

Leonardo Ferrara

L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile:

problematiche processuali e trasformazioni sostanziali ()*

(nota a C.S., sez. V, 29 aprile 2009 n. 2737)

1. Premessa

La sentenza n. 2737 del 2009 del Consiglio di Stato merita attenzione perché spinge a fare un poco di chiarezza sulla questione del regime dell'allegazione dei fatti e della loro prova, in corrispondenza della (non più nuova) disciplina dell'annullabilità del provvedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241 del 1990¹: questione sulla quale si è detto tutto e il contrario di tutto; merita, inoltre, attenzione, perché, di fronte alle incongruenze della motivazione², conferma nell'idea, ora adeguatamente rilanciata dal legislatore³, che senza un ancoraggio nel più raffinato strumentario del processo civile non si trova il bandolo della matassa e quella chiarezza resta un miraggio⁴.

D'altra parte, se il processo amministrativo è meno sofisticato, una causa va rinvenuta nelle incertezze che sussistono sul versante sostanziale, a cominciare dal concetto di interesse legittimo, che condiziona quello di domanda, e pertanto di parte, di *petitum* e (per quel che più interessa nell'occasione) di *causa petendi*⁵; nonché quello di oggetto del processo e del giudicato⁶. Senza, peraltro, dimenticare che

¹ Come modificata dalla legge n. 15 del 2005.

² Peraltro, fondamentale debitrice di C.S., sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786, su cui **F. Saitta**, *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: il lupo perde il pelo, ma non il vizio (ovvero "in claris ... fit interpretatio")*, in *www.giustamm.it*.

³ Si veda l'art. 44, comma 1, della legge 18 giugno 2009 n. 69, che, nel delegare il Governo al riassetto della disciplina del processo amministrativo, fissa come fine il coordinamento delle disposizioni vigenti "con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali".

Il punto del pregresso dibattito in **A. Travi**, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 237 ss.

⁴ Rilevato che "manca tuttora, negli studi di diritto processuale amministrativo, una trattazione organica della difesa nel giudizio di legittimità" (direttamente rilevante in queste note), **A. Romano Tassone**, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 589 ss., sostiene che "se non si pretende di applicare *tout court* nel giudizio amministrativo le nozioni correnti nella scienza del diritto processuale civile (elaborate anche sulla base di dati positivi specifici), da quest'ultima possono desumersi spunti utili ad impostare, sia pure su un piano molto generale, un discorso sistematico [...] sul complessivo assetto degli strumenti di difesa nel giudizio di legittimità".

⁵ Circa gli elementi di identificazione dell'azione nel processo amministrativo, per tutti, **V. Caianiello**, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, 247 ss.

⁶ E' noto che la disputa in ordine all'oggetto del processo e del giudicato amministrativo non è molto meno articolata di quella in ordine all'interesse legittimo e che solo didatticamente, se non semplicisticamente, essa può essere condensata nell'alternativa tra l'atto (o la sua legittimità) e il rapporto, a cui talvolta si aggiunge una terza variante consistente nell'esercizio del potere amministrativo (circa la prima soluzione, per tutti, **A. Romano**, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 259 ss.; circa la seconda, ancora per tutti, **A. Piras**, *Interesse*

“i caratteri e l’oggetto dell’azione costitutiva sono, da sempre, molto dibattuti dagli studiosi del processo civile e queste discussioni si riflettono anche sul processo amministrativo”⁷.

A ulteriore complicazione del quadro vi sono, poi, le perplessità che gravitano intorno all’interpretazione dello stesso art. 21 *octies*, secondo comma, nei suoi termini più generali: quali i dubbi relativi alla qualificazione del provvedimento amministrativo non annullabile⁸.

Epperò, dalla suddetta disposizione paiono anche emergere importanti indicazioni per la ricostruzione delle situazioni giuridiche soggettive di ordine sostanziale.

2. Il contenuto motivazionale della pronuncia

legittimo e giudizio amministrativo, Milano, 1962, II, 491 ss. e 605 ss.): epperò, se si parte dal testo costituzionale e segnatamente dalla formulazione dell’art. 24, comma 1 (secondo cui “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”), sembra difficile disconoscere che l’oggetto della domanda debba consistere nell’interesse legittimo (in proposito **V. Caianiello**, *Lineamenti*, cit., 97 ss., cui si rinvia anche per ulteriori citazioni relative alla meno recente dottrina; rileva in termini generali che “oggetto del processo e del giudicato non sono mai fatti o atti [...], ma sempre e solo diritti: il diritto fatto valere in giudizio tramite la domanda dell’attore” **A. Proto Pisani**, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 60).

⁷ **A. Travi**, *Lezioni*, cit., 205.

Tra gli studi processualciviltistici in tema di tutela costitutiva v., tra altri, **I. Pagni**, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998; **M. Fornaciari**, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999.

⁸ Può sinteticamente ricordarsi come il provvedimento amministrativo non annullabile è stato in dottrina ritenuto al tempo stesso illegittimo, irregolare e legittimo; in quest’ultimo caso è stata anche prospettata la possibilità di configurare una ipotesi di illegalità sul versante del comportamento tenuto dalla p.a. (anziché per l’appunto su quello del provvedimento). Circa tali tesi, **F. Volpe**, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 319 ss.; **L. Ferrara**, *La partecipazione tra “illegittimità” e “illegalità”. Considerazioni sulla disciplina dell’annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.; nonché, di recente, **P. Lazzara**, *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all’art. 21-octies, l. 241 del 1990*, in questa *Rivista*, 2009, 190 ss., il quale, peraltro, fatica a riconoscere che vi possano essere forme di illegalità che non concernono il provvedimento (non ridondando, dunque, in illegittimità attizie, ma in illiceità comportamentali), così come a cogliere l’esistenza di comportamenti (tenuti dalla p.a. in sede di esercizio del potere amministrativo) che assumono una valenza distinta o accessoria rispetto al provvedimento e all’oggetto dell’interesse legittimo. Coglie, viceversa, sempre di recente, la sussistenza di profili di “illiceità anche a fronte di provvedimenti legittimi”, **E. Scotti**, *Appunti per una lettura della responsabilità dell’amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in corso di pubblicazione su *Dir. amm.*, mentre ammette “un risarcimento per violazione di obblighi di comportamento anche nel caso in cui il giudice abbia stabilito, in applicazione del disposto ex art. 21 *octies* l. 241 del 1990, che il contenuto del provvedimento non poteva essere diverso da quello in concreto adottato” **M. Trimarchi**, *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi “pretensivi” e vizi formali*, in questa *Rivista*, 2009, 165. Sul presupposto che i vizi formali e procedimentali assumano “importanza sul piano della legalità complessiva dell’azione amministrativa”, ragiona di un “accertamento dell’illegittimità [...] utile per quelle finalità riparatorie o reintegrative diverse dall’annullamento giudiziale” C.S., sez. V, 17 settembre 2008 n. 4414.

