

Premessa

La decisione officiosa solitaria o “*a sorpresa*”: la terza via

Il giudizio amministrativo come giudizio di parti, retto dal principio dispositivo, rimette la determinazione dell’oggetto del giudizio al ricorrente, all’Amministrazione che resiste, agli eventuali controinteressati e ai possibili intervenienti, con le modalità ed i limiti stabiliti dal Codice del processo amministrativo: ognuna di queste parti presenta al giudice dei fatti ritenuti rilevanti e prospetta delle soluzioni giuridiche, ciascuna nel proprio interesse¹.

Il giudice non può incidere sul *thema decidendum* nel senso che non può estendere l’oggetto del giudizio: può pronunciarsi solo su di esso. Se così è, nei giudizi si contrappongono inevitabilmente almeno due prospettazioni di parte (in fatto e in diritto) che conducono rispettivamente a contrapposti esiti del giudizio.

Seguendo questa rappresentazione minimale del processo, la decisione può prendere due vie alternative in adesione alle ragioni dell’una o dell’altra parte processuale. Vi è tuttavia un’ulteriore e più problematica possibilità: quella che la decisione si basi su un diverso percorso cognitivo individuato dal giudice che trova fondamento in una questione nuova nel processo perché non manifestata dalle parti. In questi casi il giudice adotta una decisione c.d. della terza via perché, andando al di là delle posizioni e delle ragioni manifestate dalle parti in giudizio, individua una soluzione della controversia che è “*terza*” in quanto diversa da quelle richieste dalle parti.

Nei contesti processuali più complessi, a prescindere dal numero delle parti costituite e dell’omogeneità o eterogeneità delle rispettive domande e posizioni, la soluzione della controversia autonomamente individuata dal giudice, senza aderire alle prospettazioni di parte, integra gli estremi di una decisione della terza via.

¹ Sulla giurisdizione amministrativa come giurisdizione soggettiva si vedano, fra gli altri, A. POLICE, *Il giudice amministrativo e l’ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva*, in D. DE CARO-LIS-E. FERRARI-A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, Giuffrè, 2006, spec. 306; E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss. In giurisprudenza si richiama la pronuncia del Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4, in *Giur. it.*, 2015, 1694 e le numerose note di commento indicate in nota 128 del Cap. I.

È comune definire la sentenza di terza via come pronuncia “*a sorpresa*”; tuttavia, nonostante l’espressione sia in grado di rappresentare nel modo più efficace la situazione processuale di spiazzamento delle parti di fronte alla questione rilevata d’ufficio, in realtà non pare del tutto appropriata.

Come si dirà meglio oltre, il giudice rileva officiosamente la questione nei limiti determinati dall’attività di cognizione sull’oggetto del giudizio introdotto dalle parti. Non può estendere l’ambito oggettivo della causa; non può basare la decisione su elementi non allegati dalle parti: per questo, il materiale introdotto nel giudizio costituisce l’esclusiva fonte da cui attingere le questioni rilevabili d’ufficio non eccepite dalle parti². In ogni caso, allora, la questione rilevata dal giudice appartiene già alla causa così come introdotta e circoscritta nel suo oggetto dalle parti.

Il giudice, allora, si limita ad una attività di rilevazione della questione e successiva manifestazione attraverso l’indicazione alle parti: di sorpresa non si può trattare perché la questione, così come è stata ravvisata dal giudice, poteva essere conosciuta dalle parti attraverso un diligente studio della causa³. Ma vi è di più: non si esclude che una delle parti possa ben essere a conoscenza della questione senza avere tuttavia interesse ad eccepirla contro sé stessa⁴. Si pensi alla

² Sul punto v. G. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”*, in *La Legge*, 1903, spec. col. 2429 ed ora in *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), Vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, 175, laddove afferma che “*i nostri giudici sono molto corrivi ad argomentare da fatti, che le parti non hanno allegati, col pretesto che «emergono dagli atti»: essi temono di riuscire minori del loro altro ufficio, se non esercitano con assoluta indipendenza il loro ingegno su tutte le risultanze degli atti. Questo sfrenato esercizio è tuttavia pericoloso. Se al giudice ripugna di sentirsi chiuso nei cancelli della volontà dominatrice delle parti, egli deve accettare almeno i vincoli d’una considerazione pratica, cioè che le parti sono i migliori giudici della propria difesa e che nessuno può conoscere meglio di loro quali fatti allegare e quali no. Il campo del giudice e del difensore devono essere nettamente separati, perché una vera incompatibilità psicologica esiste tra l’ufficio di giudicare e l’ufficio di ricercare gli elementi di difesa delle parti*”.

³ Per tutti, S. CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, 1363; G.F. RICCI, *La sentenza “della terza via” e il contraddittorio*, nota a Cass. civ., sez. III, 27 luglio 2005, n. 15705, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 751, che fondano l’assenza di obblighi di instaurazione del contraddittorio sulla questione rilevata d’ufficio ritenendo che la mancata trattazione poteva ritenersi imputabile alla negligenza processuale delle parti. Sul carattere “*per eccellenza pubblico*” delle questioni v. S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 578; e ancora, in termini assai duri, “*quando i difensori sanno fare il proprio mestiere, le questioni rilevabili d’ufficio, prima che l’ufficio autonomamente le ravvisi, sono sollevate dalle parti*” tanto che è stata creata in letteratura una specifica categoria concettuale “*istituendo la species delle eccezioni in senso improprio*” (S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”*, cit., 577 e *Efficienza della giustizia, formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, in *Giur. it.*, 2011, 208).

⁴ Sul punto v. F. SAITTA, *La «terza via» ed il giudice amministrativo: la «questione rilevata d’ufficio» (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 850 che richiama D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 402 (anche in *www.judicium.it*, 2010).

posizione del ricorrente rispetto alla questione concernente la tardività o l'inammissibilità del ricorso.

Per altro verso, finché una delle parti non introduce una questione a suo proprio favore, l'avversario non ha interesse a rappresentarla ipoteticamente in giudizio e a dedurre circa la sua inconsistenza.

Di sorpresa per le parti si può parlare solo a condizione di accogliere una diversa impostazione della relazione delle parti con la controversia: a prescindere da ciò che può ricavarsi dagli atti della causa e della diligenza processuale che le parti devono impiegare nello studio della controversia, la sorpresa può collegarsi al rilievo officioso che, in quanto tale, si pone al di là delle domande e delle prospettazioni delle parti. In questo caso, la sorpresa si concreta semplicemente nell'aver il giudice definito il giudizio accogliendo una soluzione non suggerita dalle parti; soltanto in questa accezione la sentenza a sorpresa è espressione da considerarsi equivalente a quella di sentenza della terza via.

Più corretto sarebbe limitare l'uso dell'espressione "*sentenza a sorpresa*" a quelle decisioni basate su un rilievo officioso non condiviso con le parti. In tal caso, qualunque sia la conseguenza sulla sentenza dell'omessa attivazione del contraddittorio, la pronuncia costituisce una sorpresa perché il giudice non ha informato le parti⁵, in corso di giudizio, della possibilità di risolvere la controversia in base ad una questione non rappresentata espressamente fino a quel momento ancorché implicita negli atti della causa.

In questa accezione, allora, sentenza a sorpresa diventa sinonimo di sentenza "*solitaria*" o "*solipsisticamente adottata*", qualificazioni che la letteratura e la giurisprudenza utilizzano frequentemente per descrivere in modo più rappresentativo la dinamica di una decisione della terza via.

Anche queste diverse espressioni dovrebbero ricondursi ai casi in cui il giudice non abbia rimesso alle parti la questione officiosa posta alla base della decisione. Soltanto in questa ipotesi si può ragionevolmente ritenere che la decisione sia stata adottata in modo solitario dal giudice: se, invece, il giudice ha coinvolto le parti, la sentenza non è tale. Si tratterà, allora, dei casi in cui il giudice, intendendo in modo restrittivo l'obbligo di sottoporre la questione al contraddittorio delle parti, o ritenendo inutile nel caso concreto tale adempimento, avrà agito in solitudine esponendo, però, la sentenza all'appello per violazione del contraddittorio.

⁵ In questo senso si veda L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza nel processo amministrativo: il caso delle sentenze a sorpresa e dintorni*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1059, laddove afferma che "*la sentenza a sorpresa si sposa con la ferita del contraddittorio come garanzia delle parti*" (pubblicato anche in G.D. COMPORITI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, Firenze University Press, 2016, 163).

Introduzione

Giusto processo e contraddittorio: considerazioni preliminari sulla terza via

L'affermazione della garanzia del giusto processo nel testo costituzionale (art. 111 Cost. come modificato e integrato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2¹), nella *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*² e nelle altre fonti del diritto internazionale³, impegna il legislatore processuale nella costru-

¹ L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del giusto processo*, in AA.VV., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, Giappichelli, 2004, 55; M. BOVE, *Articolo 111 Cost. e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 502 ss.; G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del nuovo art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2003, 1185 ss.; M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. V, Milano, Giuffrè, 2001, 607; L. LANFRANCHI, voce *Giusto processo*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, Treccani, 2001, 1 ss.

² M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Atti del Seminario di Ferrara, 9 marzo 2007, Torino, Giappichelli, 2007, 1 ss.; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, Jovene, 2007, 411 ss.; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2001; V. ANDRIOLI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, in *Temi romani*, 1964, 455 ss. Le garanzie della CEDU sono divenute direttamente applicabili nell'ordinamento italiano a seguito dell'entrata in vigore, avvenuta il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona (ratificato con legge 2 agosto 2008 n. 130). Sul punto si veda Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 14, 88 e Tar Lazio, sez. II bis, 18 maggio 2010, n. 11984, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 4, I, 1259. In merito si rinvia a S. VALAGUZZA, *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla Cedu, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 552; F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1338.

³ Il riferimento va alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (Parigi, 10 dicembre 1948) che all'art. 10 riconosce il diritto di ogni persona di essere ascoltata pubblicamente, in condizioni di piena uguaglianza, con giustizia da un tribunale indipendente ed imparziale, nonché al Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato il 16 dicembre 1966 ed entrata in vigore dieci anni dopo (23 marzo 1976), che all'art. 14 afferma che “*Tutti sono uguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia. Ogni persona ha diritto di farsi ascoltare, in corretto e pubblico giudizio, da un giudice competente, indipendente ed imparziale, costituito per legge*”. La necessità di approvare il Patto internazionale sui diritti civili e politici derivò dalla carenza di giuridicità delle previsioni della Di-

zione di un articolato sistema di protezione di colui che, per vedere risolta una controversia che lo coinvolge, deve domandare tutela agli organi giurisdizionali civili, penali o amministrativi.

Un vero e proprio sistema di tutela è quello generato dalla necessità di assicurare il giusto processo, regolato dalla legge⁴, nell'ambito del quale un peso variabile assumono le singole garanzie che da esso discendono: il diritto di difesa, il contraddittorio, la parità delle parti e delle armi, la terzietà e l'imparzialità del giudice, la ragionevole durata del processo; e poi ancora, in modo più specifico, la pubblicità delle udienze, il diritto di prova, il gratuito patrocinio.

Si tratta di un sistema di tutela aperto⁵, flessibile⁶ e sempre perfettibile⁷: la Cor-

chiarazione universale dei diritti dell'uomo: nonostante ciò, per l'importanza delle proclamazioni sui diritti umani in essa contenute, essa ha esercitato una notevole influenza sull'evoluzione del diritto internazionale e degli ordinamenti nazionali. Le affermazioni in essa contenute hanno assunto valore anche giuridico quali principi del diritto internazionale generalmente riconosciuti.

⁴ Esclude che il riferimento alla legge contenuto nell'art. 111 Cost. costituisca una riserva di legge F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. CATELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa? Giornata di studi in onore del Prof. Fabio Merusi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 4 ss. Al contrario, v. G. CORSO, *Il nuovo art. 111 Cost., e il processo amministrativo. Profili generali*, in AA.VV., *Atti dei Convegni Lincei*, Convegno Il Giusto Processo, (Roma, 28-29 marzo 2002), Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 2003, 52; sulla natura rinforzata della riserva di legge in esame v. S. FOIS, *Il modello costituzionale de giusto processo*, in *Rass. parl.*, 2000, 575. Per una ricognizione dei diversi orientamenti si rinvia a L.P. COMOGGIO, *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparativistica*, in AA.VV., *Atti dei Convegni Lincei*, Convegno Il Giusto Processo, (Roma, 28-29 marzo 2002), cit., 249; M. MENGOLZI, *La riforma dell'art. 111 Cost. e il processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2003, 2487 ss. Vedi anche P. FERRUA, *Legge cost. 23 novembre 1999 n. 2 (Giusto processo)*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, Il Foro italiano-Zanichelli, 2006, 69 ss. sulla natura programmatica del nuovo art. 111 Cost.

⁵ G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del nuovo art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2003, 1185 ss.; M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, cit., 607. Si esclude che l'art. 111 Cost. contenga un catalogo chiuso di garanzie. Ferma la protezione costituzionale di quei profili enumerati del giusto processo, il legislatore potrebbe integrare la tutela processuale delle posizioni giuridiche soggettive prevedendo ulteriori garanzie; per la stessa ragione, l'art. 111 Cost. non altera o riduce in alcun modo la possibilità della Corte costituzionale di arricchire quelle garanzie in via interpretativa, anche alla luce degli *standards* di tutela internazionali, europei e comunitari. F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013, 158, laddove afferma che la nozione di giusto processo "prende sostanza dalle garanzie che positivamente le vengono connesse".

⁶ Per flessibilità deve intendersi l'apertura all'arricchimento delle garanzie ma anche la capacità di combinare, di temperare e bilanciare in modo differente le garanzie che variamente lo costituiscono: sulla interdipendenza tra i canoni del giusto processo e la correlativa necessità di coordinamento si vedano anche N. TROCKER, *Il valore costituzionale del «giusto processo»*, in M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, Giuffrè, 2001, 49 e M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, cit., 606.

⁷ Sul punto v. S. TARULLO, voce *Giusto processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo I, Milano, Giuffrè, 2008, 380 ss.

te europea dei diritti dell'uomo, interpretando le garanzie processuali di cui agli artt. 6 e 13 dell'omonima Carta, e la Corte costituzionale pronunciatisi sul contenuto dell'art. 111 Cost., ma anche degli artt. 24 e 113⁸, comma II, Cost., hanno contribuito a chiarire ed arricchire il significato delle singole garanzie processuali.

Ed ancora: si deve trattare di un sistema effettivo⁹ nel senso che la normativa sul processo che non sia in grado di garantire realmente, anche singolarmente considerate, le voci di tutela in cui si articola il giusto processo sarebbe incostituzionale perché il processo così regolato non potrebbe dirsi giusto.

Il giusto processo, nella pluralità di significati che assume, è il principio che ispira il Codice del processo amministrativo e che esso, perciò, attua: nei suoi primi articoli, sia pure con una sistematica imprecisa¹⁰, afferma l'effettività della tutela (art. 1), la parità delle parti, il contraddittorio, la ragionevole durata del processo (art. 2); e ancora, la motivazione delle decisioni e la sinteticità degli atti (art. 3), esaurendo così il Capo I sui *Principi della giurisdizione amministrativa*.

È dall'esame complessivo della normativa codicistica, però, che si comprende l'impegno che il legislatore ha speso nel perfezionare le garanzie del giusto processo in relazione alla definizione dei singoli istituti e momenti processuali, integrando e migliorando la previgente disciplina che sotto vari aspetti risultava carente¹¹.

⁸ Già argomentando in relazione al giusto processo nell'assetto costituzionale precedente alla riforma costituzionale del 1999 si veda L.P. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 713 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, 287; M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e "due process of law clause")*, nota a Corte cost., 22 dicembre 1961, n. 70, in *Giur. cost.*, 1961, 1284.

⁹ S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2004, 61 ss.; ID., voce *Giusto processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, cit., 377 ss.

¹⁰ Il Codice procede all'affermazione dei principi del contraddittorio e della parità delle parti prima del giusto processo laddove, evidentemente, i primi due discendono dal secondo. Oltre a ciò, è criticabile la scelta di indicare espressamente alcune garanzie, tralasciandone altre che indubitabilmente concorrono a rendere giusto il processo, come la terzietà e l'imparzialità del giudice. Sarebbe stato preferibile enunciare solo il principio del giusto processo. Sul punto v. F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 1356 (pubblicato anche in E. CATELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa? Giornata di studi in onore del Prof. Fabio Merusi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, spec. 2), che riferisce di una disciplina di principio codicistica «pasticciata», a seguito dei vari rimaneggiamenti della bozza. Sul punto si veda anche L. TORCHIA, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1117 ss.

¹¹ Per un'analisi della disciplina previgente in relazione ai profili contrastanti con il principio del contraddittorio, fino a rappresentare situazioni processuali di dubbia legittimità costituzionale v. F. MERUSI, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 5 ss., spec. 18; V. CAIANIELLO, *La parità tra le parti nel procedimento e nel processo*, in *Foro amm.*, 1986, 2784, anche in *Riv. amm.*, 1996, 337; F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, 743 (anche in *Scritti giuridici*, tomo II, Milano, Vita e

Non senza rilevare margini di precisazione della disciplina in relazione a specifici aspetti intorno ai quali si rilevano ancora insufficienze della garanzia¹², il Codice del processo amministrativo ha diffusamente valorizzato il contraddittorio, quale vera e propria chiave di lettura dell'intero articolato¹³.

