20, 2015; A. BERTI SUMAN, *Il nuovo silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni (art. 17-bis, legge n. 241/90): dovere di istruttoria e potere di autotutela Commento al parere n. 1640/16 del Consiglio di Stato su alcuni problemi applicativi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'articolo 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *Foro amm.*, 2016, 6, 2657 e ss.

⁵¹⁴ M. RENNA - F. FIGORILLI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, I, *Diritto amministrativo*, Voce, in *Enc. Giur., Agg.*, Roma, 2009.

Partendo da questa considerazione secondo cui il silenzio è un fatto, risulta più agevole notare che esso può assumere, nel contesto processuale, la veste di fatto costitutivo ovvero di fatto impeditivo, estintivo o modificativo. Il silenzio può certamente essere il fatto costitutivo della domanda, non solo di quella costitutivo - caducatoria, ma anche di quella di condanna a provvedere, al risarcimento del danno, nonché di mero accertamento atipico di formazione dello stesso⁵¹⁵.

In questa sede, tuttavia, s'intende esaminare il silenzio come fatto estintivo, modificativo o impeditivo del fatto costitutivo della domanda altrui, e, dunque, come fatto oggetto di eccezione.

Fin da subito, pare opportuno precisare che: (i) occorre guardare sia alla formazione che alla mancata formazione del silenzio; (ii) occorre considerare il silenzio nelle sue due dimensioni, significativo e asignificativo.

Anzitutto, occorre circoscrivere gli scenari processuali in cui potrebbe venire in rilievo l'eccezione di formazione o mancata formazione del silenzio.

L'eccezione di formazione del silenzio significativo risulta utile, in primo luogo, per contrastare l'azione avverso il silenzio inadempimento della p.a. E' evidente che, a fronte della pretesa a far dichiarare l'obbligo di provvedere della p.a., le strategie difensive

⁵¹⁵ V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedimentali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 55 ss.; M. D'ORSOGNA - R. LOMBARDI, *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 801; L. Giani, *Articolo 20*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE - A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 411 ss.; R. GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005; W. GIULIETTI, *Silenzio assenso*, in A. BARTOLINI - S. FANTINI - G. FERRARI, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 485; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva « servizi » (2006/123/CE)*, Napoli, 2008; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 269 ss.; A. M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, 1982, 732; M. A. SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della P.A.*, in *Giust. civ.*, 1994, 485 ss.; ID., *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove auton.*, 2012, 454; ID., *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, cit.; E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, in A. ROMANO, *L'azione amministrativa*, cit.; M. RENNA, *La semplificazione amministrativa (nel decreto legislativo n. 152/2006)*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 649; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985.

possibili sono principalmente due: la prima è quella fondata sulla dimostrazione della non sussistenza di un obbligo di provvedere; la seconda è quella consistente nell'affermazione che l'inerzia aveva un significato e che, in realtà, si è formato un silenzio significativo che rende inammissibile o anche infondata nel merito l'azione avverso il silenzio inadempimento.⁵¹⁶

L'eccezione di intervenuta formazione del silenzio significativo assume rilevanza anche in un altro scenario processuale, quello in cui oggetto di contestazione da parte del privato sia un provvedimento di secondo grado sia caducatorio che conservativo. Può accadere, infatti, che il ricorrente contesti il provvedimento di autotutela per la mancanza di un precedente provvedimento di primo grado preesistente.

In questo caso, è interesse delle parti intime eccepire la preesistenza di un provvedimento di primo grado sia espresso sia formatosi *per silentium*. L'amministrazione o gli eventuali controinteressati potrebbe avere interesse a dimostrare che il fatto costitutivo della domanda di annullamento del ricorrente è neutralizzato da un fatto estintivo, modificativo o impeditivo consistente nella intervenuta corretta formazione di un silenzio significativo.

La strategia difensiva delle parti intime, tuttavia, potrebbe richiedere anche l'esperimento di un'eccezione di mancata formazione del silenzio significativo. Vi sono delle ipotesi, infatti, in cui il ricorrente vanta una determinata pretesa sul presupposto della formazione di un silenzio significativo ovvero ipotesi in cui il ricorrente domanda l'accertamento della formazione dello stesso⁵¹⁷. In tutte queste ipotesi, i fatti impeditivi, estintivi, modificativi allegabili possono andare in due direzioni: o provano che un silenzio non poteva

⁵¹⁶ Cfr. TAR Molise, Campobasso, Sez. I, 13 marzo 2015, n. 99, che, tra l'altro, considera la formazione del silenzio significativo come ragione di rigetto nel merito dell'azione avverso il silenzio inadempimento; Cons. St., Sez. IV., 7 luglio 2008 n. 3373; Cons. St., Sez. IV., 6 giugno 2008 n. 2691; Cons. St., Sez. IV, febbraio 2006 n. 598.

⁵¹⁷ G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 174; G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, I, 9; A. PROTO PISANI, *La tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim dir proc. civ.*, 1979; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010; A. CARBONE, *Nullità e azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, 795 ss.; N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg., 2007, 865 ss.

formarsi in assoluto e in ogni caso, cioè la c.d. impossibilità assoluta di formazione del silenzio, o provano che il silenzio poteva formarsi in astratto, ma in concreto e nel caso specifico non si è formato, cioè la c.d. impossibilità relativa di formazione del silenzio.

Lo scenario appena descritto è di frequente verifica, soprattutto nel contenzioso amministrativo in materia edilizia⁵¹⁸. Sovente, infatti, il ricorrente afferma la formazione del silenzio-assenso sulla propria istanza di rilascio del permesso a costruire ordinario o in sanatoria. L'amministrazione, per ciò, ha interesse ad eccepire la mancata formazione dello stesso. Tale eccezione presuppone l'allegazione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi, quali ad esempio l'omessa presentazione di tutti gli elaborati e di tutta la documentazione necessaria all'istruttoria del procedimento. L'incompletezza della documentazione richiesta rileva, ai fini della formazione del silenzio assenso, come fatto impeditivo dello stesso.⁵¹⁹ Principio analogo è stato affermato dalla giurisprudenza circa la corretta formazione del silenzio-assenso sulle domande di condono edilizio *ex l. n. 47 del 1985*.⁵²⁰

⁵¹⁸ Si veda, per un approfondimento: M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *www.federalismi.it.*, n. 20 del 2015; M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it.*, n. 17 del 2015,

⁵¹⁹ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 9 agosto 2016, n. 9267; TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 9 dicembre 2013, n. 804, che afferma, tra le altre cose, che: *“Il termine per la formazione del silenzio - assenso è infatti sospeso fino alla completa integrazione di tutti gli atti e documenti necessari alla conclusione del procedimento quando gli stessi non siano già nella disponibilità dell'amministrazione comunale”*.

⁵²⁰ Cfr. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 9 ottobre 2007 n. 1633; TAR Lazio, Latina, I[^], 27.3.2008 n. 262, secondo cui: *“non si perfeziona il silenzio assenso sull'istanza di condono edilizio nel caso in cui l'oblazione auto-liquidata non corrisponda a quanto effettivamente dovuto”*; TAR Campania, Napoli, IV, 17 febbraio 2009 n. 850. Su tutte, di recente e in senso riassuntivo degli orientamenti giurisprudenziali formati sul punto, si veda: TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 22 agosto 2016, n. 1353, per cui: *“La formazione del silenzio assenso su domanda di condono edilizio presuppone la completezza della domanda di sanatoria, accompagnata dall'integrale pagamento di quanto dovuto a titolo di oblazione, con la conseguenza che, in caso di incompletezza della domanda o della documentazione inoltrata a suo corredo, il termine per il maturarsi del silenzio assenso inizia a decorrere soltanto dal momento in cui dette carenze sono state eliminate ad opera della parte interessata.”*. TAR Puglia, Lecce, 22 luglio 2016, n. 1180.

Dalle norme sull'azione amministrativa di cui alla legge n. 241 del 1990, si possono ricavare diversi fatti impeditivi o estintivi del silenzio assenso, che possono essere oggetto dell'eccezione di mancata formazione dello stesso.

Il primo è sicuramente l'intervenuta adozione, nel termine previsto dall'art. 2, co. 2 e 3, l. n. 241 del 1990, del provvedimento espresso di diniego.

Un secondo fatto è l'attinenza del procedimento a i cc.dd. interessi sensibili, vale a dire collegati ai principi costituzionali, quali il patrimonio culturale, artistico, paesaggistico, l'ambiente, la difesa, la pubblica sicurezza, la salute, l'incolumità pubblica e così via⁵²¹.

Un terzo fatto eccezionale al suddetto fine è l'aver indetto l'amministrazione una conferenza di servizi, sempre entro il termine previsto per la conclusione del procedimento.

La formazione del silenzio poi potrebbe essere contestata sulla base della natura discrezionale complessa della valutazione tecnica rimessa alla p.a. procedente.

In ultimo, fatto estintivo del silenzio assenso è l'intervenuta adozione di un provvedimento di autoannullamento del medesimo. Nei casi di formazione del silenzio assenso, l'amministrazione pubblica competente può assumere, sullo stesso, determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21-quinquies e 21-nonies della succitata l. n. 241 del 1990.

L'interesse a far valere la mancata formazione del silenzio significativo, infine, potrebbe sorgere nelle ipotesi in cui la p.a. abbia adottato un provvedimento espresso successivamente alla scadenza del termine previsto per la formazione del silenzio. Al fine di salvaguardare la validità di tale provvedimento, l'amministrazione resistente e le altre parti intimamente potrebbero avere interesse ad eccepire la mancata formazione del silenzio significativo, dal cui accoglimento deriverebbe la susseguente logica validità del provvedimento espresso sopravvenuto⁵²².

⁵²¹ F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. app.*, 1, 2016, 11 ss.; E. SCOTTI, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in A. ROMANO, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 566 ss.

⁵²² Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 15 settembre 2016, n. 9770.

Deve osservarsi, tuttavia, che i fatti fin qui descritti come possibili contenuti dell'eccezione di mancata formazione del silenzio significativo, potrebbe essere considerati, in una diversa ottica, come veri e propri fatti che determinano l'illegittimità del silenzio⁵²³. Parte della giurisprudenza amministrativa, infatti, ha sostenuto un particolare orientamento secondo cui i fatti sopra descritti non sarebbero fatti impeditivi della formazione del silenzio, bensì fatti costitutivi della sua invalidità. In presenza degli stessi, il silenzio si formerebbe comunque, ma sarebbe illegittimo per violazione di legge.⁵²⁴

Sul piano delle eccezioni, l'adesione all'una o all'altra tesi ha un'importanza fondamentale, soprattutto in relazione alla garanzia del diritto di difesa e dell'effettività della tutela. Se, infatti, si considerano i fatti sopra descritti come fatti che impediscono la formazione del silenzio significativo, questi potranno essere eccepiti dall'amministrazione resistente a tutela della propria posizione. Al contrario, se li si qualifica come fatti costitutivi dell'invalidità del silenzio significativo, probabilmente, l'amministrazione resistente interessata a far cadere il silenzio vantato dal ricorrente non potrebbe più eccepirli, atteso che il silenzio significativo ha valore provvedimentale e l'amministrazione non può impugnare i propri provvedimenti. A questo punto, l'illegittimità del silenzio finirebbe per potere essere fatta valere solo attraverso due strade: o la rileva d'ufficio il giudice o l'amministrazione deve agire in autotutela fuori dal processo. Però si creerebbe un'inedita forma di fatti eccepibili solo d'ufficio e non anche su istanza di parte.

Ricostruiti, a grandi tratti, i possibili scenari processuali in cui potrebbe sorgere l'interesse ad eccepire la formazione o la mancata formazione del silenzio significativo, ci si deve chiedere, allora, se l'eccezione in parola sia rilevabile anche d'ufficio ovvero sia riservata e subordinata ad un'iniziativa di parte.

Preliminarmente, si ritiene opportuno escludere l'idea di un fatto eccepibile solo d'ufficio e non anche su iniziativa di parte, perché ciò snaturerebbe la stessa eccezione e renderebbe ancillare l'attività

⁵²³ Per un'attenta ricostruzione, sul punto si veda: G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi*, in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 122-123.

⁵²⁴ Cfr. Cons. St., Sez. V, 27 giugno 2006, n. 4114.

difensiva, nonché rappresenterebbe un indebito sconfinamento del giudice nella difesa dell'amministrazione.

Quanto all'interrogativo posto sopra, si potrebbe sostenere che la formazione o la mancata formazione del silenzio significativo sia sempre rilevabile d'ufficio dal giudice. Ciò rientrerebbe nel potere del giudice fondato sul principio *jura novit curia* e sarebbe una diretta conseguenza della derivazione diretta dalla legge degli effetti propri dei fatti impeditivi o costitutivi del silenzio. Proprio in quanto né l'amministrazione né il privato avrebbero la disponibilità degli effetti dei fatti formativi o impeditivi del silenzio, il giudice potrebbe rilevarli sempre d'ufficio, in ogni tipo di domanda.

Questa impostazione, tuttavia, potrebbe essere ritenuta troppo generalizzante. Si potrebbe ragionevolmente sostenere, infatti, che il regime di rilevanza dell'eccezione in parola debba essere regolato a seconda del tipo di fatto che viene ad essere oggetto della stessa e a seconda dei suoi effetti. Nelle ipotesi in cui viene in rilievo un fatto che conferma la formazione del silenzio o che impedisce la stessa previsto espressamente dalla legge, questo dovrebbe poter essere eccepito anche d'ufficio. Ciò accadrebbe, ad esempio, quando la formazione del silenzio significativo è impedita dalla convocazione di una conferenza di servizi da parte dell'amministrazione entro il termine di conclusione del procedimento oppure quando il procedimento attiene ad interessi sensibili in relazione ai quali è la stessa legge ad escludere l'operatività del silenzio assenso. In questi casi, il fatto è previsto dalla legge, così come l'effetto, sia esso costitutivo o impeditivo del silenzio, ed è riscontrabile dal giudice amministrativo sulla base dei soli atti di causa.

Al contrario, vi sarebbero delle ipotesi in cui il fatto costitutivo o impeditivo del silenzio dovrebbe configurare un'eccezione in senso stretto, rilevabile solo su istanza di parte. Principalmente, si tratterebbe delle tre fattispecie: (i) il caso in cui la mancata formazione del silenzio è dovuta all'adozione, nel termine per la conclusione del procedimento, del provvedimento espresso di diniego; (ii) il caso in cui viene contestata la formazione del silenzio al fine di conservare il provvedimento espresso tardivamente adottato dall'amministrazione; (iii) l'ipotesi di sopravvenuto ritiro in autotutela del silenzio assenso.

In queste tre fattispecie, l'effetto formativo o impeditivo del silenzio potrebbe ritenersi nella disponibilità delle parti intimiate, in quanto se le parti interessate non eccepiscono tali fatti, potrebbe

presumersi che essi non sussistano o che non abbiano interessi a farli valere.

Quanto, invece, all'eccezione volta a dimostrare l'insussistenza del silenzio inadempimento della p.a., si osserva che i presupposti per la formazione dello stesso sono, per giurisprudenza consolidata, due: da un lato, lo spirare del termine di conclusione del procedimento compulsato da un'istanza di parte; dall'altro, la violazione di un preciso obbligo di provvedere sulla istanza del privato, che sussiste non solo nei casi previsti dalla legge, ma anche nelle ipotesi che discendono da principi generali, ovvero dalla peculiarità della fattispecie, e, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, allorché ragioni di giustizia ovvero rapporti esistenti tra amministrazioni ed amministrati impongano l'adozione di un provvedimento, soprattutto al fine di consentire all'interessato di adire la giurisdizione per la tutela delle proprie ragioni.⁵²⁵

Pertanto, l'eccezione di insussistenza del silenzio inadempimento può avere ad oggetto tutti i fatti materiali volti a dimostrare: che il termine di conclusione del procedimento non è scaduto; che vi è stato un eventuale provvedimento tempestivo; che, nel caso di specie, si è formato un silenzio significativo; che non vi era un obbligo di provvedere, ad esempio, perché si trattava di una sostanziale sollecitazione di autotutela ovvero perché l'istanza era manifestamente infondata.

Anche in questo caso, occorre interrogarsi circa il regime di rilevabilità dell'eccezione in parola.

Accanto alla tesi della rilevabilità d'ufficio, fondata sull'efficacia *ope legis* dei fatti impeditivi del silenzio inadempimento, potrebbe sostenersi anche la tesi che distingue il regime di rilevabilità dell'eccezione a seconda di quali siano i fatti impeditivi concretamente deducibili. Se il fatto impeditivo è previsto espressamente dalla legge ed è riscontrabile dal giudice sulla base di sole valutazioni di diritto, l'eccezione sarebbe rilevabile anche d'ufficio. Se, invece, il fatto impeditivo del silenzio inadempimento è nell'esclusiva disponibilità delle parti intime, senza la cui iniziativa il giudice giammai potrebbe

⁵²⁵ Cfr. Cons. St., Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1182; Cons. St., Sez. III, 14 novembre 2014, n. 5601.

venirne a conoscenza, potrebbe configurarsi come eccezione in senso stretto.

5. L'eccezione di non annullabilità/non invalidità ex art. 21-octies, 2° co., l. 241/90.

Una delle principali eccezioni di merito sperimentabili nel giudizio amministrativo è certamente l'eccezione di non annullabilità/non invalidità del provvedimento impugnato ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990.

Sotto il profilo sostanziale, l'art. 21-octies, co.2, cit., contiene due disposizioni: da un lato, si attribuisce rilevanza alla non incidenza del vizio procedimentale o formale sul contenuto sostanziale del provvedimento al fine di escluderne l'annullabilità; dall'altro, si fa espresso riferimento all'omessa comunicazione di avvio del procedimento, la quale non consente l'annullamento del provvedimento a meno che il privato non dimostri che, ove l'obbligo fosse stato adempiuto, egli avrebbe introdotto elementi utili a modificare il segno della decisione finale e, al contempo, l'amministrazione non provi l'irrilevanza di un'eventuale apporto partecipativo del privato.