Ma partiamo dalla decisione in rassegna e dalla sua motivazione.

Controversa era una deliberazione comunale concernente la decadenza dall'assegnazione di aree nel p.i.p. (piano per gli insediamenti produttivi), in ragione della mancata ultimazione delle opere entro il termine (convenzionalmente fissato): di tale deliberazione la ditta destinataria denunciava l'illegittimità essenzialmente per violazione dell'art. 7 della legge n. 241. Ebbene, il Consiglio di Stato, dopo aver richiamato "il consolidato orientamento della giurisprudenza secondo il quale, in caso di adozione di un provvedimento vincolato, che deve essere necessariamente assunto in presenza di determinati presupposti, la comunicazione dell'avvio del relativo procedimento può essere omessa, perché in nessun caso la determinazione da prendere potrebbe essere modificata in base alle osservazioni dell'interessato", rileva che, se è vero che l'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241 del 1990 "pone in capo all'Amministrazione (e non del privato) l'onere di dimostrare, in caso di mancata comunicazione dell'avvio, che l'esito del procedimento non poteva essere diverso", nondimeno, "onde evitare di gravare la p.a. di una *probatio diabolica* (quale sarebbe quella consistente nel dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo del privato non avrebbe mutato l'esito del procedimento), il giudice amministrativo ha interpretato la norma in esame nel senso che il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione". E aggiunge che "solo dopo che il ricorrente ha adempiuto questo onere di allegazione (che la norma implicitamente pone a suo carico), la p.a. sarà gravata dal ben più consistente onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato", con la conseguenza "che ove il privato si limiti a contestare la mancata comunicazione di avvio, senza nemmeno allegare le circostanze che intendeva sottoporre all'Amministrazione, il motivo con cui si lamenta la mancata comunicazione deve ritenersi inammissibile".

Siffatta argomentazione si espone a numerose critiche.

Deve, intanto, osservarsi che il giudice di appello aderisce all'indirizzo giurisprudenziale che, in relazione al vizio della partecipazione⁹ di cui al secondo alinea dell'art. 21 *octies*, secondo comma¹⁰, tende

⁹ Assimilano alla mancata comunicazione di avvio del procedimento *ex art. 7* della legge n. 241 la mancanza della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza *ex art. 10 bis* della stessa legge (in ragione della comune finalità partecipativa insita nelle due norme), tra altre pronunce, TAR Campania, sez. VII, 27 maggio 2009 n. 2951; TAR Toscana, sez. I, 15 aprile 2009 n. 625; TAR Lazio, sez. III, 15 aprile 2009 n. 3811; C.S., sez. VI, 8 febbraio 2008 n. 415; C.S., sez. IV, 29 gennaio 2008 n. 255; TAR Lazio, Roma, sez. I *quater*, 8 gennaio 2008 n. 73; TAR Liguria, sez. seconda, 6 febbraio 2006 n. 93. A favore di tale assimilazione **P. Lazzara**, *Contributo alla discussione*, cit., 205, ove anche ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

¹⁰ La pronuncia in rassegna non sembra aver dubbi sull'esclusiva riferibilità del vizio della partecipazione a tale disposizione, respingendo implicitamente tanto che il secondo alinea possa riferirsi ai meri atti discrezionali, quanto che il primo alinea si applichi soltanto a quelli integralmente vincolati (determinando nel caso il transito in quest'ultima disposizione della disciplina del vizio in questione).

Risulta, del resto, evidente che, se "tende a prevalere, in giurisprudenza, la lettura unitaria delle due frasi dell'art. 21-*octies*, riferendosi la disposizione a tutti i provvedimenti che risultano in concreto non passibili di contenuto alternativo", la distinzione tra le due frasi finisce per passare attraverso le tipologie dei vizi rilevanti e non più dei provvedimenti (la citazione è tratta da **P.**

ad addossare sul ricorrente, se non (addirittura) l'onere della prova, (almeno) quello dell'allegazione¹¹ del fatto alla base della censura sostanziale (cioè degli elementi conoscitivi che si sarebbero introdotti nel procedimento, ove fosse stato comunicato l'avvio del procedimento)¹². Ricordato che a fronte di tale indirizzo si rinvergono sia pronunce volte a riconoscere, puramente e semplicemente, l'esistenza di un meccanismo di inversione dell'onere della prova¹³, sia pronunce che ragionano di eccezione (in senso proprio¹⁴ e in senso stretto¹⁵)¹⁶ e financo di domanda riconvenzionale della p.a.¹⁷, sia pronunce che si

Lazzara, *Contributo alla discussione*, cit., 206-207, il quale riconosce che a essere decisiva è sempre la vincolatezza dell'agire amministrativo, sussista essa in astratto oppure in concreto – per assenza di un presupposto rigidamente determinato dalla norma, che pur attribuisce alla p.a. un potere discrezionale: in proposito **L. Ferrara**, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 600 –; o anche semplicemente in fatto: ipotizza “il caso in cui si debba prolungare una pista aeroportuale nell'unica direzione non impedita dal mare o da un monte” Cons. giust. amm., 14 settembre 2007 n. 851).

Diverso, tuttavia, il recente avviso della Suprema corte: v. Cass., sez. civ., 25 giugno 2009 n. 14878, la quale continua a riferire il primo alinea agli atti vincolati (in astratto) e il secondo agli atti discrezionali, con la conseguente possibile riconduzione della omessa comunicazione di avvio nei vizi procedurali (di cui allo stesso primo alinea). Similmente, C.S., sez. IV, 15 maggio 2009 n. 3029; C.S., sez. VI, 14 aprile 2009 n. 2277.