A ben vedere, infatti, tra i principi che realizzano il giusto processo quello del contraddittorio assume un significato differente¹⁴: preliminare e fondante¹⁵, esso si colloca su un piano diverso in quanto, prima che principio processuale¹⁶, costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico¹⁷ già discendente dai principi di civiltà giuridica¹⁸ e di ragione naturale¹⁹.

Pensiero, 2006, 2046); ID., *Il contraddittorio nei procedimenti speciali amministrativi*, in AA.VV., *Procedimenti speciali e principio del contraddittorio, Atti dell'XI Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1977, 59.

¹² Se ne veda una ricognizione in M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 100 ss.

¹³ P. PATRITO, *Lo svolgimento del giudizio e le decisioni emesse in camera di consiglio*, in R. CARRANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, Zanichelli, 2011, 403 laddove rileva che la parola "contraddittorio" è indicata dal Codice più di venti volte e compare in tutte le sue Parti. Sul giusto processo come chiave di lettura "e, del caso, di integrazione" delle singole disposizioni dell'intero Codice si veda F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 10.

¹⁴ Si noti, a questo proposito, che il principio del contraddittorio, oltre alla sua affermazione espressa nell'art. 111 Cost., discende già disposto dell'art. 24 Cost. (F.P. LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 328; L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, Cedam, 1970, 143; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, 384), dell'art. 3 sul principio di uguaglianza (F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, Morano Editore, 1958, 99 ss.; M. CAPPELLETTI, *Spunti in tema di contraddittorio*, in AA.VV., *Scritti in memoria di S. Satta*, vol. I, Padova, Cedam, 1982, 211) ed anche dell'art. 2 come diritto inviolabile dell'uomo (Corte cost., 27 dicembre 1965, n. 98, in *Giur. cost.*, 1965, 1339).

¹⁵ Si veda già C.E. GALLO, voce *Processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, Utet, 1996, 619, laddove afferma che i principi fondanti del processo sono l'indipendenza del giudice e il contraddittorio.

¹⁶ In questo senso, nei termini in cui la Costituzione afferma tale principio, si tratta di una mera formalizzazione di un valore che esiste a prescindere dal recepimento in fonti normative le quali, in ogni caso, sviluppano principi istituzionali (A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi Editore, 2005, 7).

¹⁷ Vedi L.P. COMOGLIO, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, Agg., vol. VIII, Roma, Treccani, 1997, 1, che richiama G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, Giappichelli, 1995, 1 ss. e 141 ss.

¹⁸ G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, 63 (già in *Riv. dir. proc.*, 1950, 1 ss.). Si ricordino qui le parole di G. CALOGERO (*Principio del dialogo e diritti dell'individuo*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, Giuffrè, 1963, 99): "Niente prova la civiltà di un ordinamento giudiziario quanto la larghezza con cui esso fa luogo all'ascolto delle opposte ragioni".

¹⁹ N. PICARDI, "Audiatur et altera pars". *Le matrici storico culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 16; N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto pro-*

Perciò, il processo o è contraddittorio o non è²⁰; senza di esso il processo non può essere²¹ perché non sarebbe in grado di conseguire il suo scopo²²: l'accertamento della verità attraverso la discussione delle opinioni²³.

È proprio il fine della ricerca e della dichiarazione del vero giuridico, istituzionalmente contrastato tra i litiganti, ha imposto di riconoscere il contraddittorio reciproco, per assicurare alle parti l'uguale possibilità, effettiva e non solo teorica, di incidere sulla formazione del convincimento del giudice mediante i mezzi processuali previsti²⁴.

cesso» in materia civile: profili generali, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 381, laddove rileva che le Costituzioni europee dell'Ottocento e primo Novecento non includono il principio del contraddittorio nel catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali, poiché esso, unitamente ad altre garanzie processuali, discende dai principi di ragione naturale (dello stesso Autore, si veda anche *Il valore costituzionale del «giusto processo»*, in M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., 43; L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, IV ed., Milano, Casa Editrice dottor Francesco Vallardi, 1923, 234. Sul punto si vedano le riflessioni di F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. CATELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa? Giornata di studi in onore del Prof. Fabio Merusi*, cit., spec. 5), secondo cui il giusto processo è "il frutto di un movimento giusnaturalistico internazionale fondato sugli sviluppi del principio anglosassone del due process of law". Sulla portata di tale principio nel processo amministrativo si rinvia a G. DELLA CANANEA, *Dai vecchi ai nuovi principi generali del diritto: il due process of law*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, Jovene, 2007, 36. Si veda già V. VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due process of law e art. 24 Cost.*, Milano, Giuffrè, 1970, spec. 169; M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e «due process of law clause»)*, cit., 1284 ss.

²⁰ E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Padova, Cedam, 1996, 83 ss. Negli stessi termini v. G.A. MONTELEONE, *Note sui rapporti tra giurisdizione e legge nello stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 12 ss., laddove afferma che il contraddittorio può presentarsi in varie modalità procedurali, ma rimane fermo che se non vi fosse, o si risolvesse, in una finzione non vi sarebbe esercizio di giurisdizione, giudizio o processo. Si veda anche G. CAPOGRASSI, *Il "quid ius" e il "quid juris" in una recente sentenza*, in *Opere*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, 19 ss. (già in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, 57 ss.) che definisce il contraddittorio "il complesso di condizioni che fanno giudizio un giudizio".

²¹ La configurazione del contraddittorio come elemento eventuale del processo fu affermata da una certa letteratura processuale pre-costituzionale (E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II ed., Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1936, 89 laddove si afferma che la mancanza di contraddittorio "se può pregiudicare, non pregiudica necessariamente la decisione giusta". E ancora: il contraddittorio "è uno strumento utile del processo quando vi sia fondamento per contraddire: se non ce n'è, costituisce un ingombro". Per un esame storico-ricostruttivo della letteratura sul contraddittorio si rinvia a N. PICARDI, "Audiatur et altera pars". *Le matrici storico culturali del contraddittorio*, cit., 16; ID., *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 673.

²² T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 858.

²³ V. CAVALLARI, voce *Contraddittorio (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1986, 728; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, VI ed., Milano, Giuffrè, 2011, 32; M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009, 116 ss.

²⁴ L.P. COMOGLIO, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*,

In questi termini, la bilateralità del rapporto giuridico sostanziale genera un'opposizione tra le parti nel processo²⁵ che diviene il metodo per la ricerca e l'affermazione della verità nel suo svolgersi secondo le regole del rito²⁶; sono, infatti, queste ultime che nel definire le forme astratte del contraddittorio conseguono l'obiettivo della giustizia sostanziale²⁷.

L'ambizione di ogni normativa processuale, che talvolta può apparire un'illusione²⁸, è quella di pervenire a soluzioni giuste come effetto conseguente all'applicazione delle regole di statica e dinamica del processo; la garanzia sta nella processualizzazione delle modalità di svolgimento del processo²⁹, con definizione formale di un determinato rito, scandito da fasi ed attività contenute dai termini: se vengono applicate correttamente le regole che costituiscono l'*ordo procedendi* non può che pervenirsi ad un esito corretto del processo, ossia l'adozione di una decisione giusta.

In astratto ciò è apprezzabile e doveroso; in concreto, il comportamento dei soggetti processuali può alterare lo svolgimento del processo ed impedire di conseguire la giusta decisione. In generale, infatti, le norme non possono che prevedere la possibilità del contraddittorio dipendendo dalle parti l'effettiva realizzazione dello stesso³⁰. Ciò non deve indurre a mettere in discussione il metodo del contraddittorio: se esso non fosse garantito non vi sarebbe alcuna garanzia di pervenire a soluzioni giuste. Pertanto, seppur con margini di fallibilità in concreto, il contraddittorio costituisce l'unico metodo, in quanto è il metodo

Roma, Treccani, 1997, 2, mette in luce la logica antagonista e allo stesso tempo partecipativa del contraddittorio.

²⁵ Sul contraddittorio come condizione extraprocessuale si vedano i rilievi di F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, cit., 739; G.A. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, I, Padova, Cedam, 1994, 19.

²⁶ Sul rispetto delle forme per garantire la giustizia sostanziale si veda A. NASI, voce *Contraddittorio (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1986, 720 ss.

²⁷ A. GENTILI, *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 761. In merito al processo penale si veda S. VECA, *Sull'idea di giustizia procedurale minima*, in *Riv. fil.*, 2001, XCII, 231.

²⁸ E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, 10 ss.; ID., *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, 610.

²⁹ T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Redenti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1951, 695. Afferma T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, cit., 858 che la "giustizia della sentenza sta nel cammino seguito pel risultato". Sul punto v. anche M. TARUFFO, *Giustizia, procedure e processo*, in *Ragion pratica*, 1997, 9, 145 ss.

³⁰ Sul punto v. C. FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 790; vedi anche A. PROTO PISANI, *Art. 101 – Principio del contraddittorio*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, 2, Torino, Utet, 1973, 1086, laddove afferma che al comportamento della parte che non si avvale delle possibilità di contraddire deve essere ricollegato un significato accertatorio ossia quello di non aver elementi per contraddire.

meno imperfetto³¹, per l'accertamento della verità in fatto e per l'individuazione delle sue conseguenze giuridiche³².

Quanto premesso consente già di distinguere la nozione soggettiva del contraddittorio da quella oggettiva. La prima riguarda le parti del processo ed indica il diritto di ciascuna di confrontarsi rappresentando la propria posizione e manifestando le proprie ragioni: lo scopo è egoistico perché l'obiettivo è quello di far prevalere il proprio interesse su quello dell'altra parte sia pure nel contesto della dialettica processuale.

Il contraddittorio in senso oggettivo riguarda il processo: le regole del contraddittorio assicurano al processo di conseguire la sua funzione di ristabilimento della verità attraverso l'affermazione della soluzione giusta³³.

L'aspetto soggettivo e quello oggettivo del contraddittorio, naturalmente, finiscono col sovrapporsi poiché le parti agiscono contemporaneamente per l'affermazione del loro interesse che, nella rispettiva visione, coincide con l'interesse oggettivo dell'affermazione della verità: ma, tuttavia, in ogni processo vi è chi ha torto e chi ha ragione. In questo contesto si inserisce il ruolo del giudice quale garante nel processo dell'accertamento della verità sulla base del contraddittorio fra le parti in condizione di parità.

Il processo, quindi, non può basarsi solo sul confronto fra le parti; esse affermano e provano nel contraddittorio dei fatti di cui il giudice può convincersi o meno, ma che non può certo ignorare³⁴; egli deve risolvere un conflitto garantendo la parità fra le parti, richiedendo la loro collaborazione, valutando i fatti che nel contraddittorio sono stati prodotti e provati e infine decidendo in base al principio del libero convincimento³⁵.

³¹ G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, vol. VII, Agg. X, Roma, Treccani, 2001, 4.

³² P. SOMMARAGGIO, *La centralità del contraddittorio nell'esperienza giuridica. Prime riflessioni per una teoria radicale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2007, 95.

³³ Si tratta di un tema di ordine generale inerente la c.d. verità giudiziale o processuale (che solo in termini di probabilità coincide con la verità storica). Sul punto si rinvia a M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009, 116 ss.; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979, 129 nonché agli studi filosofici di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1971), tradotto da U. Santini, Milano, Feltrinelli, 1997, 85 ss.

³⁴ M. GALLO, *Il peso del contraddittorio sulla argomentazione giudiziaria*, in *Critica del diritto*, 2001, 11.

³⁵ G. MONTELEONE, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 123; M. NIGRO, P. TONINI, voce *Libero convincimento*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 2007, 59; E. URSO, *Principio del libero convincimento del giudice amministrativo e l'inottemperanza all'ordine di esibizione di documenti da parte della p.a.*, nota a Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 1993, n. 74, in *Nuovo dir.*, 1994, 274; G. DE GREGORIO, *Secondo diritto e secondo ragione... (recenti itinerari della corte costituzionale sul tema del principio del libero convincimento del giudice)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 939; R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 201; M. TARUFFO, voce *Libero convincimento del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, Treccani, 1990, 1 ss.

Perciò il contraddittorio instaura una relazione triadica: la contrapposizione dialettica non è fine a sé stessa ma è finalizzata a persuadere il giudice che è parte necessaria di questa relazione non solo per i poteri di regolazione e garanzia del contraddittorio ma anche in relazione ai poteri officiosi (es. di rilevazione delle questioni ovvero istruttori) mediante i quali pertanto può condizionare egli stesso l'esito del giudizio³⁶. Il contraddittorio perciò deve essere studiato anche nella sua dimensione verticale nell'ottica della collaborazione e del confronto che necessariamente si realizza tra il giudice e le parti nella ricerca e nell'affermazione della verità.

Iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis: questo noto aforisma di Bulgaro già allude all'operare congiunto del giudice e delle parti e al principio di collaborazione come criterio organizzativo di forze che operano nel processo³⁷.

Questa modalità del contraddittorio, verticale e collaborativa, deve essere garantita dalla normativa processuale non meno della possibilità del confronto tra le parti, specie in relazione di quei momenti processuali in cui il giudice, in modo più o meno incisivo, è in grado di condizionare il contenuto della decisione esercitando officiosamente poteri propri, precipuamente affidati dalla legge ovvero esercitati in ragione del più generale potere di direzione materiale del processo³⁸.

È proprio in questi contesti che non appare utile ragionare in termini di contrapposizione tra le parti, cioè di poteri dell'uno e di possibili difese delle altre; al contrario, occorre concentrare l'attenzione sull'incontro tra i due termini della relazione processuale che ora sono le parti e il giudice in un'ottica di collaborazione reciproca³⁹.

Nessun modello processuale può fare a meno della cooperazione tra le parti e con il giudice⁴⁰. Ciò richiede innanzitutto che disciplina processuale debba sempre essere interpretata (anche) alla luce del canone collaborativo, come parametro anch'esso del giusto processo.

³⁶ La rappresentazione della dialettica processuale deve essere riprodotta nella motivazione della decisione che deve spiegare l'incidenza ai fini decisori delle varie ragioni prospettate (G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, cit., 2).

³⁷ L. SALVANESCHI, *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 564 (anche in <http://www.aispc.it>).

³⁸ G. FABBRINI, voce *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, 723, in particolare, laddove individua i poteri di direzione del processo in grado di influire sulla formazione del convincimento decisorio del giudice.

³⁹ E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580.

⁴⁰ Ancor oltre, il principio di collaborazione deve orientare il comportamento delle parti in ogni procedura di risoluzione delle controversie, anche in quelle alternative al processo. In argomento, v. F. LOCATELLI, *Arbitrato e principio del contraddittorio, ovvero dell'esistenza di un principio di collaborazione tra giudicanti e parti anche nel procedimento arbitrale*, nota a Cass. civ., sez. I, 16 novembre 2015, n. 23402, in *Riv. arbitrato*, 2015, 741.

Uno dei momenti più delicati nella relazione tra le parti e il giudice che, appunto, deve essere affrontato con un approccio collaborativo, è costituito dal rilievo officioso di questioni, non prospettate né dibattute prima dalle parti, che possono determinare la risoluzione della controversia. In questi casi la normativa del processo civile e di quello amministrativo sono giunte, seguendo un differente percorso (v. Cap. seguente), ad imporre al giudice di sottoporre le questioni rilevate d'ufficio al contraddittorio delle parti prima di farne oggetto della decisione.

Questa disciplina normativa di garanzia comune al processo civile quanto a quello amministrativo (che si esaminerà nei capitoli che seguono) è riferibile, letteralmente, alla “*questione rilevabile d'ufficio*” e, dunque, l'effettività della disciplina dipende dal significato che si voglia attribuire a tale formula: il tema deve essere oggetto di un approfondimento preliminare in quanto alcuni principi generali del processo possono interagire con la portata della formula, con conseguenze in senso limitativo sulla definizione dell'ambito oggettivo di applicazione della disposizione. Si pensi al principio *iura novit curia* e a quello di autoresponsabilità delle parti. Ulteriori elementi di interferenza possono generarsi nei casi in cui la legge processuale affida al giudice precisi poteri decisorii officiosi, come quello di pronunciare, in assenza di domanda della parte, la conversione della domanda o l'estinzione del giudizio. Infine, l'estensione dell'obbligo del giudice di attivazione del contraddittorio con le parti può richiedersi nel contesto, non precipuamente regolato dalla legge, della disapplicazione degli atti e della modulazione degli effetti delle proprie sentenze di annullamento.

Capitolo I

Giusto processo e decisioni officiose

SOMMARIO: I. Sul concetto di “questione rilevabile d’ufficio”. – II. I rilievi officiosi nel contesto del principio *iura novit curia*. – III. La riqualificazione dell’atto impugnato. – IV. La riqualificazione della domanda. – V. Le pronunce officiose del giudice amministrativo. – VI. La disapplicazione come potere officioso. – VII. La terza via e le nuove sentenze del giudice amministrativo. – VIII. La rilevazione d’ufficio dell’abuso del processo e l’abuso del processo da parte del giudice.

I. *Sul concetto di “questione rilevabile d’ufficio”*

L’individuazione dei confini delle questioni rilevabili d’ufficio ha seriamente impegnato la letteratura processual-civilistica¹ che ha manifestato una tale varietà di posizioni da rendere ardua l’individuazione di filoni interpretativi.

