

## Capitolo 2

# *Lo svolgimento del processo di primo grado*

---

SOMMARIO: Sezione prima: *La fase introduttiva*. – 1. Il ricorso introduttivo. – 2. Ricorso collettivo, ricorso cumulativo, pluralità delle domande, conversione delle azioni e riunione dei ricorsi. – 3. Il termine per la proposizione del ricorso. La notificazione. – 4. Il deposito del ricorso notificato e la costituzione in giudizio del ricorrente. – 5. La costituzione delle parti intimiate. – 6. La domanda di fissazione di udienza, ordine di fissazione dei ricorsi e priorità nella trattazione dei ricorsi vertenti su un'unica questione. Abbreviazione dei termini. – 7. L'integrazione del contraddittorio. L'intervento. – 8. La proposizione di motivi aggiunti. – 9. Il ricorso incidentale e le domande riconvenzionali. – Sezione seconda: *La fase cautelare*. – 1. Dalla norma sulla sospensione del provvedimento impugnato alla misura cautelare atipica e alle disposizioni del Codice del processo amministrativo. – 2. Le misure cautelari atipiche e il carattere della strumentalità. – 3. Le sentenze del giudice amministrativo modello delle ordinanze cautelari. – 4. Le ipotesi in cui la misura cautelare supera il nesso di strumentalità con la sentenza di merito. – 5. I procedimenti. – 6. Il procedimento ordinario. – 7. Presupposti per la concessione della tutela cautelare: pregiudizio grave e irreparabile e *fumus boni iuris*. – 8. La prestazione della cauzione. – 9. Definizione del giudizio nel merito in forma semplificata e disposizioni per la fissazione dell'udienza di discussione. – 10. La condanna alle spese. – 11. L'adozione di misure cautelari con decreto monocratico in causa e anteriore alla causa e i rimedi. – 12. I rimedi contro l'ordinanza: a) l'appello; b) la revoca. L'esecuzione delle misure cautelari. – 13. Il decreto ingiuntivo. – Sezione terza: *La fase istruttoria*. – 1. Istruzione probatoria. – 2. Il sistema dispositivo con metodo acquisitivo. – 3. La fase istruttoria. – 4. I poteri delle parti e l'onere del "principio" di prova. – 5. I poteri del giudice e il principio di non contestazione. – 6. I provvedimenti istruttori. – 7. La regola di giudizio. – 8. L'istruzione probatoria nel giudizio di appello. – 9. I mezzi di prova: delimitazione del tema. – 10. I documenti. – 11. La richiesta di (s)chiarimenti. – 12. La verifica. – 13. La consulenza tecnica d'ufficio. – 14. L'ispezione e l'esibizione. – 15. La testimonianza. – 16. I mezzi di prova non ammessi (l'interrogatorio formale e il giuramento). L'interrogatorio libero. – 17. Gli altri mezzi di prova (atipici). – Sezione quarta: *La fase decisoria*. – 1. Premesse. – 2. Profili formali: la formazione della decisione. – 3. La deliberazione. – 4. Profili sostanziali: la formulazione del giudizio. – 5. Graduazione, accorpamento e assorbimento dei motivi di ricorso. – 6. Valutazione delle prove e libero convincimento. – 7. La regola del giudizio. – 8. Valutazione del comportamento processuale delle parti.

### Sezione prima: *La fase introduttiva* (M. D'Orsogna, F. Figorilli)

Il Libro Secondo del c.p.a., sistematizzando e innovando parzialmente il quadro normativo previgente costituito da una pluralità di fonti concorrenti, detta oggi una disciplina tendenzialmente compiuta del "Processo amministrativo di primo grado",

che trova applicazione, di regola, anche ai giudizi di impugnazione in virtù del rinvio interno contenuto nell'art. 38, comma 1, c.p.a.

Il Libro Secondo si articola in un Titolo I, contenente le "Disposizioni generali"; Titolo II, dedicato al "Procedimento cautelare"; Titolo III sui "Mezzi di prova e attività istruttoria"; Titolo IV relativo alle ipotesi di "Riunione, discussione e decisione dei ricorsi"; Titolo V sugli "Incidenti nel processo"; Titolo VI sulle ipotesi di "Estinzione e improcedibilità"; Titolo VII sulla "Correzione di errore materiale dei provvedimenti del giudice"; Titolo VIII sulle "Udienze" e Titolo IX sulla "Sentenza".

### 1. *Il ricorso introduttivo*

Come già illustrato in altra Parte del Manuale, anche nel processo amministrativo vige il principio della domanda e dell'impulso di parte<sup>1</sup>.

La domanda giudiziale assume, nel processo amministrativo, la *forma del ricorso*, proveniente dalla persona che invoca la tutela, ed è indirizzata al giudice competente.

Il ricorso "si riempie" di contenuto variabile in ragione del tipo di azione che viene esperita<sup>2</sup>. Così, nelle azioni di tipo costitutivo, esso è volto ad ottenere dal giudice l'annullamento del provvedimento, ovvero, nelle ipotesi di giurisdizione di merito, la modifica o la sostituzione del provvedimento medesimo. Per le altre azioni esperibili nel processo amministrativo, l'introduzione del giudizio avviene ugualmente con ricorso, che risulterà rivolto (anche) ad ottenere quelle statuizioni giudiziarie (di accertamento e di condanna) proprie di tali tipologie di azione<sup>3</sup>.

Può sostenersi, in sostanza, che l'introduzione del giudizio con ricorso è regola generale anche in sede di giurisdizione esclusiva, e anche quando l'ambito di cognizione del giudice amministrativo si estende alle questioni risarcitorie e alle richieste di accertamento del silenzio della Amministrazione e delle nullità previste dalla legge. In altri termini: se certamente l'ampliamento della tipologia delle azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo ha determinato una rivisitazione dei contenuti del ricorso, aperto anche a richieste diverse e ulteriori rispetto alla sola misura demolitoria, il modello del ricorso quale "forma" dell'atto introduttivo è rimasto immutato sia nel rito ordinario, sia negli altri riti processuali, con la conseguenziale preclusione in ordine all'utilizzabilità nel processo amministrativo dello strumento dell'atto di citazione<sup>4</sup>.

L'aspetto formale del ricorso è disciplinato dagli artt. 40 e 41, comma 1, c.p.a. che ripropongono, con gli opportuni adattamenti e innovazioni, quanto già disposto dall'art. 35 t.u. Cons. Stato e dall'art. 6 reg. proc. Cons. Stato, che si applicavano anche al giudizio di primo grado stante il rinvio all'epoca operato dall'art. 19, comma 1, legge

<sup>1</sup> Cfr. *supra*, Parte 3, Capitolo 2, Sez. I. Cfr. di recente la lucida analisi di V. DOMENICHELLI, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 26 ss.

<sup>2</sup> Cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 1.

<sup>3</sup> Cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 1.

<sup>4</sup> Al riguardo può ricordarsi quanto affermato da Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 14 maggio 1982, n. 18, in *Cons. Stato*, 1982, I, 719, secondo cui comunque non comporterebbe alcuna nullità o preclusione l'impugnativa proposta con atto di citazione se esso abbia raggiunto ugualmente il suo effetto.

T.A.R. La disciplina attuale è dettata in primo luogo per il giudizio di primo grado nel Libro II, e tale disciplina trova applicazione (salvo deroghe) anche al giudizio di secondo grado stante il rinvio interno al Libro II operato dall'art. 38, comma 1, c.p.a.

Va subito evidenziato che il c.d. secondo correttivo ha inteso rafforzare (dandone indubbia concretezza) i principi di chiarezza e sinteticità degli atti processuali di parte di cui all'art. 3, comma 2, sostituendo l'art. 40 dedicato alla indicazione del *contenuto* dell'atto introduttivo del giudizio che si conferma essere il ricorso stante la perentorietà della formula di cui al successivo art. 41, comma 1<sup>5</sup>. Pur senza modificare il contenuto del ricorso rispetto alla precedente disciplina, la novità legislativa oltrepassa il mero dato formale della “risistemazione” in lettere degli elementi (minimi) del ricorso<sup>6</sup> come sino a questo momento comunemente ricostruiti (ossia l'intestazione, l'epigrafe, le ragioni di fatto e i motivi di diritto su cui si fonda la domanda, l'indicazione dei mezzi di prova, le conclusioni, la data e la sottoscrizione). Nella versione attuale, infatti, l'art. 40 afferma in termini di doverosità che i sette elementi del ricorso (partitamente indicati appunto nelle lettere da *a*) a *g*) devono essere tutti presenti nell'atto di ricorso e, soprattutto, devono essere “distintamente” contenuti (dunque individuabili) nell'atto introduttivo del giudizio<sup>7</sup>.

La doverosità di tale previsione è scolpita dal successivo comma 2 che appunto sanziona con la inammissibilità la violazione del mancato rispetto della indicazione “distinta” dei sette elementi del ricorso. Analoga “sanzione” è prevista – come meglio si preciserà in seguito – anche per il mancato rispetto della previsione che impone la “indicazione specifica” dei motivi di ricorso (comma 1, lett. d).

Nello specifico l'art. 40, dunque, ora prevede (appunto “distintamente”): “a) gli elementi identificativi del ricorrente, del suo difensore e delle parti nei cui confronti il ricorso è proposto; b) l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato, e la data della sua notificazione, comunicazione o comunque della sua conoscenza; c) l'esposizione sommaria dei fatti; d) i motivi specifici su cui si fonda il ricorso; e) l'indicazione dei mezzi di prova; f) l'indicazione dei provvedimenti chiesti al giudice; g) la sottoscrizione del ricorrente, se esso sta in giudizio personalmente, oppure del difensore, con indicazione, in questo caso, della procura speciale”.

A tali indicazioni va comunque sempre aggiunta, pena l'applicazione della prevista sanzione pecuniaria, la dichiarazione del valore della causa ai fini della quantificazione del “contributo unificato” che ha sostituito l'imposta di bollo, e la “pec” (indirizzo di posta elettronica certificata) del difensore.

Il ricorso va, quindi, indirizzato al giudice che si intende adire e che sarà costituito dal Tribunale amministrativo individuato secondo le regole della competenza. La denominazione del giudice cui è rivolto il ricorso costituisce un elemento necessario

---

<sup>5</sup> Secondo cui “*Le domande si introducono con ricorso al tribunale amministrativo regionale competente*”.

<sup>6</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, *Il Codice del Processo Amministrativo nel secondo correttivo tra novità formali e sostanziali*, in *www.norma.it*; R. DE NICTOLIS, *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, in *www.federalismi.it*.

<sup>7</sup> Disposizione applicabile anche al ricorso in appello in virtù del rinvio interno *ex art. 38 c.p.a.*

(sebbene non espressamente previsto a pena di nullità<sup>8</sup>) in quanto le controparti devono essere poste in grado di conoscere presso quale autorità giudicante verrà instaurato il rapporto processuale. Il T.A.R. che non si ritiene competente deve, ai sensi dell'art. 15 c.p.a., rilevarlo d'ufficio<sup>9</sup>.

Ad ogni modo la mancata o erronea indicazione, nell'**intestazione del ricorso**, della sede staccata o del capoluogo regionale non sembrano costituire, però, una invalidità in quanto la distinzione tra le sezioni va intesa come mera suddivisione organizzativa di uffici, irrilevante sotto il profilo della competenza. In tali ipotesi, pertanto, il giudice adito, anche se erroneamente indicato, deve soltanto ordinare la rinnovazione della notifica per consentire alle parti intimiate di costituirsi presso la sede in cui il ricorso è stato correttamente depositato<sup>10</sup>.

Nell'**epigrafe** del ricorso, ai sensi dell'art. 40, comma 1, vanno inseriti, dunque, “gli elementi identificativi del ricorrente, del suo difensore e delle parti nei cui confronti il ricorso è proposto”. La dizione usata dal legislatore delegato è più generica rispetto alla disciplina previgente (che richiedeva le generalità dei soggetti fra cui il ricorso si instaura attraverso la enunciazione del nome, cognome e della residenza o domicilio delle persone fisiche ricorrenti), ma al contempo più ampia, includendo anche dati ulteriori quali il codice fiscale e la partita Iva, nonché per le persone giuridiche l'indicazione dell'organo che ha la rappresentanza in giudizio. Tale disposizione (e questo è un ulteriore elemento di novità) estende la propria portata precettiva anche alla indicazione delle parti alle quali il ricorso è notificato, le quali, pertanto, devono essere ora chiaramente evincibili dall'epigrafe del ricorso e non solo nella relata di notifica.

Ai sensi poi del successivo art. 136 (Disposizioni sulle comunicazioni e sui depositi informatici) occorre indicare anche la pec (l'indirizzo di posta elettronica certificata) e il recapito del fax del difensore a cui gli interessati intendono ricevere le comunicazioni<sup>11</sup>.

La parte può, *ex art. 25 (Domicilio)*<sup>12</sup>, eleggere domicilio nel comune ove ha sede il Tribunale adito<sup>13</sup>. In mancanza, si intende “ad ogni effetto”, che il domicilio sia stato

---

<sup>8</sup> Cfr. *infra* nel testo. Infatti l'art. 40 c.p.a., a differenza dell'art. 163, comma 3, c.p.c. non menziona espressamente anche l'organo giurisdizionale adito tra gli elementi essenziali del ricorso. Ad ogni modo merita segnalare che diverso è il trattamento giuridico dell'appello contro una sentenza del T.A.R. Sicilia erroneamente proposto innanzi al Consiglio di Stato anziché dinanzi al Cons. Giust. Amm. Reg. Sic.: in tal caso la Adunanza Plenaria, con sent. 22 aprile 2014, n. 12, ha concluso per la inammissibilità dell'appello.

<sup>9</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, ord. 12 luglio 2017, n. 8462 ove l'ipotesi in cui il ricorso non era stato correttamente intestato ma depositato nel T.A.R. competente, non è stata considerata causa di nullità *ex artt. 40 e 44 c.p.a.*, legittimando il giudicante a disporre la rinnovazione del ricorso (con l'indicazione del T.A.R. effettivamente adito) alla parte intimata ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio.

<sup>10</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, ord. 8 febbraio 2013, n. 348. Sul punto cfr. *supra*, Parte 2, Capitolo 5.

<sup>11</sup> In tal modo le segreterie possono effettuare celermente le comunicazioni alle parti ai sensi dell'art. 2 (Ruoli e registri particolari, collazione dei provvedimenti e forme di comunicazione) dell'Allegato 2 al c.p.a.

<sup>12</sup> Sostituito dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 195/2011.

<sup>13</sup> Art. 25 c.p.a.

eletto presso la segreteria del T.A.R. adito. Le modifiche del domicilio eletto devono poi essere notificate ritualmente perché abbiano rilevanza giuridica.

L'introduzione del Processo Amministrativo Telematico ha però modificato il sistema delle domiciliazioni appena descritto che non trova ormai più applicazione a decorrere dal 1° gennaio 2018 per i ricorsi soggetti alla disciplina del processo amministrativo telematico (comma 1-ter)<sup>14</sup>.

L'epigrafe del ricorso deve contenere "l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato, e la data della sua notificazione, comunicazione o comunque della sua conoscenza". È chiara, rispetto alla disciplina previgente, l'intenzione di usare una formula più ampia, adattabile anche alle azioni non impugnative o comunque non esclusivamente impugnative.

Come già chiarito dalla giurisprudenza, non occorre, peraltro, che siano riportati tutti gli estremi identificativi dell'atto impugnato, essendo sufficiente che esso possa essere in qualche modo identificato in maniera inequivocabile anche sulla base di elementi diversi dalla data o dal numero di protocollo. Questa precisazione può essere colta nella pienezza delle sue implicazioni se si tiene presente che, come già ricordato in altra parte del Manuale, prima dell'introduzione dell'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi, il privato, anteriormente all'instaurazione del giudizio, non era posto nella condizione di conoscere gli estremi identificativi dell'atto che si assumeva lesivo, ed era diffusa, pertanto, la prassi della proposizione del ricorso c.d. al buio<sup>15</sup>.

Va precisato che il ricorrente, nell'ipotesi in cui intenda far valere, nei confronti dell'atto impugnato, motivi di illegittimità derivata da altri atti in qualche modo connessi o presupposti, sarebbe tenuto, di regola, ad indicarli espressamente nell'epigrafe del ricorso, non essendo sufficiente a radicare la cognizione del giudice un richiamo generico, a mo' di clausola di stile, a tutti gli atti connessi, consequenziali o comunque presupposti a quello impugnato<sup>16</sup>.

La giurisprudenza, peraltro, in alcune decisioni cerca di allontanarsi da una impostazione eccessivamente formalistica, precisando che, al di là di ciò che è esplicitamente indicato nell'epigrafe del ricorso, l'identificazione degli atti impugnati, ai fini di una corretta delimitazione della domanda giudiziale, deve essere operata in relazione all'effettiva volontà del ricorrente, desumibile dal ricorso complessivamente considerato e da ogni altro elemento utile, e, dunque, anche dalla indicazione delle ragioni di fatto e dai motivi di impugnazione prospettati, nonché dalle conclusioni rassegnate, ed ancorché l'atto impugnato sia stato indicato in modo non preciso o erroneo<sup>17</sup>. Ma, come si è visto, l'indirizzo non è univoco e comunque la valutazione del giudicante è strettamente condizionata dal ricorso (per come) in concreto articolato.

Come meglio si preciserà in seguito, il Codice, nel richiedere la indicazione della data in cui il provvedimento è stato notificato, comunicato o conosciuto, ha recepito la giurisprudenza che, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione, equipara la

---

<sup>14</sup> Sul punto cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 2 (in particolare par. 9 per l'esame del c.d. domicilio digitale) e Capitolo 3, Sez. III, per la analitica disciplina delle novità introdotte dal PAT.

<sup>15</sup> V. *infra* nel testo.

<sup>16</sup> Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2016, n. 1242; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 13 febbraio 2012, n. 1388.

<sup>17</sup> Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2014, n. 101.

data della conoscenza ufficialmente ricevuta mediante la notifica del provvedimento a quella della conoscenza *aliunde*.

Nell'ipotesi di azioni di accertamento, sganciate dalla proposizione in via contestuale dell'azione di impugnazione di un atto amministrativo, l'epigrafe del ricorso non conterrà, ovviamente, indicazioni sul punto. Qualora si tratti, però, del rito avverso il silenzio (ora utilizzabile anche "negli altri casi previsti dalla legge") di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., il ricorso dovrebbe indicare, quanto meno, gli elementi di identificazione del comportamento omissivo dell'amministrazione che si intende censurare, e, quindi, la (prova della) istanza inviata all'amministrazione, non essendo più necessaria la notifica dell'atto di diffida per l'azionabilità di questo tipo di giudizio<sup>18</sup>. Considerata poi l'estensione dei poteri cognitori e decisorio del giudice amministrativo, che può decidere anche sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (nei casi di attività vincolata o se non residuano ulteriori margini di discrezionalità e non debbano essere compiuti adempimenti istruttori da parte dell'Amministrazione), è evidente che il ricorso introduttivo dovrà essere arricchito di "informazioni" sulla (asserita) fondatezza della (istanza e quindi) della domanda giudiziale.

L'**esposizione sommaria dei fatti** consiste nella narrazione, chiara e sintetica, ma completa, in ossequio al principio della domanda<sup>19</sup>, della realtà fattuale che è alla base dell'emanazione del provvedimento impugnato o, comunque, del comportamento tenuto dall'amministrazione che il ricorrente, secondo il suo punto di vista, assume lesivo della situazione soggettiva azionata in giudizio<sup>20</sup>.

La specificazione dei **motivi di ricorso** è, come detto in apertura, espressamente prevista dalla legge **a pena di inammissibilità**, stante la perentorietà del comma 2 del citato art. 40. Sebbene, dunque, non si dica espressamente che devono essere sintetici (anche se poi la giurisprudenza ne valuta la sinteticità anche ai fini della soccombenza nelle spese)<sup>21</sup>, comunque i motivi di ricorso devono oggi essere (oltre che distinti, anche) specifici secondo quanto previsto dall'art. 40, comma 1, lett. d)<sup>22</sup>. Al riguardo va segnalato che la sinteticità degli atti risulta ora "rafforzata" dalla disciplina del P.A.T. e dai decreti del Presidente del Consiglio di Stato che fissano sia limiti dimensionali sia criteri redazionali<sup>23</sup> da seguire nella redazione dei nuovi ricorsi<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> Cfr. *infra*, Parte 5, Capitolo 6, Sez. I.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 4310; Id., Sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 202. Analogamente cfr. Cass., SS.UU., 11 aprile 2012, n. 5698.

<sup>20</sup> Non è possibile sanare eventuali omissioni richiamando notizie fornite nell'istanza di fissazione dell'udienza o in quella di prelievo che svolgono solo una funzione di impulso processuale.

<sup>21</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 10 giugno 2014, n. 2963.

<sup>22</sup> Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 19 maggio 2022, n. 3964.

<sup>23</sup> I limiti dimensionali vengono fissati per tutti gli atti processuali con l'indicazione del numero massimo di caratteri calcolato senza computare gli spazi vuoti. I suddetti limiti massimi sono stati fissati distinguendo a seconda del differente rito cui è soggetto il giudizio e nello specifico.

<sup>24</sup> I principali criteri redazionali sono i seguenti: l'esposizione dei fatti deve essere distinta da quella dei motivi (partizioni Fatto/Diritto), le eccezioni di rito e di merito, le richieste di rinvio alla Corte di giustizia UE e alla Corte costituzionale, le istanze istruttorie e processuali in paragrafi distinti e titolati, i motivi e le specifiche domande in un paragrafo numerato e titolato, le note a piè di pagina non sono consentite.

I motivi di ricorso, pertanto, devono essere contenuti nell'apposita parte del ricorso dedicata ad essi, risultando pertanto vietata ogni commistione tra esposizione in fatto e motivi appunto "in diritto" ossia enucleanti gli articoli di legge o di regolamento che si assumono violati. I motivi di ricorso sono diretti, in sostanza, a qualificare giuridicamente la vicenda pregiudizievole della sfera giuridica del ricorrente (già esposta nel loro svolgimento storico), riconducendo i "fatti" ad un parametro legale che si assume violato. La introduzione di un espresso obbligo di specificazione dei motivi di ricorso scaturisce dall'esigenza di elidere il rischio dei c.d. "motivi intrusi"<sup>25</sup> (ossia inseriti in parti del ricorso dedicate al fatto) che hanno, in concreto, ampliato moltissimo negli ultimi anni le ipotesi di errore revocatorio proprio per la difficoltà dei giudici e delle controparti di individuare correttamente tutti i motivi<sup>26</sup>.

Attraverso l'enunciazione dei motivi di ricorso, in sostanza, colui che agisce in giudizio deve individuare la *causa petendi*, intesa come ragione o titolo posto a fondamento della domanda prospettata al giudice adito<sup>27</sup>. Se contenuti nella parte in fatto, la inammissibilità sarà certa in quanto tale allocazione è (comunque) in violazione dell'obbligo della indicazione "distinta".

In ogni caso il "motivo" non specifico non dovrebbe poter fondare (l'interesse a proporre) una azione in revocazione visto che nel giudizio rescissorio il motivo intruso andrebbe comunque dichiarato inammissibile<sup>28</sup>.

Nello specifico, va osservato che nelle azioni (costitutive) volte ad ottenere l'annullamento dell'atto impugnato, il ricorrente assume che l'atto sia illegittimo, ovvero, seguendo la formulazione dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005, che esso sia viziato da incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge, e che sia pertanto "annullabile", nei limiti stabiliti al comma 2 del citato art. 21-*octies*. Al di là dei (pochi) casi di giurisdizione di merito, nei quali il parametro di riferimento è esteso anche alla verifica dell'opportunità dell'atto impugnato, nella giurisdizione generale di legittimità le censure sollevate dal ricorrente nei motivi di ricorso corrispondono, dunque, di regola, alla allegazione di altrettanti vizi del provvedimento impugnato<sup>29</sup>. I motivi indicati nel ricorso segnano, dunque, i confini dell'accertamento giudiziale<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Come denominati da Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4016 e da Cons. Stato, Sez. VI, 25 ottobre 2012, n. 5469.

<sup>26</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 10 aprile 2019, n. 2369 per utili precisazioni sul punto.

<sup>27</sup> Sul punto cfr. *supra*, Parte 2, Capitolo 3; Parte 3, Capitolo 1, Sez. II.

<sup>28</sup> Così R. DE NICTOLIS, *Il secondo correttivo*, cit., la quale ritiene anche che il motivo "non specifico" sarebbe privo di effetti *ex lege*, a prescindere, cioè, da una espressa declaratoria espressa di inammissibilità da parte del giudice.

<sup>29</sup> Sul potere di parte ricorrente di "imporre" al giudice un ordine di trattazione dei motivi di ricorso (anche nella prospettiva del c.d. assorbimento dei motivi) cfr. la approfondita analisi di A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 801 ss. Sul prioritario esame della questione di giurisdizione cfr. Ad. Plen., 4 giugno 2011, n. 10, seguita da Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786. Cfr. per lucidi approfondimenti G. TROPEA-L.R. PERFETTI, "Heart of darkness": *l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2016.

<sup>30</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 257.

Al riguardo, però, va osservato che non tutti i vizi che colpiscono il provvedimento si traducono in motivi di ricorso; così come non sempre ogni motivo di ricorso costituisce un vizio dell'atto.

Da un lato, infatti, va precisato che il ricorrente è arbitro della controversia, nel senso che è libero di isolare, e far valere in giudizio, anche solo alcuni (dei) vizi da cui è colpito il provvedimento; così come può domandare al giudice un annullamento parziale dell'atto impugnato. In tali casi il giudice, in ossequio al principio dispositivo, dovrà astenersi, a meno di non incorrere in un vizio di ultrapetizione, dal rilevare motivi ulteriori e diversi da quelli dedotti dal ricorrente, ovvero dall'adottare una sentenza di annullamento totale del provvedimento.

Dall'altro lato, va osservato che, nella pratica redazione di un ricorso, la suddivisione "in motivi" prospettata dal ricorrente non corrisponde sempre alla indicazione di altrettanti vizi dell'atto impugnato, in quanto a volte alcuni dei motivi dedotti sono inidonei ad individuare una precisa censura, costituendo piuttosto un "arricchimento" progressivo sul piano argomentativo di un medesimo vizio. Può accadere, inoltre, che vengano prospettate, quali motivi diversi di ricorso, diverse figure sintomatiche dell'eccesso di potere: in tal caso, se non si accoglie l'idea della autonoma rilevanza giuridica di tali figure sintomatiche, il ricorso risulterà fondato su un unico motivo di ricorso.

In ogni caso, per orientamento costante, si ritiene che i motivi di ricorso non possono essere dedotti in forma del tutto generica, senza che, cioè, risulti alcuna specificazione del vizio di legittimità in cui sarebbe incorsa l'autorità amministrativa<sup>31</sup>; né in forma ipotetica, in modo, cioè, da configurare un vizio dell'atto in base a mere supposizioni, a meno che ciò non derivi dalla mancata conoscenza del testo del provvedimento che viene, pertanto, impugnato "al buio", ossia soltanto sulla base degli "effetti" noti al ricorrente. In quest'ultimo caso non sarà necessario proporre ulteriore ricorso contro l'atto formale conosciuto o emanato in corso di giudizio e avente quelle connotazioni già individuate nella prospettazione originaria, in quanto il ricorso si intende proposto contro l'atto espresso ancorché abbia una veste formale diversa da quella ipotizzata in ricorso<sup>32</sup>.

Si ritiene, peraltro, adeguata la deduzione, quale unico motivo di ricorso, della invalidità riflessa che colpisce l'atto amministrativo per incostituzionalità della legge costituente il presupposto normativo sottostante all'emanazione dell'atto medesimo.

La omessa indicazione, ovvero la indicazione erronea o lacunosa, degli articoli di legge violati non rendono però nullo il ricorso né, si ritiene, inficiano la richiesta "specificazione" prevista ora a pena di inammissibilità, a meno che non sia possibile in alcun modo, ossia dalla narrazione generale dei fatti e dal contesto generale del ricorso,

---

<sup>31</sup> Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2013, n. 936; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 14 aprile 2010, n. 1332. Nella materia elettorale, sebbene non sia stato espressamente riconosciuto neppure nel c.p.a., potrebbe continuarsi a ritenere, conformemente ad un indirizzo giurisprudenziale piuttosto consolidato, la sussistenza di un onere di "specificità attenuata" dei motivi di ricorso in quanto non tutte le fasi in cui si svolge il complesso procedimento elettorale sono immediatamente conoscibili dal soggetto legittimato al ricorso: così T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 giugno 2010, n. 2876. Invece più di recente Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3793, stigmatizza la inammissibilità di motivi che non integrano critiche di legittimità in senso compiuto.

<sup>32</sup> T.A.R. Sardegna, Sez. I, 27 settembre 2004, n. 1397.

individuare le specifiche censure mosse al provvedimento impugnato<sup>33</sup>. Né il motivo di ricorso, originariamente inammissibile per genericità, può essere successivamente “integrato” e sanato dalla presentazione di una memoria successiva che lo specifichi e magari anche lo ampli<sup>34</sup>. In ogni caso non assume rilevanza alcuna la qualificazione del vizio data dalla parte, a cui il giudice non è affatto vincolato; più precisamente, l’errore in cui incorre il ricorrente nella individuazione della fonte vincola il giudice solo quando sia la fonte stessa ad essere denunciata di illegittimità (costituendo, cioè, essa stessa oggetto di impugnazione) o, nel caso di una fonte primaria, su di essa sia formulato il sospetto di incostituzionalità, laddove, in generale, sussiste l’obbligo di ricercare se effettivamente sussista la regola invocata e da quale fonte debba essere rinvenuta<sup>35</sup>.

Va considerato, peraltro, che le diverse caratteristiche dei vizi di legittimità degli atti amministrativi, sotto il profilo del tipo di giudizio (sintetico o sintomatico) che il giudice è chiamato a svolgere, non rendono agevole l’individuazione del contenuto minimo dell’onere di allegazione che il ricorrente deve soddisfare perché la domanda possa considerarsi ritualmente proposta.

E così, per quanto riguarda la violazione di legge, il vizio può dirsi adeguatamente individuato dal riferimento alla disposizione violata; ma se l’indicazione è errata, ciononostante il ricorso sarà ammissibile se dal contesto generale è desumibile il dato normativo della cui inosservanza il ricorrente si duole.

Per quanto riguarda l’eccesso di potere, il richiamo alle figure sintomatiche e i limiti al sindacato sulla discrezionalità amministrativa non devono far pensare ad una ampia elasticità in ordine alle modalità di deduzione di tali censure. Se, infatti, il ricorrente svolge censure che impongono apprezzamenti di fatto, tali fatti devono essere indicati e non genericamente asseriti come esistenti. Nella ipotesi in cui venga dedotta, ad esempio, una disparità di trattamento, sarà necessario indicare in concreto la situazione nei cui confronti è stato operato un trattamento diverso; ovvero, nell’ipotesi di contraddittorietà tra atti, sarà necessario indicare quel determinato atto che funge da elemento di confronto per il sindacato sull’operato discrezionale dell’amministrazione.

Quanto sinora detto subisce qualche attenuazione a seguito delle ricordate modifiche in tema di annullabilità del provvedimento. Alla stregua di quanto disposto dal comma 2 del citato art. 21-*octies*, infatti, per ottenere l’accoglimento del ricorso e, quindi, l’annullamento del provvedimento impugnato, il ricorrente è tenuto a dimostrare che il provvedimento è vincolato (se intende avvalersi della previsione di cui al primo periodo del comma 2 del citato art. 21-*octies*) e in ogni caso, secondo un orientamento giurisprudenziale meno rigoroso, che in assenza della violazione delle regole procedurali di cui si duole, il provvedimento avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato. Secondo un indirizzo giurisprudenziale più rigido, il ricorrente dovrebbe allegare in giudizio gli elementi che avrebbe fornito alla

---

<sup>33</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4896.

<sup>34</sup> T.A.R. Basilicata, 23 ottobre 2006, n. 740.

<sup>35</sup> Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2019, n. 423, secondo cui “l’esatta individuazione dei motivi di ricorso (anche ai fini dell’attivazione del rimedio revocatorio) deve essere effettuata non solo in relazione all’enunciazione formale dei motivi, ma con riferimento al contenuto sostanziale della domanda di giustizia nel suo complesso”.

amministrazione in sede procedimentale e solo in tal caso sorgerebbe in capo all'amministrazione l'onere di dimostrare che tali elementi non avrebbero mutato il contenuto dispositivo del provvedimento impugnato. In sede dottrinarie è stata poi sostenuta anche la insufficienza della allegazione dei soli vizi formali (inidonei *ex se* a comportare l'annullamento del provvedimento amministrativo) a sorreggere il ricorso senza l'allegazione di altri vizi sostanziali, essendo i primi assorbiti e superati dall'accertamento che il giudice svolgerebbe su questi ultimi.

In ogni caso, non può dirsi ancora accolta una esatta definizione dei rapporti tra l'azione esercitata e i motivi dedotti a sostegno dell'azione medesima. Come risulta, infatti, dall'esame (e dalla applicazione) di alcuni istituti del processo amministrativo, alla tesi che costruisce l'azione unicamente in funzione della proposizione dell'impugnazione di un atto, anche se diverse sono le censure prospettate, si contrappone un'altra tesi che individua una azione per ciascuna censura proposta anche se è impugnato un solo atto. La giurisprudenza mostra di adagiarsi a volte sulla prima impostazione, come emerge dalla prassi, ancora diffusa, del c.d. assorbimento dei motivi<sup>36</sup>; altre volte sulla seconda, come in tema di ricorso incidentale e di legittimazione ad appellare in relazione ai diversi capi della sentenza.

Nelle azioni dichiarative, oppure di condanna, ove non è tecnicamente possibile la formulazione di motivi, nel ricorso andranno comunque individuate le norme che si assumono a fondamento della pretesa dedotta in giudizio.

Nel precisare che il ricorso deve contenere anche l'indicazione dei mezzi di prova adottati dal ricorrente a supporto della propria linea difensiva, il c.p.a. conferma in questa sede implicitamente il principio dell'onere della prova espressamente enunciato nell'art. 64, fermo restando che sembrano non sussistere preclusioni ad una indicazione successiva<sup>37</sup>.

Il ricorso si chiude con la formulazione delle **conclusioni**, ove si indica il provvedimento richiesto al giudice. Le conclusioni, che racchiudono, dunque, quella che viene considerata la "domanda in senso stretto", sono modulabili in relazione al tipo di azione esercitata. E così potranno aversi richieste di annullamento (anche parziale), di accertamento, di condanna, così come, nelle ipotesi di giurisdizione di merito, di riforma o sostituzione dell'atto impugnato. Nell'ipotesi di azioni miste, o di cumulo di più azioni (come nell'ipotesi dell'esperimento dell'azione di annullamento e dell'azione risarcitoria), il ricorso presenterà conclusioni complesse, consistenti in più domande giudiziali<sup>38</sup>.

Il ricorso può sempre contenere, peraltro, oltre alla richiesta di condanna alle spese della lite, anche **domande accessorie**, volte a stimolare gli incidenti cautelari ovvero gli adempimenti istruttori e gli altri incidenti processuali quali la questione di legittimità costituzionale o il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

È stato anche chiarito dalla giurisprudenza nella vigenza della disciplina precedente

---

<sup>36</sup> Pratica da ritenere oggi in astratto inammissibile alla luce della sentenza della Adunanza Plena n. 5/2015, salvo che non risponda alla graduazione eventualmente proposta dal ricorrente o a ragioni di economia processuale (la c.d. ragione più liquida).

<sup>37</sup> Cfr. *infra*, Parte 5, Capitolo 2, Sez. III.

<sup>38</sup> Cfr. Parte 4, Capitolo 1.

(con argomentazioni condivisibili anche nella vigenza del Codice) che una istanza non espressamente proposta dal ricorrente può ritenersi implicitamente dedotta in giudizio qualora sia in rapporto di necessaria connessione con il *petitum* e la *causa petendi* e non costituisca una estensione dell'ambito di riferimento<sup>39</sup>.

Il ricorso, come tutti gli altri atti relativi alla trattazione del giudizio, va **sottoscritto in modo autografo dal difensore**<sup>40</sup>, con indicazione della procura speciale (da intendersi come esclusivamente finalizzata alla rappresentanza e difesa nella specifica fase del giudizio), rilasciata in data antecedente alla sottoscrizione del ricorso da parte del difensore, ovvero dal ricorrente se esso sta in giudizio personalmente nei casi previsti dall'art. 23 (Difesa personale delle parti) e limitatamente al giudizio di primo grado (*ex art. 95 c.p.a.*)<sup>41</sup>. La procura, ai sensi dell'art. 24 c.p.a., si intende conferita anche per proporre motivi aggiunti e ricorso incidentale, salvo che non sia diversamente disposto, mentre quella per la proposizione del ricorso in appello deve riportare, *ex art. 101, comma 1*, una specifica procura speciale, rilasciata anche unitamente a quella per il giudizio di primo grado, non essendo sufficiente la precisazione che il mandato, rilasciato per il ricorso in primo grado, riguarda "il presente giudizio in ogni sua fase"<sup>42</sup>.

La **procura ad litem** non è quindi un elemento necessario per la validità del ricorso, potendo essere rilasciata anche a mezzo di atto pubblico o scrittura privata autenticata da un notaio. Nella prassi è però frequente che essa venga rilasciata a margine o in calce al ricorso medesimo, ovvero su foglio separato ma materialmente congiunto (ad es. spillato) all'atto cui si riferisce<sup>43</sup>. In questi casi la firma autografa del ricorrente è autenticata dallo stesso difensore.

Quanto al **regime delle invalidità**, l'art. 44 (Vizi del ricorso e della notificazione) prevede la nullità del ricorso nei casi di difetto di sottoscrizione ovvero nei casi in cui la inosservanza delle prescrizioni dettate nell'art. 40 determini incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda.

Tali nullità ora sono rilevabili d'ufficio (fermo quanto previsto dall'art. 39, comma 2, che contiene il rinvio esterno al c.p.c.) in quanto determinano l'inammissibilità del ricorso e (nel silenzio della norma) dovrebbero continuare a essere non opponibili dalla parte che vi ha dato causa, e, nell'ipotesi di prescrizioni la cui violazione non determina la nullità del ricorso ma mere irregolarità, "il collegio può ordinare che [il ricorso] sia rinnovato entro un termine a tal fine fissato"<sup>44</sup>.

La costituzione in giudizio dell'intimato determina comunque la **sanatoria** sia delle

---

<sup>39</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12.

<sup>40</sup> L'art. 136, comma 2-*bis*, prevede che il ricorso va sottoscritto con firma digitale salvo il potere del Presidente del T.A.R. giudicante o del consiglio di Stato di dispensare da tale modalità di sottoscrizione ove ricorrano casi eccezionali anche in considerazione di particolari ragioni di riservatezza legate alla posizione delle parti o alla natura della controversia. Sulla sottoscrizione digitale del ricorso e, in generale, degli atti processuali v. *supra* Parte 4, Capitolo 3, Sez. III, par. 3.

<sup>41</sup> Sulla assimilabilità della mancanza della firma digitale alla mancanza della firma autografa e, più in generale, sulle problematiche relative al mancato rispetto delle regole del PAT cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 3, Sez. III, par. 3. Cfr. comunque Cons. Stato, Sez. VI, 2 novembre 2018, n. 6222.

<sup>42</sup> Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3809.

<sup>43</sup> Art. 83 c.p.c. nel testo modificato.

<sup>44</sup> Art. 44, comma 2, c.p.a. su cui v. *infra* nel testo.

irregolarità di cui al comma 2, sia della nullità della notificazione per raggiungimento dello scopo anche se la parte si costituisce al solo fine di eccepire la invalidità, con salvezza, però, dei “**diritti acquisiti anteriormente alla comparizione**”, tra cui, ad esempio, il diritto di eccepire (altri) vizi del ricorso (originario) che ne determinano l’inammissibilità; e comunque non si estende anche ai vizi “dipendenti” da quelli appunto sanati.

Il successivo comma 4, nel prevedere poi che la rinnovazione della notificazione è disposta solo se “l’esito negativo della notificazione dipenda da causa non imputabile al notificante”, detta una regola opposta alla disciplina processualcivile che consente invece al giudice di ordinare la rinnovazione della notificazione in caso di convenuto contumace e di vizio della notifica.

## ***2. Ricorso collettivo, ricorso cumulativo, pluralità delle domande, conversione delle azioni e riunione dei ricorsi***

In linea generale si parla di **cumulo di azioni** quando la domanda giudiziale è proposta da più soggetti attraverso un unico atto introduttivo (cumulo soggettivo); ovvero quando in un unico atto introduttivo sono racchiuse più domande giudiziali (cumulo oggettivo)<sup>45</sup>.

Il cumulo (soggettivo e oggettivo) di azioni è ammesso anche nel processo amministrativo: l’art. 32 ritiene “sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale”. Così, quando più soggetti agiscono mediante un unico atto introduttivo del giudizio<sup>46</sup>, si ha un **ricorso collettivo**. Quando, invece, con un unico atto si impugnano provvedimenti (formalmente) diversi, anche provenienti da amministrazioni diverse, che però disegnano congiuntamente un effetto lesivo per il ricorrente, si ha un **ricorso cumulativo**.

A fronte di una disciplina comunque scarna, e soprattutto a proposito dei giudizi di natura impugnatoria, è possibile ancora far riferimento ai limiti individuati da dottrina e giurisprudenza in ordine alla proponibilità di ricorsi collettivi e ricorsi cumulativi; limiti che risponderebbero “all’esigenza non solo, e non tanto, di evitare la confusione tra controversie diverse, con conseguente aggravio dei tempi del processo e le necessità di preservare il potere latamente discrezionale del giudice di procedere alla riunione di cause connesse ex art. 70 c.p.a., ma risulta essere altresì strumentale ad impedire l’elusione delle disposizioni fiscali in materia di accesso alla giurisdizione”<sup>47</sup>.

Il ricorso collettivo si realizza, oltre che nell’ipotesi in cui più soggetti impugnano lo stesso provvedimento, anche quando più soggetti impugnano un atto plurimo (ossia un atto che contiene una pluralità di provvedimenti diretti a persone diverse), chieden-

---

<sup>45</sup> Sul punto si veda la approfondita analisi di M. RAMAJOLI, *Il cumulo soggettivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014; nonché S. MENCHINI, *Considerazioni di carattere generale, ma non troppo, sulla connessione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014.

<sup>46</sup> Sia nei giudizi di tipo impugnatorio sia nei giudizi di accertamento e condanna.

<sup>47</sup> Così T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 7 gennaio 2022, n. 99.

do, ciascuno, l'annullamento della parte che lo pregiudica (e cioè del singolo provvedimento che lo concerne); nonché quando più soggetti, che si trovano nella medesima posizione giuridica (vantando identica situazione giuridica soggettiva), propongono, con un'unica azione, la medesima domanda giudiziale. Al fine, però, di evitare che l'azione cumulativa finisca per rivelare, in corso di causa, situazioni di conflitto d'interesse fra i vari ricorrenti, divenendo contraddittoria e difficilmente "scindibile" (con grave nocimento per la funzionalità del processo), il ricorso collettivo è esperibile<sup>48</sup> soltanto a condizione che non vi sia conflitto d'interessi (attuale) fra i ricorrenti<sup>49</sup>; e a condizione che la *causa petendi* (e cioè il titolo su cui si fonda la domanda giudiziale) ed il *petitum* (e cioè il contenuto della predetta domanda, il fine che si persegue con l'azione) siano comuni a tutti i ricorrenti<sup>50</sup>.

Trattandosi di concentrazione in un unico rapporto processuale di una pluralità di azioni autonome, le **condizioni di ammissibilità** e di **ricevibilità** riguardanti ciascun singolo ricorrente non si comunicano agli altri; così come l'iniziativa processuale di un ricorrente non può giovare né pregiudicare la posizione dei consorti.

Il ricorso cumulativo, secondo l'indirizzo ormai prevalente, si realizza, oltre che nell'ipotesi di impugnazione di provvedimenti diversi, anche quando si propongono più domande giudiziali differenti come, ad esempio, nell'ipotesi in cui si esercitano contestualmente un'azione impugnatoria e un'azione di condanna (restitutoria o risarcitoria); e in ogni caso quando l'atto introduttivo del giudizio si fonda su più *causae petendi*.

Va precisato, peraltro, che la giurisprudenza, pur ritenendo che l'ammissibilità dei ricorsi cumulativi debba essere valutata in termini di ragionevolezza o di giustizia sostanziale, in ogni caso richiede che i provvedimenti impugnati siano "connessi" o comunque che le controversie abbiano un qualche collegamento tra loro<sup>51</sup>; mentre invece la dottrina era favorevole ad una applicazione piena dell'art. 104 c.p.c., e, quindi, alla proponibilità, nello stesso processo e con unico atto introduttivo, di più domande (contro lo stesso soggetto) anche non altrimenti connesse (c.d. "litisconsorzio facoltativo improprio", fondato sulla "connessione impropria"). Può dirsi consolidato l'indirizzo che non ammette il cumulo meramente soggettivo<sup>52</sup>. In sostanza gli atti impugnati "si inseriscono in una vicenda unitaria che giustifica sia sotto il profilo logico sia sotto quello della economia processuale la proposizione di un unico ricorso"<sup>53</sup>, che

<sup>48</sup> Art. 103 c.p.c.

<sup>49</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 15 gennaio 2019, n. 382 e, da ultimo, Sez. III, 17 ottobre 2021, n. 7185. La giurisprudenza ha però precisato che non è ostativo alla proposizione di un ricorso collettivo "la diversità delle situazioni di fatto dei ricorrenti ove l'identità delle situazioni sostanziali, fatte valere dai ricorrenti, si correla alla comune lesione che essi reputino d'aver subito tutti e ciascuno da un'unica statuizione della p.a., trascendente la vicenda personale di ognuno di loro (...)": così Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2018, n. 3705.

<sup>50</sup> Cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 15 gennaio 2019, n. 382; Sez. IV, 22 gennaio 2014, n. 306.

<sup>51</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36; Sez. VI, 20 ottobre 2004, n. 6896. Da ultimo T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 12 aprile 2022, n. 4460 parla di "connessione procedimentale o funzionale".

<sup>52</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 29 novembre 2019, n. 5596.

<sup>53</sup> T.A.R. Valle d'Aosta 8 marzo 2017, n. 10, riprendendo Cons. Stato, Sez. III, 21 marzo 2016, n.

legittimerebbe in ogni caso la riunione dei ricorsi *ex art. 70 c.p.c.*<sup>54</sup>.

Si possono verificare in concreto ipotesi di coesistenza di cumulo soggettivo e oggettivo: in tal caso il ricorso sarà al tempo stesso collettivo e cumulativo.

Va osservato altresì che il **cumulo oggettivo di azioni** si può verificare anche in corso di giudizio, a seguito, ad esempio, della proposizione di motivi aggiunti ove ineriscano ad esempio ad atti diversi<sup>55</sup>.

Vi sono poi ipotesi di cumulo c.d. obbligatorio quando una azione è necessariamente dipendente dall'altra, come nel caso della c.d. azione di adempimento che deve essere proposta contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio.

Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica il rito ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV, ossia fatti salvi i riti abbreviati relativi a controversie speciali che si confermano inderogabili.

Il giudice amministrativo, nell'esercizio dei suoi poteri officiosi *ex art. 32*, comma 2, 2° periodo, c.p.a., può disporre la formale **conversione dell'azione** proposta che realizza una modificazione della utilità perseguita (l'oggetto mediato trascorre dalla tutela specifica ad una tutela indiretta) in relazione alla originaria richiesta di provvedimento giurisdizionale (oggetto immediato) che viene variato nella sua estensione; variazione che integra, appunto, per giurisprudenza consolidata, una fattispecie di conversione trattandosi di continenza effettuale<sup>56</sup>.

Dal tenore letterale della previsione emerge che il giudice non sarebbe vincolato a disporre la conversione, ma ciò sarebbe condizionato dalla sussistenza di alcuni "presupposti" che però la disposizione non precisa, tra i quali andrebbero ricompresi i presupposti processuali della domanda convertita, comprensivi anche delle condizioni dell'azione.

È stata ammessa la conversione dell'azione quando si tratta di variare in senso riduttivo il *petitum* originario da intendersi anche rivolta, in ragione del principio per cui il più contiene il meno, ad esempio intendendo la originaria domanda volta a conseguire l'accertamento (diretto) del diritto alla revisione prezzi e conseguente condanna al pagamento come includente la richiesta di accertamento dell'obbligo dell'amministrazione resistente di provvedere sull'istanza presentata dalla società, nei termini

---

1120 e Sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 363, ha affermato che la proposizione del ricorso collettivo e cumulativo rappresenta una deroga al principio generale secondo il quale ogni domanda, fondata su un interesse meritevole di tutela, deve essere proposta dal singolo titolare con separata azione, con la conseguenza che la proposizione contestuale di un'impugnativa da parte di più soggetti, sia essa rivolta contro uno stesso atto o contro più atti tra loro connessi, è soggetta al rispetto di stringenti requisiti, sia di segno negativo che di segno positivo: i primi sono rappresentati dall'assenza di una situazione di conflittualità di interessi, anche solo potenziale, per effetto della quale l'accoglimento della domanda di una parte dei ricorrenti sarebbe logicamente incompatibile con quella degli altri; i secondi consistono, invece, nell'identità delle posizioni sostanziali e processuali dei ricorrenti, essendo necessario che le domande giurisdizionali siano identiche nell'oggetto, che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e che vengano censurati per gli stessi motivi.

