

La sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo

Autore: Trebastoni Dauno F.G.

In: Diritto amministrativo

la sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo[1]

Dauno F.G. Trebastoni

Magistrato TAR Catania -

Professore a contratto di Istituzioni di Diritto Pubblico

presso la Facoltà di Scienze Politiche

dell'Università degli Studi di Catania

1. La giurisprudenza precedente alla L. 15/2005. L'oggetto del processo amministrativo.

Come è noto, il comma 2 dell'art. 21 octies della L. 241/90, come modificato dalla L. 15/2005, ha inteso recepire, estendendone semmai l'applicazione, il precedente orientamento giurisprudenziale che sulla questione dei vizi procedimentali dell'atto, ivi compreso quello legato alla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, aveva già assunto una posizione più legata alla "sostanza" delle questioni in rilievo, per cui tali vizi non comportavano comunque l'annullamento del provvedimento, qualora si accertasse in giudizio che comunque il suo contenuto non avrebbe potuto anche in seguito essere diverso.

Una posizione legata all'annoso dibattito sull'oggetto del processo amministrativo in generale, nell'ambito del quale le opinioni sono riportabili sinteticamente a due opposte concezioni: da un lato, la tesi che ritiene quello amministrativo un processo (solo) sull'atto[2], dall'altro quella che individua l'oggetto del processo nel rapporto amministrativo[3].

In realtà, sembra cogliere nel segno quella dottrina che osserva come le due posizioni non siano inconciliabili, rappresentando, si potrebbe aggiungere, due facce della stessa medaglia, nel senso che "anche quando la questione di legittimità dell'atto dell'Amministrazione condiziona l'intero svolgimento del giudizio, ciò non significa necessariamente che al giudice sia preclusa la cognizione della pretesa sostanziale del cittadino". Vale a dire che "l'impugnazione di un provvedimento, di cui si chiede l'annullamento, può essere anche il mezzo per ottenere una pronuncia del giudice sulla fondatezza sostanziale della pretesa dell'Amministrazione o del cittadino, e in questi casi il sindacato sull'atto impugnato è solo uno strumento o un momento preliminare per la valutazione da parte del giudice..."[4].

In pratica, sembra da condividere la concezione ormai comunemente acquisita in dottrina circa la natura e la funzione della giurisdizione amministrativa, secondo cui questa va intesa come posta a tutela degli interessi sostanziali dei ricorrenti. In definitiva, "ormai il processo amministrativo è stato pienamente ricostruito come processo di parti, come tale volto a tutelare situazioni giuridiche soggettive parzialmente protette da una norma che disciplina congiuntamente anche le correlate potestà discrezionali dell'amministrazione"[5].

Ritenendo che unico scopo del ricorso sia quello di ottenere l'annullamento dell'atto impugnato, e del processo quello di annullare l'atto, si giunge ad una concezione del giudizio stesso squisitamente formalistica, consentendo all'Amministrazione, spesso, di rinnovare la lesione o di eludere il contenuto effettivo e logico della sentenza[6].

Ciò che formalmente viene chiesto al giudice è l'annullamento dell'atto impugnato, ma è chiaro che, dal punto di vista sostanziale, la pretesa del ricorrente va oltre, perché, "attraverso la richiesta di annullamento, viene in realtà invocata una diversa disciplina del rapporto: esattamente del resto come, resistendo a tale domanda, si chiede che venga accertata l'esattezza dei presupposti di fatto e di diritto su cui l'atto impugnato...si fondava, e che venga dunque dichiarato che quella è la regola iuris del rapporto". In altri termini, "l'annullamento altro non è che la forma obbligata che assume la sentenza...che accoglie il ricorso del privato (...). La sentenza, per il fatto stesso di accertare il fondamento o l'illegittimità di una pretesa dell'amministrazione, detta la disciplina dei rapporti tra le parti, nel senso che in ogni caso nessuno può sottrarsi alla statuizione che essa reca. Il vincolo per le parti è identico, sia che si tratti di esercitare nuovamente il potere discrezionale, sia che si tratti di determinare i comportamenti conseguenti al rigetto del ricorso"[7].

Non solo, ma che il processo sia da intendere a tutela di situazioni soggettive è dimostrato, oltre che da una serie di indici normativi forniti dalla L. 205/2000, da tutta un'evoluzione giurisprudenziale nel modo di concepire diversi istituti processuali e problematiche, a cominciare dalla tutela cautelare, all'istruzione, al

giudizio di ottemperanza, al sindacato sulla motivazione dei provvedimenti, al riconoscimento di un interesse a ricorrere anche solo morale, ecc. In altri termini, tutto un complesso di indici importanti a conferma di una nuova concezione del processo amministrativo, non più come mero processo di impugnazione, e cioè strumento di verifica della legittimità (formale) dell'atto impugnato, ma mezzo di controllo sull'attività discrezionale svolta dalle pubbliche Amministrazioni, previsto per risolvere i conflitti che nascono tra quest'ultima ed i cittadini o, addirittura, tra amministrazioni diverse[8].

Il fatto è, come rilevava Nigro, che ogni provvedimento amministrativo rappresenta l'esercizio di una specifica potestà amministrativa, la quale consiste nel dare un certo assetto all'interesse che la singola Amministrazione intende perseguire e agli interessi, pubblici e privati, eventualmente coinvolti. Ed allora, quando un privato ritiene illegittimamente lesa una sua situazione giuridicamente garantita, avente i caratteri dell'interesse legittimo, si ha che "il ricorrente critica l'assetto conferito agli interessi, ne propone un altro, e chiede al giudice di farlo proprio ed imporlo all'amministrazione". In tal modo, il giudizio amministrativo si conferma un giudizio su un conflitto sostanziale di interessi, poiché "la sentenza amministrativa non si limita ad eliminare l'atto, ma necessariamente si pone come attività di identificazione del corretto modo di esercizio del potere (idest, del corretto assetto di interessi) e cioè come regola del comportamento futuro dell'amministrazione"[9].

2. La sanatoria processuale prevista dall'art. 21 octies, comma 2, L. 241/90.

Quindi, nell'ottica della ritenuta necessità che il giudice amministrativo, andando al di là dei vizi procedurali riscontrati, verifichi invece la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente, il legislatore non ha certamente inteso dichiarare la legittimità dei provvedimenti il cui annullamento, per la possibilità che l'Amministrazione ha di riemanare un provvedimento dall'identico contenuto, non arrechi al ricorrente alcun vantaggio concreto, bensì, più semplicemente, ha previsto una sanatoria processuale dell'invalidità dei provvedimenti impugnati, dei quali, proprio per la affermata "violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti" portata all'attenzione del giudice amministrativo, viene invece ribadita l'illegittimità; che tuttavia, in relazione alla constatata impossibilità che quei provvedimenti abbiano un contenuto diverso, non consente comunque a quel giudice di annullarli[10].

Vale a dire che la violazione continua ad integrare un vizio di legittimità, che però non comporta l'annullabilità dell'atto, a causa di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice, che accerta che il provvedimento non poteva essere diverso[11].

Il provvedimento era, e rimane affetto, da un vizio di legittimità. Il legislatore non ha, dunque, inteso intervenire sulla qualificazione dei vizi procedurali o formali e del vizio relativo alla mancata

comunicazione dell'avvio del procedimento, che restano tutti vizi di legittimità, ma ha voluto incidere sulle conseguenze connesse all'invalidità del provvedimento viziato nella forma o nel procedimento[12].

Da un punto di vista strettamente processuale, quindi, può pure ipotizzarsi, come anche si è fatto, che il giudizio possa chiudersi, anziché con un rigetto nel merito del ricorso, con una pronuncia di inammissibilità o di improcedibilità, rispettivamente per difetto originario o sopravvenuto dell'interesse[13].

Da tali premesse consegue anche che quelle contenute nel comma 2 dell'art. 21 octies vanno considerate norme processuali, sull'azione di annullamento, applicabili anche ai giudizi relativi ai procedimenti amministrativi già definiti alla data di entrata in vigore della legge n. 15/05, e che siano quindi già stati instaurati[14].

Infatti, come precisato, sancendo la non annullabilità dei provvedimenti, le norme in questione non riguardano la loro qualificazione da un punto di vista sostanziale, avendo inteso solo escludere la possibilità che essi (comunque illegittimi) ed i loro effetti vengano eliminati dal giudice amministrativo, del quale vengono pertanto disciplinati i relativi poteri in giudizio, in relazione a quella che è una vera e propria sanatoria processuale; che inibisce allo stesso giudice, una volta accertata la "non annullabilità" del provvedimento impugnato, di concedere anche il risarcimento del danno, in quanto, visto che il provvedimento non poteva essere diverso, il bene della vita non spettava (o, nel caso di interessi legittimi oppositivi, poteva essere sacrificato dall'Amministrazione).

3. Le diverse fattispecie disciplinate dal comma 2 dell'art. 21 octies.

Come risulta già da un suo esame letterale, sembra di poter ritenere che il comma 2 dell'art. 21 octies disciplini cinque fattispecie completamente diverse tra loro, e la cui "gestione" processuale da parte del giudice è ispirata a regole diverse.

Infatti, nell'occuparsi, nella sua prima parte, del provvedimento adottato "in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti", la disposizione prevede la sua "non annullabilità", "qualora, per la natura vincolata del provvedimento impugnato, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Ora, seppure implicitamente, è al giudice che è evidentemente rimessa la valutazione, da operarsi d'ufficio, su questo manifestarsi in modo "palese" della doverosità del contenuto del provvedimento, al fine di affermare eventualmente l'infondatezza della pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente[15].