Il linea generale, una prima e più risalente impostazione ha ritenuto che la questione rilevabile d’ufficio dovesse essere limitata alle pregiudiziali di rito e preliminari di merito², da decidersi con precedenza sulle altre e determinanti ai fini della definizione del giudizio.

Quest’ultimo aspetto della questione rilevabile d’ufficio ne riconduce necessariamente l’oggetto solo a quelle situazioni, in qualunque modo emerse nel processo, capaci di incidere sulla nascita e sull’efficacia della pretesa azionata e corrispondenti all’oggetto delle c.d. eccezioni in senso lato³. Viceversa, la rilevabilità d’ufficio non potrebbe avere ad oggetto quelle questioni riservate all’eccezione

¹ Si vedano gli studi che compiono una ricognizione delle varie tesi: fra gli altri, F. FERRARIS, *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa» alla luce della dicotomia questioni di fatto-diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1182 ss.; M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 826 ss. Analizza in modo puntuale le specifiche tipologie di questioni rilevabili d’ufficio davanti al giudice civile G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1012 ss.

² In questo senso si veda V. DENTI, *Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 220 ss., spec. 225.

³ Sulle *exceptio facti* o eccezioni in senso improprio si rinvia a S. CHIARLONI, già richiamato alla nota 3 della *Premessa*.

della parte⁴: sarebbe, cioè, precluso al giudice di pronunciarsi d'ufficio su quei fatti che possono essere oggetto solo di un'eccezione in senso proprio e stretto, anche detta *exceptio iuris*⁵, in quanto hanno ad oggetto situazioni il cui effetto estintivo, modificativo o impeditivo è subordinato all'esercizio di un diritto potestativo della parte⁶.

La tesi è stata oggetto di successivi ampliamenti, in particolare negli anni Ottanta del Secolo scorso, allorché si è giunti ad estendere l'ambito delle questioni rilevabili d'ufficio a tutte quelle, di fatto o di diritto, capaci di incidere sulla decisione finale della controversia⁷, ritenendosi che la locuzione "*questione rilevabile d'ufficio*" non potesse consentire l'introduzione in via interpretativa di un qualsivoglia vincolo di significato.

Infine, la tesi che attualmente pare più accreditata in letteratura allontana le ricostruzioni volte, in modo più o meno restrittivo, ad individuare l'oggetto delle possibili questioni rilevabili d'ufficio per riferirsi invece all'intero spettro dei poteri decisorii del giudice⁸.

La questione nuova introdotta dal giudice in via officiosa opererebbe dunque ad ampio raggio potendo coincidere con ogni rilievo sull'oggetto della decisione, che si tratti di un elemento di fatto o di un profilo giuridico.

In questo ambito sarebbe da considerarsi ricompresa anche l'applicazione da parte del giudice di una norma giuridica diversa da quella invocata dalle parti a

⁴ E. GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 726.

⁵ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, Cedam, 1931 (con ristampa del 1933), 321 ss.

⁶ R. ORIANI, *Diritto potestativo, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Padova, Cedam, 2003, 4.

⁷ In questo senso è stato determinante il contributo di C. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisorii del giudice*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, vol. XLIX-L, 1980-81/1981-82, Nuova serie A, n. 33-34, 1984, 50 ss.; ID., *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 783.

⁸ Sull'estensione del significato da attribuire alla questione rilevabile d'ufficio v. A. GIORDANO, *Sull'art. 101, comma 2, c.p.c.: un disposto recente su una questione antica*, in *Giust. civ.*, 2012, II, 145; ID., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce 'a sorpresa' alla luce del nuovo art. 101, comma 2, cod. proc. civ.*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2012, V, 19 ss.; C. GAMBA, *L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la "scommessa aperta" dell'ordinamento processuale*, in M. TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, Bologna, Zanichelli, 2010, 144 ss.; M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, 1166; D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 402, anche in *www.judicium.it*, cit., 4; E. FABIANI, *Rilievo d'ufficio di "questioni" da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, nota a Cass., sez. III, 5 agosto 2005, n. 16577 e Cass., sez. II, 27 luglio 2005, n. 15705, in *Foro it.*, 2006, I, 3180; L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del giusto processo*, in AA.VV., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, Giappichelli, 2004, 71, spec. laddove afferma che debba intendersi ogni questione che sia dotata di incidenza sulla decisione; ID., *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, Giappichelli, 1996, 108.

seguito, o meno, di una riqualificazione dei fatti o degli atti (v. Par. seguente). Si tratta di uno spazio di cognizione normativa molto ampio limitato solo dalla necessità che sia svolta in stretta riferibilità al contenuto oggettivo (anche di fatto) introdotto dalle parti⁹.

A questa soluzione, si noti, era già giunta la dottrina processual-civilistica che per prima ha sostenuto la necessità di riconoscere che nel processo sussiste un preciso dovere di collaborazione tra le parti. Con ciò l'assicurazione del contraddittorio viene ad incardinarsi in una più ampia relazione di cooperazione tra le parti del processo, tra cui è compreso anche il giudice¹⁰.

L'interpretazione ampia appena riportata trova supporto nella locuzione utilizzata dal legislatore della riforma del 2009 per il processo civile e del 2010 per quello amministrativo che volutamente non limita le questioni rilevabili a determinate tipologie con l'obiettivo, si deve ritenere, di ampliare quanto più possibile l'ambito di applicazione del contraddittorio e del giusto processo: l'obbligo di provocazione del contraddittorio corrisponderebbe, cioè, ad una precisa volontà legislativa di garantire il confronto effettivo su qualsivoglia nuovo profilo di valutazione introdotto dal giudice e decisivo ai fini del giudizio.

Tale ultimo inciso appare fondamentale: l'applicazione della garanzia in esame si giustifica nella necessità di difesa della parte rispetto a una questione rilevata dal giudice che, in qualche misura, può condizionare la decisione finale. In tal senso, la garanzia della parte non può essere inferiore a quella riconosciuta alla medesima parte di fronte ad una questione introdotta dalla parte avversaria¹¹ a condizione che, naturalmente, la questione officiosamente rilevata sia effettivamente nuova, ossia non sia stata oggetto del contraddittorio fra le parti e con le parti.

Di fronte alla novità processuale introdotta dal giudice la parte può avere la necessità di modificare le domande o le eccezioni già introdotte nel giudizio, di indicare nuovi fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi, nonché di produrre nuove prove anche avanzando istanze istruttorie.

Questa lettura pare essere l'unica conforme al principio del giusto processo, declinato nel senso della garanzia del diritto di difesa e del contraddittorio, tanto prima quanto dopo la riforma costituzionale dell'art. 111 Cost.¹².

⁹ Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2003, n. 8323, in *Foro amm.-Cds*, 2003, 3649.

¹⁰ E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, spec. 605.

¹¹ M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo officioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Rass. forense*, 2011, 555. Nel medesimo senso, ma in relazione al raffronto tra questione pregiudiziale eccepibile dalla parte e questione pregiudiziale rilevabile d'ufficio, si veda V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, cit., 224.

¹² F. MERUSI, *Il principio del contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 5 ss.; sul punto v. M. MENGOZZI, *La riforma dell'art. 111 Cost. e il processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2003, 2491 ss.

Anche la letteratura amministrativista si è assestata su una qualificazione ampia della questione rilevabile d'ufficio proprio in funzione della garanzia del giusto processo, anche nel processo amministrativo. In questo senso, non è utile distinguere tra questioni di fatto e di diritto¹³, né limitare la questione a quelle pregiudiziali¹⁴, per sottoporre invece alle parti tutti gli elementi di fatto o di diritto che il giudice abbia deciso di prendere in considerazione ai fini della decisione e fino a quel momento ignorati dalle parti.

La giurisprudenza civile, tuttavia, sembra intendere il principio in modo differente, affermando che la questione rilevabile d'ufficio su cui provocare il contraddittorio è soltanto quella che può comportare «nuovi sviluppi della lite, non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale»¹⁵. Ecco allora che la distinzione tra questioni di fatto e di diritto viene ad assumere rilevanza, tenendo anche conto dell'ulteriore specificazione in questioni di puro diritto e della combinazione di questioni di fatto e di diritto che danno luogo a questioni miste.

In particolare, la questione di fatto o mista di fatto-diritto, come quella determinata da una rivalutazione dei fatti con conseguente riqualificazione della domanda, sarebbe rilevante ai fini dell'applicazione della disposizione che impone la provocazione del contraddittorio: in questa situazione, infatti, le parti si troverebbero di fronte alla necessità di assumere una diversa posizione in relazione alla nuova situazione prospettata determinando così quello «sviluppo della res litigiosa» fino a quel momento non considerato dalle parti che giustifica l'apertura al confronto¹⁶. Si tratta di casi, peraltro, in cui le parti possono aver interesse a richiedere prove dal contenuto diverso rispetto a quelle chieste originariamente¹⁷.

¹³ G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in AA.VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Annuario AIPDA 2012, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 23. Sulle difficoltà di distinguere v. F. SAIITA, *La «terza via» ed il giudice amministrativo: la «questione rilevata d'ufficio» (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 852.

¹⁴ Sulle questioni pregiudiziali nel processo amministrativo v. C.E. GALLO, voce *Questioni pregiudiziali (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, Treccani, 1991, 5 ss.

¹⁵ Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2016, n. 4889, in *Diritto & Giustizia*, 15 marzo 2016, con nota di M. CORRADO, *L'importanza del gioco delle parti nel processo: quando il troppo zelo del giudice è peccato mortale ...*; Cass. civ., sez. I, 1° ottobre 2014, n. 20725, in *Fallimento*, 2015, 668, con nota di L. D'ORAZIO, *La decisione della terza via nell'accertamento del passivo*; Cass. civ., sez. VI, ord., 29 settembre 2015, n. 19372, in *Mass. Foro it.*, 2015, 630; Cass. civ., sez. VI, ord., 6 novembre 2013, n. 24861, *id.*, 2013, 849; Cass. civ., sez. trib., 13 luglio 2012, n. 11928, *id.*, 2012, 563; Cass. civ., sez. III, 27 aprile 2010, n. 10062, in *Giur. it.*, 2011, 614; Cass. civ., sez. III, 5 agosto 2005, n. 16577, in *Mass. Foro it.*, 2005, 1855.

¹⁶ Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. giur.*, 2010, 355 ss., con nota di C. CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*.

¹⁷ Cass. civ., sez. lav., 19 maggio 2016, n. 10353, in *Mass. Foro it.*, 2016, 350.

Al contrario, la questione di diritto o, più puntualmente, quella di puro diritto non assumerebbe rilevanza ai fini del contraddittorio. Si tratta di questioni di esclusiva rilevanza processuale (come il difetto di giurisdizione, di legittimazione attiva, la tardività del ricorso) che non costituiscono una novità o una sorpresa per le parti le quali, come ha fatto il giudice, ben si potevano dar conto della situazione processuale che ha dato origine al rilievo d'ufficio¹⁸.

L'impostazione giurisprudenziale di cui si è appena riferito si espone a dure e diffuse critiche: principalmente, si rileva che la distinzione tra questioni di fatto, di diritto e miste e l'attribuzione di una differente rilevanza pare possibile più in astratto che in concreto. Non solo la questione di fatto o mista si presta a repliche in fatto¹⁹; anche il profilo di diritto, infatti, si determina e modella in relazione a fatti sostanziali o processuali su cui la parte ben potrebbe avere interesse a interloquire. Così, ad esempio, per il rilievo della nullità o della carenza di un presupposto processuale. Oltre a ciò, solo con l'atto di impugnazione della sentenza solitaria si può comprendere se la difesa dalla terza via avrebbe comportato considerazioni rilevanti, palesandosi in allegazioni in punto di fatto e consequenziali produzioni istruttorie²⁰.

La giurisprudenza amministrativa individua in modo più flessibile i contorni della questione rilevabile d'ufficio. Per un verso, si afferma la doverosità di un'interpretazione in senso tecnico, evitando così il rischio di finire con l'intendere che costituisce rilevazione officiosa ogni valutazione del giudice che non recepisce argomentazioni introdotte dalle parti: con ciò, afferma la giurisprudenza, come le considerazioni difensive della parte non costituiscono tutte delle eccezioni in senso proprio, così non ogni affermazione del giudice integra gli estremi di un rilievo officioso.

L'obbligo di sottoposizione al confronto con le parti, allora, dovrebbe essere limitato a quei fatti sostanziali e processuali ulteriori rispetto a quelli comunemente qualificati come costitutivi della pretesa che è stata azionata attraverso ciascun motivo di ricorso²¹. Si tratterà di fatti sostanziali capaci di modificare,

¹⁸ La non sottoposizione della questione di puro diritto può avere rilievo ai fini dell'impugnazione della sentenza *per error in iudicando* ovvero *per error in iudicando de iure procedendi*, la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato (tra le più recenti si veda Cass. civ., sez. I, 16 febbraio 2016, n. 2984, in *Mass. Foro it.*, 2016, 126).

¹⁹ F. FERRARIS, *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa» alla luce della dicotomia questioni di fatto-diritto*, cit., spec. 1188 ss.

²⁰ Si tratta, cioè, di una verifica realizzabile solo *ex post*, non potendo conoscere quali repliche avrebbe prodotto la parte per contrastare il rilievo officioso. Sul punto v. F. FERRARIS, *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa» alla luce della dicotomia questioni di fatto-diritto*, cit., 1190.

²¹ Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2016, n. 1755, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4383, in *Foro amm.*, 2014, 2016; Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1127, in *Cons. Stato*, sez. V, 19 giugno 2012, n. 3557, in *Urb. e app.*, 2012, 1333; nello stesso senso, Cons. giust. amm. Regione Sicilia, 4 marzo 2013, n. 309, in *Giur. amm.*, 2013, I, 429.

impedire, estinguere essendo idonei ad incidere *ab extrinseco* sulla fattispecie costitutiva della pretesa dedotta dal ricorrente, vanificandola nonché di fatti cui la disciplina processuale attribuisca conseguenze incidenti sul processo.

Con ciò, vengono in rilievo tutti quegli elementi secondari, certamente acquisibili in giudizio anche se non dedotti dalla parte²², che possono incidere sulla nascita e sull'efficacia della posizione giuridica sostanziale azionata: come si è osservato, nell'allegazione dei fatti costitutivi della domanda è implicitamente contenuta la loro allegazione in negativo²³ su cui, non vi è dubbio, il giudice possa pronunciarsi. Anzi, può ben sostenersi che corrisponda ad un preciso poterdovere del giudice quello di dare rilevanza a tutte quelle situazioni, sostanziali e processuali, che possono dimostrare che la realtà di fatto o di diritto non è come rappresentata dal domandante²⁴, come corollario del suo essere un garante imparziale dell'esatta applicazione delle regole processuali.

Questa lettura, per un verso restrittiva in quanto non sanziona la sentenza pronunciata dal giudice senza sollecitare il contraddittorio su una qualunque novità, introdotta d'ufficio, in grado di incidere sulla decisione finale, conduce per altro verso ad offrire alle parti la garanzia di difesa sulla questione officiosa di puro diritto²⁵.

II. I rilievi officiosi nel contesto del principio *iura novit curia*

Sono correlati, ma non interagiscono, il principio *iura novit curia*²⁶ e il poterdovere di rilevazione d'ufficio del giudice²⁷.

²² Sulla rilevabilità d'ufficio dei fatti secondari si rinvia a A. ROMEO, *Sulla natura del ricorso incidentale e sulla rilevabilità d'ufficio delle eccezioni nel processo amministrativo*, nota a Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 16 dicembre 2009, n. 2594, in *Foro amm.-Tar*, 2010, 76.

²³ L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1995, 337.

²⁴ In questi termini si veda Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 27 luglio 2012, n. 721, cit., che afferma corrispondere ad un poterdovere del giudice la rilevazione d'ufficio della nullità, ex art. 31, comma IV, c.p.a., "al pari di ogni altra rilevabilità ope iudicis", come quella sull'incompetenza, il cui esercizio è sempre obbligatorio.

²⁵ Così, fra le altre, Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2014, n. 2518, in *Urb. e app.*, 2014, 988; Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2013, n. 2175, in *Foro amm.-CdS*, 2013, 929; Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1127, in *Giur. amm.*, 2013, I, 238. Per l'esame di una più ampia casistica v. L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza nel processo amministrativo: il caso delle sentenze a sorpresa e dintorni*, cit., 1077.

²⁶ C. PAPAGNO, voce *Iura novit curia*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 2007, 401; A. PIZZORUSSO, voce *Iura novit curia (ordinamento italiano)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, Treccani, 1990, 1 ss. Con specifico riferimento al fondamento legislativo del principio nell'art. 113 c.p.c. si rinvia a G.A. MICHELI, *Jura novit curia*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 576 ss.

²⁷ C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, XXV ed., Torino, Giappichelli, 2016, 105, nota 32.

Il giudice conosce del diritto della causa ed è perciò libero di applicare le norme che meglio ritiene adattabili al caso concreto e di procedere alla qualificazione giuridica dei fatti che ritiene più corretta, prescindendo eventualmente da quelle richiamate dalle parti a fondamento delle rispettive richieste. Per questo l'ordinamento processuale non pone a carico delle parti l'indicazione delle norme poste a fondamento delle loro pretese²⁸.