<sup>54</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2009, n. 5548. V. anche *infra* nel testo.

<sup>55</sup> V. *infra* nel testo.

<sup>56</sup> Cfr. F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 177 ss.

di cui all'azione disciplinata dall'art. 117 c.p.a.; e ciò in quanto il contenuto dell'accertamento dell'obbligo di provvedere è da considerarsi contenuto nella domanda di accertamento del compenso revisionale che costituisce esercizio di quel potere astrattamente attribuito all'Amministrazione<sup>57</sup>.

Più nello specifico, nell'ipotesi del passaggio dalla azione di accertamento e condanna alla azione avverso il silenzio (volto, dunque, alla declaratoria del mero obbligo di provvedere e dunque anch'essa con un contenuto accertativo) non si è in presenza di una "*mutatio libelli*" perché per tale via non viene introdotta una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria.

Il fatto costitutivo della pretesa è, infatti, il medesimo e la verifica della sussistenza del c.d. diritto al compenso revisionale (di cui alla originaria domanda di accertamento) implica (nel senso che la "contiene" e la presuppone) la verifica preliminare della sussistenza in capo all'Amministrazione del potere di verificare condizioni e limiti della richiesta revisione<sup>58</sup>.

Emblematico è anche il caso della conversione fra azione di nullità e azione di annullamento, soprattutto nella ipotesi in cui il ricorrente abbia proposto congiuntamente le due azioni (nullità e annullamento) in via cumulativa e graduata in modo che l'esame della seconda sia subordinato al rigetto della prima e sia svolto previa conversione del rito. La conversione, in tale ipotesi, consente il passaggio dalla domanda originaria a quella subordinata (si pensi ad es. al caso della proposizione del ricorso in ottemperanza e in subordine previa conversione di annullamento) eventualmente accompagnata dalla rimessione al giudice competente.

In passato si era precisato che la conversione della domanda di annullamento in domanda di accertamento dell'illegittimità dell'atto è ammissibile "solo se la domanda risarcitoria sia effettivamente formulata nel medesimo giudizio (qualora il processo penda in primo grado), con la proposizione di motivi aggiunti (...) o in un autonomo giudizio, con un autonomo ricorso (...)"<sup>59</sup>. Invero la posizione accolta dall'Adunanza Plenaria<sup>60</sup> è meno rigorosa in quanto, valorizzando la funzione deflattiva dell'art. 34, comma 3, c.p.a., si è ritenuta sufficiente una semplice dichiarazione da rendersi nelle forme e nei termini di cui all'art. 73 c.p.a. a garanzia del contraddittorio.

La conversione dell'azione andrebbe tenuta distinta, nel processo amministrativo, dalla qualificazione dell'azione in base ai suoi elementi sostanziali (*petitum*, *causa petendi* e oggetto del giudizio) che si atteggia come un dovere-obbligo del giudice, svolgendo una attività interpretativa conformemente al principio *iura novit curia* e da effettuarsi comunque sulla base di fatti e documenti prodotti dalle parti, pena l'incorrere in un vizio di ultrapetizione. Ad esempio è stato riconosciuto legittimo il ricorso alla qualificazione nel caso di una domanda restitutoria di un bene oggetto di esproprio, riqualficata in domanda di retrocessione totale nel caso di mancata realizzazione

---

<sup>57</sup> Cfr. le interessanti riflessioni di S. FRANCA, *La conversione dell'azione tra potere officioso e principio della domanda: dal criterio della continenza alla centralità della vicenda sostanziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 1, 141 ss.

<sup>58</sup> Cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. III, 18 maggio 2020, n. 3118.

<sup>59</sup> Così T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 2 maggio 2022, n. 221.

<sup>60</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8.

dell'opera<sup>61</sup>; ovvero (forse in maniera meno condivisibile attesa la diversità del titolo azionato) di una domanda risarcitoria da illecito extracontrattuale come domanda di risarcimento del danno contrattuale in determinate condizioni<sup>62</sup>.

Ai sensi dell'art. 70 (**Riunione dei ricorsi**) il collegio può, su istanza di parte o d'ufficio, disporre la riunione di ricorsi connessi che vengono così decisi con una unica sentenza. Trattasi di una facoltà, prevista a fini di economia processuale, con la conseguenza che il mancato esercizio del potere di riunione non determina la inammissibilità dei ricorsi decisi separatamente, salvo che fra le medesime cause sussista un rapporto di pregiudizialità tale da non poterne consentire la decisione separata<sup>63</sup>. Va precisato che la riunione non altera comunque la autonomia dei singoli giudizi e della posizione delle parti per cui rimane nella facoltà del giudice disporre, in un secondo momento, la separazione dei giudizi allorché siano venuti meno i motivi di opportunità che avevano giustificato in precedenza la riunione.

### 3. *Il termine per la proposizione del ricorso. La notificazione*

La notifica del ricorso contenente una azione di annullamento deve essere effettuata, a pena di decadenza, entro il termine "previsto dalla legge" che, di regola, è di **sessanta giorni**<sup>64</sup>, e ciò ai fini di certezza dei rapporti giuridici. Il ricorso, infatti, è irricevibile (e la irricevibilità può essere dichiarata anche d'ufficio ove emerga dagli atti processuali<sup>65</sup>) per la tardività della notificazione (oltre che, come vedremo, del deposito). Tale termine decorre, nel caso di impugnazione di atti per cui è richiesta la notifica individuale, dalla **notifica** (*rectius*: comunicazione) del provvedimento; ovvero, per gli atti di cui non sia richiesta la notifica individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della **pubblicazione** nell'albo, sempre che, ovviamente, la pubblicazione sia stata ritualmente eseguita. L'art. 41, comma 2, c.p.a. stabilisce che, per l'impugnazione di atti per i quali non sia prevista la notifica *ad personam*, la pubblicazione determina la presunzione assoluta di conoscenza solamente se tale forma di pubblicità sia espressamente prescritta dalla legge. In tal modo il legislatore si è conformato ad un orientamento giurisprudenziale che era ormai ampiamente consolidato.

Si ritiene che se il provvedimento ha come destinatari soggetti nominativamente indicati, o comunque individuabili in base al suo contenuto, deve essere – di regola – notificato personalmente a ciascuno di essi<sup>66</sup>. Per questi ultimi, dunque, il termine per

---

<sup>61</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 4 aprile 2022, n. 2470.

<sup>62</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-ter, 31 marzo 2020, n. 3744.

<sup>63</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 999; Id., Sez. VI, 30 aprile 2009, n. 2763.

<sup>64</sup> Art. 29 c.p.a. Se il giorno di scadenza è festivo, il termine fissato dalla legge o dal giudice per l'adempimento è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo. Tale proroga si applica anche se il giorno di scadenza cade di sabato *ex art. 52* (Termini e forme speciali di notificazione), comma 2, c.p.a.

<sup>65</sup> Anche nel giudizio di appello: Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2018, n. 6529.

<sup>66</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 23 maggio 1991, n. 445, in *Foro amm.*, 1991, 1392.

impugnare dovrebbe decorrere dall'avvenuta comunicazione o notifica del provvedimento, e non dalla sua eventuale pubblicazione<sup>67</sup>.

Dal combinato disposto degli artt. 40, comma 1, lett. b), e 41, comma 2, c.p.a. si evince che la **piena conoscenza**, in qualunque modo acquisita dall'interessato, del provvedimento, è **equipollente** alla comunicazione o alla notificazione dello stesso<sup>68</sup>. Da essa, dunque, decorre il termine decadenziale per l'impugnazione certamente in tutte le ipotesi in cui non siano previste forme di notificazione o comunicazione personale o forme di pubblicazione, a meno che queste forme non siano richieste come condizione di efficacia dell'atto<sup>69</sup>. Più complessa è invece la soluzione adottata nell'ipotesi in cui siano previste forme di comunicazione o di pubblicazione del provvedimento in quanto, secondo una parte della giurisprudenza, il termine per l'impugnazione decorre dalla piena conoscenza dell'atto se quest'ultima viene acquisita anteriormente alla pubblicazione purché siano percepibili quei profili che ne rendono evidente l'immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato in modo da rendere riconoscibile l'attualità dell'interesse ad agire contro di esso<sup>70</sup>; mentre invece, secondo l'orientamento opposto ma sempre più debole in caso di pubblicazione obbligatoria del provvedimento, il meccanismo della conoscenza non rileverebbe<sup>71</sup>.

Non è stato affrontato formalmente il problema (su cui, dunque, continuerà a permanere il contrasto giurisprudenziale) se la conoscenza di un atto acquisita dal difensore nel corso del giudizio possa o meno far presumere la conoscenza dello stesso da parte dell'assistito<sup>72</sup>.

In ogni caso la **prova della intervenuta conoscenza**, da parte del ricorrente, del provvedimento impugnato, incombe su chi eccepisce la tardività del ricorso secondo i generali criteri di riparto del relativo onere, ed essa deve essere assistita da rigorosi e univoci riscontri, ossia da elementi documentali dai quali possa arguirsi con assoluta certezza il momento della piena conoscenza dell'atto o del fatto, nella specie del completamento funzionale dell'impianto<sup>73</sup>; la prova della avvenuta pubblicazione incombe sulla pubblica amministrazione che eccepisce la tardività del ricorso<sup>74</sup>; la conoscenza

---

<sup>67</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1077.

<sup>68</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 24 aprile 2025, n.3531, secondo cui “può, dunque, parlarsi di piena conoscenza quando la parte interessata individua l'atto e il suo contenuto essenziale, non essendo necessaria la conoscenza di tutti i suoi elementi, essendo invece sufficiente che la stessa sia stata edotta di quelli essenziali, quali l'autorità amministrativa che l'ha emanato, la data, il contenuto dispositivo e il suo effetto lesivo”. Analogamente per la impugnazione del permesso di costruire cfr. Cons. Stato, sez. II, 24 marzo 2025, n. 2444.

<sup>69</sup> Cfr. gli artt. 21-*bis* ss. della legge n. 241/1990 e ss.mm.ii.

<sup>70</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2018, n. 1532; T.A.R. Toscana, Sez. I, 18 aprile 2017, n. 582; Cons. Stato, Sez. III, 17 marzo 2017, n. 1212; Id., Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3645. Per la “piena conoscenza” ai fini della impugnazione di un permesso di costruire cfr. le importanti precisazioni di Cons. Stato, Sez. IV, 23 maggio 2018, n. 3075.

<sup>71</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 1982, n. 839, in *Giur. it.*, 1983, III, 1, 295.

<sup>72</sup> Per la tesi negativa cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 14 settembre 2009; per la tesi positiva T.A.R. Piemonte, Sez. I, 24 aprile 2009, n. 1180.

<sup>73</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 13 dicembre 2013, n. 6007; Id. 27 marzo 2013, n. 1740.

<sup>74</sup> T.A.R. Piemonte, 23 gennaio 1979, n. 39, in *Riv. giur. scuola*, 1983, 138.

piena (nel silenzio della disciplina) dovrebbe continuare a ritenersi integrata con la effettiva cognizione quantomeno degli elementi essenziali (autorità emanante, estremi identificativi, oggetto) del provvedimento e della sua portata lesiva<sup>75</sup>, salva la possibilità di proporre motivi aggiunti, ove dalla conoscenza integrale del provvedimento e degli atti presupposti emergano ulteriori profili di illegittimità<sup>76</sup>.

Va osservato, inoltre, che il termine decadenziale di sessanta giorni non opera in sede di **giurisdizione esclusiva**, laddove, in particolare, il ricorrente lamenta la lesione di un diritto soggettivo<sup>77</sup>. In tal caso l'azione è proponibile entro l'**ordinario termine di prescrizione del diritto** che si fa valere<sup>78</sup>. Al fine di discernere le ipotesi di operatività del termine decadenziale da quelle in cui dovrebbe operare il termine di prescrizione, la giurisprudenza distingue fra cc.dd. "atti autoritativi" ed "atti paritetici". Sono **paritetici** gli atti posti in essere dall'amministrazione senza esercizio unilaterale di poteri autoritativi, e dunque in esecuzione di un rapporto obbligatorio (analogo a quello che in diritto privato lega due contraenti).

Per quanto riguarda però la domanda di risarcimento per lesioni di interessi legittimi, l'art. 30 (Azione di condanna) c.p.a. prevede, al comma 3, un termine di decadenza di centoventi giorni "decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo"<sup>79</sup>. Se il provvedimento lesivo è stato però impugnato con la azione di annullamento, la domanda risarcitoria può essere esperita nel corso del giudizio o fino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento<sup>80</sup>.

Per quanto riguarda poi la **azione** di accertamento delle **nullità** previste dalla legge, l'art. 31 c.p.a. fissa, colmando una lacuna, il termine di centottanta giorni sebbene comunque la nullità dell'atto possa sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice anche su sollecitazione di parte. Per le nullità di atti adottati in violazione o elusione del giudicato di cui all'art. 114, comma 4, lett. b), c.p.a., restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV sul giudizio di ottemperanza.

Va infine ricordato che, in alcune ipotesi specifiche, il **termine per la notifica** del ricorso è più breve di quello ordinario di sessanta giorni, come, ad esempio, in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, ovvero per i ricorsi elettorali per i quali è di trenta giorni rispettivamente *ex art.* 120<sup>81</sup> e art. 129 c.p.a.

---

<sup>75</sup> Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4526.

<sup>76</sup> Cons. Stato, Sez. V, 12 luglio 2010, n. 4482.

<sup>77</sup> Sulla giurisdizione esclusiva v. *supra*, Parte 2, Capitolo 4.

<sup>78</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 26 ottobre 1979, n. 25, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1979, 881.

<sup>79</sup> Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 223; T.A.R. Lombardia, Milano, 17 marzo 2014, n. 679.

<sup>80</sup> La Corte costituzionale, con la sent. 4 maggio 2017, n. 94, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento al termine per la proposizione dell'azione.

<sup>81</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 2 luglio 2020, n. 12, che ha escluso la necessità di ricorsi c.d. al buio nella materia delle procedure di affidamento di appalti pubblici. Precisamente, evidenziando che l'art. 120, comma 5, c.p.a. ha introdotto ulteriori disposizioni sulla rilevanza della pubblicazione degli atti da effettuare ai sensi (prima dell'art. 79 d.lgs. n. 163/2006, e ora) dell'art. 76 d.lgs. n. 50/2016, a tali incombeni formali e informativi (come precisati ora dall'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016) e

Esso, comunque, resta **sospeso** per il periodo feriale, corrente dal 1° al 31 agosto di ogni anno<sup>82</sup>, salvo che per la proposizione delle istanze cautelari e per i giudizi proposti avverso gli atti di esclusione dal procedimento preparatorio per le elezioni comunali, provinciali e regionali<sup>83</sup>. Esso è aumentato di trenta giorni se le parti o alcune di esse risiedono in altro Stato d'Europa, e di novanta giorni se risiedono fuori d'Europa.

È prevista, comunque, la possibilità di “rimessione in termini” per **errore scusabile**, in presenza del quale il giudice, anche d'ufficio, ritiene tempestivo il ricorso notificato tardivamente, ovvero autorizza il ricorrente a rinnovare le notifiche. L'istituto dell'errore scusabile, originariamente previsto espressamente solo per alcune ipotesi<sup>84</sup>, e poi esteso anche ad altri adempimenti processuali, quale, ad esempio, il deposito del ricorso, è ora previsto e disciplinato nell'art. 37 che fa riferimento alla “presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto”, scaturenti, pertanto, secondo la giurisprudenza formatasi sotto il precedente regime, da difficoltà interpretative ed applicative di una norma nuova<sup>85</sup>, dalla esistenza di contrasti giurisprudenziali, dallo stato di incertezza oggettiva sul termine o sulle forme di tutela processuale (omessa indicazione in calce al provvedimento dell'autorità giudiziaria competente e del termine per ricorrere), e, in linea più generale, dalla presenza di un comportamento equivoco tenuto dall'amministrazione o di errori di notifica ascrivibili all'ufficio.

La notifica del ricorso va effettuata, a pena di inammissibilità, all'amministrazione che ha emesso il provvedimento impugnato<sup>86</sup> e ad almeno uno dei controinteressati, essendo ammessa l'integrazione successiva del contraddittorio ai sensi degli artt. 27 e 49 c.p.a. (su cui ci soffermerà anche in seguito)<sup>87</sup>. Se è proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso deve essere notificato anche agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo, ai sensi dell'art. 102 c.p.c., ossia ai fini della instaurazione di un litisconsorzio necessario che, ove non correttamente instaurato, viene composto dal

---

comunque facendo sempre salve le regole sull'accesso informale, bisogna (continuare a) fare riferimento (sebbene ora le norme manchino di coordinamento) per individuare il *dies a quo*.

<sup>82</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 18, ha stabilito che in base al differimento del decorso del termine processuale a giorni che abbia inizio durante il periodo di sospensione feriale, previsto dall'art. 1, comma 1, secondo periodo legge 7 ottobre 1969, n. 742, il primo giorno successivo alla scadenza del periodo feriale va computato nel termine in questione. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 settembre 2022, n. 11, ha poi precisato che ove il termine lungo di imputazione abbia cominciato a decorrere prima del periodo feriale, al termine di impugnazione calcolato a mesi “va alla fine aggiunto, realizzandosi così un promulgamento di tale termine nella misura corrispondente, il periodo di 31 giorni di sospensione”.

<sup>83</sup> Art. 54 e art. 129 c.p.a.

<sup>84</sup> Ossia ricorso proposto contro atto non definitivo, vizi della notifica all'amministrazione e al controinteressato, ricorso proposto dinanzi al giudice incompetente: così artt. 34 e 36 t.u. Cons. Stato, art. 17 reg. proc. Cons. Stato, e art. 34, legge T.A.R.

<sup>85</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 9 agosto 2012, n. 32.

<sup>86</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 18 maggio 2018, n. 18 che ha affermato il principio secondo cui negli appalti svolti in forma aggregata la notifica va effettuata solo alla Amministrazione che ha emesso l'atto impugnato. Più di recente Rav Valle d'Aosta, 31 luglio 2020, n. 29 ha affermato che il ricorso va notificato alla centrale di committenza che aggiudica.

<sup>87</sup> Cfr. anche *supra*, Parte 4, Capitolo 2.

giudice attraverso l'emanazione dell'ordine di integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 49 c.p.a.<sup>88</sup>.

Se intimata è un'amministrazione statale, il ricorso va notificato presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato (che di essa ha il patrocinio *ex lege*) sito nella città ove ha sede il T.A.R. o la sezione staccata, competente a decidere<sup>89</sup>, ad eccezione dell'ipotesi di cui all'art. 120 c.p.a. che, in caso di impugnazione della aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico, onera il ricorrente a notificare il ricorso, ove proposto nei confronti di una stazione appaltante che fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, anche nella sede reale in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura al fine di rendere operativamente possibile la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto.

Se intimata è un'amministrazione diversa da quella statale, il ricorso va notificato presso la sede della stessa.

Il ricorso va sempre notificato all'amministrazione in persona di chi ne abbia la rappresentanza legale, ma è ritenuta equipollente la notifica all'organo che ha emanato l'atto, anche se diverso dal rappresentante<sup>90</sup>.

Per le modalità di notifica del ricorso introduttivo si rinvia a quanto illustrato in altra Parte del Manuale<sup>91</sup>. Riguardo alla notificazione a mezzo posta va precisato che, per l'osservanza del termine, si deve far riferimento alla consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario<sup>92</sup>; e che l'avviso di ricevimento, costituendo prova dell'effettiva ricezione dell'atto da parte del suo destinatario, deve essere depositato a pena di inammissibilità del ricorso per inesistenza della notificazione<sup>93</sup>. Solo nel giudizio cautelare è possibile provare la data di perfezionamento della notificazione producendo, ai sensi dell'art. 55, comma 6, c.p.a., copia della attestazione di consegna del servizio di monitoraggio della corrispondenza nel sito internet delle poste e fatta salva la prova contraria.

Nell'ipotesi di irreperibilità o di rifiuto alla ricezione della copia dell'atto, la notificazione effettuata in base all'art. 140 c.p.c. viene perfezionata con il ricevimento della raccomandata e non con la semplice spedizione<sup>94</sup>.

---

<sup>88</sup> Cfr. *infra* nel testo e *supra*, Parte 4, Capitolo 2.

<sup>89</sup> L'art. 41, comma 3, c.p.a. implicitamente richiama l'art. 11, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611.

<sup>90</sup> Cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 2, ove sono ampiamente sviluppate queste problematiche.

<sup>91</sup> Cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 3, Sez. I, Cons. Stato, Ad. Plen., 19 settembre 2017, n. 6, ha ritenuto ammissibile la notificazione del ricorso instaurativo del processo amministrativo a mezzo posta elettronica certificata, nel rispetto delle disposizioni che la regolano, anche prima dell'adozione del d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 ed indipendentemente dall'autorizzazione presidenziale, di cui all'art. 52, comma 2, c.p.a. Ad ogni modo la possibilità di effettuare notifiche via pec alle pp.aa. è agevolata dalla recente riforma del c.d. decreto semplificazioni (d.l. n. 76/2020) che all'art. 28 ha previsto la possibilità di fare ricorso anche al registro IPA nel caso in cui la PA interessata non abbia comunicato il proprio indirizzo Pec nell'elenco previsto dall'art. 16, comma 12, del d.l. n. 179/2012 (registro pp.aa.).

<sup>92</sup> Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8833; e analogamente se la notifica a mezzo postale venga eseguita dal difensore della parte *ex art.* 1, legge 21 gennaio 1994, n. 53 con l'unica differenza che in tal caso alla data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario va sostituita la data di consegna del plico all'ufficio postale: Cons. Stato, Sez. VI, 13 aprile 2010, n. 2055.

<sup>93</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 29 novembre 2006, n. 6991; Id., Sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6531.

<sup>94</sup> Corte cost., 14 gennaio 2010, n. 3.

Resta naturalmente fermo che per il destinatario la notifica si intende perfezionata solo dalla (data di) ricezione dell'atto attestata dall'avviso di ricevimento, con la conseguente decorrenza da quella stessa data di qualsiasi termine imposto al destinatario.

Il Presidente del T.A.R. adito può autorizzare la notificazione del ricorso (e di altri provvedimenti processuali suscettibili di notifica) anche direttamente dal difensore con qualunque mezzo idoneo, compresi quelli per via telematica o fax ai sensi dell'art. 151 c.p.c.<sup>95</sup>.

Va precisato che ai sensi dell'art. 52, i “**termini assegnati dal giudice**, salva diversa previsione, sono **perentori**”. Non è dunque necessario che il giudice, di volta in volta, precisi la natura dei termini che, appunto, salva diversa previsione, essendo perentori, non possono essere abbreviati o prorogati nemmeno con l'accordo delle parti.

La giurisprudenza ha precisato che la mancanza della firma del difensore munito di mandato nella copia notificata, quando questa sia presente sull'originale, non spiega effetti invalidanti (ma, al più, una irregolarità sanabile) del ricorso, purché la copia stessa contenga elementi idonei ad evidenziare la provenienza dell'atto dal difensore munito di mandato speciale, essendo a tal fine sufficiente l'attestazione dell'ufficiale giudiziario che la notificazione è eseguita su istanza del difensore del ricorrente<sup>96</sup>.

Le invalidità della notificazione (non individuate specificamente a differenza di quanto precisato invece per il ricorso) sono (da ritenersi ancora oggi) quelle individuate dalla giurisprudenza. Sarà invalida, dunque, la notifica se effettuata a persona o luogo diversi da quelli stabiliti dalla legge ma comunque collegati in qualche modo con il destinatario, oppure se effettuata ad una amministrazione statale nel suo domicilio reale. In tali casi la costituzione dell'intimato, come illustrato in precedenza, sana il difetto di notifica: l'art. 44, stabilisce, infatti, al comma 3, che “La costituzione degli intimati sana la nullità della notificazione del ricorso, salvi i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione, nonché le irregolarità di cui al comma 2”<sup>97</sup>; e al successivo comma 4, che “nei casi in cui sia nulla la notificazione e il destinatario non si costituisca in giudizio, il giudice, se ritiene che l'esito negativo della notificazione dipenda da causa non imputabile al notificante, fissa al ricorrente un termine perentorio per rinnovarla. La rinnovazione impedisce ogni decadenza”<sup>98</sup>.

Dovrebbe invece ritenersi inesistente, e dunque insanabile con la costituzione dell'intimato, la notifica che manchi del tutto ovvero effettuata a soggetto che non abbia alcun riferimento con il destinatario della notificazione stessa.

È stata esclusa la **trascrivibilità del ricorso** proposto al T.A.R. contenente la domanda di annullamento di un provvedimento amministrativo, seppure anteriormente

---

<sup>95</sup> Art. 52 (Termini e forme speciali di notificazioni) c.p.a.

<sup>96</sup> Cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 10 dicembre 2009, n. 1430; Cons. Stato, Sez. VI, 30 gennaio 1998, n. 121, in *Cons. Stato*, 1998, I, 109; Id., Sez. IV, 20 giugno 1994, n. 523, *ivi*, 1994, I, 739 (m).

<sup>97</sup> La Corte costituzionale, con sent. 26 giugno 2018, n. 132, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma limitatamente alle parole “salvi i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione”.

<sup>98</sup> La Corte costituzionale, con sent. 9 luglio 2021, n. 148, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma, limitatamente alle parole “se ritiene che l'esito negativo della notificazione dipenda da causa non imputabile al notificante”.

trascritto ai sensi dell'art. 2645 c.c. in quanto produttivo dell'effetto traslativo della proprietà dei beni immobili, e ciò in quanto vi osterebbe l'instensibilità della previsione dell'art. 2652, comma 1, n. 6, c.c. alle domande giudiziali dirette a far pronunciare l'annullamento di atti diversi da quelli negoziali<sup>99</sup>.

#### 4. *Il deposito del ricorso notificato e la costituzione in giudizio del ricorrente*

Nel processo amministrativo possiamo distinguere tra il momento in cui la controversia deve considerarsi "proposta", e, conseguentemente, impedita ogni decadenza, che si verifica con la notifica del ricorso; e la procedibilità del ricorso medesimo che si realizza con la **costituzione in giudizio**.

Per quanto riguarda il ricorrente, la costituzione, ai sensi e con le modalità dell'art. 45, si realizza con il **deposito**, presso la segreteria del giudice adito<sup>100</sup>, dell'**originale del ricorso** con la **prova delle avvenute notificazioni** e della **procura del difensore** se conferita con atto separato dall'atto di ricorso<sup>101</sup>. Il deposito del ricorso (e degli altri atti processuali soggetti a notifica) va effettuato entro trenta giorni dal momento in cui l'ultima notifica si perfeziona anche per il destinatario<sup>102</sup>.

In caso di mancato deposito del ricorso notificato, le altre parti notificate potrebbero presentare un autonomo ricorso, volto a provocare la declaratoria del giudice circa la mancata instaurazione del ricorso, anche ai fini dell'ottenimento del pagamento delle spese processuali eventualmente sostenute. Nell'ipotesi in cui, invece, il ricorso venga depositato fuori termine, il processo può dirsi formalmente instaurato, anche se irritualmente, con la conseguenza di imporre al giudice di dichiarare la inammissibilità del ricorso.

È fatta salva la possibilità per il ricorrente di depositare l'atto anche prima che la notificazione si sia perfezionata per il destinatario, evitando così ogni decadenza. In tal caso, però, la procedibilità del ricorso è condizionata all'ulteriore deposito del documento comprovante il perfezionamento della notificazione per il suo destinatario, anche se per tale ulteriore deposito non sia previsto alcun termine. Il mancato deposito dell'avviso di ricevimento, rendendo inesistente la notificazione, preclude che la stessa possa essere rinnovata.

Il comma 4 dell'art. 45 esclude qualsiasi decadenza se il ricorrente **non deposita copia dell'atto impugnato**. Sembra dunque essere stata superata ogni perplessità in ordine

---

<sup>99</sup> Corte app. Napoli, Sez. I civ., decr. 25 novembre 2003, n. 31034, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 880 ss., con nota di F. AULETTA, *Trascrivibilità di domande giudiziali proposte al T.A.R.*, *ivi*, 889 ss.

<sup>100</sup> Nei ricorsi devoluti alle sezioni staccate il deposito del ricorso è effettuato, ai sensi del successivo art. 47 c.p.a., presso la segreteria della sezione staccata.

<sup>101</sup> Va depositata, a fini fiscali, anche la prova del versamento del contributo unificato per l'iscrizione a ruolo.

<sup>102</sup> Aumentato di trenta giorni se le parti o alcune di esse risiedono in altro Stato d'Europa e di novanta giorni se risiedono fuori Europa (art. 41, comma 5, c.p.a.). Nel silenzio della normativa il termine non è riaperto da una notifica tardiva effettuata ad esempio per scopi tuzioristici o per spontanea integrazione del contraddittorio: così Cons. Stato, Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6835.

agli oneri incombenti sul ricorrente visto che nella precedente disciplina, pur innovata, comunque si prevedeva che unitamente al ricorso, o anche separatamente purché sempre nel termine stabilito per perfezionare la costituzione, il ricorrente dovesse depositare anche la  **copia del provvedimento impugnato**  se in suo possesso “ovvero ove notificato o comunicato al ricorrente, e dei documenti di cui il ricorrente intende avvalersi in giudizio” sebbene poi la legge T.A.R. non prevedesse alcuna decadenza<sup>103</sup>.

L'onere di depositare il provvedimento impugnato è (confermato) chiaramente in capo all'amministrazione. Il comma 2 dell'art. 46 (Costituzione delle parti intimete) dispone, infatti, che l'amministrazione<sup>104</sup>, a prescindere dalla circostanza che essa si costituisca o meno in giudizio, è obbligata, entro sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso, a depositare l'atto impugnato nonché “gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio”<sup>105</sup>. All'amministrazione evocata in giudizio non è mai preclusa la possibilità di produrre comunque proprie osservazioni in ordine agli incombenti ordinati dal giudice, restando in tale evenienza salva ogni possibilità per la parte avversaria di controdedurre alle osservazioni medesime e al giudice investito della causa di valutare nel suo libero convincimento la fondatezza delle tesi rispettivamente fatte valere dalle parti<sup>106</sup>.

Tale disciplina, che già poteva in qualche modo spingere per il “recupero” dell'orientamento giurisprudenziale favorevole alla integrazione giudiziale della motivazione dell'atto impugnato, è destinata a trovare una sempre più massiccia utilizzazione alla luce del disposto dell'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, che esclude l'annullabilità per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento “qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

In questa prospettiva la prevista esibizione di atti e documenti potrebbe ricevere, in sostanza, una applicazione certamente più ampia di quella che sinora ne era stata fatta in quanto si risolve in uno strumento indispensabile per l'amministrazione che intende evitare l'annullabilità dei provvedimenti impugnati.

Nella prospettiva, diversa e più tradizionale, della salvaguardia del diritto di difesa del ricorrente, la previsione di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a. non è però pienamente soddisfacente in quanto il termine di sessanta giorni entro il quale il soggetto resistente deve perfezionare il deposito della documentazione non è qualificabile come perentorio, mancando qualsivoglia sanzione in caso di inottemperanza. In caso di inadempimento da parte dell'amministrazione, infatti, è sì previsto che “il presidente o un magistrato da lui delegato ovvero il collegio ordina, anche su istanza di parte, l'esibizione degli atti e dei documenti nel termine e nei modi opportuni” (art. 65, comma 3).

---

<sup>103</sup> Secondo il disposto dell'art. 21, comma 2, legge T.A.R. oggi abrogato.

<sup>104</sup> Anche se, forse, sarebbe stato più corretto il riferimento al “soggetto resistente”: cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 2.

<sup>105</sup> L'eventuale inadempimento dell'amministrazione, anche se non implica alcuna decadenza o preclusione processuale, potrà essere valutato dal giudice *ex art.* 116 c.p.c. Cfr. *infra*, Parte 5, Capitolo 2, Sez. III.

<sup>106</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4322.

Il deposito del provvedimento impugnato e degli atti e documenti in base al quale l'atto è stato emanato, se effettuato, costituisce un momento centrale per lo svolgimento del giudizio in quanto determina un "arricchimento" importante per la conoscibilità del materiale "istruttorio" su cui l'amministrazione ha fondato il proprio *iter* decisionale. Per questo motivo si prevede che dell'avvenuto deposito di tali atti e documenti venga data comunicazione alle parti costituite secondo quanto espressamente contemplato nell'art. 46, comma 3, e nell'art. 136. Da tale comunicazione dovrebbe decorrere il termine decadenziale per la proposizione dei motivi aggiunti.

Resta fermo che, ai sensi del successivo art. 73 (Udienza di discussione), le parti del giudizio hanno la possibilità di produrre **documenti, memorie e repliche** rispettivamente fino a **quaranta, trenta e venti giorni liberi anteriori al giorno fissato per l'udienza di discussione**<sup>107</sup>. La **presentazione tardiva** di memorie e documenti, su richiesta di parte, può essere **eccezionalmente** autorizzata dal collegio ai sensi dell'art. 54 c.p.a. ove la produzione nel termine di legge sia risultata estremamente difficile e nel rispetto comunque del diritto di difesa delle controparti su tali atti.

L'art. 73 ora novellato, nel recepire un orientamento che si era già venuto a formare<sup>108</sup>, prevede che le repliche sono da intendersi come risposte "ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza" di discussione e non della (mera) memoria di costituzione.

Le memorie del ricorrente non possono comunque essere utilizzate per formulare domande nuove ovvero estendere il *thema decidendum*, essendo ciò consentito nei limiti e con le modalità dei motivi aggiunti. Esse costituiscono lo strumento attraverso cui il ricorrente ribadisce, nel corso del giudizio e prima dell'udienza di discussione, le argomentazioni poste a fondamento delle censure sviluppate nell'atto introduttivo, anche "in risposta" alle eccezioni sollevate dalle altre parti del giudizio intime e costitutesi.

## 5. La costituzione delle parti intime

Nel processo amministrativo, in quanto fondato sul principio della unilateralità dell'azione, non è (stato) previsto l'istituto della contumacia che inerisce alla posizione di quei soggetti che, regolarmente evocati in giudizio, non si sono costituiti. Una volta perfezionatasi, dunque, la costituzione del ricorrente attraverso la notificazione dell'atto introduttivo e il deposito del medesimo unitamente al provvedimento impugnato se in possesso del ricorrente medesimo, diventa irrilevante il comportamento del soggetto resistente e degli (eventuali) controinteressati, nel senso che la loro costituzione non è un momento necessario (né per la instaurazione del rapporto processuale, né) per la prosecuzione del giudizio<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> I documenti e gli atti prodotti dinanzi al T.A.R. non possono essere ritirati dalle parti prima che il giudizio sia definito con sentenza passata in giudicato. *Infra*, Parte 6, Capitolo 1.

<sup>108</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2012, n. 4697.

<sup>109</sup> Fatto salvo l'obbligo per l'amministrazione di depositare gli atti e i documenti indicati nell'art. 46, comma 2, c.p.a. Sul punto cfr. *supra* nel testo, nonché *infra*, Parte 5, Capitolo 2, Sez. III.

La **costituzione dell'amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e delle altre parti intime** avviene mediante il deposito di un atto di costituzione o di una **memoria difensiva** (usualmente definita **controricorso**) entro **sessanta giorni** dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso<sup>110</sup>. Nel medesimo termine le parti intime possono fare istanze e indicare i mezzi di prova di cui intendono avvalersi e produrre documenti (analogamente all'incombente previsto a carico del ricorrente sin dal momento in cui redige l'atto introduttivo del giudizio). Tale **termine** va considerato **ordinatorio** per queste parti, nel senso che la loro costituzione in giudizio può avvenire anche oltre, e sino alla udienza di discussione<sup>111</sup>; e dilatorio per il giudice, nel senso che, prima della scadenza del medesimo, non può essere fissata la udienza di discussione del ricorso, a presidio del diritto di difesa delle parti diverse dal ricorrente.

Va comunque tenuto presente che **documenti, memorie e repliche** possono essere presentati, rispettivamente, **quaranta, trenta e venti giorni** liberi prima dell'udienza, per cui la costituzione all'udienza di discussione consente solo la difesa orale. In ogni caso la costituzione "tardiva" avviene nello stato in cui il processo si trova, con la conseguenza che la parte che si è costituita in ritardo non può eccepire la mancata notifica del decreto di fissazione dell'udienza nel termine previsto dall'art. 71 c.p.a. È possibile, anche per le parti intime, la **presentazione tardiva** di memorie e documenti, su richiesta di parte, **eccezionalmente** autorizzata dal collegio ai sensi dell'art. 54 c.p.a. ove la produzione nel termine di legge sia risultata estremamente difficile e nel rispetto comunque del diritto di difesa delle controparti su tali atti.

Le parti intime possono formulare le proprie **eccezioni** per l'intero arco del processo, e, quindi, anche in memorie successive alla prima, ed anche in grado di appello, ad esclusione di quelle soggette a termini di decadenza, come l'eccezione di incompetenza che deve essere sollevata "entro il termine previsto per la costituzione in giudizio" se non è stata proposta domanda cautelare; ovvero l'eccezione di prescrizione che può essere fatta valere solo in primo grado e solo dalla pubblica amministrazione.

Il citato art. 46 ha risolto i problemi di coordinamento sorti nella vigenza della legge T.A.R. Per quanto riguarda la costituzione dell'amministrazione, infatti, l'art. 21, comma 4, novellato, nel prevedere il termine di sessanta giorni per il deposito dei documenti da parte dell'amministrazione, sembrava ipotizzare l'introduzione di un nuovo termine per la costituzione in giudizio dell'amministrazione, certamente più lungo di quello di cui al successivo art. 22. Ora invece nel c.p.a. i due termini sono stati unificati sicché i precedenti *deficit* di coordinamento non dovrebbero più porsi.

Per quanto riguarda, invece, l'individuazione delle parti intime, che possono costituirsi in giudizio mediante la sola formalità del deposito delle memorie e dei documenti, va precisato che tali, a rigore, dovrebbero essere considerate soltanto quelle che sono state destinatarie della notificazione del ricorso, e che quindi interloquiscono nel processo in base a questo titolo. Gli altri soggetti, tra cui andrebbe ricompreso, a rigore, anche il controinteressato pretermesso (e non interessato neppure da un ordine di integrazione del contraddittorio), potrebbero entrare nel giudizio soltanto attraverso la

---

<sup>110</sup> Art. 46, comma 1, c.p.a.

<sup>111</sup> La questione è stata definitivamente risolta dalla decisione della Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 5, che ricostruisce accuratamente i termini del problema.

notificazione di un atto formale di intervento, anche se, accedendo ad una visione sostanzialistica circa la composizione soggettiva del processo amministrativo, tale atto, più correttamente, dovrebbe essere comunque considerato, nella sostanza, al pari della costituzione di una parte necessaria del processo<sup>112</sup>. Sul punto si tornerà nel prosieguo.

Nell'ipotesi di invalidità (ma non di inesistenza) della notificazione del ricorso principale all'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato ovvero ad almeno uno dei controinteressati, la costituzione in giudizio di tali soggetti esplica comunque un effetto sanante.

## ***6. La domanda di fissazione di udienza, ordine di fissazione dei ricorsi e priorità nella trattazione dei ricorsi vertenti su un'unica questione. Abbreviazione dei termini***

Il giudizio prende avvio concreto in un momento successivo al deposito del ricorso, e, precisamente, con il deposito della **domanda di fissazione di udienza** ad opera di una qualunque delle parti costituite presso l'ufficio giurisdizionale adito<sup>113</sup>.

La domanda, formalmente presentata, con atto separato dal ricorso, al Presidente del Collegio e sottoscritta dal difensore, deve essere depositata, entro **un anno** dal deposito del ricorso o dalla cancellazione della causa dal ruolo<sup>114</sup> (ma anche in caso di sospensione e di interruzione del giudizio *ex art. 80 c.p.a.*) per evitare l'estinzione del processo per perenzione (di cui all'art. 81 c.p.a.), nella segreteria del giudice adito senza necessità di notificazioni alle controparti, e annotata su un apposito registro<sup>115</sup>. Trasmessa unitamente al fascicolo di ufficio al Presidente che, con decreto, fissa la data di udienza nominando il giudice relatore, segna, dunque, il momento in cui l'onere dell'impulso processuale si trasferisce dalla parte al giudice, diversamente da quel che accade nel processo civile<sup>116</sup>.

A seguito della domanda di fissazione d'udienza, la segreteria del giudice adito provvede all'iscrizione della causa al ruolo d'udienza.

La domanda di fissazione d'udienza (proprio per rafforzare il principio dell'impulso di parte) è richiesta ora anche per la decisione della fase cautelare<sup>117</sup>.

La domanda di fissazione della udienza è ora espressamente definita "**non revocabile**" dalla parte che l'ha presentata, nella prospettiva di arginare comportamenti dilatori e poco consoni agli obiettivi di efficienza processuale. Di recente è stato espressamente affermato, a fronte della richiesta del ricorrente della cancellazione della causa

<sup>112</sup> Cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 2.

<sup>113</sup> Art. 71 c.p.a. Sull'obbligo di deposito telematico di tutti gli atti e documenti v. *supra*, Parte 4, Capitolo 3, Sez. III, par. 5.

<sup>114</sup> Calcolato escludendo il periodo della sospensione feriale dei termini.

<sup>115</sup> Art. 51, reg. proc. Cons. Stato.

<sup>116</sup> Cfr. N. GIUDICEANDREA, voce *Costituzione in giudizio*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 234 ss.

<sup>117</sup> Artt. 55, comma 4, e 56, comma 1, rispettivamente per la cautelare collegiale e per quella monocratica.

dal ruolo, che a seguito del deposito della domanda di fissazione della udienza, la tempistica del processo viene sottratta alla disponibilità del ricorrente, “rispondendo la definizione della causa a superiori interessi pubblici di giustizia” che non tollerano un ingiustificato rallentamento dei tempi di giustizia in assenza di una comprovata seria esigenza di tutela del diritto di difesa<sup>118</sup>.

Nel momento in cui la causa è iscritta al ruolo d'udienza, il decreto presidenziale di fissazione del giorno dell'udienza di discussione deve essere comunicato a cura dell'ufficio di segreteria almeno 60 giorni prima dell'udienza sia al ricorrente che alle parti costituite in giudizio nel domicilio eletto risultante dal fascicolo di causa. Ove la parte sia domiciliata presso la segreteria, l'ufficio provvederà a comunicare a sé medesimo l'avviso di fissazione dell'udienza<sup>119</sup>.

La normativa, fatte salve le ipotesi dei riti speciali, non stabilisce un termine massimo entro cui va fissata l'udienza di discussione, ma solo un termine minimo, ossia non prima di sessanta giorni dal perfezionamento dell'ultima notifica. Nei casi d'urgenza, il Presidente del Tribunale adito può, su istanza di parte, abbreviare fino alla metà i termini previsti dal Codice per la fissazione di udienze o di camere di consiglio. Conseguentemente sono ridotti proporzionalmente i termini per le difese della relativa fase. Il decreto di **abbreviazione del termine**, redatto in calce alla domanda, va notificato, a cura della parte che lo ha richiesto, all'amministrazione intimata e ai controinteressati ed il termine abbreviato comincia a decorrere dall'avvenuta notificazione del decreto.

La **fissazione della udienza** dovrebbe seguire l'**ordine di iscrizione** delle domande nel registro tenuto dal segretario<sup>120</sup>. È previsto però che nelle ipotesi dichiarate **urgenti**, d'ufficio (per esigenze di funzionalità dell'ufficio o per connessione di materia<sup>121</sup>), su istanza di parte (attraverso la presentazione di apposite **istanze** c.d. di **prelievo**) ovvero nei casi previsti dallo stesso Codice (che al riguardo usa formule differenti)<sup>122</sup>, la trattazione possa essere anticipata. Il nuovo art. 71-*bis* (Effetti dell'istanza di prelievo), introdotto dall'art. 1, comma 781, lett. b), legge n. 208/2015, stabilisce che “A seguito dell'istanza di cui al comma 2 dell'articolo 71, il giudice, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata”.

Il Codice prevede diverse ipotesi di anticipazione.

Oltre ai termini (sempre più) stringenti stabiliti per la decisione nel merito del ricorso in materia di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture (art. 120 c.p.a. come recentemente novellato su cui vedi *infra* nel Manuale), è prevista la fissazione **con priorità** nell'ipotesi di pluralità di ricorsi vertenti su una unica questione. In quest'ultimo caso, disciplinato dettagliatamente nell'art. 72 che costituisce una

<sup>118</sup> T.A.R. Lazio, Roma, 24 luglio 2014, n. 8163.

<sup>119</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 16 settembre 2009, n. 4973.

<sup>120</sup> Art. 8 (Ordine di fissazione dei ricorsi), comma 1, Norme di attuazione del c.p.a. Per la tenuta del registro cfr. artt. 2 e 3 dell'Allegato 2 al c.p.a.

<sup>121</sup> Art. 8, comma 2, cit.

<sup>122</sup> Si tratta nella prassi dell'istituto del c.d. prelievo che consiste in una richiesta, presentabile in ogni momento e anche reiterabile, con la quale la parte sollecita, motivandone le ragioni, la fissazione dell'udienza di discussione che così risulta anticipata rispetto all'ordine usuale.

novità introdotta dal c.p.a. per ridurre l'arretrato negli uffici giudiziari, la deroga al criterio cronologico è subordinata alla duplice condizione della mancata contestazione dei "fatti" di causa da parte di tutte le parti e della "unicità" della questione di diritto (a prescindere se a seguito di rinuncia di tutte le altre o perché il ricorso ne prevedeva una sola) per risolvere l'intera "controversia" (dunque probabilmente con esclusione dell'ipotesi in cui sia stato presentato un ricorso incidentale). Il Collegio, qualora, in sede di esame del merito, rilevi l'insussistenza dei predetti presupposti, dispone con ordinanza che la trattazione della causa prosegua con le modalità ordinarie.

In secondo luogo si prevede la fissazione **con urgenza** nell'ipotesi di ricorsi in materia elettorale, e **con sollecitudine** a seguito dei diversi esiti della udienza camerale per la concessione delle misure cautelari (ai sensi dell'art. 55 c.p.a.).

In terzo luogo il Presidente può derogare al criterio cronologico per esigenze di connessione per materia, per esigenze di funzionalità dell'ufficio, ogniqualvolta sussista la necessità di udienze straordinarie e in ogni caso in cui il Consiglio di Stato abbia annullato la sentenza o l'ordinanza esaminate e rinviato la causa al giudice di primo grado, sebbene la novella all'art. 105 abbia onerato le parti della riassunzione del processo entro novanta giorni al fine di evitare che proseguano d'ufficio giudiziari cui le parti, dopo il giudizio di appello, possono non avere più interesse.

In passato si riteneva che la domanda di fissazione dell'udienza di discussione dovesse essere rinnovata successivamente all'espletamento degli incumbenti istruttori se la precedente domanda aveva esaurito i propri effetti, ossia quando l'udienza si era svolta ed era stata emessa una decisione interlocutoria, ovvero il ricorso era stato cancellato dal ruolo; ma non anche se l'ordinanza presidenziale veniva emessa fuori udienza senza che fosse stata disposta alcuna cancellazione dal ruolo del ricorso. Tale problematica invero poteva già ritenersi risolta sulla base della previgente legge n. 205/2000, sostanzialmente confermata nell'art. 65 (Istruttoria presidenziale e collegiale) del c.p.a. secondo cui l'ordinanza con cui si decide sui mezzi istruttori, fissando contestualmente la data della successiva udienza di trattazione, sembra rendere superflua la presentazione di una nuova domanda.

È stato altresì previsto nell'art. 82 c.p.a. che, decorsi cinque anni dalla data di deposito del ricorso, la segreteria del giudice adito notifica alle parti costituite apposito avviso in virtù del quale è fatto onere, a pena di perenzione del ricorso, alle parti ricorrenti di presentare una nuova istanza di fissazione d'udienza con la firma delle parti medesime entro centottanta giorni dalla data di ricezione dell'avviso medesimo<sup>123</sup>.

## 7. *L'integrazione del contraddittorio. L'intervento*

Si è già osservato che, in presenza di più controinteressati, il ricorso è ammissibile purché sia stato notificato nel termine di decadenza, oltre che all'amministrazione che ha emesso l'atto impugnato, ad almeno uno dei controinteressati<sup>124</sup>. La regola generale

---

<sup>123</sup> Cfr. *infra*, Parte 5, Capitolo 4, Sez. II.

<sup>124</sup> Art. 41, comma 2.

e fondamentale della completezza del contraddittorio di cui all'art. 27 c.p.a.<sup>125</sup>, posta per agevolare il compito del ricorrente sui cui grava l'onere delle notificazioni, è completata dalla previsione di cui al successivo art. 49, secondo cui il giudice amministrativo, ravvisata nel corso del giudizio di primo grado l'esistenza di controinteressati (in senso proprio)<sup>126</sup> non intimati, ordina con sentenza (ma a volte anche con ordinanza) che il ricorrente, entro un termine perentorio, provveda ad integrare le notificazioni mancanti<sup>127</sup> ai soggetti espressamente indicati dal giudice stesso e a depositare in giudizio le relative prove<sup>128</sup>.