Tenendo presente, però, che il giudice amministrativo, prima di decidere una questione rilevata d'ufficio, deve indicarla alle parti, per consentirne la trattazione, in attuazione del principio del contraddittorio. Vale a dire che "rilevare d'ufficio" sta per "indicare d'ufficio alle parti", in base ad un argomento tratto dall'art. 183, 4° comma, c.p.c. - secondo cui nell'udienza di trattazione "il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione" - e dall'art. 183, 8° comma, c.p.c., secondo cui "nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova..., ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice..., i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi nonché depositare memoria di replica nell'ulteriore termine perentorio parimenti assegnato dal giudice...".

L'utilizzo del termine "palese", inoltre, chiarisce che deve trattarsi di una situazione in cui questa doverosità del contenuto deve risultare, in fatto e in diritto, in modo evidente, senza incertezze interpretative; e cioè deve trattarsi di ipotesi in cui non siano contestati i presupposti di fatto, e in cui, per quanto attiene alla sola valutazione in punto di diritto, il raffronto tra la fattispecie concreta ed il precetto non sia particolarmente complesso[16].

Requisito, questo della "evidenza", che differenzia tale prima ipotesi da quella - comunque possibile - in cui, pur trattandosi di provvedimento vincolato, non sia così evidente che il provvedimento non potesse avere un contenuto diverso[17].

In questo secondo caso, come pure laddove si tratti della terza ipotesi, relativa a provvedimenti aventi natura discrezionale adottati "in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti", non potrà essere il giudice, d'ufficio, a dichiarare l'inevitabilità del contenuto del provvedimento, perché tale prova dovrà essere fornita, nei termini che si chiariranno di seguito, dall'Amministrazione intimata[18].

In ogni caso, l'indagine sulla doverosità del contenuto dovrà essere effettuata esclusivamente in relazione alla normativa che disciplinava la materia interessata al momento dell'emanazione del provvedimento stesso, in applicazione della nota regola *tempus regit actum*[19].

Analogamente, nella sua seconda parte, il medesimo comma 2, nel disciplinare in modo autonomo la mancata comunicazione di avvio del procedimento, ha certamente inteso recepire l'orientamento di quella parte della giurisprudenza che già prima delle modifiche apportate alla L. 241/90 dalla L. 15/2005 aveva più volte affermato che dell'avviso d'avvio del procedimento amministrativo, ex art. 7, comma 1, L. 241/90, si può prescindere quando il procedimento sia preordinato all'emanazione di provvedimenti interamente vincolati anche nei presupposti di fatto, in base ad un quadro normativo di riferimento che non presenti margini d'incertezza sufficientemente apprezzabili, e qualora l'eventuale annullamento dell'atto, per omessa comunicazione d'avvio del procedimento, non privi l'Amministrazione del potere (se non, addirittura, del dovere) di riemanarlo con identico contenuto[20].

Il citato orientamento giurisprudenziale era per lo più riferito (solo) ai casi di attività amministrativa avente natura vincolata; venendo di solito affermato che la comunicazione di avvio fosse invece necessaria

tutte le volte in cui l'adozione del provvedimento implicasse il compimento di valutazioni di natura discrezionale, o l'accertamento di circostanze di fatto suscettibili di vario apprezzamento[21].

In realtà, il comma 2 dell'art. 21 octies è andato anche oltre le posizioni del citato orientamento giurisprudenziale, perché non può essere ritenuto casuale che nel primo periodo, con riferimento al provvedimento adottato "in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti", il legislatore, nel prevedere la sua "non annullabilità" laddove il giudice possa rilevare la doverosità del suo contenuto, ha indicato quale ulteriore requisito per un tale esito processuale "la natura vincolata del provvedimento impugnato"; nel secondo periodo, invece, non soltanto ha disciplinato autonomamente la violazione di legge consistente nella mancata comunicazione di avvio del procedimento - scorporandola dal genere più ampio della "violazione di norme sul procedimento", al quale è comunque riconducibile - ma nel fare ciò ha semplicemente previsto che "il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"; senza cioè fare alcun riferimento alla natura del provvedimento impugnato, che quindi, almeno teoricamente, può bene essere discrezionale[22].

Il problema è dato dal fatto che anche se, teoricamente - in considerazione appunto della avvenuta differenziazione del vizio della mancata comunicazione di avvio - la citata disposizione di legge è applicabile anche ai provvedimenti aventi natura discrezionale, in concreto sorgono forti dubbi sulla reale possibilità che l'Amministrazione possa fornire in giudizio una simile prova, proprio per l'opinabilità delle soluzioni tipicamente legate all'esercizio di attività amministrativa discrezionale[23].

Oltretutto, la possibilità che "l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso" presuppone, correlativamente, che il giudice valuti positivamente la prova fornita[24].

Ma, come è noto, le scelte che sono alla base delle manifestazioni di attività amministrativa discrezionale sono frutto di apprezzamenti di merito, come tali riservati all'Amministrazione, e dunque sindacabili in sede di legittimità non nel suo intrinseco contenuto, ma soltanto in relazione a profili di illogicità o travisamento[25].

Vale a dire che in generale, a prescindere cioè dalle problematiche legate all'applicazione delle norme in esame, il sindacato giurisdizionale sul merito dei provvedimenti discrezionali è estremamente limitato, non potendo il giudice sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'Amministrazione cui è affidata la cura dello specifico interesse pubblico in gioco, ma dovendosi limitare soltanto a verificare che le contestate valutazioni di merito non risultino *ictu oculi* abnormi, irragionevoli o arbitrarie, e non siano viziate da travisamento dei fatti, da palese illogicità o manifesta contraddittorietà[26].

E allora, poiché lo stesso tenore della disposizione impone di ricomprendere nell'ambito di sua applicazione anche i provvedimenti discrezionali, il problema interpretativo probabilmente si risolve

ritenendo, come già le prime pronunce sul tema sembrano orientate a fare, che all'Amministrazione vada richiesta una prova particolarmente rigorosa della circostanza che il provvedimento non poteva essere diverso da quello in concreto adottato, e tale prova non può però concernere valutazioni di merito, precluse appunto al giudice amministrativo[27].

Deve cioè trattarsi di argomentazioni facilmente verificabili dal giudice amministrativo[28], nel senso che la prova deve essere tale da introdurre nel giudizio elementi di fatto "oggettivamente" verificabili, idonei a dimostrare in concreto che in nessun altro modo, non lesivo per la posizione del ricorrente, si sarebbe potuto raggiungere lo scopo[29].

Ecco perché in giurisprudenza si è ad esempio affermato che ai fini dell'applicabilità di tale tipo di sanatoria la prova che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso deve consistere nella dimostrazione, in giudizio, che trattavasi di atto vincolato, o sotto il profilo giuridico (nell'ipotesi di cui al primo periodo del comma 2), o sotto il profilo di fatto (nell'ipotesi di cui al secondo periodo dello stesso comma)[30].

4. Integrazione della legge processuale amministrativa ad opera del codice di procedura civile. I vari tipi di eccezione.

Un distinto esame richiede poi la seconda fattispecie disciplinata dal comma 2 dell'art. 21 octies, in relazione alla espressa previsione che sia l'Amministrazione a fornire in giudizio la prova "che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso".

In particolare, è necessario verificare in applicazione di quali regole processuali il giudice potrà ritenere raggiunta tale prova, e che significato e valenza abbia, da un punto di vista strettamente processuale, la previsione della necessità che tale prova sia fornita (solo) dall'Amministrazione.

Tenendo presente che tale dimostrazione sembra poter essere differenziata dalla vera e propria integrazione della motivazione in giudizio, la cui possibilità per l'Amministrazione la giurisprudenza aveva in precedenza tradizionalmente negato, in base alla considerazione che la motivazione deve precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo[31].

Infatti, il provvedimento impugnato, emesso senza la previa comunicazione di avvio del procedimento, e quindi senza la partecipazione dell'interessato al procedimento, può anche essere già fornito di motivazione; nel senso che rispetto ai provvedimenti a contenuto discrezionale, la sanatoria processuale disciplinata dall'art. 21 octies non scaturisce da una diversa o ulteriore motivazione offerta dall'Amministrazione in corso di giudizio, quanto dalla prova, mediante l'introduzione di elementi di fatto

oggettivamente verificabili, che l'apporto del privato non avrebbe comunque potuto influire sull'esito del procedimento, così come cristallizzato nel provvedimento, e cioè portare all'adozione di un atto diverso, soddisfacente o comunque non confligente con gli interessi del ricorrente[32].

Ora, è noto che la fonte principale di integrazione diretta del diritto processuale amministrativo, laddove questo non disciplini specificamente un determinato istituto o lo disciplini solo in parte, è data da quei principi, propri di un diritto processuale comune, che trovano la loro collocazione nel diritto processuale civile, le cui norme sono pertanto normalmente applicate al processo amministrativo, laddove non siano incompatibili con le particolari caratteristiche di quest'ultimo. Anche norme specificamente proprie del processo civile possono trovare applicazione nel processo amministrativo, ma in questo caso si tratta di applicazione analogica; mentre nel caso in cui sia la stessa legge processuale amministrativa a richiamare precetti della legge processuale civile[33], le norme vengono recepite formalmente ed entrano a far parte a tutti gli effetti del corpus di norme che disciplinano il processo amministrativo[34].

Secondo la tradizionale definizione della dottrina processualcivile classica[35], un diritto viene in essere quando si determina una volontà concreta di legge, cioè quando si verificano in concreto quei fatti che nella norma, o volontà astratta di legge, sono astrattamente idonei a costituire quel diritto che dà luogo poi all'azione, e che perciò sono detti fatti costitutivi.

A fronte di questi fatti, possono esservene altri, detti estintivi, per i quali l'azione o non è mai nata o è venuta meno prima della decisione del giudice; ed altri, detti impeditivi, che consistono in fatti per loro natura negativi, cioè il mancato avveramento di una circostanza che deve concorrere coi fatti costitutivi perché questi producano i loro propri effetti.