¹¹ Per allegazione deve intendersi “l'atto processuale con cui chi agisce (o resiste) in giudizio afferma (oppure nega) la sussistenza di determinati fatti concreti, prospettati od esposti a fondamento di una domanda o di un'eccezione, quali elementi genetici dell'effetto giuridico invocato”: così **L.P. Comoglio**, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. I, Torino, 1987, 274. Analogamente **A. Travi**, *Lezioni*, cit., 258, intende per fatti allegati quelli “introdotti e fatti valere nel processo”. Distinguono, peraltro, l'allegazione dei fatti in causa dalla rilevazione dell'efficacia degli stessi fatti **G. Fabbrini**, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, 253 ss.; **Idem**, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giuridica*, Roma, vol. XII, 1989, 2; **A. Proto Pisani**, *Lezioni*, cit., 194.

¹² V. variamente in tal senso TAR Lombardia, sez. III, 15 maggio 2009 n. 3741; C.S., sez. VI, 23 marzo 2009 n. 1724; C.S., sez. VI, 29 luglio 2008 n. 3786, cit.; C.S., sez. VI, 17 ottobre 2006 n. 6192; TAR Campania, Napoli, III, 13 giugno 2006 n. 6963; TAR Campania, Napoli, II, 13 dicembre 2005 n. 20227; TAR Puglia, Bari, 21 settembre 2005 n. 3953; si veda anche l'iniziale giurisprudenza di primo grado citata in particolare da **D.U. Galetta**, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla costituzione e al diritto comunitario*, in *Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo*, Supplemento al n. 6/05 del *Foro amm.*, TAR, 91 ss., e da **F. Saitta**, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21 octies, comma 2, L. n. 241 del 1990 a confronto*, ivi, 2006, 2295 ss. Sulla stessa linea, in dottrina, **G. Grasso**, *Spunti di riflessione sull'art. 21 octies, 2° comma, l. n. 241/90*, in www.lexitalia.it.

¹³ Lasciando, pertanto, all'amministrazione il compito di dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso, senza nulla dire in ordine all'allegazione del fatto sostanziale: C.S., sez. VI, 4 settembre 2007 n. 4614; TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, 27 marzo 2009 n. 3215.

¹⁴ Come noto, eccezione in senso improprio è la semplice negazione di fatti costitutivi, l'obiezione difensiva mera che nega l'esistenza del fatto affermato dall'attore o dei suoi effetti (sovrappone il termine a quello di eccezione rilevabile d'ufficio **L.P. Comoglio**, *Allegazione*, cit., 279); eccezione in senso proprio, viceversa, è l'introduzione di fatti impeditivi, estintivi o modificativi del diritto

affidano ai poteri-doveri del giudice¹⁸, è, pertanto, da notare che l'interpretazione prescelta sembra caratterizzarsi¹⁹ nella misura in cui finisce paradossalmente per utilizzare uno strumento nato per temperare la disparità sostanziale tra le parti, quale l'onere del c.d. principio di prova, in funzione di aggravamento del più debole (ovvero del ricorrente)²⁰.

Va, poi, considerato che il Consiglio di Stato giustifica l'adesione all'anzidetto orientamento²¹, ritenendo che la prova dell'irrelevanza causale del vizio della partecipazione acquisti altrimenti natura "diabolica", risulti, cioè, praticamente impossibile, nell'assenza dell'indicazione da parte del ricorrente di quanto avrebbe osservato ove avesse preso parte al procedimento.

Senonché, non è dato capire come la dimostrazione dell'amministrazione possa avere l'anzidetta natura, se contemporaneamente si assume che la comunicazione di avvio del procedimento "può essere

dedotto in giudizio al fine di conseguire il rigetto della domanda. Si vedano in proposito gli autori citati alla nota successiva.

Riteneva "discutibile se si diano eccezioni (in senso proprio)" nel processo amministrativo di impugnazione **M. Nigro**, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 244. Analoga la posizione di **V. Caianiello**, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, 19. Appare riferirsi all'eccezione in senso improprio **E. Picozza**, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008, 190, laddove afferma che "l'onere di eccezione incombe pienamente sulla amministrazione resistente e sulle altre parti controinteressate soprattutto per quanto riguarda la ricostruzione dei fatti che il ricorrente pone a fondamento del proprio titolo".

¹⁵ Sull'eccezione in senso stretto, sottoposta al monopolio della parte riconosciuto dallo stesso art. 112 c.p.c. si veda, per tutti, **G. Fabbrini**, *L'eccezione di merito*, cit., 245 ss. (264 ss., in particolare); **Idem**, *Eccezione (dir. proc. civ.)*, cit.; **R. Oriani**, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, 266 ss.; **E.T. Liebman**, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980, vol. I, 150-152; **A. Lugo**, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1986, 21-22.

¹⁶ Di recente, C.S., 8 febbraio 2008 n. 226, nonché TAR Trentino Alto Adige, Bolzano, 26 giugno 2009 n. 243, il quale afferma che l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento "non risulta superabile ai sensi dell'art. 21 octies, comma 2, secondo periodo, della legge 11 agosto 1990, n. 241 e s.m., in via formale, per mancanza di eccezione espressa da parte dell'amministrazione (richiesta dalla norma)". Ulteriori riferimenti giurisprudenziali in **F. Saitta**, *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento*, cit., note 11-13.

Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 26 luglio 2006 n. 440, sostiene, in conformità a quanto affermato dal giudice di prime cure, che "l'onere della prova è a carico dell'Amministrazione resistente e deve essere assolto con il rigore proprio di una eccezione tesa a paralizzare l'affermazione di un diritto partecipativo fondamentale nella disciplina dei rapporti tra la P.A. ed il privato".

¹⁷ V. TAR Lazio, Latina, 10 giugno 2005 n. 534.

¹⁸ Secondo una consistente tendenza interpretativa affermatasi, come dovremo in seguito vedere, in relazione al primo alinea dell'art. 21 octies, secondo comma.

Si veda in tal senso C.S., sez. V, 17 settembre 2008 n. 4414, cit., la quale, nell'escludere che "sarebbe precluso al giudice amministrativo accertare d'ufficio quegli elementi ostativi all'annullamento", colloca il processo amministrativo costitutivo nella dimensione della giurisdizione obiettiva: si sostiene, infatti, che "la funzione del processo amministrativo è altra da quella del processo civile di merito, perché è orientata non ad accertare solo fatti materiali e a qualificarli, ma piuttosto a vagliare la legittimità di atti pubblici".