Quelli appena descritti, sebbene in estrema sintesi, sono veri e propri fatti impeditivi, estintivi o modificativi dei fatti costitutivi dell'invalidità del provvedimento affermati dal ricorrente.

Le disposizioni racchiuse nella citata norma trovano ingresso nel processo amministrativo attraverso lo strumento dell'eccezione. Si tratta, come si può evincere, di un'eccezione mediante la quale l'amministrazione resistente o i controinteressati fanno valere in giudizio dei fatti dai quali emerge la non incidenza dei fatti costitutivi affermati dall'attore, cioè i vizi di legittimità denunciati, sul contenuto sostanziale del provvedimento. Si eccepisce che il provvedimento, nonostante il vizio procedimentale o formale, non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato.

Per la verità, la norma ha posto e continua a porre diversi problemi applicativi, sebbene rappresenti un principio fondamentale del nostro ordinamento amministrativo e una valvola respiratoria dell'intero sistema.

Principalmente, al fine di individuare le caratteristiche ed il regime giuridico dell'eccezione di cui all'art. 21-octies cit., occorre soffermarsi sulla natura delle disposizioni ivi contenute.

Secondo la tesi che riconosce alla norma un carattere sostanziale, l'eccezione in parola determinerebbe la non invalidità del provvedimento inficiato dal vizio formale o procedimentale non incidente sul contenuto dello stesso⁵²⁶. La portata della disposizione è, però, circoscritta alla sola attività vincolata.

Di conseguenza, sarebbe possibile individuare dei cc.dd. vizi non invalidanti. La non annullabilità del provvedimento sarebbe una conseguenza automatica della non invalidità sul piano sostanziale.

Con riguardo alla corrispettiva eccezione, l'accoglimento di questa prospettiva comporta che essa diviene una vera e propria eccezione attinente al merito della controversia avente ad oggetto un fatto ad efficacia estintiva. Il fatto dedotto in eccezione e comprovante la non incidenza del vizio procedimentale o formale sul contenuto del provvedimento andrebbe ad eliminare il fatto costitutivo della domanda di annullamento, cioè proprio il vizio procedimentale o formale denunciato. Si tratterebbe, per ciò, di un'eccezione avente ad oggetto un fatto estintivo.

Secondo la tesi della natura processuale dell'art. 21-octies, co.2, cit., nonostante la sua collocazione *extra-codicem*, le disposizioni contemplate dal secondo comma impedirebbero l'annullabilità in sede giurisdizionale e, dopo la Riforma Madia, anche in sede di autotutela, del provvedimento, il quale, tuttavia, rimarrebbe illegittimo e viziato. Ci si troverebbe in una situazione d'impossibilità di annullamento di un provvedimento pure illegittimo, in ossequio ad esigenze di buon andamento amministrativo ed economia processuale⁵²⁷.

⁵²⁶ Cfr. G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario 2002*, a cura dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2003, 85, 98 e ss.; D. CORLETTI, *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 72.

⁵²⁷ Per una disamina approfondita delle tesi sulla natura dell'art. 21-octies, co.2, cit., si vedano: L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*.

La *ratio* delle disposizioni di cui al 21-octies, co. 2, cit., è, infatti, quella di evitare che il giudice amministrativo debba annullare un provvedimento per meri vizi formali o procedurali, a seguito del quale l'amministrazione adotterà un provvedimento emendato da tali vizi ma riproponente il medesimo contenuto sostanziale, con un grave *vulnus* sia al buon andamento che alla efficienza della tutela giurisdizionale, oggi divenuta sempre di più una risorsa scarsa.

Ciò dimostrerebbe la caratura processuale della disposizione, in quanto farebbe emergere, in presenza di vizi procedurali o formali non incidenti sulla sostanza della decisione, un difetto d'interesse a ricorrere.

Di conseguenza, l'adesione alla tesi processuale muterebbe notevolmente la natura e il regime giuridico dell'eccezione in parola. Essa, infatti, sarebbe un'eccezione attinente al rito, in quanto precluderebbe al giudice l'esame del merito e l'annullamento del provvedimento impugnato, facendo arrestare la cognizione dello stesso al livello del rito.

In disparte i dubbi sopra rappresentati, l'interpretazione dell'art. 21-octies, co.2, cit. influenza anche il regime di rilevanza dell'eccezione in esame. Il tema della rilevanza d'ufficio dell'eccezione è stato oggetto di dibattito in giurisprudenza e dottrina.

Sul tema, la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414, *Est. Severini*,⁵²⁸ rappresenta una tappa fondamentale, anche se, come si dirà di seguito, non esente da rilievi critici.

Il Consiglio di Stato, in via preliminare, aderisce alla tesi che riconosce carattere processuale all'art. 21-octies, co.2, cit., sulla base di plurime argomentazioni: (i) esso concerne un atto processuale, cioè l'accertamento del contenuto dispositivo del provvedimento; (ii) non

Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.; P. LAZZARA, *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. CdS.*, 2009, 190 ss.

⁵²⁸ La fattispecie era la seguente: una società aveva impugnato un provvedimento di decadenza da una concessione per inadempimento. In primo grado, il TAR rigettava la domanda di annullamento ai sensi dell'art. 21-octies, co.2, l. n. 241/90, in quanto i vizi procedurali denunciati non incidevano sul contenuto sostanziale del provvedimento. In appello, la società critica la sentenza di primo grado per aver il giudice applicato le disposizioni di cui all'art. 21-octies cit. senza che l'amministrazione avesse formulato apposita eccezione in tal senso. L'appellante, dunque, sostiene la tesi dell'eccezione processuale in senso stretto.

sarebbe corretto ritenere che da esso discenda la sottrazione dell'interesse a ricorrere, in quanto il privato conserverebbe intatta la sua facoltà di domandare giustizia contro un atto che è e rimane illegittimo; (iii) sebbene non sia annullabile, l'atto rimane illegittimo in modo permanente, pena l'incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 113 Cost.⁵²⁹; (iv) la norma si rivolge al giudice; (v) è la pronuncia di annullamento che sarebbe *inutiliter data*.

Presupponendo tali considerazioni, il Collegio afferma che: “*L’operatività dell’art. 21-octies, comma 2, non è subordinata ad un’eccezione non rilevabile d’ufficio. Anzi, la norma introduce un automatico elemento aggiuntivo all’ufficio del giudice amministrativo, il quale – in una più stretta relazione con l’azione amministrativa – ora deve sempre valutare se ricorrono le circostanze della disposizione*”.

La posizione del Consiglio di Stato è chiara: il giudice amministrativo ha l’obbligo di effettuare le valutazioni di cui all’art. 21-octies, co.2, cit.

Ma la pronuncia si spinge oltre, generalizzando il discorso a tutte le eccezioni in senso stretto. Il punto di approdo è l’inammissibilità, nel processo amministrativo, di eccezioni rilevabili solo su istanza di parte. Non vi sarebbe alcuna differenza tra giudizio amministrativo e giudizio di legittimità in Cassazione o davanti alla Corte Costituzionale. Secondo il Collegio, mentre il processo civile sarebbe un processo di fatti, che potrebbero avere efficacia impeditiva, estintiva o modificativa, il processo amministrativo di legittimità del provvedimento sarebbe un giudizio di puro diritto.

Nelle parole del Consiglio di Stato riecheggiano le tesi richiamate *sub Cap. III, par. 5*, e risalenti alle posizioni dottrinali classiche di Nigro.

La posizione assunta con la riportata sentenza presta il fianco ad alcune critiche.

La prima critica potrebbe essere mossa all’affermazione della natura meramente processuale delle disposizioni contenute nel secondo

⁵²⁹ Cfr. F. SAITTA, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell’omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, ultimo comma, e 21-octies, 2° comma, della legge n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. TAR.*, 2006, 2295 ss., e in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Padova, 2007, IV, 381 ss.; ID., *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all’autonoma deducibilità del vizio?*, in www.giustamm.it, n. 5/2008.

comma dell'art.21-octies, cit. Sul punto, si osserva che la portata di una norma dovrebbe essere vagliata tenendo conto di quello che la Corte Costituzionale ha più volte definito “*il più ampio contesto normativo in cui la norma è inserita*”. Applicando tale criterio, non si potrebbe negare che il legislatore ha scelto di collocare la norma nella legge fondamentale sul procedimento amministrativo, e non tra le norme processuali. Se il legislatore avesse voluto escludere la sola annullabilità, avrebbe potuto inserire un apposito inciso nelle norme del Codice del processo amministrativo, così come ha fatto per gli atti politici. La collocazione della norma deporrebbe in senso favorevole alla tesi sostanziale.

Questa sembrerebbe trovare ulteriore conferma a seguito delle modifiche al primo comma dell'art. 21-nonies, l. n. 241 del 1990, introdotte con la legge delega n. 124 del 2015 (c.d. legge Madia). La riforma ha introdotto l'inciso per cui, nei casi di cui all'art. 21-octies, co.2, cit., il provvedimento non è annullabile neppure in autotutela. L'esclusione del potere di autoannullamento sarebbe una logica conseguenza della mancanza del presupposto dell'illegittimità originaria del provvedimento amministrativo di primo grado. Tant'è che la novella, in sé, ha una mera funzione chiarificatrice di un dibattito dottrinale preesistente sul punto, ma, adottando la prospettiva sostanziale, sarebbe una norma inutile, meramente esplicativa⁵³⁰.

Relativamente al tema della rilevabilità d'ufficio dell'eccezioni *ex art. 21-octies, co.2, cit.*, occorre precisare che la posizione assunta dalla sopra richiamata pronuncia del Consiglio di Stato non è unanimemente condivisa, né riflette un orientamento giurisprudenziale consolidato.

Altra parte della giurisprudenza, soprattutto di merito, ritiene che l'eccezione *ex art. 21-octies, co.2, cit.* configuri un'eccezione in senso stretto, come tale rilevabile solo su iniziativa dell'amministrazione resistente o dei controinteressati⁵³¹.

Il meccanismo di cui all'art. 21-octies, co.2, cit., secondo questa parte della giurisprudenza, “*sarebbe costruito come eccezione in senso*

⁵³⁰ Sul punto, si veda: R. GIOVAGNOLI, *Art. 21-octies. Annullabilità del provvedimento*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 950 ss; F. GAFFURI, *Brevi note sull'applicabilità dell'art. 21-octies della legge 241/1990 ai provvedimenti di autotutela amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2014, 8-9, 885.

⁵³¹ *Ex multis*, Cfr. TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 8 maggio 2008, n. 866.

proprio, che paralizza – sulla base delle allegazioni ed argomentazioni dell'amministrazione, alla quale è data la possibilità di giustificare il proprio operato come inevitabile e necessaria conclusione del procedimento – l'effetto demolitorio dell'accoglimento del ricorso per riconosciuta fondatezza della censura procedimentale, di guisa che tale meccanismo è posto dal legislatore nella esclusiva disponibilità dell'amministrazione”.

Il giudice amministrativo, pertanto, non potrebbe rilevare in via officiosa l'applicabilità della regola di cui all'art. 21-octies, co.2, cit., pena la violazione dei principi fondamentali che ispirano il processo amministrativo delineato dal Codice del 2010 e dalle fonti sovranazionali internazionali (C.E.D.U.) ed europee (Carta di Nizza).

Anzitutto, il giudice finirebbe per perdere la propria terzietà ed imparzialità, surrogando l'amministrazione nella propria attività difensiva. Si ritornerebbe alla concezione ottocentesca secondo cui, nel giudizio amministrativo, l'attività difensiva dell'amministrazione è meramente ancillare, perché il ruolo decisivo nella difesa del provvedimento impugnato lo svolgerebbe il giudice.

Inoltre, si violerebbe il principio dispositivo, che regola anche il contemporaneo processo amministrativo.

Infine, la tesi della rilevabilità d'ufficio della non annullabilità/non invalidità di cui all'art. 21-octies, co.2, cit., porterebbe incontrastabilmente a dover ammettere che la norma costituisce un'ulteriore deroga alla giurisdizione soggettiva, introducendo un'eccezionale ipotesi di giurisdizione oggettiva, in nome dell'economia processuale e dell'efficienza dell'azione amministrativa.

Per la verità, sul tema in questione, si potrebbe articolare anche una terza impostazione, basata su una lettura alternativa della norma e sul parallelismo tra regime di rilevabilità dell'eccezione e distribuzione dell'onere probatorio tra le parti.

Come noto, l'art. 21-octies, co.2, cit., prevede, al primo periodo, la regola della c.d. evidenza. In sostanza, la disposizione opera, tra l'altro, solo se “è palese” la non incidenza del vizio formale o procedimentale sul contenuto sostanziale del provvedimento.

Al secondo periodo, invece, con riguardo all'omessa comunicazione di avvio del procedimento, si prevede che sia l'amministrazione ad avere l'onere della prova della c.d. non incidenza contenutistica. Va detto, però, che, per giurisprudenza consolidata,

anche il privato ricorrente deve fare la sua parte, allegando i fatti che avrebbe introdotto nel procedimento se fosse stato posto nelle condizioni di parteciparvi. A differenza di coloro che ritengono che tale orientamento abbia in realtà sterilizzato l'onere probatorio posto in capo all'amministrazione, si deve osservare che esso ha solo mitigato un onere che, altrimenti, sarebbe stato impossibile da assolvere. Se l'amministrazione non conosce cosa il privato avrebbe apportato al procedimento, non si comprende come possa contestare che ciò non avrebbe avuto alcuna incidenza sul provvedimento conclusivo. Quindi l'orientamento suddetto mitiga, tempera, ma non neutralizza l'onere della prova in capo alla p.a. D'altronde, diversamente opinando, vorrebbe dire che la giurisprudenza avrebbe fatto una *interpretatio abrogans* della norma, come tale non consentita dall'ordinamento.

In disparte ciò, si potrebbe sostenere che, dalla diversa distribuzione dell'onere della prova, deriverebbe un diverso regime di rilevanza dell'eccezione *ex art. 21-octies, co.2, cit.*

Relativamente alle ipotesi rientranti nel primo periodo, il giudice amministrativo avrebbe il potere di rilevare e dichiarare anche d'ufficio la non annullabilità/non invalidità del provvedimento, nonostante il vizio, in quanto la norma prevede espressamente che la non incidenza dello stesso sul contenuto del provvedimento deve essere "*palese*". Dunque, in questi casi, si sarebbe al cospetto di un'eccezione in senso lato, rilevabile anche d'ufficio.

Per le ipotesi del secondo periodo, invece, l'eccezione richiederebbe necessariamente un onere di allegazione e di prova da parte dell'amministrazione e sarebbe, per ciò, un'eccezione in senso stretto, rilevabile solo su istanza di parte.

La ricostruzione appena descritta, sebbene suggestiva, risulterebbe fragile sotto due aspetti.

Da un lato, si potrebbe obiettare che non tiene conto della distinzione tra potere di rilevazione d'ufficio e potere di dichiarazione d'ufficio, oggi distinti dalla giurisprudenza della Cassazione.

Dall'altro, potrebbe non condividersi l'idea che il regime di distribuzione dell'onere della prova possa assurgere ad indice presuntivo del regime di rilevanza dell'eccezione. I due opererebbero su piani differenti.

In ultimo, si farebbe una irragionevole distinzione sul regime di rilevanza dell'eccezione tra il primo e il secondo periodo dell'art.21-

octies, co.2, cit. Sarebbe difficile spiegare perchè, solo per il tipo di vizio preso in considerazione, debba mutare il regime di rilevabilità d'ufficio.

A dire il vero, però, quest'ultima obiezione si potrebbe porre anche con riguardo all'attuale formulazione della norma, relativamente alla diversa di distribuzione dell'onere della prova.

Quanto rappresentato indica che la questione del regime di rilevabilità è ancora aperta. Meno dubbi dovrebbero esserci con riguardo alla portata dell'eccezione in esame.

L'eccezione dell'art. 21-octies, co.2, primo alinea, cit., infatti, ha una efficacia estintiva limitata: può neutralizzare solo quei fatti costitutivi della domanda di annullamento che si traducono in vizi procedimentali e formali di provvedimenti vincolati.

Dunque, la portata dell'eccezione in parola dipende dall'ampiezza che si riconosce all'area dei vizi procedimentali e formali. Il problema riguarda soprattutto il vizio di motivazione e il vizio di incompetenza relativa.

Riguardo a quest'ultimo vizio, la giurisprudenza prevalente ritiene che le norme sulla competenza non rientrino né in quelle procedimentali in senso stretto né in quelle formali, ma siano norme attinenti al potere amministrativo e al suo esercizio. Pertanto, il vizio di incompetenza relativa, secondo la prevalente giurisprudenza, non rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 21-octies, co.2, cit.⁵³² Di conseguenza, l'eccezione in parola non potrebbe essere utilizzata per neutralizzare il suddetto vizio.

Lo stesso può essere affermato riguardo al vizio di difetto di motivazione, il quale non può ragionevolmente ricondursi alla mancanza di un elemento formale del provvedimento⁵³³. La c.d.

⁵³² TAR Lazio, Roma, Sez. III, 29 agosto 2007, n. 8224; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 12 aprile 2006, n. 3538; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 12 aprile 2005, n. 3780, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1070, con commento di A. PIOGGIA.

In dottrina, F. SAITTA, *L'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2010, 573, nota a Corte Costituzionale, 20 marzo 2009, n.81.

Contra, TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 4 luglio 2008, n. 2050 e 6 marzo 2008, n. 750; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 28 dicembre 2006, n. 10769; TAR Campania, Salerno, Sez. II, 29 novembre 2005, n. 2478; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 22 marzo 2005, n. 1089.

⁵³³ TRGA Trentino-Alto Adige, Bolzano, 22 giugno 2016, n. 200.

dequotazione della motivazione da vizio sostanziale a vizio formale è operazione quanto mai ardua e pericolosa per la tenuta dell'intero sistema. Il rischio, infatti, è quello della *translatio* del procedimento nel processo, che, in sostanza, significa azzeramento del procedimento e delle tutele preventive procedimentali. In sostanza, dequotando la motivazione si farebbe passare il messaggio che la motivazione del provvedimento è un “*optional*”, un elemento eventuale che, se manca o è carente, non importa più di tanto purché il contenuto del provvedimento sia inevitabile.