Il mancato rispetto dell'**ordine di integrazione del contraddittorio** comporta la improcedibilità del ricorso ai sensi dell'art. 35 c.p.a.; così come la decisione finale, emessa in difetto della integrazione del contraddittorio, è affetta da vizio di procedura, rilevabile d'ufficio in appello dal giudice che deve annullarla con rinvio al giudice di primo grado<sup>129</sup>. In ogni caso, l'intervento in giudizio delle parti che avrebbero dovuto ricevere la notificazione sana tali carenze<sup>130</sup>.

Con riguardo alle modalità per adempiere all'ordine di integrazione, la semplice notifica di copia conforme dell'atto introduttivo a tutti i controinteressati può considerarsi modalità idonea e sufficiente ad integrare il contraddittorio.

In termini di integrazione del contraddittorio va ricordato, come già detto in precedenza, che se è proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso deve essere notificato anche agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo ai sensi dell'art. 102 c.p.c., ossia ai fini della instaurazione di un litisconsorzio necessario che, ove non correttamente instaurato, viene composto dal giudice proprio attraverso l'emanazione dell'ordine di integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 49 c.p.a.

Se, dunque, in prima battuta al ricorrente viene affidato il compito di realizzare un contraddittorio "minimale" al momento della proposizione del ricorso, nel corso del giudizio il dato normativo consente (anzi ora impone) di assicurare la integrità del contraddittorio attraverso la chiamata in giudizio dei soggetti sui quali la decisione finale è destinata a produrre effetti.

E proprio al fine di rendere effettiva la tutela anche dei soggetti entrati nel giudizio in un momento successivo, l'art. 49, con norma di chiusura, chiarisce che i soggetti nei cui confronti è integrato il contraddittorio non sono pregiudicati dagli atti processuali anteriormente compiuti.

---

<sup>125</sup> L'art. 27, comma 2, ha un ambito circoscritto ai soli controinteressati privati, e non concerne le pubbliche amministrazioni che sono invece contraddittori necessari nei casi in cui la richiesta impatti immediatamente sulla relativa sfera di attribuzioni.

<sup>126</sup> Sulla nozione di controinteressato e le varie declinazioni dello stesso cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 2.

<sup>127</sup> Sussistendone i presupposti, anche tali notificazioni possono essere fatte per pubblici proclami con le modalità fissate dal giudice.

<sup>128</sup> Sulla integrazione del contraddittorio in appello cfr. *infra*, Parte 5, Capitolo 3, Sez. I.

<sup>129</sup> *Ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2014, n. 1069.

<sup>130</sup> T.A.R. Lazio, Sez. I, 10 marzo 2010, n. 3146. Se nell'ordinanza con la quale il giudice ordina l'estensione del contraddittorio non è indicato il termine per il deposito dell'avvenuta ottemperanza all'ordine, deve farsi riferimento al termine previsto, in via generale, dall'art. 45, comma 1, c.p.a. per il deposito.

Queste previsioni assumono certamente una nuova consistenza a seguito della costituzionalizzazione del principio del contraddittorio<sup>131</sup> nonché dell'introduzione, nel processo amministrativo, dell'istituto dell'opposizione di terzo, nel senso che ormai la verifica della pienezza del contraddittorio e la disposizione delle necessarie integrazioni devono essere considerate un vero e proprio potere-dovere del giudice, e dovrebbero interessare non solo i controinteressati in senso formale, individuabili sulla base dell'atto impugnato, ma anche i controinteressati in senso sostanziale.

Sinora, però, l'ordine di integrazione emesso dal giudice ha dimostrato una limitata utilità nell'assicurare una piena e corretta instaurazione del contraddittorio, e ciò sia per la permanente adesione al requisito formale per la individuazione delle parti necessarie del giudizio; sia per la assenza nel processo amministrativo di un momento (una udienza) preliminare specificamente dedicato alla verifica circa la correttezza (delle notifiche e) della instaurazione del contraddittorio, che, sovente, viene rilevata soltanto in sede di udienza di discussione<sup>132</sup>.

Per evitare il verificarsi di pregiudizi in capo alle parti del giudizio, ed anche pericolose diseconomie processuali, parte della giurisprudenza, già in epoca anteriore al Codice, aveva imposto la integrazione del contraddittorio prima della decisione della domanda cautelare; sicché l'ordinanza di sospensione assunta prima dell'integrazione del contraddittorio sarebbe stata illegittima e annullata dal giudice dell'appello con restituzione degli atti al T.A.R.<sup>133</sup>. La necessità di effettuare la verifica della completezza del contraddittorio in sede cautelare emerge ora espressamente dall'art. 55, comma 12, c.p.a. anche per la avvenuta "generalizzazione", operata già dalla novella del 2000, del rito immediato, dato che la possibilità di cui all'art. 60 di decidere direttamente nel merito, a seguito della camera di consiglio, con sentenza in forma semplificata, è espressamente subordinata dalla legge al riscontro della completezza del contraddittorio.

Superando un orientamento piuttosto consolidato<sup>134</sup>, l'art. 49 stabilisce al comma 2 che l'integrazione non deve essere ordinata se il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato. In questi casi la causa è decisa con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 74 (Sentenze in forma semplificata) e se il giudice dell'appello ritiene condivisibile tale decisione di primo grado, non annulla con rinvio, atteso che le parti non presenti in giudizio non hanno ricevuto alcun pregiudizio dalla pronuncia del giudice.

Come ricordato in altra Parte del Manuale<sup>135</sup>, il soggetto "che non sia parte del giudizio e non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni, ma vi abbia interesse, può intervenire accettando lo stato e il grado in cui il giudizio si trova".

---

<sup>131</sup> Cfr. *supra*, Parte 3, Capitolo 2, Sez. I.

<sup>132</sup> Nel caso di trasferimento di funzioni da un ente pubblico ad un altro, è esclusa la necessità di integrare il contraddittorio salva la facoltà di quest'ultimo di intervenire spontaneamente in causa, rimanendo la legittimazione a resistere al ricorso già instaurato insensibile alle vicende delle posizioni giuridiche sostanziali: così Cons. Stato, Sez. V, 30 dicembre 2004, n. 8286.

<sup>133</sup> Cons. Stato, Sez. V, ord. n. 1507/1995, in *Giorn. dir. amm.*, con nota di F. FRANCIARIO.

<sup>134</sup> Cons. Stato, Sez. V, 25 settembre 2009, n. 5792.

<sup>135</sup> Cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 2.

La formulazione del nuovo dettato normativo, se certamente meno scarna del previgente art. 37 del reg. proc. Cons. Stato, ove si faceva generico riferimento ai soggetti “interessati alla contestazione”, ha imposto a giurisprudenza e dottrina<sup>136</sup> il compito di definire i “limiti” alla esperibilità dell’intervento nel processo amministrativo.

Sulla scia della sistematica del processo civile, si distinguono diverse forme di intervento: l’intervento in via principale, l’intervento adesivo autonomo e l’intervento adesivo dipendente.

Le differenze strutturali e funzionali del processo amministrativo rispetto al giudizio civile hanno condotto dottrina e giurisprudenza ad escludere non solo l’intervento principale, data la impossibilità di configurare giuridicamente un interesse di un privato che sia al tempo stesso incompatibile e con l’amministrazione e con gli altri privati coinvolti dall’esercizio del potere amministrativo; ma anche quello litisconsortile, per il timore che l’intervento offrisse l’occasione per eludere il principio della perentorietà del termine per ricorrere. In questo secondo caso, precisamente, ha ritenuto ammissibile l’intervento del soggetto legittimato in via principale (il cointeressato) solo se ancora in termini e previa conversione dell’atto di intervento in ricorso in via autonoma<sup>137</sup>; viceversa, dal lato passivo, ove non sussistono termini perentori per la costituzione in giudizio, con maggiore disinvoltura ha accolto la esperibilità dell’intervento da parte del controinteressato pretermesso<sup>138</sup>.

L’unica forma di intervento pacificamente ammessa nel processo amministrativo sin dalla precedente disciplina è dunque l’intervento adesivo dipendente<sup>139</sup>, ossia l’accesso al giudizio di colui che, avendo un qualche interesse, aderisce alle ragioni di una delle parti, che prende il nome di intervento *ad adiuvandum* allorquando l’interveniente aderisce alla posizione del ricorrente, e di intervento *ad opponendum* allorquando l’interveniente aderisca alla posizione della parte intimata o dei controinteressati (opponendosi, dunque, alle argomentazioni del ricorrente)<sup>140</sup>. Per individuare il titolo legittimante tale tipo di intervento si parla all’uopo di “interesse derivato” o “riflesso”<sup>141</sup> rispetto all’interesse (legittimo) tutelato in via principale, nonché di interesse di mero

---

<sup>136</sup> V.M. SESSA, *Intervento in causa e trasformazioni del processo amministrativo*, Napoli, 2012; e più di recente, R. MANFRELOTTI, *Le posizioni soggettive quiescenti: contributo alla teoria generale dell’intervento adesivo nel processo*, in *Il Processo*, 2021, 231 ss.

<sup>137</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 aprile 1965, n. 257, in *Rep. Foro it.*, 1965, c. 1239, n. 259; sembra ammettere invece l’intervento principale tempestivo Sez. IV, 2 luglio 1969, n. 314, in *Foro amm.*, 1969, I, 2, 691. Nelle sentenze più recenti si legge, peraltro, che chi aveva titolo alla impugnativa principale e non l’ha proposta non può neppure appoggiare quella altrui perché anche in tal modo si verificherebbe una elusione dei termini di impugnazione.

<sup>138</sup> Per una interessante rassegna delle caratteristiche di questi istituti ed anche in generale sul tema delle “parti” nel processo amministrativo, con un approccio multidisciplinare, cfr. il recente volume a cura di M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *L’intervento nel processo amministrativo*, Torino, 2023.

<sup>139</sup> E. PICOZZA, voce *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 463 ss., in part. 483, nota 111, ricorda che, anche se nella famosa sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 1978, n. 13, in *Cons. Stato*, 1978, I, 24 ss., si ammette in via di principio l’esperibilità di tutte le forme di intervento previste dall’art. 105 c.p.c., ci si limita ad una affermazione di principio che non viene poi utilizzata rispetto alla fattispecie concreta.

<sup>140</sup> Di recente in tal senso Cons. Stato, Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 747.

<sup>141</sup> A.M. SANDULLI, *Il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 279.

fatto; e ancora di interesse personale e diretto ma non attuale<sup>142</sup>, o di interesse personale e attuale ma non diretto<sup>143</sup>, ovvero di interesse attuale e diretto ma di carattere non personale<sup>144</sup>. Il linguaggio giurisprudenziale, in sostanza, evoca l'idea della esistenza di una sostanziale differenza tra la situazione legittimante l'intervento e l'interesse (legittimo) che trova tutela in via principale nel processo; anche se una definizione in via meramente residuale non consente una chiara identificazione degli elementi costitutivi della situazione medesima<sup>145</sup>.

Nella prospettiva di evitare l'elusione del termine di decadenza per la proposizione del ricorso, la giurisprudenza ha pressoché costantemente escluso nei giudizi impugnatori che il cointeressato possa intervenire in giudizio anche solo meramente *ad adiuvandum*, il che oggi verrebbe confermato dall'art. 28 c.p.a. che consente appunto l'intervento solo a chi, avendovi interesse e non essendo parte (necessaria) del giudizio "non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni"<sup>146</sup>. Secondo tale indirizzo tradizionale il cointeressato che non impugni nei termini non può costituirsi nel giudizio di impugnazione instaurato da un altro cointeressato, né può spiegare, nella sua qualità di cointeressato, un intervento adesivo dipendente, stante l'incompatibilità della posizione dell'interventore dipendente con l'esistenza di un interesse autonomo all'impugnazione.

L'Adunanza Plenaria ha consacrato di recente questa lettura restrittiva dell'art. 28 citato interpretandolo (con specifico riferimento all'ipotesi di un giudizio proposto da altri avverso un atto generale o ad effetti inscindibili per una pluralità di destinatari) nel senso che è inammissibile l'intervento adesivo-dipendente del cointeressato che abbia prestato acquiescenza al provvedimento lesivo<sup>147</sup>.

<sup>142</sup> Cfr. le indicazioni di E. PICOZZA, voce *Processo*, cit., 484, secondo cui in queste ipotesi la giurisprudenza giustifica l'intervento in funzione degli effetti della decisione resa *inter alios* sulle situazioni giuridiche di cui sono titolari i terzi. Sotto un secondo profilo, prosegue l'autore, la giurisprudenza ammette l'intervento in funzione della influenza, positiva o negativa, che il giudicato sarebbe in grado di svolgere, quale precedente, in altro processo nella cui cognizione rientrino in tutto o in parte fatti o questioni del primo.

<sup>143</sup> Così E. GUICCIARDI, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Giur. it.*, 1941, III, 17 ss.

<sup>144</sup> Cfr. T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 31 gennaio 2014, n. 201; meno recenti Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 1995, n. 420, in *Foro amm.*, 1995, 994; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 23 febbraio 1994, n. 276, in *TAR*, 1994, I, 986.

<sup>145</sup> Cfr. A. TRAVI, *L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 20 maggio 1996, n. 655, in *Foro it.*, 1997, III, 22 ss.

<sup>146</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, 13 aprile 1965, n. 257, in *Rep Foro it.*, 1965, 1239. La posizione è vivacemente contestata da M. NIGRO, *In tema di intervento volontario nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1951, I, 1, 283 ss., che, muovendo dalla considerazione che con l'intervento adesivo il privato non propone una propria domanda ma appoggia una domanda altrui, ritiene esperibile questa forma di intervento anche da parte del cointeressato, il quale "si accontenterebbe" di una posizione secondaria, agganciata ad un interesse originariamente protetto in via diretta, immediata ed autonoma che, con la scadenza del termine, si sarebbe "consumato", o, meglio, "degradato" in uno "più fiavole", necessario e sufficiente a sostenere un intervento adesivo. Tale preclusione è ribadita da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 2 luglio 2020, n. 7588; e prima da Sez. I, 28 gennaio 2014, n. 1062.

<sup>147</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plen., 29 ottobre 2024, n. 15 che ha anche precisato che qualora sia pendente innanzi all'Adunanza Plenaria un giudizio nel quale si faccia questione di profili di illegittimità di un atto generale regolatorio, avente effetti nei confronti di una intera categoria di operatori economici, è inammissibile l'intervento – innanzi alla medesima Adunanza Plenaria – di chi abbia impugnato

La posizione dell'Adunanza Plenaria fa leva su tre ordini di motivi: il tenore letterale dell'art. 28 c.p.a. ove si fa espresso riferimento a che l'interventore non sia "decaduto dall'esercizio delle relative azioni"; la struttura stessa del giudizio impugnatorio e delle connesse esigenze di stabilità e certezza dell'azione amministrativa anche ove al giudizio di legittimità siano sottoposti atti dotati di effetti inscindibili, erga omnes o comunque plurisoggettivi; gli effetti peculiari del giudicato nel giudizio di legittimità di un atto amministrativo che, per quel che riguarda gli effetti ulteriori rispetto all'annullamento, ossia gli effetti ordinatori e conformativi operano sempre solo *inter partes*.

L'indirizzo favorevole ad ammettere l'intervento *de quo* è rimasto dunque minoritario. In precedenza si era affermato, in senso profondamente diverso e certamente molto innovativo, "che, anche alla luce della formulazione dell'art. 28 Cod. proc. amm., non vi siano ostacoli ad ammettere, anche dopo la scadenza del termine di decadenza, un intervento adesivo dipendente del cointeressato, almeno laddove (come accade nella vicenda interessata dal presente giudizio) egli sia destinatario di atti ad effetti non frazionabili, il che si verifica appunto quanto l'annullamento del provvedimento non può che operare nei confronti di tutti i destinatari"; e ciò in quanto "la *ratio* della previsione del termine di decadenza per proporre il ricorso (e la *ratio* dell'art. 28 Cod. proc. amm. che ammette l'intervento solo da parte di chi non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni) non sia quella di sanzionare i comportamenti inerti dei soggetti interessati, ma quella di assicurare la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici e delle situazioni soggettive, evitando che l'azione amministrativa che si esprime attraverso un determinato provvedimento rimanga per troppo tempo controvertibile per via giurisdizionale"<sup>148</sup>.

Conclusione ora radicalmente rinnegata dall'intervento ultimo dell'Adunanza Plenaria.

Nella vigenza della precedente disciplina, peraltro, è stata riconosciuta la possibilità di intervenire anche ai soggetti titolari di una situazione giuridica soggettiva "autonoma e incompatibile", che legittimerebbe il titolare, oltre che a proporre intervento, anche ad appellare ovvero a proporre opposizione di terzo<sup>149</sup>. Si tratta di una situazione soggettiva di cui è titolare ogni soggetto nel momento in cui il riconoscimento (o il mancato disconoscimento) di un interesse materiale da lui avvertito dipende dal comportamento favorevole e legittimo dell'amministrazione; la quale decide la misura di quella utilità sostanziale, cui il privato aspira, che rappresenta l'ottimale contemperamento e dell'interesse pubblico e dell'interesse privato. La "autonomia" di cui parla la giurisprudenza in simili fattispecie sta ad indicare che l'interesse finale cui il privato aspira è differente tanto da quello del ricorrente quanto da quello del cointeressato (che è istituzionalmente titolare di un interesse opposto a quello del primo) perché si

---

il medesimo atto con un ricorso ancora pendente innanzi al T.A.R. Cfr. il commento critico di C. FIDATO, *Riflessioni sull'intervento adesivo dipendente del cointeressato e sulla necessità dell'intervento innanzi all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, 1, 188 ss.

<sup>148</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882, in *Dir. proc. amm.*, con nota di M. RICCIARDO, *L'intervento nel processo amministrativo: antichi problemi e nuove prospettive dopo il Codice del 2010*, 336 ss.

<sup>149</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 8 maggio 1996, n. 2, cit.; Id., Sez. IV, 20 maggio 1996, n. 655, in *Foro it.*, 1997, III, 22 ss., con nota di A. TRAVI, *L'opposizione*, cit.

colloca in una posizione intermedia fra questi due poli estremi. I titolari di tale situazione soggettiva non possono, in sostanza, essere agevolmente astretti in alcuna delle categorie tradizionali delle parti del processo amministrativo, ma al tempo stesso devono poter ricevere una tutela piena ed effettiva della propria sfera giuridica<sup>150</sup>.

L'intervento, in queste ipotesi, rappresenta il momento in cui i soggetti titolari della situazione "autonoma" fissano la propria posizione di interesse nei confronti dell'oggetto del giudizio come individuato dalle affermazioni delle parti già costituite; di un interesse che risulta identificato nei suoi tratti distintivi e soggettivizzato sulla base delle indicazioni normative, in un momento, cioè, antecedente alla instaurazione del giudizio<sup>151</sup>.

In questa prospettiva, allora, l'intervento in giudizio diventa un validissimo strumento per la corretta instaurazione del contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti che sono coinvolti dall'esercizio della medesima attività amministrativa<sup>152</sup>; ed anche per assicurare una maggiore stabilità alla sentenza dato che a questi soggetti viene riconosciuta la legittimazione a proporre la opposizione di terzo<sup>153</sup>.

Tale obiettivo dovrebbe oggi essere assicurato dalla previsione dell'**intervento coatto *iusu iudicis***<sup>154</sup>, sebbene gli artt. 28, comma 3 e 51 che lo prevedono sembrano configurare un **potere discrezionale** del giudice, che può disporlo d'ufficio o su istanza di parte. Nell'ordinare la chiamata in giudizio il giudice indica gli atti che all'interventore devono essere notificati. Ove il terzo non sia chiamato nel termine prescritto, il giudice dichiara il ricorso improcedibile *ex art. 35*. La **costituzione** dell'interventore avviene entro **sessanta giorni** (ma anche tale termine, come quello per la costituzione delle parti intimiate non va considerato perentorio) dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso.

Per quanto riguarda invece l'**intervento volontario** nel giudizio, l'art. 50 stabilisce che l'atto di intervento, analogamente a quanto previsto per gli elementi del ricorso introduttivo, deve contenere l'*intestazione* (ossia l'indicazione del giudice adito), la indicazione delle *generalità* dell'interventore, le *ragioni* su cui si fonda l'intervento accompagnato dalla *produzione dei documenti giustificativi*, e la *sottoscrizione* del difensore ai sensi dell'art. 40, comma 1, lett. d). Quanto al contenuto dell'atto di intervento, è comunque costante l'orientamento secondo cui con lo stesso non si possa estendere il *thema decidendum* oltre i limiti fissati dal ricorrente mediante i motivi del ricorso principale; e tale principio vale tanto per l'intervento *ad adiuvandum* quanto per quello *ad opponendum*.

<sup>150</sup> Cfr. M. D'ORSOGNA, *L'intervento nel processo amministrativo: uno strumento cardine per la tutela dei terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 381 ss., in part. 455 ss.

<sup>151</sup> La dottrina, d'altro canto, già da tempo, e con grande lungimiranza, aveva evidenziato che ciascuno è arbitro della valutazione della propria convenienza, ed è libero, pertanto, di determinarsi in relazione a quella valutazione, all'utilizzo delle possibilità di reazione e di tutela che l'ordinamento gli conferisce, senza alcuna limitazione derivante da una valutazione di interesse compiuta presuntivamente e autoritativamente da altri: così A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, I, 1962, 262.

<sup>152</sup> Cfr. M. D'ORSOGNA, *L'intervento*, cit., 460 ss.

<sup>153</sup> Cfr. *infra*, Parte 5, Capitolo 3, Sez. II.

<sup>154</sup> In tal senso si erano già mossi T.A.R. Marche, 20 luglio 1976, n. 162, in *Giur. merito*, 1977, III, 940 ss.; T.A.R. Lombardia, Brescia, 17 dicembre 1997, n. 1243, in *Giur. it.*, 1998, III, I, 814 ss.

Per quanto concerne, infine, la **forma processuale**, l'atto di intervento deve essere **notificato a tutte le parti processuali** ed all'amministrazione resistente, anche se non costituitesi attesa la generica locuzione "alle parti" utilizzata nel Codice e la precisazione che se sono costituite, la notificazione va effettuata nel domicilio eletto ai sensi dell'art. 170 c.p.c.; e ciò tanto se si tratti di intervento *ad adiuvandum*, quanto di intervento *ad opponendum*. L'atto di intervento, con la prova dell'avvenuta notifica, deve essere poi **depositato** presso la segreteria dell'organo giurisdizionale nei termini di cui all'art. 45 c.p.a., ossia entro trenta giorni decorrenti dal momento in cui l'ultima notificazione dell'atto stesso si è perfezionata anche per il destinatario.

Il c.p.a., a differenza della precedente disciplina, sebbene non si occupi espressamente di fissare un termine decadenziale per la notifica dell'atto di intervento, comunque cerca quantomeno di soddisfare l'esigenza di non pregiudicare i diritti di difesa delle altre parti processuali, stabilendo che l'atto di intervento *ex* art. 28, comma 2, esperito cioè da chi non è controinteressato né in senso formale né in senso sostanziale, deve essere depositato fino a trenta giorni prima dell'udienza.

L'interventore si trova in una posizione processuale subordinata a quella della parte principale, non può ampliare in alcuna sede l'oggetto della controversia (o porre in essere atti che comportino la disponibilità del rapporto controverso), oltre a non poter proporre appello (se non per i capi della sentenza che si occupano dell'intervento) ovvero opposizione di terzo.

Nel **giudizio d'appello** sono parti tutti i soggetti che tali sono stati (o avrebbero dovuto essere) nel giudizio di primo grado, e quelli intimati dall'appellante. Oltre a questi può intervenire chiunque ritenga di essere in qualche modo **pregiudicato** dalla sentenza; chiunque – cioè – sia legittimato a proporre la opposizione di terzo<sup>155</sup>. Non possono intervenire, invece, coloro che avrebbero dovuto proporre ricorso in primo grado in qualità di cointeressati; ovvero proporre appello in via principale in qualità di soccombenti. È infatti evidente che costoro, non avendo tempestivamente impugnato, hanno prestato acquiescenza, rispettivamente, al provvedimento ed alla sentenza; e che per essi l'intervento costituisce un tentativo surrettizio di rimettersi in termini.

## 8. *La proposizione di motivi aggiunti*

È noto come la giurisprudenza amministrativa si sia fatta carico di colmare i vuoti evidenziatisi, con riguardo alla struttura del modello processuale formatosi progressivamente nell'arco di oltre un secolo, in materia di tutela giurisdizionale nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione. Tra i problemi che già ai primi del Novecento hanno richiesto un correttivo del giudice amministrativo, sicuramente un posto di primaria importanza deve essere riservato al **ricorso per motivi aggiunti** in quanto nel nostro processo, retto dal principio dispositivo, fondamentale è il profilo concernente la conoscenza del materiale documentale su cui si basa il provvedimento

---

<sup>155</sup> Cfr. *infra*, Capitolo 3, Sez. II.

impugnato<sup>156</sup>. È questa una delle differenze più consistenti rispetto al processo civile, dove tale aspetto influisce in maniera relativamente modesta sulla possibilità che le parti hanno di ricercare gli elementi di fatto e di diritto su cui poi fondare la domanda, in quanto rientra nella piena disponibilità di queste ultime la possibilità di raccogliere fatti e documenti a sostegno della situazione di cui si invoca la tutela.

Senza con ciò ripercorrere l'evoluzione dell'istituto dei motivi aggiunti<sup>157</sup>, va richiamato come le aperture giurisprudenziali sopra ricordate si siano prevalentemente concentrate nell'individuare soluzioni volte ad assicurare la realizzazione completa del più generale principio del contraddittorio, consentendo così al ricorrente di integrare l'atto introduttivo del giudizio, contenente le censure alla base della pretesa vantata, con ulteriori motivi ricorso.

Un indubbio contributo è altresì derivato dalla scelta del legislatore di abbandonare, da più di un quarto di secolo, la tradizionale regola del segreto d'ufficio, da intendersi come uno degli elementi caratterizzanti l'ordinamento a diritto amministrativo. Si è dunque introdotto il principio opposto della pubblicità e della trasparenza dell'azione dei pubblici poteri, volendo con ciò ridurre la supremazia di cui questi ultimi godono sul piano sostanziale, con indubbie ripercussioni anche in ordine ai profili più specificamente processuali. Da qui i puntuali interventi del giudice amministrativo, principalmente finalizzati a superare le difficoltà che si frappongono non solo ad un effettivo esercizio del diritto di difesa ma anche del diritto a ricorrere<sup>158</sup>.

In buona sostanza, la proposizione di motivi aggiunti è stata dichiarata ammissibile in conseguenza della cognizione, da parte del ricorrente, di **fatti o atti sopravvenuti alla proposizione del ricorso principale**<sup>159</sup>, in grado di far emergere la sussistenza di **ulteriori vizi originari** del provvedimento impugnato<sup>160</sup>. Tale conclusione troverebbe conferma nel vincolo derivante dalla immodificabilità del *petitum*, così come

<sup>156</sup> Per una rivisitazione dell'evoluzione dell'istituto attraverso gli interventi della giurisprudenza si rinvia a Cons. Stato, Sez. V, 3 giugno 2002, n. 3067 che ha qualificato la possibilità di integrare la domanda originaria come motivi aggiunti c.d. successivi, così chiamati per differenziare il fenomeno rispetto ai motivi aggiunti c.d. tempestivi (o integrativi) attraverso cui il ricorrente, invece, fa valere nuovi profili di illegittimità dell'atto già impugnato conosciuti dopo la proposizione del ricorso ma prima della scadenza del termine per l'impugnazione.

<sup>157</sup> Per una ricostruzione esaustiva ed efficace di tale tematica il rinvio è d'obbligo a C. MIGNONE, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova, 1984, nonché a V. CAIANIELLO, voce *Motivi aggiunti (giudizio amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990.

<sup>158</sup> V. per tutti Cons. Stato, Ad. Plen., 27 ottobre 1987, n. 24, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 91 ss.; sui rapporti tra diritto di accesso quale strumento concreto per realizzare una maggiore attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale sia consentito rinviare a F. FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 257 ss.

<sup>159</sup> Merita sottolineare come la giurisprudenza abbia recentemente ribadito come il concetto di "piena conoscenza dell'atto lesivo" non deve essere inteso come "conoscenza piena ed integrale" dei provvedimenti che si intendono impugnare, ovvero di atti endoprocedimentali, essendo sufficiente "la percezione dell'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli e degli aspetti che ne rendono evidente la lesività della sfera giuridica del potenziale ricorrente"; così, testualmente Cons. Stato, Sez. V, 7 agosto 2015, n. 3881 cui *adde* Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2016, n. 5511.

<sup>160</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 1978, n. 1297, in *Cons. Stato*, 1978, I, 1906.

individuato nell'atto introduttivo del giudizio, essendo solamente permesso l'eventuale arricchimento della *causa petendi*<sup>161</sup>. Addirittura, in un primo momento, l'aggiunzione era ritenuta ammissibile solo in conseguenza della produzione documentale avvenuta in corso di giudizio<sup>162</sup>. Solo successivamente è stato recepito l'orientamento volto a consentire la proposizione di motivi aggiunti deducibili in seguito alla cognizione extragiudiziale dell'invalidità<sup>163</sup>.

Nonostante la pacifica applicazione di tali insegnamenti, il legislatore non ha fin qui ritenuto di dover recepire le ragioni che da subito hanno spinto il giudice amministrativo a colmare le lacune legislative riscontrate in materia. Ed infatti, la stessa legge n. 205/2000 (non modificata sul punto dall'art. 43 c.p.a.) si è limitata a prevedere la possibilità di integrare la domanda principale allorché, nel corso del giudizio, l'amministrazione emani un nuovo provvedimento incidente sulla situazione giuridica fatta valere con la proposizione del ricorso principale<sup>164</sup>.

Peraltro, anche questo risultato rappresenta il punto di arrivo di un contrasto che ha visto fronteggiarsi due diversi orientamenti<sup>165</sup>. I termini delle differenti argomentazioni giurisprudenziali possono schematicamente ricondursi a questo: da un lato, l'inammissibilità della proposizione dei motivi aggiunti nei confronti dei nuovi provvedimenti, veniva respinta dovendosi mantenere inalterato il *petitum* e la materia del contendere<sup>166</sup>, così come individuati nel giudizio principale, ribadendo l'idea tradizionale secondo cui la decisione con un'unica sentenza su una pluralità di impugnazioni riguardanti atti diversi ma tra loro collegati è consentita solo attraverso la riunione dei ricorsi avviati in forma autonoma (a prescindere dai problemi che ne potrebbero derivare sul piano della individuazione del giudice territorialmente competente)<sup>167</sup>.

Dall'altro lato, sia pure in misura minoritaria<sup>168</sup>, la censurabilità dei provvedimenti sopravvenuti (con conseguente possibilità per l'interessato di scegliere tra il ricorso

---

<sup>161</sup> E ciò è quanto puntualmente si verifica a seguito della proposizione del ricorso per motivi aggiunti; in senso conforme si rinvia a M.A. QUAGLIA-C. MIGNONE, in A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi di giustizia amministrativa*, Torino, 1992, 567-568.

<sup>162</sup> Sul punto vedasi Cons. Stato, Ad. Plen., 2 maggio 1960, n. 4, in *Foro amm.*, 1960, I, 349 ss.

<sup>163</sup> Da notare come tale precisazione sia contenuta in una decisione (Cons. Stato, Ad. Plen., 28 ottobre 1980, n. 38, in *Foro it.*, 1981, III, 137 ss.) con dieci anni di anticipo sull'introduzione della disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi.

<sup>164</sup> In tal senso cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4; ed ancora, da qualche anno, il Supremo Consesso amministrativo distingue tra motivi aggiunti propri e impropri, a seconda che oggetto dell'impugnazione risulti essere un provvedimento ulteriore e diverso rispetto a quello originariamente impugnato con il ricorso introduttivo (così Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2015, n. 5); per una recente riproposizione di tale distinzione, anche con l'indicazione dei limiti che la proposizione dei motivi aggiunti c.d. impropri incontra in appello, ai sensi dell'art. 104 c.p.a., cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VII, 29 aprile 2024, n. 3855. In linea con quanto già statuito da Cons. Stato, Sez. IV, 1° febbraio 2022, n. 678 e 31 gennaio 2022, n. 651.

<sup>165</sup> Estremamente interessante, al riguardo, la ricostruzione contenuta in Cons. Stato, Sez. IV, 16 ottobre 1998, ord. n. 1318.

<sup>166</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 14 novembre 1996, n. 1336.

<sup>167</sup> Cfr. *supra*, Parte 2, Capitolo 5.

<sup>168</sup> In tal senso v. Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 1993, n. 398; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 4 novembre 1995, n. 343; Id., 26 febbraio 1987, n. 61, in *Cons. Stato*, I, 1987, 249.

autonomo e la forma dei motivi aggiunti) veniva vista come il mezzo più idoneo per assicurare un indubbio vantaggio sotto il profilo della speditezza del procedimento e dei conseguenti costi processuali<sup>169</sup>.

Se l'adesione del legislatore del 2000 a quest'ultima impostazione ha rappresentato un indubbio progresso in termini di effettività della tutela, allo stesso tempo la disciplina allora introdotta è apparsa subito alla dottrina ed alla giurisprudenza più avvertite non priva di evidenti contraddizioni. Ed invero, la possibilità di impugnare i provvedimenti sopravvenuti nelle more di svolgimento del giudizio attivato con il ricorso principale veniva condizionata all'esistenza di una connessione oggettiva e soggettiva al *thema decidendi* del processo pendente.

È proprio il profilo della connessione soggettiva ad aver suscitato le maggiori perplessità in quanto, se ritenuto requisito essenziale per la proposizione dei motivi aggiunti, una nutrita casistica di attività amministrativa sarebbe risultata esclusa dalla possibilità di venire sindacata nell'ambito di un unico procedimento giurisdizionale, sottoponendo gli interessati ad una duplicazione di giudizi, con il rischio, tutt'altro che remoto, di dare vita ad un contrasto fra giudicati. Si pensi alle numerose ipotesi in cui l'esercizio dell'attività amministrativa avvenga in attuazione di provvedimenti a carattere generale. È questo il classico caso dei provvedimenti ablatori che realizzano le scelte determinate in sede di pianificazione generale. È noto come la competenza in materia di approvazione dei piani regolatori generali appartenga alla Giunta regionale, mentre le scelte conseguenti, da realizzarsi mediante espropriazione delle proprietà private, rientri tra le potestà dell'organo locale competente. Ad analoga conclusione sembra doversi pervenire nel caso di decisioni emanate in attuazione degli obiettivi individuati ed approvati con gli accordi di programma o in sede di conferenza di servizi. Anche in dette ipotesi, nella maggioranza dei casi, l'autorità chiamata ad adottare i provvedimenti applicativi è comunque diversa da quella che ha determinato l'atto presupposto, per cui, ancora una volta, l'istituto dei motivi aggiunti non risulterebbe utilizzabile.

Per tali ragioni, in giurisprudenza<sup>170</sup> ed in sede di riflessione teorica<sup>171</sup>, si è rapidamente affermata una posizione più aperta, volta a considerare ammissibili, in una prospettiva di massima valorizzazione dell'istituto, i motivi aggiunti proposti nei confronti di atti connessi al provvedimento originariamente impugnato "anche nell'ipotesi in cui siano diversi i controinteressati".

---

<sup>169</sup> Così Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 4 novembre 1995, n. 343, cit., con nota critica di F. FRACCHIA, *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 683 e sp. 694 ss.

<sup>170</sup> Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2003, n. 7632, in *Urb. e app.*, 2004, 327, con commento adesivo di C.E. GALLO; Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 2003, n. 3187; Id., 22 ottobre 2002, n. 5813.

<sup>171</sup> Si tratta di una eventualità assai frequente nello svolgimento dell'azione amministrativa, pendente un giudizio: si pensi alla situazione che spesso si verifica allorché si impugni un provvedimento di esclusione dalla gara, rispetto alla quale, tradizionalmente, si esclude che siano configurabili controinteressati, e, successivamente l'aggiudicazione a terzi del contratto, ove, invece, controinteressato è senz'altro l'aggiudicatario. Aderendo all'impostazione restrittiva, sarebbe inevitabile concludere nel senso della necessaria proposizione di ricorsi separati, con conseguente svalutazione della portata innovativa della riforma (così anche C.E. GALLO, *Commento*, cit., 330).

Tali incongruenze, sono state opportunamente eliminate dall'art. 43 c.p.a. laddove è testualmente ammesso che "I ricorrenti, principale e incidentale possono introdurre con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove purché connesse a quelle già proposte". Appare dunque evidente la volontà di superare le aporie discendenti dal vecchio testo, utilizzando una formula che va nella direzione giusta, richiedendo, come unico presupposto per l'allargamento del giudizio, una connessione genericamente intesa<sup>172</sup>. L'espressione utilizzata dalla novella è così ampia da interessare tipologie di collegamento tra atti molto eterogenee tra loro, che spaziano dal collegamento tra atti del medesimo procedimento, a quello tra atto presupposto ed atto consequenziale, ovvero tra regolamento ed atto applicativo.

La dottrina, peraltro, si è dimostrata già da tempo favorevole all'utilizzabilità di tale strumento anche nell'ipotesi di collegamento scaturente dal fatto che il nuovo atto si pone come riesercizio (su iniziativa della stessa amministrazione resistente o sollecitato dal giudice, ad esempio a seguito dell'adozione di una misura cautelare "propulsiva") del medesimo potere di cui l'atto inizialmente impugnato costituisca manifestazione<sup>173</sup>.

Analogo favore è mostrato con riferimento all'impugnazione di atti, adottati anteriormente a quello oggetto del ricorso principale e che di questo costituiscono l'antecedente giuridico (è il caso dell'atto procedimentale, presupposto o regolamentare). In tale ipotesi, infatti, la recente giurisprudenza ha recuperato e riaffermato l'indirizzo più risalente, favorevole a riconoscere l'utilizzabilità di questo strumento di concentrazione processuale anche per gli atti adottati prima del giudizio, ma conosciuti dalla parte privata interessata a gravarli soltanto nel giudizio medesimo in esito alle produzioni documentali effettuate in giudizio dalle parti resistenti<sup>174</sup>.

Nell'ipotesi in cui venga in gioco un atto di natura regolamentare in sede di giurisdizione esclusiva, resta salva, peraltro, la possibilità per il giudice amministrativo di fare ricorso all'istituto della disapplicazione.

Per altro verso, se la concentrazione in un unico processo di più impugnazioni tra loro connesse permette di valorizzare al massimo il principio del contraddittorio, la posizione dei nuovi soggetti evocati in un giudizio pendente potrebbe risultare penalizzata dalle attività già svolte in loro assenza (si pensi alle risultanze frutto di attività istruttorie, compiute nel corso del primo procedimento giurisdizionale). In questa prospettiva, parrebbe pertanto auspicabile attribuire ai "controinteressati sopravvenuti" i medesimi poteri riconosciuti agli interventori litisconsortili nel processo civile, con riferimento all'attività giudiziale svolta fino al loro ingresso nel processo avviato, ruolo che diversamente non avrebbero l'opportunità di svolgere mantenendo distinte ed autonome due fasi del giudizio tra loro comunque oggettivamente connesse. Ed ancora, il meccanismo delineato dalla disposizione in parola permette altresì di coinvolgere i

---

<sup>172</sup> Sul tipo connessione richiesta dal giudice amministrativo nell'arco di oltre dieci anni di applicazione dei criteri indicati nell'art. 43 c.p.a., cfr., fra le tante, Cons. St., Sez. V, 29 luglio 2022, n. 8337; Id., Sez. V, 7 agosto 2020, n. 9072; Id., Sez. VI, 16 aprile 2019, n. 2481.

<sup>173</sup> C. CACCIAVILLANI, *Sul ricorso, per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge Tar, come modificato dalla legge n. 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 181 ss.

<sup>174</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, 877 ss.

c.d. controinteressati occulti, difficilmente individuabili sulla base della prima domanda, riducendo, nel contempo, l'eventualità di successive opposizioni di terzo.

Per quanto attiene poi gli aspetti di tecnica processuale, l'art. 43 citato contribuisce a rimuovere ulteriori dubbi, sorti in conseguenza delle disposizioni introdotte con la riforma del 2000.

In primo luogo, il dilemma della doverosità o meno per l'interessato di utilizzare lo strumento dei motivi aggiunti; l'aver inserito l'inciso "possono introdurre con motivi aggiunti nuove domande" in luogo di "Tutti i provvedimenti adottati in pendenza di ricorso ... sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti", consente di attribuire a questa particolare forma di impugnazione il valore di una facoltà (utilizzabile in alternativa alla azione ordinaria), anziché di un onere, il cui mancato rispetto comporterebbe l'inammissibilità del ricorso proposto in via autonoma contro gli atti connessi. Già in passato dottrina<sup>175</sup> e giurisprudenza<sup>176</sup> si erano espresse in tal senso, sottolineando come la *ratio* dell'istituto consistesse prevalentemente nella realizzazione della concentrazione processuale<sup>177</sup>, obiettivo oggi rafforzato dal successivo comma 3 dell'art. 43 il quale non demanda più alla valutazione discrezionale del giudice l'opportunità di riunire i ricorsi, optando al contrario per un vero e proprio obbligo di quest'ultimo di trattare congiuntamente le questioni sottoposte al suo sindacato<sup>178</sup>.

Sotto altro aspetto, la nuova formula introdotta dalla disposizione in esame non contiene elementi utili a superare l'interrogativo della **natura accessoria o meno** del ricorso per motivi aggiunti. Appare più persuasiva la tesi che induce ad escludere che ad esso vada attribuita sempre ed in ogni caso natura accessoria<sup>179</sup> e, conseguentemente, che vada dichiarata la improcedibilità del medesimo nell'ipotesi in cui il ricorso originario non sia suscettibile, per una qualche ragione, di essere deciso nel merito. La conformazione attuale dell'istituto induce, invece, a distinguere. L'accessorietà potrebbe, al limite, essere predicata con riguardo all'impugnazione di un atto meramente applicativo di quello originario proposta solo per far valere vizi di illegittimità derivata da quelli già dedotti nel primo ricorso, ma non anche nell'ipotesi in cui venga in questione un'impugnazione che, per il tipo di collegamento assunto e per il tipo di vizi dedotti, sia suscettibile di essere proposta anche in forma autonoma<sup>180</sup>.

In terzo luogo, il legislatore non ha precisato se la forma dei motivi aggiunti possa

<sup>175</sup> Sia consentito rinviare a F. FIGORILLI, *I motivi aggiunti*, in B. SASSANI-R. VILLATA (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo, Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2004, 169 ss.; M. RAMAJOLI, *Impugnazione dei provvedimenti sopravvenuti nel corso del giudizio e connessi con quello già impugnato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, 567 ss.

<sup>176</sup> Cons. Stato, Sez. V, 6 luglio 2002, n. 3717; T.A.R. Veneto, Sez. III, 20 dicembre 2002, n. 6675; Id. Veneto, Sez. III, 20 dicembre 2002, n. 6675; Id., 30 agosto 2002, n. 6675.

<sup>177</sup> C. CACCIAVILLANI, *Sul ricorso*, cit., in part. 187.

<sup>178</sup> Ed infatti, l'art. 43, comma 3, c.p.a. così recita: "Se la domanda nuova di cui al comma 1 è stata proposta con ricorso separato davanti allo stesso tribunale, il giudice provvede alla riunione dei ricorsi ai sensi dell'art. 70".

<sup>179</sup> Questa è invece la posizione di M. RAMAJOLI, *Impugnazione dei provvedimenti*, cit., 572.

<sup>180</sup> E che assume invece la forma dei motivi aggiunti in ossequio alle esigenze di concentrazione processuale valorizzate dalla novella legislativa. In questo senso T.A.R. Toscana, Sez. I, 14 luglio 2003, n. 2793, e in dottrina C. CACCIAVILLANI, *Sul ricorso*, cit., in part. 194.

essere utilizzata anche quando la **competenza a conoscere dell'impugnazione del provvedimento sopravvenuto connesso** spetti ad un T.A.R. diverso da quello già adito, in quanto, se così fosse, si avrebbe una inedita (per il processo amministrativo) modificazione delle regole di competenza per ragioni di connessione. Le nuove regole in tema di inderogabilità della competenza territoriale, consacrate nell'art. 13 c.p.a., parrebbero prospettare degli ostacoli insormontabili, sebbene tale conclusione si ponga in diretto contrasto con i principi di concentrazione ed immediatezza a loro volta ben presenti al legislatore del 2010. Pertanto, il rischio di attivazione di due contenziosi tra loro connessi avanti a due T.A.R. deve essere affrontato e risolto anche alla luce di una lettura costituzionalmente orientata, ai sensi dell'art. 111 Cost., unitamente ai principi solennemente affermati agli artt. 1 e 2 c.p.a. Più in particolare, parrebbe più opportuno – anche alla luce dei criteri che hanno ispirato la riforma del 2000 – ammettere la concentrazione di tutte le impugnazioni concernenti il medesimo episodio di vita (ancorché regolato da provvedimenti amministrativi conosciuti o emanati in distinti momenti) avanti alla medesima autorità giurisdizionale. In questa prospettiva, dunque, spostandosi l'oggetto del giudizio da un mero sindacato sull'atto ad una valutazione di tutta la vicenda tra amministrazione ed amministrato, appare sistematicamente più corretta potendosi estendere anche al nostro modello processuale la regola di cui all'art. 31 c.p.c. in tema di spostamento della competenza territoriale per le cause legate da un nesso di connessione. In tale evenienza, pertanto, del tutto legittimo si presenterebbe il superamento della non derogabilità di detta competenza, sia in virtù del richiamo ai principi del processo civile in assenza di precise indicazioni sul piano positivo, sia in conseguenza dell'espressa statuizione da parte dello stesso legislatore che, inspiegabilmente, ha previsto detta deroga in sede di disciplina del ricorso incidentale all'art. 42 c.p.a.

L'Adunanza Plenaria ha chiarito sul punto che in conformità ai principi di concentrazione e di pregiudizialità cronologica e logico-giuridica, il ricorso per motivi aggiunti con il quale venga impugnato un atto connesso, sopravvenuto nel corso del giudizio, viene attratto nella competenza cognitoria del T.A.R. già adito con il ricorso principale<sup>181</sup>.

Analoghe considerazioni potrebbero valere anche per il caso di integrazione della domanda originaria che comporti una richiesta differente ricadente in un rito diverso da quello chiamato a regolare il ricorso principale; pur trattandosi di un'eventualità abbastanza remota, merita sottolineare come per il silenzio inadempimento, l'art. 117, comma 5, c.p.a. preveda espressamente che, nel caso di emanazione del provvedimento richiesto nel corso della controversia volta ad accertare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere, il processo deve proseguire “con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito”.

È stato altresì affermato che nel processo amministrativo l'istituto dei motivi aggiunti ben si presta a veicolare censure sorte da dichiarazioni di incostituzionalità sopravvenute al ricorso originario<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 20 novembre 2013, n. 29, secondo cui, più in particolare, l'atto applicativo o consequenziale, rientrante nella competenza di un determinato T.A.R. sulla base degli ordinari criteri di cui all'art. 13 c.p.a., risulterà attratto per connessione in quella del T.A.R. competente, sulla base degli stessi criteri, per l'atto presupposto.

<sup>182</sup> Così Cons. Stato, Sez. IV, 3 marzo 2014, n. 993, secondo cui “del resto se nessuno ha mai

Quanto agli adempimenti di natura formale, il ricorso per motivi aggiunti deve contenere, oltre ai *requisiti propri di qualsiasi ricorso*<sup>183</sup>, anche l'*indicazione degli estremi del giudizio nel quale si innesta*.

Il c.p.a. ha risolto il contrasto giurisprudenziale instauratosi nel sistema previgente, precisando che “la procura rilasciata per agire e contraddire davanti al giudice si intende conferita anche per proporre motivi aggiunti e ricorso incidentale, salvo che in essa sia diversamente disposto” (art. 24 c.p.a.).

Il ricorso per motivi aggiunti va presentato entro lo stesso **termine** previsto per la proposizione del ricorso principale; se la conoscenza del provvedimento sopravvenuto avviene in prossimità dell'udienza di discussione, il giudice, per assicurare la pienezza della tutela, deve, se richiesto, rinviare a nuova udienza la discussione della causa. Anche in questo caso, l'intervento correttivo del legislatore si è rivelato risolutivo, laddove è detto inequivocabilmente che “ai motivi aggiunti si applica la disciplina prevista per il ricorso, ivi compresa quella relativa ai termini” (così, art. 43, comma 1, c.p.a.). Al riguardo è sufficiente richiamare le dispute che in passato sono sorte con riferimento all'applicazione dei termini processuali dimidiati, ad eccezione di quelli di proposizione dell'azione, previsti dalla riforma del 2000, in materia di riti speciali di cui all'ora vigente art. 23-*bis* legge T.A.R. Anche all'esito della decisione dell'Adunanza Plenaria<sup>184</sup> (n. 15/2010) che ha definitivamente chiarito come del tutto irragionevole risulti il criterio che applica il dimezzamento dei termini per la notifica dei motivi aggiunti, trattandosi comunque di una modalità di proposizione dell'azione giurisdizionale amministrativa<sup>185</sup>, il c.p.a. ha opportunamente unificato tutti i termini concernenti l'introduzione di domande nuove o integrative, analogamente a quanto si verifica in occasione della proposizione del ricorso incidentale e delle domande riconvenzionali, laddove la domanda contenga l'impugnazione di un provvedimento (art. 42, commi 2 e 3, cit.)<sup>186</sup>.