Nel processo civile, il principio trova espresso riferimento normativo nell'art. 113, comma I, c.p.c., che sancisce la regola in base alla quale “*il giudice deve applicare le norme di diritto al fine di decidere la controversia, salvo i casi in cui la legge consente la decisione secondo equità*”. La norma afferma una sorta di monopolio del giudice nella qualificazione giuridica del rapporto a cui si giustappone una tendenziale esclusiva delle parti circa la determinazione dei contorni della controversia. Il principio *iura novit curia*, comunque, costituisce un canone processuale generale applicabile a tutti i giudizi, anche a quello amministrativo.

È proprio nell'ambito della ricerca senza vincoli e condizionamenti del diritto applicabile che il giudice potrà rintracciare questioni rilevabili d'ufficio ovvero riqualificare i fatti. La libertà di individuazione della regola, tuttavia, non interagisce con il dovere del giudice di sottoporre alle parti la questione nuova e risolutiva così rintracciata. L'introduzione del contraddittorio si inserisce in un momento successivo rispetto a quello della rilevazione per regolarne le modalità ed i tempi della manifestazione attraverso il coinvolgimento delle parti²⁹.

Con ciò, per un verso, il principio *iura novit curia* non si spinge sino a consentire al giudice di individuare la normativa applicabile escludendo, in ragione della libertà che connota tale attività, la partecipazione delle parti nel contraddittorio; e, al contrario, il potere-dovere del giudice di compiere rilevamenti officiosi non è in alcun modo precluso dalla disciplina che impone il contraddittorio sulla questione.

²⁸ In questo senso, il principio *iura novit curia* rassicura le parti sulla corretta applicazione da parte del giudice delle disposizioni normative vigenti anche in difetto di un loro espresso richiamo, “*senza che ciò possa significare che il giudice debba prestare la sua opera oviando con la sua attività all'incapacità delle parti di reperire un qualunque fondamento per le loro pretese*”; in ragione di ciò, pertanto, il ricorrente è tenuto a esporre la questione giuridica nei suoi termini essenziali, ma non ha l'onere di indicare tutte le norme che interessano la fattispecie o specificare quelle che sarebbero violate (Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2255, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 7 marzo 2012, n. 581, in *Foro amm.-Tar*, 2012, 1016; Tar Puglia, Bari, sez. III, 13 gennaio 2012, n. 177, *id.*, 2012, 259; Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 447; Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 5 marzo 2010, n. 100, in *Foro amm.-Tar*, 2010, 1037; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 4 giugno 2009, n. 1356, *id.*, 2009, 1882; Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4419, in *Foro amm.-CdS*, 2006, 2185; Tar Campania, Napoli, sez. III, 11 marzo 2006, n. 8034, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 3017; Cons. Stato, sez. IV, 22 novembre 2004, n. 7621, in *Foro amm.-CdS*, 2004, 3197; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 31 dicembre 1999, n. 2745, in *Ragiusan*, 2000, 193-4, 45).

²⁹ L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 929 ss.

Per quanto premesso, appare chiaro che l'obbligo di provocare il contraddittorio deve ritenersi esteso anche ai casi in cui il giudice ritenga applicabile alla controversia disposizioni non coincidenti con quelle individuate dalle parti, tanto nel giudizio civile³⁰, quanto in quello amministrativo³¹.

La giurisprudenza, invece, esclude che il giudice debba contraddire con le parti sulle questioni che attengono all'interpretazione normativa perché, semplicemente, non si tratta di "questioni" ma dell'attività ordinaria del giudicante di verifica della fondatezza delle prospettazioni giuridiche delle parti. Con ciò, il giudice deve poter ritenere applicabile alla controversia una norma differente da quella invocata dalle parti, ovvero interpretare quest'ultima in modo diverso da quello proposto, senza con ciò dover "rendere conto" alle parti³².

Una simile conclusione limita il contraddittorio in modo apprezzabile e può effettivamente ripercuotersi sulla giustizia della decisione: il principio del contraddittorio, infatti, "esige che lo stesso operato del giudicante sia pienamente immerso nel contesto dialogico dal quale soltanto può legittimamente scaturire la decisione finale". Solo a questa condizione, si realizza veramente e pienamente la parità delle parti "tra le quali viene infine collocato lo stesso giudice, ad ulteriore dimostrazione che è il processo in quanto tale ad esser concepito, adesso, come struttura del confronto dialettico tra i suoi protagonisti"³³.

³⁰ Sul punto già E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, Giuffrè, 1967, 121: "a tutela del diritto di difesa può (e, a nostro avviso, deve) concepirsi il dovere del giudice di proporre alle parti, prima della decisione, la norma o le norme alle quali ritenga di poter riferire il caso concreto, suscitando una discussione sull'applicabilità alle medesime. È questa un'espressione di quella collaborazione tra le parti e l'ufficio, che si risolve in un concorso di attività e (di comuni attribuzione) per il migliore svolgimento del processo (e quindi per la formazione della giusta decisione) ponendosi tutti i soggetti, pubblici e privati, sullo stesso piano". Si vedano anche M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione* (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova), in *Rass. forense*, 2011, 554. Ancora, F. FERRARIS, *Principio del contraddittorio e divieto di decisioni «a sorpresa» alla luce della dicotomia questioni di fatto-diritto*, cit., 189; M.G. CIVININI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, 8; D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino, Giappichelli, 2008, 112.

³¹ F. SAITTA, *La «terza via» ed il giudice amministrativo: la «questione rilevata d'ufficio» (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 85, 850; G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in AA.VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, cit., spec. 23 laddove afferma che il giudice "neppure può appellarsi al iura novit curia per affermare il dominio e la sufficienza della propria conoscenza" al fine di pronunciarsi in modo solitario (sul punto ID., *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 425).

³² Cass. civ., sez. lav., 13 dicembre 2010, n. 25140, in *Mass. Foro it.*, 2010, 1076; Cass. civ., sez. I, 23 settembre 2005, n. 18681, *id.*, 2005, 1422.

³³ A. ROMANO TASSONE, *Il principio del contraddittorio*, in A. BARTOLINI, B. SASSANI, R. VIL-LATA, *Il Codice del processo amministrativo: dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, 384.

Per questa ragione, tanto nel processo civile come in quello amministrativo, laddove il giudice introduca una novità non già dibattuta dalle parti, fra le quali ben si può annoverare anche una diversa norma a cui ritenga di riferire il caso concreto, dovrebbe essere sollecitata la discussione tra le parti³⁴: escludere che le parti possano introdurre repliche in fatto o in diritto in modo tale da incidere sul convincimento del giudice è una *probatio diabolica*; la parte, in appello, ben potrà dimostrare di aver avuto argomenti contro la sussunzione della fattispecie nel quadro normativo individuato dal giudice, alla luce di una diversa lettura dei fatti o di un diverso orientamento giurisprudenziale che, tuttavia, non ha potuto presentare al giudice orientato all'adozione di una decisione solitaria.

Deve allora ritenersi sempre fondamentale l'affermazione secondo cui “*una questione discussa è decisa meglio di una questione solitariamente affrontata*”³⁵ per ritenere che il contraddittorio collaborativo tra le parti del processo non possa cedere di fronte ad altre esigenze del processo, quali possono essere rappresentate dalla celerità e speditezza.

In un simile contesto, non appare ragionevole privilegiare meccanismi volti all'assicurazione della ragionevole durata del processo quale principio che può giustificare compressioni del contraddittorio. La celerità che il processo consegue evitando di sottoporre alle parti la questione officiosa, anche quando possa apparire che esso si riduca ad un inutile formalismo, viene vanificata dalla proposizione dell'appello contro la sentenza per violazione del principio del contraddittorio o per errore *in procedendo* (v., Par. II e IV).

In questo senso, il contraddittorio deve essere assicurato su ogni profilo, che si configuri come questione o meno, che possa condizionare l'esito del giudizio³⁶; esso deve riaffermarsi in ogni fase e momento processuale, frazionandosi in relazione ai singoli atti³⁷; se così non fosse, sarebbe compromessa l'affermazione della verità.

III. La riqualificazione dell'atto impugnato

Il principio *iura novit curia* gioca un ruolo determinante anche a supporto del potere del giudice di riqualificare il fatto o l'atto oggetto del giudizio. La giuri-

³⁴ E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 121. Si richiama anche di W. HABSCHIED, *Les grands principes de la procédure civile: nouveaux aspects*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, 10.

³⁵ F.P. LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»?», in *Giust. civ.*, 2002, 1614, nota a Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2001, n. 14637.*

³⁶ Perciò deve essere contestata la posizione giurisprudenziale che esclude la necessità di sottoporre alle parti la sorpresa in termini di valutazione del materiale probatorio da parte del giudice che, proprio in ragione di ciò, trae conclusioni per il giudizio diverse da quelle delle parti (Cass. civ., sez. lav., 19 maggio 2016, n. 10353, in *Mass. Foro it.*, 2016, 350 e in www.legge-e-giustizia.it).

³⁷ F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, Laterza, 1981, 433.

sprudenza unanime, infatti, afferma che il *nomen iuris* attribuito dall'Amministrazione ad un proprio atto o provvedimento non può vincolare il giudice che può procedere alla riqualificazione³⁸.

Il giudice, dunque, non può limitarsi alla sussunzione della fattispecie concreta nel quadro giuridico astratto, bensì deve procedere alla qualificazione e, del caso, alla riqualificazione dei fatti introdotti nel giudizio quale operazione che si pone come presupposto per il corretto inquadramento giuridico della vicenda.

Tale operazione, tuttavia, può dar luogo ad un risvolto inatteso del processo per le parti che non avevano previsto la possibilità di una differente qualificazione dell'atto e delle relative conseguenze: né può ritenersi che sulle parti gravi un onere di rappresentazione della possibilità di una riqualificazione e, in conseguenza, di argomentare in merito. Per gli stessi motivi, le parti non sono tenute a replicare alle possibili eccezioni delle parti avversarie che, tuttavia, non siano state eccepite: ciò striderebbe con la più elementare strategia processuale che sconsiglia di introdurre in giudizio, ancorché al fine di contestarli, fatti in favore delle controparti.

Se così è, laddove la riqualificazione è introdotta come novità per le parti, si dovrà ammettere l'esercizio del diritto di difesa che avviene attraverso il riconoscimento della possibilità della parte di articolare le proprie argomentazioni sulla riqualificazione stessa o sulle possibili conseguenze processuali della stessa. In particolare, la parte dovrà essere messa nelle condizioni di "*articolare compiutamente tutte le censure che avrebbe potuto formulare laddove ab origine il provvedimento gravato fosse stato qualificato armonicamente a quanto ritenutosi in sede giudiziale*"³⁹.

Si noti, però, che la riqualificazione dei fatti o degli atti pare da ammettersi solo nel giudizio di primo grado, perché il giudice d'appello dovrebbe ritenersi vincolato all'accertamento compiuto in quel grado, salvo che la riqualificazione sia fatta oggetto di specifico gravame.

Che alla riqualificazione giuridica del fatto debba conseguire un momento di contraddittorio con la parte è stato affermato dalla Corte europea dei diritti

³⁸ Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2017, n. 1718, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 5 agosto 2016, n. 1621, Tar Molise, Campobasso, sez. I, 11 settembre 2015, n. 340, Tar Liguria, Genova, sez. I, 30 aprile 2015, n. 430, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass. civ., sez. lav., 16 settembre 2013, n. 21082, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2011, n. 5211, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 2787; Tar Lombardia, Brescia, 12 gennaio 2007, n. 15, in *Foro amm.-Tar*, 2007, 40; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 7 aprile 2004, n. 649, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 1188. In argomento si veda S. AMATO, *La riqualificazione giudiziale del provvedimento amministrativo gravato*, in *Foro amm.*, 2016, 2012 ss. La stessa regola vale nel processo civile dove il giudice è libero di qualificare il tipo negoziale astratto integrato dagli atti di autonomia privata dedotti in giudizio, badando alla sostanza del contratto posto in essere dalle parti (Cass. civ., sez. III, 22 giugno 2005, n. 13399, in *Contratti*, 2006, 329, con nota di P.G. TRAVERSA, *Contratto di ... e qualificazione*).

³⁹ Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 2015, n. 5570, in *Foro amm.*, 2015, 3082.

dell'uomo con la nota sentenza *Drassich*⁴⁰ che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6, comma III, della Convenzione omonima, in quanto il diritto processuale penale nazionale prevede la possibilità di attribuire ai fatti contestati all'imputato nel processo penale una diversa qualificazione giuridica senza che di ciò costui venga informato in tempo utile per poter esercitare i diritti di difesa riconosciuti in modo concreto ed effettivo. Il legislatore italiano non ha provveduto a rimuovere o modificare la disposizione violativa dell'art. 6 che viene perciò fatta oggetto di un'interpretazione conforme⁴¹.

IV. La riqualificazione della domanda

Il giudice qualifica l'azione proposta dalla parte in base ai suoi elementi sostanziali⁴² e, sussistendone i presupposti, può disporre la conversione dell'azione: ciò dispone l'art. 32, ai commi I e II, c.p.a.⁴³

⁴⁰Fra i tanti commenti, v. M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 Cedu: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, nota a Corte europea diritti dell'uomo, 11 dicembre 2007, *Drassich* c. Gov. Italia, in *Giust. pen.*, 2008, I, 165; F. ZACCHÉ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 781.

⁴¹F. GIUNCHEDI, *Il giudice nazionale tra sistemi multilivello ed interpretazione conforme (a proposito del caso Drassich)*, nota a Cass. pen., sez. II, 15 maggio 2013, n. 37413, in *Giur. it.*, 2014, 178; S. LONATI, *Il «caso Drassich»: continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo*, nota a Cass. pen., sez. VI, 25 maggio 2009, n. 36323, in *Cass. pen.*, 2011, 263; R.E. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso «Drassich»*, nota a Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 2008, in *Giur. it.*, 2009, 2514.

⁴²Sull'individuazione degli elementi sostanziali della domanda si rinvia a F.G. SCOCA, *Qualificazione della domanda giudiziale e controllo della rilevanza della questione di costituzionalità*, nota a Corte cost., 12 dicembre 2012, n. 280, in *Giur. cost.*, 2012, 4482.

⁴³Se ne veda un'importante applicazione in Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *Foro amm.-CdS*, 2013, 68 (e in *Foro it.*, 2014, III, 712, con nota di A. TRAVI, *Consiglio superiore della magistratura e legittimità amministrativa: un binomio in crisi*) secondo cui, al fine di consentire l'unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall'interessato a fronte della riedizione del potere conseguente ad un giudicato, è ammissibile che le doglianze relative vengano dedotte davanti al giudice dell'ottemperanza, sia in quanto questi è il giudice naturale dell'esecuzione della sentenza, sia in quanto egli è il giudice competente per l'esame della forma di più grave patologia dell'atto, qual è la nullità. Il giudice dovrà allora qualificare le domande, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa. Nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga così che il nuovo provvedimento emanato dall'Amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, dichiarandone la nullità, a tale dichiarazione non potrà che seguire l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda. Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità, il giudice disporrà la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione, secondo il disposto dell'art. 32, comma II, c.p.a. Si vedano, successive e conformi Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4604, in *Foro amm.*, 2015,

Si tratta di una previsione che per un verso conferma la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa e, per altro verso, la attenua. Infatti, ancorché resti ferma la regola secondo cui il giudice deve pronunciarsi sulla base e nei limiti della domanda, la norma in questione consente una riqualificazione della stessa e la conversione in altra non contemplata dalla parte proponente.

Deve chiarirsi che si tratta di un potere del giudice da ritenersi ammissibile in quanto espressamente previsto dalla legge distinguendo, però, la riqualificazione dalla conversione⁴⁴.

La qualificazione processuale della domanda e, eventualmente, la sua riqualificazione è compito insito nel ruolo del giudice e protetto dal principio *iura novit curia*. In un giudizio secondo diritto, è proprio il diritto che in ogni frangente processuale libera il giudice dalle prospettazioni giuridiche realizzate dalla parte, anche qualora ciò riguardi lo stesso atto di iniziativa del processo che introduce e dà impulso all'attività del giudice.

La conversione, invece, non è un potere implicito: con essa si altera la distinzione dei ruoli tra le parti e il giudice, incidendo sul principio della corrispondenza tra ciò che la parte domanda e ciò che il giudice pronuncia. La giurisdizione soggettiva che informa il giudizio amministrativo presuppone, infatti, che ogni soggetto possa decidere se prendere l'iniziativa della tutela giurisdizionale definendo anche in quale modo chiedere tale tutela, articolando diversamente la domanda al giudice: si tratta di un corollario della libertà e della disponibilità della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.)⁴⁵.

In un simile contesto, il potere decisorio affidato dall'art. 32, comma II, c.p.a.

10, 2510; Cons. Stato, sez. IV, 4 novembre 2013, n. 5279, in *Foro amm.-CdS*, 2013, 3006; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 26 settembre 2013, n. 2314, in *Foro amm.-Tar*, 2013, 2913; Tar Puglia, Bari, sez. I, 6 novembre 2013, n. 1506, *id.*, 2013, 3513.

⁴⁴ Sulle diverse relazioni tra l'attività di riqualificazione e di conversione v. G. CORSO, *Commento all'art. 32*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., 326 ss.; M. LIPARI, *Art. 32 – Pluralità delle domande e conversione delle azioni*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato con dottrina e giurisprudenza*, Roma, Dike, 2010, 390. Si veda la ricognizione delle tesi dell'endiadi, della progressione e dell'alternatività in F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 182 ss.