6. L'eccezione di dolo generale.

Tra le questioni più complesse ma, al tempo stesso, più interessanti che gravitano intorno al tema delle eccezioni nel processo amministrativo, vi è senza dubbio quella riguardante la c.d. *exceptio doli generalis* o eccezione di dolo generale.

Allo stato, l'eccezione di dolo generale viene comunemente associata agli studi della dottrina civilistica sull'abuso del diritto e alle elaborazioni giurisprudenziali sempre in ambito civilistico. Si tratta, però, di un rimedio che, derivatoci dal diritto romano, si colloca in quell'area grigia che sta tra il diritto sostanziale e il processo. La doppia anima dell'eccezione di dolo generale si coglie fin dalle sue origini romanistiche. Per comprenderne la portata è utile fare una sorta di analisi logica dell'espressione “eccezione di dolo generale”⁵³⁴. Questa ci rileva già la sostanza del rimedio.

Anzitutto, si tratta di un'eccezione, che, come visto nel Capitolo dedicato alla ricostruzione storica dell'istituto, nel diritto romano è uno strumento processuale che mira a paralizzare l'*actio*.

E' un'eccezione con la quale il convenuto oppone un dolo generale dell'attore. Il concetto di dolo, nel diritto romano, assumeva due significati: il dolo negoziale era descritto come *machinationem*,

⁵³⁴ M. MARRONE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004, 98 s

inganno; il dolo c.d. generale, invece, era il comportamento contrario alla *bona fides*.⁵³⁵

Riassumendo quanto si ricava dall'analisi logica dell'espressione, l'eccezione di dolo generale può essere definita come quello strumento di difesa con cui il convenuto intende paralizzare l'azione dell'attore non perché infondata, ma perché la pretesa costituisce un comportamento contrario alla buona fede oggettiva.

La *ratio* che ispira l'eccezione in parola è evidentemente di natura equitativa. S'intende evitare che l'ordinamento appresti tutela a pretese contrarie al generale canone di buona fede, in quanto, diversamente, si finirebbe per creare delle situazioni di iniquità.

Dalla *ratio* si possono ricavare, conseguentemente, gli effetti dell'*exceptio doli generalis*: l'ordinamento nega tutela a tutte quelle pretese che, seppure fondate sull'esercizio formalmente corretto di una situazione giuridica soggettiva, sono espressione di un comportamento abusivo contrario alla buona fede oggettiva.

Ciò posto, occorre chiedersi quale sia il ruolo dell'eccezione di dolo generale nel processo amministrativo e, in particolare, con riguardo all'azione costitutiva di annullamento. Segnatamente, occorre domandarsi se, a fronte di una domanda di annullamento fondata ma abusivamente spiegata, l'amministrazione resistente possa paralizzare tale azione mediante l'esperimento dell'eccezione di dolo generale.

Per rispondere a tale interrogativo, è necessario, prima di tutto, verificare se, nell'ordinamento amministrativo, esista un generale canone di buona fede oggettiva volto a regolare i rapporti amministrativi e quale sia la sua funzione.

La prevalente dottrina ritiene che un generale canone di buona fede sussista anche nei rapporti amministrativi e che esso assuma il valore sia di regola di condotta del privato e dell'amministrazione⁵³⁶,

⁵³⁵ A. BURDESE, *Exceptio doli (diritto romano)*, Voce, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 1072 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 239.

⁵³⁶ Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. BURDESE (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), di L. GAROFALO, Padova, 2003, I, 371; F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, ivi, III, 471 ss.

sia quello di criterio ermeneutico degli atti amministrativi⁵³⁷. L'idea è che la buona fede come regola di condotta non riguardi soltanto i rapporti obbligatori negoziali, ma anche quelli amministrativi, per il semplice fatto che le regole di condotta sono ancora più importanti quando si tratta di esercitare poteri in via autoritativa e unilaterale⁵³⁸. Tale canone troverebbe fondamento costituzionale nella lettura coordinata degli artt. 2 e 97 Cost.

Quanto alle conseguenze della violazione del canone di buona fede, si osserva che, in quanto violativo di una regola di condotta, il comportamento contrario a buona fede è senza dubbio idoneo a far sorgere una responsabilità dell'amministrazione. Si pensi alla responsabilità precontrattuale della p.a. ex art. 1337 e 1338 c.c. Ma ciò, se è sufficiente in ambito civilistico, non lo è in campo amministrativo.

In quanto canone che regola l'azione dell'amministrazione, la violazione della buona fede costituisce motivo di illegittimità del provvedimento amministrativo riconducibile all'eccesso di potere o alla violazione di legge. Si potrebbe dire che, in campo amministrativo, non vale la distinzione civilistica tra regole di condotta e regole di validità.

Chiarito che il canone di buona fede regola anche i rapporti amministrativi, la questione controversa riguarda la possibilità che l'amministrazione eccepisca la contrarietà a buona fede dell'azione spiegata dal privato ricorrente. In altri termini, ci si chiede se la domanda di annullamento fondata, perché il vizio denunziato sussiste, possa essere paralizzata dall'amministrazione in quanto un eventuale annullamento sarebbe iniquo e porterebbe ad un risultato diverso da quello voluto dalla norma violata.

La problematica, da una prospettiva più generale, s'inquadra nel grande tema delle tecniche attraverso cui evitare i cc.dd. annullamenti

⁵³⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 728, il quale rileva che «qualora sia incerto il risultato dell'interpretazione logico-letterale, sovengono alcune norme interpretative, che la dottrina e la giurisprudenza hanno identificato in quelle che il c.c. ha posto per l'interpretazione dei contratti: ...soprattutto le regole di interpretazione secondo buona fede».

⁵³⁸ S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, I, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2000, 159; V. CERULLI IRELLI, *Principii di diritto amministrativo*, Torino, 2005, 8 ss.

ingiusti, cioè annullamenti formalmente corretti ma sostanzialmente ingiusti⁵³⁹.

All'interno del panorama giurisprudenziale, sebbene siano alquanto sporadiche, vi sono alcune interessanti pronunce che affrontano il tema dell'opponibilità dell'eccezione di dolo generale nel processo amministrativo caducatorio-impugnatorio.

Parte della giurisprudenza amministrativa, in passato, ha negato l'opponibilità dell'eccezione di dolo generale nel processo impugnatorio⁵⁴⁰.

La principale ragione ostativa veniva individuata nella forte destabilizzazione della certezza dei rapporti giuridici amministrativi che avrebbe comportato l'introduzione di un'eccezione di dolo generale.

Nel caso di specie, l'amministrazione, al fine di ottenere il rigetto della domanda di annullamento, aveva sollevato eccezione di dolo generale con la quale invocava l'illegittimità di un atto presupposto di quello impugnato e che era stato formato su iniziativa della stessa parte ricorrente. Tuttavia, l'atto presupposto di cui l'amministrazione invocava l'illegittimità per mezzo dell'eccezione di dolo generale, non era stato impugnato dalla stessa nell'ordinario termine di decadenza. Si trattava di una classica situazione di annullamento fondato, ma ingiusto. Il giudizio si è concluso con il rigetto dell'eccezione di dolo generale spiegata dall'amministrazione, in quanto l'atto presupposto non era stato impugnato nei termini e il giudice amministrativo non poteva disapplicarlo.

Come si può notare, questa parte della giurisprudenza ha ritenuto prevalenti le esigenze di certezza dei rapporti amministrativi, soddisfatte dal termine ordinario di decadenza, sulle esigenze di *naturalis aequitas*.

In senso del tutto opposto, si è pronunciata un'altra parte della giurisprudenza amministrativa⁵⁴¹, secondo cui: "*L'osservazione*

⁵³⁹ C. CACCIAVILLANI, *Il ruolo dell'eccezione di dolo generale nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2006, 613.

⁵⁴⁰ Cfr. Tar Toscana, Firenze, Sez. I, 1 agosto 1992, n. 470, per la cui disamina si veda: L. BERNARDI, *Exceptio doli generalis e giudizio amministrativo*, in L. GAROFALO, *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova, 2006, 432 ss.

⁵⁴¹ Cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. I, 18 giugno 2002, n. 535.

[dell'amministrazione resistente] *si presta ad essere valorizzata nei sostanziali ed apprezzabili termini di exceptio doli generalis, di plausibile esportabilità in un diritto amministrativo sempre più ispirato ad una logica paritaria dei rapporti tra cittadino e amministrazione.*”.

Nel caso di specie, il ricorrente chiedeva l'annullamento di un provvedimento per un mero vizio procedimentale che, in concreto, non aveva creato alcuna lesione al ricorrente per il verificarsi di un fatto concomitante all'instaurazione del giudizio. In base al paradigma normativo, il provvedimento, tuttavia, era illegittimo e quindi annullabile.

Il giudice amministrativo, in questa occasione, ha accolto l'eccezione di dolo generale dell'amministrazione.

La questione dell'ammissibilità, nell'azione di annullamento, di una eccezione di dolo generale che paralizzi la domanda di annullamento per ragioni di sostanziale ingiustizia di un eventuale annullamento è allo stato ancora dibattuta ed insoluta. E' dato rilevare, però, che il nostro ordinamento vede sempre più frequentemente l'introduzione di istituti volti ad evitare i cc.dd. annullamenti ingiusti. Il principale di questi è rappresentato dall'art. 21-octies, co.2, l. n. 241 del 1990.

In ultima analisi, va detto che l'abuso del diritto, quale categoria generalizzante e comprensiva dei comportamenti meramente emulativi contrari al canone di buona fede, può assumere anche una veste processuale, come abuso del processo. Quest'ultimo si configura quando la violazione della buona fede non attiene al piano sostanziale del rapporto, ma attiene alle modalità di utilizzo degli strumenti processuali approntati dall'ordinamento a tutela di situazioni giuridiche sostanziali.

In ambito amministrativo, un problema di abuso del diritto processuale si è posto, come visto *sub Sez. II, par. 2*, in tema di contestazione della giurisdizione da parte dello stesso ricorrente che ha scelto di aderire al giudice poi ritenuto sfornito di giurisdizione, mediante appello per motivi di giurisdizione ovvero con regolamento di giurisdizione o con ricorso in Cassazione *ex art. 111 Cost, ult. co.*

La sollevazione di una tale eccezione di difetto di giurisdizione integrerebbe una violazione del divieto di *venire contra factum proprium*, paralizzabile con *l'exceptio doli generalis seu presentis* secondo l'insegnamento di Cass, Sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273, in

quanto arreca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare dinanzi al nuovo giudice in ipotesi provvisto di giurisdizione. Detto sacrificio non troverebbe adeguata giustificazione nell'interesse della parte che disconosce la giurisdizione del giudice dalla stessa in origine evocato, visto che la stessa potrebbe difendersi nel merito in sede di appello al fine di ribaltare la statuizione gravata piuttosto che ripudiare detto giudice in funzione di un giudizio opportunistico circa le maggiori o minori probabilità di esito favorevole a seconda del giudice chiamato a definire la *res litigiosa*.⁵⁴²

7. Le eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà della norma al diritto europeo nel processo amministrativo.

Tra le eccezioni cui certamente spetta un posto di rilievo anche nel giudizio amministrativo di legittimità vi è quella volta a far valere l'incostituzionalità della norma invocata dal ricorrente a fondamento della propria pretesa ovvero quella finalizzata ad evidenziare la contrarietà della stessa ai principi o alle norme del diritto europeo.

Sotto il profilo strettamente processuale e per la parte di interesse, deve osservarsi che l'eccezione d'incostituzionalità o di anti-comunitarietà della norma rappresenta non soltanto un mezzo di offesa processuale, quanto anche un mezzo di difesa. Se il ricorrente chiede l'annullamento di un determinato provvedimento sull'assunto che esso violi una certa norma, la strategia difensiva nel merito può seguire differenti percorsi: o si dimostra che non c'è alcuna violazione di legge oppure, se questo non è possibile, si può attaccare la norma violata, ove ne sussistano le condizioni, mediante eccezione di illegittimità costituzionale o di contrarietà alle norme europee. In questo modo, la dichiarazione di incostituzionalità della norma ovvero la sua disapplicazione elidono in radice l'affermato vizio di legittimità.

⁵⁴² Cfr. Cons. St., Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656.

Riguardo all'eccezione di incostituzionalità, va detto che essa pone non pochi problemi di coordinamento con i principi e la struttura del processo amministrativo.

In linea generale, tutte le questioni giuridiche affrontate dalla giurisprudenza e dalla dottrina, che coinvolgono anche l'eccezione di contrarietà al diritto europeo, ruotano attorno ad un interrogativo di fondo. Occorre domandarsi, infatti, se realmente si tratta di eccezioni nel senso tecnico-giuridico del termine.

Una risposta al suddetto quesito può essere fornita solo dopo aver analizzato il modo in cui la giurisprudenza utilizza ed interpreta le norme sul regime giuridico processuale della "eccezione" di incostituzionalità e di anticomunitarietà della norma.

Quanto alla prima, l'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e l'art. 23 della legge n. 87 del 1953 prevedono espressamente che la "questione" di costituzionalità di una norma di legge o di un atto avente forza di legge possa essere rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti, nel corso del giudizio, in ogni stato e grado del processo principale⁵⁴³.

Tali norme contengono importanti indicazioni, anche se, nonostante la chiarezza, non mancano di suscitare interrogativi ancora oggi insoluti.

Anzitutto, essa non utilizza il termine eccezione. Si usa la parola "questione" o "istanza" associata al verbo "sollevare".

⁵⁴³ In particolare l'art. 1, l. cost. 1/1948, prevede che: *"La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione"*, mentre l'art. 23, l. 87, 1953, dispone che: *"Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando: a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziate da illegittimità costituzionale; b) le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate. L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso. La questione di legittimità costituzionale può essere sollevata, di ufficio, dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio con ordinanza contenente le indicazioni previste alle lettere a) e b) del primo comma e le disposizioni di cui al comma precedente"*.

Da ciò, potrebbe inferirsi ragionevolmente che quella di incostituzionalità sarebbe più correttamente un'eccezione solo in senso generico ed ampio⁵⁴⁴. Essa sarebbe più propriamente una sollecitazione di un potere officioso.

Deve osservarsi, a sostegno, che, secondo una certa parte della dottrina tradizionale, l'istanza volta a sollecitare una rimessione in Corte Costituzionale non sarebbe una vera e propria eccezione in quanto non atterrebbe minimamente al diritto di agire e di contraddire in giudizio. Essa, piuttosto, sarebbe più simile ad una denuncia dal carattere ambivalente, assolvendo, nel medesimo tempo, sia ad un fine prettamente egoistico, legato alla risoluzione della controversia specifica pendente dinanzi al giudice *a quo*, sia ad un interesse generale dell'ordinamento giuridico.

Quanto detto, tuttavia, sembrerebbe essere contraddetto dal disposto dell'art. 24 della legge, n. 87 del 1953, secondo cui *“L'ordinanza che respinga la eccezione di illegittimità costituzionale per manifesta irrilevanza o infondatezza, deve essere adeguatamente motivata. L'eccezione può essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del processo.”*

La citata norma fa espressamente uso del termine “eccezione”, ma la contraddizione sarebbe solo apparente. Il termine “eccezione” sarebbe senza dubbio impiegato in modo improprio e atecnico in quanto la questione di legittimità costituzionale non è una prerogativa del solo convenuto/resistente, ma anche dell'attore/ricorrente. Inoltre, esso indicherebbe solo il contenitore e non il contenuto.

Le risposte che la giurisprudenza ha dato ad alcune questioni presupponenti la risoluzione della sopra accennata tematica non sono, a dire il vero, esaustive, soprattutto per quanto attiene al processo amministrativo.

In particolare, ci si riferisce al tema dei rapporti tra “eccezione” di incostituzionalità e principio dispositivo tipico del processo amministrativo impugnatorio e a quello della rilevabilità/proponibilità della stessa per la prima volta in grado di appello.

Nel giudizio di primo grado, è pacifico che la questione di legittimità costituzionale possa essere sollevata o su iniziativa del giudice o su sollecitazione della parte. Tuttavia, occorre chiedersi in che

⁵⁴⁴ F. PIERANDREI, *Corte Costituzionale*, Voce, in *Enc. dir.*, X, 1962.

modo si debba conciliare il requisito della rilevanza della norma sospettata di incostituzionalità con il principio per cui, trattandosi di un giudizio impugnatorio, il giudice deve limitarsi a vagliare la legittimità del provvedimento impugnato entro le censure spiegate dal ricorrente.

Sul punto, si potrebbe sostenere, come del resto emerge dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, che le caratteristiche del giudizio di tipo impugnatorio impongano in ogni caso il rispetto del principio della domanda e della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Per effetto di tali principi il potere del giudice di sollevare una questione di legittimità costituzionale sarebbe fortemente limitato dal perimetro delle censure svolte dalle parti. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte accolto l'orientamento per cui la questione di legittimità costituzionale può essere promossa solo in relazione ad una norma che costituisca oggetto di un dedotto vizio di legittimità nell'ambito del processo *a quo*. In altri termini, il requisito della rilevanza, comunemente inteso come necessità di applicazione della norma sospettata d'incostituzionalità per la risoluzione della controversia, sarebbe soddisfatto solo se essa integra un parametro per l'esame di legittimità dell'atto, essendo espressamente invocata dalle parti del giudizio⁵⁴⁵. La peculiarità del processo amministrativo farebbe sì che la questione di legittimità costituzionale possa essere sollevata non sulle norme individuate come rilevanti dal giudice, ma unicamente su quelle indicate dalle parti.