---

dubitato che possa essere usato per introdurre censure relative all'annullamento giurisdizionale postumo di atti amministrativi presupposti o comunque rilevanti, a contenuto puntuale o generale, che refluiscano sulla legittimità dell'atto *sub iudice*, non si veda quale possa essere l'obiezione quando la caducazione riguarda la stessa legge che disciplina il provvedimento”. Su tali aspetti, si rinvia, da ultimo a Cons. Stato, Sez. IV, 26 aprile 2024, n. 3789 e T.A.R. Roma, Sez. IV, 1° aprile 2025, n. 6540.

<sup>183</sup> V. *supra*, par. 1.

<sup>184</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 15 aprile 2010, n. 15.

<sup>185</sup> Di particolare interesse la peculiare disciplina che regola il contenzioso in materia di contratti pubblici in conformità a quanto prescritto **ex dell'art.** 120, comma 2, c.p.a., novellato dall'art. 209, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 36/2023. In questo caso, infatti, il *dies a quo* dal quale decorre il termine per proporre ricorso principale o ricorso per motivi aggiunti, sulla scia delle precisazioni contenute negli artt. 35 e 36, d.lgs. n. 36/2023 che impongono alle stazioni appaltanti di portare a conoscenza non solo il provvedimento di aggiudicazione ma anche tutta la documentazione lesiva; su questi aspetti si rinvia alle considerazioni contenute in Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2025, n. 1631, mentre per una riflessione approfondita, soprattutto con le incongruenze derivanti dal confronto tra la disciplina interna e le regole europee, v. L. BERTONAZZI, *Decorrenze del termine per ricorrere contro l'aggiudicazione nel codice dei contratti pubblici del 2023*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 213 ss.

<sup>186</sup> Secondo parte della giurisprudenza, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, il ricorso per motivi aggiunti non sarebbe soggetto al termine decadenziale, e sarebbe esperibile, pertanto, nel corso del giudizio pendente, fino al termine di prescrizione del diritto.

Il ricorso per motivi aggiunti va notificato all'amministrazione ed agli eventuali controinteressati, anche se non costituiti in giudizio ivi compresi, come detto, quelli diversi dai soggetti già evocati in giudizio con il ricorso principale, entro l'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni dalla avvenuta conoscenza del documento nuovo o dell'adozione del nuovo provvedimento. La notificazione del ricorso va effettuata, seguendo la procedura indicata *ex art.* 170 c.p.c., così come prescritto dall'art. 43, comma 2, citato, che ha integralmente recepito l'orientamento prevalente in giurisprudenza, in ossequio al quale la nuova domanda va notificata presso il domicilio eletto dalle parti (già) costituite<sup>187</sup>.

L'originale dell'atto notificato, munito della prova dell'avvenuta notifica, va depositato presso la segreteria della sezione presso cui pende il ricorso originario<sup>188</sup>.

## 9. Il ricorso incidentale e le domande riconvenzionali

Tra gli istituti che determinano l'allargamento dell'oggetto del giudizio così come individuato mediante la proposizione dell'atto introduttivo dello stesso, un rilievo particolare assume il **ricorso incidentale**, attraverso il quale una delle parti del processo (prevalentemente il controinteressato) esercita il proprio diritto di difesa nelle forme indicate dall'art. 42 c.p.a.

Trattasi pertanto di una vicenda che si colloca in un momento procedurale immediatamente successivo alla costituzione delle parti contro cui è stata proposta la impugnazione. Ed invero, queste ultime possono esercitare il proprio diritto di difesa, proponendo "*domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale*"<sup>189</sup>.

L'istituto in parola è caratterizzato dal fatto che l'ordinamento processuale riconosce ad un soggetto diverso dal ricorrente principale (di regola il controinteressato, sebbene la disposizione da ultimo richiamata faccia testualmente riferimento alle "*parti resistenti ed i controinteressati*"), nell'ambito di un giudizio pendente, la facoltà di impugnare a sua volta il medesimo provvedimento già oggetto di contestazione. Detta possibilità si spiega con la necessità di assicurare al ricorrente incidentale la tutela della propria situazione soggettiva, in conseguenza della richiesta rivolta al giudice amministrativo – contenuta nel ricorso principale – di annullare il provvedimento gravato.

In questo senso, la formulazione impiegata dal legislatore (ancora una volta estremamente sintetica, nonostante le critiche manifestate in passato in ordine alla laconicità delle regole contenute sia nell'art. 37 t.u. Cons. Stato, nell'art. 22 legge T.A.R. e

<sup>187</sup> In questo senso Cons. Stato, Sez. V, n. 3717/2002, cit.; C. MIGNONE, *I motivi aggiunti*, cit., 338 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Sul ricorso*, cit., 193. Non mancano peraltro voci contrarie: cfr. N. SAITTA, *Sette note*, cit., che distingue in relazione alla parte nei confronti della quale il contraddittorio viene instaurato, concludendo che nei confronti dell'amministrazione il ricorso proposto nella forma dei motivi aggiunti, essendo un'azione nuova, andrebbe notificato al domicilio reale.

<sup>188</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 11 aprile 2002, n. 1985 aveva affermato che l'onere del contraddittorio risultava assolto con la sola notifica dei motivi aggiunti, e quindi anche in difetto di deposito.

<sup>189</sup> Art. 42, comma 1, c.p.a.

nell'art. 44, reg. proc. Cons. Stato) lascia impregiudicate tutte le conclusioni cui da tempo la migliore dottrina e la giurisprudenza sono pervenute, soprattutto con riferimento alle ragioni che spingono il ricorrente incidentale ad attivarsi.

Più precisamente, pur costituendo formalmente un'autonoma azione di impugnazione (per lo meno in primo grado) il ricorso incidentale è qualificato, secondo l'opinione prevalente, come una *eccezione in senso tecnico* in quanto mira a paralizzare l'azione principale e a neutralizzare gli effetti derivanti dall'eventuale accoglimento del ricorso principale, favorendo la conservazione, in capo al controinteressato, dell'assetto degli interessi sancita dal provvedimento impugnato<sup>190</sup>. Ed infatti, dalla fondatezza della domanda incidentale non dovrebbe mai derivare l'annullamento del provvedimento originariamente censurato, ovvero degli atti presupposti.

Diversamente, se il ricorrente incidentale, oltre all'accertamento dell'inammissibilità della domanda principale chiede al giudice l'annullamento di parti diverse (o per motivi distinti) del provvedimento oggetto dell'impugnazione principale, ci troviamo di fronte ad una vera e propria *eccezione in senso sostanziale*. Pertanto, qualora la c.d. "prova di resistenza" del provvedimento sia favorevole al ricorrente incidentale, dall'annullamento disposto dal giudice amministrativo discende una lesione più consistente rispetto a quella che ha dato luogo alla proposizione del ricorso principale. È questo il caso di un soggetto che, risultato vincitore in un concorso impugnato da altro candidato non vincitore sull'assunto della omessa valutazione di alcuni titoli, impugni a propria volta il medesimo provvedimento per far valere la omessa valutazione di altri titoli in suo favore, in modo da ripristinare la preminenza nella graduatoria rispetto al ricorrente principale, concretizzando una eccezione sostanziale, azionata nelle forme del ricorso incidentale.

Infine, allorché all'impugnazione incidentale viene attribuita una vera e propria valenza di domanda riconvenzionale, è di tutta evidenza l'allargamento dell'oggetto del giudizio delimitato dal ricorrente principale<sup>191</sup>. Ed infatti, le censure prospettate nei confronti del medesimo atto impugnato da quest'ultimo, ovvero nei confronti di altre determinazioni dei pubblici poteri, consentono all'interessato di introdurre un nuovo *thema decidendum*, che va ben oltre la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse. Parimenti, laddove l'estensione del sindacato del giudice ad altri atti o a parti diverse del provvedimento impugnato allo scopo di "ribaltare" (in considerazione dell'effetto conformativo della sentenza) gli esiti della (auspicata) pronuncia di annullamento dell'atto impugnato in via principale in senso favorevole al ricorrente incidentale, quest'ultimo può ottenere la tutela della propria situazione soggettiva in sede di rinnovazione del procedimento, mediante la "riproduzione" del

---

<sup>190</sup> È questa l'idea che trova maggiori consensi in giurisprudenza; in tal senso v. Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6510, secondo cui "Il ricorso incidentale è preordinato a paralizzare la possibilità di accoglimento del ricorso principale, introducendo una ragione ostativa all'accoglimento delle censure con esso dedotte e, quindi, funziona come un'eccezione nel senso che, pur costituendo formalmente un'autonoma azione di impugnazione, da un punto di vista sostanziale, per lo meno in primo grado, consiste in una eccezione in senso tecnico".

<sup>191</sup> Valorizza al massimo tale prospettiva A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 581 ss. Distingue tra domanda riconvenzionale, volta ad ampliare l'oggetto del giudizio ed eccezione riconvenzionale, il cui obiettivo consiste nel paralizzare la pretesa avanzata dal ricorrente principale, T.A.R. Milano, Sez. I, 12 aprile 2023, n. 887.

medesimo assetto di interessi sfavorevole al ricorrente principale. Emblematica di tale orientamento, l'ipotesi di impugnazione, nell'ambito di un giudizio avverso un atto applicativo per violazione dell'atto regolamentare, dell'atto regolamentare medesimo la cui legittimità viene messa in discussione in forza della impugnazione incidentale.

Quand'anche volto a modificare la domanda originariamente proposta dal ricorrente, il ricorso incidentale si pone, pertanto, in **posizione "accessoria"** rispetto all'oggetto del giudizio principale, in quanto strettamente collegato alle sorti del ricorso principale. Si tratta delle ipotesi in cui, sulla scia di quanto già sostenuto a proposito dell'ambito di applicazione dell'istituto dei motivi aggiunti, gli atti sono legati da un nesso di presupposizione e l'impugnazione incidentale dell'atto presupposto a quello impugnato in via principale viene effettuata dal controinteressato per neutralizzare o contrastare la pretesa del ricorrente<sup>192</sup> e non già per ottenere vantaggi ulteriori e diversi da quelli ottenuti dal provvedimento oggetto appunto del ricorso principale, con ciò eludendo la perentorietà del termine di impugnazione<sup>193</sup>.

Il ricorso incidentale va **notificato**, secondo le regole ordinarie, entro sessanta giorni dalla notifica del ricorso principale, al ricorrente principale (al legale nel domicilio eletto) e alle altre parti del giudizio nei modi prescritti dall'art. 42, comma 2, c.p.a. Si tratta di un termine previsto a pena di decadenza in quanto, si ripete, attraverso il ricorso incidentale si propone una autonoma azione di impugnazione. Va poi **depositato**, nella segreteria del giudice adito, con la prova delle avvenute notificazioni, nei trenta giorni successivi, conformemente a quanto previsto *ex art.* 45 c.p.a.<sup>194</sup>. Va osservato, peraltro, che la facoltà, per il giudice amministrativo di definire, anche nel rito "ordinario", la controversia immediatamente in forma semplificata, potrebbe vanificare la possibilità per le controparti di presentare ricorso incidentale. Per impedire il verificarsi di un inaccettabile *vulnus* al diritto di difesa delle parti, all'art. 60 c.p.a., anche in considerazione del fatto che l'adozione della sentenza succintamente motivata è subordinata alla verifica della completezza del contraddittorio, è previsto che "se la parte dichiara che intende proporre regolamento di competenza o di giurisdizione, il giudice assegna un termine non superiore a trenta giorni". Inoltre, l'ultima parte della disposizione richiamata prevede che nell'ordinanza con la quale il Collegio dispone l'integrazione del contraddittorio o il rinvio venga fissata "*contestualmente la data per il prosieguo della trattazione*"<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> In questo senso Cons. Stato, Sez. IV, 13 dicembre 1999, n. 1853.

<sup>193</sup> È inammissibile, quindi, il ricorso incidentale proposto da un soggetto non già per difendere e mantenere la propria posizione acquisita con l'atto aggredito dal gravame principale, bensì per ottenere l'annullamento dello stesso atto impugnato al fine di conseguire vantaggi ulteriori e diversi da quelli attuali in danno di soggetti diversi dalle parti del giudizio, in quanto, in tal caso, il ricorrente incidentale, è in realtà controinteressato al gravame principale ed è onerato ad esperire a sua volta un'impugnazione principale e diversa nel termine ordinario di decadenza (Cons. Stato, Sez. V, 8 giugno 1998, n. 791).

<sup>194</sup> Per i riti "speciali" di cui all'art. 119 c.p.a., va ricordato che i termini per la notifica e il deposito del ricorso incidentale sono stati equiparati a quelli per la proposizione del ricorso principale e dei motivi aggiunti, mentre ai sensi dell'art. 120, comma 5, i termini sono dimezzati *ratione materiae*. Cfr. *infra*, Parte 5, Capitolo 5, Sezz. II e III.

<sup>195</sup> Cfr. *infra*, Parte 5, Capitolo 5, Sez. I.

Tra le novità che maggiormente hanno caratterizzato la disciplina dell'istituto in parola, spicca la puntualizzazione inserita all'art. 42, comma 4, c.p.a. con riferimento al possibile spostamento della competenza del giudice originariamente adito, in virtù della proposizione del ricorso incidentale<sup>196</sup>. In buona sostanza, il principio di concentrazione delle domande sembra subire un'eccezione unicamente nell'eventualità che il provvedimento oggetto di censura in sede incidentale imponga la proposizione del gravame avanti al T.A.R. Lazio, ovvero presso altro T.A.R. funzionalmente competente. Anche sotto questo profilo, appare indirettamente confermata – in linea con la giurisprudenza in precedenza richiamata – l'ammissibilità dell'impugnazione in via incidentale di determinazioni amministrative distinte rispetto a quella oggetto di contestazione da parte del ricorrente principale.

Quanto all'ulteriore conseguenza fatta discendere dal carattere accessorio, o, secondo altre formulazioni, dipendente dal ricorso principale deriva che il ricorso incidentale possa essere esaminato soltanto nell'ipotesi in cui sia stata positivamente valutata la fondatezza del ricorso principale. Pertanto, il ricorso incidentale andrebbe considerato “**inefficace**”<sup>197</sup> nell'ipotesi in cui il ricorso principale venga dichiarato inammissibile (perché, ad esempio, presentato fuori termine o depositato fuori termine) ovvero nell'ipotesi di pronunzie processuali che precludano l'adozione di una decisione sul merito dell'impugnativa principale, nonché, secondo la giurisprudenza più recente, nell'ipotesi in cui il ricorso principale venga rigettato per infondatezza.

Sebbene largamente condivise, negli ultimi anni tali conclusioni sono state sottoposte ad una consistente revisione soprattutto con riferimento alle *modalità di decisione del ricorso incidentale, di legittimazione (attiva e passiva) e di oggetto del relativo giudizio*.

Con riferimento al primo aspetto, occorre sottolineare come la giurisprudenza abbia mutato il proprio orientamento rimettendo tale problema all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Quest'ultima, in un primo momento aveva ritenuto di dover mitigare la regola generale della preventiva delibazione del ricorso principale demandando al collegio giudicante la scelta dell'ordine delle questioni prospettate con entrambi i ricorsi al fine di individuare quelle decisive per risolvere la lite<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> L'art. 42, comma 4, c.p.a. afferma testualmente che: “La cognizione del ricorso incidentale è attribuita al giudice competente per quello principale, salvo che la domanda introdotta con il ricorso incidentale sia devoluta alla competenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, ovvero alla competenza funzionale di un tribunale amministrativo regionale, ai sensi dell'art. 14; in tal caso la competenza a conoscere dell'intero giudizio spetta al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, ovvero al tribunale amministrativo regionale avente competenza funzionale ai sensi dell'art. 14”.

<sup>197</sup> Riprendendo così l'espressione testuale utilizzato dalla vecchia disciplina dettata dall'art. 37, comma 6, t.u. Cons. Stato.

<sup>198</sup> Vedasi, al riguardo, la decisione del Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11, secondo la quale, “nell'assenza di indicazioni normative sul ricorso incidentale, sull'ordine di trattazione dei due ricorsi e sulle conseguenze processuali della loro fondatezza, l'operato del giudice amministrativo nella soluzione delle anzidette questioni non può che ancorarsi ai pilastri fondanti del giudizio e cioè ai principi di economia processuale e di logicità”; ed ancora, “quanto all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, a seconda dei casi il giudice può esaminare con priorità quello che risulta decisivo per dirimere la lite”.

Ancor più incisivo, sebbene criticabile sotto diversi profili<sup>199</sup>, si è rivelato in tale circostanza l'orientamento del Supremo Collegio in relazione all'ordine di esame e alle sorti delle impugnative proposte, sia dal ricorrente principale sia dal ricorrente incidentale, per le controversie relative alle procedure di gara, in particolare quando ciascuna delle parti contesti all'altra la mancata esclusione delle rispettive offerte allorché (ma non solo) alla procedura selettiva abbiano partecipato soltanto due soggetti. In buona sostanza, in tali fattispecie (ovvero due partecipanti che assumono la veste di parti nel giudizio innanzi al giudice amministrativo) l'effetto "paralizzante" del ricorso incidentale sul ricorso principale attraverso cui il controinteressato fa valere la illegittimità dell'ammissione dell'offerta del ricorrente non si verifica, avendo entrambe le imprese l'**interesse strumentale** all'indizione di una ulteriore gara<sup>200</sup>, per cui andrebbero esaminati sia il ricorso principale sia il ricorso incidentale, al cui contestuale accoglimento corrisponderà l'obbligo dell'Amministrazione di rinnovare la procedura di gara<sup>201</sup>. Quale che sia, in definitiva, l'ordine di trattazione delle questioni, secondo i giudici di Palazzo Spada entrambi i ricorsi verrebbero sottoposti al sindacato del giudice adito, sancendo così il venir meno della equiparazione (sulla quale si era appoggiata la giurisprudenza più risalente in tema di ricorso incidentale c.d. "escludente") del soggetto in tal modo escluso (a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale) rispetto a coloro che neppure hanno presentato l'offerta, con conseguente irrilevanza del numero di partecipanti al confronto comparativo.

L'Adunanza Plenaria è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi su tali profili ed in tale occasione ha rivisto profondamente le posizioni da ultimo riportate<sup>202</sup>. Più in particolare la domanda incidentale volta a contestare la legittimazione ad agire del ricorrente principale, contestando l'ammissione di quest'ultimo a partecipare alla procedura di

---

<sup>199</sup> Per un'analisi articolata dell'evoluzione che ha caratterizzato l'istituto del ricorso incidentale in rinvio è d'obbligo ai lavori monografici di G. TROPEA che ricostruisce in tutte le sue sfaccettature l'istituto (*Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007); C. BENETAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, 2016; per le contraddizioni manifestatesi all'interno delle prime pronunce dell'Adunanza Plenaria si vedano gli approfondimenti di G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 200 ss.; A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 151 ss.; F.G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Corr. giur.*, n. 1, 2012, 113 ss.; ID., *Censure paralizzanti incrociate: è sufficiente eliminarne una o è necessario eliminarle tutte?*, in *Giur. it.*, 2012, 2161 ss. Cfr. per una serrata critica alla decisione R. VILLATA, *L'Adunanza Plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1186 ss.; ID., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 285 ss. L'Adunanza Plenaria ritiene che per poter delinearne l'ordine da seguire nella trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, ed i relativi risvolti processuali, è decisivo il principio per il quale il giudice, per essere "imparziale", deve trattare le parti "in condizioni di parità", secondo quanto espressamente affermato dall'art. 111, comma 2, Cost. e dall'art. 6 della CEDU.

<sup>200</sup> Sul punto cfr. le precise considerazioni di S. FANTINI, *Ricorso principale e incidentale, alla ricerca dell'interesse strumentale*, in *Urb. e app.*, 2014, 175 ss.; cfr. altresì, tra le prime pronunce a soffermarsi su detto principio, Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2019, n. 1071.

<sup>201</sup> In tal senso si veda da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 8 maggio 2024, n. 4138.

<sup>202</sup> Sul punto vedasi Cons. Stato, Ad. Plen., 4 aprile 2011, n. 4.

gara, deve essere esaminata prioritariamente pur in presenza di censure del ricorrente principale finalizzate a tutelare il proprio interesse strumentale alla ripetizione della selezione pubblica (di per sé inidonea a fondare autonomamente una posizione soggettiva in grado di legittimare la proposizione del ricorso). In conclusione, viene affermata con convinzione la priorità logica del ricorso incidentale nei confronti di quello principale indipendentemente dal numero dei partecipanti alla gara, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente<sup>203</sup>.

Tale orientamento, tuttavia non è stato in grado di raggiungere un sufficiente grado di stabilità in quanto, nell'arco di un breve periodo<sup>204</sup>, è stato oggetto di critica tanto da parte del giudice amministrativo di primo grado che del giudice della nomofilia<sup>205</sup>. In entrambe le occasioni, tuttavia, si è arrivati a rimettere in discussione i principi di diritto sanciti dal Supremo consesso amministrativo in maniera a dir poco atipica.

Ed ancora, vanno segnalati ulteriori e significativi interventi della Corte di giustizia da un lato e dell'Adunanza Plenaria, dall'altro, che, hanno tuttavia amplificato i possibili contrasti interpretativi in ordine alla questione qui presa in esame.

In particolare, il Giudice del Lussemburgo ha precisato come l'accoglimento in via incidentale della domanda dell'aggiudicatario, volta ad accertare l'esclusione dalla gara del ricorrente principale, non possa precludere l'esame delle censure prospettate da quest'ultimo laddove l'oggetto del giudizio sia circoscritto alla contestazione della legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori "nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici"<sup>206</sup>. E ciò in base alla considerazione che ciascun concorrente è

---

<sup>203</sup> Per un'analisi esaustiva di tutti i problemi affrontati e risolti dalla pronuncia segnalata alla nota precedente, si rinvia, *ex multis*, a C. LAMBERTI, *L'Adunanza Plenaria "boccia" l'interesse strumentale*, in *Urb. e app.*, 2011, 682 ss.; F.G. SCOCA, *Ordine di decisione*, cit., nonché le interessanti considerazioni svolte da R. VILLATA, *Annotando gli annotatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1183 ss., con le quali l'A. replica a tutte le posizioni che sono state assunte dalla dottrina in ordine alle problematiche affrontate da tale significativa pronuncia dell'Adunanza Plenaria.

<sup>204</sup> Nel primo caso, infatti, è stata rimessa alla Corte di giustizia la questione concernente il possibile ostacolo rappresentato dalle affermazioni contenute nella decisione n. 4/2011 dell'Adunanza Plenaria all'applicazione dei principi della parità delle armi, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, così come introdotti dalle direttive comunitarie in materia di appalti ai sensi della direttiva 89/665/CE, così come modificata dalla successiva direttiva 2007/66/CE. È questa, in estrema sintesi, la *ratio* che sta alla base dell'ord. 9 febbraio 2012, n. 208, con la quale il T.A.R. Piemonte ha rimesso la questione alla Corte di giustizia limitandosi a sostenere l'erroneità dell'impostazione seguita dall'Adunanza Plenaria, senza fare il minimo riferimento alle disposizioni normative in grado di determinare il possibile conflitto con le regole comunitarie contenute all'interno delle direttive ricorsi indicate nel testo.

<sup>205</sup> Intendiamo riferirci a Cass., SS.UU., 21 giugno 2012, n. 10294 con la quale sono stati stigmatizzati i risultati cui è pervenuto il Consiglio di Stato in tema di priorità di esame del ricorso incidentale rispetto al ricorso incidentale. Ed invero, sia pure in forma di *obiter dictum*, le Sezioni Unite sembrano invitare i giudici di Palazzo Spada a rimeditare ancora una volta i propri convincimenti, favorendo un'interpretazione della disciplina processuale in grado di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, consistente nell'interpretazione delle regole del giudizio amministrativo secondo un criterio che tende ad allargare e non ad escludere le questioni sottoposte al sindacato del giudice, al quale è richiesto di contenere al massimo eventuali distorsioni della concorrenza e del mercato.

<sup>206</sup> Così, testualmente, Corte giust. UE, sent. 4 luglio 2013, in causa C-100/2012 (sentenza c.d. Fastweb).

portatore di un interesse (legittimo) all'esclusione della controparte e che l'esigenza primaria sia accertare il regolare svolgimento della gara, impedendo così alla stazione appaltante di poter individuare l'aggiudicatario definitivo.

Contro tale avviso, tuttavia, si è espresso il Supremo Consesso amministrativo il quale, con la sentenza del 25 febbraio 2014, n. 9 dell'Ad. Plen., ha ribadito, sia pure con l'integrazione di nuovi argomenti, il proprio precedente convincimento formulato con la ricordata pronuncia del 2011<sup>207</sup>. La ragione per la quale i giudici di Palazzo Spada non ritengono di doversi adeguare alla lettura prospettata dalla Corte di giustizia è la particolare natura della fattispecie che ha dato luogo alla pronuncia, chiamata a risolvere il conflitto tra la domanda principale e quella incidentale, contenenti censure assolutamente identiche<sup>208</sup>.

Diversamente assisteremmo a uno snaturamento del giudizio amministrativo come processo di parti, di tipo soggettivo, a favore di un modello di tutela oggettivo, in cui la pretesa alla legalità (oggettiva) dell'azione amministrativa prevale sull'aspirazione del ricorrente all'attribuzione del bene della vita (cioè l'aggiudicazione della gara). Al giudizio sulla fondatezza della pretesa, in buona sostanza, verrebbe a sostituirsi un controllo oggettivo sulla legalità della procedura concorsuale.

Questa duplice lettura dei c.d. ricorsi escludenti trova il suo fondamento nelle distinte caratteristiche del sindacato del giudice comunitario e del giudice interno. Nel primo caso, va ricordato come la Corte di giustizia, pur affermando, astrattamente il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, tenda ad assicurare la *primauté* delle disposizioni comunitarie, a tal fine ammettendo anche deroghe alle regole del processo interno se indispensabili per garantire la corretta attuazione del diritto comunitario e assicurare alle situazioni giuridiche comunitarie le medesime garanzie di cui godono le situazioni giuridiche interne (principio di equivalenza), evitando che gli strumenti processuali interni siano tali da ostacolare o rendere eccessivamente difficoltosa la tutela delle situazioni comunitarie (principio di effettività).

---

<sup>207</sup> La pronuncia richiamata nel testo si segnala per importanza in quanto segue di poche settimane la sent. 30 gennaio 2014, n. 7 della medesima Adunanza Plenaria nella quale veniva sostanzialmente riaffermato l'orientamento già puntualizzato con la precedente decisione n. 4/2011, cit.; per una ricostruzione completa delle questioni affrontate dai Giudici di Palazzo Spada nelle pronunce qui prese in considerazione v. L. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relative a procedure selettive: incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 614 ss.

<sup>208</sup> In buona sostanza, secondo i giudici di Palazzo Spada, l'esame delle censure prospettate sia con il ricorso principale che con quello incidentale devono essere prese in esame dal collegio giudicante a condizione che si tratti di questioni riconducibili alla medesima categoria di vizi escludenti (o comunque alla medesima "fase procedimentale"), come tali in grado di determinare l'invalidità di entrambe le offerte. In questa prospettiva, secondo le precisazioni contenute nella ricordata pronuncia n. 9/2014, dovranno "*considerarsi comuni i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie: a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara); b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione); c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza)*".

Ed è forse in questa prospettiva che va interpretato il più recente intervento del Giudice eurounitario secondo cui il principio affermato nella sentenza del 2013 deve estendersi anche a tutte quelle ipotesi in cui attraverso le reciproche impugnazioni non si prospetti il medesimo vizio, non riguardi la stessa fase procedimentale e, alla gara, abbiano preso parte anche più di due soggetti<sup>209</sup>. Elementi, questi, che vengono presi in considerazione al fine esplicito di mettere in condizione la stazione appaltante di operare le proprie scelte nei riguardi della offerta migliore, nel rispetto dei principi e delle regole poste dall'ordinamento comunitario<sup>210</sup>.

Approfittando delle incertezze riconducibili alle diverse letture fornite dal giudice europeo e da quello interno, il legislatore del 2016 ha modificato sensibilmente l'art. 120 c.p.a., inserendo il comma 2-*bis*<sup>211</sup>, che sanciva l'obbligo di impugnare tutte le determinazioni aventi ad oggetto una causa di esclusione, entro il termine perentorio trenta giorni, decorso il quale le parti interessate non avrebbero potuto più proporre ricorso incidentale.

Nonostante la decisa, ma non per questo meno singolare iniziativa<sup>212</sup>, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto nuovamente di sottoporre all'attenzione della Corte di giustizia il quesito sulla necessità di esaminare, da parte del giudice interno, sia il ricorso principale che quello incidentale a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, a prescindere dalla loro presenza nel giudizio azionato<sup>213</sup>. Anche in questo caso il Giudice del Lussemburgo ha recentemente ribadito il proprio convincimento in ordine all'obbligo, per il giudice interno, di esaminare entrambe le domande (principale ed incidentale) che, se ritenute fondate, vanno accolte in virtù dell'interesse strumentale delle parti ad ottenere la riedizione della gara<sup>214</sup>.

---

<sup>209</sup> È questo, in estrema sintesi, l'insegnamento che si ricava da Corte giust. UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016 in causa 689/13 (sentenza c.d. Puligienica).

<sup>210</sup> Su tutti questi aspetti si rinvia alla puntuale ricostruzione contenuta nel recente lavoro monografico di C. BENETAZZO, *Ricorso incidentale ...*, cit., 140 ss.; ed ancora, *ex multis*, A. GIUSTI, *Il futuro del ricorso incidentale nelle controversie sui contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2016, 2226 ss.; A. SQUAZZONI, *Sul necessario esame delle censure escludenti incrociate a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla differenza tra motivi ad effetto escludente. Il monito forse tardivo della Corte di Giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 811 ss.; in sede applicativa, si riscontra un progressivo recepimento delle indicazioni contenute nella sentenza c.d. Puligienica come si ricava, tra le tante, da Cons. Stato, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708.

<sup>211</sup> Intendiamo riferirci alle modifiche apportate ad opera del d.lgs. n. 50/2016.

<sup>212</sup> Merita evidenziare come la disciplina del rito super accelerato ai sensi dell'art. 120 c.p.a., contenente i limiti alla proposizione del ricorso incidentale richiamata nel testo, è stata abrogata dal d.l. 32 del 18 aprile 2019 (c.d. "Decreto sblocca-cantieri"), convertito con legge 14 giugno 2019, n. 55.

<sup>213</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plen 11 maggio 2018, n. 16, ord.

<sup>214</sup> È questa, in buona sostanza, la conclusione cui perviene Corte giust. UE, 5 settembre 2019 (C-333/18, c.d. Lombardi) che ha ritenuto di dover garantire adeguatamente il diritto di difesa, messo a repentaglio dalla ritenuta improcedibilità del ricorso principale in conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale paralizzante, in contrasto con quanto previsto *ex art.* 1, par. 1, comma 3, e par. 3 della direttiva 89/665/CEE, a nulla rilevando, in questa fattispecie il principio di autonomia processuale degli Stati membri, pacificamente riconosciuto all'interno dell'ordinamento comunitario; per un'analisi puntuale e critica dell'evoluzione dell'istituto alla luce dell'ultima pronuncia del giudice eurounitario che sembra aver chiuso definitivamente il dibattito v. G. TROPEA, *Il ricorso incidentale*

Infine, quanto al profilo della **legittimazione attiva**, va osservato come nelle controversie aventi ad oggetto anche le censure introdotte con un ricorso incidentale i maggiori problemi sorgano in corrispondenza della attenzione che viene prestata all'applicazione effettiva del principio del contraddittorio.

La giurisprudenza formatasi sulla scorta del dato normativo previgente<sup>215</sup> ha aderito ad una interpretazione restrittiva, secondo cui la proponibilità del ricorso incidentale andrebbe negata ai soggetti diversi dai controinteressati formali, ossia a coloro che, in quanto parti necessarie, sono i destinatari esclusivi della notificazione del ricorso principale.

La dottrina, invece, valorizzando la portata espansiva del principio del contraddittorio soprattutto dopo l'introduzione dell'istituto dell'opposizione di terzo anche nel processo amministrativo, che ha valorizzato la posizione dei soggetti c.d. terzi<sup>216</sup>, è sempre più favorevole ad ammettere la **proposizione del ricorso incidentale da parte di tutti i controinteressati, formali e sostanziali**, in linea con i tratti caratterizzanti il processo di parti<sup>217</sup>. La giurisprudenza esclude poi che i cointeressati possano utilizzare il ricorso incidentale, così come tale rimedio risulta inutilizzabile per tutti coloro che abbiano prestato acquiescenza all'atto impugnato o abbiano lasciato trascorrere i termini per l'impugnazione dell'atto, poi gravato in via principale.

La ragione di tali esclusioni va ravvisata nella natura del ricorso incidentale che, nonostante le ricordate aperture, continua comunque ad essere identificato come un rimedio che si innesta pur sempre in un processo già instaurato, risolvendosi in uno strumento

---

*escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1083 ss. Ed in questa prospettiva sembrano essersi allineate le più recenti prese di posizione dei giudici amministrativi i quali hanno in più circostanze ribadito la necessità di tornare allo schermo originario, secondo cui "l'accoglimento del gravame incidentale non determina ex se l'improcedibilità di quello principale, continuando ad esistere in capo al ricorrente principale, la titolarità dell'interesse legittimo strumentale all'eventuale rinnovazione della gara" (cfr., testualmente, Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2020, n. 6151). Così come, sempre sulla scia della sentenza Lombardi della Corte di giustizia sopra ricordata, il ricorso incidentale non deve necessariamente essere esaminato in via prioritaria qualora anche il ricorso principale tenda all'esclusione del ricorrente incidentale (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 11 ottobre 2022, n. 2229). Sempre riguardo alla *vexata quaestio* dell'ordine di esame dei ricorsi, l'orientamento affermato avanti ai giudici del Lussemburgo andrebbe riconsiderato in quanto, se l'accoglimento del gravame incidentale non determina ex se l'improcedibilità del ricorso principale, il rapporto di priorità logica tra le due domande andrebbe rivisitato in quanto dovrebbe essere esaminato *in primis* il ricorso principale il quale, se ritenuto infondato, verrebbe a determinare l'improcedibilità di quello incidentale (per tali conclusioni cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 25 ottobre 2023, n. 15844 e Id., 4 aprile 2023, n. 5663). In senso conforme v. anche G. TROPEA, *L'ordine di esame delle questioni di merito nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 571 ed in part. n. 6.

<sup>215</sup> Art. 37, t.u. Cons. Stato e art. 22, legge T.A.R.

<sup>216</sup> Cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 2, e Parte 5, Capitolo 3, Sez. II.

<sup>217</sup> S. BACCARINI, *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo fra tradizione e innovazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 633 ss.; W. CATALLOZZI, voce *Ricorso incidentale* (*Giudizio amministrativo*), in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, 3; A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 583 ss. Per un interessante approfondimento di tale problematica in materia di contratti pubblici si rinvia al contributo di F. GOISIS, *Il contenzioso appalti nella prospettiva europea: verso una giurisdizione (primariamente di diritto oggettivo?)*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 395 ss.

difensivo occasionato dal ricorso principale, prevalentemente diretto a paralizzare gli effetti di una eventuale decisione di accoglimento delle censure svolte con questo ricorso. Il ricorso incidentale, in sostanza, è volto ad ottenere, in capo ai soggetti che lo propongono, il vantaggio da essi già ottenuto, ma non è idoneo a determinare una riapertura dei termini per le impugnazioni di un provvedimento che sin dall'origine era percepito come pregiudizievole<sup>218</sup>. In altri termini, non può attribuirsi all'istituto quell'ulteriore valenza che lo stesso assume nell'ambito del giudizio di secondo grado, laddove l'appello incidentale può assolvere altresì alla funzione di veste "formale" di tutte le impugnazioni successive alla prima (il ricorso "principale"), realizzando così la concentrazione di tutte le domande proposte (e connesse) nel corso del medesimo giudizio.

Qualche precisazione, inoltre, merita la posizione dell'**amministrazione resistente**, rispetto alla quale l'indirizzo tradizionale si è espresso in senso contrario al riconoscimento dell'utilizzabilità del ricorso incidentale, sul presupposto della titolarità da parte della stessa dei poteri di autotutela. Tale lettura può comunque essere condivisa per quelle ipotesi in cui tutte le censure (proposte in via principale ed incidentale) siano rivolte nei confronti del medesimo provvedimento. Diversamente, la ricordata ammissibilità di un'impugnazione nei confronti di atti diversi rispetto a quello oggetto del ricorso principale, ha indotto il legislatore ad adottare una formula più sfumata, allorché l'art. 42, comma 1, fa riferimento alle "parti resistenti ed i controinteressati". Pertanto, viene introdotta anche sul piano positivo la possibilità (già prevista in via pretoria) per l'amministrazione resistente, allorché quest'ultima intenda difendere il proprio operato, di censurare atti emanati da altra autorità e, quindi, da essa non annullabile in via di autotutela.

Anche sul piano della **legittimazione passiva**, il quadro è destinato a mutare in conseguenza delle novità appena evidenziate. A rigore, infatti, in applicazione della regola generale dell'accessorietà, e, comunque, in aderenza alla portata letterale del dato normativo, legittimato passivo è considerato soltanto il ricorrente principale, anche perché in realtà l'amministrazione e gli altri controinteressati si pongono sullo stesso piano del ricorrente incidentale essendo portatori di un interesse, conforme, alla conservazione del provvedimento.

In ogni caso, qualora l'impugnazione incidentale inerisca ad atti diversi da quelli che formano oggetto del ricorso principale, legittimata passivamente sarà certamente anche l'amministrazione che ha emesso tale atto; nonché tutti i soggetti controinteressati rispetto a tale atto, ancorché diversi dalle parti già evocate in giudizio.

Nelle azioni di accertamento il ricorso incidentale costituirebbe, poi, secondo un certo indirizzo, la "veste formale" per la (proposizione della) domanda riconvenzionale in senso proprio<sup>219</sup>. Da tali considerazioni, tuttavia, non sembrano potersi ricavare elementi sicuri in favore dell'uno o dell'altro orientamento, stante la più volte richiamata laconicità del testo legislativo sul punto.

---

<sup>218</sup> Così V. CAIANIELLO, *Manuale*, cit., 690; G. VACIRCA, *Appunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 57 ss.

<sup>219</sup> T.A.R. Puglia, Sez. I, 11 settembre 2002, n. 3926. Cfr. sul punto A. DI GIOVANNI, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004, in cui l'A. muove le proprie riflessioni sulla scorta della formulazione letterale dell'art. 37, T.U.C.S. all'epoca vigente.

Da ultimo, il comma 5 dell'art. 42 afferma che nelle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi "le domande riconvenzionali dipendenti da titoli già dedotti in giudizio sono proposte nei termini e con le modalità di cui al presente articolo". Dalla formulazione di tale disposizione, tuttavia emerge un'evidente incongruenza che potrebbe comportare in futuro qualche problema di compatibilità costituzionale. Ed invero, in linea con quanto in passato introdotto meritoriamente dalle ben note sentenze manipolative additive della Consulta in materia di atti paritetici (cfr. sent. n. 190/1985 ed in materia di prove con la successiva pronuncia n. 146/1990), la scelta di subordinare la tutela di un diritto al rispetto di termini perentori di impugnazione lascia intravedere la possibilità di un'ingiustificata disparità di trattamento a seconda che il diritto soggettivo venga azionato avanti al giudice amministrativo, anziché avanti al giudice ordinario. Allo stesso modo va tenuto presente che anche il codice di procedura civile sottopone ad un regime di preclusioni molto stringente la proposizione di dette domande, per cui, anche in virtù di detta similitudine, ben potrebbe giustificarsi la struttura del comma in esame.

## Sezione seconda: *La fase cautelare* (E. Follieri)

### 1. *Dalla norma sulla sospensione del provvedimento impugnato alla misura cautelare atipica e alle disposizioni del Codice del processo amministrativo*

Prima della legge 21 luglio 2000, n. 205, nel processo amministrativo era ammessa **una sola misura cautelare e tipica**: la **sospensione** dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

La **Corte costituzionale** con la sent. n. 190/1985 aveva aggiunto la possibilità che il giudice amministrativo, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, potesse adottare i provvedimenti d'urgenza che apparissero, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito<sup>220</sup>. L'apertura della Corte costituzionale, però, non solo non trovava l'auspicabile estensione a tutte le controversie in materia di pubblico impiego che non fossero patrimoniali ed alle altre materie di giurisdizione esclusiva ma, anche per il pubblico impiego, vedeva una **scarsa applicazione** da parte della giustizia amministrativa<sup>221</sup>.

Le norme che, in precedenza, regolavano la tutela cautelare erano scarse e si

---

<sup>220</sup> Corte cost., 24 giugno 1985, n. 190.

<sup>221</sup> E. FOLLIERI, *Riforma del lavoro pubblico e problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 480 ss., spec. 505 ss., evidenza che il giudice amministrativo è stato restio ad applicare l'art. 700 c.p.c. perché ha ritenuto di tutelare quella che ha individuato essere la parte debole nel rapporto di pubblico impiego e cioè la pubblica amministrazione.

potevano racchiudere, per quanto riguarda la disciplina, per così dire sostanziale, in questa disposizione: il giudice amministrativo sospende l'esecuzione del provvedimento amministrativo quando il ricorrente alleggi danni gravi ed irreparabili.

La misura, introdotta sin dal 1889, da quando, cioè, è stata istituita la Sezione IV del Consiglio di Stato, era strumentale alla sentenza di annullamento che poteva adottare il giudice amministrativo: si poteva sospendere l'esecuzione dell'atto che, poi, con la sentenza poteva essere annullato, consolidandosi l'effetto della privazione interinale dell'efficacia ed eliminando gli effetti eventualmente prodottisi prima della sospensione.

Le disposizioni sull'esercizio del potere cautelare e sul procedimento sono esatta manifestazione dell'idea che il legislatore aveva della sospensione: un **incidente** del processo amministrativo a carattere eventuale e di rara applicazione<sup>222</sup>.

Quando, però, si è avuta una **forte domanda di giustizia amministrativa** che ha reso impossibile, in tempi ragionevoli, definire il giudizio, il momento cautelare da incidente del processo è divenuto lo strumento per dare soddisfazione all'interesse del ricorrente, senza la necessità di attendere una sentenza che, se fosse giunta, sarebbe arrivata tardi<sup>223</sup>.

Da qui le cure che la dottrina e la giurisprudenza hanno dedicato all'istituto che ha assunto una propria fisionomia modellata sulle necessità della tutela urgente da assicurare al ricorrente.

Ed infatti il legislatore – a parte l'intervento di cui alla legge n. 205/2000 – si è occupato poco di dare una disciplina alla misura cautelare nel processo amministrativo, dovendo la giurisprudenza, con l'ausilio della dottrina, adattare l'unica misura tipica prevista alle esigenze di tutela.

La sospensione del provvedimento impugnato era l'unica misura ammissibile (a parte l'intervento della Corte costituzionale di cui si è detto e a partire dal 1985) non solo nel giudizio di legittimità, ma anche nella giurisdizione di merito ed esclusiva.

Il giudice amministrativo, pertanto, ha potuto utilizzare solo questo strumento cautelare in tutti i tipi di giudizio, anche nella giurisdizione esclusiva e pur in presenza di diritti soggettivi.

Vero è che l'istituzione della giurisdizione esclusiva non ha portato ad alcuna modifica della struttura del processo che è rimasto legato allo schema dell'annullamento del provvedimento impugnato, per cui, data la strumentalità della misura cautelare (di cui si dirà), non era pensabile un altro tipo di cautela. Ma, certamente, la giurisprudenza ha dovuto operare nella direzione di dare una tutela effettiva alle situazioni giuridiche soggettive, adattando la sospensione alle esigenze che si venivano ponendo.

L'evoluzione della giurisprudenza amministrativa è andata nella direzione di **ampliare la possibilità di tutela cautelare**, per renderla effettiva.

In un primo tempo, la sospensione dell'esecuzione è stata riferita esclusivamente agli effetti materiali, mitigando, nel tempo, il limite derivante dall'avvenuta produzione nel reale degli effetti giuridici con il distinguere tra esecuzione "istantanea" e "a

---

<sup>222</sup> F. BENVENUTI, *Relazione di sintesi*, in *Il giudizio cautelare amministrativo (Aspetti e prospettive)*, in *Atti della giornata di studio tenuta a Brescia il 4 maggio 1985*, Roma, 1987, 82.

<sup>223</sup> Si può datare il momento della crescita della domanda cautelare con l'effettivo funzionamento dei T.A.R. e cioè 1974.

carattere continuativo”. Era **istantanea** l’esecuzione che si risolveva nella produzione di effetti che non si protraevano nel tempo, mentre presentava **carattere continuativo** l’esecuzione che produceva effetti nel tempo. Ciò comportava, per esempio, che un provvedimento di chiusura di una scuola privata potesse essere sospeso, poiché, pur intervenuta la chiusura, l’anno scolastico era appena agli inizi ed il decreto di chiusura non aveva esaurito del tutto i suoi effetti che presentavano “carattere continuativo”. In altri termini, si riteneva possibile l’adozione di una pronuncia giudiziale di sospensione che determinasse l’interruzione degli effetti finché gli effetti dell’esecuzione perdurassero. Questa “apertura” si registra a partire dal 1940<sup>224</sup>.

La giurisprudenza riteneva non sospensibili gli atti negativi poiché non producono effetti materiali ma, dopo gli anni ’60, ha cominciato a mutare orientamento interpretando diversamente la “esecuzione” su cui interveniva la sospensione.

E si fa riferimento agli atti negativi in senso proprio che non determinano effetti innovativi sul reale perché già in precedenza, intorno agli anni ’30, il Consiglio di Stato sospendeva i provvedimenti che negavano la conferma di situazioni di vantaggio attribuite da precedenti atti amministrativi e, quindi, determinavano l’effetto materiale di cessazione della situazione di vantaggio<sup>225</sup>. Tali atti, ancorché negativi, determinano però necessità di modificazione del reale, **producono cioè effetti materiali** e, quindi, per essi la misura cautelare della sospensione è idoneo strumento di tutela urgente, pur nell’ottica che identifica esecuzione con effetto materiale.

Già negli anni ’30, però, il giudice amministrativo aveva sospeso un provvedimento di esclusione di una candidata da un concorso, in base al presupposto che al concorso stesso non potessero partecipare le donne<sup>226</sup> e, negli anni ’40, il divieto di partecipazione al concorso per 50 posti di sottotenente nel Corpo delle guardie di P.S. di sottufficiali non di ruolo o comunque inquadrati in soprannumero e fuori dell’organico ordinario<sup>227</sup>.

È dagli anni ’60 che comincia a divenire apprezzabile quantitativamente la giurisprudenza relativa alla sospensione degli atti negativi, per poi divenire imponente a seguito della istituzione dei T.A.R. che hanno comportato un notevole incremento del numero dei ricorsi, con conseguente dilatarsi dei tempi necessari per ottenere la decisione.

Il tempo necessario ad ottenere la decisione nel merito **non può andare in danno di colui che invochi tutela**, per cui il giudice amministrativo, forte di questa idea di giustizia, si è spinto a sospendere diverse tipologie di atti negativi.

Va detto che la sospensione del provvedimento di esclusione dal concorso è stata determinata da considerazioni di ordine pratico: “l’esecuzione del provvedimento

<sup>224</sup> E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 646 ss., con indicazioni di dottrina e giurisprudenza.

<sup>225</sup> *Relazione del Consiglio di Stato al Presidente del Consiglio dei Ministri nel quinquennio 1934-1940*, vol. II, Roma, 1942, 738. *Relazione del Consiglio di Stato nel sessennio 1941-1946 al Presidente del Consiglio di Stato*, vol. II, Roma, 1949, 550.

<sup>226</sup> Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 1938, n. 92, riportata nella *Relazione del Presidente del Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-1940*, vol. II, 738.

<sup>227</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 1946, n. 138, indicata nella *Relazione del Consiglio di Stato per il sessennio 1941-1946*, vol. II, 550.

avrebbe causato l'esclusione della ricorrente dal concorso, mentre nulla poteva esservi in contrario a che la ricorrente, intanto, vi prendesse parte; salvo a considerare non avvenuta tale partecipazione nel caso di rigetto del ricorso”<sup>228</sup>.

Ma, una volta imboccata la via della sospensione degli atti negativi, si è passati a sospendere atti negativi di controllo, provvedimenti di esclusione alla partecipazione a gare di appalto, atti di non ammissione di studenti agli esami di maturità, dinieghi di iscrizione agli albi professionali e così via.

La giurisprudenza più rigorosa, però, non è giunta a sospendere tutti gli atti negativi, ma solo quelli i cui effetti sono preregolati dalla norma o dagli atti endoprocedimentali, come rilevato dalla dottrina<sup>229</sup>, secondo cui la sospensione toglie un limite alla negazione di effetti innovativi, ma non pone una regola degli effetti da produrre. Essa funge, quando la sospensione riguarda atti ad effetti innovativi, da ostacolo che impedisce la **concretizzazione degli effetti**, mentre quando va ad incidere su atti negativi, senza effetti innovativi, elimina l'ostacolo alla **produzione degli effetti**. Ma il giudice, nell'uno e nell'altro caso, non determina gli effetti dal punto di vista del loro contenuto perché la regola degli effetti **non è stabilita dall'ordinanza**. Ecco che è possibile la sospensione degli atti negativi quando gli effetti positivi sono già fissati dalla norma, dagli atti endoprocedimentali, e non devono essere stabiliti nel loro aspetto contenutistico.