⁴⁵ Il principio della domanda trova espressa affermazione nelle norme codicistiche, fra quali, in particolare, l'art. 39 c.p.a., che rinvia espressamente alle norme del processo civile, informato dal principio della domanda, e con ciò anche all'art. 112 c.p.c. sulla corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Si veda anche l'art. 34, comma I, lett. a), c.p.a. laddove afferma che in caso di accoglimento del ricorso il giudice annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato. Sul punto si rinvia a G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in AA.VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Annuario AIPDA 2012, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 11 nella parte in cui rammenta che il *proprium* del processo amministrativo sta nel fatto che esso si è storicamente delineato come strumento per trasformare in soggettivo un interesse che è oggettivo, convertendo l'amministrazione in parte (si veda anche il richiamo a E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, 1966, 107 ss.).

al giudice è ispirato al principio di conservazione⁴⁶, da valutarsi anche in correlazione alla concentrazione ed alla ragionevole durata dei giudizi, che in tale frangente processuale consente di derogare al principio della domanda in presenza di tutti i requisiti stabiliti dalla legge. L'obiettivo è quello di conseguire un'utile conclusione del processo agevolando l'adozione di una pronuncia di merito⁴⁷.

Rinviano alle ampie trattazioni sulle problematiche sollevate dal potere di conversione dell'azione⁴⁸ e, in particolare, all'individuazione dei presupposti sostanziali della domanda che rendono possibile la conversione, ai fini dell'esame che si conduce si deve rilevare che tanto la riqualificazione quanto la conversione si fanno oggetto di decisioni che il giudice assume in autonomia e che, sebbene non concludano il giudizio, certamente alterano la domanda (*mutatio libelli*) ed il *thema decidendum*⁴⁹. In ogni caso, attraverso l'esercizio officioso di questi poteri strumentali il giudice finirà con l'offrire al domandante una tutela differente da quella richiesta.

Perciò non vi è dubbio che il giudice debba consultare le parti, nei termini di cui all'art. 73, comma III, c.p.a., in merito alla volontà di riqualificare la domanda e di convertirla in un'altra non tanto per discutere sull'*an* della conversione ma piuttosto per garantire il contraddittorio sulla domanda riqualificata: in questi termini, si tratta a tutti gli effetti di una domanda nuova, su cui il confronto non si era realizzato. Nell'ipotesi in cui le parti si fossero invece rappresentate la diversa situazione e correlativamente avessero argomentato in modo secondario e subordinato su di essa⁵⁰,

⁴⁶In generale, sul principio di conservazione vedi P. BODDA, *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, Milano, 1935, spec. 9 ss.; A. INTONTI, *La conservazione del negozio giuridico*, Bari, Pansini, 1965, *passim*; C. GRASSETTI, voce *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, 176 ss.

⁴⁷F.G. COCA, *Qualificazione della domanda giudiziale e controllo della rilevanza della questione di costituzionalità*, cit., 4486. "Il giudizio deve tendere ad una pronuncia di merito" scriveva V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1979, I, 28. Nello stesso senso v. A. PAJNO, *Costruzione del sistema di tutela e comunicabilità delle giurisdizioni: traslatio iudicii o salvezza degli effetti della domanda?*, nota a Cass., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109 e Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 961. Sul servizio reso dalla giustizia amministrativa si rinvia a G.D. COMPORTI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana* e G. PERICU, *Giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, Firenze University Press, 2016, rispettivamente, 7 ss., 233 e 255 ss.

⁴⁸Si rinvia a F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, cit., 177 ss.

⁴⁹Ciò che il giudice non può fare è mutare i fatti o le censure così come dedotte dalla parte (fra le altre v. Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2011, n. 3191, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 1553).

⁵⁰F. SAITTA, *La «terza via» ed il giudice amministrativo: la «questione rilevata d'ufficio» (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, cit., 854, che sottolinea l'importanza di prospettare alle parti non solo la possibilità di una diversa qualificazione della domanda, bensì anche della nuova qualificazione.

non sorge l'obbligo di instaurare il contraddittorio⁵¹.

La provocazione del contraddittorio da parte del giudice, come si dirà ampiamente oltre, determina un confronto con le parti e tra le parti dal quale possono eventualmente scaturire nuove allegazioni probatorie e relative contestazioni.

Una particolare forma di conversione trova espresso riconoscimento nel disposto dell'art. 34, comma III, c.p.a. in cui si può riconoscere l'unico caso di conversione tipizzata dal legislatore. La disposizione prevede che, proposta dal ricorrente la domanda di annullamento dell'atto ma sopravvenuta nel corso del giudizio l'inutilità dell'atto demolitivo richiesto, il giudice possa comunque accertare l'illegittimità dell'atto se ciò può essere utile quantomeno ai fini risarcitori.

La norma solleva vari interrogativi inerenti l'ammissibilità di un simile sistema di tutela "residuale" rispetto ai principi che governano il processo (non solo quello amministrativo), come quello della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, incidendo anche sul regime dell'invalidità degli atti laddove introduce un'ulteriore ipotesi di discostamento tra l'atto illegittimo e l'atto annullabile⁵². Oltre a ciò, secondo una lettura, la disposizione concorrerebbe a comporre un quadro normativo (insieme con gli artt. 31, comma IV, 34, comma V e 114, comma IV, lett. b, c.p.a.⁵³) che nel complesso formalizza nel nostro ordinamento processuale amministrativo la *regola iuris* dell'atipicità delle azio-

⁵¹ Sul punto v. P. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 66, laddove afferma che non sarebbe concretamente esigibile che ciascuna parte debba rappresentarsi ogni possibile questione rilevante e contraddire su di essa (anche in *www.judicium.it*, 2011, 1).

⁵² P. LAZZARA, *L'illegittimità del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 839 ss.; F. LUCIANI, *Invalidità ed altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2009, 4; L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità"*. *Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103; G. BERGONZINI, *L'art. 21-octies della legge n. 241/1990 e l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 231; D. CORLETTI, *Vizi «formali» e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 33; F. LUCIANI, *L'annullabilità degli atti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, 377; A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *www.giustamm.it*, 2006; M. D'ORSOGNA, *Annulabilità del provvedimento*, in N. PAOLOANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, Giappichelli, 2005, 609; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies l. n. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giust. amm.*, 2005, 48; E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 625 ss.

⁵³ Si tratta, rispettivamente, della regolazione della sentenza dichiarativa della nullità, della sentenza di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere, della sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato, nonché della previsione secondo cui «*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*».

ni in funzione della garanzia della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale⁵⁴.

L'art. 34, comma III, c.p.a. mette insieme due esigenze: quella di evitare l'annullamento di atti che hanno già prodotto ed esaurito gli effetti e, contestualmente, quella di offrire comunque una tutela risarcitoria alla parte che avrebbe interesse e diritto di domandarla in quel giudizio o in altro⁵⁵. Si tratta, comunque, di una pronuncia autonoma⁵⁶ che non può ritenersi in alcun modo contenuta in quella di annullamento: il rapporto di continenza sussiste solo tra la domanda costitutiva di annullamento e quella di accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato⁵⁷.

Non vi è uniformità sull'interpretazione della disposizione in esame⁵⁸: una prima impostazione ammette che il giudice possa pronunciare *tout court* sul risarcimento del danno per equivalente quando l'annullamento è divenuto inutile, in luogo di una pronuncia di improcedibilità per carenza di interesse⁵⁹; una se-

⁵⁴ In questo senso v. Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2979, in *Foro amm.*, 2015, 1691; Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2505, *id.*, 2015, 1434; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1799, *id.*, 2013, 738. In argomento v. P. STELLA RICHTER, *Dopo il codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 883.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6229, in *Giur. amm.*, 2012, I, 1719; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 25 ottobre 2011, n. 1547, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 3110; Tar Lazio, Roma, sez. I, 1° giugno 2012, n. 5004, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁶ Sul punto si rinvia alle affermazioni della sentenza della Corte costituzionale, 6 luglio 2004 n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, 2594, con note di S. BENINI, *La «medesima natura» delle controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva*; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e*, in particolare, sull'azione di risarcimento v. F. FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione «esclusiva» alla giurisdizione del giudice amministrativo*. Si vedano anche i commenti di V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Giust. amm.*, 2004, 729 e in *Dir. proc. amm.*, 2004, 820; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 974. La Corte costituzionale qualifica l'azione di risarcimento come uno «strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione».

⁵⁷ Su tale relazione di continenza v. F. CARINGELLA, *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in *Urb. e app.*, 2012, 19; S. BACCARINI, «Scelta» delle azioni e valutazione della necessità dell'annullamento per la tutela del ricorrente, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1266 ss. Si veda anche F. FOLLIERI, «Continenza» e principio della domanda, in *Foro amm.-CdS*, 2013, 283 ss.

⁵⁸ Si veda l'analisi delle possibili soluzioni interpretative in D. BALDUZZI, *L'art. 34, 3° comma, c.p.a., tra conversione dell'azione e «interesse ai fini risarcitori»*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6703, in *Resp. civ.*, 2013, 1221.

⁵⁹ Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997, in *Foro amm.*, 2014, 2007 che argomenta a partire dalla locuzione di natura vincolante («accerta») e non già potenziale, che il legislatore ha utilizzato, lasciando senz'altro intendere che la scelta sulla conversione della domanda proposta da domanda di annullamento a domanda di accertamento non presuppone l'istanza di parte. Vedi

conda impostazione, nelle medesime circostanze, richiede comunque una manifestazione di interesse della parte ad una decisione ai soli fini risarcitori⁶⁰; infine, l'impostazione più rigorosa, esclude che l'art. 34, comma III, c.p.a. possa consentire la conversione dell'azione in assenza della formalizzazione di una domanda risarcitoria nel medesimo giudizio, anche già proposta come subordinata al momento della proposizione del ricorso, o in altro separato in base alla disciplina dell'art. 30 c.p.a.⁶¹. In tale ultimo caso la giurisprudenza ritiene sufficiente che la parte dichiari di essere in procinto di farlo.

Può ritenersi che la soluzione più ragionevole stia nel mezzo: se non pare corretto ammettere che il giudice possa, in base ad una valutazione in astratto, riconoscere l'interesse della parte al risarcimento e dunque alla conversione, allo stesso modo pare eccessivo richiedere che la parte debba aver manifestato l'interesse al risarcimento con una vera e propria domanda. Quest'ultima soluzione non terrebbe conto proprio della regola che l'art. 34, comma III, c.p.a. ha voluto introdurre riconoscendo al giudice la possibilità di convertire l'annullamento in risarcimento qualora la parte abbia in qualche modo segnalato nel giudizio (mediante una memoria depositata agli atti del fascicolo, ma anche nel corso della discussione orale della causa all'udienza pubblica⁶², di avere concretamente interesse al risarcimento⁶³, quindi di ritenere utile l'applicazione dell'art. 34,

anche Tar Lombardia, Milano, sez. III, 4 febbraio 2011, n. 353, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 364; Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, in *Urb. e app.*, 2011, 1347, con nota di R. PROIETTI, *Inutilità dell'annullamento dell'atto e accertamento dell'illegittimità del provvedimento*; Cons. Stato, 18 maggio 2012, n. 2916, in *Urb. e app.*, 2012, 1040, con nota di A. DAPAS, L. VIOLA, *L'art. 34, 3° comma, c.p.a. tra inutilità dell'annullamento dell'atto e ridefinizione dell'interesse a ricorrere*.

⁶⁰ G. CORSO, *Art. 34*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, cit., 341.

⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4281, in *Foro amm.*, 2015, 2276; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 24 agosto 2015, n. 1184, in *Foro amm.*, 2015, 2068; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 28 agosto 2015, n. 1908, in *www.giustizia-amministrativa.it* che argomenta in merito all'acquisita autonomia dell'azione risarcitoria; Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 23 settembre 2015, n. 2314, in *Guida al dir.*, 2015, fasc. 41, 88, con nota di A. MASARACCHIA, *L'istanza di indennizzo può essere presentata anche in via autonoma*; Tar Lazio, Roma, sez. II, 20 gennaio 2014, n. 688, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 24 ottobre 2013, n. 2367, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 959, con nota di P. VERRI, *Declaratoria di illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori: potere del giudice o onere della parte?*; Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2013, n. 2626, in *Urb. e app.*, 2013, 979; Tar Sicilia, Catania, 22 novembre 2012, n. 2646, in *Giur. amm.*, 2012, II, 1931; Tar Campania, sez. III, 4 dicembre 2012, n. 4915, in *Giur. amm.*, 2012, II, 2095; Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2352, in *Corr. merito*, 2012, 201, con nota di L. D'ANGELO, *Accertamento dell'illegittimità (a fini risarcitori) senza esito di annullamento*; Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2914, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 1616. In letteratura si veda R. DI PACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1273.

⁶² In questo senso v. Tar Campania, Napoli, sez. III, 4 dicembre 2012, n. 4915, in *Giur. amm.*, 2012, II, 2095.

⁶³ Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2014, n. 3939, in *Foro amm.*, 2014, 1999 laddove afferma che è necessario che emerga "la reale e inequivoca intenzione del ricorrente di ottenere una pronuncia di

comma III, c.p.a.⁶⁴. Naturalmente il giudice potrà pronunciare l'improcedibilità del ricorso per carenza di interesse qualora accerti l'infondatezza della domanda risarcitoria⁶⁵.

Questa impostazione consente di riconoscere alla disposizione codicistica una portata normativa innovativa, senza scardinare i principi della giurisdizione soggettiva ed il regime del risarcimento del danno.

In ogni caso in cui si compia la conversione dell'azione occorrerà valutare se ciò corrisponde ad una richiesta della parte ovvero se si è compiuta officiosamente. Nel primo caso, non occorrerà sottoporre la questione al contraddittorio poiché la domanda era già stata introdotta nel giudizio e le altre parti hanno avuto la possibilità di contraddire. Al contrario, nella seconda ipotesi, la conversione si pone come una novità e dovrà essere condivisa con le parti al fine di perfezionare su di essa il contraddittorio verticale ed evitare la decisione solitaria.

V. Le pronunce officiose del giudice amministrativo

La regola generale che il giudice deve osservare per pronunciare nel merito del ricorso è sancita all'art. 34 del Codice del processo amministrativo laddove stabilisce che il giudice accoglie il ricorso nei limiti della domanda. Con questa affermazione il Codice ribadisce contestualmente due principi: quello che fa della giurisdizione amministrativa una giurisdizione soggettiva, nonché il principio della corrispondenza tra "*chiesto e pronunciato*" impedendo al giudice di decidere in assenza oppure oltre la domanda della parte. Tale regola si applica a tutte le domande introdotte nel giudizio, dunque anche ai motivi aggiunti ed al ricorso incidentale in relazione alla pronuncia che ne dichiara la fondatezza.

Il Codice del processo amministrativo, recependo l'impostazione già seguita dalla giurisprudenza amministrativa⁶⁶, offre al giudice la possibilità di adottare officiosamente alcune pronunce di rito per i casi in cui il ricorso si riscontri irri-

accertamento della sola illegittimità del provvedimento, anche se non tradotta in formule sacramentali e perché ciò accada è sufficiente che il ricorrente manifesti una tale intenzione in qualunque fase del processo, anche in appello"; Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4388, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 2531; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 24 ottobre 2013, n. 2371, in *Foro amm.-Tar*, 2013, 2972.

⁶⁴ Si veda G. CORSO, *Art. 34*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., 341, laddove ritiene che la parte debba segnalare nel giudizio se si riserva di instaurare un separato giudizio per la richiesta di condanna al risarcimento del danno. In ragione di ciò, il giudice valuterà la possibilità di conversione dell'azione.

⁶⁵ Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2012, n. 4773, in *Foro amm.-CdS*, 2012, 2310; Tar Puglia, Bari, sez. II, 12 ottobre 2011, n. 1511; Tar Lazio, Roma, sez. I, 1° giugno 2012, n. 5004 e Tar Campania, Napoli, sez. VII, 3 novembre 2010, n. 22277, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁶ L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, Relazione al 56° Congresso di Studi Amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010.

cevibile per tardività della notificazione o del deposito; inammissibile per carenza di interesse o per altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito⁶⁷; improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse delle parti alla decisione, o per inosservanza del termine assegnato per l'integrazione del contraddittorio o ancora per sopravvenute ragioni ostative ad una pronuncia sul merito⁶⁸.

La cessata materia del contendere, invece, è dichiarata con sentenza che accerta il merito della causa e, per questa via, la pretesa del ricorrente risulta pienamente soddisfatta (art. 35, ultimo comma, c.p.a)⁶⁹.

Il giudice si pronuncia d'ufficio anche nei casi in cui debba dichiarare l'estinzione del giudizio: tale evenienza può verificarsi qualora si compia la perenzione⁷⁰, ovvero nei casi in cui la parte non prosegua o riassuma il giudizio nei termini fissati dalla legge o dal giudice; infine, per rinuncia⁷¹.

Si tratta, come si noterà, di pronunce connotate da un elemento comune: definiscono il giudizio in modo sfavorevole per il ricorrente, senza scendere nel merito, determinando una situazione di sfavore per la posizione del ricorrente.

Una rilevante disparità emerge anche in merito alla disciplina della nullità⁷²:

⁶⁷ In tali casi, nel corso del processo la tutela costitutiva di annullamento si rivela incapace di arrecare alcun vantaggio concreto e attuale all'interesse del ricorrente (Cons. Stato, sez. II, 2 ottobre 2014, n. 3050, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2011, n. 1398, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 897; Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1734, *id.*, 2011, 916; Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7270, *id.*, 2010, 2123; Cons. Stato, sez. VI, 3 settembre 2009, n. 5191, *id.*, 2009, 2055).