¹⁹ Vedremo in seguito se non possa concludersi diversamente.

²⁰ In tal senso **D.F.G. Trebastoni**, *La sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2008, 1308.

²¹ Conformandosi a C.S., sez. VI, 29 luglio 2008 n. 3786, cit.

omessa, perché in nessun caso la determinazione da prendere potrebbe essere modificata in base alle osservazioni dell'interessato".

Il punto, però, è un altro e testimonia l'errore di prospettiva in cui è caduto il Consiglio di Stato.

Non si considerano, infatti, le caratteristiche assolutamente normali della prova del fatto, meglio, di un fatto di carattere obiettivo, nel processo (e nella sua dinamica). Tali caratteristiche dimostrano che la prova in questione, diversamente da quella su fatti opinabili²², non ha (mai) natura "diabolica": mentre, viceversa, prescindendo da esse, avrebbe sempre natura siffatta, vuoi per l'assenza di onniscienza (il che deve ritenersi il presupposto logico da cui parte il giudice di appello), vuoi anche per i progressi scientifici (che possono falsificare quanto sino allora si riteneva certo).

Esemplifichiamo prendendo spunto dalla fattispecie concreta oggetto della controversia. Rispetto alla mancata ultimazione delle opere entro il termine, che è causa di decadenza dall'assegnazione di aree nel p.i.p., non vi è dubbio che possa rilevare la circostanza che si sia verificato un incendio (che ha distrutto le opere oppure ha reso difficoltosa o impossibile la loro ultimazione)²³: epperò, se il ricorrente non dà notizia di esso (o il medesimo comunque non risulta dagli atti di causa²⁴), all'amministrazione basta provare che le opere non sono state ultimate²⁵. E' semplicemente nell'interesse del primo addurre l'anzidetta circostanza (mentre la p.a. non è tenuta a conoscerla).

Il punto, allora, è di ordine generale: si è pretermessa la dimensione giuridica. Sulla natura, in questo caso della prova, reagisce il diritto.

Bisogna, quindi, riaprire il discorso a partire dalle norme.

3. La rilevazione della doverosità (o meno) del contenuto dispositivo del provvedimento in concreto adottato nel regime di cui al primo alinea dell'art. 21 octies, secondo comma.

Si è visto come sia differenziata la risposta della giurisprudenza in ordine al significato da attribuire alla dimostrazione in giudizio della p.a.: conviene, tuttavia, proseguire la riflessione al riguardo, prendendo le mosse dal primo alinea dell'art. 21 *octies*, secondo comma, in modo da avere una previa consapevolezza del modo in cui è risolta in tale contesto la questione del riparto tra giudice e parti del potere (potere-

²² Intendendo per fatti opinabili quelli che sono oggetto del c.d. potere di valutazione tecnica, cioè, i fatti rispetto ai quali "pur dopo l'attività di interpretazione, residua un margine di opinabilità, il quale, per un verso, deriva dalle caratteristiche intrinseche del fatto previsto dalla norma e, per un altro, si colloca non nell'ambito della interpretazione ma in quello relativo all'accertamento del fatto" (C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 156).

²³ Tanto che nella vicenda in questione il termine era stato più volte prorogato.

²⁴ Torneremo in seguito su questa seconda evenienza.

²⁵ Il discorso non cambia rispetto alla protrazione delle difficoltà costruttive causate da un incendio di cui tutti sono a conoscenza.

dovere od onere a seconda dei casi) di rilevazione della doverosità (o non doverosità) del “contenuto dispositivo [del provvedimento] in concreto adottato”²⁶.

Ebbene, rispetto al primo alinea il quadro interpretativo non è meno articolato: infatti, vi è giurisprudenza che ricostruisce un potere ufficioso del giudice²⁷, altra che fa comunque²⁸ gravare sull’amministrazione l’onere della “dimostrazione” dell’inevitabilità del risultato²⁹, altra ancora che ritiene che la possibilità di una specifica attività processuale dell’amministrazione non escluda “un’attività istruttoria disposta d’ufficio”³⁰. Non mancano, infine, pronunce che, sembrando assecondare il principio dispositivo, rimettono al ricorrente la prova³¹ del motivo sostanziale dell’annullamento³².

Se è convincente sostenere che la (soluzione a favore della) sottoposizione della p.a. all’onere dimostrativo cancella l’unico esplicito e chiaro elemento letterale differenziale tra i due alinea della disposizione di cui si fa questione (insieme a quello concernente i vizi), trasformando conseguentemente in una inutile e insensata duplicazione la doppia disposizione in tema di annullamento non pronunciabile³³, non resta che concentrarsi sull’alternativa onere del ricorrente di provare il possibile diverso esito del procedimento – potere del giudice di accertarne la sua doverosità.

²⁶ La formulazione del primo alinea dell’art. 21 *octies*, secondo comma, diversamente da quella del secondo alinea, si riferisce esattamente alla parte dispositiva del provvedimento: potrebbe, dunque, ragionarsi anche di inevitabilità o doverosità dell’effetto dello stesso provvedimento (o, meno tecnicamente, dell’esito del relativo procedimento).

²⁷ Si veda, per esempio, C.S., sez. V, 19 marzo 2007 n. 1307; TAR Campania, sez. III, 14 marzo 2007 n. 2075.

In dottrina, nello stesso senso, recentemente, **D.F.G.Trebastoni**, *La sanatoria*, cit., 1297.

²⁸ Di fronte ad atti di carattere (astrattamente) vincolato e in relazione all’insieme intero dei vizi formali e procedurali.

²⁹ Si veda TAR Abruzzo, Pescara, 13 giugno 2005 n. 394, che ne trae la conseguenza che la parte ricorrente, ove voglia contestare l’integrazione motivazionale, “deve prima dell’udienza di merito proporre tempestivamente motivi aggiunti”.

All’ordine di idee della motivazione postuma ricorrono anche, ammettendolo, TAR Lombardia 20 aprile 2006 n. 1042; TAR Campania, Salerno, I, 9 ottobre 2006 n. 1617. Conferma di recente il tradizionale orientamento che fa divieto all’amministrazione di integrare in giudizio la motivazione TAR Campania, sez. III, 22 aprile 2009 n. 2118.