La giurisprudenza, soprattutto del giudice di primo grado, però, non è andata tanto per il sottile, **sospendendo tutti i tipi di atti negativi** ed ordinando alla pubblica amministrazione di riesaminare la questione alla luce dei motivi di ricorso o di specifici elementi, di fatto o di diritto, indicati nella motivazione ovvero in altro modo, nell'ansia di assicurare una tutela urgente agli interessi legittimi pretensivi che, diversamente, avrebbero dovuto attendere i lunghi tempi necessari alla definizione del giudizio di merito.

In sintesi, la giurisprudenza è passata dalla tutela cautelare dei soli interessi legittimi oppositivi, con il ritenere che la sospensione dell'esecuzione dovesse riguardare esclusivamente gli effetti materiali dell'atto impugnato, alla tutela anche degli interessi legittimi pretensivi, seguendo la tesi che l'esecuzione attiene agli effetti giuridici in senso stretto, con conseguente ripercussione anche sugli effetti di adeguamento del reale.

In sostanza, la misura cautelare ha seguito l'evoluzione del giudizio di merito che, attraverso l'**effetto conformativo**, è giunto a dare soddisfazione (anche) agli interessi legittimi pretensivi.

Con il d.lgs. n. 80/1998 e con la legge n. 205/2000 è mutato il quadro della tutela innanzi al giudice amministrativo che ha visto accrescere i suoi poteri, non solo istruttori, ma soprattutto decisori con l'introduzione delle azioni di condanna al risarcimento del danno, anche in forma specifica. Necessariamente, la misura cautelare doveva adeguarsi, non potendo rimanere solo quella tipica di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato che, nella forma per così dire pura, è strumentale esclusivamente ad una sentenza di annullamento dell'atto.

Con l'art. 3 della legge n. 205/2000, la misura cautelare diventa **atipica**; infatti, non vi è specificazione di quale sia il tipo di provvedimento cautelare che possa adottare il giudice, perché possono emanarsi le “misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una

<sup>228</sup> *Relazione del Consiglio di Stato per gli anni 1936-1940*, vol. II, 738.

<sup>229</sup> E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 146 ss.

somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso”, così rendendo possibile qualunque provvedimento urgente strumentale alle decisioni che il giudice può assumere con la sentenza.

Il c.p.a. mantiene l'impianto sul contenuto atipico delle misure cautelari introdotto dalla legge n. 205/2000, ma dedica ad esse diverse disposizioni dando loro il rilievo e l'importanza che hanno nel processo amministrativo.

Alle misure cautelari non solo è dedicato il Titolo II del Libro II, artt. da 55 a 62, ma vi sono ulteriori disposizioni in altre parti del c.p.a. Si tratta di norme volte a stabilire: in trenta giorni il termine finale di efficacia del provvedimento cautelare, quando viene dichiarato il difetto di giurisdizione (art. 11, comma 7, c.p.a.) o di incompetenza territoriale (art. 15, comma 7, c.p.a.) del giudice che lo ha emanato, ovvero in sessanta giorni il *dies ad quem* dell'efficacia della misura cautelare disposta nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, in caso di opposizione delle altre parti alla trattazione in detta sede (art. 48, comma 2, c.p.a.); la inderogabilità della competenza territoriale del giudice di primo grado, anche per l'adozione delle misure cautelari (art. 13, comma 4, c.p.a., sostituito dal secondo decreto correttivo 14 settembre 2012, n. 160; in precedenza la norma era dettata dall'art. 16, comma 1, c.p.a.), fissando le regole cui deve attenersi il giudice, quando non riconosca la propria competenza (art. 15, comma 2, c.p.a.) e la possibile reiterazione della domanda cautelare al T.A.R., indicato competente dal T.A.R. preventivamente adito, nelle more della definizione del regolamento di competenza (art. 15, comma 6, c.p.a.) e, comunque, la riproposizione dell'istanza cautelare al giudice dichiarato competente (art. 15, comma 8, c.p.a.); la pronuncia di “provvedimenti cautelari interinali” nelle more dell'integrazione del contraddittorio (art. 27, comma 2, c.p.a.); la riduzione del termine per la fissazione della udienza di discussione, da sessanta a quarantacinque giorni, “su accordo delle parti”, “a seguito di rinuncia alla definizione autonoma della domanda cautelare” (art. 71, comma 5, c.p.a.); la sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado (art. 98 c.p.a.) e di secondo grado, ad opera del Consiglio di Stato, in caso di ricorso per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111 c.p.a.).

Ulteriori disposizioni sono dettate per i “riti abbreviati relativi a speciali controversie” (Libro IV, Titolo V, del c.p.a.) dagli artt. 119, commi 3 e 4, 120, commi 6, 9, 10 e 12 e 125, comma 2.

Il c.p.a., quindi, detta la disciplina centrale con gli artt. da 55 a 62, e interviene puntualmente con specifiche disposizioni, in diverse fasi del processo, preoccupandosi di stabilire le regole da cui sono rette le misure cautelari.

Il legislatore delegato, per la disciplina delle misure cautelari, non opera alcun rinvio ad altre norme di legge, né, soprattutto, al codice di procedura civile a differenza di quello che avviene in tante parti del c.p.a.

L'istituto, per la cura che vi hanno dedicato la giurisprudenza e la dottrina e per l'elevata incidenza che ha in ogni processo amministrativo, ha una sua peculiarità che lo distingue in maniera decisa dalle misure cautelari previste negli altri processi e, in particolare, da quelle previste dal codice di procedura civile, assegnandogli una sua piena autonomia.

La misura cautelare non solo non è più un “incidente” ed una fase parentetica, a carattere eventuale e di rara applicazione, ma è uno snodo centrale del processo sotto

due profili: a) per la celerità, efficacia ed efficienza della misura che può intervenire a tutela del ricorrente sia conservando inalterata la situazione in attesa della decisione di merito, sia anticipando quest'ultima, potendo il giudice adottare qualunque misura idonea ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso; b) per costituire l'unica possibilità d'investire il giudice della conoscenza del ricorso prima che sia fissata l'udienza di discussione, come si chiarirà nel successivo par. 9.

In prospettiva, la disciplina della misura cautelare è destinata a mutare per effetto dell'influenza nel nostro sistema della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo formatasi sull'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, in attesa di divenire parte integrante dell'ordinamento comunitario a seguito dell'adeguamento al Trattato di Lisbona, sin d'ora è comunque applicabile perché la Corte costituzionale l'ha qualificata norma costituzionale interposta ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.<sup>230</sup>.

Secondo la Corte di Strasburgo, il difetto delle garanzie del procedimento amministrativo<sup>231</sup> non consente all'atto amministrativo di produrre effetti immediati ed esecutivi nei confronti delle situazioni giuridiche soggettive che possono essere incise solo a seguito dello svolgimento del processo che compensa il mancato rispetto, nel procedimento amministrativo, dell'art. 6 CEDU. Ciò comporterà la sospensione automatica dell'atto impugnato, a seguito della proposizione del ricorso innanzi al giudice amministrativo, come avviene nell'ordinamento tedesco<sup>232</sup>.

Questo mutamento porterà non solo alla riscrittura della disciplina della fase cautelare, ma anche ad una diversa idea dell'efficacia dell'atto amministrativo, sul piano sostanziale.

I provvedimenti cautelari sono efficienti ed incidono in maniera effettiva sull'azione amministrativa, tanto che il legislatore cerca di limitare i poteri cautelari del giudice, quando ritenga di privilegiare l'esecuzione dell'azione amministrativa legata ad interessi pubblici rilevanti, specie con riferimento alla realizzazione di opere pubbliche, come disposto dal d.l. 7 luglio 2022, n. 85 per gli interventi finanziati con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) il cui art. 3, oltre a dettare norme acceleratorie dei giudizi amministrativi in caso di accoglimento della misura cautelare, stabilisce che “nell'ordinanza cautelare... il giudice motiva espressamente sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR”.

---

<sup>230</sup> Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349; la Corte costituzionale, con la sent. 11 novembre 2011, n. 303 ha stabilito che, anche a seguito del trattato europeo di Lisbona, la CEDU non è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, dovendo completarsi ancora l'adeguamento, così, nella sostanza, procrastinando la possibilità del giudice comune di procedere alla disapplicazione diretta delle norme di legge contrastanti con la CEDU e, quindi, il giudice deve interpretare, se possibile, la norma in modo conforme alla CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, in caso di impossibilità di procedere in tal senso, rimettere la questione alla Corte costituzionale perché proceda al vaglio di legittimità costituzionale della legge, e degli atti aventi forza di legge, dello Stato e della Regione, con la CEDU, norma costituzionale interposta.

<sup>231</sup> Le garanzie riguardano essenzialmente il contraddittorio pieno, la trattazione dell'affare pubblicamente, la terzietà e imparzialità di chi decide rispetto a chi istruisce la pratica. Il che non si verifica nel procedimento amministrativo italiano.

<sup>232</sup> Par. 80 VwGO.

## 2. *Le misure cautelari atipiche e il carattere della strumentalità*

L'art. 55, comma 1, c.p.a. recita: "Se il ricorrente allegando di subire un pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, chiede l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il collegio si pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio".

Rispetto alla previsione dell'art. 3 della legge n. 205/2000, a parte marginali modifiche non rilevanti (l'aggiunta: "di subire" il pregiudizio e di "in via provvisoria" al pagamento di una somma; la sostituzione di "tribunale amministrativo regionale" con "il collegio" e la eliminazione di "sull'istanza" in "il collegio si pronuncia con ordinanza"), vi è la soppressione, dopo il riferimento al pregiudizio grave ed irreparabile, di "derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte della amministrazione".

La modifica è intervenuta perché la giurisdizione amministrativa concerne in via generale, non più il solo atto o il comportamento inerte, ma "l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni" (art. 7, comma 1, c.p.a.), per cui sarebbe stato riduttivo mantenere il contenuto della precedente disposizione, dal momento che la misura cautelare può investire qualunque aspetto della giurisdizione amministrativa.

Da altro punto di vista, la disposizione conferma una linea di fondo del c.p.a. diretta a contenere la giurisdizione sull'atto amministrativo, in precedenza aspetto dominante del processo amministrativo, come risulta, tra l'altro, oltre che dal richiamato art. 7 sulla giurisdizione amministrativa, anche dall'art. 29 che disciplina l'azione di annullamento, senza alcun riferimento all'annullamento dell'atto amministrativo.

Per il resto, si ripete la previsione dell'art. 3 della legge n. 205/2000 che ricalca la **formula usata dall'art. 700 c.p.c.**, con la sostituzione di "provvisoriamente", che figura nel codice di procedura civile, con "interinalmente", e di "sul merito", con "sul ricorso".

Si tratta, però, di mere varianti terminologiche che appaiono più proprie perché, con il riferimento alla interinalità, si sottolinea lo stretto collegamento della durata della misura cautelare all'assunzione della sentenza, costituendo una soluzione incidentale e parentetica, e, con la "decisione sul ricorso", invece che "sul merito", si elimina un ipotetico equivoco sul tipo di sentenza cui correlare la cautela.

La collocazione, però, dell'art. 700 c.p.c. nell'ambito dei provvedimenti di urgenza è diversa dalla norma di cui qui si discute.

L'**art. 700 c.p.c.** è misura cautelare, sì atipica, ma **residuale**, nel senso che tale azione può essere promossa solo quando non si possano richiedere i provvedimenti tipici, quali la denuncia di nuova opera e di danno temuto, il sequestro, ecc.

Invece, la misura cautelare prevista dalla **legge n. 205/2000 ed ora dal c.p.a.**, è sì atipica (perché non predeterminata), ma **non residuale**, bensì unica misura stabilita nel processo amministrativo.

Ed **unica**, non solo tra le misure cautelari, ma anche per le tre giurisdizioni del giudice amministrativo e cioè quelle di legittimità, di merito ed esclusiva. E ciò perché, modellando il suo contenuto sulle decisioni, si adatta ai poteri decisori del giudice amministrativo, quali che siano e, quindi, a prescindere dal tipo di giurisdizione che esercita.

La sua unicità, però, non comporta alcuna restrizione di mezzi cautelari; anzi, si può dire che essi vengono ampliati al massimo grado possibile, pur nelle limitazioni proprie di ogni misura cautelare.

Qui, infatti, diventa diritto positivo il principio della **strumentalità** della misura cautelare che la dottrina<sup>233</sup> aveva individuato come carattere ontologico di questi rimedi processuali.

I provvedimenti urgenti hanno la loro *ratio* nella necessità di impedire che la durata del processo possa risolversi in danno di chi abbia subito una illegittima lesione della sua situazione giuridica soggettiva: se fosse possibile un processo istantaneo, non ci sarebbe alcuno spazio per misure cautelari; senonché, il processo deve avere una sua durata fisiologica perché deve assicurare il rispetto di alcune regole fondamentali quali il contraddittorio, l'istruttoria adeguata, che hanno necessità di svolgersi diacronicamente e che non possono essere "affogati" in una decisione immediata.

Proprio la sua stessa ragion d'essere assegna un ruolo non autonomo alla misura cautelare che viene strettamente a correlarsi alla decisione di merito della quale si fa strumento nel disporre interinalmente gli effetti che successivamente saranno regolati dalla sentenza. Il giudice può anticipare gli effetti della decisione finale o assicurare che la situazione non venga modificata in attesa della disciplina degli effetti che sarà dettata dalla sentenza o determinare degli effetti quantitativamente minori rispetto a quelli che potranno stabilirsi a conclusione del processo, ma non potrà assegnare risultati ed effetti qualitativamente diversi e quantitativamente maggiori e più ampi di quelli conseguibili con la sentenza.

La strumentalità della misura cautelare si connota sotto due profili: sul piano strutturale o formale e rappresenta la necessità che debba intervenire una sentenza, siccome il provvedimento giurisdizionale urgente produce effetti interinali sino alla decisione del ricorso; e sul piano funzionale o sostanziale in relazione alla "qualità" e "quantità" degli effetti che non possono essere diversi o maggiori di quelli ottenibili con la sentenza.

La strumentalità della misura cautelare è chiaramente scolpita dalla norma ove si afferma che può essere chiesta "l'emanazione di misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso". Infatti, "interinalmente" e pagamento di "somma in via provvisoria" sottolineano la provvisorietà degli effetti della misura cautelare che cessano con la (necessaria) emanazione della sentenza (strumentalità strutturale), e l'assicurare "gli effetti della decisione sul ricorso" lega il contenuto degli effetti cautelari alla sentenza di merito (strumentalità funzionale).

---

<sup>233</sup> P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 21 ss.

Inoltre, la norma, mentre assegna una varietà tipologica non predeterminata di provvedimenti cautelari assumibili poiché fa riferimento alle **misure più idonee**, pone un limite ben preciso all'ammissione delle misure cautelari: gli effetti della decisione sul ricorso (strumentalità funzionale).

Quindi la, per così dire, esaltazione della natura strumentale costituisce, ad un tempo, la ricchezza ed il limite della misura cautelare.

La previsione di carattere generale dell'art. 55, comma 1, c.p.a., è limitata nelle controversie riguardanti le concessioni e gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture dall'art. 120, comma 10, c.p.a.<sup>234</sup> per il quale la misura cautelare può essere concessa quando alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione può conseguire e viene richiesta la dichiarazione di inefficacia del contratto nonché il subentro in quest'ultimo.

È una disposizione che pone diversi problemi di legittimità costituzionale e comunitaria<sup>235</sup>.

### 3. *Le sentenze del giudice amministrativo modello delle ordinanze cautelari*

Conseguenza necessitata dell'atipicità della misura cautelare correlata alla decisione sul ricorso è che, per stabilire quali provvedimenti urgenti possa adottare il giudice, occorre considerare i poteri decisori del giudice amministrativo ed esaminare questi ultimi perché sono essi il parametro da tenere presente.

Ebbene, il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 34 c.p.a., può: annullare l'atto amministrativo; ordinare all'amministrazione, rimasta inerte, di provvedere entro un termine; condannare al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento dei danni; condannare l'amministrazione all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio (sentenza atipica nel contenuto che va relazionato alla misura che possa assicurare tutela piena ed effettiva al ricorrente); condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni in forma specifica *ex art.* 2058 c.c.; condannare l'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto dall'interessato; disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e la nomina di un commissario *ad acta*, già in sede di cognizione; nella giurisdizione di merito, adottare un nuovo atto ovvero modificare o riformare quello impugnato.

Ne consegue che in sede cautelare possono essere adottati: la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, strumentale all'annullamento dell'atto; la "ingiunzione a pagare una somma", correlata o meno alla condanna risarcitoria; i provvedimenti anticipatori della reintegrazione in forma specifica e di condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto e, soprattutto, i provvedimenti di contenuto atipico correlati a due profili: a) alla sentenza funzionale alla soddisfazione piena ed effettiva del ricorrente (si può pensare alla pronuncia di accertamento); b) alla misura idonea ad assicurare l'attuazione del giudicato, anche con la nomina di un

---

<sup>234</sup> Introdotto dall'art. 204, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

<sup>235</sup> Cfr. E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 873 ss.

commissario *ad acta*, sempre strumentale ad una sentenza di cognizione che può avere questo contenuto<sup>236</sup>.

Quanto alla giurisdizione **di merito**, i poteri decisori sono più ampi e giungono sino alla possibilità, non solo di modificare o riformare un atto amministrativo, ma di sostituirlo, per cui le misure cautelari possono consistere nell'adozione di un provvedimento, oltre che nella sua modifica o riforma.

La modulabilità dei provvedimenti urgenti in relazione alla decisione assumibile dal giudice, fa sì che muti la posizione del ricorrente nel chiedere la misura cautelare poiché è necessario **specificare il tipo di provvedimento richiesto**, dal momento che il giudice non può pronunciarsi oltre la domanda, anche cautelare, del ricorrente, stante il principio dispositivo vigente nel processo amministrativo.

La norma, nel prevedere l'emanazione di misure cautelari che appaiono più idonee, secondo le circostanze, non consente al giudice di provvedere di ufficio, snaturando così il carattere dispositivo del processo; mentre in precedenza il provvedimento cautelare era tipico ed il ricorrente poteva limitarsi a chiedere la sospensione, modulandosi poi gli effetti in relazione alla concreta controversia, ora la varietà delle misure cautelari impone la specifica richiesta del ricorrente.

#### 4. *Le ipotesi in cui la misura cautelare supera il nesso di strumentalità con la sentenza di merito*

Nel processo civile ordinario, come già accaduto per il processo societario, si è stabilito che i provvedimenti cautelari mantengano i loro effetti anche se non venga iniziato il giudizio di merito (provvedimenti *ante causam*) o, se iniziato, per una qualunque ragione si estingua (provvedimenti sia *ante causam* che *in causa*), qualora siano: “emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c.”, “idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito”, “emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno tenuto ai sensi dell'art. 688”. Ciascuna parte, però, può iniziare il giudizio di merito e “l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo”<sup>237</sup>.

Il legame di strumentalità strutturale (necessità che intervenga una sentenza di merito) si è sciolto perché le parti, paghe della sistemazione della controversia in sede cautelare, potrebbero decidere di non volere la sentenza e non attivarsi per ottenere una soluzione suscettibile di passare in giudicato.

---

<sup>236</sup> Corte cost. 6 luglio 2023, n. 137 ha stabilito che il giudice amministrativo, nell'esercizio del potere cautelare, può non solo sospendere l'atto impugnato, ma anche adottare tutte le misure “*attipiche*”, a contenuto propulsivo o sostitutivo, con le quali viene attribuito anticipatamente e provvisoriamente il bene della vita cui aspira il ricorrente. La sentenza è intervenuta in un conflitto di attribuzioni tra la Regione Veneto e la Presidenza del Consiglio dei ministri sorto a seguito delle ordinanze cautelari del T.A.R. Veneto nn. 615 e 656 del 2022.

<sup>237</sup> Art. 669-*octies* c.p.c., commi 6, 7 e 8, aggiunti dal d.l. n. 35/2005, convertito con legge n. 80/2005, entrati in vigore il 1° marzo 2006. Per la distinzione, non facile, tra misure cautelari anticipatorie e conservative: L. GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2006, 146 ss.

Questa soluzione di diritto positivo, se può apparire “rivoluzionaria”, laddove si consideri la ragione che giustifica la misura cautelare e la sua stessa funzione ancillare e servente della sentenza (ottenere rapidamente ciò che la sentenza potrà assegnare per evitare che il tempo necessario alla conclusione del processo ordinario si risolva in danno della parte vittoriosa), non rappresenta una vera e propria rottura dello schema strutturale tra provvedimento cautelare e sentenza, perché è rimesso alla volontà delle parti giungere o meno alla sentenza, esaltando il carattere dispositivo del processo. Insomma la strumentalità strutturale della misura cautelare è superata se lo vogliono le parti perché, diversamente, è mantenuta ed assicurata dalle disposizioni processuali, a favore di tutte le parti.

Nel processo amministrativo si è verificata una situazione analoga, ma con diversi caratteri, sia per opera della giurisprudenza che del legislatore.

Il legislatore, con il comma 2-*bis* dell'art. 4, legge 17 agosto 2005, n. 168, di conversione, con modifiche, del decreto legge 30 giugno 2005, n. 115, non abrogato dal c.p.a., ha stabilito che “l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati” sono conseguiti ad ogni effetto se vengono superate le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, “anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della Commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela”. Il che significa, ad esempio, che se il giudice amministrativo disponga, con la misura cautelare, per un aspirante avvocato non ammesso agli orali, che la Commissione ripeta la valutazione e, con il riesame, il candidato venga ammesso agli orali, superandoli, l'abilitazione professionale di avvocato è conseguita ad ogni effetto, senza che il giudice debba pronunciare sentenza nel merito per accertare se la (prima) valutazione della Commissione, negativa sugli scritti, sia illegittima o meno.

Qui salta non solo la strumentalità strutturale (non occorre più la sentenza di merito) ma, forse, anche quella funzionale perché, per effetto della misura cautelare e del conseguente completamento della valutazione del candidato, si consegue la abilitazione professionale (o il titolo) che la sentenza non avrebbe potuto assegnare, dovendo il merito intervenire solo sulla legittimità della non ammissione.

Inoltre, sempre a differenza del processo civile, non è rimessa alle parti la scelta di chiedere la sentenza di merito perché la disposizione è imperativa e la misura cautelare si trasforma in sommaria, acquisendo l'autorità di giudicato. Si può affermare che la provvisorietà, tipica del provvedimento cautelare, destinata ad esaurirsi con la decisione nel merito, assuma più la funzione dei provvedimenti sommari in senso proprio e cioè aspiri a diventare definitiva, senza che occorra la sentenza<sup>238</sup>.

È controverso in giurisprudenza se la norma riguardi esclusivamente i procedimenti finalizzati alla verifica della idoneità dei partecipanti allo svolgimento di una professione il cui esercizio (o l'accesso alla quale) sia subordinato all'espletamento di prove selettive, ovvero sia applicabile anche ai concorsi che prevedano un numero predeterminato di vincitori<sup>239</sup>. Altresì discussa è in giurisprudenza la stessa interpretazione

---

<sup>238</sup> P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 9 ss., sottolinea la differenza tra provvedimenti cautelari e sommari nel senso indicato nel testo.

<sup>239</sup> Non si applica al concorso notarile per Cons. Stato, Sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5743, in *Guida al dir.*, 2007, 56 ss., con nota di S. MEZZACAPO; si applica, invece, all'ammissione alle scuole di

della disposizione proprio nell'esempio dell'aspirante avvocato: si produrrebbero gli effetti stabiliti dall'art. 4, legge n. 168/2005 quando il candidato abbia superato le prove scritte e orali sulla base di: a) un'ordinanza cautelare favorevole, non appellata dall'amministrazione; b) un'ordinanza cautelare favorevole confermata in appello<sup>240</sup>. In sostanza occorre che l'amministrazione non contesti con l'appello la misura cautelare di primo grado ovvero che lo stabilisca il Consiglio di Stato, collegando l'effetto stabilito dalla legge alla definizione conclusiva della fase cautelare e cioè quando l'ordinanza non sia più appellabile o sia stata confermata.

È stata rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale della disposizione per violazione: della strumentalità strutturale e funzionale della misura cautelare, deducibile dal principio di uguaglianza, ragionevolezza e giusto processo (artt. 3, 24, 111 e 113 Cost.); della garanzia dell'effettività del contraddittorio perché il controinteressato, se non interviene nella fase cautelare, non può partecipare al giudizio di merito che non si tiene (artt. 24 e 111 Cost.); del giudice naturale precostituito per legge – quello di merito – (art. 25 Cost.); della impugnabilità in appello e del riesame che vengono, quanto meno di fatto, preclusi all'amministrazione resistente ed al controinteressato, con la conseguenza che il T.A.R. può diventare giudice di unico grado, determinando disparità di potere di appello delle parti (artt. 24, 111, 113 e 125 Cost.)<sup>241</sup>.

La Corte costituzionale<sup>242</sup> ha deciso che la questione è infondata.

Va, comunque, evidenziato che parte consistente della giurisprudenza amministrativa, prima della legge n. 168/2005, aveva seguito la medesima soluzione normativa nelle ipotesi di sospensione giudiziale della non ammissione all'esame di maturità e conseguente ammissione con riserva che porta ad un esito favorevole delle prove d'esame (l'esito positivo delle prove di maturità assorbe il giudizio sfavorevole sull'ammissione, determinando la superfluità della valutazione nel merito del ricorso e la sentenza non valuta la legittimità o meno della non ammissione, ma prende atto dell'esito favorevole delle prove di maturità)<sup>243</sup>. Altri rilevanti casi trattati allo stesso modo dalla giurisprudenza, sono quelli dell'ammissione giudiziale con riserva a concorsi pubblici, a gare o a procedimenti selettivi, anche se non si è in presenza di un orientamento costante<sup>244</sup>.

specializzazione (a numero limitato) afferenti alla Facoltà di Medicina per Cons. Stato, Sez. VI, 28 febbraio 2007, n. 1000, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 529. Non si applica per i concorsi a numero predeterminato, anche a seguito di ammissione con riserva e superamento delle prove concorsuali, se non si definisce favorevolmente il ricorso nel merito per Cons. Stato, Sez. III, 29 ottobre 2019, n. 7410; ammette lo stesso trattamento previsto dall'art. 4-bis d.l. n. 115/2005, invece, Cons. Stato, Sez. VI, 25 luglio 2019, n. 5263.

<sup>240</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2557, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 741.

<sup>241</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., ord. 5 giugno 2008, n. 508, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, 1881, con nota di A. CORSARO; la stessa questione era stata sollevata sempre da Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., ord. 28 luglio 2006, n. 479, *ivi*, 2006, 2795, con nota di C. VARRONE, ma la Corte costituzionale dichiarava l'inammissibilità per irrilevanza nel giudizio *a quo* (ord. 20 luglio 2007, n. 312).

<sup>242</sup> Corte cost., 9 aprile 2009, n. 108, in *Giur. it.*, 2010, 36, con note di D.U. GALETTA e I. SIGISMONDI.

<sup>243</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 1978, n. 720, in *Rass. Cons. Stato*, 1978, I, 1174; Id., Sez. VI, 20 maggio 1977, n. 434, *ivi*, 1977, I, 863; T.A.R. Campania, Napoli, 25 marzo 1981, n. 262, in *TAR*, 1981, I, 1840; Id. Lazio, Roma, Sez. III, 24 marzo 1986, n. 1128, *ivi*, 1986, I, 1279. Cfr. M. ANDREIS, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 1996, 281 ss., part. 296 ss.

<sup>244</sup> Cfr. M. ANDREIS, *Tutela sommaria*, cit., 299 ss.

Occorre, altresì, tenere presenti le ordinanze cautelari che dispongono il riesame del provvedimento impugnato e che non riguardano soltanto settori dell'attività amministrativa – come quelli innanzi considerati e che sono limitati sostanzialmente ai concorsi, alle gare ed alle procedure selettive – ma possono trovare impiego in ogni controversia e settore dell'attività amministrativa.

Il giudice amministrativo, in sede cautelare, può ordinare all'amministrazione di procedere al riesame sulla base dei motivi di illegittimità contenuti nel ricorso.

In conseguenza dell'ordinanza cautelare, l'amministrazione riapre il procedimento ed esercita nuovamente il potere, adottando altro provvedimento, sostitutivo di quello impugnato sia quando il dispositivo dell'atto è il medesimo di quello impugnato che nell'ipotesi in cui soddisfi l'interesse del ricorrente. Nel primo caso, infatti, pur se il provvedimento presenti la stessa regolamentazione degli interessi stabilita con l'atto impugnato, si è in presenza del rinnovato esercizio del potere amministrativo che priva il ricorrente dell'interesse ad ottenere la sentenza nel merito, concludendosi il giudizio con una declaratoria di sopravvenuto difetto di interesse e l'interessato, se lo ritiene, può impugnare il (secondo) provvedimento di riesame.

Nel secondo caso, qualora il diverso provvedimento soddisfi l'interesse del ricorrente, il giudizio si chiuderà con una sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere, senza valutazione della legittimità del (primo) provvedimento impugnato.

Dunque, se l'ordinanza cautelare disponga il riesame, il giudizio, comunque, viene definito con la misura urgente, non dovendo più il giudice, nella sede cognitoria e decisoria, valutare la legittimità del (primo) provvedimento.

Nelle ipotesi descritte, la strumentalità della misura cautelare viene superata sul piano strutturale e, forse, anche funzionale, e trasformata in provvedimento sommario, non più provvisorio e interinale, ma definitivo<sup>245</sup>.

Il c.p.a. ha del tutto ignorato questo problema, non dettando nessuna norma.

Il legislatore è ancora intervenuto a superare il nesso di strumentalità della misura cautelare con la sentenza di merito, con l'art. 40, comma 1, lett. b) del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 che introduceva il comma 8-*bis* all'art. 120 c.p.a. Nella materia degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture e nelle collegate procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico amministrative nonché nei connessi provvedimenti dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (soppressa con trasferimento delle funzioni e compiti dell'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza, ANAC: art. 19, d.l. n. 90/2014, conv. in legge n. 114/2014), le misure cautelari di accoglimento erano “disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza”.

La *ratio* della previsione è chiara: gli appalti pubblici si devono fermare per un periodo breve poiché si prosegue l'obiettivo di un'azione efficiente che non può essere bloccata dall'attesa della sentenza che va adottata in tempi ragionevoli.

---

<sup>245</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 novembre 2024, n. 9426 che evidenzia come, nella maggior parte dei casi, il riesame disposto con l'ordinanza cautelare comporti che gli effetti anticipatori non abbiano carattere provvisorio, ma irreversibili, per cui il ricorso diviene improcedibile ovvero si ha cessazione della materia del contendere.

Norma di questo tipo era stata adottata, per la stessa ragione, per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche e di impianti e costruzioni industriali: l'ordinanza di accoglimento non poteva "avere un'efficacia superiore a sei mesi" (art. 5, comma 4, legge 5 gennaio 1978, n. 1, abrogato dal d.lgs. n. 163/2006). La disposizione aveva superato il vaglio di costituzionalità poiché la Corte ha rilevato, tra l'altro, che il termine di sei mesi "appare congruo e ragionevole in relazione alla durata normale di un processo amministrativo, tenuto anche conto delle particolari ragioni di pubblico interesse che sono insite nelle materie che formano oggetto della disciplina di cui alla legge n. 1/1978" (Corte cost. 1° febbraio 1982, n. 8).

L'ordinanza, secondo l'abrogato art. 19, d.l. n. 90/2014, non è più efficace sino alla pronuncia di merito, con conseguente soluzione del legame con la sentenza sotto il profilo strutturale. Gli effetti dell'ordinanza cautelare vengono collegati al tempo (sessanta giorni) e, anche se solo nell'eventualità di mancata tempestiva adozione della sentenza, viene recisa la strumentalità strutturale con la decisione di merito.

## 5. I procedimenti

Il Codice individua quattro tipi di provvedimenti cautelari e cioè: l'ordinanza collegiale (art. 55 c.p.a.), il decreto monocratico in causa (art. 56 c.p.a.), il decreto monocratico anteriore alla causa (art. 61 c.p.a.) e l'ordinanza collegiale o il decreto interinale in attesa dell'integrazione del contraddittorio (art. 27, comma 2, c.p.a.).

I primi tre tipi concludono procedimenti appositamente disciplinati dalla legge, mentre il quarto non ha un proprio procedimento. Quest'ultimo, infatti, può intervenire sia nel corso del procedimento relativo all'ordinanza collegiale che dei procedimenti riguardanti le misure monocratiche in causa ed *ante causam* perché, nelle more dell'integrazione del contraddittorio, evento che può determinarsi sia per le misure collegiali che per quelle monocratiche, "il giudice può pronunciare provvedimenti cautelari interinali" (art. 27, comma 2, c.p.a.) che assumeranno la forma dell'ordinanza collegiale o del decreto monocratico, a seconda che le adotti il collegio ovvero il presidente (o suo delegato).

Il procedimento riguardante le misure cautelari collegiali può definirsi ordinario e necessario, sia perché la fase cautelare normalmente si svolge innanzi al collegio, sia perché, anche quando si seguano gli altri procedimenti, la fase cautelare si conclude, comunque, con l'ordinanza collegiale.

Infatti, i provvedimenti cautelari adottati con decreto monocratico debbono passare al vaglio del collegio ed hanno, nella loro massima estensione, efficacia sino alla pronuncia di quest'ultimo che chiude la fase cautelare.

Dunque, l'ordinanza collegiale chiude la fase cautelare e produce effetti (salvo l'esito dell'appello contro l'ordinanza) sino alla sentenza che definisce il ricorso, mentre i decreti monocratici hanno efficacia interinale, al massimo sino alla ordinanza collegiale che definisce la fase cautelare. Efficacia che si protrae sino alla conclusione della fase cautelare, hanno anche le misure provvisorie adottate, con decreto monocratico o ordinanza collegiale, nelle more dell'integrazione del contraddittorio.

Presupposto processuale per ogni provvedimento cautelare sono la verifica, anche d'ufficio, della competenza territoriale che, con il Codice, è divenuta inderogabile e la presentazione dell'istanza di discussione, salvo che debba essere fissata d'ufficio<sup>246</sup>; l'istanza di fissazione dell'udienza di discussione, però, per la misura cautelare *ante causam* va, ovviamente, depositata con il successivo ricorso (art. 61, comma 5, c.p.a.).

È forse eccessiva la previsione di due riti per i decreti monocratici: sarebbe stato sufficiente il solo decreto *ante causam*, semplificando così i procedimenti. Invece, la doppia previsione renderà difficile, nel concreto, apprezzarne la diversità dei presupposti dell'urgenza, indicati per il decreto monocratico *in causa* nella "estrema gravità ed urgenza", e, per quello anteriore alla causa, nella "eccezionale gravità ed urgenza", anche se correlata a non consentire, nel primo caso, "neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio" (art. 56, comma 1, c.p.a.) e, nel secondo, "neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale" (art. 61, comma 1, c.p.a.) e, cioè, in sostanza, nemmeno la redazione del ricorso con l'esposizione dei fatti e l'articolazione dei motivi.

## 6. *Il procedimento ordinario*

La domanda cautelare può proporsi con il **ricorso** ovvero con **istanza successiva** alla presentazione del ricorso, indirizzandola al giudice presso cui pende la controversia. In questo caso occorre notificare l'istanza cautelare alle altre parti (art. 55, comma 3, c.p.a.) e, se queste ultime sono costituite, presso i difensori nel domicilio eletto e, quindi, depositarla presso la segreteria del giudice amministrativo.

Sulla domanda cautelare, il giudice pronuncia nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso.

Le altre parti possono depositare memorie e documenti "fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio" (art. 55, comma 6, c.p.a.). Il termine dei due giorni liberi può essere superato per la produzione dei documenti se il collegio "per gravi ed eccezionali ragioni" (art. 55, comma 8, c.p.a.) l'autorizzi.

Nella camera di consiglio, però, è ammessa comunque la costituzione formale delle altre parti (non la memoria), pur senza il rispetto del termine dei due giorni liberi ed i difensori sono sentiti ove ne facciano richiesta.

È prassi però che il ricorrente e le altre parti siano ammessi all'illustrazione della questione in camera di consiglio, anche se non vi sia richiesta di essere sentiti.

L'esame della domanda cautelare, precedentemente al c.p.a., era fissata alla prima camera di consiglio utile, decorsi dieci giorni dall'ultima notifica, e le altre parti

---

<sup>246</sup> Con decreto del Presidente della Sez. III del Cons. Stato, 15 gennaio 2024, n. 4559, è stata dichiarata improcedibile la domanda di sospensione con decreto della sentenza impugnata, dal momento che l'istanza di discussione era stata depositata dalla parte vittoriosa in primo grado (che aveva proposto un appello incidentale condizionato, ma senza domandare la misura cautelare) e non dalla parte richiedente la sospensione cautelare della sentenza e che aveva interesse, motivando sulla diversa *ratio* dell'art. 71 e dell'art. 55, comma 4, c.p.a.

potavano costituirsi anche il giorno fissato per l'esame della misura cautelare, depositando memorie e documenti.

Era un'evidente alterazione del contraddittorio "in condizioni di parità" (art. 111 Cost.), sia per il ricorrente che si trovava in camera di consiglio di fronte a documenti e deduzioni su cui doveva prendere posizione all'istante e senza la possibilità di consultare la parte sostanziale, a volte utile, per documenti non noti al difensore, che per le altre parti le quali avevano un termine estremamente ridotto per esporre le loro ragioni rispetto al ricorrente che aveva sessanta giorni, specie, poi, se il giudice decideva con sentenza in forma semplificata nella stessa camera di consiglio<sup>247</sup>.

La previsione di un margine di tempo più lungo (venti giorni) per la fissazione della camera di consiglio e di un termine di due giorni liberi per il deposito delle memorie e dei documenti è tesa a riequilibrare il contraddittorio tra le parti.

È dimezzato il termine di venti giorni – dieci giorni – e quello per costituirsi – un giorno libero – nei giudizi aventi ad oggetto le controversie indicate nel Titolo V del Libro IV c.p.a.

La giurisprudenza precedente al c.p.a., ma non recepita da quest'ultimo, riteneva non necessaria la previa comunicazione formale ai difensori della data di trattazione, se il processo segue lo sviluppo stabilito dalla legge e cioè esame della istanza cautelare effettuata nella camera di consiglio che accede alla **prima udienza in camera di consiglio** successiva al deposito del ricorso, dopo la scadenza del termine allora di dieci giorni, ora di venti, dall'ultima notifica dell'atto introduttivo.

Se, invece, la trattazione avviene **in data diversa** da quella legalmente stabilita, occorre l'avviso di comunicazione della data fissata per la camera di consiglio, da effettuarsi con i mezzi ordinari (consegna del biglietto di segreteria ai difensori o notifica diretta da effettuarsi secondo le disposizioni del codice di procedura civile ora, comunicazione a mezzo pec)<sup>248</sup> ovvero anche con uso di mezzi alternativi, quali telefono, telegrafo e simili purché presentino quel minimo di requisiti formali che offrano adeguata garanzia dell'effettiva conoscibilità dell'atto da parte del destinatario<sup>249</sup>.

L'art. 136 c.p.a. ha, in merito alle comunicazioni relative al processo, stabilito che il difensore indichi nel ricorso o nel primo atto difensivo il proprio indirizzo di posta elettronica certificata e il proprio recapito di fax dove intende ricevere le comunicazioni e che si presumono conosciute se pervenute con i detti mezzi. A seguito dell'introduzione del processo amministrativo telematico (P.A.T.) a partire dal 1° gennaio 2017, le comunicazioni si eseguono a mezzo pec<sup>250</sup>.

Va evidenziato che la fase cautelare, ritualmente introdotta, non impedisce il decorso del termine annuale di perenzione (art. 81 c.p.a.), sia nel caso in cui si sia conclusa con un provvedimento favorevole o sfavorevole all'interessato, sia nel caso in cui il giudice non si sia pronunciato; il decorso della perenzione è impedito solo dal

---

<sup>247</sup> Cfr. E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 499 ss.

<sup>248</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 1985, n. 2, in *Foro it.*, 1985, III, 191.

<sup>249</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 1985, n. 2, cit.

<sup>250</sup> Sul punto v., *supra*, Parte 4, Capitolo 3, Sez. III, par. 6.

deposito dell'apposita domanda di fissazione dell'udienza di discussione<sup>251</sup> che, peraltro, costituisce presupposto per la procedibilità della domanda cautelare, salvo che l'udienza di discussione debba essere fissata di ufficio.

Il giudice pronuncia con **ordinanza**, immediatamente **esecutiva e motivata**.

La norma impone che la motivazione debba riguardare anche i profili che inducano ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso.

### 7. *Presupposti per la concessione della tutela cautelare: pregiudizio grave e irreparabile e fumus boni iuris*

Il ricorso non produce automaticamente effetti cautelari, dovendo intervenire un provvedimento espresso del giudice, salvo diverse disposizioni di legge.

L'art. 55 c.p.a. richiede, come l'art. 3 della legge n. 205/2000, per l'accoglimento della domanda cautelare un "pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso" nonché "i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso" (art. 55, comma 9, c.p.a.).

Il pregiudizio ha ormai sostituito i danni, previsti dall'art. 21, legge T.A.R., e viene ribadito che va considerato il *fumus boni iuris*, già prima della legge n. 205/2000 apprezzato dal giudice, pur in assenza di una specifica norma.

Va rilevato che il **pregiudizio** pare rappresentare qualcosa di meno rilevante rispetto al **danno** che richiede, comunque, una quantificazione economica e, soprattutto, che esso appare **svincolato dalla imminenza ed attualità** che, viceversa, connota il pregiudizio nella formula di cui all'art. 700 c.p.c. che, appunto, deve presentarsi come "imminente ed irreparabile".

Quello che, invero, appare più significativo è la **correlazione tra il pregiudizio ed il tempo** necessario per definire il giudizio. Cioè, rispetto al riferimento ai danni gravi ed irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, la norma evidenzia come il pregiudizio vada apprezzato considerando il tempo necessario a giungere alla sentenza.

Se, in precedenza, poteva essere indicativo della ricorrenza dei danni gravi ed irreparabili la considerazione della tipologia degli atti amministrativi impugnati e degli effetti da essi prodotti, ora occorre porre mente al pregiudizio derivante dalla durata del processo.

In sostanza, un medesimo atto amministrativo può recare pregiudizio grave ed irreparabile, **a seconda della durata del processo** innanzi allo specifico T.A.R. investito del ricorso. E così, mentre per i giudici amministrativi di primo grado che hanno un basso tasso di contenzioso ed una durata non eccessiva dei processi occorrerà apprezzare con maggiore rigore il pregiudizio, viceversa per i T.A.R. i cui processi hanno considerevole durata il pregiudizio potrà dirsi quasi *in re ipsa*.

Alcune disposizioni legislative indicano parametri specifici che il giudice deve valutare per il "pregiudizio" che tendono a dare un rilievo prioritario e pregnante all'in-

<sup>251</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 28 settembre 1984, n. 19, in *Foro it.*, 1984, III, 210.

teresse pubblico rispetto a quello che viene fatto valere dal ricorrente con la tutela giurisdizionale.

Così, per le controversie riguardanti le concessioni e gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, l'art. 120, comma 10, c.p.a. stabilisce che il giudice "tiene conto ... delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione", limitando la tutela che è riconosciuta dalla normativa comunitaria all'interesse del partecipante alla gara, non vincitore, per la soddisfazione del diritto alla libera concorrenza e non discriminazione. Per le grandi opere, l'art. 125 c.p.a. mette in risalto il "preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera" e l'irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente va "comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure".

Il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180 ha dato attuazione alla direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014 che disciplina la gestione delle crisi bancarie allo scopo di contenere gli effetti ed i costi, prevedendo nuovi strumenti da esercitarsi dall'autorità preposta che, nel nostro Paese, è la Banca d'Italia. L'art. 95 di detto decreto, per le misure cautelari, prescrive che "nei giudizi avverso le misure di gestione della crisi si presume sino a prova contraria che la sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia o del Ministro dell'economia e delle finanze sarebbe contraria all'interesse pubblico".

È discutibile la legittimità costituzionale, comunitaria e internazionale di queste disposizioni che si pongono in violazione dei principi del giusto processo, ma, nel concreto, influenzano poco l'esercizio del potere cautelare del giudice amministrativo che, per lo più, è indotto a farne un'applicazione costituzionalmente e comunitariamente orientata.

Quanto al *fumus boni iuris*, la norma impone che la motivazione debba riguardare il pregiudizio e, appunto, i profili che inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso.

È opportuno tenere ferma e, soprattutto, applicare la norma che impone la motivazione, che è necessaria non solo perché connotato essenziale di ogni provvedimento giurisdizionale, ma anche per ragioni di **trasparenza**: alle parti vanno chiarite le ragioni che hanno determinato l'accoglimento o il rigetto della misura cautelare. L'assenza di motivazione assimila, peraltro, la fase di appello avverso le ordinanze dei T.A.R. ad un ulteriore primo grado, anche se accentrato, perché il Consiglio di Stato non ha modo di verificare l'*iter* argomentativo seguito dal primo giudice.

Né può fare ombra il vincolo sulla decisione di merito che **non può esservi** se si considera che la misura cautelare viene decisa in base ad una *sommatoria cognitio* e se si crede nel valore del contraddittorio che, nella fase cognitoria del processo, offre maggiori e diversi elementi, di fatto e di diritto, alla valutazione del giudice che ha il poterdovere di cambiare idea, eventualmente, sulla soluzione della controversia.

Il giudice amministrativo, a seguito della legge n. 205/2000, a differenza di quanto avveniva in precedenza, motiva le ordinanze cautelari, pur nell'essenzialità che è propria di tale fase, e la conferma della statuizione contenuta nell'art. 55 c.p.a. ha consolidato l'orientamento giurisprudenziale.

## 8. *La prestazione della cauzione*

L'art. 55 del Codice mantiene la possibilità di imporre la prestazione di una cauzione, qualora dalla domanda cautelare derivino effetti irreversibili, aggiungendo il contenuto che deve avere il provvedimento che la impone, rispetto alla previgente previsione, lacunosa in proposito, dell'art. 3 della legge n. 205/2000.

La prestazione della cauzione non può essere disposta quando la domanda cautelare “attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale” (art. 55, comma 2, c.p.a.).

Fanno eccezione le controversie, in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture e di affidamento d'incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative connessi nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ora soppressa, con trasferimento di compiti e funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza, A.N.A.C.: art. 19, d.l. n. 90/2014).

In questi casi, il giudice può subordinare l'efficacia delle misure cautelari alla prestazione di una cauzione di importo commisurato al valore dell'appalto e comunque non superiore allo 0,5% del valore dell'appalto “anche se dalla decisione non derivino effetti irreversibili” (art. 120, comma 9, c.p.a.).

È appena il caso di rilevare che, anche se lo scopo della disposizione è diretta a scoraggiare il ricorrente dal domandare la misura cautelare per favorire l'esecuzione dell'appalto, la cauzione può essere disposta dal giudice anche qualora sia respinta la domanda urgente, in assenza di “effetti irreversibili”; una diversa interpretazione si porrebbe in contrasto con l'art. 111 Cost. che garantisce il giusto processo anche stabilendo il contraddittorio tra le parti in condizioni di parità.

Alla prestazione della cauzione è subordinata la concessione o il diniego della misura cautelare per cui può essere posta a carico sia del **ricorrente**, ma anche del **resistente** e del **controinteressato**.

Il giudice deve stabilire l'entità della cauzione e, precisa la norma, “l'oggetto, il modo di prestarla e il termine entro cui la prestazione va eseguita” (art. 55, comma 2, c.p.a.) e può anche essere assolta mediante fideiussione.

Quindi: a) ha carattere generale, salvo le espresse eccezioni; b) il presupposto della sua previsione è la irreversibilità degli effetti derivanti dalla decisione sulla domanda cautelare; c) può essere prestata da tutte le parti, a seconda dell'accoglimento o del rigetto della misura cautelare; d) il giudice deve stabilire oggetto, modalità, termini ed entità della cauzione che può essere prestata anche con fideiussione.

Va rilevata la **inesattezza della disposizione** che ne fissa il presupposto nella irreversibilità degli effetti derivanti “dalla decisione sulla domanda cautelare”. Infatti, essendo possibile disporre la cauzione anche se venga negata la misura cautelare, appare evidente che, in questo caso, nessun effetto irreversibile possa derivare dalla ordinanza del giudice, ma semmai dall'oggetto dell'impugnativa (art. 7 c.p.a.).

L'imperfezione, però, non crea problemi nell'applicazione concreta dell'istituto, anche quando il giudice ritenga di rigettare la misura richiesta e disporre cauzione a carico del resistente o del controinteressato in conseguenza degli effetti irreversibili prodotti da quanto forma oggetto di impugnativa. Così, nell'ipotesi di appalto di

servizi, con misura cautelare negata, ove la cauzione può essere stabilita rapportandola al possibile danno causato al ricorrente che illegittimamente risultasse non aggiudicatario; nel caso di ordinanza di demolizione di immobile, non sospesa, a garanzia del ristoro del danno sofferto dal ricorrente, qualora si accertasse l'illegittimità della (eseguita) riduzione in pristino.