Ora, la sentenza di rigetto può negare l'azione:

a)

in un primo caso, perchè il giudice ha considerato come inesistente un fatto costitutivo del diritto o dell'azione, o perchè, anche non negando il fatto affermato dall'attore, ha negato la sua idoneità a produrre effetti giuridici, per difetto di una norma astratta di legge sotto cui ricondurlo;

b)

in un secondo caso, perchè il giudice, pure ammettendo l'esistenza di un fatto costitutivo, ha insieme

considerato come esistente anche un fatto impeditivo;

c)

in un terzo caso, perchè il giudice ha considerato come esistente un fatto estintivo[36].

Di regola, quindi, anche nell'inerzia del convenuto, il giudice accoglierà la domanda solo se avrà potuto formare il suo convincimento circa la sussistenza del diritto, e cioè sulla volontà astratta di legge, nonché sui fatti costitutivi, avvalendosi dei mezzi di prova che, in applicazione dell'art. 115 c.p.c. - secondo cui "salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti..." - l'attore gli avrà fornito.

Laddove il convenuto si costituisca, e si difenda, per lo più la sua domanda sarà di rigetto di quella dell'attore. La dottrina ritiene che questa domanda di rigetto costituisca anch'essa esercizio di un'azione, poiché, chiedendo il rigetto, il convenuto "viene in sostanza a chiedere al giudice di pronunciare una sentenza di mero accertamento negativo" circa la sussistenza del diritto vantato dall'attore[37].

Tale caratteristica dell'azione del convenuto passa inosservata fino a quando l'attore insiste nella sua domanda, perché in quel caso quell'azione si confonde e identifica con l'esercizio del diritto di difesa. Ma se l'attore intende abbandonare il giudizio, o rinunciare agli atti, allora l'azione del convenuto si manifesta come diritto autonomo, come azione vera e propria, che impone al giudice una pronuncia sulle ragioni poste dal convenuto a base della propria azione, a prescindere dal fatto che si tratti di circostanze che egli avrebbe potuto rilevare d'ufficio[38]. Tanto è vero che per il processo civile l'art. 306 c.p.c. dispone che "il processo si estingue per rinuncia agli atti del giudizio quando questa è accettata dalle parti costituite che potrebbero aver interesse alla prosecuzione".

Che il convenuto possa allegare fatti con portata estintiva, impeditiva o modificativa del diritto, risulta in modo chiaro dall'art. 2697 c.c., secondo cui, come "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento", analogamente "chi 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". Includendo quindi le allegazioni del convenuto nella nozione di "eccezione".

Nel suo significato più ampio, nella pratica si identifica con questa parola qualunque attività di difesa del convenuto, qualunque sia la ragione su cui l'istanza sia fondata.

Il nostro codice di rito non conosce un significato tecnico speciale di "eccezione", perché parla, promiscuamente, di "difesa"[39], "risposta"[40], "contraddire"[41], "eccezioni"[42]. E il codice civile parla di eccezioni comprendendo qualunque contraddizione relativa al merito[43].

Le eccezioni non sono propriamente tali (cioè sono eccezioni in senso improprio), se consistono in semplici negazioni dei fatti costitutivi, cioè si limitano a realizzare una mera difesa, intesa come “contestazione della pretesa fondata sulla negazione dell’elemento di fatto o di diritto della ragione della pretesa”; sono invece vere e proprie eccezioni (cioè eccezioni di merito in senso proprio) quelle che consistono in una “contestazione della pretesa fondata su un fatto avente efficacia estintiva o invalidativa dell’effetto giuridico affermato come ragione della pretesa”[44].

Con queste allegazioni l’oggetto del processo si allarga rispetto a quello determinato con la domanda, ma solo con riferimento ai fatti dei quali il giudice può e deve conoscere[45].

A questo punto, si pone il problema se il giudice possa pronunciarsi d’ufficio su fatti impeditivi, estintivi o modificativi dei quali sia venuto a conoscenza attraverso gli atti del processo, nonostante che nessuna delle parti abbia proposto eccezione riguardo ad essi o comunque chiesto una pronuncia su di essi.

Per risolvere tale quesito non può che farsi riferimento all’art. 167, comma 2, c.p.c., che onera il convenuto di proporre già nella comparsa di risposta, “a pena di decadenza”, “le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d’ufficio”, nonché all’art. 112 c.p.c., nella parte in cui prevede che “il giudice...non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti”.

Ora, nel vietare al giudice di pronunciarsi su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti, questa norma implicitamente afferma che esistono due categorie di eccezioni di merito: quelle sulle quali il giudice può pronunciarsi d’ufficio, e quelle che possono essere proposte soltanto dalle parti. Queste ultime eccezioni, quindi, riguardano l’esistenza di fatti impeditivi, estintivi o modificativi che possono essere allegati solo dalle parti, e che, nell’ambito delle eccezioni di merito in senso proprio, costituiscono quella categoria detta di eccezioni in senso proprio e stretto[46].

Cioè una particolare forma di difesa che consiste in un diritto del convenuto, e precisamente in un controdiritto tendente ad impugnare e annullare il diritto di azione, e che rientra quindi nella vasta categoria dei diritti potestativi[47]; o, se si preferisce, da intendere come il diritto di colui che resiste alla domanda, ad ottenere che il provvedimento sul merito della domanda stessa tenga conto anche dei fatti estintivi o impeditivi o modificativi la cui allegazione è affidata alla sua disponibilità[48].

In questi casi l’istanza del convenuto si trova in rapporto di condizione giuridica con la sentenza di rigetto, nel senso che il giudice non può rigettare la domanda in base a quei fatti se non sono allegati e fatti valere dal convenuto[49].

Spesso è la stessa legge a vietare al giudice di rilevare d’ufficio una eccezione, come ad esempio fa l’art. 2938 c.c., ai sensi del quale “il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta”[50]; o richiedendo l’istanza del convenuto, come nel caso della “preventiva escussione del patrimonio sociale”, ex art. 2268 c.c.

Ma quando la legge tace, l'interprete deve allora stabilire se una determinata circostanza sia necessaria all'esistenza dell'azione, oppure se un determinato fatto sia assolutamente incompatibile con l'esistenza dell'azione[51]; considerato che il giudice deve conoscere di tutti quei fatti che, al momento della sua pronuncia, abbiano influito sull'esistenza di quel diritto, e quindi anche di quei fatti impeditivi, estintivi o modificativi che abbiano automaticamente prodotto i loro effetti[52].

Viceversa, il giudice non può tener conto d'ufficio di quei fatti impeditivi, estintivi o modificativi che producono i loro effetti "non" automaticamente, in quanto oggetto di un controdiritto che la parte resistente potrebbe far valere (ma anche non valere) con una azione autonoma; come nei casi di risoluzione del contratto per inadempimento, e del diritto all'annullamento del contratto per errore, violenza, dolo o per incapacità.

Quindi, in definitiva, per quanto riguarda il rapporto tra eccezione ed onere della prova, mentre, come si è detto, per i fatti impeditivi o estintivi che danno luogo ad eccezioni in senso proprio il convenuto deve espressamente farli valere - altrimenti il giudice non può tenerne conto anche se provati aliunde, cosicché l'eccezione del convenuto è la condizione giuridica per il rigetto della domanda - per gli altri fatti, invece, il convenuto ha l'onere di provarli se vuole che il giudice li conosca, "ma ciò costituisce semplicemente una condizione di fatto della conoscenza del giudice, di modo che se questi fatti sono altrimenti provati...il giudice deve tenerne conto sebbene non affermati né fatti valere dal convenuto"[53].

5. La "dimostrazione" dell'Amministrazione nel sistema delle eccezioni in senso proprio. Il contraddittorio con il privato. L'esclusività del potere di eccezione.

Cercando di applicare quanto finora stabilito alla fattispecie disciplinata dalla seconda parte del comma 2 dell'art. 21 octies, secondo cui "il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", non sembra possano esservi dubbi sul fatto che la dimostrazione che l'Amministrazione deve fornire circa l'inevitabilità del contenuto del provvedimento non sia altro che una vera eccezione in senso proprio o stretto; nel senso che la previsione di legge onera l'Amministrazione - che intenda far valere la speciale causa di esclusione della annullabilità del provvedimento impugnato per omessa partecipazione al procedimento, consistente nella circostanza che, quand'anche l'interessato vi avesse partecipato, l'atto finale non avrebbe potuto essere diverso - di sollevare formalmente ed in modo espresso la relativa eccezione, che non può essere rilevata d'ufficio, e provare il fatto costitutivo di essa[54].

Vale a dire che non soltanto l'Amministrazione deve essersi costituita in giudizio[55], ma non è poi sufficiente che essa si limiti a depositare documenti dai quali dovrebbe dedursi l'esistenza di fatti estintivi

o impeditivi[56]; occorre invece che essa formuli una vera e propria domanda processuale in tal senso, atteso che, in base al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato contenuto nella prima parte dell'art. 112 c.p.c., secondo cui "il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa", nel giudizio impugnatorio il giudice amministrativo è vincolato dal "petitum" di annullamento e dalla "causa petendi" (ragioni e motivi di ricorso), non potendo verificare d'ufficio l'esistenza di fatti la cui disponibilità è lasciata all'Amministrazione, nè decidere prescindendo dall'intermediazione dei vizi di gravame.

Una conseguenza è l'inversione processuale che si verifica nel giudizio, dovendo il giudice trattare prioritariamente, rispetto ai dedotti motivi di ricorso, la domanda dell'Amministrazione, che, ove accolta, farebbe venir meno l'interesse del ricorrente rispetto al dedotto vizio di violazione dell'art. 7 L. n. 241/90[57].