³⁰ Così TAR Campania, Napoli, IV, 20 novembre 2006 n. 9984.

³¹ Ma deve ritenersi intendano soltanto l’allegazione del fatto, o la rilevazione dell’efficacia del fatto, a cui corrisponde il vizio sostanziale (se è vero che nel processo amministrativo vale la regola del c.d. principio di prova).

³² V. TAR Puglia, Lecce, 9 settembre 2005 n. 4027.

In dottrina, ritiene che “chi agisce contro un provvedimento vincolato non può limitarsi a sollevare motivi di forma o di procedura, ma ha l’onere di prospettare il diverso contenuto (a lui favorevole) che il provvedimento avrebbe, secondo lui, dovuto avere” **D. Corletto**, *Vizi formali e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 40 ss.; in un ordine di idee parzialmente coincidente, **L. Ferrara**, *La partecipazione tra “illegittimità” e “illegalità”*, cit., 119.

³³ Si converrà che sarebbe quantomeno curioso rimettere la differenza all’applicazione della norma agli atti discrezionali (sul presupposto che solo di questi si occupi il secondo alinea, mentre il primo verrebbe a riferirsi soltanto a quelli vincolati – vincolati in astratto –) in relazione al (all’esclusivo) vizio della partecipazione: con un’incomprensibile distinto trattamento di questo vizio rispetto a ogni altro di natura procedimentale.

E' evidente, intanto, che la sussistenza del potere ufficioso di rilevare la doverosità del contenuto del provvedimento non preclude al ricorrente di far valere (accanto al vizio formale o procedimentale) un vizio sostanziale: il primo, cioè, esclude l'onere del ricorrente, non il suo potere (così come non esclude quello della p.a. resistente: sempre di rilevare la doverosità del contenuto dispositivo del provvedimento).

E', invece, meno evidente, ma è il momento di prenderne consapevolezza, che assumere l'esistenza di un vero e proprio onere per il ricorrente di deduzione del motivo sostanziale significa ricondurre quest'ultimo tra i fatti costitutivi della situazione giuridica soggettiva, così come fatta valere in giudizio, in assenza dei quali tale situazione deve ritenersi insussistente³⁴.

L'alternativa interpretativa (l'esclusione del carattere indispensabile del fatto per la individuazione del diritto dedotto in una con l'affermazione della sussistenza del potere ufficioso) risulta senz'altro meno distante dalla visione tradizionale del processo amministrativo³⁵ (comunque messa in crisi dal regime dell'annullamento non pronunciabile). E neppure sembra comportare la pretermissione del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato: potendosi escludere la riesumazione, seppure su diverse basi, dell'originaria giurisdizione obiettiva del giudice amministrativo (la finalità di controllare la legittimità dell'atto amministrativo, non di tutelare le parti).

Viene qui in giuoco la distinzione tra fatti impeditivi, estintivi o modificativi, che producono automaticamente i loro effetti (per esempio, nel processo civile, il pagamento di un debito) e fatti impeditivi, estintivi o modificativi, che non producono automaticamente i loro effetti (per esempio, sempre nel processo civile, la risoluzione del contratto per inadempimento), essendo tuttavia opportuno ricordare che tra i secondi rientrano fatti (alcuni fatti-diritti³⁶) che possono, come non possono, essere fatti valere con azione autonoma³⁷, che non influiscono sull'esistenza del diritto al momento del giudizio e che non rientrano³⁸ nell'oggetto di quest'ultimo³⁹, tanto da doverne postulare la non rilevabilità d'ufficio, anche in difetto di espressa disposizione di legge in tale senso⁴⁰.

Ebbene, l'assenza del vizio sostanziale, o, meglio (esemplificando altresì le ragioni per le quali al contenuto dispositivo del provvedimento non si danno alternative), l'esistenza di un fatto ostativo al rilascio di un atto ampliatorio (oppure l'inesistenza di un requisito di legge prescritto per esercitare una certa attività), non sembra appartenere a quest'ultima categoria, con la conseguenza che, mancando una

³⁴ Vedremo alla fine i risvolti della soluzione sulla nozione di interesse legittimo.

³⁵ E, come può essersi già intuito, dell'interesse legittimo.

³⁶ Non, per esempio, la nullità, rilevabile d'ufficio. Sulla relativa problematica v., per tutti, **C. Consolo**, *La Cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più proporzionata (la nullità del contratto va sempre rilevata, ma non si forma "ad ogni effetto" del giudicato)*, in *Corriere giur.*, 2006, 1424 ss.

³⁷ Non, dunque, la prescrizione, che non è un fatto-diritto (pur non rilevabile d'ufficio per espressa disposizione codicistica).

³⁸ Salvo dover valutare l'incidenza della regola per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile: v., per tutti, **R. Oriani**, *Eccezione*, cit., 284.

³⁹ Peraltro, non vi rientrerebbero neppure ove fossero conosciuti *incidenter tantum* (si tratta delle c.d. eccezioni riconvenzionali, sulla cui configurabilità si vedano le perplessità espresse, tra altri, da **M. Fornaciari**, *Situazioni potestative*, cit., 42 ss. e **S. Menchini**, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 63 ss.; in proposito cfr. anche **C. Ferri**, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 149 ss.).

⁴⁰ Si tratta dei casi di titolarità di un'azione costitutiva: v. ancora **R. Oriani**, *Eccezione*, cit., 271 ss.

regola espressa che riserva alla parte il potere di sollevare l'eccezione, deve rientrare nel tipo di fatti menzionato per primo, in particolare in quelli di carattere impeditivo (ché quelli modificativi ed estintivi sono fatti sopravvenuti rispetto a quelli costitutivi⁴¹, mentre l'assenza di alternative sussiste sin dall'apertura del procedimento)⁴². Ammetterne la rilevabilità d'ufficio risulta, dunque, sostenibile (versandosi di conseguenza nell'area delle eccezioni in senso lato)⁴³. A una condizione, però: che i fatti emergano dagli atti di causa (potrebbe in particolare essere il caso del provvedimento impugnato e depositato) o siano notori; non potrebbe, cioè, essere il giudice ad allegare d'ufficio la circostanza fattuale che rende necessitato l'effetto (nella specie negativo) del provvedimento. Sarebbe altrimenti violato il principio del divieto di utilizzazione del sapere privato da parte del giudice⁴⁴, mentre l'art. 21 *octies*, secondo comma, primo alinea, coerentemente richiede che il fatto impeditivo sia "palese"⁴⁵.