La cauzione viene disposta, comunque, in base ad una **valutazione diversa ed autonoma** dall'accoglimento o dal rigetto della misura cautelare e cioè dalla irreversibilità degli effetti prodotti dall'ordinanza cautelare, in caso di accoglimento, o dal provvedimento (o comportamento o accordo) impugnato, qualora la domanda cautelare, nonostante la irreversibilità degli effetti (che è qualcosa di molto più incisivo e "forte" del pregiudizio grave ed irreparabile), non venga accolta in considerazione di rilevanti interessi contrari, pubblici e/o privati, presenti nella fattispecie concreta. Costituisce eccezione la cauzione che il giudice può imporre quando dispone le misure cautelari nelle controversie in materia di concessioni e appalti pubblici di lavori, servizi e forniture perché si può prescindere dalla irreversibilità degli effetti<sup>252</sup>.

Proprio la sua **natura accessoria** sì, ma **autonoma** dalla misura cautelare, porta a condividere quanto stabilito dal Consiglio di Stato e cioè che può essere riformata in appello l'ordinanza del T.A.R., anche limitatamente alla sola cauzione disposta in primo grado, se non sussistano i presupposti previsti dalla legge<sup>253</sup>.

È difficile da definire quando non sia consentito disporre cauzione perché il legislatore, a parte i diritti fondamentali della persona (per cui, pure, c'è da discutere), la esclude anche per gli "altri beni di primario rilievo costituzionale"<sup>254</sup> che consentono di aprire ad "organetto" le maglie delle eccezioni, per cui paiono condivisibili le perplessità che la dottrina ha già espresso<sup>255</sup> sull'identica previsione dell'art. 3 della legge n. 205/2000.

Appare appena il caso di evidenziare che il giudice, nel determinare l'**importo** della cauzione, l'oggetto, il termine e le modalità della prestazione – che, a parte il riferimento alla fideiussione, sono lasciati dalla legge al prudente apprezzamento del magistrato – deve stabilirli in modo da rendere possibile, per la parte gravata, la prestazione della cauzione, per cui non può essere rappresentata da una somma ingente, tenuto conto degli effetti irreversibili e della qualità delle parti, e non possono essere fissati termini impossibili da rispettare. Per la cauzione da prestare in materia di concessioni e appalti pubblici, è stabilito dalla norma l'importo massimo nonché la durata<sup>256</sup>.

Secondo la previsione della norma, il diniego o l'accoglimento della misura cautelare sono subordinati alla prestazione della cauzione, per cui opera come una condizione

<sup>252</sup> Art. 120, comma 9, c.p.a.

<sup>253</sup> Cons. Stato, Sez. V, ord. 14 novembre 2000, n. 5769, cit., in *Giust. amm.*, 2001, 74.

<sup>254</sup> Per una esegesi di tale formulazione normativa identica a quella prevista dall'art. 3, legge n. 205/2000, v. A. ZITO, *Tutela cautelare e casi di esclusione della cauzione nel processo amministrativo dopo la legge n. 205/2000*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 1387.

<sup>255</sup> M. SANINO, *Il processo cautelare*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205, 265; A. PAGANO, *La nuova giustizia amministrativa*, cit., 29.

<sup>256</sup> Art. 120, comma 9, c.p.a.

sospensiva, e cioè gli effetti dell'accoglimento o del rigetto non si verificano, se non venga prestata la cauzione.

Ma bisogna distinguere tra l'accoglimento ed il rigetto.

Per il caso dell'**accoglimento** della domanda, la misura cautelare produrrà gli effetti stabiliti dal giudice, quando sarà prestata la cauzione.

Quando venga **respinta** la domanda cautelare, gli effetti stabiliti dal provvedimento, dal comportamento della pubblica amministrazione o dall'accordo e non dal giudice, si produrranno (riprenderanno a prodursi), se sarà prestata la cauzione.

In questo secondo caso, la mancata prestazione della cauzione impedirà di porre in esecuzione il provvedimento impugnato ovvero l'accordo ovvero di continuare nel comportamento pregresso, ma sarà necessario un **espresso dictum del giudice** se la misura cautelare satisfattiva dell'interesse del ricorrente sarà diversa dalla mera sospensione dell'esecuzione.

Infatti, dovrà stabilirsi la misura più idonea "ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso". Ed allora qui sarà necessario che, nell'ordinanza di rigetto, venga stabilita la misura cautelare a valere, qualora non venga prestata la cauzione; da un lato, l'amministrazione non può dare esecuzione al provvedimento impugnato o all'accordo o continuare nel comportamento, prima della prestazione della cauzione e, dall'altro lato, sarebbero regolati gli effetti dell'accoglimento della misura cautelare, in caso di mancata prestazione della cauzione, con la determinazione, quindi, di due serie di effetti: alcuni immediati, altri differiti nel tempo ed eventuali (se non venga prestata la cauzione).

Se, però, il giudice non si dia carico di predeterminare gli effetti per la mancata prestazione della cauzione, l'interessato dovrà agire in **revoca della ordinanza** di diniego per il fatto sopravvenuto, appunto, della mancata prestazione della cauzione.

Così pure rifluiscono nella possibile revoca tutte le questioni relative all'esatta prestazione della cauzione.

Il fatto che la legge disponga la subordinazione del diniego o dell'accoglimento della misura cautelare alla prestazione della cauzione, non significa però che, motivatamente e per ragioni di urgenza che non consentano ulteriore dilazione, il giudice non possa stabilire che gli effetti dell'accoglimento o del diniego della misura cautelare (*recte*: gli effetti del provvedimento impugnato o dell'accordo o continuazione nel comportamento) decorrano dall'adozione dell'ordinanza cautelare, disponendo per la risoluzione degli effetti in caso di mancata prestazione della cauzione, trasformando così la condizione da sospensiva in risolutiva.

## 9. *Definizione del giudizio nel merito in forma semplificata e disposizioni per la fissazione dell'udienza di discussione*

L'art. 60 c.p.a. stabilisce che, purché siano decorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione, il giudice può definire, in camera di consiglio, la controversia con sentenza in forma semplificata, confermando un istituto che ha avuto una positiva applicazione.

La norma fissa dei presupposti perché il giudice possa immediatamente definire il giudizio, ma si tratta di profili il cui **apprezzamento è soggettivo** e possono avere una diversa rilevanza a seconda del concreto giudice investito della controversia.

Il giudice può definire il giudizio nel merito “sentite sul punto le parti costituite”.

Si tratta di un adempimento processuale espressamente prescritto la cui inosservanza determina l'**annullabilità della sentenza** perché attiene all'esercizio del diritto di difesa di tutte le parti le quali, pur se nella contestualità della camera di consiglio e senza essere preavvertite, devono poter esporre oralmente le ragioni che ritengono precludere o consentire la decisione nel merito, in relazione ai presupposti sostanziali stabiliti dalla legge. In caso di omissione di questo adempimento, è da ritenere che il giudice di appello debba procedere all'annullamento con rinvio al T.A.R. poiché si verifica la mancanza del contraddittorio (art. 105 c.p.a.) rilevante per il corretto svolgimento del giudizio di primo grado<sup>257</sup>.

Insomma, questo presupposto – sentire le parti sul punto – pur avendo natura strettamente processuale, non ha una rilevanza formale, ma attiene a momenti di **tutela sostanziale delle parti**.

Il giudice deve necessariamente sentire le parti, anche se non è vincolato da quello che esse, pur concordemente, per ipotesi gli abbiano manifestato. E, però, se una delle parti dichiara che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza o di giurisdizione, non è possibile definire il giudizio con la sentenza semplificata, ma il giudice assegna un termine non superiore a trenta giorni per la proposizione del regolamento di competenza o di quello di giurisdizione e, negli altri casi, rinvia la causa per consentire l'attività processuale preannunciata dalle parti, fissando contestualmente la data per il prosieguo della trattazione (art. 60 c.p.a.).

Inoltre, per la definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare, il giudice deve accertare la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria.

La giurisprudenza ha affermato che la rinuncia alla domanda cautelare non impedisce la decisione con sentenza in forma semplificata, se formulata in Camera di Consiglio, una volta svolte le verifiche previste dall'art. 60 c.p.a.<sup>258</sup> ritenendo prevalente la definizione nel merito della controversia sul potere dispositivo della parte ricorrente.

La conversione del giudizio cautelare in giudizio di merito è un rito molto utilizzato in diversi T.A.R. che hanno così aumentato la loro “produttività”.

Il giudice è portato a decidere nel merito il ricorso non solo quando risulti la “manifesta” fondatezza o infondatezza (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità), ma anche se, essendo agli atti tutti i documenti e presentandosi istruito il processo, può risolvere la lite con riferimento ad un profilo che ritiene assorbente e risolutivo ovvero si tratti di questione non molto complessa.

Ed infatti, per esaminare la domanda cautelare, il giudice deve studiare comunque il processo e, se riesce a cogliere il punto focale della vicenda, lo decide nel merito, con sentenza in forma semplificata.

In questo modo, la durata del processo è veramente contenuta (si definisce un grado di giudizio nel giro di poco più di un mese) ed il giudice economizza il suo tempo

<sup>257</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2004, n. 612, in *Rass. Cons. Stato*, 2004, 322.

<sup>258</sup> Cons. Stato, Sez. II, 22 maggio 2025, n. 4471.

perché non deve studiare lo stesso fascicolo due volte, quando decide la domanda cautelare e quando esamina il merito, e redige una motivazione sintetica.

L'esame della misura cautelare costituisce, altresì, l'unica possibilità di investire il giudice della conoscenza del ricorso, prima che sia fissata l'udienza di discussione.

Per quest'ultimo aspetto, il c.p.a. non ha dato attuazione alla delega che, nel prevedere "l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica" (art. 44, comma 2, lett. a), consente la istituzione della figura di un giudice istruttore di prima udienza che dispone l'eventuale integrazione del contraddittorio, l'ammissione delle prove e la fissazione dell'udienza di discussione. La fase cautelare è venuta incontro alle esigenze sottese all'istituzione del giudice istruttore.

In sede cautelare, il giudice, su istanza di parte, ordina l'integrazione del contraddittorio e assicura la completezza istruttoria (art. 55, comma 12, c.p.a.), potendo, comunque, disporre, nelle more, le misure cautelari urgenti (art. 27, comma 2, c.p.a.).

Il ricorrente, già prima del c.p.a., chiedeva la misura cautelare in quasi tutte le controversie, anche allo scopo di ottenere una trattazione del merito a breve. Ora è la disposizione dell'art. 55, comma 10, c.p.a. che incoraggia questa prassi perché stabilisce che, qualora il T.A.R., in sede cautelare, ritenga che "le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito, fissa con ordinanza collegiale la data di discussione del ricorso nel merito"; allo stesso modo può provvedere il Consiglio di Stato, trasmettendo, in caso di riforma dell'ordinanza di primo grado, la pronuncia al T.A.R. per la sollecita fissazione dell'udienza di merito.

Qualora venga disposta la misura cautelare, viene fissata la data di discussione del ricorso nel merito; su accordo delle parti, in caso di rinuncia alla definizione autonoma della domanda cautelare, il termine per la fissazione dell'udienza di discussione è ridotto da sessanta a quarantacinque giorni (art. 71, comma 5, c.p.a.).

Insomma, queste disposizioni hanno fatto diventare la camera di consiglio per l'esame della misura cautelare un importante snodo per la integrazione del contraddittorio, l'acquisizione istruttoria e la fissazione ravvicinata dell'udienza di trattazione, rendendo, sotto quest'ultimo aspetto, residuale la segnalazione dell'urgenza del ricorso con l'apposita istanza di prelievo (art. 71, comma 2, c.p.a.) che non sempre la segreteria porta tempestivamente all'attenzione del Presidente.

La domanda di misura cautelare, quindi, supplisce alla mancata istituzione della figura del giudice istruttore, diventando una fase del processo quasi necessaria, specie considerando che, per l'art. 60 c.p.a., il giudice può definire la controversia in camera di consiglio con sentenza in forma semplificata, confermando un istituto che ha avuto una positiva applicazione. Ciò comporta che la misura cautelare si è trasformata in strumento di efficace soluzione rapida e definitiva della controversia, facendo venir meno la sua funzione ontologica (provvedere in via interinale in attesa della definizione nel merito della controversia), rendendo superfluo il pregiudizio grave ed irreparabile nei casi di sentenza semplificata, assorbendo l'ordinario giudizio di cognizione.

## 10. *La condanna alle spese*

Per la misura cautelare, la giurisprudenza<sup>259</sup> aveva ritenuto di non poter condannare alle spese processuali che andavano liquidate con la sentenza che definisce il merito, ponendole a carico del soccombente (o compensandole), e in mancanza di una norma che lo prevedesse.

Con la novella della legge n. 205/2000, si è, invece, stabilito che, in caso di rigetto o di dichiarazione di inammissibilità o irricevibilità della domanda cautelare, il giudice “può provvedere in via provvisoria sulle spese del procedimento cautelare”<sup>260</sup>.

Il provvedere “in via provvisoria” e come una mera possibilità (il giudice “può”) era legato alla natura della cautela che dura sino alla decisione sul ricorso, per cui la sentenza che definisce il merito diventa assorbente e sostitutiva del provvedimento cautelare anche per le spese che il giudice deve espressamente considerare.

Si è criticata questa norma, definendola una “stonatura”<sup>261</sup> perché è in sintonia con il sistema la condanna alle spese di lite del soccombente nella fase cautelare, con valorizzazione, pur nella normale strumentalità della misura cautelare, dell’autonomia di questo giudizio incidentale, ma non è in linea stabilire che la condanna alle spese sia consentita solo quando il giudice rigetti o dichiari irricevibile o inammissibile la domanda cautelare.

La disposizione scimmiettava l’art. 669-*septies* c.p.c. che, però, si spiega nel processo civile per i provvedimenti cautelari adottati *ante causam*, siccome il ricorrente potrebbe non instaurare il giudizio di merito e, invece, nel processo amministrativo, in precedenza, anche la misura cautelare monocratica era *in causa* e non *ante causam*.

Il Codice (che ha introdotto anche le misure cautelari anteriori alla causa: art. 61) ha stabilito, in modo condivisibile, che “con l’ordinanza che decide sulla domanda il giudice provvede sulle spese della fase cautelare” (art. 57 c.p.a.); dunque, il giudice “provvede”, non “può provvedere”, costituendo così un suo preciso dovere regolamentare la sorte delle spese di lite della fase cautelare e indipendentemente dall’esito della domanda cautelare, sia, quindi, se la rigetti e la dichiari inammissibile o irricevibile, sia che l’accolga.

La seconda parte dell’unico comma dell’art. 57 del Codice stabilisce che “la pronunzia sulle spese conserva efficacia anche dopo il provvedimento che definisce il giudizio, salvo diversa statuizione espressa nella sentenza di merito”.

Si ha una valorizzazione della specificità ed autonomia della fase cautelare, per cui la condanna alle spese contenuta nell’ordinanza che chiude il procedimento cautelare può rimanere a carico della parte poi vittoriosa nel merito, salvo “diversa statuizione espressa nella sentenza”.

Per le spese relative all’esecuzione delle misure cautelari si segue la stessa logica: il giudice provvede sulle spese di questa fase eventuale (che si rende necessaria in caso

<sup>259</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 1° ottobre 1994, n. 10, in *Rass. Cons. Stato*, 1994, I, 1297.

<sup>260</sup> Art. 21, legge n. 1034/1971, come modificato dalla legge n. 205/2000.

<sup>261</sup> E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 3ª ed., Torino, 2009, 312 ss., part. 335 ss.

di mancata esecuzione anche parziale del provvedimento cautelare) e la liquidazione “prescinde da quella conseguente al giudizio di merito, salvo diversa statuizione espressa nella sentenza” (art. 59 c.p.a.).

### 11. *L'adozione di misure cautelari con decreto monocratico in causa e anteriore alla causa e i rimedi*

L'urgenza del provvedere può essere tale che l'interessato non può attendere la trattazione della domanda cautelare nella camera di consiglio utile.

Possono verificarsi casi nei quali il provvedimento del giudice deve intervenire *ad horas* per non frustrare la tutela.

La disciplina codicistica ha introdotto un provvedimento cautelare monocratico anteriore alla causa, accanto a quello già previsto dalla legge n. 205/2000, e cioè “in causa”. I due procedimenti si distinguono per profili rilevanti.

Infatti, l'art. 56 c.p.a. prevede che, in caso di “estrema” gravità ed urgenza, tale da non consentire nemmeno di attendere la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può chiedere al presidente del T.A.R. o della Sezione cui il ricorso è assegnato, nello stesso ricorso o con istanza separata, di disporre misure cautelari provvisorie. È un meccanismo che, comunque, impone di redigere il ricorso, anche nel merito, nonché la notifica preventiva alle parti.

La richiesta deve contenere, dunque, anche l'**esposizione del fatto e dei motivi** in che si sostanzia il ricorso, con la conseguenza che il deposito in segreteria della domanda cautelare comporta anche la pendenza della lite.

Quindi, è un provvedimento adottato con causa già pendente.

Invece, l'art. 61 c.p.a. sulle misure cautelari anteriori alla causa stabilisce che il ricorrente, in caso di “eccezionale” gravità ed urgenza, tale da non consentire di predisporre il ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie ai sensi dell'art. 56 c.p.a., può presentare al presidente del T.A.R. competente per il giudizio, previa notifica alle altre parti, istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda in corso di causa. In questo caso, non occorre redigere il ricorso, con l'esposizione del fatto e dei motivi, ma un atto che focalizzi l'eccezionale gravità ed urgenza del provvedere ed eventualmente indichi sommariamente i punti salienti di illegittimità dell'azione amministrativa. Il ricorso, con la domanda cautelare, va notificato, in caso di accoglimento della istanza urgente anteriore alla causa, entro quindici giorni e depositato entro i successivi cinque giorni con l'istanza di fissazione dell'udienza; in ogni caso la misura concessa *ante causam* perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua emissione, restando efficaci i provvedimenti confermati o disposti in corso di causa.

Qui si è di fronte ad una misura cautelare che interviene prima di introdurre il ricorso e che richiede al ricorrente la redazione di un'istanza meno impegnativa del ricorso, così velocizzando le operazioni per accedere alla tutela.

È da sottolineare che il decreto monocratico, in tutti e due i procedimenti, richiede

la preventiva notifica del ricorso e della domanda cautelare o dell'istanza alle altre parti che, a differenza di quanto stabilito nel processo civile, vengono avvertite che è stato chiesto un tale provvedimento.

Da questo punto di vista, la *altera pars* è posta nelle condizioni di conoscere e può farsi *audire* dal presidente, anche se con un contraddittorio non pieno, data la ristrettezza dei tempi.

Infatti, la necessità della preventiva notifica alle controparti della domanda cautelare volta ad ottenere le misure cautelari con decreto consente al resistente o al controinteressato di presentare tempestivamente non solo documenti, ma anche memorie volte a contestare la sussistenza, sia della estrema od eccezionale gravità ed urgenza, sia del *fumus boni iuris*. Ciò spiega la ragione per cui sia l'art. 56 sia l'art. 61 c.p.a. prevedono, ove necessario, che il presidente possa sentire le parti, senza formalità, prima di adottare il decreto.

Nell'uno e nell'altro procedimento, il presidente, verificati la competenza per territorio e il perfezionamento per il destinatario della notifica (a meno, per quest'ultimo, che l'urgenza non lo consenta, ma è fatto salvo il potere di revoca) provvede, valutando la ricorrenza della estrema (art. 56 c.p.a.) o eccezionale (art. 61 c.p.a.) gravità ed urgenza.

Si discute se l'organo monocratico debba esaminare, anche se molto sommariamente, il *fumus boni iuris*.

Va evidenziato che alla misura cautelare è **coessenziale la valutazione del *fumus boni iuris*** sia quando venga adottata da un organo monocratico che ***inaudita altera parte***. E non sussiste violazione della prima regola di ogni processo e cioè il contraddittorio, espressamente richiamato ora nell'art. 111 Cost., perché esso viene solo differito in un momento successivo, data la "estrema gravità ed urgenza"<sup>262</sup>.

La questione, però, si pone diversamente per i due tipi di decreto perché, se per quello in causa, vi è già il ricorso con l'esposizione del fatto e dei motivi, per il decreto anteriore alla causa è sufficiente un'istanza molto sommaria che potrebbe incentrarsi solo sull'eccezionale gravità ed urgenza; nel primo caso, l'organo monocratico è in grado di apprezzare i profili di illegittimità, nel secondo caso no.

La possibile soluzione potrebbe essere questa: al presidente non è precluso prendere in esame anche il *fumus boni iuris*, quando sia possibile, specie se si sia in presenza di azione manifestamente viziata in rito, ma indagine preponderante e, di per sé, sufficiente è la valutazione della estrema o eccezionale gravità ed urgenza.

Ed è forse per questo che, per la misura cautelare monocratica in causa, è stabilito che si provveda "con decreto motivato" (art. 56, comma 2, c.p.a.), invece per quella *ante causam*, la norma prevede solo il decreto che dovrà, comunque, indicare la ricorrenza dell'eccezionale gravità ed urgenza perché, a prescindere dall'espressa previsione normativa, non è possibile sfuggire a quanto prescrive l'art. 3 c.p.a. che impone la motivazione per "ogni provvedimento decisorio del giudice" e, soprattutto, al precetto costituzionale secondo cui "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati" (art. 111, comma 6, Cost.).

<sup>262</sup> F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato*, cit., *passim*, part. 47 ss., che sottolinea come il contraddittorio sia regola prima di ogni processo e, quindi, anche del processo amministrativo, a prescindere finanche da un'espressa previsione normativa.

I decreti presidenziali cautelari provvisori, nella normalità dei casi, hanno un'efficacia molto limitata nel tempo perché sono destinati ad essere sostituiti dall'ordinanza del collegio.

Per il decreto in causa la camera di consiglio innanzi al collegio è fissata nel decreto ed è la prima successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione; il termine di dieci giorni dal deposito qui non rileva poiché il decreto monocratico è adottato quando il ricorso è già depositato (art. 56, comma 4, in relazione all'art. 55, comma 5, c.p.a.). Il decreto di accoglimento è efficace sino alla camera di consiglio fissata, per cui “perde efficacia se il collegio non provvede sulla domanda cautelare” (art. 56, comma 4, c.p.a.) in detta camera di consiglio.

Il decreto cautelare *ante causam* di accoglimento va notificato entro il termine perentorio fissato dal giudice, non superiore a cinque giorni, e perde comunque effetto ove entro quindici giorni dalla sua emanazione non venga notificato il ricorso con la domanda cautelare, da depositare nei successivi cinque giorni e, quindi, si seguono, per la fissazione della camera di consiglio, i termini del procedimento ordinario (camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario della ultima notificazione e al decimo giorno dal deposito: art. 55, comma 5, c.p.a.) e, comunque, perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua emissione.

I procedimenti per i due decreti monocratici sono diversificati, ma, dopo l'emanazione del decreto e, per quello *ante causam*, il deposito del ricorso, si incanalano in quello ordinario per concludersi con l'ordinanza collegiale.

I due decreti monocratici possono, in caso di “effetti irreversibili”, essere subordinati alla prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione (art. 55, comma 3, c.p.a.).

I rimedi avverso i decreti monocratici sono previsti dal c.p.a., a differenza della legge n. 205/2000, che nulla prescriveva in ordine al decreto monocratico in causa.

I decreti monocratici non sono appellabili (art. 54, comma 2, e art. 61, commi 4 e 5, c.p.a.). La giurisprudenza, però, ha ritenuto ammissibile l'appello avverso un decreto cautelare monocratico di rigetto quando vi siano eccezionali ragioni d'urgenza, tali da rendere irreversibile la situazione di fatto, a causa del tempo che intercorre tra la data di emanazione del decreto appellato e la data nella quale il T.A.R. ha fissato la camera di consiglio per l'esame collegiale della domanda cautelare; nella specie, si è trattato dell'esclusione di un partecipante alle prove di abilitazione alla professione di avvocato fissate in data precedente alla camera di consiglio in cui il T.A.R. avrebbe esaminato la domanda cautelare (decreto Pres. Sez. IV del Cons. di Stato n. 5971 del 7 dicembre 2018). Altra giurisprudenza ha escluso anche in tesi che sia proponibile appello avverso il decreto monocratico cautelare, in considerazione del sistema e dell'espressa previsione normativa (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 22 maggio 2020, n. 455; decreto Pres. Sez. IV Cons. Stato, 29 aprile 2022, n. 1962 e 4 luglio 2022, n. 3114; Pres. Sez. III Cons. Stato, 7 novembre 2024, n. 4165).

Il Consiglio di Stato, pur esprimendo in prevalenza la tesi che la chiara previsione normativa escluda l'impugnabilità dei decreti cautelari monocratici, ha ammesso “deroghe” al divieto quando l'effetto del decreto presidenziale del T.A.R. produrrebbe “la definitiva ed irreversibile perdita del preteso bene della vita e che tale ‘bene della vita’ corrisponda ad un diritto costituzionalmente garantito” (decreto Pres. Sez. III del Consiglio di Stato 30 marzo 2020, n. 1553; decreto Pres. Sez. II Cons. Stato, 4 maggio 2021, n. 2289).

È controversa la questione sul se il decreto adottato dal Presidente di Sezione di inammissibilità dell'appello avverso il decreto del presidente del T.A.R. debba essere portato all'esame del Collegio in Camera di Consiglio. Favorevole, il decreto del Presidente della Sez. IV del Consiglio di Stato del 29 aprile 2022, n. 1962; contrario, il decreto del Presidente della Sez. V del Consiglio di Stato 18 febbraio 2022, n. 798.

È possibile riproporre la domanda cautelare con il procedimento ordinario in caso di rigetto del decreto *ante causam* (art. 61, comma 4, c.p.a.), mentre, per quello *in causa*, comunque deve provvedere il collegio secondo il procedimento ordinario; se vi è accoglimento, è possibile chiedere la revoca o la modifica dei decreti monocratici, con istanza di parte previamente notificata (art. 54, comma 4, e art. 61, comma 5, c.p.a.).

## 12. I rimedi contro l'ordinanza: a) l'appello; b) la revoca. L'esecuzione delle misure cautelari

Il giudice amministrativo aveva stabilito in via pretoria che le ordinanze cautelari adottate dal T.A.R. potessero essere appellate al Consiglio di Stato<sup>263</sup>. A tale conclusione era giunto nonostante la legge stabilisse che l'appello fosse possibile avverso le sentenze, dando rilievo alla natura decisoria dei provvedimenti del giudice che definiscono la fase cautelare.

Peraltro, la Corte costituzionale autorevolmente aveva avallato la soluzione del giudice amministrativo, con riferimento all'art. 125 Cost.: il principio del **doppio grado di giurisdizione** e quindi la possibilità di un riesame del provvedimento decisorio del giudice di primo grado da parte del Consiglio di Stato trova applicazione anche nei riguardi del processo cautelare<sup>264</sup>.

La legge n. 205/2000 recepiva gli indirizzi giurisprudenziali, disciplinando il procedimento.

L'art. 62 c.p.a. stabilisce che, contro le ordinanze cautelari, l'appello al Consiglio di Stato va proposto entro trenta giorni (erano, invece, sessanta nella legge n. 205/2000) dalla notificazione dell'ordinanza e, in mancanza di notifica, sessanta (prima centoventi) giorni dalla pubblicazione (la legge n. 205/2000 prevedeva la decorrenza dalla comunicazione del deposito dell'ordinanza in segreteria).

L'appello va depositato entro trenta giorni dall'ultima notificazione ed è deciso in camera di consiglio, con ordinanza motivata che decide anche sulle spese della domanda cautelare.

Il c.p.a. ha dimezzato i termini per l'impugnativa dell'ordinanza cautelare rendendoli più appropriati ad un procedimento urgente e, opportunamente, fa partire il termine lungo dell'appello dalla pubblicazione.

Il Consiglio di Stato può imporre cauzione e il procedimento è modellato su quello di primo grado, con possibilità di adottare decreti monocratici in causa, ma non decreti

<sup>263</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 20 gennaio 1978, n. 1, in E. FOLLIERI, *Codice delle fonti giurisprudenziali*, Rimini, 1992, 98.

<sup>264</sup> Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 8.

anteriori alla proposizione dell'appello (art. 61, ultimo comma, e art. 62, comma 2, che richiama gli artt. 55, comma 2 e commi da 5 a 10, 56 e 57 c.p.a.).

Il giudice d'appello deve verificare, anche d'ufficio, la giurisdizione e la competenza territoriale del giudice di primo grado.

Quanto alla **revoca**, la giurisprudenza aveva affermato che era possibile allorché si modificasse la **situazione di fatto** esistente all'epoca di emanazione dell'ordinanza stessa ovvero risultassero violate le **norme di procedura** poste a garanzia del diritto di difesa delle parti <sup>265</sup> e quando ricorressero le previsioni di cui all'art. 669-septies c.p.c. (quando la domanda contenesse “nuove ragioni di fatto e di diritto”) <sup>266</sup>.

La legge n. 205/2000 stabiliva la revoca o modifica solo con riferimento a “fatti sopravvenuti”. L'art. 58 c.p.a. ha ampliato le ipotesi della revoca o modificazione e della riproposizione della domanda cautelare respinta che possono proporsi “se si verificano mutamenti nelle circostanze” o se si “allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare”, ma, in tale caso, l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza.

Ancora, la revoca è stata estesa a tutte le ipotesi previste per la revocazione delle sentenze, dall'art. 395 c.p.c. e cioè: 1) se sono l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra; 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza; 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario; 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione; 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato. Va, ovviamente, sostituita “sentenza”, con “ordinanza”.

La revoca va presentata **allo stesso giudice** che ha adottato l'ordinanza revocanda.

Se i provvedimenti cautelari non sono eseguiti, l'art. 59 c.p.a. dispone che l'interessato, con istanza motivata e notificata alle altre parti, “può chiedere al Tribunale amministrativo regionale le opportune misure attuative” ed il T.A.R. esercita i poteri di cui dispone nel giudizio di ottemperanza, liquidando le spese.

Il rito è molto semplificato e si svolge in camera di consiglio.

Desta perplessità il fatto che la norma indichi come giudice dell'esecuzione solo il T.A.R. e non il giudice che ha emesso il provvedimento da eseguire, regola seguita dalla giurisprudenza, in conformità alla previsione del giudizio di ottemperanza, ribadita per quest'ultimo dal c.p.a.: il ricorso si propone “al giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta; la competenza è del tribunale amministrativo regionale

---

<sup>265</sup> Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 1977, n. 846, in E. FOLLIERI, *Codice delle fonti giurisprudenziali*, cit., 150; Id., Ad. Plen., 5 settembre 1984, n. 17, *ivi*, 121.

<sup>266</sup> Cons. Stato, Sez. IV, ord. 21 ottobre 1997, n. 2015, inedita.

anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione che abbia lo stesso contenuto dispositivo e conformativo dei provvedimenti di primo grado” (art. 113, comma 1, c.p.a.).

La giurisprudenza applica questo criterio di competenza anche all’esecuzione delle misure cautelari perché il giudice che ha disposto la misura cautelare è quello più adatto a fissare le modalità dell’esecuzione, anche se non mancano ordinanze che affermano la competenza del giudice di primo grado, pur in caso di riforma della misura cautelare in appello, perché innanzi al T.A.R. proseguo il giudizio di merito<sup>267</sup>.

### 13. *Il decreto ingiuntivo*

Con il d.lgs. n. 80/1998, al giudice amministrativo veniva attribuita la giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, con un’importante innovazione in ordine alla precedente previsione contenuta nell’art. 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034: era eliminata la riserva a favore della giurisdizione del giudice ordinario delle controversie concernenti “indennità, canoni ed altri corrispettivi”.

Nella specificazione dell’art. 33 del d.lgs. n. 80/1998, si precisava che la giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi riguardava pure “le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell’espletamento di pubblici servizi” (lett. e) art. 33 cit.).

Ne è conseguita l’attribuzione al giudice amministrativo di controversie relative a **rapporti obbligatori di credito-debito** per i quali, in precedenza, era possibile chiedere al giudice ordinario il decreto ingiuntivo per il pagamento delle somme fondate su “prova scritta”. Dopo posizioni giurisprudenziali contrastanti, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato stabilì che era possibile adottare la misura cautelare *ex art. 700 c.p.c.* per consentire ai creditori della pubblica amministrazione, ma anche a quest’ultima, di ottenere una ordinanza urgente immediatamente esecutiva di pagamento, sempre se ricorressero i presupposti dei danni gravi ed irreparabili e del *fumus boni iuris*<sup>268</sup>.

Il legislatore, con la legge n. 205/2000, attribuiva al T.A.R. il potere di adottare **decreti ingiuntivi** “nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale”. Sennonché, la Corte costituzionale, con la sent. 6 luglio 2004, n. 204, dichiarava incostituzionale l’art. 33, comma 1, d.lgs. n. 80/1998, come sostituito dall’art. 7, lett. a), legge n. 205/2000, nella parte in cui prevedeva che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli”, anziché “le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, *escluse* quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi”, eliminando, sostanzialmente, dalla giurisdizione esclusiva le questioni patrimoniali.

Il c.p.a., nell’indicare le materie di giurisdizione esclusiva, mantiene la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri

<sup>267</sup> Cons. Stato, Sez. III, 29 novembre 2024, n. 4559.

<sup>268</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, cit.

corrispettivi per i rapporti di concessione di beni e servizi pubblici (art. 133, comma 1, lett. b) e c), c.p.a.).

Ne consegue che l'adozione di decreti ingiuntivi da parte del giudice amministrativo diventa un evento raro.

È però previsto dal c.p.a. il procedimento per decreto ingiuntivo innanzi al giudice amministrativo (Titolo IV del Libro IV, art. 118).

La norma non detta regole, ma richiama “il capo primo del titolo primo del Libro IV del codice di procedura civile”.

Quindi, vi è un **richiamo ricettizio** a quanto dispone il codice per il processo civile, con attribuzione al presidente del T.A.R. del potere di ingiungere il pagamento e la previsione che l'opposizione si propone con ricorso.

È appena il caso di sottolineare che è un' **ipotesi diversa dalla “ingiunzione a pagare una somma”** prevista per la misura cautelare atipica e di cui si è detto.

Qui, infatti, il giudice non deve valutare i presupposti del pregiudizio imminente ed irreparabile e del *fumus boni iuris*, ma considerare se ricorrono le condizioni di ammissibilità stabilite dall'art. 633 c.p.c. e, in sostanza, “se del diritto fatto valere si dà prova scritta”, seguendo la specificazione che di tale prova danno gli artt. 634 e 635 c.p.c. Quindi, l'ingiunto può, nel termine di quaranta giorni dalla notifica del decreto ingiuntivo, proporre opposizione al T.A.R. con ricorso e, se non interviene l'opposizione, il decreto monitorio acquista lo stesso valore di sentenza passata in giudicato.

A differenza della **misura cautelare** che ingiunge il pagamento di una somma in danaro e che ha efficacia provvisoria, occorrendo sempre che si definisca il giudizio nel merito, per la tutela **sommatoria non cautelare** non è necessaria la successiva definizione del giudizio con sentenza, perché la cognizione piena della controversia interviene solo se lo richieda il debitore ingiunto.

## Sezione terza: *La fase istruttoria* (L. Giani)

### 1. *Istruzione probatoria*

Nel sistema processuale si intende in generale per istruzione probatoria l'insieme delle attività tese ad acquisire il materiale necessario per il giudizio. Attori di questa attività, articolata in una sequenza di atti e operazioni volti a fornire certezza in ordine ai fatti da dedurre o dedotti in giudizio, sono le **parti**, in capo alle quali di norma grava l'onere di provare (nel caso del processo amministrativo, come si vedrà, di offrire un principio di prova) quanto dedotto o di offrire prova contraria, e il **giudice** al quale spetta non soltanto il *potere di disporre l'ammissione* delle prove richieste dalle parti, previa valutazione della loro ammissibilità (effettuata con riguardo al quadro normativo di riferimento), ma anche il *potere di valutare le prove acquisite* ai fini del giudizio, nonché, a seconda del modello processuale prescelto, il *potere di disporre il completamento dell'istruttoria*.

Sulla base del profilo soggettivo e del momento temporale in cui l'attività di accertamento dei fatti ha luogo, sulla scia del **processo civile**, è possibile distinguere<sup>269</sup> tra la c.d. **istruzione primaria**, cioè quell'attività svolta dal privato al di fuori del processo, in un momento anteriore alla sua instaurazione, finalizzata alla raccolta di tutti gli elementi essenziali per la domanda, e, dunque, funzionale all'adempimento dell'onere, posto in capo al ricorrente, di allegazione dei fatti principali e secondari di causa; la c.d. **istruzione preparatoria**, ossia quell'attività compiuta dal giudice sin dalla prima udienza, fino al momento in cui la stessa causa non viene rimessa al Collegio per la decisione, con esclusione della attività di acquisizione delle prove, cioè quella attività di impostazione e programmazione del giudizio che è "volta a delimitare in maniera definitiva l'oggetto della decisione"<sup>270</sup>; e la c.d. **istruzione probatoria vera e propria**, cioè quella attività svolta dalle parti e dal giudice per la conoscenza dei fatti, finalizzata a "rendere possibile una pronuncia definitiva sulla base della conoscenza della realtà dei fatti su cui si fonda l'affermazione del ricorrente"<sup>271</sup>.

## 2. *Il sistema dispositivo con metodo acquisitivo*

Prima di passare ad analizzare il quadro normativo dell'istruttoria, così come delineato all'interno del Codice, è necessario svolgere qualche ulteriore considerazione a carattere generale.

La coesistenza nell'ambito dell'istruzione probatoria propriamente detta di diversi soggetti – le parti ed il giudice – in ordine all'accertamento del fatto pone all'attenzione dell'interprete il problema relativo ai rapporti tra di essi e, prima ancora, ai rapporti tra realtà rappresentata nell'atto e realtà fattuale sottesa al processo (e sulla quale l'atto, in virtù della sua forza precettiva, incide).

Nell'inquadrare detti profili, che si riflettono sullo stesso modello e, quindi, sull'intero impianto normativo, assumono un ruolo determinante gli aspetti per così dire metaprocessuali. Ed infatti, in primo luogo rileva la **tipologia di processo**, strettamente connessa alla stessa concezione che si ha del processo medesimo e delle sue finalità. Il sistema istruttorio della singola realtà processuale, infatti, si caratterizza diversamente a seconda che il processo venga inteso come uno strumento teso ad accertare i fatti nella prospettazione offertane dalle parti, limitandosi ad essa; o se esso sia (inteso come) volto ad accertare una verità assoluta, cioè l'effettiva verità; o, ancora, se esso sia finalizzato ad accertare la verità esterna, attraverso la collaborazione delle parti.

Nel primo e nell'ultimo caso, infatti, il processo si caratterizza come processo di

<sup>269</sup> Così L. MIGLIORINI, voce *Istruzione*, V) *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 1.

<sup>270</sup> P.G. JAEGER, *Diritto processuale civile*, Torino, 1994, 410.

<sup>271</sup> F. BENVENUTI, voce *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 204 ss., in particolare 204, ove si precisa che l'istruzione probatoria è "quel complesso di operazioni dirette a procurare al giudice la certezza, morale o legale intorno agli elementi di fatto, che servono di fondamento alle pretese delle parti", G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1954, 294.

parti, sebbene diverso sia il ruolo riconosciuto alle stesse al suo interno: nel primo (**modello dispositivo puro**), è riconosciuta la piena sovranità delle parti nella introduzione dei fatti della realtà esterna nel giudizio e, conseguentemente, la piena disponibilità degli stessi anche in ordine alla prova; in quello **misto (dispositivo attenuato con il metodo acquisitivo**, il terzo prima richiamato) – quale va inteso il processo amministrativo<sup>272</sup> – si registra una confluenza degli aspetti del modello dispositivo e di quello inquisitivo, con la conseguenza che il potere di acquisizione delle prove viene riconosciuto tanto alle parti, quanto allo stesso giudice. Nel secondo modello, di tipo **inquisitorio**, i poteri in ordine alla acquisizione delle prove sono di spettanza al giudice.

La configurazione originaria del processo amministrativo – un modello strutturato non come processo per citazione, caratterizzato dalla *vocatio in iudicium* della controparte, bensì come processo introdotto attraverso un ricorso e, dunque, tipizzato dalla *vocatio iudicis*<sup>273</sup> (caratterizzato dalla **concentrazione dell'oggetto sull'atto** di cui il giudizio doveva verificare la legittimità e da una non piena attuazione del contraddittorio) – ha pesato non poco nella costruzione del sistema probatorio con riferimento tanto ai poteri riconosciuti alle parti ed allo stesso giudice, quanto agli stessi mezzi di prova esperibili.

Esso, infatti, nasce come processo inquisitorio in cui il giudice accerta la legittimità del provvedimento impugnato, e solo ad opera della dottrina e della giurisprudenza ha subito una lenta e graduale evoluzione, venendosi a caratterizzare come un processo di parti alle quali è stata via via riconosciuta una posizione tendenziale di parità<sup>274</sup>.

Basti pensare alla previsione di cui all'art. 37, r.d. 2 giugno 1889, n. 6166, che consentiva al neoistituito giudice amministrativo di richiedere, prima della decisione sul merito, all'amministrazione interessata, nuovi chiarimenti o la produzione di documenti o nuove verificazioni solo a fronte della incompletezza dell'istruzione dell'affare o di una contraddizione tra le risultanze documentali e il provvedimento impugnato. La partecipazione del ricorrente e delle altre parti diverse dall'amministrazione alla fase di acquisizione delle prove era, però, soltanto eventuale e rimessa alla discrezionalità del giudice il quale poteva autorizzarle *“quando ne sia il caso ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti”*, essendo la sua attività finalizzata esclusivamente al sindacato esterno dell'atto emanato dall'amministrazione che risultava, quindi, l'unico contraddittore necessario del giudizio<sup>275</sup>.

<sup>272</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 7 gennaio 2022, n. 133: “Pur essendo l'istruzione probatoria nel processo amministrativo governata, com'è noto, dal c.d. principio dispositivo, questo è attenuato dal metodo acquisitivo, in base a quale sul ricorrente non grava l'onere della prova ma l'onere del principio di prova, nel senso che egli è tenuto semplicemente a prospettare al giudice adito una ricostruzione attendibile sotto il profilo di fatto e giuridico delle circostanze addotte, potendo il giudice acquisire d'ufficio gli elementi probatori indicati dalle parti ovvero ritenuti comunque necessari”; Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5726.

<sup>273</sup> Cfr. *supra*, Parte 5, Capitolo 2, Sez. I.

<sup>274</sup> Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2023, n. 9377 nella quale il giudice ha sottolineato come “In tema di valutazione delle prove, nel disporre dei propri poteri istruttori, il Giudice, nel rispetto del principio dispositivo con metodo acquisitivo, gode di un'ampia discrezionalità, in modo che la mancata disposizione di una consulenza tecnica, non è sindacabile in quanto tale, ma solo laddove si rifletta sulla correttezza della pronuncia”.

<sup>275</sup> Sul punto giova rilevare come Zanobini sottolineasse che il giudice è “investito di funzioni

La situazione muta sensibilmente con l'emanazione del t.u. Cons. Stato il cui art. 44, al comma 1, nel confermare i poteri di acquisizione delle prove in capo alla sezione, elimina l'inciso "quando ne sia il caso" dall'ultima parte del comma relativa alla autorizzazione conferita alle parti ad assistere alla escussione delle prove e anche alla produzione dei documenti.

Il quadro normativo, nell'ambito della giurisdizione di legittimità – ed entro certi limiti, almeno fino agli anni '80 del secolo trascorso, anche in quella esclusiva – tiene salda la caratterizzazione dispositiva del sistema istruttorio acquisita in ragione del riconoscimento di un ruolo attivo alle parti all'interno del processo, pur subendo una attenuazione per via della assunzione di un metodo acquisitivo, cioè del riconoscimento in capo al giudice, ove questi ritenga insufficiente l'apparato probatorio prodotto dalle parti ai fini del giudizio, di poteri autonomi di integrazione della prova. Una scelta che si spiega anche in considerazione della reale posizione delle parti private<sup>276</sup> nei confronti dell'amministrazione le quali, soprattutto anteriormente alla emanazione della legge sul procedimento amministrativo, avevano un limitato accesso agli atti della istruttoria procedimentale.

### 3. *La fase istruttoria*

Una ulteriore caratteristica del processo amministrativo è rappresentata dalla assenza di una fase (a meno di non intenderla in senso atecnico come insieme di attività e operazioni) autonoma, governata da un giudice istruttore. E questo tanto nel previgente regime, sebbene numerose fossero le norme ad essa dedicate<sup>277</sup>, quanto dopo l'emanazione del Codice che pure all'istruttoria riserva l'intero Titolo III (*Mezzi di prova e attività istruttoria*), del Libro secondo sul "Processo amministrativo di primo grado".

In passato alcuni Presidenti di Sezione del Consiglio di Stato avevano instaurato la prassi della c.d. "udienza istruttoria" nella quale venivano prese in esame le istanze presentate dalle parti e, conseguentemente, assunti dal Collegio i provvedimenti utili per la decisione del ricorso. Si trattava di una prassi che non trovava fondamento nella disciplina allora vigente, oggetto di numerose critiche anche sotto il profilo della lunghezza del processo<sup>278</sup>, e che, per certi versi, era stata ripresa dal legislatore in sede di

---

inquirenti, ossia di ampia facoltà di indagine e di larghi poteri discrezionali per la scelta dei mezzi di prova e per le modalità della loro esecuzione in modo da assicurare la massima chiarezza e certezza intorno alla realtà dei fatti sui quali il giudizio si basa" (*Corso di diritto amministrativo*, II, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1954, 296; Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 1938, in *Foro amm.*, 1938, I, 1, 157).

<sup>276</sup> In tal senso cfr. F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, il quale riconosceva la compatibilità del metodo acquisitivo con il sistema dispositivo in un processo di parti, 269; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 15 ss., in part. 18.

<sup>277</sup> Art. 44, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (t.u. Cons. Stato), Titolo II (artt. 26-35) reg. proc. Cons. Stato, r.d. 17 agosto 1907, n. 642; e, infine, artt. 21 e 23, legge 6 dicembre 1971, n. 1034 istitutiva dei T.A.R.

<sup>278</sup> Sul punto cfr. F. BENVENUTI, voce *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc. Dir.*, cit., 210.

riforma nella previsione contenuta al comma 5 dell'art. 23 legge T.A.R. ai sensi del quale "il Presidente dispone, ove occorra, gli incumbenti istruttori".

Le ragioni di tale "inautonomia" procedurale vanno storicamente ricercate nelle caratteristiche proprie del processo amministrativo. Il sindacato del giudice amministrativo, infatti, era per certi versi assimilabile a quello di sola legittimità svolto dalla Corte di cassazione, rispetto al quale l'accertamento del fatto non era richiesto<sup>279</sup>. Al giudice amministrativo – fatta eccezione per le ipotesi di giurisdizione di merito per le quali, accanto al rinvio al codice di rito (art. 44 del t.u. Cons. Stato), si precisava che le attività istruttorie svolte dal giudice dovessero essere finalizzate alla "scoperta della verità" (art. 27 del reg. proc.) – non nascendo come giudice del fatto ma, come si è visto, come giudice dell'atto (quello proveniente da una pubblica amministrazione), erano riconosciuti margini di intervento limitati alla verifica della legittimità del provvedimento impugnato (cui rimaneva estraneo il rapporto sostanziale sottostante), alla stregua degli accertamenti in fatto effettuati dalla stessa amministrazione e introdotti nel giudizio (dal ricorrente e dalla stessa amministrazione resistente) attraverso le c.d. **prove precostituite**, ossia di quelle (**prove documentali**) formatesi nel corso del procedimento e, dunque, anteriormente alla instaurazione del giudizio<sup>280</sup>. Prove che il giudice ben poteva ritenere sufficienti per la verifica della legittimità o meno del provvedimento impugnato. Non è un caso, quindi, che il presupposto legittimante l'ulteriore attività istruttoria veniva individuato, all'art. 44 del t.u. Cons. Stato, nella incompletezza dell'istruzione dell'affare e nella contraddittorietà tra i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato e i documenti.

Nelle sue linee essenziali il sistema sommariamente richiamato, condizionato dalla matrice di un processo teso ad accertare la illegittimità dell'atto, ha trovato accoglimento anche in sede di codificazione, non senza problemi in ragione delle conseguenze che si producono sulla stessa garanzia dell'azione.

La regola generale prevede un onere, in capo alle parti, di depositare, nel termine di 30 giorni per la parte ricorrente (art. 45, comma 1) e di 60 giorni dalla notificazione del ricorso (art. 46, comma 1) per le parti intimare, il ricorso (le memorie) e i documenti a sostegno del ricorso, nonché una copia del provvedimento impugnato.