⁶⁸ R. VILLATA, voce *Inammissibilità e improcedibilità (procedimento e processo amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. XVI, Roma, Treccani, 1989, 1 ss.

⁶⁹ Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1670, in *Foro amm.*, 2014, 1080. Sulla distinzione tra cessata materia del contendere e sopravvenuta carenza di interesse v. Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8532, in *Giur. it.*, 2011, 1417.

⁷⁰ M.G. PULVIRENTI, *L'estinzione del processo amministrativo per perenzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 479; A. ANGELETTI, *Perenzione nei procedimenti giurisdizionali amministrativi*, in *Noviss. Dig. it.*, App. V, Torino, Utet, 1984, 852; L. MIGLIORINI, *Perenzione ed estinzione nel processo amministrativo*, nota a Cons. Stato, Ad. plen., 22 aprile 1983, n. 6 e Cons. Stato, Ad. plen., 11 luglio 1983, n. 19, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 134; G. VACIRCA, voce *Perenzione nel giudizio amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, Treccani, 1990, 1 ss.; P. BODDA, *La perenzione nei procedimenti giurisdizionali amministrativi*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, Utet, 1965, 944 (dello stesso Autore si veda anche il più risalente scritto monografico *La perenzione nei procedimenti giurisdizionali amministrativi*, Torino, Bocca, 1932). Richiede l'attivazione del contraddittorio sul rilievo officioso della perenzione Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2017, n. 352 e Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 2013, n. 3957, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁷¹ P. PIZZA, *Rinuncia al ricorso giurisdizionale amministrativo ed estinzione del giudizio in una recente sentenza dell'adunanza plenaria*, nota a Cons. Stato, Ad. plen., 24 giugno 2004, n. 8, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 452.

⁷² Si rinvia a A. GIORDANO, *Quod nullum est nullum producit effectum? Considerazioni sull'azione di nullità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1145; F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 202 ss., spec. 210; A. CARBONE, *L'azione di nullità nel codice del processo amministrativo*, in *Giust. amm.*, 2010, fasc. 3, 156 (e in *www.giustamm.it*).

l'art. 31, comma IV, c.p.a., infatti, ha introdotto un termine decadenziale di centottanta giorni per l'esercizio dell'azione⁷³ ma, contestualmente, ammette che la questione di nullità possa essere eccepita in giudizio dalla parte resistente (e, si deve ritenere, anche dai controinteressati⁷⁴ o rilevata d'ufficio dal giudice senza osservare termini⁷⁵).

L'asimmetria è evidente e la regola così introdotta non può che generare perplessità: l'amministrazione non potrebbe eccepire la nullità di un proprio atto disponendo su di esso dei poteri di autotutela; potrebbe, invece, invocare la nullità di un atto favorevole al privato di cui non ha la disponibilità, per sottrarsi ai suoi effetti. A sua volta, il ricorrente che sia incorso nella decadenza non può esercitare l'azione ma se ha la possibilità di agire in giudizio per altra via, potrà confidare sul rilievo della nullità da parte del giudice⁷⁶.

Si tratta di un sistema ingarbugliato⁷⁷ che ha lo scopo, evidentemente, di trovare un compromesso tra il valore della certezza dei rapporti giuridici e l'esigenza di rimuovere dal sistema atti lesivi gravemente viziati. La prima necessità ha indotto il legislatore all'introduzione di un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione in deroga al regime processual-civiltistico delle nullità⁷⁸ e, così facendo, avvicinando la nullità al regime dell'annullabilità dell'atto⁷⁹. La secon-

⁷³ Quando si tratta della nullità per violazione o elusione del giudicato indicata all'art. 21-*septies* della legge generale sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990 n. 241 non si applica il termine decadenziale di centottanta giorni: tale specie di nullità è dichiarata dal giudice dell'ottemperanza ex art. 114, comma IV, lett. b), c.p.a., nel termine di prescrizione della relativa azione (dieci anni). Sulla questione v. B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 269 ss. (anche in *www.judicium.it*, 2012).

⁷⁴ F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Commento all'art. 31*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, Neldiritto Editore, 2011, 517 ss.

⁷⁵ Sul punto v. S. FOÀ, *Giustizia amministrativa atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Napoli, Jovene, 2012, 52 ss.; B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità nel codice del processo amministrativo*, cit., 276. In particolare, sulla rilevabilità d'ufficio della nullità v. F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 537 ss.

⁷⁶ R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2010, 240.

⁷⁷ "Inutilmente complicato" secondo V. LOPILATO, *Commento all'art. 31*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, 322.

⁷⁸ Anche nel diritto civile, tuttavia, si rintracciano casi in cui il legislatore ha rinunciato all'imprescrittibilità dell'azione per sottoporla ad un termine di prescrizione. Si veda la disciplina dell'impugnazione delle delibere societarie di cui all'art. 2379, comma I, c.c. che ammette l'azione da parte degli interessati entro tre anni, ferma la possibilità di agire per il risarcimento. Sono, invece, impugnabili senza limiti di tempo le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili. Si rinvia a M. SERRA, *Rapporti tra la nuova disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari di società per azioni e l'individuazione delle controversie deferibili in arbitri*, nota a Trib. Napoli, 9 giugno 2010, in *Giur. comm.*, 2012, II, 226.

⁷⁹ Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799, in *Giur. it.*, 2012, 1434, con nota di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Potere amministrativo, tecniche interpretative del diritto emergenziale, nullità provvedimenti e azione di mero accertamento*, in *Giur. it.*, 2012, 1434.

da esigenza ha portato ad ammettere che la parte che si imbatte in un atto nullo, sulla base del quale il ricorrente proponga domande nei suoi confronti, possa sottrarsi alla sua applicazione eccependo la nullità o contando sul rilievo officioso della stessa.

In quest'ultimo caso, le valutazioni del giudice prescindono dalla concreta utilità che alle parti reca la dichiarazione⁸⁰ di nullità dell'atto⁸¹: la giurisprudenza ha affermato che si tratta di una "parentesi di giurisdizione oggettiva che, per espressa previsione di legge, si innesta nel processo amministrativo, in deroga al suo ordinario carattere di giurisdizione soggettiva", sorgendo in capo al giudice un vero e proprio potere-dovere il cui esercizio è obbligatorio⁸².

La giurisprudenza, tuttavia, precisa che la rilevabilità d'ufficio della nullità deve raccordarsi con il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c. e art. 39 c.p.a.); dunque, la verifica della validità dell'atto, dal quale abbia tratto origine il rapporto controverso, deve atteggiarsi sul piano logico alla stregua di un elemento costitutivo della domanda proposta⁸³.

In un simile contesto processuale, l'unica garanzia delle parti è quella di poter contraddire con il giudice sulla questione rilevata d'ufficio con gli strumenti messi a disposizione dalla normativa processuale (v. oltre Cap. II, Par. I e III).

Più in generale, in tutti i casi in cui il giudice si accinga a pronunciare officiosamente l'irricevibilità, l'inammissibilità⁸⁴, l'improcedibilità⁸⁵, la nullità o l'estinzione del giudizio⁸⁶ (escluso nel caso di rinuncia⁸⁷) sorge l'obbligo, legislativamente previsto, di indicare alle parti la questione rilevata d'ufficio a cui conse-

⁸⁰ La posizione maggioritaria in letteratura conferma la natura dichiarativa della pronuncia sulla nullità dell'atto amministrativo. Si veda F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, Giappichelli, 2010, 142; A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, nota a Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 906.

⁸¹ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 14 febbraio 2013, n. 351, in *Foro amm.-Tar*, 2013, 686.

⁸² Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giur., 27 luglio 2012, n. 721, in *Guida al dir.*, 2012, 39, 90; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 20 maggio 2013, n. 1441, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸³ Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2005, n. 6340, in *Foro amm.-CdS*, 2005, 3300. Nel caso di specie il Tribunale amministrativo regionale aveva rilevato d'ufficio la nullità del contratto di lavoro autonomo stipulato dal Comune con l'interessato, in una controversia nella quale il *petitum* dedotto in via principale era costituito dalla domanda di riconoscimento della esistenza di un rapporto di pubblico impiego.

⁸⁴ Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2402, in *Foro amm.-CdS*, 2013, 1339; Tar Toscana, sez. III, 2 febbraio 2011, n. 183, in *Foro amm.-Tar*, 2011, 419.

⁸⁵ Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2017, n. 352, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2013, n. 2175, in *Foro amm.-CdS*, 2013, 929;

⁸⁶ Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 5970, in *Foro amm.-CdS*, 2012, 2940.

⁸⁷ La rinuncia opera in modo unilaterale in quanto non necessita di accettazione ed è assimilata alla sopravvenuta carenza di interesse a proseguire nell'azione o nell'impugnazione (Cons. Stato, sez. II, 22 ottobre 2003, n. 3017/02, in *Cons. Stato*, 2004, I, 1994; Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2003, n. 1644, *id.*, 2003, I, 751; Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2000, n. 3287, *id.*, 2000, I, 1421).

gue l'applicazione del relativo regime di garanzia del contraddittorio con il giudice.

In merito alla pronuncia relativa l'estinzione del giudizio o l'improcedibilità, la garanzia opera solo se il rilievo avviene in udienza. Invece, le parti non possono contraddire se l'estinzione e l'improcedibilità vengono dichiarate con decreto del Presidente (o magistrato da lui delegato) depositato e comunicato alle parti a cura della segreteria ai sensi dell'art. 85 c.p.a.; esse potranno, se interessate, contestare il decreto con lo strumento dell'opposizione, su cui decide il Collegio con rito camerale⁸⁸.

VI. La disapplicazione come potere officioso

Dal principio *iura novit curia* e dall'ordinazione gerarchica delle fonti del diritto, discende e si legittima il potere di disapplicazione del giudice⁸⁹. L'interpretazione della normativa finanche quando sortisce nella sua disapplicazione costituisce il *proprium* della funzione giurisdizionale e non può dunque ravvisarsi una violazione dei limiti esterni della giurisdizione da parte del giudice amministrativo nei termini dell'eccesso di potere giurisdizionale, "*fatti salvi i casi del radicale stravolgimento delle norme o dell'applicazione di una norma creata ad hoc dal giudice speciale*"⁹⁰.

Non occorre, dunque, una norma attributiva del potere di disapplicazione che nel nostro ordinamento processuale è posta in termini espressi solo a favore del giudice ordinario in base a quanto dispone il risalente art. 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, All. E che è la legge di abolizione del contenzioso amministrativo⁹¹.

Nonostante ciò, la disapplicazione da parte del giudice amministrativo è stata per lungo tempo osteggiata in relazione alla possibile violazione dei termini decadenziali previsti per l'impugnazione dell'atto, termini che verrebbero surrettiziamente superati dal potere del giudice di conoscere incidentalmente della legittimità dell'atto e, se del caso, procedere alla disapplicazione⁹².

⁸⁸O. FORLENZA, *Commento agli artt. 81-85*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, cit., 636.

⁸⁹In questi termini v. R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007, 102.

⁹⁰Cass. civ., sez. un., 31 maggio 2016, n. 11380, in *Mass. Foro it.*, 2016, 376.

⁹¹In merito si veda L. PICARDI, *Sulla disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Riv. amm.*, 1968, 934 (anche in *Studi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1968, 199 ss.); E. CANADA BARTOLI, *L'impugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 22 e *In tema di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria e di disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 171.

⁹²S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1990, 277; A.

Occorre allora procedere a delle importanti distinzioni.

Il giudice può certo compiere valutazioni sulla legittimità della legge ma non disponendo di essa per esserne invece soggetto ai sensi dell'art. 101 Cost., qualora dubiti della sua conformità al testo costituzionale dovrà sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti al Giudice delle Leggi⁹³.

Egli può, invece, disapplicare le fonti interne anche legislative contrastanti con il diritto comunitario sin dalla pronuncia della Corte costituzionale 8 giugno 1984 n. 170⁹⁴; ma la stessa regola non si applica al diritto internazionale pattizio, come quello di cui alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁹⁵. In tal caso, il giudice è chiamato a procedere alla c.d. interpretazione conforme⁹⁶ del diritto interno quale operazione doverosa che precede l'eventuale proposizione di una questione di legittimità costituzionale.

La disapplicazione non può trovare ostacoli nei confronti degli atti normativi di natura amministrativa⁹⁷ ossia dei regolamenti che di per sé sono incapaci di

LUGO, *La dichiarazione incidentale di inefficacia dell'atto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, vol. V, Padova, Cedam, 1958, 43 ss.; P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, Giuffrè, 1970, 79. In giurisprudenza si rinvia a Cons. Stato, Ad. plen., 15 dicembre 1981, n. 11, in *Foro amm.*, 1982, I, 632.

⁹³ Cons. Stato, sez. I, 1° dicembre 1999, n. 985/99, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1593. Per una diversa lettura favorevole alla disapplicazione nella relazione tra leggi statali e regionali v. C.E. GALLO, *Disapplicazione delle fonti normative interne e principio di competenza*, nota a Corte cost., 28 aprile 2004, n. 129, in *Foro amm.-CdS*, 2004, 1592 ss.

⁹⁴ In *Foro it.*, 1984, I, 2062, con nota di A. TIZZANO, *La corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo ...*; in *Giur. cost.*, 1984, I, 1222, con nota di G. GEMMA, *Un'opportuna composizione di un dissidio*; anche in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 1984, 206 con nota di M.R. DONNARUMMA, *Sul controllo di compatibilità fra diritto interno e diritto comunitario* e F. CAPELLI, *Una sentenza decisiva sui rapporti fra norme Cee e leggi nazionali. L'obbligo di applicare la normativa comunitaria vincolante rispetto alle norme interne incompatibili grava su tutti i soggetti dell'ordinamento tenuti a dare esecuzione alle leggi e quindi non solo sugli organi giurisdizionali, ma anche sulle autorità amministrative, a partire dalla pronuncia della Corte costituzionale*, 11 luglio 1989, n. 389, in *Giur. it.*, 1991, I, 523 con nota di R. CASELLA, *Norme comunitarie ad efficacia diretta e art. 169, trattato Cee e in Corr. giur.*, 1989, 1058, con nota di F. CAPELLI, *In tema di adeguamento della legislazione italiana alla normativa comunitaria*. Sul punto v. Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2011, n. 2155 e Cons. Stato, sez. IV, 28 settembre 2000, n. 1407, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁹⁵ Cons. Stato, Ad. plen., 4 marzo 2015, n. 2, in *Giur. it.*, 2015, 2710, con nota di P. PATRITO, *Se sia ammissibile l'impugnativa per revocazione della sentenza del consiglio di stato per contrasto con decisione sopravvenuta della Corte Edu*.

⁹⁶ Sul punto, v. *amplius*, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, Jovene, 2011, spec. 315 ss.

⁹⁷ Sul regime dell'impugnazione e la disapplicazione dei regolamenti si veda E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di regolamenti da parte del Consiglio di Stato*, in *Giur. cost.*, 1959, 518 ss.; A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1955, 870 ss. In giurisprudenza sul principio della preferenza di legge v. Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2004, n. 367, in *Cons. Stato*, 1994, I, 235; Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2003, n. 4198, *id.*, 1983, I, 1600; Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2003, n. 4145, *id.*, 2003, I, 1576; Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, *id.*, 2003, I, 99.

produrre una lesione diretta delle situazioni giuridiche e dunque non sono impugnabili, senza che possa porsi una questione di interferenza con il principio della domanda che governa il processo in quanto, se si verte nel campo della ricognizione del quadro giuridico, il giudice deve ritenersi libero di accertare l'esistenza di atti normativi e di verificarne la conformità alla legge prima di procedere alla loro applicazione⁹⁸⁻⁹⁹. In un simile contesto, si è rilevato che si può evitare di ricorrere alla figura della disapplicazione e ritenere che il giudice, semplicemente, applichi la legge in luogo del regolamento¹⁰⁰.

Fin qui si è trattato della c.d. disapplicazione normativa¹⁰¹. La disapplicazione c.d. amministrativa, invece, per un verso rimane possibile nella misura in cui si fonda nell'art. 5 delle Legge abolitrice del contenzioso amministrativo che riconoscendo un siffatto potere al giudice ordinario non può negarlo al giudice amministrativo quando quest'ultimo si occupi di diritti e perciò nell'ambito della giurisdizione esclusiva¹⁰².

Per altro verso, si ritiene che la disapplicazione possa operare, senza violare i termini decadenziali di impugnazione, nel caso di atti amministrativi non provvedimentali cioè gli atti amministrativi generali. Così sono disapplicabili ad opera del giudice amministrativo le circolari¹⁰³, i bandi di gara, gli atti di macroorganizzazione nel pubblico impiego e i piani regolatori generali salvo che rechino lesioni dirette: in quest'ultimo caso sussiste l'onere di impugnazione nel termine di decadenza ed è preclusa la disapplicazione.

Infine, il giudice amministrativo è tenuto a disapplicare l'atto amministrativo, anche di carattere puntuale e concreto, contrastante con il diritto comunitario direttamente applicabile, tanto in sede di giurisdizione esclusiva quanto di legittimità¹⁰⁴.

⁹⁸ Sulla disapplicazione c.d. normativa v. S. BACCARINI, *Il Consiglio di Stato folgorato sulla via della disapplicazione dei regolamenti*, nota a Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 569 ss.; B. MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo*, Trento, Università degli Studi di Trento, 1996, 252 ss. In senso non favorevole v. S. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No, grazie*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 716 ss.