Relativamente al problema della sollevabilità della questione di legittimità costituzionale per la prima volta in grado d'appello, deve segnalarsi un'interessante ordinanza con cui il Consiglio di Stato ne ha

⁵⁴⁵ Cfr Tar Lazio, sez. III, 9 giugno 1980, n. 583, in cui si legge espressamente che “*il prevalente orientamento della giurisprudenza è invero, nel senso di ritenere che l'iniziativa d'ufficio non sia illimitata e che debba, anzi, in qualche modo, coordinarsi con i caratteri di impugnazione*”.

In dottrina: E. CATELANI, *La determinazione della “questione di legittimità costituzionale” nel giudizio incidentale*, Milano, 1993, p. 45; M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, 2012; E. GUICCIARDI, nota a Cons. St., sez. VI, 18 marzo 1964 n. 247, in *Giur. it.*, n. 3, 1964, p. 70, secondo cui “*un giudizio amministrativo, in cui il ricorrente fosse affrancato dall'onere della impugnazione, intesa non soltanto come generica affermazione di illegittimità, ma come precisa indicazione dei motivi della illegittimità e per l'annullamento, non appare in alcun modo configurabile nel nostro ordinamento*”.

affermato l'inammissibilità per violazione del divieto di *nova* in appello. Sarebbe, cioè, inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollecitata/eccepita nel giudizio di secondo grado nei confronti di una norma di legge rispetto alla quale non è stata mossa alcuna censura nel giudizio di primo grado⁵⁴⁶.

L'effetto devolutivo dell'appello, secondo il Consiglio di Stato, costituirebbe un ulteriore limite al potere di sollevare questioni di legittimità costituzionali. Questo sarebbe eliso dalla mancata contestazione della norma nel giudizio di primo grado ovvero dalla mancata riproposizione della censura con specifico motivo di gravame avverso la sentenza impugnata.⁵⁴⁷

Le ragioni alla base della decisione sarebbero anche di sistema, atteso che si prospetterebbe il pericolo di abusi mediante la proposizione di ricorsi palesemente infondati ma finalizzati unicamente a sollevare un dubbio di legittimità costituzionale di una norma, la cui caducazione determinerebbe l'illegittimità dell'atto amministrativo impugnato per altri motivi.

L'ordinanza in parola suscita, però, non poche perplessità ed osservazioni critiche.

In primo luogo, è evidente che la conseguenza principale della tesi del Consiglio di Stato è quella per cui la questione di legittimità costituzionale sarebbe una vera e propria eccezione in senso tecnico. Si finirebbe, cioè, per trattare la questione di costituzionalità come un motivo di parte o come un'eccezione di parte⁵⁴⁸. Ciò porterebbe a due conseguenze: (i) si contraddice l'opinione prevalente e consolidata secondo cui la c.d. eccezione di incostituzionalità non sarebbe un'eccezione, ma una istanza, una sollecitazione di un potere officioso; (ii) si contraddice lo stesso dato normativo, secondo cui il potere di sollevare questione di legittimità costituzionale appartiene anche al

⁵⁴⁶ Cfr. Cons. St., ord. n. 3554 del 2015, la quale statuisce, sul punto, che: "... atteso in particolare che, sulla base di una delibazione sommaria dei motivi di appello in relazione all'impianto motivazionale dell'impugnata sentenza, si profila l'inammissibilità della questione di illegittimità costituzionale sollevata, per la prima volta, nel ricorso in appello"

⁵⁴⁷ Si veda: P. ZICCHITTU, *Le disarmonie tra giudizio di costituzionalità e processo amministrativo: alcune brevi riflessioni*, in www.federalismi.it, 8, 2016; F. LA VALLE, *La rilevanza nel giudizio amministrativo dell'incostituzionalità delle leggi*, in *Giur. it.*, n. 3 del 1964, 75-82.

⁵⁴⁸ P. Zicchittu, *op. cit.*, 7.

giudice e può essere esercitato in ogni stato e grado del processo principale.

In secondo luogo, si introdurrebbero delle preclusioni processuali inammissibili perché non previste da alcuna norma di legge – ma stabilite solo in via pretoria – e, sopra tutto, perché potenzialmente limitative e lesive anche di diritti fondamentali della persona. La norma, infatti, potrebbe essere sospettata d'incostituzionalità anche per violazione delle norme costituzionali o norme convenzionali relative al riconoscimento di diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo per il tramite dell'art. 117 Cost.

In altri termini, nel bilanciamento tra principio della domanda, principio dispositivo, divieto di *nova* in appello – da un lato - e principio di legalità e tutela di interessi costituzionalmente garantiti – dall'altro, si finirebbe per dare prevalenza ai primi.

In terzo luogo, come osservato da parte della dottrina, si creerebbe il rischio di situazioni processuali paradossali in cui il giudice, anche se fermamente convinto dell'illegittimità costituzionale di una norma, non può rimettere la questione alla Corte Costituzionale perché le parti non l'hanno eccepita o dedotta come motivo di ricorso.

Si manterrebbe nell'ordinamento una disposizione sospettata di incostituzionalità.

7.1. Pregiudizialità europea ed eccezioni.

Le problematiche affrontate nel precedente paragrafo si pongono, seppure in termini differenti, anche con riguardo alla “eccezione” di pregiudizialità comunitaria della norma interna.

Le parti intime, infatti, potrebbero avere interesse a neutralizzare la domanda di annullamento del ricorrente mediante l'affermazione della contrarietà alle norme del diritto europeo della legge invocata dal ricorrente o oggetto di violazione da parte del provvedimento impugnato. Anche in questo caso, occorre chiedersi, al fine di individuare il regime della predetta “eccezione”, se essa costituisca realmente un'eccezione o lo sia solo in senso improprio.

La giurisprudenza amministrativa, soprattutto nell'ambito della materia degli appalti pubblici, ha, in più occasioni, dichiarato inammissibile l'eccezione di contrarietà di alcune norme al diritto europeo e la relativa richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E. sollevata per la prima volta in sede di memorie di replica in appello.

Il tema è quello del rapporto tra preclusioni processuali e rinvio per pregiudizialità comunitaria.

Quanto alla richiesta di rinvio pregiudiziale per anticomunitarietà della norma così come interpretata dal g.a., si afferma che: *“è inammissibile l'introduzione di doglianze ulteriori rispetto a quelle che hanno delimitato il perimetro del thema decidendum in appello, in spregio al valore puramente illustrativo delle memorie conclusionali ed alla necessaria specificità e tempestività dei motivi di appello in violazione delle norme sancite dal combinato disposto degli artt. 92, co.1 e 3 e 101, co.1., c.p.a.”*⁵⁴⁹.

Nella prospettiva del g.a., il verificarsi di una preclusione o di una decadenza processuale impedisce la richiesta di rinvio pregiudiziale per anticomunitarietà e comporta il venir meno dell'obbligo di rinvio del giudice di ultima istanza dettato dall'art. 267, co.3, T.F.U.E.

A sostegno, il Consiglio di Stato invoca plurime argomentazioni. Alla proposizione dell'eccezione in parola osterebbe non soltanto il dovere di specificità dei motivi di impugnazione, ma anche *“il c.d. principio di autonomia processuale nazionale, cui la stessa Corte di Giustizia ha mostrato di aderire, riconoscendo e dunque lasciando, nei limiti della non discriminazione e della effettività della tutela, agli ordinamenti dei singoli Stati la disciplina delle modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali; né si possono ritenere superati tali limiti posto che si deve al fatto proprio della parte appellante l'impossibilità dell'esame della sua domanda di rinvio pregiudiziale perché intempestiva e in violazione di norme chiare e pacifici principi”*⁵⁵⁰. Ciò,

⁵⁴⁹ Cfr. C. Nuzzo, *Sul rapporto tra rinvio pregiudiziale comunitario e normativa processuale nazionale. Inammissibilità della richiesta di rinvio pregiudiziale comunitario alla Corte di Giustizia avanzata per la prima volta in appello e in sede di memorie di replica*, nota a Cons. St., sez. V., 22 gennaio 2015, n. 272, in *Foro amm., Oss. gius. amm.*, a cura di M. A. Sandulli – M. Lipari, 4, 2015.

⁵⁵⁰ In senso analogo a quanto statuito dalla pronuncia, si veda: Cons. St., sez. V, 17 luglio 2014, n. 3806, la quale afferma l'inammissibilità della richiesta di rinvio

tuttavia, non varrebbe per le istanze volte a sollecitare questioni di legittimità costituzionale.

La giurisprudenza tocca, dunque, il delicato tema dei rapporti tra eccezione di pregiudizialità comunitaria, obbligo di rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. del giudice di ultima istanza e regole processuali nazionali⁵⁵¹. Tuttavia, si conclude per la prevalenza del principio della domanda di parte, del principio di sinteticità ed economia processuale, nonché della regola della specificità dei motivi di ricorso, considerando la richiesta di rinvio per pregiudiziale comunitaria quale motivo di ricorso o eccezione soggetta alle decadenze e preclusioni previste dal c.p.a.

Sembrebbe, dunque, che la giurisprudenza tratti l'eccezione di anticomunitarietà come una vera e propria eccezione in senso tecnico o comunque che, anche se così non fosse, applichi alla stessa il relativo regime.

In chiave critica, va osservato che il meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia si fonda sulla primazia del diritto processuale dell'Unione su quello interno.

Secondo la consolidata giurisprudenza europea, a differenza di quanto affermato dal Consiglio di Stato, il giudice nazionale, nell'esercizio della facoltà o dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, può derogare all'applicazione delle norme processuali interne che ostacolano l'attivazione del meccanismo previsto dall'art. 267,

pregiudiziale comunitario nella fase rescissoria del giudizio di revocazione; Cons. St., sez. V, 7 novembre 2014, n. 5649, sull'inammissibilità dell'istanza di rinvio pregiudiziale contenuta in una memoria tardiva.

⁵⁵¹ In dottrina, sulla questione oggetto della pronuncia in rassegna, si vedano: G. VITALE, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. it. Dir. pubb. comunit.*, 2013, 1, 59; R. CONTI, *Si sciolgono i dubbi del Consiglio di Stato sul rinvio pregiudiziale alla Corte UE*, nota a CGUE, sez.IV, 18 luglio 2013, C-136/12, in *Corr. giur.*, 2014, 4, 463; B. NASCIBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. Dir. pubb. comunit.*, 2009, 1675 e ss.; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise Lost?*, Torino, Giappichelli, 2009; G. VITALE, *L'autonomia procedurale nel caso Janecek e le possibili ricadute sull'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 401 e ss.; N. PIGNATELLI, *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, in *Foro it.*, 2012, III, 350 e ss.; E. D'ALESSANDRO, *il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, Giappichelli, 2012;

T.F.U.E., in mancanza potendo, ove sussistano i presupposti della violazione grave e manifesta, del danno ingiusto e del nesso di causalità tra violazione e danno ingiusto, sorgere una responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte di un organo giurisdizionale di ultima istanza⁵⁵².

A ben vedere, però, la questione in parola è stata oggetto di rinvio pregiudiziale alla stessa Corte di Giustizia da parte del Consiglio di Stato con l'ordinanza di rimessione n. 1244/2012. Sulle questioni sollevate si è pronunciata CGUE, sez. IV, 28 luglio 2013, C-136/12, secondo la quale *“spetta unicamente al giudice del rinvio determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del*

⁵⁵² In giurisprudenza, sul punto, cfr. *ex multis*, CGUE, 16 gennaio 1974, C-166/73, *Rheinmuehlen*, secondo la quale: *“I giudici nazionali godono della più ampia facoltà di rinviare alla corte di giustizia - sia d'ufficio che su domanda di parte - questioni sorte nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, e vertenti sull'interpretazione o sulla validità di norme di diritto comunitario. Essi non possono esserne privati da norme di diritto interno che li vincolino al rispetto di valutazioni giuridiche espresse da un giudice di grado superiore. Il caso è diverso se le questioni deferite alla corte sono identiche ad altre questioni che siano state a questa già sottoposte dal giudice di ultima istanza.”*; CGUE, 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*, la quale afferma che *“Ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'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 procedimento. In tal senso, sebbene l'imposizione ai singoli di un termine di sessanta giorni per la presentazione di un nuovo motivo di ricorso fondato su una violazione del diritto comunitario non sia di per sé censurabile, il diritto comunitario osta tuttavia all'applicazione di una norma processuale nazionale che vieta al giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest'ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine, nell'ambito di un procedimento in cui, come nel caso di specie, il giudice nazionale adito della causa principale è il primo giudice che possa sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte, in cui il termine in argomento era già scaduto alla data dell'udienza privando così il detto giudice della possibilità di procedere d'ufficio alla valutazione di tale compatibilità, in cui non risulta che un altro giudice nazionale possa, nell'ambito di un ulteriore procedimento, esaminare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento nazionale con il diritto comunitario e in cui l'impossibilità di esaminare d'ufficio motivi fondati sul diritto comunitario non può essere ragionevolmente giustificata in base a principi quali quello della certezza del diritto e dello svolgimento regolare del procedimento”*.

diritto dell'U.E. che esso ritiene rilevanti. Non devono essere applicate le norme nazionali che abbiano l'effetto di ledere tale competenza.” La pronuncia, inoltre, afferma che il giudice del rinvio mantiene il potere di valutare la rilevanza delle questioni pregiudiziali comunitarie sollevate dalle parti, ma, allo stesso tempo, la mancata o tardiva eccezione di parte non osta a che la Corte possa essere adita da detto giudice. Altro passaggio interessante della sentenza della Corte è quello in cui, considerando il meccanismo del rinvio pregiudiziale come un procedimento “da giudice a giudice”, lo si sgancia totalmente dall’iniziativa delle parti, in tal modo travolgendo tutte le questioni sollevate dal Consiglio di Stato circa la qualificazione della richiesta di rinvio pregiudiziale come motivo di ricorso o di impugnazione.

Parimenti, l’eventuale condizionamento del rinvio pregiudiziale da parte di meccanismi processuali nazionali (quali decadenze e preclusioni) non può che cedere attraverso il meccanismo della disapplicazione. I meccanismi processuali interni che impedirebbero il rinvio pregiudiziale, infatti, se ritenuti prevalenti, finirebbero per impedire il dialogo tra giudice nazionale e Corte di Giustizia.

Alla luce di quanto appena rappresentato, dovrebbe ragionevolmente concludersi che l’eccezione di pregiudizialità comunitaria sia tale solo nel nome e non possa soggiacere al regime processuale proprio delle eccezioni in senso tecnico.

Considerazioni conclusive

Il lavoro di ricerca si articola in due parti, quella generale, dedicata alla ricostruzione dell'istituto delle eccezioni sotto il profilo storico-sistematico e alla tematica multidimensionale dell'ammissibilità delle stesse nel giudizio amministrativo di legittimità; quella speciale, invece, è dedicata all'analisi delle singole eccezioni esperibili dalle parti intimiate nel giudizio di annullamento, sia di rito che di merito.

La ricostruzione storica dell'istituto consente di cogliere a pieno la natura poliedrica delle eccezioni, le quali, fin dal processo formulare romano, vivono in un'eterna oscillazione tra diritto sostanziale e diritto processuale, nonché tra giudice e parti. Sia sotto il profilo storico che sistematico, il tema delle eccezioni è il tema delle azioni e del rapporto tra il giudice e parti, in particolare quella intimata in giudizio.

Si è osservato come, già nel diritto romano, l'eccezione abbia subito una metamorfosi nel passaggio al periodo giustiniano, nel quale viene ad essere concepita come tutela concessa dall'ordinamento al pari dell'*actio*, quale diritto di impugnare l'azione. Tuttavia, il nucleo essenziale del concetto di eccezione rimane invariato, perché sempre legato al concetto di azione.

L'evoluzione storica dell'istituto permette di rilevare un dato fondamentale: l'eccezione si evolve parallelamente all'evoluzione del concetto di azione. Ciò contribuisce a rafforzare l'idea della c.d. relatività del concetto di eccezione, logicamente derivante dalla relatività del concetto di azione.

La scienza giuridica italiana del XIX-XX secolo fornisce un importante contributo allo studio delle eccezioni. Si pone la tradizionale distinzione, per vero ancora oggi non accettata da tutti gli studiosi, tra

“mere difese” ed eccezioni vere e proprie. Nel capitolo dedicato alla parte storica, infatti, si ricostruisce l’intero dibattito dottrinale sul concetto di eccezione che vide come principali protagonisti illustri Maestri del diritto come il Mortara, il Chiovenda, il Carnelutti ed altri.

Il periodo della grande codificazione sembra essere il culmine delle elaborazioni dottrinali sul tema delle eccezioni. I codici, civile e di procedura civile, confermano la natura mista sostanziale e processuale dell’eccezione. Tuttavia, benché non vi sia una definizione di eccezione nelle fonti normative, la cui assenza è chiaramente una scelta di campo del legislatore, essa si ricava, secondo alcuni studiosi, attraverso una lettura *a contrario* dell’art. 2697 c.c. La norma viene valorizzata soprattutto per quello che non dice ma che è agevole dedurre. Se l’attore ha l’onere di provare i fatti costitutivi della domanda e parimenti il convenuto in ordine alle proprie eccezioni, si può dedurre che esse assumano la consistenza di fatti che estinguono, modificano o rendono inefficaci i fatti affermati dall’attore.

L’analisi delle fonti storiche del processo amministrativo ha, inoltre, avuto come fine quello di dimostrare che l’eccezione non è, anche per un dato storico, un istituto sconosciuto al giudizio amministrativo. Si fa uso delle eccezioni già a partire dai regolamenti di procedura davanti al Consiglio di Stato e alle GPA del 1907, fino ad arrivare al Codice del processo amministrativo del 2010 e s.m.i., il quale in numerose norme ne fa richiamo.

Sotto il profilo sistematico, si è visto, inoltre, il dibattito sviluppatosi intorno alla distinzione tra difese ed eccezioni, il problema della relatività del concetto di eccezioni, la configurabilità, al pari dell’interesse ad agire, di un interesse ad eccepire, nonché le diverse *species* di eccezioni. Il tema delle eccezioni rilevabili d’ufficio o su istanza di parte, nonché quello della distinzione tra potere di rilevazione officiosa e potere di dichiarazione officiosa, spiegano efficacia propedeutica rispetto al tema centrale del lavoro.