Naturalmente, al privato ricorrente deve essere data la possibilità di controdedurre, a sua volta, sugli elementi di fatto "oggettivamente" verificabili esibiti come elementi di prova[58].

Da questo punto di vista, laddove l'Amministrazione, nel sollevare l'eccezione, si limiti, al fine di fornire la prova della doverosità del contenuto del provvedimento, a produrre documenti o memorie difensive, al privato sarà sufficiente, per far valere effettivamente il proprio diritto alla difesa nel rispetto delle regole del processo amministrativo, chiedere al giudice l'assegnazione di un termine a difesa per la semplice produzione di memoria difensiva o ulteriori documenti, trattandosi semplicemente di controdedurre rispetto all'eccezione sollevata dall'Amministrazione; mentre qualora quest'ultima adotti invece un nuovo provvedimento, ad integrazione del primo già impugnato, il privato avrà l'onere di proporre motivi aggiunti[59].

Non vi sono i presupposti giuridici per fare riferimento, nel trattare questa fattispecie, al noto principio, che governa l'istruzione probatoria nel processo amministrativo, detto "dispositivo con metodo acquisitivo", fondato non sul principio dell'onere della prova bensì dell'onere del "principio di prova", caratterizzato dal fatto che il giudice amministrativo può acquisire anche d'ufficio gli atti e i documenti ritenuti necessari ai fini della risoluzione della lite, purché il ricorrente fornisca almeno un principio di prova; nel senso che il ricorrente è tenuto semplicemente a prospettare al giudice adito una ricostruzione attendibile, sotto il profilo di fatto e giuridico, delle circostanze addotte, potendo poi il giudice acquisire d'ufficio gli elementi probatori indicati dalle parti ovvero ritenuti comunque necessari.

Tale principio si giustifica comunemente in ragione della disponibilità degli elementi probatori in capo alla sola Amministrazione, e della conseguente posizione di disparità sostanziale del privato nei suoi confronti; ma non può trovare applicazione laddove si tratti di aggravare semmai la posizione del ricorrente, e in presenza di una disposizione normativa che espressamente prevede a tal fine la necessità di una eccezione in senso proprio dell'Amministrazione, con il conseguente implicito divieto per il giudice di rilevare d'ufficio l'esistenza di quei fatti estintivi, impeditivi o modificativi[60].

Sembra poi di poter risolvere in senso negativo il dubbio relativo alla possibilità che l'eccezione in questione sia sollevata, anziché dall'Amministrazione, da altre parti, e in particolare dal controinteressato. E questo sia nel caso in cui l'Amministrazione si sia costituita, che nel caso in cui abbia invece ritenuto di non farlo[61].

Già nei rapporti civilistici si conosce una distinzione delle eccezioni in assolute e relative (o personali), a seconda che possano farsi valere da tutti contro tutti i partecipi di un rapporto, o da alcuni o contro alcuni soltanto[62].

Nel giudizio amministrativo quella del controinteressato è una posizione particolare, perché egli, per definizione, ha un interesse uguale e contrario all'accoglimento del ricorso, in quanto tipicamente è il beneficiario degli effetti favorevoli del provvedimento; e, apparentemente in modo paradossale, dalla proposizione del ricorso principale sorge anche il suo interesse ad impugnare anch'egli il provvedimento impugnato con ricorso incidentale, il cui stesso esame è subordinato all'accoglimento di quello principale[63].

La ragione per cui l'eccezione di cui discutiamo non può essere proposta dal controinteressato non è legata alla regola in base alla quale nel processo amministrativo di legittimità il ricorso incidentale è l'unico strumento mediante cui i soggetti, contro i quali si rivolge il ricorso giurisdizionale, possono legittimamente ampliare l'oggetto del giudizio, e far ad esempio valere eccezioni attinenti al difetto di requisiti legittimanti il ricorrente principale[64]; infatti, con l'allegazione di fatti estintivi, impeditivi o modificativi della domanda del ricorrente principale, è vero che l'oggetto del processo si allarga rispetto a quello determinato con la domanda, ma è un allargamento che riguarda solo i fatti dei quali il giudice può e deve conoscere, e quindi, almeno del tutto astrattamente, potrebbe non essergli precluso.

Il fatto è che vi sono dei casi in cui è la stessa legge processuale amministrativa a prevedere la possibilità di sollevare eccezioni, non rilevabili d'ufficio, da parte di qualsiasi soggetto partecipante al giudizio. Così, ad esempio, l'art. 31 L. n. 1034/71 dispone che "il resistente o qualsiasi interveniente nel giudizio innanzi al tribunale amministrativo regionale possono eccepire l'incompetenza per territorio del tribunale adito...", che "non è rilevabile d'ufficio".

Ma nel caso in esame, non soltanto, da un punto di vista formale, la disposizione di legge è inequivoca nel riferire alla sola Amministrazione l'onere della dimostrazione in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, con la espressa previsione del diritto potestativo dell'Amministrazione di far valere fatti estintivi o impeditivi o modificativi la cui allegazione è affidata alla sua disponibilità, e la conseguente configurazione di una vera e propria eccezione in senso stretto; ma tale espressa previsione ha anche, dal punto di vista del diritto sostanziale, una sua precisa ratio, legata al fatto che l'Amministrazione è l'unica titolare del potere discrezionale attribuito dalla legge, in quanto soggetto deputato a realizzare l'interesse pubblico la cui cura è ad essa affidata, previa comparazione, nell'ambito del procedimento amministrativo, di tale interesse con gli altri interessi pubblici e privati coinvolti[65].

Allorquando è intimata in giudizio, per difendere la legittimità del provvedimento da essa emanato, è solo l'Amministrazione che può rappresentare al giudice, sul piano virtuale, che, nella valutazione discrezionale già fatta di quegli interessi, la partecipazione dell'interessato non avrebbe apportato alcuna utilità, perché non avrebbe modificato l'assetto degli interessi come individuato nel provvedimento.

E d'altra parte, anche nel processo civile la giurisprudenza precisa che l'eccezione in senso stretto deve essere fatta valere dal soggetto nel cui interesse è prevista[66].

Laddove poi si tratti di provvedimenti a carattere vincolato, e non vi sia quindi alcuna valutazione di carattere discrezionale che l'Amministrazione possa compiere, resta il fatto che, in generale, la ratio della previsione di una eccezione in senso stretto sia quella di lasciare alla disponibilità della parte a cui favore essa è prevista l'allegazione di fatti estintivi, impeditivi o modificativi dell'azione, secondo valutazioni, anche di carattere processuale, non preventivabili, e nell'effettuazione delle quali il controinteressato non può certo sostituirsi all'Amministrazione.

Che poi, da un punto di vista di fatto, possa succedere che l'Amministrazione, pur costituendosi, non sollevi espressamente l'eccezione, per incuria o altro, questo rimane nella logica delle dinamiche processuali; secondo lo stesso meccanismo in base al quale il giudice non può rilevare d'ufficio l'unico vizio del provvedimento che porterebbe al suo annullamento ma che non è stato fatto valere dal ricorrente.

Come rilevato dalla dottrina processualcivilistica classica, "la sentenza che condanna il convenuto a pagare un debito già soddisfatto è una sentenza ingiusta, quantunque il giudice abbia ignorato che il pagamento era avvenuto. Mentre la sentenza che condanna a pagare un debito a cui si sarebbe potuto opporre, e non fu opposta, la prescrizione, non è punto ingiusta, quantunque il giudice abbia conosciuto che la prescrizione era compiuta. Si può rinunciare a opporre l'eccezione di prescrizione, purchè già compiuta (...), come si può rinunciare a qualunque altra eccezione vera e propria, appunto perchè si tratta di diritti d'impugnazione e a questi si può rinunciare (...) "[67].

D'altra parte, sembra di poter dire che l'accertamento della doverosità del contenuto del provvedimento da parte del giudice amministrativo, a cui tale compito è in definitiva rimesso, anche a prescindere da una rigorosa ed espressa prova da parte dell'Amministrazione, o a seguito di eccezioni sollevate da soggetti diversi, contraddice quell'esigenza di effettività nella tutela delle situazioni giuridiche sostanziali dei ricorrenti - a garanzia delle quali il processo amministrativo è congegnato - che passa anche dal rispetto delle regole nel processo.

Dauno F.G. Trebastoni

[1] Lo scritto rappresenta il testo, opportunamente integrato, della relazione tenuta al corso di aggiornamento per magistrati amministrativi, Roma, 4 aprile 2008.

[2] Cfr. Piras, Interesse legittimo e giudizio amministrativo, vol. II, Milano, 1962, 460; Scoca, Il silenzio della Pubblica Amministrazione, Milano, 1971, 294; Stella Richter, L'inopponibilità, Milano, 1970, 122.

[3] Tale tesi presenta poi una serie di differenziazioni, a seconda che si precisi che oggetto del giudizio sia: la questione di legittimità dell'atto impugnato: A. Romano, La pregiudizialità nel processo amministrativo, Milano, 1958, 260; il potere di provocare l'annullamento dell'atto: Garbagnati, La giurisdizione amministrativa, Milano, 1950, 67 ss.; Nigro, Giustizia amministrativa, IV ed., a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 1994, 228; l'interesse legittimo e la coeva questione di legittimità dell'atto: Villata, L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato, Milano, 1971, 526 ss.; l'affermazione di una situazione giuridica: Clarich, Giudicato e potere amministrativo, Padova, 1989, 128 ss. Come è stato rilevato, uno degli argomenti utilizzati con maggior forza dai sostenitori della tesi sul rapporto amministrativo "poggiava sull'incapacità del giudizio di annullamento di tutelare quelle situazioni giuridiche lese dall'assenza di un provvedimento amministrativo: il c.d. silenzio inadempimento. Dal che ne usciva rafforzata l'idea della coincidenza tra posizione giuridica oggetto dell'istanza del privato rivolta al giudice amministrativo e oggetto del giudizio amministrativo, in ragione del filo di continuità che lega le norme sostanziali attributive di posizioni giuridiche e le norme processuali garanti di tali posizioni, nonché dell'immanenza dell'azione di accertamento nel giudizio amministrativo": cfr., per tale ricostruzione, Tarantino, Giudizio amministrativo e silenzio della pubblica Amministrazione, in Caringella-Protto (a cura di), Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205, Milano, 2001, 76-77.