⁹⁹ Se ne vedano recenti applicazioni in Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2016, n. 4009, in *Foro amm.*, 2016, 2117; Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2016, n. 475, in *Foro amm.*, 2016, 288.

¹⁰⁰ A. ALBÈ, *La disapplicazione degli atti amministrativi da parte del G.A.*, in *Urb. e app.*, 2004, 700.

¹⁰¹ Sulla disapplicazione come criterio di risoluzione di antinomie normative v. G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 661.

¹⁰² Sulla disapplicazione da parte del giudice ordinario v. C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 24 ss.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. IV, 8 gennaio 2016, n. 30, in *Foro amm.*, 2016, 25.

¹⁰⁴ Corte Giust. CE, 29 aprile 1999, causa C-224/97, in *Foro amm.*, 2000, 328, nonché in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1347, con note di M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, 1362 e di V. STIGLIANI, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, 1413.

Così brevemente tracciati i confini del potere di disapplicazione del giudice amministrativo¹⁰⁵ occorre chiedersi se il suo esercizio, che avviene in via officiosa, debba essere in qualche misura condiviso con le parti. Non sembra che la soluzione possa essere diversa da quella già raggiunta precedentemente nell'ambito dell'esame della relazione tra la libertà del giudice di decidere sul diritto applicabile e la garanzia del contraddittorio. La disapplicazione si pone come una manifestazione specifica di quella libertà a cui però seguirà la doverosità della disapplicazione nel caso in cui il giudice abbia accertato l'illegittimità. Solo che, una volta che il giudice si sia convinto nella necessità di procedere alla disapplicazione normativa o amministrativa, dovrà indicarla alle parti che, a seconda dei casi, potranno avere interesse a contraddire. Anche la disapplicazione, dunque, può porsi come una novità che richiede di essere dibattuta laddove le parti non l'avessero già prospettata negli atti del giudizio.

VII. *La terza via e le nuove sentenze del giudice amministrativo*

L'evoluzione del diritto amministrativo processuale si è sempre affidata all'importante contributo della giurisprudenza amministrativa. Nell'ultimo ventennio il diritto pretorio si è affiancato all'opera del legislatore che è divenuto più attivo nella regolazione del giudizio amministrativo, sino all'adozione del primo Codice del processo amministrativo nel 2010 che conta già numerose modifiche¹⁰⁶. L'obiettivo comune è, naturalmente, quello di individuare soluzioni sempre più avanzate per perfezionare la garanzia dell'effettività della tutela della posizione giuridica azionata ora avvalendosi di un sistema sinergico in cui la giurisprudenza esprime una piena consapevolezza della missione della giustizia amministrativa che trova fonte proprio nel Codice e nel più ampio e variegato strumentario in esso previsto¹⁰⁷ che pare così indurre il giudice a non irrigidirsi nelle forme di tutela ricercando soluzioni appropriate al caso concreto.

¹⁰⁵ Per una più ampia e articolata illustrazione si rinvia a P. GOTTI, *Spunti di riflessione in tema di disapplicazione d'ufficio dei regolamenti illegittimi da parte del giudice amministrativo*, nota a Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4778, in *Foro amm.*, 2015, 85 ss.

¹⁰⁶ Si rinvia a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa. Un cambio di paradigma?*, Milano, Giuffrè, 2000, 69 ss. Per uno studio comparatistico sulla giustizia amministrativa in Europa, dove si rileva che si assiste ad un "cambio di paradigma" nelle forme di tutela volte ora alla soddisfazione in giudizio della pretesa dedotta dal soggetto divenuto così titolare di un vero e proprio diritto soggettivo, oltretutto fondamentale.

¹⁰⁷ Sulle azioni esercitabili nel giudizio amministrativo di cognizione dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo v. F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 503; E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di Ad. plen. 15/11)*, in *Dir. amm.*, 2011, 765; C.E. GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, nota a Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Urb. e app.*, 2011, 694; E. FOLLIERI, *Le azio-*

A questo scopo, l'operato della giurisprudenza amministrativa si è indirizzato sugli effetti della sentenza di annullamento¹⁰⁸, nel senso della possibilità di rinunciare alla retroattività ed affiancando un esplicito contenuto conformativo¹⁰⁹.

Si tratta di una scelta che ha generato dubbi in merito alla compatibilità con il sistema processuale vigente che non potrebbe fare a meno dell'effetto retroattivo dell'annullamento¹¹⁰ e che, perciò, sarebbe da considerarsi alla stregua di una forzatura delle regole processuali al fine di conseguire tutele sostanziali altrimenti non conseguibili.

Il regime flessibile degli effetti dell'annullamento, infatti, non può trovare giustificazione nelle previsioni codicistiche che, nella misura in cui prevedono aperture in questo senso, devono ritenersi limitate agli ambiti in cui sono dettate e per di più, proprio per la resistenza opposta dal principio della giurisdizione soggettiva, sono oggetto di interpretazioni non univoche; in questo senso si richiama la disposizione, già esaminata, che consente al giudice di rinunciare all'annullamento dell'atto ed ai suoi effetti demolitori per pronunciare solo sul risarcimento. Il superamento di una pronuncia di annullamento ai sensi dell'art. 34, comma III, c.p.a., senza escludere l'accertamento dell'illegittimità dell'atto, a favore di una pronuncia sul risarcimento non è capace di riconoscere al giudice un generale potere di disporre dell'annullamento e dei suoi effetti ogniqualvolta ciò venga ritenuto opportuno in relazione alle esigenze di tutela¹¹¹. Allo stesso modo, non è utile il richiamo alla disciplina speciale sugli appalti pubblici (v. oltre Cap. V, Par. I), laddove prevede che il giudice possa decidere sull'efficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione: trattasi di disciplina speciale, come tale da ritenersi applicabile solo in quel rito¹¹².

ni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 457 (anche in *www.giustamm.it*, 2010); M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*; G. VELTRI, *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011; F. MERUSI, P.M. PIACENTINI, F. SAITTA, *La sistematica delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2010.

¹⁰⁸ Sui quattro effetti del giudicato si rinvia a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed. a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, Il Mulino, 2002, 313 ss. e C.E. GALLO, voce *Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, Giuffrè, 2008, 81 ss.

¹⁰⁹ Su questa impostazione giurisprudenziale si veda S. FOÀ, *Giustizia amministrativa atipicità delle azioni ed effettività della tutela. Il nuovo diritto giurisprudenziale*, Napoli, Jovene, 2012, spec. 87 ss.

¹¹⁰ Tale effetto dipende dal carattere costitutivo della sentenza di annullamento pronunciata in relazione al riscontro di una illegittimità originaria. Vedi A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, Napoli, Morano, 1963, 412; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, 546.

¹¹¹ Sulla relazione tra l'accertamento dell'illegittimità dell'atto e la pronuncia caducatoria si rinvia a A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 428 ss.

¹¹² F.G. COCA, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, nota a Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 2, in *Corr. giur.*, 2015, 1596.

Né pare corretto legittimare la modulazione degli effetti delle decisioni amministrative richiamandosi a quei giudizi in cui ciò è possibile e che, in qualche misura, comunicano con quello amministrativo. Si tratta del giudizio davanti alla Corte di Giustizia europea¹¹³ e quello davanti alla Corte costituzionale: nel primo caso, non pare ravvisarsi la possibilità di estendere le relative norme processuali al giudizio amministrativo, la regolazione del quale si ispira ai principi europei in base all'art. 1 c.p.a. ma ciò non equivale a sottoporlo a norme processuali specifiche di un giudice internazionale¹¹⁴. Nel secondo caso, il riferimento è ancor più inappropriato perché la Corte costituzionale non è un giudice in senso proprio, bensì il giudice delle leggi, ossia un organo costituzionale a sé stante che giustifica la sua azione nel preciso ruolo che la Costituzione le ha affidato nell'ordinamento democratico¹¹⁵.

Le nuove pronunce del giudice amministrativo non trovano quindi precipue autorizzazioni legislative: esse, però, manifestano una nuova consapevolezza della giustizia amministrativa che trova fonte proprio nel Codice e nel più ampio e variegato strumentario in esso previsto che pare così indurre il giudice a non cristallizzare le forme di tutela¹¹⁶ e a ricercare soluzioni appropriate in nome del principio che lo obbliga ad assicurare una tutela piena ed effettiva, formalizzato all'art. 1 del Codice del processo amministrativo.

A questo proposito, si rammenti che nella Relazione di accompagnamento al

¹¹³ Si rinvia all'art. 264, TFUE (*ex art.* 231, TCE). Al par. I la disposizione prevede che “*se il ricorso è fondato, la Corte di Giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato*”; tuttavia, al Par. II, si ammette che ove si reputi necessario la Corte possa precisare gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi.

¹¹⁴ In questo senso, da ultimo, D. TURRONI, *Justice, Justice delayed is (not) justice denied. L'annullamento dell'atto non è “variabile dipendente” dalla durata del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 196. Possibilista, invece, è F.G. SCOCA, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, cit., 1603 che giustifica la ricerca del giusto dosaggio dell'annullamento al fine di rendere effettiva la tutela del ricorrente vittorioso. Sulle modalità dell'influsso comunitario sul giudizio amministrativo v. R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, II, Milano, Giuffrè, 2007, 1062 ss.; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 12.

¹¹⁵ Sulla posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento si rinvia a E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, Il Mulino, 1996, 1; A.M. SANDULLI, *La Corte e la politica*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1987, II, 483 ss. In particolare, sul regime degli effetti delle sentenze della Corte costituzionale si veda A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008, 269 ss. e A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014, 143 ss.

¹¹⁶ C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 281. Nel medesimo Autore, si veda anche la voce *Processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, cit., 627 laddove descriveva la regolazione unitaria del giudizio davanti al giudice amministrativo come una “*camicia di forza*” che impediva la normale evoluzione del processo verso forme di tutela in grado di soddisfare effettivamente la pretesa dedotta in giudizio.

Codice del processo amministrativo si afferma che l'effettività del processo corrisponde alla sua "capacità di conseguire risultati nella sfera sostanziale" ma ciò "per quanto più è possibile", in ragione allora dei limiti previsti dalla legge.

La decisione pilota, seguita da alcune sentenze dei Tribunali Amministrativi Regionali¹¹⁷, è quella che la VI sezione del Consiglio di Stato ha adottato il 10 maggio 2011, n. 2755¹¹⁸ pronunciandosi nel senso della illegittimità del piano faunistico venatorio regionale 2009-2014 a causa della mancata attivazione del procedimento di valutazione ambientale strategica prevista dall'art. 35, comma II *ter*, d.lgs. n. 4 del 16 gennaio 2008 di modifica del Codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006). Non riscontrando altri vizi sostanziali, la necessità di tutelare al meglio l'interesse ambientale azionato ha indotto il giudice di secondo grado a disporre l'annullamento con effetti ritardati alla data di entrata in vigore del nuovo piano: in tale fattispecie, l'effetto demolitorio dell'annullamento con effetti *ex tunc*¹¹⁹ si sarebbe tradotto in una più profonda lesione dell'interesse ambientale fatto valere nel giudizio ed una simile decisione sarebbe stata "contraria al buon senso"¹²⁰.

Sono dunque la ragionevolezza, la proporzionalità, l'adeguatezza della risposta giudiziale alle esigenze di tutela a giustificare la modulazione degli effetti del-

¹¹⁷ Si veda Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 693, con nota di S. FOÀ, *Annullamento ex nunc e condanna dell'amministrazione ad un facere specifico*, in *Urb. e app.*, 2012, 707 ss. ed anche le seguenti pronunce del medesimo Tribunale da n. 695 a 700 (quest'ultima in *Foro amm.-Tar.*, 2011, 3999). Più di recente v. Tar Piemonte, Torino, sez. I, 3 agosto 2017, n. 960 (in *www.giustizia-amministrativa.it*) che in nome della congruità e della giustizia afferma la possibilità di modulare gli effetti della sentenza nel senso della limitazione parziale della retroattività o dell'esclusione totale di effetti retroattivi.

¹¹⁸ La pronuncia è stata considerata una sentenza rivoluzionaria. Si vedano i commenti di A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 927; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 438; C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 280; A. GIUSTI, *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 293. In quest'ultimo fascicolo della *Rivista*, si vedano anche i contributi di L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, 1128 ss. e M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento ... che non annulla!*, 1662 ss. Si noti che la sentenza in esame richiama un proprio (meno noto) precedente (Cons. Stato, 9 marzo 2011, n. 1488, in *Foro amm.-CdS*, 2011, 952).

¹¹⁹ L'effetto demolitorio avrebbe avuto proprio ad oggetto la pianificazione territoriale della caccia, con ciò rimuovendo dall'ordinamento qualsiasi prescrizione relativa allo svolgimento della stessa pratica, in palese contrasto con le esigenze di tutela sottese alla normativa di settore e con quelle del ricorrente.

¹²⁰ Si tenga conto che una simile impostazione era già stata adottata con la pronuncia del Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488 in *Foro amm.-CdS*, 2011, 952, nonché Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 luglio 2012, n. 336 (ma anche 693, 695, 696, 697, 698, 699, 700), in *www.giustizia-amministrativa.it*.

la sentenza di annullamento secondo percorsi argomentativi che in letteratura si erano già manifestati riflettendo sugli effetti dell'annullamento d'ufficio¹²¹.

Il giudice, tuttavia, non si è fermato alla flessibilizzazione degli effetti demolitori della pronuncia e, sempre in nome dell'effettività, della proporzionalità e dell'equità della tutela giurisdizionale, ha dettato espresse previsioni volte a conformare l'attività amministrativa successiva, fissando, cioè, termini per l'adozione di determinati atti, indicazioni procedurali e anche anticipando le conseguenze del mancato adempimento alle misure.

A quest'ultimo rilievo si ricollega la seconda linea di sviluppo dell'azione di annullamento, manifestata in modo meno evidente e certamente più circoscritto. Si tratta di casi caratterizzati da una estrema valorizzazione dell'effetto conformativo della pronuncia¹²² tanto di accoglimento, quanto di rigetto del ricorso.

Il riferimento va a quelle pronunce¹²³ che non si limitano all'accoglimento del motivo di impugnazione dell'atto amministrativo, spingendosi fino a definire nella sentenza precise indicazioni sulla riedizione del potere amministrativo ed esaurendo così già davanti a sé l'assetto delle reciproche relazioni tra il ricorrente e la pubblica amministrazione. Non si tratta, beninteso, di casi in cui non residuano dopo la pronuncia del giudice amministrativo margini di discrezionalità, bensì di casi in cui la residua discrezionalità viene consumata dalle precise indicazioni della sentenza. Lo stesso si dica per le pronunce, ancor più audaci, in cui il giudice si convince dell'infondatezza dei motivi del ricorso, rigettandolo, ma non rinuncia ad una pronuncia con effetti conformativi¹²⁴.

¹²¹ M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 349; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2017, 588; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, spec. 138 (anche in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 2002, Milano, Giuffrè, 2003, 138).

¹²² Sull'effetto conformativo del giudicato si rinvia a A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 23 ss.

¹²³ Tar Lombardia, Brescia, 17 gennaio 2017, n. 47, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²⁴ In questo senso, si veda Tar Lombardia, Brescia, 24 agosto 2016, n. 1135 (anch'essa in www.giustizia-amministrativa.it) che respinge tutti i motivi di censura (v. punti da nn. 10 a 16) nonché la domanda risarcitoria (punti nn. 23-25) ma, ciò nonostante, annulla il provvedimento che negava la sanatoria delineando nel dettaglio il procedimento che il Comune dovrà porre in essere. Lo stesso si dica per Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 6 giugno 2016, n. 795 (in www.giustizia-amministrativa.it), in materia di accesso ai documenti che, nonostante rigetti il ricorso, impone all'Amministrazione un determinato contegno procedimentale. Si veda anche la pronuncia del Tar Marche, Ancona, sez. I, 6 febbraio 2017, n. 108 (anch'essa in www.giustizia-amministrativa.it), che ritiene infondato il motivo dell'impugnazione relativo all'incompatibilità del Presidente della commissione di gara alla luce della normativa vigente, tuttavia, "non potendosi escludere futuri révirement giurisprudenziali", ritiene consigliabile che in sede di ripetizione della procedura il Comune e la centrale di committenza chiariscano nettamente le rispettive competenze circa l'approvazione dei vari atti di gara, visto che l'incompatibilità non sussiste laddove, ad esempio, il

Questo nuovo atteggiamento giurisprudenziale presuppone non solo un diverso e più penetrante ruolo del giudice nella determinazione del contenuto conformativo della pronuncia ma, a monte, una maggiore flessibilità del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, sempre in nome del principio della pienezza ed effettività della tutela: si tratta, tuttavia, di un bilanciamento che, seppur in astratto ammissibile, non dovrebbe essere realizzato dal giudice bensì dal legislatore.

L'ampia gamma di pronunce contemplate dal Codice del processo amministrativo giustifica ancor meno questo atteggiamento "disinvolto" e creativo della giurisprudenza¹²⁵: per quanto il giudice possa ora individuare nella sentenza ogni misura idonea a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio (art. 34, lett. c), ciò non deve costituire una via di accesso alle decisioni officiose posto che il giudice è comunque vincolato ad una pronuncia "nei limiti della domanda"¹²⁶. Che il principio della domanda non sia stato scalfito dal nuovo assetto delle pronunce è chiarito dal legislatore del Secondo correttivo al Codice del processo amministrativo (d.lgs. 14 settembre 2012 n. 160) che ha modificato l'art. 34, comma I, lett. c), c.p.a., proprio specificando che l'azione di condanna debba essere presentata "contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento".