L'anzidetta conclusione è, dunque, in linea con il dato che "regola generale in materia è la rilevabilità d'ufficio dei fatti allegati, e ciò in coerenza con il normale operare dei fatti giuridici *ipso iure* senza la intermediazione necessaria di un potere riservato alla parte"⁴⁶.

La medesima conclusione troverebbe, poi, una conferma, tramite l'argomento *a contrario*, nel secondo alinea dell'art. 21 *octies*, secondo comma, laddove si ritenesse che esso preveda una eccezione in senso stretto (di carattere sostanziale, cioè di merito), proponibile solo dalla parte: col che si avrebbe una di quelle ipotesi legislative "eccezionali" rispetto all'anzidetta regola "nelle quali un fatto allegato non è rilevabile d'ufficio da parte del giudice poiché la sua efficacia giuridica è subordinata all'esercizio di un potere riservato alla parte"⁴⁷.

Prima, però, di poter arrivare a discutere di questa disposizione, va ancora osservato che l'aver ricondotto la questione sostanziale nell'oggetto del giudizio, nella contemporanea verifica dell'assenza di alterazione del principio della domanda per effetto dei poteri di rilevazione giudiziali, non deve far dimenticare che in giuoco vi è il rispetto di un altro principio processuale fondamentale: quello del contraddittorio.

⁴¹ **R. Oriani**, *Eccezione*, cit., 265.

⁴² Sempre una volta escluso che il vizio sostanziale costituisca la situazione soggettiva fatta valere in giudizio.

A conferma di quanto sostenuto nel testo, si consideri anche quanto si osserverà nel § successivo a proposito della domanda riconvenzionale.

Rileva la difficoltà di distinguere i fatti costitutivi dai fatti impeditivi **R. Oriani**, *Eccezione*, cit., 265.

⁴³ Rilevava **S. Cassarino**, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, 335, che "le controdeduzioni di merito non sono mai condizionanti per il giudice, quantomeno nei giudizi di impugnazione, nei quali l'indagine sull'illegittimità dell'atto, asserita dal ricorrente, deve effettuarsi indipendentemente dalle difese dell'amministrazione e dei controinteressati".

⁴⁴ **G. Fabbrini**, *L'eccezione di merito*, cit., 267.

⁴⁵ L'aggettivo, sembra, pertanto, trovare una sua possibile spiegazione nell'ordine di idee della notorietà o dell'appartenenza al materiale di causa del fatto che rende inevitabile il risultato. Circa le interpretazioni del medesimo aggettivo v. in particolare **A. Romano Tassone**, *Vizi formali e vizi procedurali*, in www.giustamm.it.

⁴⁶ **A. Proto Pisani**, *Lezioni*, cit., 56 e 194. Similmente **G. Fabbrini**, *L'eccezione di merito*, cit., 256; **R. Oriani**, *Eccezione*, cit., 266 ss.

⁴⁷ **A. Proto Pisani**, *Lezioni*, cit., 194-195.

Infatti, in dottrina era stato manifestato l'avviso per cui dovesse trovare applicazione l'art. 183, comma 4, c.p.c., che, secondo un recente indirizzo della Suprema corte, postulava la doverosità dell'*indicazione* ivi prevista⁴⁸: il giudice, cioè, si è detto, "prima di decidere una questione rilevata d'ufficio, deve indicarla alle parti, per consentirne la trattazione"⁴⁹.

Ora, l'anzidetto indirizzo esce "rafforzato" dalla riforma del c.p.c., che, introducendo il secondo comma dell'art. 101⁵⁰, ha "consacrato definitivamente" l'obbligo del giudice di sollevare il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio a pena di nullità della sentenza⁵¹.

La collocazione della nuova previsione, oltre che sotto il principio del contraddittorio, "nell'ambito del libro primo del codice di rito civile, in cui sono enunciati [...] i principi fondamentali del processo (civile)"⁵², ne impone l'applicazione anche al processo amministrativo (secondo quanto ricordato agli inizi).

4. *Eccezione in senso stretto oppure inversione dell'onere della prova nel regime di cui al secondo alinea dell'art. 21 octies, secondo comma.*

Tornando adesso al significato da attribuire alla "dimostrazione" in giudizio della p.a. rispetto al problema del riparto tra giudice e parti del potere di dedurre la rilevanza o l'irrelevanza causale del vizio della partecipazione, conviene subito escludere possa avere seguito e soprattutto serio fondamento l'ascrizione della medesima dimostrazione al concetto di domanda riconvenzionale.

Questa, infatti, anche laddove abbia finalità difensiva⁵³ e dipenda dal titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione, concerne uno di quei fatti (c.d. fatti-diritti) impeditivi, modificativi, estintivi, che si è innanzi detto non produrre automaticamente i loro effetti, il quale diviene oggetto di

⁴⁸ Coerentemente all'esperienza tedesca e alla normativa francese, dove l'invito a controdedurre avviene a pena di nullità per assenza di contraddittorio. V., in ordine agli orientamenti della Cassazione, **E. Fabiani**, *Rilievo d'ufficio di "questioni" da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, I, 3176 ss.; circa la situazione francese, **J. Normand**, *I poteri del giudice civile e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 737 ss.; rispetto a quella tedesca (in particolare in relazione al § 139 ZPO), **H. Prütting**, *Die materielle Prozessleitung*, in *Festschrift für Musielak*, München, 2004, 397 ss.

⁴⁹ Così **D.F.G. Trebastoni**, *La sanatoria*, cit., 1298; similmente **L. Ferrara**, *La partecipazione*, cit., 119.

⁵⁰ Secondo cui "se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione": v. art. 45, comma 13, l. 18 giugno 2009 n. 69.

⁵¹ **E. Fabiani**, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 264 ss., cui si rinvia anche per i rapporti tra art. 101 e art. 183, nonché per le problematiche lasciate aperte dal legislatore.