[4] Così Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, 2000, 168.

[5] Cfr. Migliorini, Disapplicazione e inapplicabilità, in Atti del convegno su "Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti"(Roma, palazzo Spada, 16 maggio 1997), Torino, 1998, 238. Già Zanobini, Corso di Diritto Amministrativo, II, Milano, 1954, 204, sosteneva che la giurisdizione del Consiglio di Stato ha per fine "la tutela d'interessi soggettivi". Cassarino, Manuale di Diritto Processuale Amministrativo, Milano, 1990, 102 ss., pur oscillando tra le due opposte concezioni del processo, rileva come sia "inegabile che taluni connotati del processo amministrativo, quali il ripudio dell'azione popolare (...), la piena disponibilità del giudizio da parte del ricorrente...", oltre all'obbligo di notifica del ricorso ai controinteressati, "fanno legittimamente pensare ad un processo e ad una giurisdizione, rivolti alla tutela

di un interesse del singolo” e, più in generale, alla tutela “di interessi individuali”. Tuttavia, precisa l’Autore, il particolare oggetto su cui verte il processo “non consente una piena assimilazione con la funzione volta a dirimere i conflitti di interessi fra le parti...”.

[6] È da condividere la considerazione che “la pretesa del ricorrente alla risoluzione delle questioni da lui proposte non si identifica in una qualsiasi rimozione dell’atto impugnato, ma si qualifica attraverso il raccordo dell’annullamento con i motivi di ricorso fatti valere, dove, ovviamente, occorre previamente discernere tra veri e propri motivi intesi come effettivi <<capi>> della domanda che propongono al giudice altrettante questioni e motivi complementari a sostegno della pretesa”: Abbamonte-Laschena, Giustizia amministrativa, in Santaniello (diretto da), Trattato di Diritto Amministrativo, II ed., Padova, 2001, 247. Secondo Fazzalari, Istituzioni di Diritto Processuale Civile, VIII ed., Padova, 1996, 315, anche con riferimento al processo amministrativo, “i due metri - quello costituito dagli effetti stimati dalla misura giurisdizionale e quello basato sulla res in iudicium deducta - sembrano equivalenti, ma non lo sono”.

[7] Così Satta, Giustizia amministrativa, III, Padova, 1997, 427, 429. V. anche Cannada-Bartoli, Processo amministrativo (considerazioni introduttive), in Noviss. Dig. It., XIII, Torino, 1966, 1078, il quale rileva la possibilità di “ritenere eliminata ogni contraddizione nel definire la giurisdizione amministrativa come giurisdizione su atti e nel ritenerne, al contempo, la natura soggettiva, trattandosi di valutazioni compatibili siccome concernenti aspetti differenti del problema”. La natura soggettiva del processo è dimostrata anche, precisa Cannada-Bartoli, dal fatto che “il ricorrente può riferirsi ad atti successivi al provvedimento impugnato per dimostrare, ad es., che questo è viziato da eccesso di potere. Ciò significa che il provvedimento è, per il privato, l’oggetto dell’impugnativa, ma non il limite delle deduzioni, se non nel senso che con esse deve contestare un vizio di quell’atto, giacché egli difende i propri interessi contro l’assetto disposto con il provvedimento...”. Come lo stesso Cannada-Bartoli ha osservato in altro scritto, Motivi aggiunti e ricorso aggiunto (nota a Cons. St., sez. V, 23 marzo 1993 n.398), in Giur. it., 1994, III, 355, “...la res in iudicium deducta è la situazione soggettiva lesa...”, nel senso che occorre riferire la ragione dedotta in giudizio “alla situazione che si tutela e non, restringendola, alla illegittimità di un atto, necessario ed esclusivo argomento della illegittimità denunciata”. Come rilevava lo stesso Chiovenda, Istituzioni di Diritto Processuale Civile, II ed., vol. I, Napoli, 1960, 311, “la indicazione della causa petendi deve servire, in concorso con quella dell’oggetto, a identificare il bene della vita che è oggetto di contestazione”.

[8] Anche per Cammeo, Corso di Diritto Amministrativo, Padova, 1960, 734, “formalmente la giurisdizione amministrativa non è eccitata né da un organo statale che procede per dovere di ufficio, né da un

qualunque cittadino indipendentemente da un suo interesse, bensì soltanto dal titolare di un interesse attuale, personale e valutabile”; e “questo diritto è certo conferito, perché giova anche all’interesse pubblico: ma il motivo legislativo per cui un diritto è riconosciuto non sembra influire sulla sua natura; altrimenti i diritti di famiglia non sarebbero diritti”. Contra Casetta, *Manuale di Diritto Amministrativo*, VIII ed., Milano, 2006, 766, secondo cui “pure il riconoscimento del potere del giudice amministrativo di disapplicare gli atti normativi accentua il carattere del processo amministrativo, costituito dal controllo oggettivo sulla legittimità dell’attività amministrativa a scapito della tutela dell’interesse della parte (...)”. Né mancano ipotesi, pure eccezionali, in cui la legittimazione ad agire spetta ad un organo pubblico, a conferma che il processo sicuramente mira anche a tutelare la legalità dell’azione amministrativa” (Casetta cita in tal senso l’art. 6, comma 10, l. 9 maggio 1989 n. 168, che, in taluni casi, legittima il Ministro dell’università a ricorrere contro l’atto del Rettore). Lo stesso casetta, tuttavia, op. cit., 735, ammette che “da giurisdizione di diritto oggettivo (avente come fine quello di tutelare l’osservanza della legge), la giurisdizione del giudice amministrativo si è così progressivamente configurata come giurisdizione di tipo soggettivo, volta cioè alla tutela di interessi individuali”. Per Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 38, “non è possibile negare che quella così creata sia una giurisdizione posta al servizio di azioni destinate alla tutela di posizioni giuridiche soggettive, e cioè una giurisdizione che non può essere definita <<di diritto obiettivo>>”. In nota 2, Sandulli ricorda che in passato hanno sostenuto che si tratti di giurisdizione di diritto obbiettivo Mantellini, *Lo Stato e il cod. civ.*, 3[^] ed., Firenze, 1883, III, 307; Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1899, I, 759 ss.; Orlando, *La giustizia amministrativa*, in Orlando (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, III, Milano, 1901, 730; Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, 358; D’Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 1949, II, 398 ss. Una tesi analoga è quella di Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, III ed., Padova, 1953, 65 ss., secondo il quale nel giudizio amministrativo il ricorrente non sarebbe parte in senso sostanziale, e la giurisdizione amministrativa sarebbe una giurisdizione sugli atti amministrativi, esplicantesi nell’esclusivo interesse dell’Amministrazione (della quale il ricorrente sarebbe un sostituto processuale).

[9] nigro, op. cit., 236. V. anche cannada-bartoli, *Processo amministrativo*, cit., 1082: “la tutela...dell’interesse legittimo si attua...mediante l’annullamento del provvedimento..., il quale viene impugnato perché...dispone un illegittimo assetto di interessi (...); confermandosi...che la questione sulla legittimità del provvedimento impugnato si lega con quella concernente la disposizione degli interessi”. Infatti, “in quanto conosce di codesto assetto, il giudice conosce di tali interessi, ma...congelati nel provvedimento”. Per corso, *Per una giustizia amministrativa più celere*, in *Giur. amm. sic.*, 1988, 2, II, 19 s.s., “il dato da cui partire è che, per prescrizione costituzionale, il processo amministrativo serve per la tutela del cittadino, non per il controllo della pubblica amministrazione. Serve alla protezione di interessi, non all’annullamento di atti illegittimi. L’illegittimità è sanzionabile, a mezzo del processo, se ed in quanto sia associata alla lesione di un interesse”. Cfr. anche abbamonte-laschena, loc. cit.: se, come dispone il 7° comma (ultimo comma prima delle modifiche introdotte dalla l. 205/2000) dell’art. 23 della legge Tar, “la

cessazione della materia del contendere può essere dichiarata solo quando <<l'amministrazione annulla o riforma l'atto impugnato in maniera conforme alla istanza del ricorrente>>, il thema decidendum non può essere ridotto ad una qualsivoglia eliminazione dell'atto ma deve essere identificato nel contenuto sostanziale del ricorso da determinare, attraverso i motivi e le conclusioni formulate dal ricorrente, che val quanto dire le questioni da lui proposte, l'iniziativa da lui assunta: questioni che il giudice risolve nella sentenza". Pertanto, precisano ulteriormente gli autori, op. cit., 230, alla luce del principio che la Costituzione "ha inteso escludere qualsiasi limitazione del diritto di ricorrere al giudice (...), va determinato l'oggetto del giudizio amministrativo, in dipendenza, soprattutto, delle volontà di legge invocate dagli interessati a propria difesa, sia per avanzare pretese nei confronti della P.A. sia per resistere alle pretese della stessa P.A.". V. inoltre abbamonte, Disapplicazione del giudice amministrativo. Gerarchia delle fonti e coerenza dell'ordinamento, in Atti del convegno su "Impugnazione e <disapplicazione> dei regolamenti", cit., 255, in fine, a proposito dell'avvenuto superamento della teoria dell'atto amministrativo come oggetto del giudizio, per fare riferimento al rapporto giuridico controverso o alla pretesa del ricorrente. In questo senso va letta anche Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213: "la prassi del giudice amministrativo di dichiarare assorbiti alcuni motivi del ricorso, che già in precedenza poteva condurre a risultati errati, deve essere del tutto riconsiderata ora che è ammesso il risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, in quanto, per dichiarare assorbito un motivo, deve essere evidente che dall'eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio".