Il sistema di tutela del Codice, allora, senza necessità di ricorrere a forzature interpretative e applicative, consente il raggiungimento di adeguati livelli di tutela purché "a domanda" dell'interessato¹²⁷. L'Adunanza Plenaria ha confermato questa lettura¹²⁸ riaffermando il principio della domanda e la natura soggetti-

responsabile unico del procedimento non abbia in alcun modo cooperato nella stesura del capitolo tecnico o del bando.

¹²⁵ C. FELIZIANI, *Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm.-Cds*, 2012, 445.

¹²⁶ In questo senso, E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit., 442.

¹²⁷ Certo può intendersi che le domande delle parti possano essere anche implicite, cioè desumibili dalle conclusioni che queste hanno formulato, secondo un'impostazione già in uso nel giudizio di ottemperanza dove la parte si può limitare a domandare di dare esecuzione alla sentenza lasciando al giudice la decisione sulla misura più adeguata a soddisfare la pretesa. In questi termini si veda C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, cit., 292.

¹²⁸ Il riferimento è alla decisione del Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4, in *Giur. it.*, 2015, 1694, con nota di G.D. COMPARTI, *Azione di annullamento e dintorni nell'ottica della soggettività delle forme di tutela* e in *Foro it.*, 2015, 292, con nota di A. TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel processo amministrativo*. Si veda anche F. MANGANARO e A. MAZZA LABOCETTA, *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2015*, in *Urb. e app.*, 2015, 930. Con la successiva decisione del 27 aprile 2015, n. 5 (in *Giur. it.*, 2015, 2192, con nota di E. FOLLIERI, *Giurisdizione soggettiva. Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*) l'Adunanza Plenaria affronta la questione dell'ordine di esame dei motivi del ricorso, riconoscendo che il principio della domanda vincola per il giudice ad attenersi alla graduazione stabilita dalla parte nel ricorso. Si

va della giurisdizione amministrativa; tuttavia, non pare aver preso le distanze in modo altrettanto deciso rispetto alla giurisprudenza che ha ammesso la modulazione degli effetti dell'annullamento¹²⁹.

A parte le criticità di una siffatta manovra pretoria, per quel che qui interessa occorre rilevare che in tutti i casi riferiti il giudice introduce nella decisione degli elementi di novità: la rimodulazione degli effetti dell'annullamento, così come i vincoli imposti all'amministrazione nella successiva riedizione dell'attività amministrativa, sino a non residuare discrezionalità, sono vere e proprie sorprese per le parti. Esse non hanno domandato, né hanno successivamente avuto modo di discutere simili soluzioni in giudizio.

Con ciò, conclusivamente, sia pure in un sistema in cui sulla giurisdizione amministrativa incombe il dovere di apprestare una tutela piena ed effettiva, certo non si può credere che il principio affermato all'art. 1 del Codice del processo amministrativo sia tale da consentire una pronuncia ad effetti innovativi "a sorpresa".

Deve allora ritenersi che le norme che impongono la provocazione del contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio richiedano di essere applicate anche nel caso in cui il giudice si sia orientato all'adozione di una pronuncia che produce effetti comunque differenti da quelli ordinari, che si tratti di effetti demolitori limitati in qualche misura nel tempo o di effetti conformativi particolarmente penetranti e vincolanti o, addirittura, di un qualunque effetto che si voglia ricollegare ad un pronuncia di rigetto del ricorso.

VIII. *La rilevazione d'ufficio dell'abuso del processo e l'abuso del processo da parte del giudice*

Il divieto di abuso del diritto riguarda tanto le condotte sostanziali quanto quelle processuali traducendosi nel divieto di abuso del processo¹³⁰, che si com-

veda anche il commento di L.R. PERFETTI e G. TROPEA, "Heart of darkness": *l'Adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 284 ss.

¹²⁹ Su tale aspetto si vedano le osservazioni alla sentenza di L. BERTONAZZI, *Il principio della domanda: insospettabile ostacolo ad un'ulteriore accentuazione come denegata della giustizia ritardata*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 652 ss. e di M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, *id.*, 2016, 1110.

¹³⁰ Sull'abuso del processo come riflesso dell'abuso del diritto si veda già F. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, 33 (anche in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, Cedam, 1950, 485 ss.). Fra gli studi della letteratura processual-civilistica si rinvia a M. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 993 ss.; L.P. COMOGLIO, *L'abuso del processo e garanzie giurisdizionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319 ss.; G. NICOTINA, *L'abuso nel processo civile*, Roma, Aracne Editrice, 2005, 7 ss.; M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, Giuffrè, 2004, 9 ss. e F. CARDOPATRI, *L'abuso del processo*, I e II, Padova, Cedam, 2000, *passim*; M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del*

pie quando un soggetto utilizza volontariamente in modo distorto gli strumenti processuali che l'ordinamento mette a disposizione per tutelare la posizione giuridica soggettiva, nuocendo così al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale¹³¹.

Il giudice amministrativo si è cimentato in diverse occasioni nella rilevazione di condotte processuali da ricondurre a forme di abuso degli strumenti di tutela processuale¹³² e la letteratura processual-amministrativa ha, negli ultimi dieci anni, iniziato ad occuparsi via via in modo più diffuso dell'abuso del processo amministrativo o, più frequentemente, dell'abuso dei singoli istituti o strumenti di questo processo¹³³.

Queste condotte, naturalmente, possono essere impedito attraverso l'esercizio degli ordinari poteri di conduzione del processo da parte del giudice che, ad

processo", in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1998, 435 ss.

¹³¹ Sull'indeterminatezza del concetto di abuso del processo e le relative problematiche applicative si rinvia a A. DONDI, A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 193 ss.

¹³² Si veda innanzitutto la pronuncia dell'Adunanza plenaria del 29 marzo 2011, n. 3 (in *Corr. merito*, 2011, 547, con nota di M.L. MADDALENA, *La fine della c.d. pregiudiziale amministrativa*; in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 962, con nota di F. CORTESE, *L'adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*; in *Urb. e app.*, 2011, 694, con nota di C.E. GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*) che, riprendendo le affermazioni della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Guida al dir.*, 2007, fasc. 47, 28, con nota di A. FINOCCHIARO, *Una soluzione difficile da applicare nei futuri procedimenti di merito*; Cass. civ., sez. III, 3 maggio 2008, n. 15476 e sez. II, 27 maggio 2008, n. 13791, entrambe in *Danno e resp.*, 2009, 518, con nota di A. ROSSI, *Il principio della contrarietà del frazionamento giudiziale del credito alla clausola generale di buona fede: prime applicazioni giurisprudenziali*) ritiene operante anche nel processo amministrativo un generale divieto di abuso delle posizioni soggettive che, "ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto"; frequente è la casistica dell'abuso che si compie qualora l'appellante sollevi l'eccezione di difetto di giurisdizione (Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3990, in *Foro amm.*, 2015, 1934; Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2015, n. 1778, in *Foro amm.*, 2015, 1097; Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656, in *Il nuovo dir. amm.*, 2012, 1, 15 ss., con nota di V. CARBONE, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo irrompono nella giurisprudenza amministrativa come limiti alla proposizione in appello della questione di giurisdizione*) per il compiersi della figura paradigmatica del venire *contra factum proprium* a scopo meramente opportunistico.

¹³³ G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, Jovene, 2015, 10 ss.; ID., *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1262 ss.; A. GIUSTI, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo e gli arresti giurisprudenziali*, in *Giust. it.*, 2014, 148 ss.; F. CORTESE, *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, nota a Cons. Stato, sez. IV, sentenza 2 marzo 2012, n. 1209, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 959; N. PAOLANTONIO, voce *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, 1 ss.; C.E. GALLO, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1005 ss., in particolare sulla resistenza all'affermazione dell'abuso nel processo amministrativo, 1009; A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. "abuso del processo"*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 23 ss.

esempio, dovrebbe respingere istanze presentate dalle parti a scopo dilatorio o ritenere inammissibili atti formati in modo non rituale. In ogni caso, tuttavia, si pone il problema di individuare strumenti per la repressione puntuale di comportamenti che nuocciano al regolare e sollecito svolgimento del processo. Fra questi, vengono normalmente indicati la condanna alle spese o la compensazione delle spese e, laddove ne ricorrano i presupposti, il ricorso alla sanzione per lite temeraria di cui all'art. 26, comma II, c.p.a. (v. Cap. V, Par. IV), tenendo conto che la disciplina del processo amministrativo fa salva l'applicazione delle previsioni contenute nel c.p.c. (richiamando gli artt. 88, 89, 91, 92 e, in particolare modo, l'art. 96¹³⁴).

Oltre a ciò, l'abuso del processo può rilevare dal punto di vista disciplinare, venendo in considerazione così l'applicazione delle misure sanzionatorie di cui al Codice deontologico forense¹³⁵, ad esempio per il caso di violazione del dovere di lealtà e correttezza verso i colleghi e le Istituzioni forensi di cui all'art. 19.

La giurisprudenza amministrativa ha ravvisato una forma di abuso del processo anche nella condotta delle parti violative del dovere di sinteticità degli atti a pregiudizio della ragionevole durata del processo¹³⁶, giungendo anche all'integrale compensazione delle spese della lite quando la violazione è risultata imputabile alla parte vittoriosa in giudizio¹³⁷. In linea con questo obiettivo, il legislatore è successivamente intervenuto sul disposto dell'art. 26¹³⁸, nonché dell'art. 3, comma II, c.p.a.¹³⁹. In base alla disciplina che ne è risultata, incombe sul giudice e sulle parti l'obbligo, sanzionabile attraverso la condanna al pagamento delle spese del giudizio, di redigere gli atti in maniera chiara e sintetica (secondo quanto disposto dalle norme di attuazione)¹⁴⁰.

¹³⁴ A tali norme già si poteva rinviare nel regime pre-codicistico; si veda, così, Cons. giust. amm. Regione Sicilia, sez. giur., 21 settembre 2006, n. 518, in *Riv. trim. appalti*, 2007, 527, con nota di E. GERMINARA, *Tutela cautelare ante causam e condanna del ricorrente per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, 2° comma, c.p.c.*; Tar Veneto, sez. I, 19 febbraio 2000, n. 637, in *Foro amm.*, 2000, 1837.

¹³⁵ Approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 241 del 16 ottobre 2014.

¹³⁶ Si vedano sul punto Cons. Stato, sez. IV, 1° luglio 2014, n. 3296, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210, in *www.federalismi.it*, 2014, con nota di F. CORDOPATRI, *La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo* e in *Giur. it.*, 2014, 148 ss., con nota di A. GIUSTI, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*. Sulla relazione tra la violazione del dovere di sinteticità e l'abuso del processo si rinvia a G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, cit., 1320 ss.

¹³⁷ Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2014, n. 1361, in *Giur. it.*, 2014, 2278, con nota di S. INGENNATI, *Dovere di sinteticità e linea di confine tra atto prolisso ed atto esaustivo*.

¹³⁸ L'art. 26, comma I, è stato modificato ad opera dell'art. 41, comma I, lett. a), della legge 11 agosto 2014, n. 114.

¹³⁹ Si veda la modifica apportata con l'art. 7-bis, comma I, lett. a), della legge 25 ottobre 2016, n. 197.

¹⁴⁰ Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2016, n. 4636, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 237, con nota di

In ogni caso, la condotta abusiva è oggetto di un accertamento officioso da parte del giudice che, conseguenzialmente, determinerà nella sentenza la misura repressiva che ritenga adeguata e proporzionata. Si tratta di una situazione che comunemente viene esclusa dall'ambito di applicazione della regola che impone la provocazione del contraddittorio in quanto l'oggetto dell'accertamento non è un elemento di fatto o di diritto della controversia, non eccetto dalle parti, che conduce ad un esito imprevisto del processo; né si tratta di un'attività del giudice attinente all'inquadramento giuridico del fatto, dell'atto o dell'azione esperita.

Il giudice procede ad una valutazione del comportamento processuale delle parti nell'esercizio delle funzioni di direzione del processo stesso che sfocia in una decisione sulla repressione che ha ad oggetto esclusivo quelle condotte, senza conseguenze sulle sorti della causa: infatti, come si è detto, anche la parte vittoriosa può aver abusato del processo. Sarebbe perciò la natura sanzionatoria della misura¹⁴¹, irrogata in forza di un potere affidato al giudice non nell'interesse delle parti bensì del processo in generale, a non rendere applicabili le garanzie legislative apprestate contro le sentenze di terza via¹⁴².

A ben vedere, tuttavia, non vi è ragione di non consentire il contraddittorio nell'ambito dell'esercizio del potere sanzionatorio del giudice posto che proprio in merito alla valutazione del comportamento che ha dato luogo alla sanzione può essere utile acquisire la posizione della parte interessata ed eventuali giusti-

A. CASSATELLA, *L'inammissibilità dell'appello manifestamente prolioso*; Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3372, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Più di recente è stata applicata da Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2852 (in *www.lexitalia.it*) la sanzione nella misura del doppio del contributo unificato (corrispondente a novemila euro) nel caso di un atto di appello in materia di contratti pubblici di elevate dimensioni (124 pagine) ed è stato ritenuto non esaminabile la parte dello scritto eccedente i limiti dimensionali stabiliti dal decreto dal Presidente del Consiglio di Stato 25 maggio 2015 (30 pagine). Si noti che, da ultimo, i riferimenti normativi sono mutati per effetto della legge 25 ottobre 2016, n. 197, intervenuta sull'art. 120 c.p.a., e del nuovo decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2016. Per un primo commento della pronuncia si rinvia a F. LUBRANO, *L'avvocato logorroico è temerario e per questo va punito (le nuove frontiere della giustizia amministrativa)*, in *www.lexitalia.it*. In senso contrario all'utilità di una determinazione generale del numero di pagine degli atti processuali v. Cons. Stato, sez. III, 12 giugno 2015, n. 2900 (in *www.giustizia-amministrativa.it*) secondo cui l'essenza della sinteticità, quale concetto di relazione, non risiede nel numero delle pagine o delle righe in ogni pagina, bensì nella proporzione tra la molteplicità e la complessità delle questioni dibattute e la consistenza dell'atto che le espone ed esamina. Si veda anche C. VOLPE, *Dovere di motivazione della sentenza e sinteticità degli atti delle parti processuali*, in *www.giustamm.it*, 2015, che giunge a prendere in considerazione che si determini un vizio della sentenza, ai fini dell'appello o della sua revocazione, nel caso in cui il giudice proceda con l'esame di questioni trattate nelle pagine ulteriori il limite.

¹⁴¹ Espressamente in questi termini si pronuncia Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2014, n. 322, in *Foro amm.*, 2014, 84, sulla sanzione *ex art.* 26, comma II, c.p.a. per lite temeraria che, in quanto tale, prescinde da una specifica domanda nonché dalla prova del danno subito, ed il relativo gettito, commisurato a predeterminati limiti edittali, è destinato al bilancio della giustizia amministrativa.

¹⁴² In questo senso si veda Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2015, n. 3065, in *Urb. e app.*, 2015, 975; Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2014, n. 322, in *Foro amm.*, 2014, 84.

ficazioni: si tenga conto, infatti, che anche la sanzione potrebbe essere oggetto di impugnazione. Come si vedrà, il Codice del processo amministrativo dispone espressamente che il giudice sottoponga al contraddittorio della parte la decisione relativa all'irrogazione delle sanzioni alternative all'inefficacia del contratto di appalto (art. 123 c.p.a.) ed anche in quel caso la sanzione non è disposta nell'interesse di una delle parti bensì a soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso alle norme violate (v. oltre Cap. V, Par. II e III).

Diverso è il caso in cui l'autore dell'abuso del processo sia lo stesso giudice: si tratta dei casi in cui il giudicante assume un atteggiamento passivo rispetto alle parti a danno del regolare svolgimento del processo e della sua sollecita definizione, ovvero proceda all'assorbimento c.d. improprio dei motivi¹⁴³, nonché qualora violi i canoni di chiarezza e sinteticità degli atti. Ancora, l'abuso si può manifestare in un'attività interpretativa delle disposizioni eccessivamente disinvolta, se non anche contraria all'*intentio legislatoris*.

In questi casi le soluzioni non sono molte: talora si potrà impugnare la sentenza; talaltra si potranno riscontrare gli estremi della responsabilità disciplinare del magistrato¹⁴⁴. Nel caso di interpretazioni abnormi, però, la doverosità della provocazione del contraddittorio verticale svolgerebbe una funzione di soccorso e potrebbe mitigare la posizione assunta dal giudice: anzi, in un simile contesto, trattandosi di un abuso realizzato nell'ambito di un'attività interpretativa particolarmente audace e con esito inaspettato per le parti, dovrebbe ritenersi doverosa la provocazione del contraddittorio, pena l'impugnazione della sentenza.

¹⁴³ Ancorché, come rileva A. ROMANO TASSONE (*Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 803 ss.), si tratti di una pratica ben più diffusa in passato. Dello stesso Autore, v. anche *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, vol. I, Napoli, Jovene, 2013, spec. 469.

¹⁴⁴ Si rinvia al Cap. VI, Par. VIII.