⁵² **E. Fabiani**, *Contraddittorio*, cit., 266.

⁵³ Diversamente dalla domanda riconvenzionale connessa con quella originaria per mera identità di parti e dalla domanda riconvenzionale dipendente dal titolo dedotto in giudizio dall'attore, entrambe compatibili con la domanda principale.

apposita domanda (allo scopo di obbligare il giudice a pronunciarsi su di esso)⁵⁴. L'istituto in questione, in particolare, non è evocato dalla giurisprudenza citata in modo pertinente⁵⁵, dal momento che estende l'oggetto della decisione a un rapporto (o a un diritto) diverso⁵⁶ da quello dedotto in giudizio dalla domanda dell'attore⁵⁷: rapporto diverso di cui nella circostanza non si rinviene in alcun modo traccia.

Come si sarà intuito, senz'altro più convincente è la riconduzione della dimostrazione della p.a. al novero delle eccezioni (di merito) in senso stretto⁵⁸.

Una volta riportata la doverosità del contenuto dispositivo del provvedimento al novero dei fatti impeditivi che producono automaticamente i loro effetti, al vizio della partecipazione (alla sua deduzione), diversamente da qualsivoglia altra violazione di norme procedurali o formali, si legherebbe la riserva alla parte del potere di sollevare l'eccezione (relativa al medesimo fatto impeditivo).

Anche in questo caso, però, occorre farsi carico delle ripercussioni della soluzione accolta sul principio del contraddittorio.

Pur senza voler sostenere l'immediata applicabilità dell'art. 416, comma 2, c.p.c.⁵⁹, valevole per le controversie di lavoro, o dell'art. 167, comma 2, sempre del codice di rito civile (ordinario)⁶⁰, sembra,

⁵⁴ **A. Proto Pisani**, *Lezioni*, cit., 337-338; **L.P. Comoglio - C. Ferri - M. Taruffo**, *Lezioni sul processo civile*, vol. I, Bologna, 2006, 272 ss.

Sulla domanda riconvenzionale nel processo amministrativo, **A. Di Giovanni**, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004; **G. Tropea**, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, 293 ss.

⁵⁵ Pur dovendo prescindere dalle tradizionali affermazioni circa la sua inutilizzabilità nel processo amministrativo, ormai in via di superamento (a cominciare da quella che trae argomento dall'unilateralità dell'azione nel processo amministrativo).

⁵⁶ **G. Fabbrini**, *L'eccezione di merito*, cit., 261.

⁵⁷ Con il quale corre una relazione di pregiudizialità-dipendenza c.d. tecnica.

Sulla pregiudizialità nel processo amministrativo resta fondamentale **A. Romano**, *La pregiudizialità*, cit.

⁵⁸ In dottrina è questa la tesi di **D.F.G. Trebastoni**, *La sanatoria*, cit., 1307 ss., il quale anche sostiene che la stessa eccezione non possa essere proposta dal controinteressato. Nello stesso senso, in giurisprudenza, C.S., 8 febbraio 2008 n. 226, cit. Invero, non è dato capire come mai il controinteressato, ovviamente ove sia in grado di farlo (si pensi sempre al caso dell'assenza nel ricorrente di un requisito legale per l'esercizio di una determinata attività), non possa difendersi rilevando l'esistenza del fatto impeditivo.

Di eccezione legale, allegata dall'amministrazione o dai controinteressati, ragiona **P. Lazzara**, *Contributo alla discussione*, cit., 202.

Secondo **F. Saitta**, *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento*, cit., si sarebbe, invece, di fronte a una "eccezione processuale" (di rito, dunque). Le coordinate di simile tesi vanno rinvenute nella natura processuale dell'art. 21 *octies*; nella perdurante illegittimità del provvedimento malgrado la sua non annullabilità; nella situazione di carenza di interesse in cui verserebbe il ricorrente: senza voler tornare su tale costruzione, non è agevole, però, capire come mai l'eccezione in questo caso non sarebbe rilevabile dal giudice (e, di conseguenza, neppure sarebbe facile intendere la differenza tra primo e secondo alinea).

⁵⁹ Secondo cui "la costituzione del convenuto si effettua mediante deposito in cancelleria di una memoria difensiva, nella quale devono essere proposte, a pena di decadenza, le eventuali domande in via riconvenzionale e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio".

infatti, necessario che l'eccezione sia proposta nella memoria di costituzione (nel c.d. controricorso), da presentare nel termine di venti giorni successivi a quelli stabiliti per il deposito del ricorso, ex art. 22 l. TAR.

Il rispetto del principio del contraddittorio richiede, in altre parole, l'abbandono di quella prassi e di quella giurisprudenza, assolutamente consolidate, che interpretano l'anzidetto termine come ordinatorio (e non come termine perentorio), consentendo alla p.a. di *sparare le sue cartucce* entro i dieci giorni dall'udienza (nella memoria conclusionale, ex art. 23 l. TAR), quando cioè il ricorrente non può più difendersi per iscritto⁶¹.

Quantomeno, dovrebbe potersi assegnare al ricorrente un termine a difesa, dietro richiesta al giudice, per controdedurre rispetto all'eccezione sollevata dall'amministrazione⁶².

Non può, pertanto, non notarsi come l'articolo 21 *octies*, anche dal punto di vista in esame, possa manifestare una portata rivoluzionaria o, comunque, fortemente innovativa, dal momento che, attraverso l'introduzione di una matura dialettica processuale affidata al giuoco domanda/eccezione, apparirebbe potersi trascinare dietro il superamento di ogni simulacro processuale.

Qualora, però, si consideri con attenzione la lettera della legge, può sorgere più di un dubbio sull'esattezza della soluzione di cui si è ora discusso.

La "dimostrazione" di cui al secondo alinea del secondo comma dell'art. 21 *octies* sembra, infatti, corrispondere all'argomentazione e alla prova della p.a. in ordine all'inevitabilità del risultato, senza coinvolgere il regime delle allegazioni⁶³.