[10] Caringella, Corso di Diritto Amministrativo, IV ed., II, Milano, 2005, 1913, rileva "come la riforma della legge sul procedimento amministrativo confermi chiaramente l'idea che oggetto del giudizio amministrativo sia la fondatezza della pretesa, ossia il rapporto amministrazione-amministrato, e non invece la mera legittimità dell'atto amministrativo".

[11] Cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 6 febbraio 2006 n. 93, in Foro amm. TAR, 2006, 533: "la disposizione di cui all'art. 21 octies comma 2...reca una norma eccezionale, che deroga alla regola generale sull'annullabilità dei provvedimenti amministrativi adottati in violazione di legge". Follieri, La giurisdizione del giudice amministrativo a seguito della sentenza della Corte costituzionale 6.7.2004 n. 204 e dell'art. 21 octies della L. 7.8.1990 n. 241, in Giustamm.it, solleva dubbi di incostituzionalità sul secondo comma dell'art. 21 octies. Analogamente, **Galetta**, Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della Legge n. 241/90, in Giustamm.it.

[12] Cfr. Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2006 n. 6192, in Guida al diritto, 2006, 44; Id., sez. VI, 7 luglio 2006 n. 4307, in Guida al diritto 2006, 31; Id., sez. VI, 16 maggio 2006 n. 2763, in Foro amm. CDS, 2006, 5,

1528; TAR Lazio, Roma, sez. III, 23 aprile 2007 n. 3523, in Foro amm. TAR, 2007, 1360; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 4 aprile 2007 n. 1396, in Foro amm. TAR, 2007, 1240; TAR Puglia, Bari, sez. I, 20 agosto 2006 n. 3077, in Foro amm. TAR, 2006, 2632; TAR Lazio, Roma, sez. I, 1° agosto 2006 n. 6693, in Foro amm. TAR, 2006, 2496; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 13 marzo 2006 n. 283, in Corriere del merito, 2006, 1082. In diverse di queste pronunce, nonché in dottrina (vedi R. Chieppa, Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo, in Giustamm.it; nonché Caringella, Corso, cit., 1840) si parla anche di "vizi non invalidanti": probabilmente però in modo improprio, in considerazione della illegittimità comunque riscontrabile nei provvedimenti impugnati. Contra, in dottrina, Casetta, Manuale, cit., 515, secondo il quale la tesi per cui l'atto non sarebbe più qualificabile, sul piano sostanziale, come illegittimo, "pare la più coerente con la collocazione della norma in una legge sul procedimento: resterebbe così fermo il principio per cui annullabile è solo un atto illegittimo". Anche per Caringella, Corso, cit., 1901, la legittimità dell'atto non è inficiata dall'omessa comunicazione di avvio.

[13] Per Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2006 n. 6192, cit., sulla base dell'art. 21 octies il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità. Per Chieppa, op. cit., "rispetto alla tesi del rigetto del ricorso (essendo infondata la pretesa sostanziale in ordine ad un risultato cui il privato aspira e che l'amministrazione gli ha negato) appare preferibile una pronuncia di inammissibilità per carenza di interesse (poiché l'interesse del privato è di ottenere un determinato risultato, se il vizio dedotto è tale da non consentire, pur se accolto, quel determinato risultato, non resta che la declaratoria di inammissibilità o di improcedibilità, a seconda dei casi, per difetto originario o sopravvenuto dell'interesse)".

[14] Cfr. Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2007 n. 4614; Id., sez. VI, 17 ottobre 2006 n. 6192, cit; Id., sez. VI, 7 luglio 2006 n. 4307, cit.; Id., sez. VI, 16 maggio 2006 n. 2763, cit.; Id., sez. VI, 26 ottobre 2005 n. 5969, in Foro amm. CdS, 2007, 254; TAR Liguria, sez. II, 2 marzo 2007 n. 395, in Foro amm. TAR, 2007, 901; TAR Lazio, Roma, sez. III, 18 gennaio 2007 n. 345, in Foro amm. TAR, 2007, 1013; TAR Lazio, Latina, 17 gennaio 2007 n. 39, in Foro amm. TAR, 2007, 202; TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2006 n. 13598, in Foro amm. TAR, 2006, 3878; TAR Liguria, Genova, sez. II, 1° dicembre 2006 n. 1614, in Foro amm. TAR, 2006, 3829; TAR Lazio, Roma, sez. I, 27 settembre 2006 n. 9494, in Foro amm. TAR, 2006, 2911; TAR Liguria, Genova, sez. I, 26 aprile 2006 n. 405, in Foro amm. TAR, 2006, 1293; TAR Campania, Salerno, sez. I, 30 gennaio 2006 n. 26, in Foro amm. TAR, 2006, 318; TAR Valle d'Aosta, 18 gennaio 2006 n. 18, in Foro amm. TAR, 2006, 5; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 11 gennaio 2006 n. 14, in D&G - Dir. e Giust., 2006, 86; TAR Lombardia, Milano, sez. II 18 novembre 2005 n. 4706, in Foro amm. TAR, 2005, 3384; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 13 settembre 2005 n. 1537, in Foro amm. TAR, 2005, 2991. Contra, invece, nel senso che le norme di cui al citato comma 2 abbiano natura sostanziale e non processuale, e non si applichino quindi alle fattispecie anteriori alla data di entrata in vigore della legge, Cons. St., sez. V, 19

marzo 2007 n. 1307, in Foro amm. CdS, 2007, 912; TAR Abruzzo, L'Aquila, 26 aprile 2005 n. 211, in Foro amm. TAR, 2005, 1140.

[15] Follieri, op. cit., rileva che "il provvedimento impugnato presenta un determinato contenuto (reale) ed il giudice deve figurarsi, sul piano virtuale, che la norma sulla forma, procedimento o comunicazione di avvio del procedimento, sia stata rispettata e considerarne i possibili effetti sul contenuto del provvedimento (virtuale) per decidere se l'assetto degli interessi potrebbe risultare diverso e soddisfacente dell'interesse del ricorrente". Di confronto tra provvedimento impugnato e provvedimento "virtuale" parla anche Caringella, Corso, cit., 1914.

[16] In questo senso anche Chieppa, op. cit.

[17] Per TAR Sardegna, sez. I, 25 maggio 2005 n. 1170, in Foro amm. TAR, 2005, 1744, "l'art. 21 octies, comma 2,...può operare non soltanto nelle ipotesi in cui il provvedimento sia totalmente vincolato, ma anche in quelle in cui quest'ultimo presenti, congiuntamente ad ambiti vincolati, margini di discrezionalità, qualora la soddisfazione della pretesa del privato dipenda dal possesso di requisiti di cui il giudice possa "ictu oculi" verificare la presenza".

[18] In questo senso TAR Campania, Napoli, sez. IV, 10 novembre 2006 n. 9458, in Foro amm. TAR, 2006, 3621.

[19] Cfr. TAR Trentino Alto Adige, Bolzano, 4 dicembre 2006 n. 430, in Foro amm. TAR, 2006, 3806.

[20] Cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 22 maggio 2001 n. 2823, in Foro amm., 2001, 1204. Contra, ex multis, Cons. St., sez. VI, 9 maggio 2002 n. 2516, in Foro amm. CdS, 2002, 1293: "la comunicazione dell'avvio del procedimento...non è esclusa per il solo fatto che l'attività amministrativa abbia carattere vincolato, piuttosto che discrezionale, ed è comunque obbligatoria nell'ipotesi in cui l'atto conclusivo del procedimento, sebbene vincolato, produce effetti pregiudizievoli nella sfera del destinatario".

[21] Cfr., ex multis, Cons. St., sez. IV, 11 febbraio 1999 n. 150, Foro amm., 1999, 324.