La questione dell’ammissibilità delle eccezioni nel giudizio amministrativo di legittimità coinvolge una pluralità di sotto-questioni sia di sistema che di dettaglio.

Quanto all’ammissibilità in astratto dell’istituto nel contesto processuale amministrativo, le considerazioni svolte consentono di affermare che il giudizio amministrativo, in particolare quello di

legittimità, non presenta incompatibilità insanabili che lo escluderebbero *a priori*.

Il problema delle eccezioni nel giudizio amministrativo è prima di tutto il problema della struttura del processo amministrativo e del rapporto tra giudice e parti intimamente, sopra tutto alla luce della trasformazione dello stesso da “*processo all’atto*” a giudizio sul rapporto.

Da un punto di vista strutturale, il processo amministrativo si è evoluto in giudizio di diritto soggettivo sul rapporto e questo indica che esso è favorevolmente predisposto alle eccezioni.

La questione dell’ammissibilità delle eccezioni nel processo amministrativo, benché trascurata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ha avuto uno sviluppo dogmatico, per così dire, lungolante, silenzioso.

Una delle tesi sostenute dalla dottrina più risalente è quella c.d. negazionista.

Secondo autorevole dottrina⁵⁵³, si dovrebbe escludere che, nel processo amministrativo, trovi spazio l’istituto dell’eccezione.

L’eccezione come l’allegazione di fatti modificativi, estintivi o impeditivi da parte del convenuto non sarebbe compatibile con il processo amministrativo.

Questa parte della dottrina ritiene che non sia possibile immaginare, nel processo amministrativo, dei fatti giuridici idonei ad impedire, nel merito, l’accoglimento della domanda e che si possano rilevare solo su istanza di parte.

La tesi negazionista è evidentemente legata alla concezione della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto oggettivo. Si presuppone che il processo amministrativo esalti il potere del giudice di dare impulso d’ufficio al processo iniziato dalle parti, di indagare *ex officio* sulla fondatezza della domanda e che le parti non abbiano la disponibilità di determinati fatti impeditivi o estintivi⁵⁵⁴.

⁵⁵³ F. D’ALESSIO, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915, 212 e ss., nel Cap. IV dedicato specificamente alla “*Attività delle parti nel giudizio amministrativo*”.

⁵⁵⁴ Sulla giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto obiettivo, cfr. G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, III, Firenze, 1883, 307; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 759 e 848; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile – Le azioni, Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist.), 358; V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in V. E. ORLANDO, *Trattato*, III,

L'assetto del processo di diritto oggettivo, volto all'applicazione della legge nell'interesse dello Stato (la legge è la volontà dello Stato, che quindi ha interesse a che la sua volontà sia rispettata e attuata), poggia sulla considerazione che la possibilità di annullamento del provvedimento *“pesa, fin che il giudizio non si sia chiuso, come una incresciosa minaccia perturbatrice dei rapporti amministrativi, cui il provvedimento discusso direttamente o indirettamente si riferisca”*.⁵⁵⁵

Rispetto all'individuazione della norma da applicare, inoltre, le parti si limiterebbero a semplici suggerimenti all'attività del giudice. Per il resto, anche nel processo amministrativo, secondo questa parte della dottrina, dovrebbero valere i principi *da mihi facta, dabo tibi jus e jura novit curia*.

Si riprende l'espressione usata da Laferrière secondo cui il processo amministrativo sarebbe un *“processo all'atto”*.⁵⁵⁶ L'atto sarebbe l'imputato e il processo sarebbe tipicamente inquisitorio.

Nel giudizio di annullamento, il ricorrente deve indicare i fatti giuridici costitutivi dell'invalidità del provvedimento, ponendoli come motivi di ricorso.⁵⁵⁷ Il compito del giudice sarebbe verificare la fondatezza e l'esistenza di tali fatti costitutivi e, dunque, rilevare la validità del provvedimento.

Non sarebbe possibile configurare eccezioni di parte in senso stretto, atteso che nel giudizio amministrativo si discute della obiettiva validità dell'atto amministrativo.⁵⁵⁸

La conseguenza della tesi negazionista è la sottrazione della difesa dell'atto impugnato al potere dispositivo della parte resistente.⁵⁵⁹

129; F. D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Roma, 1915, 91; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, 1949, 385 e ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943, I, 68; V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 283; E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pub.*, 1937, II, 51; ID., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 70 e ss.

⁵⁵⁵ D'ALESSIO, *op. cit.*, 221-222.

⁵⁵⁶ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction administrative*, vol. II, Paris – Nancy, 1896, 565.

⁵⁵⁷ F. D'ALESSIO, *op. cit.*, 247.

⁵⁵⁸ ID., *op. cit.*, 252.

⁵⁵⁹ ID., *op. cit.*, 253; G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, 268-269.

Nella prospettiva dottrinale in parola, si arriva a definire l'attività difensiva del resistente una “*attività processuale come cooperazione [omissis] di quella veramente decisiva del giudice*”.

Si afferma, anche in modo abbastanza netto, che, nel processo amministrativo, l'attività processuale difensiva sarebbe ancillare e “*di cooperazione*”. L'attività del giudice, invece, sarebbe quella veramente decisiva per la soluzione della controversia in un senso o in un altro, essendo il giudice dotato del potere di rilevare la validità del provvedimento impugnato. Rilevare la validità del provvedimento equivale a dire che il giudice può opporre ai fatti costitutivi dell'invalidità del provvedimento affermati dal ricorrente i fatti estintivi, modificativi o impeditivi dell'invalidità, cioè le eccezioni.

Alla luce della tesi dottrinale sopra riportata e al di là delle considerazioni e osservazioni sul merito, si deve osservare che non si tratta, in concreto, di una tesi negazionista pura.

Il risultato non è l'estromissione dell'eccezione *tout court* dal processo amministrativo, ma più correttamente l'esclusione delle sole eccezioni rilevabili su istanza di parte o eccezioni in senso stretto.

In altri termini, la tesi del D'Alessio finisce non tanto per espungere l'eccezione dal processo amministrativo, quanto piuttosto per sradicare l'eccezione dal terreno suo proprio – cioè quello della parte resistente – per ripiantarla nel terreno del giudice. Si nega il c.d. monopolio della parte resistente sui fatti estintivi, modificativi o impeditivi del fatto costitutivo affermato dal ricorrente.

Sempre nella cornice del processo disciplinato dai Regolamenti di procedura del Consiglio di Stato e delle Giunte provinciali amministrative del 1907 e dal T.U. del 1924, altra parte della dottrina elabora una posizione differente, che riconosce la piena compatibilità dell'eccezione con il processo amministrativo, comprese le c.d. eccezioni in senso stretto⁵⁶⁰.

La parte potrebbe servirsi di eccezioni sia processuali che sostanziali.⁵⁶¹ Le eccezioni, a differenza di quanto sostenuto dall'opposto orientamento dottrinale, non sarebbero solo quelle

⁵⁶⁰ A. DE VALLES, *Il contraddittorio nel giudizio amministrativo*, in AA. VV., *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, vol. LVIII, Milano, 1938, 226 e ss.; G. TROPEA, *Il ricorso incidentale*, cit., 270.

⁵⁶¹ Cfr. punti (iii) e (iv).

rilevabili dal giudice *ex officio*. Anzi, secondo questa parte della dottrina, la regola generale sarebbe quella dell'iniziativa di parte, mentre il rilievo officioso avrebbe carattere residuale.

Eccezioni processuali sarebbero tutte quelle relative alla mancanza di competenza del Giudice, alla legittimazione della parte attrice, alla procedibilità dell'azione e ad ogni altra questione pregiudiziale.

Le eccezioni sostanziali, invece, sarebbero i c.d. fatti estintivi, modificativi o impeditivi che il resistente ha la facoltà di allegare. Sollevare un'eccezione, secondo questa parte della dottrina, vuol dire introdurre un fatto nel processo.

L'orientamento dottrinale in parola enuncia due criteri fondamentali per distinguere le eccezioni rilevabili anche d'ufficio da quelle opponibili esclusivamente dal resistente.

Anzitutto, si dovrebbe utilizzare il criterio del soggetto il cui interesse sarebbe soddisfatto dall'accoglimento dell'eccezione⁵⁶².

Se il fatto dedotto in eccezione è posto nell'interesse esclusivo dell'amministrazione, l'eccezione sarebbe esaminabile solo se sollevata dalla parte.

In questo caso, l'onere di eccepire il fatto graverebbe esclusivamente sull'amministrazione, non potendo il giudice sostituirsi al potere dispositivo delle parti.

Quando, invece, l'eccezione è rivolta a soddisfare l'interesse della funzione giurisdizionale, l'interesse della giustizia, questa sarebbe rilevabile anche d'ufficio⁵⁶³.

L'esempio che viene portato dalla dottrina è quello della eccezione di decadenza per inutile decorso del termine per proporre il ricorso e di inoppugnabilità del provvedimento impugnato. In questi casi, sarebbe interesse dell'amministrazione sollevare la relativa eccezione perché lo scopo del termine è quello di assicurare stabilità e certezza agli atti amministrativi. Dunque, il fatto deducibile in eccezione sarebbe volto a tutelare un interesse dell'amministrazione, non della giustizia. La decadenza, in genere, è sempre posta a tutela dell'amministrazione. Solo in casi eccezionali, le recenti riforme che hanno interessato il diritto amministrativo hanno introdotto forme di

⁵⁶² A. DE VALLES, *op. cit.*, 233.

⁵⁶³ ID., *op. loc. ult. cit.*

decadenza in favore del privato (il riferimento è alla doppia decadenza dal potere prevista recentemente in tema di SCIA). Escludendo tali casi eccezionali, nella prospettiva dell'indirizzo dottrinale sopra richiamato, in nessun caso il giudice potrebbe d'ufficio rilevare la decadenza dal potere di impugnare per mancata notifica del ricorso nel termine⁵⁶⁴.

In secondo luogo, occorre distinguere tra potere inquisitorio del giudice ed esercizio di una competenza dell'amministrazione⁵⁶⁵.

Si afferma che in capo all'amministrazione graverebbe un vero e proprio onere di eccezione. Mentre per il privato l'eccezione configura un diritto, una facoltà, l'amministrazione non avrebbe un diritto di cui può disporre, ma *“una competenza che costituisce al tempo stesso un potere e un dovere”*. Pertanto, la regola generale sarebbe che il fatto impeditivo, modificativo o estintivo del fatto costitutivo della domanda del ricorrente, *id est* l'eccezione, dovrebbe essere introdotto con istanza di parte.

Per le eccezioni in senso stretto varrebbe il termine di decadenza di cui all'art. 37, T.U. leggi sul Consiglio di Stato del 1924, ossia i trenta giorni successivi alla scadenza del termine assegnato per il deposito del ricorso⁵⁶⁶. Si tratta del termine previsto per la presentazione di memorie,

⁵⁶⁴ Oggi, il Codice del processo amministrativo prevede l'esatto contrario. Cfr. *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2974, secondo cui: *“Nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 35 c.p.a., la tardività della notifica e del deposito del ricorso è questione rilevabile d'ufficio; la tardività del ricorso di primo grado è rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di appello, atteso che il cit. art. 35 non pone limitazioni al rilievo d'ufficio in grado di appello, a differenza di quanto dispongono gli artt. 9 e 15, rispettivamente per la questione di giurisdizione e per la questione di competenza.”*

⁵⁶⁵ Cfr. G. TROPEA, *Il ricorso incidentale*, cit., 268-269.

⁵⁶⁶ Art. 37, T.U. Consiglio di Stato del 1924 (Art. 29 del testo unico 17 agosto 1907, n. 638.): *“Nel termine di 30 giorni successivi a quello assegnato per il deposito del ricorso, l'autorità e le parti, alle quali il ricorso fosse stato notificato, possono presentare memorie, fare istanze, produrre documenti, e anche un ricorso incidentale, con le stesse forme prescritte per il ricorso 42.*

La notificazione del ricorso incidentale sarà fatta nei modi prescritti per il ricorso principale, presso il domicilio eletto, all'avvocato che ha firmato il ricorso stesso.

L'originale del ricorso incidentale, con la prova delle eseguite notificazioni e coi documenti, deve essere depositato in segreteria nel termine di giorni 10.

Se colui che vuole produrre il ricorso incidentale risiede all'estero, il termine per la notificazione è aumentato nella misura indicata al capoverso secondo dell'art. 36.

I termini e i modi prescritti nel presente articolo per la notificazione e il deposito del ricorso incidentale debbono osservarsi a pena di decadenza.

documenti e ricorso incidentale a pena di decadenza. Nello stesso termine si dovrebbero proporre anche le eccezioni rilevabili solo su istanza di parte⁵⁶⁷.

Il dibattito dottrinale descritto è stato ricostruito e criticato da uno dei più autorevoli studiosi della giustizia amministrativa del XX secolo. Si tratta di Mario Nigro, il quale, nella monografia dedicata a “*L’appello nel processo amministrativo*” del 1960, prendendo atto dell’assenza di un’adeguata elaborazione scientifica in tema di eccezioni nel processo amministrativo, si pone esplicitamente la seguente domanda: “*ma vi sono eccezioni sostanziali nel processo amministrativo?*”⁵⁶⁸.

Secondo Nigro, non sarebbe condivisibile né più attuale l’affermazione per cui il processo amministrativo sarebbe un processo di diritto obiettivo nell’interesse dello Stato, della legge e della legittimità dell’*agere* amministrativo⁵⁶⁹. Tra gli scritti del D’Alessio e del De Valles (rispettivamente del 1915 e del 1938) e quelli di Nigro (1960) si è verificato un evento storico e giuridico rivoluzionario: la Carta Costituzionale del 1948.

L’interpretazione costituzionalmente orientata dei regolamenti di procedura dinanzi al Consiglio di Stato e alle Giunte provinciali amministrative impone un ripensamento della concezione della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto soggettivo, volta alla tutela di situazioni giuridiche sostanziali soggettive e qualificate⁵⁷⁰.

Il ricorso incidentale non è efficace, se venga prodotto dopo che siasi rinunciato al ricorso principale, o se questo venga dichiarato inammissibile, per essere stato proposto fuori termine.”.

⁵⁶⁷ G. TROPEA, *op. cit.*, 235.

⁵⁶⁸ M. NIGRO, *L’appello, cit.*, 370.

⁵⁶⁹ F. D’ALESSIO, *op. cit.*, 247.

⁵⁷⁰ Sulla giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto soggettivo, Cfr. A. M. SANDULLI, *Il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato, cit.*, 38-40; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1923, II, 279 e ss.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1914, 733-734; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1962, I, 131 e ss.; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Milano-Messina, 1964, III, 181; O. RANELLETTI, *Le guarentigie, cit.*, 1936, 460; M. S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1959, 126-127; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 1035, n. 65-bis; G. M. DE FRANCESCO, *Appunti sulle lezioni di diritto amministrativo - La giustizia amministrativa*, Padova, 1958, 71; A.

Partendo da questo presupposto, Nigro afferma che “*eliso in radice ogni carattere obbiettivo della giurisdizione, cade la preclusione pregiudiziale contro l’ammissione di eccezioni sostanziali nel processo amministrativo, perché non vi è alcuna ragione di escludere, in via teorica ed astratta, che siano a disposizione della parte resistente (o delle parti resistenti) dei fatti, la cui introduzione nel processo dipenda esclusivamente dalla sua volontà. Se spetta al ricorrente massima libertà nella determinazione dell’oggetto del giudizio, bisogna ritenere non ripugnante alla natura del processo amministrativo che analoga libertà spetti alla parte resistente nella organizzazione della sua difesa*”.⁵⁷¹

A differenza di quanto sostenuto dal De Valles, si afferma, come regola generale del processo amministrativo quella della rilevabilità *ex officio* dei fatti estintivi, modificativi o impeditivi, con delle deroghe per quanto riguarda le eccezioni subordinate all’iniziativa di parte. L’eccezione sarebbe in senso stretto o rilevabile su istanza di parte nei soli casi in cui vi sia una espressa volontà di legge, per cui non sarebbe corretto far ricadere sull’amministrazione un onere di eccezione.

Nella prospettiva di Nigro, il ricorrente afferma uno o più fatti costitutivi dell’invalidità del provvedimento e cioè i vizi di cui si afferma essere affetto lo stesso. Nei processi di tipo impugnatorio, spetta al giudice accertare se i fatti costitutivi affermati dal ricorrente – i.e. i vizi del provvedimento – sono esistenti. L’accertamento dei fatti costitutivi avviene, dunque, *ex officio*.

I fatti impeditivi o estintivi dei vizi di legittimità sarebbero dedotti dal giudice anche d’ufficio, “*indipendentemente dalla contestazione del convenuto, perché ciò attiene all’accertamento della fondatezza della domanda*”.⁵⁷²

Quanto alle eccezioni di rito, l’Autore mostra di non condividere l’opinione del De Valles secondo cui esse sarebbero rilevabili d’ufficio o meno a seconda che siano rivolte a soddisfare l’interesse dell’amministrazione o della funzione giurisdizionale.

GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, 51; F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1966, 89.

⁵⁷¹ M. NIGRO, *L’appello*, cit., 372.

⁵⁷² M. NIGRO, *L’appello*, cit., 373.

Si osserva, infatti, che, nel giudizio amministrativo, si controverte della legittimità non di un atto qualunque, ma di un atto specifico, impugnabile, definitivo, impugnato nei termini ecc.

Pertanto, le eccezioni processuali, proprio per la loro attinenza al giudizio, opererebbero *ipso jure* e sarebbero rilevabili anche d'ufficio. In altri termini, l'accertamento delle condizioni dell'azione e dei presupposti processuali farebbe sempre parte del potere del giudice di accertare la fondatezza della domanda, intesa come diritto ad ottenere l'annullamento dell'atto.