Se così è, coglie nel segno la sentenza che si commenta, malgrado non sia condivisibile né nella motivazione né nella conclusione, nella misura in cui non addossa alla p.a. un onere di allegazione; ma colpisce per intero il bersaglio solo la giurisprudenza a suo tempo citata⁶⁴ che si affida a un meccanismo di inversione dell'onere della prova. Sembra, cioè, doversi ragionare in questo modo: l'inevitabilità dell'esito del procedimento non è un fatto impeditivo, mentre è fatto costitutivo il vizio sostanziale; tuttavia, in

⁶⁰ Stando al quale il convenuto nella comparsa di risposta "a pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio".

⁶¹ In proposito, in senso critico, **C.E. Gallo**, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2009, 190-191, il quale rileva che "in questo modo, non sarà possibile un fruttuoso dibattito scritto tra le parti ed il meccanismo processuale verrà condotto innanzi in modo zoppicante, senza, cioè, che ci sia un effettivo dialogo tra le parti in ordine alle questioni portate in giudizio"; **L. Bertonazzi**, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. civ.*, 2009, 844.

⁶² Secondo un ordine di idee ricavabile anche dall'art. 184 *bis* c.p.c., secondo cui "la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice istruttore di essere rimessa in termini".

⁶³ Distingue correttamente il profilo dell'allegazione da quello dell'argomentazione C.S., 8 febbraio 2008 n. 226, cit.

⁶⁴ *Supra* n. 13.

presenza dell'omissione della comunicazione di avvio del procedimento, il fatto costitutivo è presunto, cosicché sta alla p.a. (ma si direbbe anche al controinteressato) provare l'inesistenza di tale fatto⁶⁵.

5. Osservazioni conclusive sull'interesse legittimo e sul processo amministrativo

Naturalmente, la soluzione da ultimo avanzata non è neutra rispetto all'interpretazione del primo alinea (sempre del secondo comma dell'art. 21 *octies*): le due disposizioni, infatti, possono stare in piedi soltanto insieme. Questo significa che non può sussistere il potere ufficioso del giudice e, soprattutto, che la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio non è indipendente dal vizio sostanziale: imponendo di prendere atto della dissoluzione dell'interesse legittimo come figura distinta dal diritto soggettivo⁶⁶ per opera dello stesso legislatore.

Infatti, la situazione soggettiva, ove esistente, trova il suo oggetto nel contenuto dispositivo conforme alla legge, mentre si sposta (deve spostarsi) su piani diversi dall'inadempimento della prestazione principale ogni altra forma di illegalità⁶⁷. La legittimità dell'effetto del provvedimento, dal canto suo, soddisfa la pretesa del soggetto privato a vedersi attribuito tutto ciò che la legge gli riconosce rispetto al bene della vita. Anzi, è esattamente il bene della vita⁶⁸, laddove il provvedimento, di carattere ampliatorio, o è vincolato in positivo, o, se avente natura discrezionale, non finisce per essere vincolato in negativo, come avverrebbe se facesse in concreto difetto un requisito per il suo rilascio: con la differenza che in questa seconda circostanza il bene della vita corrisponde (alla certezza in ordine) alle possibilità offerte dalla legge. Risulta chiaro, a questo punto, che, se l'atto discrezionale è, invece, vincolato negativamente in concreto, dal punto di vista della disciplina legislativa non vi è né incertezza né possibilità: in altre parole, in tale caso non sussiste l'obbligazione della p.a. A maggior ragione, nulla è dovuto, se l'atto è vincolato in astratto e parimenti vincolato negativamente in concreto. Il bene della vita, poi, corrisponde ancora (alla certezza in ordine) alle possibilità offerte dalla legge, se il provvedimento discrezionale è ablatorio. Tuttavia, allorché il provvedimento ablatorio (non importa se discrezionale o vincolato) è

⁶⁵ Il che in altra occasione ci ha fatto dire che "rispetto alla generale giustificata dequotazione del procedimento, comprensivo dello stesso momento partecipativo, a misura in sé della legittimità del provvedimento (ma non anche della legalità del comportamento amministrativo), l'inversione dell'onere della prova rappresenta un trattamento privilegiato, di favore e non di sfavore", dell'istituto della partecipazione al procedimento: "consentendo al ricorrente, tanto in presenza di atti vincolati che di atti discrezionali, di dedurre meramente il vizio della partecipazione, il legislatore ha, infatti, instaurato una sorta di meccanismo presuntivo sull'influenza che ha la partecipazione sul buon esito del procedimento" (L. Ferrara, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità"*, cit., 120).

⁶⁶ Secondo un'impostazione, pur minoritaria, che ha radici teoriche e ascendenze culturali risalenti nel tempo (v., per fare un esempio, U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, ora in *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 116; di recente, C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione giustizia*, 2009, 33 ss.).

⁶⁷ Ha rilevato, tra altri, che "la mancanza di rimedi annullatori non comporta l'irrilevanza delle norme [sulla forma e sul procedimento], ma solo l'irrilevanza dei vizi sul piano del giudizio di convalidazione dell'atto" S. Civitarese, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, 428.

⁶⁸ Sempre quello principale: ché nel comportamento della p.a. che esercita un suo potere altri beni possono trovare oppure perdere la protezione che la legge agli stessi riconosce.

negativamente vincolato (come accadrebbe nel caso di mancanza di un presupposto per la sua emanazione), esso neppure doveva essere emanato (la legittimità dell'effetto si traduce, pertanto, nell'assenza del provvedimento e dello stesso effetto). Laddove, infine, il provvedimento ablatorio è positivamente vincolato (l'ipotesi, tratta dalla decisione in rassegna, della sussistenza del presupposto per disporre la decadenza dall'assegnazione di aree nel p.i.p.), la situazione giuridica soggettiva, nuovamente, non esiste. E' però presunta, sino a prova contraria, in assenza di comunicazione di avvio del procedimento.

Ma la soluzione di cui si stava discorrendo non è priva di conseguenze neppure per il processo amministrativo. Anche senza doversi domandare se la stessa tutela costitutiva non ne esca alterata, fino a risultare ormai inappropriata, non vi è dubbio che viene meno la tradizionale *caccia al vizio*, con vantaggi e svantaggi, sia per l'una che per l'altra parte, nella logica del rapporto (così come richiede il rapporto giuridico che corre tra di esse). All'inattaccabilità del provvedimento amministrativo, ove il ricorrente si dolga soltanto di un vizio formale, fa (deve fare) da *pendant* la piena garanzia della prestazione principale da parte del giudice, che della legge è l'esclusivo signore.