[22] Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. Giurisd., 23 luglio 2007 n. 664, precisa che il secondo periodo del comma 2 “non rinvia, solo, ai così detti atti vincolati...ma anche a quelli discrezionali, commettendo alla sede del giudizio di accertare la legittimità globale e sostanziale del provvedimento che, quindi, non avrebbe potuto essere diverso perché è esso provvedimento l’unico idoneo a soddisfare l’interesse pubblico e contemperarlo, in quel determinato modo, con quello privato”. In senso analogo TAR Lombardia, Milano, sez. III, 6 novembre 2006 n. 2103, in Foro amm. TAR, 2006, 3453; TAR Liguria, sez. II, 24 gennaio 2007 n. 85, in Foro amm. TAR, 2007, 89. Molte pronunce che hanno applicato il secondo periodo del comma 2 a favore della p.A. sono state per lo più emesse in casi in cui i provvedimenti impugnati avevano natura vincolata. Per Cons. St., sez. VI, 21 settembre 2006 n. 5547, in Foro amm. CdS, 2006, 2609, “ai sensi dell’art. 21 octies, comma 2,...non sono esentati dall’obbligo di comunicazione di avvio...gli atti vincolati, ma sono semplicemente non annullabili i provvedimenti vincolati, che nonostante la partecipazione del privato, non avrebbero potuto avere diverso contenuto dispositivo rispetto a quello dell’atto in concreto adottato”. Cfr. anche TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 20 aprile 2007 n. 709, in Foro amm. TAR, 2007, 1488 (in materia di abusiva occupazione di suolo demaniale e realizzazione non autorizzata di lavori di modifica di immobili siti nella fascia di rispetto); sempre in materia di ordine di demolizione di opere edilizie abusive vedi TAR Campania, Napoli, sez. VII, 9 maggio 2007 n. 4859, in Foro amm. TAR, 2007, 1769, nonché TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 19 gennaio 2007 n. 38, in Foro amm. TAR, 2007, 93, nonché TAR Piemonte, sez. I, 10 maggio 2006 n. 2021, in Foro amm. TAR, 2006, 1582. Vedi inoltre TAR Lazio, Roma, sez. III, 18 gennaio 2007 n. 345, in Foro amm. TAR, 2007, 1013 (in materia di decadenza di un candidato dalla graduatoria di un concorso per avvenuta allegazione alla domanda di partecipazione di documenti falsi); TAR Liguria, sez. II, 9 gennaio 2007 n. 5, in Foro amm. TAR, 2007, 86 (in materia di revoca della qualifica di agente di P.S. per sussistenza di precedente condanna); TAR Toscana, Firenze, sez. I, 14 settembre 2006 n. 3969, in Foro amm. TAR, 2006, 2891 (in materia di decadenza da benefici comunitari nel settore agricoltura, per dichiarazioni non veritiere); TAR Liguria, sez. II, 3 aprile 2006 n. 333, in Foro amm. TAR, 2006, 1295 (in materia di indebita erogazione di denaro); TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 13 marzo 2006 n. 353, in Foro amm. TAR, 2006, 1139 (in materia di annullamento in autotutela di aggiudicazione per carenza dei requisiti di partecipazione); TAR Campania, Salerno, sez. II, 23 gennaio 2006 n. 1, in Foro amm. TAR, 2006, 319; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 2 maggio 2006 n. 443, in Foro amm. TAR, 2006, 1875, nonché TAR Puglia, Bari, sez. II, 5 dicembre 2005 n. 5145, in Foro amm. TAR, 2005, 4111 (in materia di revoca di patente nei confronti di soggetto sottoposto a misura di prevenzione); TAR Valle d’Aosta, 18 gennaio 2006 n. 18, in Foro amm. TAR, 2006, 5.

[23] Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2006 n. 6192, in Guida al diritto 2006, 81, parla di (solo) “tendenziale”

applicabilità della disposizione all'attività discrezionale dell'Amministrazione. Per TAR Liguria, sez. II, 2 marzo 2007 n. 366, in Foro amm. TAR, 2007 n. 899, è "escluso che l'amministrazione possa fornire in giudizio la prova che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". Per TAR Emilia Romagna, Parma, 20 dicembre 2006 n. 606, in Foro amm. TAR, 2006, 3858, "trattandosi di provvedimento discrezionale e non vincolato, la partecipazione dell'interessato al relativo procedimento non potrebbe considerarsi quale inutiliter data, mentre risulterebbe inapplicabile...l'art. 21 octies, ult. comma,...ben potendo l'eventuale apporto partecipativo della parte interessata indurre l'amministrazione a diverse determinazioni". In termini analoghi TAR Piemonte, sez. I, 5 luglio 2006 n. 2739, in Comuni d'Italia, 2007, 4; TAR Liguria, sez. I, 15 giugno 2006 n. 565, in Foro amm. TAR, 2006, 2001; TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 febbraio 2006 n. 1199, in Foro amm. TAR, 2006, 605; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 25 ottobre 2005 n. 4629, in Foro amm. TAR, 2005, 3282.

[24] Sembrano confondere le due diverse fattispecie, disciplinate nelle due parti di cui il comma 2 si compone, pronunce come TAR Campania, Napoli, sez. IV, 10 novembre 2006 n. 9458, in Foro amm. TAR, 2006, 3621: "ove si controverta in ordine ad un'attività di natura vincolata (come nel caso di specie), sebbene preceduta da accertamenti complessi, l'applicazione dell'art. 21-octies..., per l'ipotesi di violazione dell'art. 7, preclude l'annullabilità degli atti impugnati, se risulti palese che il contenuto del provvedimento non poteva essere diverso. Diversamente, laddove non risulti palese il diverso esito del procedimento e in ogni caso in cui l'amministrazione non abbia assolto all'onere di fornire una prova contraria, non potrà operare la sanatoria e dovrà pervenirsi ad annullare gli atti impugnati".

[25] Cfr. Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2838, in Foro amm. CdS, 2007, 1482.

[26] Cfr., ex multis, Cons. St., sez. IV, 7 aprile 2006 n. 1924, in Foro amm. CdS, 2006, 1132.

[27] Cfr. Cons. St., sez. VI, 7 luglio 2006 n. 4307, in Guida al diritto 2006, 83; Id., sez. VI, 17 ottobre 2006 n. 6192, in Guida al diritto 2006, 81. Cfr. anche Chieppa, op. cit. Vedi TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2006 n. 1042, in Foro amm. TAR, 2006, 1205, per la precisazione che "l'applicazione della norma di cui all'art. 21 octies, comma 2, periodo primo,...è legislativamente limitata agli atti vincolati e pertanto non contrasta con il divieto per l'autorità giudiziaria di sostituirsi a valutazioni di merito dell'autorità amministrativa".

[28] Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2006 n. 13598, in Foro amm. TAR, 2006, 3878.

[29] Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 25 ottobre 2005 n. 9804, in Foro amm. TAR, 2005, 3208. In termini analoghi TAR Sardegna, sez. II, 10 giugno 2005 n. 1386, in Foro amm. TAR, 2005, 2202. TAR Veneto, sez. III, 13 luglio 2005 n. 2806, in Foro amm. TAR, 2005, 2353, parla di “dimostrazione...facilmente comprensibile, adeguatamente circostanziata e tale da non lasciare nel giudice significativi margini d'incertezza che un apporto procedimentale dell'interessato avrebbe potuto condurre a esiti diversi”.

[30] Così Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 14 settembre 2007 n. 851.

[31] Cfr., ex multis, Cons. St., Ad. Pl., 17 novembre 1995 n. 30, in Foro amm. 1995, 2514.

[32] Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 13 febbraio 2006 n. 1052, in Foro amm. TAR, 2006, 599. Parlano invece esplicitamente di integrazione di motivazione, nell'applicazione dell'art. 21 octies, TAR Campania, Salerno, sez. I, 30 gennaio 2006 n. 26, in Foro amm. TAR, 2006, 318; TAR Abruzzo, Pescara, 13 giugno 2005 n. 394, in PQM, 2005, 131.

[33] Come nel caso degli artt. 24 e 28 L. 1034/71, rispettivamente in materia di interruzione del processo e revocazione.

[34] Vedi in questo senso la ricostruzione di Nigro, op. cit., 252 ss.

[35] Vedi Chiovenda, Istituzioni di Diritto Processuale Civile, rist anastatica II ed., vol. I, Napoli, 1960, 2, 5.

[36] Vedi Chiovenda, Istituzioni, cit., 285-286. Per Mortara, Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, vol. II, Milano, 1923, 547, “la sentenza non crea dal nulla un diritto subbiiettivo, ma conferisce forza ed effetto di diritto subbiiettivo ad una pretesa presentata al magistrato sotto forma di domanda o di eccezione; e fa presumere che questo diritto abbia preesistito all’iniziamento del rapporto processuale, per il tempo che conviene alla sua natura e alle circostanze particolari del fatto”.

[37] Cfr. Calamandrei, Istituzioni di Diritto Processuale Civile, I, Padova, 1941, 118. Analogamente Mandrioli, Corso di Diritto Processuale Civile, V ed., Torino, 1985, 115.

[38] Vedi per tali considerazioni Chiovenda, Istituzioni, cit., 287.

[39] Artt. 157, c. 2; 167; 183, c.5; 307, ult.c.; 320, c.3.

[40] Artt. 38, c. 2; 167; 178, ult.c.

[41] Art. 100.

[42] Artt. 38, c.2; 167, c.2; 180, c.2; 183, c.4 e 5.

[43] Artt. 1297, 1271, 1945, 2736.

[44] Così Carnelutti, Istituzioni del nuovo processo civile italiano, III ed., vol. I, Roma, 1942, 11

[45] Cfr. Mandrioli, op. cit., 120.

[46] La costruzione teorica è di Chiovenda (Istituzioni, cit., 289), ripresa anche da Calamandrei (Istituzioni, cit., 118), e ora da Mandrioli, op. cit., 121.

[47] La definizione è di Chiovenda, Sulla eccezione, in Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930), vol. I, Roma, 1930, 149.

[48] Così Mandrioli, op. cit., 123.

[49] Cfr. Chiovenda, Istituzioni, cit., 288, e anche Calamandrei, op. cit., 118, che parla anche di “controdiritto” del convenuto, così come Mandrioli, op. cit., 123.

[50] Cfr., ex multis, Cass. Civ., sez. III, 19 gennaio 2007 n. 1194, in Giust. civ. Mass., 2007, 6: “nell'ambito delle eccezioni in senso stretto o proprio, sottratte al rilievo officioso, rientra quella di prescrizione, sicché incombe sull'eccipiente l'onere di specificare i fatti che ne costituiscono il fondamento”. Cass. Civ., sez. lav., 28 luglio 2003 n. 11588, in Foro it., 2004, I, 1882, precisa che non è rilevabile d'ufficio neppure “l'interruzione della prescrizione, risultante dai documenti prodotti in giudizio”.

[51] Cfr. Chiovenda, Istituzioni, cit., 297.

[52] Mandrioli, op. cit., 122, fa l'esempio del pagamento, della risoluzione consensuale del contratto, della nullità degli atti giuridici, della simulazione, della novazione, della rinuncia. Per Cass. Civ., 13 aprile 1959 n. 1086, in Giur.it., 1959, I, 1, 1192, questo tipo di fatti sono da intendersi implicitamente allegati in sensi negativo con l'allegazione dei fatti costitutivi.

[53] Cfr. Chiovenda, Istituzioni, cit., 299.