Nigro, inoltre, fa rientrare all'interno delle eccezioni sostanziali, tre categorie di fatti: i fatti convalidanti, i fatti che determinano l'estinzione dell'atto amministrativo con efficacia *ex tunc* e i fatti d'acquiescenza.⁵⁷³

La tesi che si è inteso sviluppare ed articolare con il presente lavoro di ricerca prende le mosse proprio dal sopra riassunto dibattito dottrinale.

Il punto di partenza è rappresentato dalla macro tematica della rilevanza del fatto nel processo amministrativo, che emerge in tutta la sua portata nel confronto tra giudizio sulla legittimità del provvedimento, giudizio di legittimità in Cassazione e giudizio di legittimità innanzi alla Corte Costituzionale.

A prescindere dalla tesi cui si aderisca circa la configurabilità delle eccezioni nel processo amministrativo, il concetto di eccezione, tanto ieri quanto oggi, ruota intorno al concetto di fatto.

L'eccezione di merito è uno strumento di difesa basato sull'allegazione di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo del fatto costitutivo posto a base della domanda dell'attore.

L'eccezione di rito ha ad oggetto un fatto che incide sulla regolarità del processo e impedisce la decisione nel merito.

Minimo comune denominatore è il fatto, al quale sono accostati diversi predicati.

In primo luogo, si tratta di un fatto giuridico.

In secondo luogo, dal punto di vista degli effetti, si tratta di fatti giuridici costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi.

Fatto costitutivo è quello dal quale le norme fanno dipendere o discendere l'esistenza del diritto che viene fatto valere, ossia del fatto

⁵⁷³ ID., *L'appello, cit.*, 375 e ss.

che rappresenta la premessa giuridicamente necessaria delle conseguenze che tali norme prevedono. Questo fatto «costituisce» il diritto appunto perché ne rappresenta la condizione necessaria e sufficiente: il diritto esiste se esiste il fatto che lo fonda⁵⁷⁴. Degna di nota è la definizione che Carnelutti dà del fatto giuridico come “*mutamento del mondo fisico al quale la norma e il giudice assegnano un effetto consistente nel mutamento del mondo giuridico*”.⁵⁷⁵

Se si considera l’interesse legittimo come la *causa petendi* e la pronuncia di annullamento come il *petitum*, il fatto costitutivo della situazione giuridica fatta valere con l’azione di annullamento è, come sosteneva Nigro, il vizio di legittimità che si assume inficiare il provvedimento.⁵⁷⁶ I vizi dell’atto, dunque, sarebbero i fatti costitutivi della situazione posta a fondamento della domanda⁵⁷⁷.

Queste considerazioni mantengono la loro validità solo se si accede ad una nozione sostanziale di interesse legittimo, come situazione giuridica sostanziale speculare al diritto soggettivo.

Lo stesso Nigro definisce i vizi di legittimità dell’atto come i fatti costitutivi del diritto ad ottenere l’annullamento⁵⁷⁸, il quale rappresenta una delle facoltà discendenti dalla titolarità di un interesse legittimo.

La contestazione dei fatti costitutivi mediante eccezioni si concretizza nella deduzione di fatti contrari idonei a dimostrarne l’inesistenza. Ai fini della decisione, il fatto costitutivo deve essere attuale, cioè deve esistere al momento della sentenza.

I fatti impeditivi sono così chiamati perché idonei a precludere la manifestazione degli effetti dei fatti costitutivi della situazione giuridica soggettiva azionata. Tali fatti impediscono l’invalidità del provvedimento. Essi si riferiscono agli effetti dei vizi dell’atto, in quanto non eliminano il vizio – i.e. il fatto costitutivo – ma impediscono il sorgere e il proseguire degli effetti (*cfr.* vizi non invalidanti e eccezioni *ex art. 21-octies*). Dunque, il fatto impeditivo implica l’esistenza del fatto costitutivo allegato dal ricorrente, ma la sua

⁵⁷⁴ M. TARUFFO, *op. cit.*, par. 3.

⁵⁷⁵ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926, vol. II, 308 e ss.

⁵⁷⁶ M. NIGRO, *L’appello, cit.*, 372 e ss.; L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo, cit.*, 8.

⁵⁷⁷ F. D’ALESSIO, *Le parti nel giudizio, cit.*, 247.

⁵⁷⁸ M. NIGRO, *L’appello, cit.*, 373.

inidoneità a produrre gli effetti vantati⁵⁷⁹. Il fatto impeditivo, in altre parole, separa il momento in cui il fatto costitutivo viene ad esistenza e quello in cui esso assume efficacia, interrompendo e spezzando il nesso tra esistenza e efficacia.

I fatti estintivi, invece, sono quelli che determinano il venir meno dei fatti costitutivi affermati dal ricorrente. Si tratta di fatti giuridici che dimostrano l'inesistenza originaria o sopravvenuta dei fatti costitutivi, cioè dei vizi di legittimità, così estinguendo l'invalidità del provvedimento. Mediante l'allegazione di fatti estintivi, il resistente intende dimostrare che il fatto costitutivo allegato dal ricorrente non è mai esistito *in rerum natura* o nel mondo giuridico oppure non è più esistente a causa di circostanza sopravvenute di natura estintiva⁵⁸⁰.

I fatti modificativi, infine, possono essere intesi come quei fatti che mutano gli effetti dei fatti costitutivi allegati dal ricorrente e, nel farlo, determinano il rigetto della domanda. Il fatto modificativo non è teso a dimostrare l'inesistenza o l'inefficacia del fatto costitutivo dell'invalidità del provvedimento, bensì a provare che l'effetto del fatto costitutivo non è quello indicato e voluto dall'attore. Si può affermare che il fatto modificativo incide sull'oggetto e sul contenuto dell'effetto del fatto costitutivo, la cui esistenza ed efficacia non è messa in discussione.⁵⁸¹

L'obiettivo del lavoro di ricerca muove da una constatazione di fatto: se è vero che i fatti costitutivi della domanda di annullamento sono rappresentati dai vizi di legittimità e, al contempo, è altresì vero che questi fatti costitutivi non hanno tutti la stessa consistenza giuridica, la conseguenza logica immediata è che i fatti estintivi, modificativi o impeditivi dei suddetti fatti costitutivi si atteggiavano diversamente a seconda di quale tipo di fatto costitutivo vanno a contraddire.

⁵⁷⁹ Sul punto, si veda A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 14, in cui l'Autore scrive: "il fatto impeditivo si identifica con la mancanza di un presupposto di efficacia, che interrompe il normale ciclo del fenomeno giuridico, inserendosi tra il primo momento del processo qualificativo (con cui si attribuisce alla situazione di fatto rilevanza giuridica) e il secondo momento (con cui alla fattispecie già giuridicamente esistente vengono ricondotte dalla norma conseguenze giuridiche), in modo che la sua presenza paralizza, in tutto o in parte, la efficacia di una fattispecie". Mentre per S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici – Revisione e aggiornamento di A. Falzea*, Milano, 1996, 25, i fatti impeditivi non avrebbero una loro autonomia giuridica.

⁵⁸⁰ A. LASSO, *L'eccezione*, cit., 22 e ss.

⁵⁸¹ ID., *op. loc. ult. cit.*

Sarebbe irragionevole affermare che questi tre vizi generali si contrastino tutti allo stesso modo e cioè o solo mediante fatti oggetto di eccezione di parte o solo mediante fatti sempre rilevabili d'ufficio, sebbene con piccole deroghe.

Non si può condividere l'idea che, siccome il processo è impugnatorio, siccome si tratta di un processo su ricorso basato su una *vocatio iudicis*⁵⁸², siccome il giudice ha il dovere di accertare l'esistenza dei fatti costitutivi affermati dal ricorrente, allora è il giudice stesso che materialmente rileva sempre e in ogni caso i fatti estintivi, modificativi o impeditivi, i.e. le eccezioni, *ergo* non vi sarebbero eccezioni di merito nel processo amministrativo.

Al contempo, meriterebbe di essere disattesa anche l'idea che, a fronte dei tanti e diversi fatti costitutivi che possono trovare ingresso nel processo, il giudice non abbia mai il potere di rilevare dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi perché questi sono diretti a tutelare interessi della parte resistente e non della funzione giurisdizionale e, dunque, sono rilevabili solo su istanza di parte.

Pertanto, si dovrebbe pervenire alla conclusione che il ruolo dell'eccezione nel rapporto tra giudice e parte resistente varia a seconda del tipo di fatto costitutivo che con essa si intende contrastare.

Se il fatto costitutivo affermato dal ricorrente è la violazione di legge da parte dell'amministrazione, è evidente che il giudice, nel processo impugnatorio – caducatorio, potrà accertare d'ufficio la fondatezza dello stesso. Trattandosi dell'affermazione della contrarietà dell'atto a una norma di legge ovvero dell'esuberanza dell'atto dalla fattispecie legale tipica, i fatti impeditivi, estintivi o modificativi possono essere rilevati d'ufficio dal giudice amministrativo proprio in virtù della struttura del processo.

Analogo discorso potrebbe valere quando il vizio denunciato è l'incompetenza relativa dell'amministrazione che ha adottato l'atto. Ciò sull'assunto che l'incompetenza rappresenti anch'essa una forma di violazione di legge, di violazione della norma sulla competenza.

Eppure, per l'incompetenza si apre già uno spiraglio all'ingresso dell'eccezione di merito in senso stretto nel processo amministrativo. Per contrastare una censura d'incompetenza, infatti, non sempre è sufficiente una valutazione esclusivamente normativa che il giudice può

⁵⁸² R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale*, cit., 1951.

svolgere *ex officio*. Vi sono delle ipotesi in cui solo la parte resistente, a fronte della censura di incompetenza, ha il potere di dimostrarne l'infondatezza mediante l'allegazione di fatti impeditivi, modificativi o estintivi della causa dell'incompetenza. E' solo la difesa che può eccepire determinate circostanze fattuali che escludono il rilievo di incompetenza mosso dal ricorrente.

L'esempio più significativo è dato dai casi di incompetenza per violazione di disposizioni sulla composizione degli organi collegiali e sulla incompatibilità. Si tratta di ipotesi di difetto di legittimazione dell'organo collegiale sotto forma di irregolare composizione, mancato rispetto delle norme sul suo funzionamento, conflitto d'interessi ecc. che sono ricondotte dalla giurisprudenza al vizio di incompetenza⁵⁸³.

Tuttavia, l'importanza dei fatti di "eccezione" nel processo amministrativo emerge in pieno allorché la censura che colpisce il provvedimento impugnato è quella dell'eccesso di potere: vizio della funzione amministrativa, sviamento di potere⁵⁸⁴, esercizio del potere amministrativo per una finalità ultronea rispetto a quella per la quale la norma attribuisce quel potere a quella amministrazione⁵⁸⁵.

⁵⁸³ M. CORRADINO, *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007, 698.

⁵⁸⁴ Cfr. A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, 1900, 1, a ribaltare la formulazione negativa espressa dal Consiglio di Stato e a trarre da essa la regola positiva per cui "vi potrà essere eccesso di potere quando una misura amministrativa sia fondata su apprezzamenti, i quali contengono qualcosa d'illogico e d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge"; cfr. altresì V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 806 ss., spec. 804; ID., *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. It.*, Torino, 1898, 861 ss., spec. 920 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, 1998, 153, per cui: "un fondamentale impulso all'attività di interpretazione ampliativa del concetto di eccesso di potere fu fornito dalla confluenza di taluni orientamenti dottrinali che muovevano, talvolta, da sponde concettuali antitetiche. "I semi del più efficace strumento di garanzia del cittadino nei confronti degli arbitri della pubblica amministrazione furono sparsi, tra l'altro, da Mantellini e Spaventa, propugnatori di una visione centralista del sistema amministrativo statale e strenui avversari delle ipotesi di ingerenza della giurisdizione ordinaria sull'esercizio del potere amministrativo".

⁵⁸⁵ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 698; P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 124 e ss., 124. Sull'origine dell'istituto dell'eccesso di potere anche G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, il quale nota che l'inclusione all'interno dell'eccesso di potere anche dei casi di inosservanza delle regole essenziali alla validità del giudizio rende complessa la nozione già al termine della

Accanto allo sviamento di potere, la giurisprudenza individua diverse figure sintomatiche del vizio di eccesso di potere⁵⁸⁶. Tra queste, l'elaborazione giurisprudenziale annovera: la motivazione insufficiente, perplessa o contraddittoria; l'ingiustizia grave e manifesta; la disparità di trattamento in modo irragionevole di casi identici; il difetto di istruttoria; il travisamento dei fatti; la violazione di circolari; la mancata fissazione di autolimiti o relativa inosservanza⁵⁸⁷.

Si tratta di indizi sintomatici dello straripamento di potere, che però non escludono la prova contraria da parte dell'amministrazione.⁵⁸⁸ E' proprio in questo senso che viene in rilievo l'eccezione di merito e in senso stretto. La prova dell'assenza di un eccesso di potere passa attraverso l'allegazione di fatti che escludano in radice la presenza di una figura sintomatica (fatti estintivi) ovvero altri fatti che dimostrano l'infondatezza dei fatti costitutivi affermati dall'attore.

sua evoluzione in campo giudiziario; F. BASSI, *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1964, 245 e ss, 249, il quale precisa come il principio della divisione dei poteri fosse ispirato sia dall'intento di impedire l'intervento dei tribunali nel campo riservato alle amministrazioni, sia dall'esigenza di garantire l'unità e l'accentramento del potere esecutivo; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. Dig. It., App.*, vol. III, 1982, 219 e ss.; R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, 2006, 411 e ss.; Y. GAUDEMET, *Droit Administratif*, 19 ed., 2010, 142.

⁵⁸⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, p. 100; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2008, 670; F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, 153.

⁵⁸⁷ Cfr. A. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato - Studi in occasione del centenario*, 1932, vol. II, 429 ss., con ampia rassegna giurisprudenziale a riguardo; M. CAMILLI, *Considerazioni sui sintomi dell'eccesso di potere*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 1038 ss.; l'uso dell'espressione "sintomi" o "figure sintomatiche" è presente già in F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 1341 ss.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, 1934, 96 ss.; sul fenomeno della dequotazione della motivazione, in ragione del fatto che il giudice amministrativo individua e valuta le ragioni alla base del provvedimento anche attraverso altre strade (uso dei mezzi istruttori, motivazioni aliunde, ossia da altri atti del procedimento implicite, o per relationem, ecc.) cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, 260 ss., 317; F. MODUGNO e M. MANETTI, *Eccesso di potere, cit.*, 3.

⁵⁸⁸ In tal senso, in dottrina: A. M. SANDULLI, *Manuale, cit.*, 700; in giurisprudenza, in senso conforme, cfr. Cons. St., sez. V, 11 marzo 2010, n. 1418, in *Red. Amm. CdS* 2010, 03; Cons. St., sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332, in *Foro amm. CdS*, 2009, 10, 2334.

Contra. Cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere, cit.*, 35; R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 430

E' l'amministrazione resistente che deve allegare i fatti di cui è a conoscenza e che sono nella sua disponibilità al fine di dimostrare che non vi è stato un difetto d'istruttoria o una disparità di trattamento o un travisamento dei fatti ecc. Anche se il processo è impugnatorio-caducatorio, il giudice non può rilevare tali fatti *ex officio*; non si può affermare che il rilievo di tali fatti rientra nel potere-dovere del giudice di accertare la fondatezza delle censure del ricorrente. Così opinando, si finirebbe per dequotare l'attività difensiva dell'amministrazione a mera collaborazione con l'attività primaria del giudice e il processo non sarebbe più né un processo di parti né un processo di parti in posizione paritaria.

L'analisi delle anzidette tematiche conduce anche ad un'altra considerazione: l'esigenza di rivedere e riqualificare il rapporto tra giudice e parti intimamente nel giudizio di annullamento.

Assodato che, anche nel processo amministrativo, l'eccezione rappresenta un canale di ingresso dei fatti nel giudizio e che l'introduzione degli stessi avviene, nella generalità dei casi (salvo eccezioni), mediante allegazione, si analizza il rapporto tra onere di allegazione e onere della prova.

Si potrebbe sostenere che onere della prova e onere di allegazione siano paralleli e correlati. Chi ha l'onere della prova di un determinato fatto, avrebbe sempre anche l'onere di allegazione dello stesso. I due oneri non potrebbero essere disaccoppiati senza violare il principio dispositivo. L'eventuale separazione tra onere della prova e onere di allegazione comporterebbe che, sebbene l'onere della prova di determinati fatti gravi su una delle parti, il giudice potrebbe rilevare il fatto da sé, anche se non allegato dalla parte interessata: il che è vietato dal principio dispositivo.⁵⁸⁹

Tuttavia, sul tema, pare prevalere una diversa opinione.

Si ritiene, cioè, che non sempre onere di allegazione ed onere della prova siano correlati e inscindibili. Il giudice deve rispettare i limiti imposti dal principio dispositivo, dal potere delle parti di disporre dei fatti e delle prove, ponendo a fondamento della decisione i fatti provati dalle parti, con il temperamento del metodo acquisitivo in determinate ipotesi. Il principio dispositivo con metodo acquisitivo

⁵⁸⁹ La tesi è enunciata da F. CARNELUTTI, *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 447 e ss. e 648 e ss.; cfr. anche V. COLESANTI, *Eccezione, cit.*, par. 13.

sembra portare verso la scissione tra onere di allegazione e onere della prova. Il giudice, infatti, può esercitare i poteri acquisitivi officiosi relativamente alla prova dei fatti, ma non alla loro introduzione in giudizio⁵⁹⁰. L'istruttoria ufficiosa subentra quando il giudicante ritenga di dover attivare i suoi poteri d'ufficio, solo dopo però che le parti abbiano delineato il tema del contendere. La mancanza cioè di un'effettiva uguaglianza tra le parti private e pubbliche, se giustifica lo specifico metodo istruttorio del processo amministrativo, non è idonea ad incidere sul limite dell'allegazione, che è inerente invece ad ogni processo di parti⁵⁹¹: monopolio delle parti sui fatti e iniziativa officiosa nel disporre i mezzi di prova sono i confini entro i quali il giudice amministrativo deve esercitare la sua libertà di provvedere agli elementi di convincimento.