Ma la formulazione normativa esclude che detto termine possa essere considerato perentorio (art. 45, comma 4, ad esempio prevede che "la mancata produzione, da parte del ricorrente, della copia del provvedimento impugnato e della documentazione a sostegno del ricorso non implica la decadenza"). E così, se da un lato la parte e l'amministrazione hanno l'onere di depositare, nei termini e con le modalità di cui si dirà tra breve, i documenti e le prove in loro possesso a sostegno delle pretese avanzate in giudizio, dall'altro la sistematica codicistica riproduce schemi operativi che di fatto rischiano di frustrare quei principi generali (si pensi già solo alla ragionevole durata del processo, ma anche al fine cui lo stesso processo deve tendere e dalla rilevanza che la *quaestio facti* assume al suo interno) posti a garanzia del diritto di azione e di difesa di cui il diritto alla prova costituisce il nucleo centrale.

<sup>279</sup> Emblematiche le parole di S. SPAVENTA nel *Discorso reso all'Associazione dei costituzionalisti di Bergamo* il 6 maggio 1890, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 39, I, 222 ss.

<sup>280</sup> Sul punto G. ZANOBINI, *op. cit.*, 295.

Basti pensare ai contenuti dell'art. 73 il quale dispone, infatti, che "le parti possono produrre documenti fino a quaranta giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a trenta giorni liberi e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza, fino a venti giorni liberi". Termini che possono essere ridotti fino alla metà in quelle ipotesi in cui, sussistendone l'urgenza, su istanza di parte il Presidente del Tribunale conceda un decreto di abbreviazione (art. 53).

Si tratta di un termine diverso rispetto a quello contenuto nella disciplina previgente che invece prevedeva la possibilità di depositare documenti fino a venti giorni liberi prima dell'udienza e memorie fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, ma che ha comunque delle innegabili conseguenze sull'intero processo, a partire dalla stessa definizione della domanda che, come è evidente, non si cristallizza con la proposizione del ricorso.

L'art. 54 del Codice prevede, poi, al comma 1, che il Collegio, su richiesta delle parti possa, soltanto eccezionalmente, autorizzare il deposito tardivo di documenti e memorie, quando la produzione nel termine di legge risulta estremamente difficile e, comunque, assicurando "il pieno rispetto del diritto delle controparti al contraddittorio su tali atti". Produzione che, per gravi ed eccezionali ragioni, può essere autorizzata in camera di consiglio, nell'ipotesi in cui sia richiesta l'adozione di una misura cautelare collegiale, con consegna di copia alle altre parti fino all'inizio della discussione (art. 55, comma 8), in deroga alla previsione contenuta al comma 5 dello stesso articolo, che contempla, per il deposito di memorie e documenti, il termine di due giorni liberi prima della camera di consiglio (termine dimezzato, ai sensi del disposto contenuto al comma 2 dell'art. 119, per i riti abbreviati e per il rito degli appalti). Mentre per gli altri procedimenti che si svolgono in camera di consiglio i termini previsti dall'art. 73 del Codice sono dimezzati.

Le conseguenze di tale impostazione, ove correlata con l'assenza già rammentata di una udienza istruttoria, sono di immediata evidenza tanto avuto riguardo al profilo del *thema decidendum* quanto alla compiuta istruzione della causa. Da un lato, è chiaro che la stessa definizione del *thema decidendum* viene protratta a ridosso dell'udienza di merito, ove non sia stata presentata, anche solo strumentalmente, una istanza volta a ottenere la emanazione di una misura cautelare<sup>281</sup>, dall'altro, emerge, infatti, che si è di fronte ad un sistema che non garantisce in alcun modo che al momento della trattazione, in sede di udienza di merito, la causa sia compiutamente istruita.

Alla mancata definizione dei confini della (fase) istruttoria non supplisce neanche la disciplina relativa alle modalità operative per svolgere l'istruttoria, contemplate agli artt. 65 e 68 del Codice. In particolare l'art. 68 individua i termini e le modalità per svolgere l'istruttoria ponendo in capo al giudice (Presidente o magistrato delegato, o il collegio) l'onere di stabilire, in sede di ammissione dei mezzi istruttori, i termini da osservare, nonché il luogo e il modo dell'assunzione, facendo, per quanto possibile, applicazione delle disposizioni contenute nel codice di procedura civile<sup>282</sup>, ma nulla

---

<sup>281</sup> In proposito F.G. SCOCA, *Commento agli artt. 63-69 del Codice*, in A. QUARANTA-V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, Milano, 2011, 535 ss.

<sup>282</sup> Sul punto cfr. P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2010, 521 ss., che con riferimento al comma richiamato solleva dei dubbi in ordine alla sua compatibilità con l'art. 111 Cost.

dice circa il termine (rispetto all'udienza di merito) entro il quale ciò deve accadere. Si riproduce, così, semplicemente la previsione di cui all'art. 29 del reg. proc. Consiglio di Stato ai sensi del quale spettava al Presidente, o al Collegio, la ammissione dei mezzi di prova, e la determinazione dei termini e dei modi "con cui debbono seguire, applicando per quanto possibile, le disposizioni del codice di procedura civile".

Come per il sistema previgente, il rinvio rende applicabili gli artt. da 191 a 201 c.p.c. in materia di consulenza tecnica, con esclusione delle disposizioni che contemplano la conciliazione (artt. 199 e 200 c.p.c.) in ragione della ritenuta indisponibilità della controversia<sup>283</sup>.

#### 4. I poteri delle parti e l'onere del "principio" di prova

Il quadro generale così delineato va necessariamente completato attraverso il richiamo ai poteri delle parti, prima, e del giudice, poi, in ordine alla prova.

Nella sistematica del Codice, come detto, viene confermata l'opzione per un modello dispositivo, cui fa da contraltare, sebbene in maniera molto più attenuata rispetto al passato, la scelta di un metodo acquisitivo.

L'istruttoria ha inizio proprio con la proposizione del ricorso ad opera del ricorrente il quale, con il suo deposito assieme ai documenti e alla copia del provvedimento impugnato, oltre a delineare – e non fissare, per le ragioni menzionate in precedenza – il *thema decidendum*, compie il primo atto con valenza istruttoria.

L'art. 40 del Codice, che nella sostanza ripropone quanto disposto dall'art. 6, r.d. 17 agosto 1907, n. 642, stabilisce che il ricorso deve contenere oltre alla indicazione dell'oggetto della domanda (lett. b), "l'esposizione sommaria dei fatti" (lett. c), "i motivi su cui si fonda" [il ricorso] (lett. d), "l'indicazione dei mezzi di prova" (lett. e) e dei "provvedimenti richiesti al giudice" (lett. f)<sup>284</sup>.

Alla formulazione apparentemente chiara della disposizione sottostà un complesso di problemi riconducibili alla definizione dell'**ambito oggettivo** entro il quale si esplicano gli oneri derivanti dalla scelta del **metodo dispositivo** e, soprattutto, quale sia la loro effettiva estensione.

In prima battuta, il legislatore del Codice si è limitato essenzialmente a recepire in una norma il principio generale secondo cui *l'onus probandi incumbit eius qui dicit*, con una attenuazione riconducibile, sia pure in maniera non pacifica, alla natura del processo e alla posizione delle parti nel procedimento. E infatti, è la stessa formulazione del comma 4 dell'art. 45<sup>285</sup> a palesare la non assolutezza di tale principio e ciò in quanto

<sup>283</sup> Cfr. *supra*, Parte 2, Capitolo 2; *infra*, Parte 7, Capitolo 3.

<sup>284</sup> Cfr. *supra*, Parte 5, Capitolo 2, Sez. I.

<sup>285</sup> Esso, infatti, ha confermato quanto già previsto dalla previgente disciplina, ribadendo, al comma 4 dell'art. 45, che "la mancata produzione, da parte del ricorrente, della copia del provvedimento, spostando solo l'**onere di produzione** (del provvedimento impugnato e dei documenti) **sull'amministrazione**. Al contrario, nella formulazione del regolamento di procedura, e dunque anteriormente alle modifiche introdotte con la legge T.A.R., la parte, ove non avesse la disponibilità dello stesso

il successivo art. 46, che contempla analogha disciplina per i controinteressati (comma 1), pone in capo all'amministrazione l'obbligo di produrre, nel termine di 60 giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso, "l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio" (comma 2), riconoscendo tra l'altro al giudice uno specifico **potere di ordinare l'esibizione** in caso di inadempimento da parte dell'amministrazione (art. 65, comma 3) nel termine e nei modi opportuni<sup>286</sup>.

Si intercetta, così, il problema della individuazione di un giusto bilanciamento tra poteri (dispositivi) della parte e poteri (acquisitivi) del giudice<sup>287</sup>, la cui diversa configurazione è riconducibile, in linea teorica, alla ricostruzione in termini soggettivi o oggettivi del processo, e cioè al suo essere uno strumento volto a tutelare le situazioni giuridiche soggettive coinvolte, garantendo comunque la loro parità sul piano processuale, senza che lo squilibrio della situazione sostanziale si ripercuota in questa sede, o alla conservazione dell'ordine giuridico. Si tratta di una questione assai complessa, che tocca il delicato problema dell'oggetto del processo amministrativo e rispetto al quale il timido abbandono della concezione originaria, ancorata all'idea di un processo di pura legittimità, il cui oggetto non poteva che essere l'atto amministrativo (l'accertamento della sua legittimità), non è approdata ad un dato di certezza, oscillando tra la situazione giuridica soggettiva di cui il privato chiede tutela e il rapporto amministrativo cristallizzato nel provvedimento.

La prima questione che si pone, in relazione ai poteri della parte, riguarda l'estensione (oggettiva) dell'onere probatorio e cioè se essa sia tenuta o meno ad offrire una "piena" prova dei fatti posti a fondamento delle proprie domande o eccezioni e se, a monte, essa sia tenuta ad allegare solo i **fatti principali**<sup>288</sup> su cui si fondano le sue pretese o anche i **fatti secondari**<sup>289</sup>.

---

doveva addirittura provare che fosse da ricondursi "rifiuto dell'amministrazione alla domanda di rilascio della copia di esso (...) fatto constatare con verbale di ufficiale giudiziario, [il c.d. interpello] da depositarsi insieme col ricorso" (art. 19, reg. proc. r.d. 17 agosto 1907, n. 642).

<sup>286</sup> In maniera significativa Cons. Stato, Sez. VII, 14 luglio 2025, n. 6144, ha evidenziato che "mentre nel giudizio civile la mancata prova di un fatto è addebitata senz'altro a colui che lo introduce nel giudizio, per le diverse regole del processo amministrativo il giudice ben potrebbe ritenere provato un fatto dedotto dal privato, laddove l'amministrazione, che ha maggiori capacità e disponibilità di prova, non produce elementi idonei a confutarne l'accadimento".

<sup>287</sup> Sul punto cfr. Cons. Sato, IV, 26 aprile 2019, n. 2672, nella quale nel richiamare il principio acquisitivo come regola del processo amministrativo, precisa che "è altrettanto vero che laddove tali elementi rientrino nella disponibilità delle parti occorre che queste ultime supportino le proprie domande o eccezioni".

<sup>288</sup> In tal senso L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, 84 ss.; ID., *Istruzione*, cit., 2 e 3.

<sup>289</sup> In tal senso F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, il quale ricollega detto onere alla garanzia di imparzialità e neutralità del giudice che, soltanto in questo caso, non potendo mutare la posizione che nella realtà materiale compete alle parti, attuerebbe "il più pieno e sostanziale riconoscimento dell'eguaglianza delle parti e cioè il riconoscimento della autonomia della loro posizione nel processo e cioè il riconoscimento della autonomia della loro posizione nel processo e fuori del processo e perciò della loro indipendenza nei confronti del giudice" (142).

In questo senso, stante la imprescindibile connessione dell'allegazione dei fatti alla disposizione della situazione giuridica dedotta in giudizio, l'opinione prevalente ha riservato in capo alla parte anche l'allegazione dei fatti secondari<sup>290</sup>, offrendo una prospettiva che trova conferma nel dettato codicistico.

Con riferimento alla prima questione richiamata, anteriormente alla emanazione del Codice, dottrina e giurisprudenza<sup>291</sup>, attenuando il sistema dispositivo attraverso l'introduzione del metodo acquisitivo, hanno riconosciuto in capo alla parte il c.d. **onere del principio di prova** che, in un certo senso, fa da contraltare alla riconosciuta signoria delle parti nella determinazione dell'oggetto del giudizio. In tal modo, non è stata addossata alle parti, anche in relazione alla loro posizione nella realtà extraprocessuale (procedimentale), la responsabilità della completezza dell'istruttoria, contrariamente a quanto previsto nel codice di procedura civile, essendo necessaria l'allegazione di indizi idonei a fondare astrattamente la pretesa fatta valere in giudizio, cioè quello che la dottrina, già agli inizi del secolo, definiva "**principio di prova**"<sup>292</sup> da ritenersi applicabile anche ai fatti secondari. Una impostazione che, nella sostanza, è confermata anche nel quadro del Codice<sup>293</sup>.

La statuizione di tale regola non deve, però, indurre a ritenere che la parte possa limitarsi a fornire "solo" un principio di prova, basato su una presuntiva ricostruzione degli accadimenti che sorreggono la tesi esposta nel ricorso, ove la concreta posizione della parte non sia tale da giustificare tale atteggiamento.

È indubbio, infatti, che, anche alla luce del dettato costituzionale, la regola del principio di prova da parte del ricorrente, suscettibile, come si dirà, di dare impulso ai poteri istruttori del giudice amministrativo, trova un vero e proprio limite per i fatti che sono nella piena disponibilità del ricorrente, sul quale grava l'onere di una prova piena e concludente<sup>294</sup>, non potendosi il principio di prova tramutarsi in uno svuotamento dell'onere probatorio e del connesso dovere di allegare, con specificità e pre-

---

<sup>290</sup> R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 209 ss., in part. 215; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 268.

<sup>291</sup> Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2000, n. 3317; Id., Sez. VI, 9 maggio 1983, n. 345.

<sup>292</sup> F. CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giust. it.*, 1916, III, c. 110.

<sup>293</sup> Sul punto, per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen., 20 novembre 2014, n. 32. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2023, n. 5786 nella quale si precisa che "fermo restando l'onere della prova a carico delle parti, il giudice può chiedere alle stesse anche d'ufficio chiarimenti o documenti. Tale strumento di acquisizione, nel suo concreto atteggiarsi, non determina alcuna violazione delle prerogative processuali delle parti, ovvero una compressione del principio della 'parità delle armi' poiché è conforme al principio dispositivo temperato con metodo acquisitivo che connota il processo amministrativo".

<sup>294</sup> Sul punto cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. IV, 10 ottobre 2024, n. 2816 nella quale si precisa che "A differenza dell'art. 2697 c.c., dall'art. 64, comma 1, del d.lgs. n. 104/2010 si ricava una correlazione, tipica del processo amministrativo, tra onere della prova e disponibilità della prova stessa: l'onere della prova cioè sussiste nei limiti della disponibilità e non oltre: il criterio di riparto dell'onere probatorio non è individuato in ragione di uno schema precostituito ed astratto, incentrato sulla valenza dei fatti costitutiva, ovvero modificativa o estintiva, ma secondo un criterio flessibile ispirato al principio di vicinanza della prova, di modo che, qualora il provato ricorrente non sia nella disponibilità della prova, venga sollevato dal relativo onere, che verrà addossato alla pubblica amministrazione, la quale dovrà depositare gli atti che sono nella sua disponibilità".

cisione, i fatti costitutivi della domanda, pena l'inammissibilità del ricorso<sup>295</sup>.

L'impianto normativo, e gli arresti giurisprudenziali, configurano una impostazione che va nel senso di confermare la possibilità per la parte di disporre del proprio interesse, facendo salva, però, la tecnica del processo che contempla, accanto alle iniziative istruttorie delle parti, che possono concretarsi anche in vere e proprie istanze istruttorie, anche **poteri d'ufficio** del giudice che rispondono più che altro ad un **principio di collaborazione** e contribuiscono al mantenimento, sebbene se ne senta meno l'esigenza, della **uguaglianza** sostanziale delle parti che, nonostante le garanzie introdotte con la legge sul procedimento amministrativo<sup>296</sup>, risentono comunque della posizione di autorità della pubblica amministrazione, rischiando di vedere frustrato il proprio diritto di difesa.

L'art. 63 del Codice sul punto, al comma 1, conferma l'applicazione del principio dell'onere della prova posto a carico delle parti, mitigato dai poteri del giudice di acquisire d'ufficio ulteriori elementi di conoscenza ritenuti utili ai fini del giudizio<sup>297</sup>. Principio che viene ribadito anche al successivo art. 64, rubricato *Disponibilità, onere e valutazione della prova*, che al comma 1 ribadisce, e se si vuole esplicita, il portato del comma 1 dell'art. 63, stabilendo che **spetta alle parti l'onere di fornire la prova (elementi di prova) dei fatti posti a fondamento delle rispettive domande ed eccezioni che sono nella loro disponibilità**. Con obbligo per il giudice, salvo i casi previsti dalla legge, di porre a fondamento della decisione le **prove proposte dalle parti** nonché i **fatti dalle stesse non contestati**, in linea con il disposto del comma 2 dell'art. 115 c.p.c.<sup>298</sup>, limitandone così il suo **intervento acquisitivo** soltanto a quelle ipotesi in cui **gli elementi di prova, ritenuti necessari per la decisione della causa, non siano nella disponibilità della parte**.

Il disposto dell'art. 64 si pone in linea con la posizione espressa dalla giurisprudenza amministrativa in relazione al giudizio risarcitorio rispetto al quale, nonostante la titolarità da parte del giudice di ampi poteri nell'acquisizione del materiale istruttorio, è stato confermato che la parte interessata conserva l'onere, ai sensi dell'art. 2697 c.c.

<sup>295</sup> Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 1042; Id., Sez. V, 20 aprile 2012, n. 2315; Id., Sez. V, 9 luglio 2012, n. 3980; Id., Sez. V, 1° febbraio 2013, n. 631; Id., Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3834; Id., Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4182; Id., Sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 6159; Id., Sez. IV, 29 maggio 2014, n. 2782; Id., Sez. IV, 26 aprile 2019, n. 2672.

<sup>296</sup> Così ad es. Cons. Stato, Sez. V, 9 luglio 2012, nn. 3980, 3981 e 3982.

<sup>297</sup> Sul punto cfr. F.G. SCOCA, *Art. 63 e art. 64*, cit., il quale pone l'accento sulla scelta del modello dispositivo da parte del legislatore. Cfr., altresì, R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 370.

<sup>298</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2022, n. 2523: "Ai sensi dell'art. 64, comma 1, D.Lgs. n. 104/2010, spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni; il reticolo normativo del codice del processo amministrativo in materia di onere della prova richiama l'art. 2697 c.c., secondo cui chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, mentre chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda; il principio che domina il regime di acquisizione delle prove, anche nel processo amministrativo, è quindi scolpito dal brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit*"; Cons. Stato, Sez. VI, 21 giugno 2022, n. 5090.

ritenuto applicabile anche al processo amministrativo<sup>299</sup>, di allegare le circostanze e gli elementi posti a fondamento del diritto fatto valere in giudizio, specie quando gli stessi siano nella disponibilità della parte, e in mancanza il giudice non ha il dovere di surrogarsi all'inerzia della parte onerata<sup>300</sup>.

In altri termini, in linea con l'impianto concettuale assunto a base della responsabilità dell'amministrazione, successivamente alla emanazione della sent. n. 500/1999 delle SS.UU. della Cassazione<sup>301</sup>, ha trovato piena applicazione il principio generale sancito dall'art. 2697 c.c., secondo il quale chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi la domanda. Di talché il privato che agisce in giudizio ai fini del risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi è tenuto a fornire la prova dell'esistenza del danno, non potendo limitarsi ad invocare il principio acquisitivo che, come detto, attiene "allo svolgimento dell'istruttoria e non alla allegazione dei fatti"<sup>302</sup>. Cosicché la limitazione dell'onere della prova, fondata sulla naturale ineguaglianza delle parti nell'ambito del rapporto amministrativo, viene meno con riguardo alla prova dell'*an* e del *quantum* dei danni (non patrimoniali) azionati in sede risarcitoria, poiché, in applicazione del c.d. **criterio della vicinanza alla prova**, grava sulla parte ricorrente l'onere di dimostrare la sussistenza e l'ammontare dei danni azionati in giudizio stante la relazione con la sfera soggettiva della parte che si assume lesa<sup>303</sup>.

## 5. I poteri del giudice e il principio di non contestazione

Dunque, se in capo alla parte grava un onere probatorio circoscritto al solo principio di prova, ove essa (la prova) non sia nella disponibilità della parte, occorre verificare entro quali limiti tale onere può essere bilanciato dal potere acquisitivo del giudice dei dati della realtà extraprocessuale<sup>304</sup>, o meglio da un potere di iniziativa per la ricerca dei fatti su cui fondare la propria decisione in modo da garantire, non soltanto

---

<sup>299</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5726, "Incombe alla parte ricorrente l'onere di provare i fatti posti a fondamento delle pretese azionate in giudizio, in applicazione del principio generale di cui agli artt. 2697 cod. civ. e 115 cod. proc. civ., valevole anche per il processo amministrativo; il principio dispositivo con metodo acquisitivo non potrebbe comportare un ribaltamento dell'onere della prova, comportando piuttosto un alleggerimento dell'onere probatorio che continua pur sempre a gravare sul ricorrente, malgrado sia consentito a quest'ultimo di fornire, in luogo di una prova piena, un principio di prova idoneo ad attivare i poteri istruttori officiosi". In tal senso anche Cons. Giust. Amm., 10 settembre 2024, n. 694 nella quale si ribadisce che "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento e, al contempo, chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda, sicché la parte che contesta la legittimità di un provvedimento amministrativo deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento".

<sup>300</sup> Così T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 1° dicembre 2010, n. 26440.

<sup>301</sup> Sul punto cfr. *supra*, Parte 2, Capitolo 3 e Capitolo 4.

<sup>302</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2009, n. 842; Id., Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5089; Id., Sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 306; Id., Ad. Plen., 30 luglio 2007, n. 10; Id., Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 973.

<sup>303</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1750; Id., Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781.

<sup>304</sup> Sul punto cfr. L. MIGLIORINI, *Istruzione*, cit., 2.

nell'ambito della giurisdizione di merito, che l'attività da esso svolta sia comunque finalizzata alla "scoperta della verità"<sup>305</sup>.

Alla luce delle osservazioni svolte nel paragrafo precedente, è evidente presupposto per l'esercizio del potere acquisitivo la verifica della completezza del materiale probatorio, con i limiti prima indicati con riferimento al principio di prova, nel senso che il potere del giudice di disporre l'integrazione non può supplire alla eventuale inerzia della parte.

E infatti, dalla lettura dell'articolato normativo emerge come il completamento dell'istruttoria effettuata dalle parti sia rimesso al giudice<sup>306</sup> il quale, ai sensi dell'art. 65, comma 1, ne deve assicurare la completezza prima di tutto in base alle istanze presentate dalle parti che lui stesso è tenuto a valutare, onde verificarne la ammissibilità; e poi anche d'ufficio, ove ne rilevi l'insufficienza (art. 64, comma 3). In questo senso, pertanto, è possibile affermare che l'impianto codicistico conferma il giudice amministrativo come "signore della prova"<sup>307</sup>.

Quanto ai confini entro cui il giudice può esplicare il potere acquisitivo, va rilevato in primo luogo che, all'interno del Codice, nulla è detto in generale sulla tipologia, né sulla doverosità dello stesso. L'unica indicazione è desumibile dal comma 3 dell'art. 65 che configura come vincolato soltanto il potere del giudice di emanare l'ordine di esibizione del provvedimento e degli altri documenti in caso di inadempimento della pubblica amministrazione; rimanendo, evidentemente, negli altri casi, rimesso alla discrezionalità dello stesso, che valuterà se esercitarlo o meno in relazione alla ritenuta completezza dell'istruttoria e alla ammissibilità e rilevanza della prova richiesta. Del resto, è lo stesso principio di disponibilità della prova a rappresentare un vincolo per il giudice in ordine all'accertamento del fatto, non potendo sostituirsi alle parti in relazione alla stessa scelta degli atti da sottoporre al giudicante.

Va rilevato che la predetta valutazione non viene manifestata espressamente nel caso in cui risulti essere negativa, con evidente pregiudizio della parte che non viene messa nelle condizioni di conoscere le ragioni a base del rigetto delle istanze presentate, e ciò anche in contrasto con il generale principio di collaborazione consacrato all'art. 2, comma 2 del Codice<sup>308</sup>. Questo si pone per certi versi in linea con il sistema del processo civile, nel quale si è riconosciuto che la motivazione del rigetto non debba essere espressa, potendo la *ratio decidendi* che ha risolto il merito della lite valere come implicita esclusione del mezzo dedotto. Va detto, inoltre, che nel processo amministrativo, la mancanza di un'udienza istruttoria di fatto pone nell'incertezza la parte che probabilmente soltanto nell'udienza di discussione nel merito potrà conoscere l'esito delle sue istanze istruttorie.

---

<sup>305</sup> Sul punto cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1963, 1085 ss., il quale sottolinea la impossibilità di circoscrivere la ricerca della verità alla sola giurisdizione di merito, trattandosi comunque di un obiettivo generale del processo che non può essere negato in ragione della limitazione dei mezzi istruttori.

<sup>306</sup> Cfr. P. CHIRULLI, *L'istruttoria*, cit.

<sup>307</sup> L'espressione è di M. NIGRO che così intitolava un suo saggio, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, 1976, V, 9 ss.

<sup>308</sup> F.G. COCA, *Art. 64*, cit.

Sempre con riferimento agli ambiti entro i quali tali poteri di integrazione della prova possono essere esercitati dal giudice, occorre richiamare le previsioni contenute nel secondo comma dell'art. 64, ai sensi del quale **il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti, nonché i fatti non contestati dalle parti costituite**.

Viene così introdotto, all'interno del processo amministrativo, il **principio di non contestazione**, così come statuito per l'ordinamento processuale civile, all'art. 115, nel testo modificato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69<sup>309</sup>.

Per intendere appieno la portata di questo principio nella configurazione tipica del processo amministrativo occorre distinguere l'ipotesi in cui la non contestazione sia riconducibile a una delle parti costituite nel processo, dall'ipotesi contraria, in quanto, dall'esame della disciplina codicistica, emerge la non equivalenza tra non contestazione e prova piena. Infatti, nel primo caso il principio di non contestazione trova piena applicazione, risultando un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, al quale non residua alcuna discrezionalità nei limiti in cui non emergano elementi in senso contrario<sup>310</sup>; non così per i casi in cui la parte non sia costituita. Orbene, la problematicità di una simile impostazione è evidente già solo ove si consideri che, per la natura e la caratterizzazione del processo, la contestazione può avvenire fino alla costituzione delle parti (dell'amministrazione) che può esserci fino all'udienza di discussione, con la conseguenza che le parti potrebbero, tra l'altro, essere indotte anche a non costituirsi, con evidenti pregiudizi per la completezza del contraddittorio. In aggiunta alla costituzione delle parti, un ulteriore limite alla valenza dei fatti non contestati è rappresentato dalla insussistenza, che sta al giudice valutare, di elementi emersi nel corso del giudizio, che si pongano, comunque, in contrasto con le affermazioni non contestate<sup>311</sup>. Del resto, se il principio dell'onere della prova non implica che la dimostrazione dei fatti

---

<sup>309</sup> Così T.A.R. Piemonte, Sez. I, 29 gennaio 2010, n. 454, nella quale oltre a non ravvisare alcuna incompatibilità tra il principio di non contestazione e il sistema del processo amministrativo, si precisa che "Trattasi di norma che recepisce un lungo dibattito giurisprudenziale, dapprima formatosi nell'ambito della giurisprudenza del lavoro, e risponde ad una logica di semplificazione, accelerazione del processo, nonché coerenza nella condotta processuale della parte che trova oggi copertura costituzionale nel principio del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione". Cfr., anche, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 8 marzo 2012, n. 1204 e Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2024, n. 5767 nella quale si ribadisce che "Il principio di non contestazione impone al giudice di fondare la decisione sulle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché sui fatti non specificamente contestati dalla parte costituita. Tuttavia, l'onere di contestazione dei fatti allegati dalla controparte si coordina con quello di allegazione dei fatti di causa che incombe all'attore. La mancata allegazione puntuale dei fatti costitutivi, modificativi o estintivi esonera il convenuto dall'onere di compiere una contestazione circostanziata. Non è sufficiente lamentare la mancanza di contestazione della controparte, se non si dimostra la puntuale allegazione dei fatti". Cfr. sul punto F.G. SCOCA, *Art. 64*, cit., in particolare 549.

<sup>310</sup> Cass., Sez. III, 5 marzo 2009, n. 5356; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 5 maggio 2011, n. 2463; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 4 luglio 2014, n. 3729.

<sup>311</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1578; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 330; T.A.R. Lazio, Sez. I-quater, 14 gennaio 2010, n. 245; Cons. Stato, Sez. IV, 15 maggio 2008, n. 2247; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 10 dicembre 2008, n. 5757; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 15 maggio 2008, n. 248; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 24 novembre 2008, n. 20884.

costitutivi debba essere desunta in via esclusiva dalle prove offerte dal soggetto in capo al quale l'onere probatorio grava, è lo stesso principio di acquisizione a confermare che le risultanze istruttorie, indipendentemente dalla loro provenienza, concorrono tutte, indistintamente, alla formazione del convincimento del giudice<sup>312</sup>.

Definiti, così, gli ambiti di esplicazione, occorre focalizzare l'attenzione sui profili formali.

Dalle considerazioni espresse in precedenza è emerso che diversi sono i momenti di ingresso della prova nel processo: nella fase iniziale, in cui rileva essenzialmente l'attività svolta dalle parti attraverso le allegazioni documentali, e le altre richieste istruttorie contenute nel ricorso; nella fase intermedia – preliminare all'udienza di discussione – e nella fase finale, trovano posto tanto l'attività delle parti, che possono depositare documenti nei limiti temporali visti in precedenza o presentare altre istanze istruttorie, quanto quella acquisitiva del giudice.

Anche con riferimento a questi profili la disciplina codicistica non è particolarmente lineare. L'art. 65 contempla l'istruttoria collegiale (comma 2) e quella presidenziale (comma 1) che può, per espressa previsione, anche essere svolta da un magistrato delegato dallo stesso Presidente. Magistrato che può essere surrogato o sostituito, previo provvedimento (decreto) del Presidente, anche in quelle ipotesi in cui la nomina sia stata effettuata con ordinanza collegiale (art. 69).

I poteri istruttori sono ricondotti, con eccezione di alcune specifiche ipotesi tese a privilegiare l'istruttoria collegiale (C.T.U. e verifica), tanto in capo al collegio quanto al Presidente ai quali spetta, ad esempio, l'ammissione delle prove richieste dalle parti. Deve ritenersi, comunque, che, proprio in ragione del generale potere del giudice di acquisire le prove ritenute utili ai fini del giudizio, anche il Presidente, sebbene non sia espressamente previsto, può disporre d'ufficio l'acquisizione in generale dei mezzi di prova ritenuti necessari al giudizio.

L'**istanza di parte** viene espressamente richiamata soltanto per le ipotesi di istruttoria presidenziale e in relazione alla assunzione della testimonianza (art. 63, comma 3) e alla assunzione dei provvedimenti necessari per completare l'istruttoria che possono essere adottati dal Presidente o dal Magistrato da lui delegato (art. 65, comma 1), e cioè, presumibilmente, quei provvedimenti conseguenti alle istanze formulate o direttamente in sede di ricorso o successivamente, fino alla udienza di discussione. L'istanza motivata può, in teoria, essere presentata dalla parte per ottenere anche prima, e fuori dell'udienza di discussione, i provvedimenti richiesti.

Nell'ipotesi di istruttoria collegiale, invece, l'istanza di parte non è menzionata ed è altresì previsto che l'ordinanza istruttoria contenga anche la fissazione della successiva udienza di trattazione del ricorso (art. 65, comma 2). Comunque, deve ritenersi che, anche per le ipotesi di istruttoria collegiale sia ammissibile una istanza di parte tesa ad introdurre nel giudizio quel singolo mezzo di prova.

---

<sup>312</sup> Sul punto cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. stralcio, 29 agosto 2022, n. 11291: "Nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 84, ultimo comma, del D.Lgs. n. 104/2010, anche in assenza delle formalità di cui alla prima parte della norma, il giudice può desumere dall'intervento di fatti o atti univoci dopo la proposizione del ricorso ed altresì dal comportamento delle parti argomenti di prova della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della causa".

Inoltre, non viene chiaramente delineato l'ambito dei poteri spettanti al giudice, sia esso il Presidente o il collegio. Infatti, il legislatore si è limitato a confermare il già richiamato potere del giudice di chiedere, anche d'ufficio, chiarimenti o documenti (art. 63, comma 1), o di ordinare all'amministrazione l'esibizione degli atti e dei documenti nel termine e nei modi opportuni, ove questa non provveda al deposito del provvedimento impugnato e degli altri atti, ai sensi dell'art. 46 (art. 65, comma 3). Potere che si estende nei confronti dei terzi, ai quali può ordinare l'esibizione in giudizio di documenti o quant'altro ritenga necessario, secondo il disposto degli artt. 210 ss. c.p.c., giungendo fino al punto di ordinare una ispezione, ai sensi dell'art. 118 c.p.c. (art. 63, comma 2).

A completamento del quadro delineato, il comma 5, dell'art. 63, pone in capo al giudice il potere di disporre, non è detto se anche d'ufficio<sup>313</sup>, ma sul punto si ritiene possa giungersi ad una risposta positiva, l'assunzione degli altri mezzi di prova previsti dal c.p.c., con esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento (art. 64, comma 3); nonché, fermo restando il principio dell'onere della prova, consacrato al comma 1, il potere di disporre, anche d'ufficio, "l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione" (art. 64, comma 3).

## 6. I provvedimenti istruttori

Il sistema previgente contemplava che i provvedimenti istruttori fossero adottati in forma di **ordinanza** e ciò in analogia con i corrispondenti provvedimenti che nel processo civile competono al giudice istruttore. Impostazione confermata anche con la riforma del 2000 con la quale era stato sostituito il comma 3 dell'art. 44, t.u. Consiglio di Stato con l'espressa previsione secondo cui le decisioni sui mezzi di istruttori adottati dal Presidente del Tribunale o da un magistrato da lui delegato e quelle assunte dal collegio hanno la forma dell'ordinanza, con la conseguente applicazione ad essa del **regime previsto dal codice di rito**.

Ad esse si affiancavano poi quei provvedimenti (sentenze) interlocutori assunti dal Consiglio di Stato in applicazione della vecchia regola del codice di procedura civile del 1865. Una prassi mantenuta anche successivamente alla istituzione dei T.A.R. che, come rilevato dalla dottrina, contrastava con la regola per cui nel nostro processo le lacune possono essere colmate in via residuale mediante rinvio al codice di rito e con gli artt. 177 e 279 c.p.c. i quali prevedono, appunto, che i provvedimenti istruttori assunti dal giudice istruttore e dal collegio assumono la forma dell'ordinanza, come tale **modificabile e revocabile** e non suscettibile di impugnazione se non congiuntamente all'impugnazione di merito<sup>314</sup>.

Alla luce delle disposizioni contenute nella disciplina codicistica pare confermata la scelta dell'ordinanza che è espressamente richiamata in relazione ai provvedimenti

---

<sup>313</sup> Perplessità in tal senso, per contrasto con il principio dispositivo, sono espresse da F.G. SCOCA, *op. ult. cit.* In senso contrario P. CHIRULLI, *op. ult. cit.*

<sup>314</sup> Così L. MIGLIORINI, *Istruzione*, cit., 4 e 5.

istruttori adottati dal collegio, in linea con quanto disposto dall'art. 33 che, nell'elencare i provvedimenti del giudice, alla lett. b) del comma 1 prevede che il giudice pronunci "ordinanza quando assume misure cautelari o interlocutorie" e cioè in tutti quei casi in cui il giudice non definisce nemmeno in parte il giudizio. Regola che nel silenzio del Codice potrebbe essere applicabile anche alle ipotesi in cui l'ammissione sia disposta dal Presidente o da un magistrato da lui delegato, sebbene delle perplessità potrebbero sorgere stante la natura prettamente collegiale dell'ordinanza che si contrappone al decreto che, però, ai sensi della lett. c) dell'art. 33, può essere pronunciato soltanto nei casi previsti dalla legge. L'ordinanza, come si è visto, deve contenere l'indicazione dei termini da osservare per l'espletamento dei relativi incombeni. Sebbene sembri superata la formula della sentenza interlocutoria alla luce del disposto contenuto al comma 2 dell'art. 36, che, rubricato "provvedimenti interlocutori", prevede che "il giudice pronuncia sentenza non definitiva quando decide solo su alcune delle questioni, anche se adotta provvedimenti istruttori per l'ulteriore trattazione della causa"<sup>315</sup>, nella prassi essa continua ad essere utilizzata proprio in sostituzione della fase istruttoria del processo.

## 7. La regola di giudizio

Delineati così i poteri del giudice, occorre domandarsi quale sia, alla luce del nuovo quadro normativo, la **regola di giudizio**<sup>316</sup>; quali siano, cioè, i poteri del giudice rispetto alla valutazione delle prove prodotte in giudizio e, prima ancora, rispetto ai fatti incerti. Analogamente alla precedente disciplina, al giudice amministrativo viene riconosciuto il potere di influire sulla stessa ripartizione dell'onere della prova, ponendolo in capo a quella parte che, a suo avviso, può consentirgli di superare la situazione di incertezza. Sulle parti, inoltre, incombe un onere di collaborazione, consacrato al comma 2 dell'art. 2, la cui violazione ha sempre portato al riconoscimento della veridicità dei fatti affermati dal ricorrente, non potendosi il giudice esimere dal pronunciare.

Ed è proprio alla luce di queste considerazioni che la dottrina ha individuato nel "libero convincimento" del giudice, così come formulato al comma 1 dell'art. 116 c.p.c., "il fatale sbocco della logica globale del sistema istruttorio da esso elaborato"<sup>317</sup>. E del resto, a fronte della libertà di fatto riconosciuta al giudice di stabilire se vi sia o meno un principio di prova e della libertà di ripartire discrezionalmente l'onere della prova facendolo gravare sulla parte più vicina alla prova stessa, non poteva non riconoscersi pari libertà "nel valutare i risultati delle sue precedenti decisioni e valutazioni. L'irrigidimento dell'ultimo passaggio della catena introdurrebbe un elemento manifestamente incompatibile con i primi due: errore logico e contraddizione giuridica dai quali il nostro giudice desidera rifuggire"<sup>318</sup>.

<sup>315</sup> Sul punto cfr., *supra*, Parte 4, Capitolo 3, Sez. II.

<sup>316</sup> Sul punto cfr. *infra*, Parte 5, Capitolo 2, Sez. IV.

<sup>317</sup> M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 13.

<sup>318</sup> M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 13, da cui l'affermazione "Anche per il Consiglio di Stato, dunque, il giudice amministrativo è 'signore della prova'".

Sicché, opportunamente, il comma 4 del citato art. 64 precisa che “il giudice deve valutare le prove secondo il suo **prudente apprezzamento** e può desumere gli argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo”. La norma distribuisce, pertanto, tra le parti il rischio connesso alla mancata prova dei fatti, in linea con quanto previsto all’art. 2697 c.c. e all’art. 115 c.p.c. la cui regola decisoria, in ordine ai fatti non provati, deve ritenersi applicabile al processo amministrativo<sup>319</sup>.

Quindi, così come avviene per il processo civile, il giudice non solo valuta le prove secondo il suo prudente apprezzamento ma, all’interno della sua valutazione, può prendere in considerazione anche quegli elementi che derivano dal mancato adempimento di una istruttoria disposta, ossia qualora la pubblica amministrazione non fornisca elementi idonei a confutare la veridicità degli stessi, non ottemperando ad alcuna incombenza istruttoria, in applicazione della regola di giudizio contenuta al comma 2 dell’art. 116 c.p.c.<sup>320</sup> o dalla mancata contestazione ad opera delle parti costituite. L’unico limite, come già detto, va rintracciato nell’eventuale contrasto con altri fatti ricavabili dagli atti di causa. In questo senso, dunque, il comportamento processuale dell’amministrazione che si sottrae all’onere di cooperazione, omettendo ingiustificatamente di depositare gli atti richiesti, è valutabile ai sensi dell’art. 116 c.p.c. liberamente dal giudice, il quale può anche giungere a ritenere ammessi i fatti dedotti dalla controparte, ma questo non può considerarsi un effetto automatico e necessitato (pena la negazione dello stesso principio del libero convincimento del giudice) del non corretto e sleale comportamento delle parti, soprattutto ove dagli atti emergano elementi contrastanti<sup>321</sup>.

## 8. *L’istruzione probatoria nel giudizio di appello*

In ragione del riconosciuto effetto devolutivo dell’appello, nel sistema previgente non sussisteva alcuna preclusione in merito alla ammissibilità di nuove prove, fatta eccezione per quelle ipotesi rientranti nell’ambito di operatività dell’art. 35 legge T.A.R.

---

<sup>319</sup> Cons. Stato, Sez. III, 23 agosto 2021, n. 5976, “L’art. 64 del D.Lgs. n. 104/2010 pone le regole che governano l’attività istruttoria nel processo amministrativo e ripropone al comma 4° il regime previsto dall’art. 116 c.p.c. circa gli argomenti di prova che il giudice può desumere dal contegno delle parti, espressamente prevedendo che: il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo. In linea di principio non può dunque dubitarsi del fatto che il giudice possa legittimamente trarre argomenti di prova in favore della fondatezza della pretesa azionata dal comportamento omissivo tenuto dall’Amministrazione che non fornisce riscontro ad una mirata istruttoria volta ad acquisire atti e notizie in suo possesso”.

<sup>320</sup> Cfr. *supra*, par. 8.

<sup>321</sup> Cons. Stato, Sez. V, 24 novembre 2011, n. 6237; Id., Sez. V, 13 aprile 2012, nn. 2089 e 2090; Id., Sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8726 nella quale si precisa che “in presenza di un’istruttoria disposta e non adempiuta dalla pubblica amministrazione il giudice amministrativo, in applicazione della regola di giudizio di cui all’art. 116 c.p.c., può dare per provati i fatti affermati dal ricorrente, se tanto non si ponga in contrasto con altri elementi ricavabili dagli atti di causa”. Sul libero convincimento del giudice è d’obbligo il rinvio a R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 201 ss.

e per quei casi in cui la rilevanza o ammissibilità delle prove, di cui si chiedeva l'ammissione nel giudizio di appello, era stata già esclusa nella sentenza impugnata.

Principio che trovava conferma nel disposto dell'art. 28 legge T.A.R., che all'ultimo comma riconosceva al giudice di appello gli stessi poteri di cognizione e di decisione del giudice di primo grado con il limite della improponibilità di motivi nuovi, da un lato, e dell'applicazione del regolamento di procedura dall'altro e, quindi, della adesione di tutte le parti, come previsto dal comma 1 dell'art. 28. Dunque, pieni poteri istruttori i cui limiti andavano ricercati nei principi generali quali, ad esempio, il divieto di *reformatio in peius* della sentenza impugnata, in assenza di iniziative specifiche in tal senso delle parti.

I surrichiamati principi non avevano trovato applicazione nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva rispetto alle quali, soprattutto rispetto all'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice civile, si era prospettata, da parte della dottrina, l'applicazione delle regole del processo civile, giungendo così ad escludere, ai sensi dell'art. 345 c.p.c., l'ammissibilità di nuove prove in appello, con l'eccezione di quelle ipotesi in cui il Collegio le avesse ritenute indispensabili o la parte avesse dimostrato di essere stata nella impossibilità di esperirli in primo grado<sup>322</sup>.

Con l'entrata in vigore del Codice la situazione è radicalmente mutata, essendo la previsione contenuta al comma 2 dell'art. 104 interamente conformata sul disposto dell'art. 345 c.p.c. che, come detto, non ammette domande nuove nel giudizio di appello e, conseguentemente, al comma 3 esclude l'ammissibilità di nuovi mezzi di prova e di nuovi documenti, "salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini del giudizio, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile" e in caso di *ius superveniens*<sup>323</sup>. In ciò superando, tra l'altro, la distinzione avanzata in relazione alle modifiche apportate alla disciplina processualcivile con il primo intervento normativo (legge n. 353/1990), con il quale era stata riproposta la distinzione tra prove costituenti, cioè quelle che si formano nel corso del giudizio, e prove precostituite, i documenti, circoscrivendo il divieto solo alle prime<sup>324</sup>.

E, dunque, il legislatore del Codice ha chiarito che il divieto di nuove prove vale tanto per le prove costituenti quanto per le prove precostituite, la cui produzione è subordinata, al pari delle prime, alla verifica in ordine alla sussistenza di una causa non imputabile che abbia impedito alla parte l'esibizione dei documenti in primo grado<sup>325</sup>

---

<sup>322</sup> Sul punto cfr. Cass., Sez. I, 23 luglio 2014, n. 16745. In senso conforme Cons. Stato, Sez. IV, 18 giugno 2009, n. 4004.

<sup>323</sup> Cons. Stato, III, 5 novembre 2019, n. 7551, nella quale si sottolinea che "la declaratoria di indispensabilità della prova (...) consegue ad una valutazione relativa sia alla rilevanza dei fatti dedotti, che all'impossibilità di acquisire la conoscenza di quei fatti con gli altri mezzi che la parte avrebbe dovuto fornire nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge processuale"; Id., Sez. IV, 18 dicembre 2019, n. 8555; Id., Sez. II, 14 marzo 2020, n. 1835; Id., Sez. V, 2 aprile 2020, n. 2213.

<sup>324</sup> Cons. Stato, Sez. V, 10 luglio 2007, n. 3910; Id., Sez. IV, 10 novembre 2011, n. 5943; Id., Sez. IV, 15 maggio 2012, n. 2757, nella quale si specifica che in questo caso la prova richiesta "non può neppure considerarsi prova nuova per essere invece prova dalla quale la parte è decaduta".

<sup>325</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 6 novembre 2009, n. 6949; Id., Sez. IV, 18 giugno 2009, n. 4004; Id., Sez. V, 25 giugno 2007, n. 3644; Sez. II, 26 gennaio 2024, n. 845 nella quale la produzione in appello di

o alla “indispensabilità” dello stesso, valutata però non semplicemente con riferimento alla mera rilevanza dei fatti dedotti, ai fini del decidere, ma alla impossibilità di acquisire la conoscenza di quei fatti con altri mezzi che la parte aveva l’onere di fornire. In questo senso, dunque, il potere istruttorio del giudice d’appello non può essere utilizzato per sanare delle preclusioni e decadenze verificatesi in primo grado. Verifica che, sebbene non sia espressamente previsto, rientra evidentemente nella competenza del collegio.

Il principio surrichiamato ben si coordina, e se si vuole trova una propria conferma, anche nella previsione contenuta nel successivo comma 3 dell’art. 104, ai sensi del quale la proposizione di motivi aggiunti è ammessa soltanto qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado dai quali emergano vizi degli atti o provvedimenti impugnati.

## 9. *I mezzi di prova: delimitazione del tema*

In generale le prove, o meglio i **mezzi di prova**, sono tutti gli strumenti processuali per mezzo dei quali il giudice forma il proprio convincimento circa la verità o meno dei fatti affermati dalle parti del giudizio<sup>326</sup>. Cioè tutti quei mezzi processuali necessari a fornire la dimostrazione – la prova – della esistenza di un fatto dedotto dalla parte.

Da un punto di vista statico le prove appartengono al diritto sostanziale in quanto mezzi o fonti funzionali alla certezza dei rapporti giuridici, mentre da un punto di vista dinamico i mezzi di prova vanno interpretati avuto riguardo alle concrete esigenze processuali, rilevandone l’**ammissibilità**, la **rilevanza** e la **concludenza** rispetto all’oggetto del giudizio.

La dottrina processualciviltistica ha offerto diverse classificazioni dei mezzi di prova in ragione di vari criteri: oggetto (prova diretta, prova indiretta, prova contraria)<sup>327</sup>; efficacia (prova liberamente apprezzabile<sup>328</sup>, prova legale<sup>329</sup>); intensità dell’efficacia

---

una prova è stata ammessa. Nello specifico è stata ritenuta “ammissibile la produzione in appello di una relazione di indagine nanodiagnostica sul reperto biologico, acquisito successivamente alla conclusione del giudizio di primo grado, trattandosi nella specie di un atto che l’interessato non aveva potuto produrre in primo grado a causa della veloce definizione di quel giudizio e del tempo resosi necessario per l’acquisizione dei materiali biologici presso l’Ospedale che li deteneva, oltre che per la complessità dell’indagine”.

<sup>326</sup> Sul punto non si può non richiamare l’opera di F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, 2<sup>a</sup> ed. 1947.

<sup>327</sup> In questo caso rileva l’oggetto della prova che nella prima ipotesi è direttamente il fatto da provare, mentre nelle altre due riguarda rispettivamente un fatto diverso (indizio) dal quale, attraverso un procedimento logico può essere arguito (presunzione semplice *ex art. 2727 c.c.*) il fatto che deve essere provato; o la inesistenza del fatto che deve essere provato.

<sup>328</sup> Si tratta di quelle prove liberamente apprezzabili dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento, in applicazione del principio *ex art. 116, comma 1, c.p.c.* del libero apprezzamento delle prove.