[54] In questo senso Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. I, 11 gennaio 2006 n. 14, in D&G - Dir. e giust. 2006, 86. Negli stessi termini Id., sez. I, 8 febbraio 2008 n. 226. Sulla necessità che sia l'Amministrazione a provare in giudizio le circostanze che escludono l'annullabilità vedi anche Cons. St., sez. VI, 7 luglio 2006 n. 4307, in Guida al diritto, 2006, 83; TAR Liguria, sez. II, 2 marzo 2007 n. 377, in Foro amm. TAR, 2007, 900; TAR Campania, Salerno, sez. I, 6 giugno 2006 n. 821, in Foro amm. TAR, 2006, 2163; TAR Lazio, Roma, sez. I, 10 febbraio 2006 n. 991, in Foro amm. TAR, 2006, 567; TAR Campania, Napoli, sez. II, 29 aprile 2005 n. 5226, in Dir. & formazione, 2005, 844.

[55] Per questa opportuna precisazione vedi TAR Campania, Napoli, sez. II, 13 dicembre 2005 n. 20227, in Foro amm. TAR, 2005, 4067.

[56] Anche nel processo civile, d'altronde, si afferma analogo principio. Vedi ad es. Cass. Civ., sez. lav., 28 luglio 2003 n. 11588, in Giust. civ. Mass., 2003: "l'interruzione della prescrizione, che configura una controeccezione all'eccezione avversaria ed è assimilabile alle eccezioni in senso stretto, al cui regime processuale soggiace, deve essere proposta dalla parte in modo chiaro e univocamente diretto a manifestare l'intento di contrastare l'eccezione di prescrizione proposta dall'altra parte, sicché, non potendo essere rilevata d'ufficio dal giudice, non è possibile attribuire effetti ostativi della operatività della prescrizione alla mera produzione di documenti, pur se idonei a fornire la prova dell'avvenuta interruzione".

[57] Cfr. in questi termini T.A.R. Lazio, Latina, 10 giugno 2005 n. 534, in Foro amm. TAR, 2005, 2082.

[58] Su tale ultimo profilo cfr. TAR Sardegna, sez. II, 10 giugno 2005 n. 1386, in Foro amm. TAR, 2005, 2202.

[59] In giurisprudenza si dà per scontato che l'onere per il privato di proporre motivi aggiunti, con riferimento alle fattispecie in esame, sorga (solo) qualora l'Amministrazione abbia integrato con un nuovo atto nel corso del giudizio la motivazione dell'atto impugnato. Vedi ad es. T.A.R. Abruzzo, Pescara, 14 marzo 2007 n. 323, in Foro amm. TAR, 2007, 1039; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 16 dicembre 2005 n. 1476, in Foro amm. TAR, 2005, 4040; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4 maggio 2005 n. 760, in Dir. & Formazione, 2005, 844.

[60] È quindi del tutto non condivisibile quanto affermato da Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2006 n. 6192, in Guida al diritto, 2006, 81, secondo cui "la relativa prova incombe sul privato ricorrente - il quale deve perlomeno fornire un principio di prova in tal senso - mentre alla p.a. spetta di provare il contrario".

[61] Per il processo civile vedi Cass. Civ., sez. III, 26 settembre 2000 n. 12762, in Giust. civ. Mass., 2000, 2003, che ammette che "con riguardo al processo di esecuzione, la legittimazione a proporre l'eccezione di estinzione del processo esecutivo, che normalmente appartiene al debitore, può essere riconosciuta anche al terzo che vi abbia interesse, e, quindi, all'acquirente di bene già sottoposto a pignoramento, il quale è titolare dell'interesse sostanziale a sottrarre il bene acquistato all'azione esecutiva". Ma solo perché in questo caso è venuta meno l'azione, e quindi si tratta di circostanza che lo stesso giudice potrebbe e dovrebbe rilevare d'ufficio. Al fine di rilevare gli effetti limitati che nello stesso processo civile hanno le eccezioni proposte da soggetti terzi, vedi Cass. Civ., sez. un., 24 luglio 1981 n. 4779, in Giust. civ. Mass., 1981: "la proponibilità in via surrogatoria dell'eccezione di prescrizione di un diritto azionato verso il proprio debitore da parte del creditore, in luogo del predetto debitore che sia rimasto inerte o abbia rinunciato a proporla, mira ad assicurare al creditore la conservazione della garanzia generica offertagli dal patrimonio del debitore (art. 2740 c.c.) con l'estinzione del diritto del terzo nei confronti del debitore inerte o rinunciante, nei limiti, peraltro, della somma che questi deve al creditore. Invece, la proponibilità della stessa eccezione da parte di qualsiasi altro terzo "che vi abbia interesse" non produce l'estinzione del diritto, nè paralizza l'azione del creditore inerte o rinunciante, ma tale risultato, relativo e limitato, determina esclusivamente nell'ambito del rapporto tra il terzo interessato e detto debitore...".

[62] Vedi ad es. art. 1297 c.c., a proposito delle eccezioni opponibili dal debitore in solido, o l'art. 21 R.D. n. 1669/1933, secondo cui "la persona contro la quale sia promossa azione cambiaria non può opporre al portatore le eccezioni fondate sui rapporti suoi personali col traente o con i portatori precedenti a meno che il portatore, acquistando la cambiale, abbia agito scientemente a danno del debitore".

[63] Vedi T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 luglio 2006 n. 5340: “lo strumento del ricorso incidentale...è dato al controinteressato per insorgere contro lo stesso provvedimento oggetto del ricorso principale, ma per profili diversi da quest'ultimo e tali da ampliare il thema decidendum originario, di modo che l'azione possa neutralizzare o quanto meno limitare l'incidenza di un eventuale accoglimento del ricorso principale sulla posizione di vantaggio derivante al medesimo controinteressato dal provvedimento impugnato. Ne deriva, da un lato, la diversità dell'interesse fatto valere dal ricorrente incidentale, rispetto a quello del ricorrente principale, in quanto teso alla conservazione della propria posizione di vantaggio e, dall'altro lato, il carattere condizionato - o se si vuole accessorio - del ricorso incidentale che, d'altra parte, ben può condizionare, a sua volta, l'interesse del ricorrente principale, potendo portare alla sua sopravvenuta carenza. In altri termini, se è vero che, di regola, l'esame del ricorso incidentale è subordinato all'accoglimento del ricorso principale, è altresì vero che, ove col primo vengano dedotti motivi che mettano in discussione l'interesse del ricorrente principale, tanto che egli non trarrebbe più alcun vantaggio dall'accoglimento del proprio gravame, lo stesso ricorso incidentale assume carattere pregiudiziale”.

[64] Cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 31 gennaio 2001 n. 353, in Foro amm., 2001, 65; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 13 ottobre 2006 n. 1989, in Foro amm. TAR, 2006, 3143. TAR Veneto, sez. I, 30 giugno 1999 n. 1125, in TAR, 1999: “nel giudizio avente ad oggetto l'aggiudicazione di una gara di appalto, il controinteressato può sollevare la carenza di interesse del ricorrente per difetto dei requisiti di partecipazione alla gara soltanto in sede di ricorso incidentale, essendo questo lo strumento per ampliare l'oggetto del giudizio”. Vedi anche Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2806, in Foro amm. CdS, 2007, 1479, per la precisazione che il ricorso incidentale ha natura di eccezione spettante al controinteressato per il soddisfacimento di un interesse sorto soltanto a seguito dell'impugnazione principale e da questa dipendente. Analogamente TAR Abruzzo, Pescara, 28 luglio 1989 n. 414, in Foro amm., 1990, 1023.

[65] Nello stesso processo civile, è possibile riscontrare casi in cui la giurisprudenza afferma l'esistenza di limiti alla proponibilità di determinate eccezioni da parte di altri soggetti. A proposito della previsione del comma 2 dell'art. 38 c.p.c., secondo cui “l'incompetenza per territorio, fuori dei casi previsti nell'articolo 28, è eccepita a pena di decadenza nella comparsa di risposta”, cfr. Cass. Civ., sez. III, 9 aprile 1999 n. 3474, in Giust. civ. Mass., 1999, 795: “nel caso in cui il convenuto, nel contestare la propria legittimazione, chiami in causa un terzo deducendo che il medesimo è il legittimato passivo, si verifica estensione automatica della domanda ad un terzo, onde il giudice può direttamente emettere nei confronti di lui una pronuncia di condanna anche se l'attore non ne abbia fatto richiesta, senza con ciò incorrere nel vizio di ultrapetizione. Nella suddetta ipotesi la causa è unica ed inscindibile, con la conseguenza che l'eccezione di incompetenza per territorio derogabile sollevata dal chiamato rimane priva di effetti a causa dell'incontestabilità della competenza nei confronti del convenuto che non ha sollevato la relativa eccezione”.

[66] Cfr. Cass. Civ., sez. lav., 28 luglio 2003 n. 11588, in Giust. civ. Mass., 2003: “qualora un soggetto intenda far valere le conseguenze giuridiche a sè favorevoli di un "fatto", deve provare non solo l'accadimento del fatto, ma anche la sua validità giuridica. Pertanto colui il quale, per paralizzare l'eccezione di prescrizione del suo diritto, eccepisca che v'è stata rinunzia (tacita) alla prescrizione, deve dimostrare non solo che sia stato posto in essere un fatto esplicitante una volontà incompatibile con quella di avvalersi della prescrizione, ma anche che il fatto sia stato posto in essere dal soggetto a cui favore la prescrizione era maturata e cioè dal soggetto che ha il diritto di farla valere e, quindi, di rinunziarvi...”.

[67] Così chiovenda, Sulla eccezione, cit., 153.

<https://www.diritto.it/la-sanatoria-dell-invalidita-dei-provvedimenti-nel-processo-amministrativo/>