Tale principio costituisce la premessa per poter distinguere due diverse ipotesi⁵⁹².

Da un lato, è possibile che il soggetto gravato dall'onere di allegazione, poi non abbia l'onere della prova.

Al contrario, vi sono delle situazioni processuali in cui sulla parte grava l'onere della prova, ma non anche quello di allegazione del fatto da provare.

Il fatto è il punto di partenza del ragionamento del giudice, tanto più nel processo amministrativo del c.p.a. in cui si è esteso il sindacato del giudice sulla discrezionalità tecnica e si è accolto il principio dell'atipicità delle azioni⁵⁹³.

⁵⁹⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 maggio 2009, n. 2902, in *Foro amm. CdS*, 2009, 1249, secondo cui “anche nel processo amministrativo sussiste l'onere per la parte di enunciare i fatti che sono a fondamento della pretesa avanzata, poiché il potere di acquisizione riconosciuto al giudice di tale processo è un "metodo" ed in quanto tale s'innesta nel principio dispositivo che governa l'introduzione della prova a carico della parte, ma non lo può travalicare, sicché giammai egli può sostituire la parte nell'adempimento di detto onere”.

⁵⁹¹ R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 208, nota 29 ove si critica la posizione di L. MIGLIORINI sul punto, e 212.

⁵⁹² ID., *op. cit.*, *ibidem*; M. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, *passim.*; S. PUGLIATTI, *Eccezione, cit.*, par. 8.

⁵⁹³ M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12, 3533; S. LUCATTINI, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 203; M. ADORNO, *La consulenza tecnica d'ufficio nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, 486.

E' stato efficacemente osservato che, ormai, nel giudizio amministrativo, *“la componente del fatto ha raggiunto quantomeno lo stesso peso di quella del diritto”*.⁵⁹⁴

La rilevanza della componente fattuale è ancora più evidente se si considerano gli strumenti della verifica e della consulenza tecnica d'ufficio, introdotta dall'art. 16 della legge n. 205 del 2000. L'istituto ha trovato una propria collocazione sistematica nel codice del processo amministrativo⁵⁹⁵.

La parte generale del presente lavoro, inoltre, affronta il tema della natura giuridica del ricorso incidentale e della sua riconducibilità all'interno della categoria delle eccezioni, nonché il delicato tema delle eccezioni in grado d'appello. Questo secondo aspetto è, però, trattato da un punto di vista innovativo, ossia dal punto di vista dell'appellato, al contrario di quanto solitamente si fa nelle trattazioni sull'argomento.

Dal punto di vista dell'appellato, in relazione al dettato dell'art. 104 c.p.a., assume notevole rilevanza la distinzione – approfondita nei precedenti paragrafi – tra eccezioni e mere difese.

Le mere difese, infatti, sfuggono al divieto di nuove eccezioni.

Infine, la parte generale si conclude con un'analisi di due problematiche connesse al tema delle eccezioni: il rapporto tra eccezioni e giudicato, nonché la possibilità del c.d. esercizio stragiudiziale delle eccezioni attraverso rimedi non giurisdizionali ma giustiziali.

La parte speciale della ricerca, il cui fine è quello di effettuare una ricostruzione delle principali e più comuni eccezioni di rito e di merito esperibili nel giudizio amministrativo di annullamento, è il naturale corollario applicativo di tutte le considerazioni svolte nella parte generale. L'opportunità di una parte speciale emerge dalla sottolineata esigenza di non astrarre la ricostruzione dogmatica, pure imprescindibile, dalla realtà del processo, che si denota per la concretezza nei mezzi e nei fini.

⁵⁹⁴ Vedi: Cons. St., Sez. III, 23 febbraio 2012, n. 1069, in *Foro amm. CdS*, 2012, 281.

⁵⁹⁵ Per un approfondimento sul sindacato del giudice amministrativo sul fatto, si veda: L. N. E. GIANI, *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, 535 e ss.

Le eccezioni, infatti, costituiscono lo strumento principale attraverso cui si concretizza la difesa in giudizio. Esse costituiscono, altresì, la dimensione più immediata del contraddittorio processuale.

Quanto alle eccezioni di rito, si analizza, anzitutto, l'eccezione di difetto di giurisdizione, con particolare riguardo a tutte le principali problematiche connesse al suo esperimento, dal punto di vista del resistente e del controinteressato. Rilievo centrale assume la *vexata quaestio* circa la contestabilità della giurisdizione da parte dello stesso soggetto che abbia adito il giudice, relativamente al regolamento di giurisdizione, all'appello per soli motivi di giurisdizione avverso la sentenza sfavorevole nel merito al ricorrente, nonché al ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione.

Nella sezione dedicata alle eccezioni di rito più comuni nel giudizio amministrativo, si approfondiscono molteplici questioni attinenti all'eccezione di difetto di competenza, alle eccezioni riguardanti gli atti introduttivi, alla natura politica dell'atto impugnato, ai vizi di costituzione dell'organo giudicante, alla riconsunzione, alla litispendenza e continenza, alla cosa giudicata, al difetto di legittimazione ad agire e a resistere, al difetto d'interesse a ricorrere, al difetto di contraddittorio, nonché all'estinzione del giudizio.

Tali eccezioni vengono analizzate una ad una, verificando singolarmente quale sia il microsistema di regole, anche di carattere pretorio, che si è sviluppato intorno ad essa, con particolare attenzione al tema della rilevabilità anche d'ufficio ovvero su esclusiva istanza di parte.

Quanto alle eccezioni di merito, invece, va premesso che il lavoro mira ad approfondire le principali e più comuni di esse, senza presunzione di esaustività e completezza.

In primo luogo, ci si sofferma sull'eccezione di nullità del provvedimento, approfondendo le tematiche di carattere strettamente processuale sempre dal punto di vista prospettico delle parti intime. In particolare, si è tentato di ricostruire tre macro-questioni: i soggetti legittimati e che avrebbero interesse ad eccepirla; le fattispecie processuali in cui potrebbe sorgere l'interesse ad eccepire la nullità, nonché i tempi e i modi di proposizione della medesima, in raffronto con il breve termine di decadenza previsto per la corrispondente azione.

Successivamente, viene analizzata l'eccezione di convalida. Il ragionamento trae spunto dalla doppia valenza del provvedimento di

convalida di un provvedimento *sub judice*: una valenza esoprocedurale, sul piano dell'azione amministrativa, e una endoprocedurale, come fatto estintivo dei fatti costitutivi della domanda di annullamento (i.e. i vizi di legittimità).

Di notevole interesse è il dibattito ricostruito, anche in chiave critica, circa la rilevanza d'ufficio o su sola istanza di parte dell'eccezione di convalida. In particolare, si è evidenziato come la tesi della rilevanza d'ufficio potrebbe vacillare laddove l'indisponibilità degli effetti della convalida da parte dell'amministrazione resistente sia contraddetta dalla possibilità di annullare o revocare in autotutela lo stesso provvedimento di convalida. È il tema dell'autotutela sull'autotutela, ovvero dell'autotutela di terzo grado, oggi ancor più rilevante alla luce dell'ammissibilità di forme di autotutela c.d. implicite e della tendenza legislativa volta alla limitazione di tale prerogativa speciale della p.a.

Tra le eccezioni di merito, vengono poi analizzate in ordine: l'eccezione di formazione o mancata formazione del silenzio (significativo e non); l'eccezione di non annullabilità/non invalidità di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990; l'eccezione di dolo generale correlata alle ipotesi di abuso del diritto; l'eccezione di incostituzionalità (che comprende anche le ipotesi di contrarietà alle norme della C.E.D.U. per il tramite dell'art. 117 Cost.) o di contrarietà al diritto europeo.

BIBLIOGRAFIA

-A-

Abbamonte G., *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, I.

Abbamonte G., *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

Adorno M., *La consulenza tecnica d'ufficio nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2.

Albanese A., *L'amministrazione giustiziale in Austria*, in *Dir. amm.*, 2010.

Ancora T., *L'amministrazione giustiziale*, in *Cons. St.*, 1988, II.

Allorio E., *Diritto processuale tributario*, 1962, 47.

Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1987, 131.

Attardi A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955.

Attardi A., *Interesse ad agire*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993.

Auletta A., *Il legislatore "muove un passo" verso la giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2009.

-B-

Baccarini S., *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo fra tradizione e innovazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991.

Balboni E., *Amministrazione giustiziale*, Padova, 1986

Barinetti P., *Diritto romano – parte generale*, Milano, 1865.

Bartolini F., *Eccezioni e preclusioni nel processo civile*, Milano, 2015.

- Battaglia V., *Le preclusioni nel processo ordinario di cognizione in Tribunale*, Torino, 2012, 233 e ss.
- Bassi F., *Lo straripamento di potere (Profilo storico)*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1964.
- Bassi F., *L'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo (dalla parte del richiedente)*, Relazione all'Incontro di studi su "Il giudizio di appello avanti il Consiglio di Stato: l'effetto devolutivo", dell'Istituto giuridico della Facoltà di giurisprudenza dell'Università Cattolica e dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza di Pavia, Milano, 14-15 dicembre 1984), in *Dir. proc. amm.*, 1985, 3.
- Benvenuti F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.
- Benvenuti F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950.
- Benvenuti F., *L'onere del principio di prova nel processo amministrativo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952.
- Benvenuti F., *Giustizia amministrativa*, (voce) in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1962.
- Bernardi L., *Exceptio doli generalis e giudizio amministrativo*, in L. Garofalo, *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Padova, 2006.
- Berti G., *La definitività degli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965
- Berti Suman, A., *Il nuovo silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni (art. 17-bis, legge n. 241/90): dovere di istruttoria e potere di autotutela*, *Commento al parere n. 1640/16 del Consiglio di Stato su alcuni problemi applicativi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'articolo 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *Foro amm.*, 2016, 6, 2657 e ss.
- Betti E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1935.
- Bolaffi R., *L'eccezione nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, 103 e ss.
- Bove M., *Rilievo d'ufficio della questione di nullità - Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur. it.*, 2015, 6.
- Burdese A., *Exceptio doli (diritto romano)*, Voce, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960.

-C-

- Cacciavillani C., *Il ruolo dell'eccezione di dolo generale nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2006.
- Caianiello V., *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979.
- Calabrò M., *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012.
- Calabrò M., *La presunta natura giuridica ibrida del ricorso straordinario al Capo dello Stato: tra amministrazione e giurisdizione*, in *Nuove Autonomie*, 1, 2009.
- Calabrò M., *Sui presupposti della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, nota a TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 6 dicembre 2002, n. 5093, in *Foro amministrativo TAR*, 2003.
- Calabrò M., *Legittimazione processuale delle articolazioni locali delle associazioni ambientali riconosciute: un contrasto irrisolto*, nota a Cons. St., Sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2151, in *Ambiente e sviluppo*, 2006.
- Calamandrei P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943.
- Calasso F., *Il negozio giuridico: lezione di storia del diritto italiano*, Milano, 1959.
- Camilli M., *Considerazioni sui sintomi dell'eccesso di potere*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965.
- Cammeo F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1900, I.
- Cammeo F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1923, II.
- Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1914.
- Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960.
- Cannada Bartoli E., *La difesa del controinteressato e la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967.
- Cannada Bartoli E., *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966.
- Cannata C.A., *Eccezione (diritto romano)*, in *Novss. dig. it.*, Torino, 1968, 346.
- Capaccioli E., *In tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II.
- Cappelletti M., *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. dir. proc.*, 1961.
- Cappelletti M., *Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nuove nel giudizio di rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959.
- Caputi Jambrenghi V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991.

- Carbone A., *Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2959 e ss.
- Carbone A., *L'azione di nullità nel Codice del Processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*.
- Carbone A., *Nullità e azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009.
- Carbone V., *“Porte aperte” delle Sezioni Unite alla rilevabilità d’ufficio - del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, 1.
- Cardarelli F. - Zeno Zencovich V., *Osservazioni sulla «nullità» del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla «nullità» civilistica*, in *www.giustamm.it*.
- Caringella F., *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 2015.
- Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma – Bari, 2008.
- Caringella F. – Mazzamuto S. - Morbidelli G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015.
- Carnelutti F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 177 e ss.
- Carnelutti F., *Eccezione e analisi dell’esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 646 e ss.
- Carnelutti F., *Un lapsus evidente ?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 29 e ss.
- Carnelutti F., *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1931.
- Carnelutti F., *Istituzioni del processo civile italiano*, vol. I, Roma, 1956.
- Carnelutti F., *In tema di accertamento incidentale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, II.
- Carnelutti F., *Prove civili e prove penali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I.
- Carrano R., *Clausole vessatorie e rilevabilità d’ufficio delle nullità di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 9.
- Carratta A., *Diritto e processo nelle azioni di restituzione da contratto*, in *Le azioni di restituzione da contratto*, in *Quad. riv. trim. proc. civ.*, Milano, 2012.
- Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, 13 ed., Milano, 2011
- Casetta E., *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001), di L. Garofalo, Padova, 2003, I.
- Cassese S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995.

- Cassese S., *Le basi costituzionali*, in S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, I, *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2000.
- Catelani E., *La determinazione della "questione di legittimità costituzionale" nel giudizio incidentale*, Milano, 1993.
- Catalozzi W., *Ricorso incidentale*, Voce, in *Enc. giur.*, Roma, 1991.
- Cavallo B., *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, 1975.
- Cerulli Irelli V., *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, nota a TAR Lazio, sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, in *Giorn. dir. amm.*, 2002.
- Cerulli Irelli V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Astrid Rassegna*, 2005, 4.
- Cerulli-Irelli V., *Il procedimento amministrativo*, in *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997.
- Cerulli Irelli V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2014, 341 e ss.
- Chieppa R., *Art. 21-septies. La nullità del provvedimento*, in Sandulli M. A., *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.
- Chiovenda G., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, 1-28.
- Chiovenda G., *Sulla eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, 1930, Roma, vol. I, 4, 149 e ss.
- Chiovenda G., *Principii di diritto processuale civile – Le azioni, Il processo di cognizione*, Napoli, 1965 (rist.), 264 e ss.
- Chiti M. P., *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994.
- Cingano V., *Riflessi della riforma costituzionale del 2001 sulla possibilità per le Regioni e gli Enti locali di emanare atti politici: evoluzione giurisprudenziale*, in *Quad. reg.*, 2009.
- Cintioli F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in www.giustamm.it.
- Cipriani F., *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2009.

- Cirillo G. P., *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2014.
- Clarich M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it (novembre 2010).
- Codacci Pisanelli A., *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, 1900.
- Colasanti V., *L'eccezione (dir. proc. civ.)*, Voce, in *Enc. dir.*, XIV, 1965.
- Comoglio L. P., *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004.
- Conti R., *Si sciolgono i dubbi del Consiglio di Stato sul rinvio pregiudiziale alla Corte UE*, nota a CGUE, sez.IV, 18 luglio 2013, C-136/12, in *Corr. giur.*, 2014, 4, 463.
- Coraggio G., *Autotutela*, (voce) in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988
- Corletto D., *Art. 104 c.p.a.*, in Quaranta A. – Lopilato V., *Commentario al Codice del processo amministrativo*, Milano, 2011.
- Corletto D., *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006.
- Corradino M. - Sticchi Damiani S., *Il processo amministrativo*, Torino, 2014.
- Corradino M., *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007.
- Corso G., *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVIII, Agg., Roma, 2003.
- Corso G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969.
- Cortese E., *Eccezione (dir. Intermedio)*, in *Enc. dir.*, XV, 1965, 139.
- Costa E. T. S., *Eccezione (diritto vigente)*, in *Novss. dig. it.*, XVI, Torino, 1938, 261.

-D-

- D'Alessandro E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, Giappichelli, 2012.
- D'Alessio F., *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915.
- D'Alessio F., *Rapporti e conflitti fra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Roma, 1915.
- D'Alessio F., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino, 1949.
- D'Amelio M., *La codificazione italiana e la sua evoluzione storica*, 1942, in *Circolo giuridico di Milano, Linee fondamentali della nuova legislazione civile italiana sulla famiglia, la proprietà privata, il lavoro e l'impresa*, Milano, 1943, 3 e ss.

- D'angelo G., *L'istruttoria*, in *Foro it.*, 2010, V.
- D'angelo G., *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, nota a Cons. St., Sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5346, in *Urb. e app.*, 2, 2015.
- D'Orsogna M., *La nullità del provvedimento amministrativo*, in Cerulli Irelli V., *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.
- D'Orsogna M. – Lombardi R., *Il silenzio assenso*, in Sandulli M. A., *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.
- De Francisco E., *Il nuovo codice del processo amministrativo: il giudizio di primo grado*, in *Presidenza del consiglio dei ministri, Il codice del processo amministrativo* (Trascrizione delle lezioni in materia di decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104 tenutesi presso la Sala polifunzionale della Presidenza del Consiglio dei Ministri nei mesi di novembre e dicembre 2010), in www.astrid-online.it,
- De Francesco G. M., *Appunti sulle lezioni di diritto amministrativo - La giustizia amministrativa*, Padova, 1958.
- De Leonardis, F., *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17-bis introdotto dalla c.d. riforma Madia*, in www.federalismi.it, 20, 2015.
- De Lise P., *L'istruzione nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it.
- De Lise P., *L'efficacia soggettiva del giudicato amministrativo*, in *Dir. e Giur.*, 1966.
- Denti V., *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961.
- Denti V., *In tema di eccezioni riconvenzionali*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1.
- De Roberto A. – Tonini P. M., *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1984.
- De Valles A., *Il contraddittorio nel giudizio amministrativo*, in AA. VV., *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, vol. LVIII, Milano, 1938.
- Di Carlo D., *Artt. 63 e 64*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di E. Picozza, Torino, 2010
- Dini A., *La domanda riconvenzionale nel diritto processuale civile*, Milano, 1978.
- Dini A., *Riconvenzione*, Voce, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 965.
- Di Renzo M., *L'eccezione nel processo amministrativo*, Jovene, Napoli, 1968.
- Dufour G., *Traité général de droit administratif appliqué*, IV, Paris, 1855.

-E-

Escobedo F., *L'eccezione in senso sostanziale. Studi di diritto processuale civile*, Milano, 1927.

-F-

Fabbrini G., *Potere del giudice*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1985.

Fanti V., *L'atto politico nel governo degli enti locali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008.

Falcon G., *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1 e ss.

Falzea A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939,

Ferrara L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo, L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3.

Ferrara L., *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pub.*, 2010.

Ferrara L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008.

Ferrari G., *I ricorsi amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, 2003.

Fornasari R., *Nullità del contratto: la rinnovata centralità dell'interesse generale dell'ordinamento*, in *Danno e resp.*, 2015, 6.

-G-

Gaffuri F., *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 4.

Gaffuri F., *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006.

Gaffuri F., *Brevi note sull'applicabilità dell'art. 21-octies della legge 241/1990 ai provvedimenti di autotutela amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2014, 8-9.

Galetta D. U., *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005.

- Galetta D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea: Paradise Lost?*, Torino, Giappichelli, 2009.
- Gallo C. E., *Manuale di giustizia amministrativa*, V ed., Torino, 2010.
- Gallo C. E., *Appello nel processo amministrativo*, *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987.
- Gallo C. E., *La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ed il ricorso straordinario*, in *Foro amm. CdS*, 2002.
- Gallo C. E., *Questione di giurisdizione e doppio grado nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 1998.
- Gallo C. E., *La nullità del provvedimento amministrativo*, nota a Cons. St, Sez. V, 19 settembre 2008 n. 4522, in *Urb. e app.*, 2009.
- Garbagnati E., *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, XXXVIII, 1987.
- Garofoli R. – Ferrari G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012.
- Gasparri P., *Eccesso di potere*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965.
- Gaudemet Y., *Droit Administratif*, 19 ed., 2010.
- Ghetti G., *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987.
- Giallongo N., *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1985, 616.
- Giani L. N. E., *L'operazione amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo*, in *Nuove auton.*, 2, 2012.
- Giani L. N. E. – H. Simonetti, *La giustizia amministrativa*, in AA.VV., *Commentario al codice della scuola*, a cura di L. Barberio Corsetti – E. Ciarrapicho – G.P. Cirillo – D. Croce – G. Scribano, Brescia, 2003.
- Giani L. N. E., *Giudice amministrativo e cognizione del fatto (il pensiero di Antonio Romano)*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, 535 e ss.
- Giannini M. S., *La giustizia amministrativa*, Roma, 1959.
- Giovagnoli R. – Frattini M., *Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti*, Milano, 2008.
- Giovagnoli R., *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005.
- Giovagnoli R., *Art. 21-octies. Annullabilità del provvedimento*, in M. A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.
- Giovannini M., *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Foro amm. TAR*, 2009.

- Giovannini M., *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in *Dir. amm.*, 2002.
- Giovenco L., *Notazioni in tema di acquiescenza al provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1959, 866.
- Giuliani A., *Il concetto di prova*, Milano, 1961.
- Giulietti, W., *Note sulla specificità delle censure alla sentenza appellata*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2009, 1217.
- Giusti A., *Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69 del 2009. Notazioni a margine di TAR Lazio-Roma, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010.
- Gleijeses A., *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962.
- Gola M., *Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: il «caso» del parere per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999.
- Grandi D., *Relazione alla maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli*, 28 ottobre 1940, in F. Cipriani – G. Impagnatiello, *Codice di procedura civile con la relazione al Re*, Bari, 2007, 253 e ss.
- Grasso E., *Note per un rinnovato discorso sull'interesse ad agire*, in *Jus*, 1968.
- Grasso E., *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967.
- Greco G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.
- Guicciardi E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pub.*, 1937, II.
- Guicciardi E., *Aboliamo l'art. 31?*, in *Foro amm.*, 1947, II.
- Guicciardi E., nota a Cons. St., sez. VI, 18 marzo 1964 n. 247, in *Giur. it.*, n. 3, 1964.

-H-

- Heinitz E., *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 217 e ss.

-L-

- Laferrière E., *Traité de la jurisdiction administrative*, vol. II, Paris – Nancy, 1896.

- Lanfranchi L., *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972.
- La Valle F., *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1966.
- La Valle F., *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1968.
- La Valle F., *La rilevanza nel giudizio amministrativo dell'incostituzionalità delle leggi*, in *Giur. it.*, n. 3, 1964.
- Lasso A., *Le eccezioni in senso sostanziale*, Napoli, 2007, 13.
- Lazzara P., *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. CdS.*, 2009.
- Liebman E. T., *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 452;
- Liebman E. T., *Manuale di diritto processuale civile- Principi*, VIII ed., a cura di V. Colesanti – E. Merlin, 2012.
- Ligugnana G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004.
- Lipari M., *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *www.federalismi.it.*, n. 20 del 2015.
- Lubrano F., *Il processo amministrativo di appello (ipotesi normativa e realtà attuale)*, Roma, 1983.
- Lucattini S., *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1.
- Lugo A., *I problemi del processo amministrativo visti dal giudice*, Atti del IX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, 19-22 settembre 1963, 75-95.
- Luiso F. P., *Diritto processuale civile: principi generali*, vol. I, Milano, 2009.
- Luiso F. P., *Le impugnazioni nel progetto di Codice del processo amministrativo*, in *www.judicium.it.*
- Luzzato G. I., *Eccezione (dir. Romano)*, in *Enc. dir.*, XV, 1965, 135 e ss.

-M-

- Mandrioli C., *Uso e abuso del concetto di interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956,
- Mandrioli C., *Diritto processuale civile*, vol. I-IV, 2012, XXII.

- Manfredi G., *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2010.
- Manganaro F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.
- Mannoni L. – Sordi B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001.
- Mantellini G., *Lo Stato e il codice civile*, III, Firenze, 1883.
- Marinelli M., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.- origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005.
- Martini G., *Il 'ricorso straordinario' al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la L. 69/2009*, in *www.giustamm.it*, 2, 2010.
- Marrone M., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004.
- Maruotti L., *Il giudicato amministrativo*, in *www.giustiziaamministrativa.it*.
- Massa M., *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, 2012.
- Mattarella B. G., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007.
- Mazzarolli L., *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 15.
- Mazzarolli L., *L'atto definitivo e la teoria dell'assorbimento*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975.
- Mazzarolli L., *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21 septies della l. n. 241 del 1990, introdotto con la legge n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006.
- Menchini S., *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur.*, I, 1995, 1.
- Menchini S., *Il giudicato civile*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, a cura di A. Proto Pisani, II ed., Torino, 2002.
- Menchini S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.
- Menchini S., *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translatio: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011
- Menestrina F., *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1910.
- Merusi F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.
- Merusi F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001

- Micheli G. A., *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959.
- Miele G., *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966.
- Migliorini L., *Ricorsi amministrativi*, (voce) in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 684 ss.
- Montesano L. – Arieta G., *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2008.
- Montesano E. T., *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nelle sentenze*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1983.
- Montesano E. T., *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1988.
- Morbidelli G., *Invaldità e irregolarità*, in *Annuario 2002*, a cura dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2003.
- Mortara L., *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1929, 39;
- Mortara L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 106 e ss.
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975.
- Motto A., *Poteri giurisdizionali e tutela sostanziale*, Torino, 2012, 203 e ss.

-N-

- Napolitano M., *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Milano, 1955.
- Nascimbene B., *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. Dir. pubb. comunit.*, 2009, 1675 e ss.
- Nasi A., *Interesse ad agire*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972.
- Neri A., *Eccezioni rilevabili d'ufficio e preclusioni nel processo ordinario di cognizione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, 2008, Torino, 689 e ss.
- Nicosia F. M., *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991.
- Nigro M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960.
- Nigro M., *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato, Milano, 1983.
- Nigro M., *Giustizia amministrativa*, 6ª ed., a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002.
- Nigro M., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, V.

Nuzzo C., *Sul rapporto tra rinvio pregiudiziale comunitario e normativa processuale nazionale. Inammissibilità della richiesta di rinvio pregiudiziale comunitario alla Corte di Giustizia avanzata per la prima volta in appello e in sede di memorie di replica*, nota a Cons. St., sez. V., 22 gennaio 2015, n. 272, in *Foro amm., Oss. gius. amm.*, a cura di M. A. Sandulli – M. Lipari, 4, 2015.

-O-

Occhiena M., *Art. 31*, in Garofoli R. – Ferrari G., *Il Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010.

Oriani R., *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 262 e ss.

Orlando V. E., *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901.

Orlando V. E., *Contenzioso amministrativo*, in *Dig. It.*, Torino, 1898.

-P-

Pajno A., *Appunti a proposito del ricorso incidentale condizionato nel processo amministrativo*, in *Giur. merito*, 1975, IV.

Pajno A., *Amministrazione giustiziale*, (voce) in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000

Paleologo G., *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, 1989.

Paleologo G., *La riforma dei ricorsi amministrativi*, Milano, 1975.

Paolantonio N., *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Annali*, I, Milano, 2008.

Paolantonio N. - Police A. – Zito A., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005.

Pappalardo A., *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *II Consiglio di Stato - Studi in occasione del centenario*, 1932, vol. II.

Peci K., *Difetto di giurisdizione e abuso del processo amministrativo*, nota a Cons. St., Sez. III, 13 aprile 2015, n. 1855, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2015.

- Pekelis A. , voce *Azione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, II, 1958, 29-46.
- Pierandrei F., *Corte Costituzionale*, Voce, in *Enc. dir.*, X, 1962.
- Pignatelli N., *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, in *Foro it.*, 2012, III, 350 e ss.
- Piras A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962.
- Piras A., *Invalità (dir. amm.)*, Voce, in *Enc. dir.*, Milano, 1972, vol. XXII.
- Pizza P., *Note sul regime delle eccezioni nuove proponibili per la prima volta in appello nel processo amministrativo*, nota a Cons. St., Sez. V, 2 marzo 1999 n. 222, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 4,
- Ponte D., *La nullità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2007.
- Pototschnig U. – Travi A., *Appello (diritto amministrativo)*, Voce, agg. III., in *Enc. dir.*, Milano, 1999.
- Presutti E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Milano-Messina, 1964, III.
- Proto Pisani A., *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, I, 3145.
- Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002.
- Protto M., *Le garanzie di indipendenza ed imparzialità del giudice nel processo amministrativo* (Relazione all'Incontro su: «Le garanzie delle giurisdizioni» - Venezia, 7-9 aprile 2011), in www.grupposanmartino.it.
- Pugliatti S., *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1965.
- Pugliatti S., *I fatti giuridici – Revisione e aggiornamento di A. Falzea*, Milano, 1996.
- Punzi C., *Il processo civile, Sistema e problematiche*, vol. I - IV, Torino, 2010.

-Q-

- Quaranta A. – Grasso G., *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1981.

-R-

- Ramajoli M., *Nullità, legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 4.

- Ranelletti O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937.
- Raselli A., *Della cosa giudicata in rapporto alle eccezioni e alle domande riconvenzionali*,
in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, II, 244.
- Ravà P., *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937.
- Redenti E., *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1957.
- Recchioni S., *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999.
- Redenti E. – Vellani M., *Diritto processuale civile*, Modena, 2000.
- Renna M. – Figorilli F., *Silenzio della pubblica amministrazione*, I, *Diritto amministrativo*,
Voce, in *Enc. Giur.*, Agg., Roma, 2009.
- Rescigno P., *L'abuso del diritto (Una significativa rimeditazione delle sezioni unite)*, in *Corr. giur.*, 2008, 6.
- Roberti A., *Trattato delle azioni e delle eccezioni*, Firenze 1840.
- Rocco A., *L'interpretazione delle leggi processuali*, in *Studi di diritto commerciale*, I, Roma, 1933.
- Romanelli V. M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.
- Romano A., *L'azione amministrativa*, Torino, 2016.
- Romano S., *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, III, Milano, 1901.
- Romualdi G., *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Torino, 2013.
- Ronco A., *Questione di giurisdizione e regolamento di competenza - Sul rilievo del difetto di giurisdizione nell'ambito del regolamento di competenza*, nota a Cass.,
Sez. un., 5 gennaio 2016, n. 29, in *Giur. it.*, 6, 2016.
- Russo F., *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, Roma, 2013.
- Russo F., *La rilevabilità d'ufficio della nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite*, nota a Cass., SS. UU, 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in www.dirittocivilecontemporaneo.com, II, I, 2015.

-S-

- Sacchi Morsiani G., *Eccesso di potere amministrativo*, in *Noviss. Dig. It., App.*, vol. III, 1982.
- Saitta N., *Sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2011.

- Saitta F., *Commento all'art. 101 del Codice del processo amministrativo*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2010.
- Saitta F., *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, ultimo comma, e 21-octies, 2° comma, della legge n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. TAR.*, 2006.
- Saitta F., *Annulamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio?*, in www.giustamm.it, n. 5/2008.
- Saitta F., *L'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2010.
- Salamone V., *Prime note illustrative del nuovo processo amministrativo dinanzi ai Tribunali amministrativi regionali*, Palermo, 2010.
- Salandra A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904.
- Salvia F., *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici sull'approccio)*, in *Foro amm. CdS*, 2009.
- Sandulli A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, 1998.
- Sandulli A. M., *Ricorso amministrativo*, voce in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968.
- Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I e II, ed. 1989.
- Sandulli A. M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964.
- Sandulli A. M., *Sulla discriminazione delle competenze tra Corte Costituzionale e Alta Corte per la Regione siciliana*, in *Foro it.*, 1956, IV.
- Sandulli A. M., *Il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963.
- Sandulli A. M., *Atto politico ed eccesso di potere*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXII, 1946, II.
- Sandulli A. M., *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, 1982.
- Sandulli M. A., *Il nuovo processo amministrativo*, vol. I e II, Milano, 2013.
- Sandulli M. A., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015.
- Sandulli M. A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l.n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it, 2012, 12, rielaborazione dell'intervento tenuto all'incontro di studio su *Il nuovo*

- potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990.*
- Sandulli M. A., *Il nuovo potere di ricorso dell'AGCM a tutela della concorrenza*, Relazione al Convegno dell'AIGE (associazione italiana giuristi europei) sul tema *Norme europee sulla concorrenza e tutela dinanzi al giudice amministrativo EU Competition Law and the enforcement before the administrative Courts.*
- Sandulli M. A., *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12.
- Sandulli M. A., *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della P.A.*, in *Giust. civ.*, 1994.
- Sandulli M. A., *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove auton.*, 2012.
- Sandulli M. A., *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, n. 17 del 2015.
- Sanino M., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Torino, 2012.
- Santaniello G., *La convalida (Diritto amministrativo)*, X, 1962, 503 e ss.
- Santoro S., *Appunti sulle impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986.
- Sassani B., *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983.
- Savigny F.V.K., *Sistema del diritto romano attuale*, a cura di V. Scialoja, V, Torino, 1893, 220.
- Satta S., *Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XII, 1964.
- Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959.
- Satta S., *Diritto processuale civile*, a cura di C. Punzi, Padova, 1987.
- Satta S., *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 243 e ss.
- Scalia F., *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. app.*, 1, 2016.
- Scarselli G., *Note in tema di eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1996.
- Scoca F. G., *Giustizia amministrativa*, IV ed., Torino, 2011.
- Scoca F. G., *Giustizia amministrativa*, VI ed., Torino, 2014.

- Scoca F. G., *Artt. 63 e 64*, in A. Quaranta – V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2010.
- Scoca F. G., *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Ann. Perugia*, 1977.
- Sorrentino G., *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000.
- Spasiano M. R. – Corletto D. - Gola M. – Galetta D. U. – Police A. - Cacciavillani C., *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Bologna, 2012.
- Squazzoni A., *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1.

-T-

- Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- Tarello G., *Dottrine del processo civile*, Bologna, 1989.
- Taruffo M., *L'onere della prova*, Voce, in *Dig. civ.*, 1995.
- Tarullo S., *L'annullamento in appello con rinvio al TAR per erronea declinatoria di giurisdizione tra conservazione e spinte riformatrici*, in *Dir. proc. amm.* 1997.
- Tassone A. R., *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2009.
- Tassone A. R., *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007.
- Travi A., *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010.
- Travi A., *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015.
- Travi A., *Ricorsi amministrativi*, (voce) in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997.
- Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013.
- Travi A., *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985.
- Trimarchi Banfi F., *Modalità giustiziali e funzione giustiziale nei ricorsi amministrativi*, in *Le Regioni*, 1985.

- Tropea G., *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007.
- Tropea G., *La c.d. motivazione successiva tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003.
- Tropea G., *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012.

-U-

- Urbano G., *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 10.

-V-

- Vacirca G., *Appunti per una nuova disciplina del ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986.
- Vaiano D., *Gli atti politici*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano, 2005.
- Villata R., *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990.
- Villata R. - Ramajoli M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006.
- Vipiana Perpetua P. M., *Invalidità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi*, Padova, 2007.
- Virally M., *L'introuvable acte de gouvernement*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1952.
- Virga G., *Diritto amministrativo – Atti e ricorsi*, Milano, 2001.
- Virga P., *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1972.
- Vitale G., *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. it. Dir. pubb. comunit.*, 2013, 1, 59.
- Vitale G., *L'autonomia procedurale nel caso Janecek e le possibili ricadute sull'ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. un. eur.*, 2009, 401 e ss.
- Vitta C., *Diritto amministrativo*, Torino, 1962, I.

Vittoria P., *La disciplina processuale della questione di giurisdizione*, in *Il libro dell'anno del Diritto Treccani*, Roma, 2012

Vullo E., *La domanda riconvenzionale*, Milano, 1995.

-Z-

Zanzucchi M. T.– Vocino C., *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1955.

Zanzucchi M. T., *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1916.

Zicchittu P., *Le disarmonie tra giudizio di costituzionalità e processo amministrativo: alcune brevi riflessioni*, in www.federalismi.it, 8, 2016.