<sup>329</sup> Si definisce prova legale quella che, costituendo una eccezione alla regola del libero convincimento, vincola il giudice che non può valutare il risultato probatorio in maniera difforme da quello stabilito dalla legge.

(prova piena<sup>330</sup>, prova di verosimiglianza<sup>331</sup>, argomento di prova<sup>332</sup>); momento della formazione (prova preconstituita, prova costituita)<sup>333</sup>; idoneità a rappresentare il fatto da provare (prova storica, prova critica)<sup>334</sup>.

Con riferimento al processo amministrativo, la stretta connessione tra il momento probatorio e la tipologia processuale ha di fatto condizionato la costruzione della istruttoria processuale anche con riferimento agli stessi mezzi di prova ammessi. Infatti, è soltanto con il Codice che si ha un recepimento della disciplina processualcivile anche per il processo di legittimità. Ai sensi dell'art. 63, comma 5, il giudice amministrativo è autorizzato ad acquisire **tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con la sola esclusione del giuramento e dell'interrogatorio formale.**

Nella vigenza del sistema precedente qualche arricchimento rispetto alla previsione delle prove documentali, della verifica e degli schiarimenti, era stato apportato dapprima, solo con riferimento alla giurisdizione esclusiva, dal giudice costituzionale che, con una **sentenza c.d. additiva**<sup>335</sup>, aveva inserito nel sistema i mezzi di prova previsti dagli artt. 421, commi 2 e 4, 422, 424 e 425 c.p.c.<sup>336</sup>, e poi con la legge n. 205/2000 che aveva introdotto lo strumento della consulenza tecnica d'ufficio e, sempre limitatamente alla giurisdizione esclusiva, aveva esteso l'applicabilità degli istituti probatori del processo civile, ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento.

Una limitazione, ribadita nel Codice, che trova il proprio fondamento da un lato nella ritenuta incompatibilità tra la stessa natura della prova legale e il sistema dispositivo con metodo acquisitivo<sup>337</sup> che, per sua natura, è basato sul principio del libero convincimento del giudice, e dal quale esse (le prove legali) vanno tenute ben distinte<sup>338</sup>; dall'altro nella considerazione secondo cui detti mezzi di prova nel sistema di origine troverebbero applicazione soltanto nei casi in cui la controversia verta su diritti disponibili. Disponibilità che non sarebbe rintracciabile all'interno del processo amministrativo, data la ritenuta indisponibilità delle situazioni giuridiche soggettive<sup>339</sup>

<sup>330</sup> Si tratta della prova normalmente richiesta dalla legge.

<sup>331</sup> È la prova ritenuta sufficiente dalla legge, fondata su un criterio di credibilità.

<sup>332</sup> Si tratta di un elemento privo di valore probatorio sulla cui base è, però, possibile valutare le prove.

<sup>333</sup> In questo caso il momento temporale preso in considerazione è rappresentato dal processo risultando, pertanto, preconstituita la prova formata anteriormente e comunque fuori del processo, costituendo quella che si forma nel momento processuale.

<sup>334</sup> L'idoneità riguarda la rappresentazione del fatto da provare e dunque, mentre la prima presenta *ex se* tale idoneità, la seconda implica una attività intellettuale più complessa attraverso cui giungere alla rappresentazione del fatto.

<sup>335</sup> Corte cost., 23 aprile 1987, n. 146.

<sup>336</sup> Con successiva sent. n. 251 (18 maggio 1989) la Corte costituzionale aveva ritenuto non fondata la questione di legittimità delle norme che limitano i mezzi di prova nelle controversie concernenti le questioni pregiudiziali relative a diritti non riservati al giudice ordinario.

<sup>337</sup> A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 386.

<sup>338</sup> A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 274.

<sup>339</sup> In senso contrario F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, il quale rileva che "L'interesse legittimo e, nel caso di giurisdizione esclusiva il diritto soggettivo sono, almeno di regola disponibili. Il potere dell'amministrazione di regola non lo è, anche se negoziabile (si considerino, ad esempio, gli accordi, l'urba-

da parte della pubblica amministrazione in ragione del suo essere tenuta al perseguimento di un pubblico interesse<sup>340</sup>.

## 10. I documenti

I documenti (rientranti nella categoria delle prove precostituite), stante la struttura impugnatoria del processo amministrativo, hanno svolto e svolgono un **ruolo fondamentale** ai fini probatori.

Il documento è normalmente un **enunciato scritto**. La scrittura è solo la forma di documentazione prevalente, in quanto essa talora è integrata con **documenti grafici o plastici**, che rappresentano indirettamente certi fatti, mediante segni, piante o modelli<sup>341</sup>. I documenti grafici presuppongono peraltro sempre un documento scritto, che comprenda quantomeno una legenda per decifrare i grafici. Il documento può essere prodotto in originale o in copia autentica. L'efficacia probatoria delle **riproduzioni meccaniche** dei documenti è regolata dall'art. 2712 c.c.<sup>342</sup>. I documenti **dichiarativi** sono quelli che non rappresentano fatti, ma atti dell'uomo, volti a manifestare il suo pensiero. In questo caso la legge talora prevede che lo scritto sia richiesto addirittura quale condizione di validità della dichiarazione (*ad substantiam*), oppure quale mezzo di prova (*ad probationem*).

I provvedimenti amministrativi sono **normalmente esternati in forma scritta** e talora si ritiene che tale forma sia richiesta *ad substantiam*. È stata comunque riconosciuta la possibilità che esistano anche provvedimenti impliciti e dichiarazioni silenziose<sup>343</sup>. Al proposito si consideri comunque che occorre distinguere fra **esternazione scritta** e **documentazione scritta** di provvedimenti amministrativi. Le deliberazioni degli organi collegiali sono, ad esempio, provvedimenti ad esternazione orale destinati ad essere verbalizzati, venendo così a concretare una documentazione scritta. Nel caso di organi monocratici l'esternazione viene invece a coincidere con la documentazione scritta.

Il documento, da un punto di vista del suo autore, può essere pubblico o privato. Il **documento pubblico**, quale risultato di un'operazione documentativa di una pubblica autorità, è una nozione composita, la quale ricomprende sia gli atti pubblici (*ex*

---

nistica contrattata, e così via). Ci sono alcuni 'indizi' della disponibilità dell'oggetto del giudizio, anche nella disciplina sull'istruzione: in primo luogo il principio di non contestazione; in secondo luogo l'efficacia probatoria dell'atto pubblico, vera e propria prova legale, pienamente spendibile, fino a querela di falso, anche nel processo amministrativo; in terzo luogo, le presunzioni legali".

<sup>340</sup> F. CAMMEO, *op. cit.*, III, 104 ss.

<sup>341</sup> Sulla nozione di documento amministrativo, comprensivo di ogni forma di rappresentazione grafica, cinematografica, elettromagnetica, che sia destinata alla formazione del contenuto di atti ancorché interni, Cons. Stato, Sez. IV, 15 gennaio 1998, n. 14, in *Cons. Stato*, 1998, I, 2, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 2 novembre 1995, n. 1881, in *TAR*, 1995, I, 4711, secondo cui il diritto di accesso *ex art. 22*, comma 2, legge n. 241/1990 sussiste anche con riferimento a tali rappresentazioni.

<sup>342</sup> Si è ritenuto che per disconoscere l'autenticità dei documenti rientranti tra le riproduzioni meccaniche previste dall'art. 2712 c.c. occorre attivare la procedura di falso civile o falso penale. Sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 5 dicembre 1994, n. 984, in *Cons. Stato*, 1994, I, 1677.

<sup>343</sup> Cfr. Cass., SS.UU., 12 maggio 1971, n. 1355, in *Cons. Stato*, 1971, I, 624.

art. 2699 c.c.) sia gli altri documenti formati nell'esercizio di una attività pubblica non specificamente diretta alla documentazione. Nel codice civile è contenuta la disciplina dell'efficacia probatoria dell'atto pubblico e della scrittura privata, ma nulla è detto con riguardo a quei documenti pubblici, i quali sono tali per la loro provenienza da pubblica autorità, ma che non costituiscono atti pubblici, in quanto il documentatore non è autorizzato ad attribuirgli pubblica fede. Quindi diversa è l'efficacia probatoria che si riconnette al **documento costituente atto pubblico** rispetto agli **atti di certezza pubblica** che possono essere esternati anche con documenti non costituenti atti pubblici<sup>344</sup>. L'atto di certezza produttivo di conoscenza legale, assoluta o relativa, è nozione di diritto sostanziale, mentre l'atto esternato con documento facente fede fino a querela di falso è nozione di diritto processuale, attiene cioè all'aspetto probatorio. Il primo contiene una **dichiarazione di volontà**, destinata a modificare la realtà giuridica, il secondo contiene una **dichiarazione di verità**, destinata ad una mera rappresentazione della realtà. Tale è il documento che contiene un atto pubblico, il quale costituisce piena prova della sua provenienza dal pubblico ufficiale, che se ne afferma autore sottoscrivendolo, nonché delle circostanze relative al tempo e al luogo della sua formazione. Lo stesso fa altresì piena prova delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o essere stati da lui compiuti. Se poi le dichiarazioni che lo stesso attesta consistono in atti di certezza, la particolare forza probatoria del documento non può certo estendersi al contenuto della dichiarazione.

Il problema della efficacia probatoria dei documenti si pone non tanto con riguardo ad atti pubblici, quanto con riguardo agli atti di certezza pubblica. I documenti costituenti atti pubblici sono infatti produttivi di certezze legali destinate a circolare nella realtà sostanziale, ma rilevanti altresì nel processo, cui si collega una presunzione *iuris et de iure* in ordine alle rappresentazioni in essi contenute, le quali possono essere superate solo mediante l'accertamento del falso. La gran parte dei documenti pubblici, che sono tali per la loro provenienza da una pubblica autorità, ma che non sono qualificabili come atti pubblici o comunque nella parte in cui non assumono tale rilievo e che contengono dichiarazioni o rappresentazione di fatti, pongono seri problemi per quanto riguarda la loro efficacia probatoria. Talora si è ritenuto che tali documenti facciano fede fino a prova contraria, in base alla vecchia teoria che si ricollega alla presunzione di legittimità degli atti amministrativi. Tale tesi non sembra potersi condividere e infatti il codice civile, nel capo dedicato alla prova documentale, non prende in considerazione documenti pubblici che non siano atti pubblici secondo l'art. 2699 c.c. Pertanto, deve ritenersi che ai documenti, non legalmente regolati, debba applicarsi il principio del prudente apprezzamento, che l'art. 2729 c.c. afferma con riguardo alle presunzioni semplici. Né è ragionevolmente possibile operare una sorta di analogia di tali documenti (pubblici) con le scritture private.

---

<sup>344</sup> La giurisprudenza penale formatasi con riguardo al reato di falso ideologico di cui all'art. 479 c.p. si caratterizza per una dilatazione del concetto di atto pubblico, ed infatti qualifica come tale qualunque documento proveniente da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni e destinato ad inserirsi "con contributo di conoscenza o di determinazione in un procedimento della P.A.". Fra le altre, Cass. pen., Sez. V, 14 maggio 1997, n. 7295, in *Cass. pen.*, 1998, 1628.

Sotto questo profilo non va peraltro dimenticato che, a differenza dei privati, i pubblici poteri hanno talora la potestà di **creare certezze giuridiche**, destinate a circolare innanzitutto nella realtà sostanziale. Quando queste certezze, attraverso i documenti che le esternano, vengono acquisite al processo, anche se il documento non costituisce prova legale, ma liberamente apprezzabile, esse inevitabilmente verranno ad influenzare variamente il convincimento del giudice. Il riferimento è non tanto alle **certezze legali**, per lo più costituenti atti pubblici, ma alle **certezze notiziali**, quali, a titolo esemplificativo, gli acclaramenti, le relazioni di ispezione, di inchiesta, nonché le certificazioni improprie. In questi e negli altri casi in cui tali certezze sono documentate al fine di “rendere noto” qualche cosa, il fatto notiziato, qualora sia contestato, dovrà essere verificato mediante l’assunzione degli opportuni mezzi di prova. Al giudice spetta solo un giudizio sulla rilevanza del fatto ai fini della decisione.

Quanto sopra non esclude che talora vi siano certezze notiziali alle quali la legge riconnette una presunzione assoluta di conoscenza. E così, ai fini della decorrenza del termine di decadenza per proporre il ricorso giurisdizionale, la legge riconnette una presunzione assoluta di conoscenza del provvedimento dalla sua pubblicazione, se non sia richiesta la comunicazione individuale. Entro tali limiti, la certezza notiziale è destinata ad operare come certezza legale<sup>345</sup>.

Completa l’analisi dei profili attinenti alla prova documentale il richiamo al c.d. documento amministrativo informatico che, ai sensi dell’art. 1 del Codice dell’amministrazione digitale, è la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti<sup>346</sup>. Si tratta, come emerge dallo stesso Codice dell’amministrazione digitale, di documenti idonei a soddisfare il requisito della forma scritta, che ai sensi dell’art. 20, comma 1-*bis* del Codice dell’amministrazione digitale, ha l’efficacia probatoria prevista dall’art. 2702 c.c. se sottoscritto con firma elettronica avanzata, rimanendo, invece, negli altri casi, liberamente valutabile dal giudice<sup>347</sup>.

---

<sup>345</sup> Se non può disconoscersi una particolare forza probatoria da collegare agli accertamenti provenienti da organi tecnici della pubblica amministrazione con specifiche competenze in materia, sembra, peraltro, da escludere che tale forza possa essere riconosciuta ai documenti provenienti dalla stessa amministrazione parte in causa. Sul punto vedasi già Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 1997, n. 833, in *Foro amm.*, 1997, 1974.

<sup>346</sup> Nel Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, il documento amministrativo informatico viene definito come “la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti”.

<sup>347</sup> Sul punto cfr. Cass., Sez. I civile, ord. 17 luglio 2019, n. 19155 nella quale, richiamando un proprio precedente (Cass. 5141/2019) ha sottolineato che “lo ‘short message service’ (‘SMS’) contiene la rappresentazione di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti ed è riconducibile nell’ambito dell’art. 2712 c.c., con la conseguenza che forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate se colui contro il quale viene prodotto non ne contesti la conformità ai fatti o alle cose medesime. Tuttavia, l’eventuale disconoscimento di tale conformità non ha gli stessi effetti di quello della scrittura privata previsto dall’art. 215 c.p.c., comma 2, poiché, mentre, nel secondo caso, in mancanza di richiesta di verifica e di esito positivo della stessa, la scrittura non può essere utilizzata, nel primo non può escludersi che il giudice possa accertare la rispondenza all’originale anche attraverso altri mezzi di prova, comprese le presunzioni”. Allo stesso modo la Corte (Cass. 11606/2018) ha riconosciuto che “il messaggio di posta elettronica (c.d. email) costituisce un documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti che, seppure

## 11. La richiesta di (s)chiarimenti

L'art. 63, comma 1, del Codice, alla stregua dell'art. 44 del t.u. Cons. Stato prevede che il giudice possa richiedere nuovi chiarimenti, evidentemente con riguardo ai fatti introdotti nel giudizio dalle parti.

La richiesta di chiarimenti deve essere effettuata all'**amministrazione interessata** in quanto soggetto pubblico e non in quanto parte, per cui la risposta non potrà provenire dal difensore e la stessa, dunque, "non si spoglia della sua qualità di parte per assumere quella di autorità collaborante col giudice"<sup>348</sup>. I chiarimenti possono essere richiesti **anche alla parte privata** (art. 63, comma 1).

Quanto ai contenuti, si tratta di **dichiarazioni di conoscenza** che si ritiene debbano essere rese in forma scritta, ed essendo paragonabili in un certo senso all'interrogatorio libero delle parti (art. 117 c.p.c.), parte della dottrina ne ha suggerito l'assunzione in forma orale<sup>349</sup>. I **chiarimenti** resi dall'amministrazione possono essere **semplici, documentati o complessi** a seconda che consistano in una relazione dell'amministrazione al giudice relativa a determinati fatti; in una relazione cui viene aggiunta una allegazione documentale; o, infine, in una relazione in cui vengono illustrati elementi tecnici. In nessun caso, però, possono essere utilizzati per superare una carenza istruttoria o un difetto di motivazione del provvedimento impugnato. Ove l'amministrazione non provveda – senza giustificato motivo – a fornire i chiarimenti richiesti intorno a fatti affermati dal ricorrente e da essa negati, il suo comportamento potrà essere valutato come ammissione dei fatti, analogamente a quanto avviene nell'ipotesi di mancata osservazione di un ordine di esibizione di documenti.

Nella prassi, tale mezzo istruttoria viene spesso utilizzato in combinazione con la "richiesta di documenti", da cui scaturisce una "richiesta di documentati chiarimenti" in ordine ai fatti di causa senza che ciò implichi la violazione del principio di terzietà, del diritto di difesa e del contraddittorio.

## 12. La verifica

La verifica è un mezzo istruttoria tipico del processo amministrativo che consiste essenzialmente nella richiesta, presentata dal giudice, inizialmente alla sola amministrazione che aveva emanato l'atto oggetto del giudizio, di effettuare letteralmente una verifica su alcuni profili dell'atto. Essa si caratterizza proprio per la sua poliedricità, potendo consistere in attività diverse quali ispezioni, sopralluoghi, esperimenti, esami tecnici e qualsiasi altra operazione necessaria per rispondere ai quesiti formulati dal giudice<sup>350</sup>.

---

privo di firma, rientra tra le riproduzioni informatiche e le rappresentazioni meccaniche di cui all'art. 2712 c.c. e, pertanto, forma piena prova dei fatti e delle cose rappresentate su colui contro il quale viene prodotto non ne disconosca la conformità ai fatti o alle cose medesime".

<sup>348</sup> E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 1957, 252.

<sup>349</sup> P. CHIRULLI, *op. ult. cit.*

<sup>350</sup> Sintomatico di un uso anomalo della verifica, Cons. Stato, Sez. IV, 1° febbraio 2000, n.

L'origine di tale mezzo istruttorio va certamente ricercata nella ritenuta impossibilità per il giudice, in sede di legittimità, di avere una cognizione autonoma dei fatti oggetto del giudizio, potendoli conoscere, come detto, solo attraverso le rappresentazioni ad esso fornite dalla stessa amministrazione parte in causa.

Sotto un profilo soggettivo la verifica era inizialmente strettamente limitata alla c.d. "**amministrazione interessata**", richiamata all'art. 44 t.u. citato. Solo in un secondo momento essa è stata estesa prima **all'amministrazione sovraordinata** che esercitava **poteri di controllo o di vigilanza** su quella parte in causa, per poi giungere ad ammettere la possibilità per il giudice di avvalersi di **organi tecnici**<sup>351</sup> di **altre amministrazioni** con competenze tecniche specifiche che, in ragione della loro distanza dalla vicenda processuale, garantivano una maggiore neutralità, e ciò in sostituzione dello strumento della consulenza tecnica per lungo tempo estranea al processo amministrativo<sup>352</sup>.

Inoltre, e in questo si registra un passo indietro del Codice, le verificazioni dovevano svolgersi **in contraddittorio** (art. 26 reg. proc.) dovendo le parti essere avvisate almeno 5 giorni prima del giorno e del luogo in cui si sarebbe effettuata la verifica. Al fine di ampliare la garanzia del contraddittorio, nella prassi le ordinanze che disponevano la verifica contemplavano la possibilità per le parti di farsi assistere da tecnici da loro incaricati, garantendo così anche una maggiore valenza probatoria della stessa verifica i cui esiti, ove assunta nel contraddittorio delle parti, difficilmente si sarebbero potuti porre validamente in discussione *ex post*<sup>353</sup>.

Né il contraddittorio che, al contrario, è garantito all'art. 67 per la C.T.U., sebbene nella prassi esse vengano disposte in contraddittorio tra le parti, né la possibilità di farsi assistere da un consulente di parte sono contemplati dal Codice.

L'art. 63, comma 4, dispone che la verifica possa essere ordinata dal giudice qualora reputi necessario l'accertamento di fatti o l'acquisizione di valutazioni che

---

3600, per l'impugnativa di uno strumento urbanistico nella parte in cui destina un'area di proprietà a verde privato di interesse pubblico anziché a zona di completamento turistico, ordina la verifica, data l'indisponibilità della consulenza tecnica, essendo stata la causa incardinata anteriormente al decreto n. 80/1998. Verifica, legittima e pienamente ammissibile, secondo il massimo organo di giustizia amministrativa, in quanto verteva su interessi legittimi e data anche la natura autoritativa dello strumento urbanistico, che è stata affidata ad un'amministrazione terza (precisamente ad un docente universitario incaricando direttamente il Preside della Facoltà di architettura a effettuarla personalmente o a mezzo di un docente della Facoltà) alla quale è stato formulato il quesito teso a accertare "se la scelta pianificatoria si ponesse in coerenza con le caratteristiche urbanistiche della zona".

<sup>351</sup> V. Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 1991, n. 350, in *Foro amm.*, 1991, 1750.

<sup>352</sup> In un caso il Consiglio di Stato (Sez. VI, ord. n. 4619/2006) ha ritenuto che gli incaricati di una amministrazione terza che hanno svolto una verifica al di fuori degli orari di servizio e secondo modalità analoghe a quelle di un consulente rientrano tra i soggetti ricompresi in via residuale dall'ultima parte dell'art. 3, comma 1, lett. n), d.p.r. n. 115/2002 ai sensi del quale è ausiliario il magistrato, il perito, il consulente tecnico, l'interprete, il traduttore e qualunque altro soggetto competente in una determinata arte o professione e comunque idoneo al compimento di atti che il magistrato o il funzionario addetto all'ufficio può nominare a norma di legge.

<sup>353</sup> Così Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 11 marzo 2005, n. 146; Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 138.

richiedono particolari competenze tecniche, ma, come già rilevato, nulla è detto in ordine alla garanzia del contraddittorio da un punto di vista sostanziale. Infatti, se in applicazione del comma 3, dell'art. 33 le ordinanze comunque sono comunicate alle parti nel termine di cui all'art. 89, comma 3, e cioè nel termine di 5 gg., non è per le stesse contemplata la possibilità di farsi assistere da tecnici di fiducia, sebbene la giurisprudenza non abbia letto la mancata previsione in termini di un "divieto di partecipazione"<sup>354</sup>. Il verificatore, pur dovendo prendere in esame anche le controdeduzioni dei consulenti delle parti, ben può divergere da esse, trattandosi di un atto istruttorio il cui esito non può essere posto in discussione dalle consulenze di parte, ma è soggetto solo al potere di apprezzamento del giudice<sup>355</sup>.

A differenza del previgente sistema, nel quale, a seguito della introduzione della consulenza tecnica d'ufficio, parte della dottrina e la stessa giurisprudenza avevano riconosciuto una sostanziale equivalenza in termini di efficienza probatoria tra i due mezzi istruttori, delimitandone, come si vedrà, i rispettivi ambiti applicativi<sup>356</sup>, nel Codice di fatto viene statuita una graduazione tra di essi, incidendo sulla stessa qualificazione della C.T.U. E ciò in contrasto con le acquisizioni proprie del sistema processuale civile nel quale non esiste una gerarchia in ordine alla efficacia delle prove che sono rimesse all'apprezzamento (prudente) del giudice. Mentre la verifica può, infatti, essere disposta nella generalità dei casi<sup>357</sup>, il giudice può fare **ricorso alla consulenza**

---

<sup>354</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 13 novembre 2013, n. 1464; Cons. Stato, Sez. III, 4 maggio 2016, n. 1757 nella quale si specifica che, sebbene il Codice non preveda "espressamente la facoltà di nomina di consulenti di parte, non si ritiene vi sia un divieto di partecipazione con l'assistenza di un perito di fiducia, anche ove nulla disponga in merito l'ordinanza istruttorie (...). Sicché non sussiste il vizio di invalidità della verifica per il solo fatto della presenza del rappresentante dell'Amministrazione (...) in quanto l'onere istruttorio viene diretto all'amministrazione in quanto "Autorità Pubblica" che, in tale specifica qualità, deve collaborare con il giudice al fine di accertare la verità dei fatti". Pertanto, "la presenza del rappresentante dell'amministrazione, seppure nelle modalità di "controllo" dei test somministrati, non contrasta con le caratteristiche del mezzo di prova (...) ove non sia dimostrato un diverso ruolo "inquinante" nell'espletamento dell'istruttoria da parte del predetto rappresentante di tale consistenza da potersi configurare il vizio di sviamento di potere nell'attività discrezionale valutativa della Commissione".

<sup>355</sup> Così Cons Stato, Sez. VI, 15 marzo 2024, n. 2563 nella quale si sottolinea inoltre che "una volta che il Collegio ha ritenuto che le questioni sottese alla controversia hanno un carattere talmente tecnico da esulare dalla propria competenza e da richiedere l'intervento di un soggetto dotato di tali specifiche competenze, le conclusioni alle quali questi è pervenuto potranno dallo stesso Collegio essere superate solo a fronte di una manifesta erroneità, *ictu oculi* ravvisabile".

<sup>356</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 1° ottobre 2004, n. 6405.

<sup>357</sup> Cfr. Cons Stato, Sez. VI, 25 ottobre 2023, n. 9226 nella quale si precisa che "la verifica, ex art. 66, D.Lgs. n. 104 del 2010, è diretta ad appurare la realtà oggettiva delle cose, e si risolve essenzialmente in un accertamento diretto ad individuare la sussistenza di determinati elementi, ovvero a conseguire la conoscenza dei fatti, la cui esistenza non sia accertabile o desumibile con certezza dalle risultanze documentali, e si estrinseca quindi in un 'giudizio di risultato' rispetto al quale il contraddittorio concerne esclusivamente gli sviluppi e le risultanze della verifica; in buona sostanza, la verifica comporta l'intervento, in funzione consultiva del Giudice, di un organismo qualificato per la risoluzione di controversie che implicano l'apporto di competenze tecniche essenziali ai fini della definizione della questione; ha una finalità di accertamento, ma pur sempre di fatti complessi, e dunque sulla base di competenze che implicano l'espressione di un sapere specifico, in funzione consultiva del Giudice".

**tecnica soltanto qualora lo ritenga indispensabile**<sup>358</sup>. E in ogni caso la verifica-  
zione non può essere utilizzata per esonerare la parte dalla prova dei fatti posti a base delle  
richieste<sup>359</sup>.

La verifica-  
zione, ai sensi dell'art. 66 del Codice, viene disposta dal collegio con or-  
dinanza, nella quale deve essere individuato non soltanto l'organismo che deve prov-  
vedere alla verifica-  
zione, autorizzandone eventualmente la delega, ma anche i quesiti  
formulati ed il termine entro il quale la verifica-  
zione deve essere compiuta e deve essere  
depositata la relazione conclusiva che, ai sensi del dettato contenuto al comma 3,  
dell'art. 19 può anche essere **resa oralmente** al giudice.

Con riferimento ai profili soggettivi, l'art. 19, contenuto nel Libro I, Titolo I, Capo  
VI, dedicato agli *Auxiliari del giudice*, precisa, al comma 2, che la verifica-  
zione è affi-  
data ad un **organismo pubblico estraneo alle parti del giudizio**, munito di specifiche  
competenze tecniche. Viene così confermato l'orientamento già espresso dalla giuri-  
sprudenza di affidare la verifica-  
zione ad una autorità diversa da quella parte del giudi-  
zio<sup>360</sup>, a garanzia della **terzietà e imparzialità del verificatore** che, a differenza della  
previgente disciplina, è, dunque, un esperto terzo, e non un organo della stessa ammi-  
nistrazione dalla quale proviene l'atto impugnato, assimilabile in qualche modo al pe-  
rito *ex art. 31, r.d. n. 642/1907*. Si tratta di una previsione che costituisce puntuale  
applicazione del **principio di imparzialità dell'istruttoria** e garantisce la compatibilità  
con il principio del giusto processo.

Va rilevato, inoltre che, ai sensi dell'articolo successivo, se da un lato il verificatore  
ha l'obbligo di prestare il suo ufficio, tranne le ipotesi in cui sussista un giustificato  
motivo (art. 20, comma 1), dall'altro può essere ricusato dalle parti per i motivi indicati  
all'art. 51 c.p.c., e cioè nei casi in cui abbia interesse nella causa o in altra vertente su  
identica questione di diritto (comma 1, n. 1); o se si trova in una relazione di parentela  
o di affiliazione con una delle parti o alcuno dei difensori, o se sia convivente di uno di  
essi o commensale abituale (comma 1, n. 2); la previsione è estesa anche alle ipotesi in  
cui le situazioni di incompatibilità riguardino il coniuge; se il verificatore o il coniuge

---

<sup>358</sup> Sulla differenza tra verifica-  
zione e Consulenza tecnica cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2024,  
n. 2563 nella quale si legge: "Nel processo amministrativo, la differenza tra la consulenza tecnica  
d'ufficio e la verifica-  
zione viene solitamente declinata nel senso che la prima si estrinseca in una val-  
lutazione alla stregua della discrezionalità tecnica, in cui il consulente non si limita cioè ad un'attività  
meramente ricognitiva e circoscritta ad un elemento o fatto specifico ma, utilizzando le proprie spe-  
cifiche cognizioni tecniche, prende in carico situazioni ed oggetti complessi al fine di elaborare un  
proprio giudizio, e di conseguenza a rispondere al quesito ritenuto dal giudice utile ai fini del decidere  
con una soluzione tecnicamente idonea alla stregua di un 'giudizio di valore'; mentre la verifica-  
zione è diretta ad appurare la realtà oggettiva delle cose, e si risolve essenzialmente in un accertamento  
diretto ad individuare la sussistenza di determinati elementi, ovvero a conseguire la conoscenza dei  
fatti, la cui esistenza non sia accertabile o desumibile con certezza dalle risultanze documentali, e si  
estrinseca quindi in un 'giudizio di risultato' rispetto".

<sup>359</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 2023, n. 9222: "Nel processo amministrativo la verifica-  
zione non può esonerare la parte dalla prova dei fatti dedotti e posti a base delle richieste, fatti che  
devono essere dimostrati dalla parte in ragione dei criteri di ripartizione dell'onere della prova posti  
dall'art. 2697 c.c., ma ha la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni  
tecniche non possedute".

<sup>360</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 1200.

ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti o alcuno dei suoi difensori (comma 1, n. 3); o se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa o abbia avuto altro coinvolgimento in essa, ad esempio, quale testimone o arbitro (comma 1, n. 4); o, infine, se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti, o amministratore o comunque soggetto interessato in una associazione che in qualche modo possa avere interesse nella causa (comma 1, n. 5); in ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza (comma 2).

La competenza a decidere sulla ricsuzione spetta al giudice che ha nominato il verificatore (art. 20, comma 4). Sebbene non espressamente previsto, è da ritenere, in applicazione analogica della previsione relativa al consulente tecnico, che il verificatore debba **astenersi** nel caso in cui sussistano le summenzionate ragioni.

A differenza della C.T.U., nella verificaione il funzionario incaricato dal giudice non è tenuto a prestare giuramento e gli esiti della sua attività, che consistono, secondo parte della giurisprudenza, come si vedrà nel prossimo paragrafo, in un accertamento tecnico di natura non valutativa<sup>361</sup>, possono essere disattesi dal giudice attraverso una valutazione critica dalla quale si evincano gli elementi di cui si è avvalso per discostarsi dal parere espresso dal verificatore<sup>362</sup>.

I compensi del verificatore sono disciplinati negli ultimi due commi dell'art. 66.

### 13. *La consulenza tecnica d'ufficio*

Ove il giudice ritenga insufficiente lo strumento della verificaione e lo ritenga indispensabile (artt. 19, comma 1 e 63, comma 4) può disporre la consulenza tecnica d'ufficio (C.T.U.) esprimendo, così, una preferenza per la verificaione dettata da motivi anche economici, che, tra l'altro, contrasta con le proposte emerse in commissione, dove addirittura era stata paventata la sua eliminazione. La scelta, dunque, è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, il cui limite, come detto, è rappresentato dal divieto di servirsene per sollevare le parti dall'onere probatorio<sup>363</sup>.

---

<sup>361</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 138.

<sup>362</sup> Cass., Sez. I, 14 gennaio 1999, n. 333. Sulla differenza tra i due mezzi di prova, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2020, n. 330 nella quale si sottolinea che “a differenza della consulenza tecnica d'ufficio prevista dall'art. 67 c.p.a. al fine di consentire al giudice di acquisire un giudizio tecnico, la verificaione è uno strumento probatorio che mira all'effettuazione di un mero accertamento tecnico di natura non valutativa. In buona sostanza, la verificaione comporta l'intervento, in funzione consultiva del giudice, di un organismo qualificato per la risoluzione di controversie che implicino l'apporto di competenze tecniche essenziali ai fini della definizione della questione; l'esito della verificaione è certo autonomamente apprezzabile dal giudice, il quale può anche discostarsi dalle conclusioni del verificatore, a condizione, tuttavia, che ne espliciti adeguatamente le ragioni. La giurisprudenza amministrativa riconosce, infatti, al giudice di discostarsi dalle risultanze della verificaione (così come da quelle di una consulenza tecnica disposta in corso di causa). Tuttavia, è necessaria la motivazione del dissenso con attenta valutazione di tutti gli elementi esposti nella relazione del verificatore”.

<sup>363</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2024, n. 527; Id., Sez. VI, 31 ottobre 2023, n. 9377.

Come per la verifica, anche per la C.T.U. è prevista la nomina da parte del collegio (art. 67, comma 1), al quale spetta la formulazione dei quesiti e la fissazione del termine entro cui il consulente deve prestare giuramento. Nella stessa ordinanza, i cui contenuti sono meglio specificati al comma 3 dell'art. 67, deve altresì essere individuato il magistrato che viene delegato per l'assunzione dell'incarico e la prestazione del giuramento da parte del consulente.

Per ciò che concerne i profili soggettivi l'art. 19, comma 2, del Codice prevede che la C.T.U. possa essere affidata tanto a dipendenti pubblici, in questo attenuando le differenze soggettive con la verifica – discostandosi invece dallo stesso codice di rito che li esclude (a meno che non siano iscritti agli albi) – quanto a professionisti iscritti negli albi di cui all'art. 13 delle disposizioni di attuazione del c.p.c. o anche ad altri soggetti aventi particolare competenza. Albi che non sono diversi, almeno in base alle disposizioni codicistiche, da quelli previsti dal c.p.c. e ai quali il giudice potrà sempre far ricorso al fine di agevolare la scelta del consulente. L'esperienza insegna che, in concreto, il consulente tecnico è stato individuato con riferimento a istituti od organismi specializzati, ovvero a una sede universitaria con riguardo ad un Dipartimento, indicando sovente nella persona del Direttore il soggetto che potrà svolgere l'incarico direttamente oppure avvalendosi di un docente ritenuto particolarmente qualificato, seguendo uno schema già delineato per le verificazioni. Non si può sottacere, poi, la prassi instauratasi consistente nella formazione di elenchi di professionisti qualificati nei quali sono inseriti i nominativi di coloro i quali vengono via via nominati. Il fatto di non attingere da un albo rende inapplicabili le disposizioni disciplinari di cui agli artt. 19-22 e 23 c.p.c. sulla ripartizione degli incarichi.

A garanzia della indipendenza e terzietà del consulente nello stesso comma (comma 2, art. 19) è previsto che non possano essere nominati consulenti coloro che prestano attività in favore delle parti del giudizio.

Come per il verificatore, il consulente è **obbligato a prestare il proprio ufficio**, ad eccezione dei casi in cui il giudice riconosca la sussistenza di un giustificato motivo (art. 20, comma 1) e può essere **ricusato** dalle parti per i motivi di cui all'art. 51 c.p.c. (art. 20, comma 2) prima richiamati, e per gli stessi motivi ha l'**obbligo di astenersi** e può fornire **oralmente** i chiarimenti richiesti (art. 19, comma 3).

Nel nuovo assetto normativo trova conferma la configurazione della consulenza tecnica non come un mezzo di prova propriamente detto, ma come un vero e proprio **mezzo istruttorio a disposizione del giudice** che, quando lo ritiene "**indispensabile**" (in questo una decisa e certamente discutibile differenza con la disciplina processual civilistica), si avvale di un proprio ausiliario per acquisire nozioni della scienza o dell'arte delle quali sia sfornito o insufficientemente munito<sup>364</sup> e, dunque, non uno stru-

---

<sup>364</sup> Si ritiene che la consulenza tecnica sia un mezzo istruttorio, ma non un mezzo di prova per cui la parte non sarebbe esonerata dall'adempimento dell'onere della prova, dovendo la stessa essere utilizzata per la valutazione di fatti già provati (tra le altre v. Cass., Sez. III, 13 ottobre 1986, n. 5990, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 10). Così anche Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2024, n. 4749: "La consulenza tecnica di ufficio non è un mezzo di prova vero e proprio, ma uno strumento istruttorio per la soluzione, sulla scorta delle acquisizioni di causa, di questioni di carattere non strettamente giuridico con l'ausilio di un soggetto tecnicamente qualificato; al pari di ogni altro mezzo istruttorio il giudice di merito dispone di un'ampia sfera di apprezzamento discrezionale sull'opportunità di disporre o

mento istruttorio per accertare la storicità o la verità di un fatto o ancora per sopperire ad una carenza probatoria imputabile alle parti<sup>365</sup>. Una differenza che, tra l'altro, oltre alla infelice formulazione letterale, non solo non si spiega alla luce anche dei pareri espressi dalle commissioni parlamentari e della scelta operata dallo stesso legislatore del Codice di affidare la verifica solo a soggetti diversi dall'amministrazione precedente, di fatto allontanandosi nettamente dallo schema tradizionale che vedeva la verifica originariamente affidata alla stessa amministrazione; ma che suscita delle forti perplessità anche in ragione della tradizionale preclusione della verifica in ordine a quei fatti rilevanti per la determinazione del danno risarcibile rispetto ai quali, oltre alla prova fornita dalla parte *ex art.* 2697 c.c., può risultare necessario l'apporto per il giudice di cognizioni tecniche non possedute<sup>366</sup>.

Sotto il profilo oggettivo si è ritenuto che la consulenza tecnica miri, come detto, a differenza della verifica, alla acquisizione di un giudizio tecnico, piuttosto che alla verifica di un mero accertamento tecnico di natura non valutativa<sup>367</sup>, ponendosi, così, la prima su un piano più propriamente valutativo, e la seconda su un piano conoscitivo, consistendo la verifica, alla stessa stregua della perizia, in meri accertamenti effettuati per completare la conoscenza del fatto<sup>368</sup>. Una ulteriore distinzione è quella operata dai giudici della Cassazione i quali hanno evidenziato l'esistenza di una

---

non la consulenza tecnica di ufficio e la scelta se avvalersene o non è sindacabile solo entro limiti molto ristretti”.

<sup>365</sup> Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2017, n. 2181: la consulenza costituisce non già un mezzo di prova ma al più di ricerca della prova, avente la funzione di fornire al giudice i necessari elementi di valutazione (...) ma non già la funzione di esonerare la parte dagli oneri probatori sulla stessa gravanti.

<sup>366</sup> A fronte di alcune apprezzabili aperture del giudice amministrativo (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11 dicembre 2000, n. 7702) si registrano decisioni che frenano e ne circoscrivono l'ambito di applicazione, escludendo, ad esempio, che possa il giudice amministrativo, per tramite del consulente tecnico, sostituirsi ai giudizi di tipo tecnico formulati dall'amministrazione (Cons. Stato, Sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004) potendone valutare *ab externo* solo la ragionevolezza, la congruità e l'eventuale carenza di esaustività (Cons. Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199).

<sup>367</sup> Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 6447; Id., Sez. IV, 19 febbraio 2007, n. 881; Id., Sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 138, cit., nella quale il giudice di appello giustifica il ricorso alla verifica in ragione della natura non valutativa dell'atto da compiersi. In tal senso, cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 29 aprile 2004, n. 2609.

<sup>368</sup> Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 351: “nel giudizio amministrativo la differenza tra la verifica e la consulenza tecnica d'ufficio consiste nell'essere la prima un mero accertamento disposto al fine di completare la conoscenza dei fatti che non siano desumibili dalle risultanze documentali, mentre la seconda si estrinseca in una valutazione tecnica di determinate situazioni da utilizzare ai fini della decisione, con una valenza non meramente ricognitiva e circoscritta a un fatto specifico (Cons. Stato, Sez. IV, 8 marzo 2012, n. 1434)”. In tal senso anche Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2024, n. 2563: “Nel processo amministrativo, la verifica è uno strumento istruttorio rimesso all'esercizio della potestà discrezionale del giudice che si estrinseca in un 'giudizio di risultato' in quanto l'attività del tecnico ausiliario è diretta a conseguire la conoscenza dei fatti ovvero ad individuare la sussistenza di determinati elementi la cui conoscenza non sia accertabile o desumibile con certezza dalle risultanze documentali. Ciò vale, pertanto, a distinguerla dalla consulenza tecnica d'ufficio, declinata come 'giudizio di valore' in cui l'attività del consulente è diretta a fornire al giudice una soluzione tecnicamente idonea ai fini della risoluzione della controversia” e Cons. Stato, Sez. IV, 12 febbraio 2025, n. 1166.

duplicità della consulenza, non a caso definita alla stregua di un Giano bifronte, individuabile da un lato nel cosiddetto **consulente “deducente”**, chiamato cioè ad effettuare una semplice valutazione di fatti già acquisiti ed asseverati, ed il **consulente “perci-piente”**, chiamato non solo ad effettuare la valutazione ma anche a costituire esso stesso fonte di prova, ad esempio rendendo una dichiarazione di scienza su fatti di cui ha avuto conoscenza, risultando così di fatto la sua opera assimilabile alla testimonianza<sup>369</sup>.

Per ciò che concerne l'ambito di applicazione della consulenza tecnica, se da un lato è pacifico il suo utilizzo nei casi in cui all'ausiliario del giudice è demandata l'effettuazione di accertamenti strettamente vincolati, ben più articolata e complessa è l'ipotesi concernente l'applicabilità in quei casi in cui la scelta sia appunto qualificabile in termini di discrezionalità tecnica.

La questione si ricollega al problema della opinabilità dei risultati cui le regole tecniche applicate nel caso concreto dall'amministrazione conducono o, se si vuole, alla distinzione tra regole tendenzialmente esatte, la cui applicazione porta ad un accertamento tecnico (di un fatto) da parte dell'amministrazione, e regole che per diverse ragioni sono prive di tale requisito (discrezionalità tecnica).

Mentre nel primo caso l'ammissibilità della C.T.U. è stata riconosciuta da parte della giurisprudenza, sia pure con dei limiti richiamati in tema di verifica, nel secondo, invece, la opinabilità del risultato conseguente all'applicazione della regola tecnica (si pensi agli esempi richiamati in precedenza) ha condotto ad una ritenuta inammissibilità della stessa, vista come una inopinata sostituzione del giudizio di un soggetto terzo a quello dell'amministrazione e, dunque, della discrezionalità della stessa.

Ma in realtà, ove si rifletta sulla natura stessa della discrezionalità tecnica, intesa quale accertamento di un fatto alla luce di norme tecniche compiute dall'amministrazione, così come lucidamente delineata dalla stessa giurisprudenza amministrativa, è evidente come il momento della opinabilità non tocchi in alcun modo il procedimento attraverso cui la valutazione (accertamento) del fatto viene condotta dall'amministrazione, né tanto meno attenga alla determinazione da parte di quest'ultima del parametro (tecnico) posto a base della stessa valutazione.

Con riferimento a questi due profili è possibile, infatti, individuare uno spazio di operatività della C.T.U., indipendentemente dalla considerazione della “esattezza” o meno della regola tecnica applicata. Spazio da individuarsi nella valutazione da parte del consulente di profili attinenti alla attualità del parametro (tecnico) applicato dall'amministrazione ed alla correttezza del procedimento applicativo, sempre nei limiti delle contestazioni mosse dalle parti. In questo senso, dunque, si è aperta la strada al sindacato della discrezionalità tecnica non solo per i profili c.d. estrinseci, ma anche per la verifica dei profili appena richiamati (attendibilità delle operazioni tecniche, tanto sotto il profilo della correttezza, quanto in relazione al criterio prescelto ed al procedimento applicativo), ovviamente sempre nei limiti della domanda della parte<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> Cass., SS.UU., 4 novembre 1996, n. 9522, in *Danno e resp.*, 1997, 15. Sul punto M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 3558 ss.

<sup>370</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2008, n. 2404; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 9 aprile 2010, n. 1532; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 23 gennaio 2009, n. 170; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 25 febbraio 2011, n. 426.

Una questione (quella sulla sindacabilità intrinseca della scelta compiuta dall'amministrazione) che si differenzia da quella concernente la sostituibilità della decisione del giudice fondata sull'esito della C.T.U. con quella resa dall'amministrazione<sup>371</sup>.

Tanto nel primo caso (sindacato intrinseco diretto, riferito cioè direttamente al criterio tecnico) quanto nel secondo (sindacato intrinseco indiretto, riferito al procedimento seguito dall'amministrazione e alla coerenza e correttezza dello stesso ragionamento seguito in base alle risultanze procedurali) la sostituibilità (sindacato forte) può essere esclusa, limitando i poteri del giudice alla rilevazione della inosservanza della norma giuridica che impone la valutazione tecnica<sup>372</sup>. In concreto, però, l'uso che la giurisprudenza ha fatto dello strumento della consulenza tecnica palesa un percorso non privo di esitazioni sul cammino del pieno accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo che viene, tra l'altro, bilanciato, restringendone gli ambiti di applicazione, con le ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale<sup>373</sup>.

#### 14. *L'ispezione e l'esibizione*

Richiamata per la prima volta espressamente all'art. 63, comma 2, del Codice, l'ispezione è regolata dall'art. 118 c.p.c. e consiste in un'attività del giudice diretta a percepire determinati oggetti della cui conoscenza il giudice ha bisogno per esercitare la propria potestà. Essa presenta alcune analogie con l'esibizione, regolata dall'art. 210 c.p.c., oggi espressamente richiamata nel Codice.

Tra i due mezzi si ritiene vi sia una differenza **strutturale e funzionale**. Da un punto di vista soggettivo, l'esibizione può essere disposta dal giudice anche su istanza di parte. Da un profilo oggettivo, desumibile dal codice di rito, la prima è relativa a persone e cose in possesso di una parte o di un terzo, mentre la esibizione concerne documenti o altra cosa di cui si ritenga necessaria l'acquisizione nel processo. L'ispezione pone particolari problemi di tutela dei diritti delle parti e del terzo, che non si evidenziano peraltro in termini diversi da quanto accade nel processo civile, alla cui esperienza occorre dunque fare riferimento, anche se è prevedibile che a tale mezzo di prova non sarà riservato un significativo spazio nel processo amministrativo.

---

<sup>371</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 8 gennaio 2013, n. 31.

<sup>372</sup> Maggiormente orientata nel senso di garantire un sindacato forte da parte del giudice amministrativo è la giurisprudenza in materia di pubblico impiego. *Ex multis*, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, ord. 16 marzo 2004, n. 1175; Id., Sez. VI, 10 marzo 2004, n. 1213; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *bis*, 19 maggio 2004, n. 4716. In senso contrario, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5187; Id., Sez. IV, 10 luglio 2007, nn. 3905 e 3906; Id., Sez. IV, 16 dicembre 2005, n. 7149; Id., Sez. IV, 8 luglio 2003, n. 4053; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 5 settembre 2006, n. 8003.

<sup>373</sup> Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2019, n. 2381 nella quale si sottolinea che "anche nel sistema processuale amministrativo, la contestazione dei risultati della consulenza tecnica non può limitarsi alla generica affermazione del rinvio alla relazione tecnica del consulente di parte, dovendo concretizzarsi nella puntuale confutazione della validità e idoneità del metodo utilizzato".

## 15. *La testimonianza*

Con la riforma il legislatore del Codice ha espressamente previsto al comma 3, dell'art. 63 la possibilità di esperire all'interno del processo amministrativo la **prova testimoniale** estendendo alla giurisdizione di legittimità la disciplina prevista per quella esclusiva. Il presupposto per detto esperimento è rappresentato dalla istanza della parte in relazione ad una circostanza che, ad avviso di una parte della giurisprudenza, risulti "decisiva al fine del decidere"<sup>374</sup>, nel senso che essa debba vertere su elementi rilevanti ai fini della decisione finale, o meglio su circostanze esterne ed estrinseche rispetto al contenuto rappresentativo-dichiarativo del provvedimento, senza che essa si trasformi in una contestazione della veridicità delle attestazioni contenute nel provvedimento, e in ottemperanza ai limiti di ammissibilità di cui agli artt. 2721 ss. c.c. A differenza di quanto avviene nel processo civile, però, la testimonianza è ammessa solo ove assunta in **forma scritta**, nelle forme previste dal c.p.c. che contempla, quale ulteriore presupposto per la sua esperibilità, l'**accordo tra le parti**, che, tra l'altro, consente di superare le perplessità in ordine alla compatibilità con l'art. 111 Cost.

Per quanto riguarda il modo di deduzione, le incapacità, i divieti ed i limiti a deporre, la facoltà di astensione, l'intimazione, il giuramento, le modalità procedurali, il confronto dei testimoni, le mancate comparizioni, il rifiuto di deporre, la falsità delle testimonianze, l'assunzione di nuovi testimoni vi è un espresso richiamo al codice di rito. Allo stesso modo per le modalità d'assunzione occorre fare riferimento all'art. 257-bis del c.p.c., introdotto dalla legge n. 69/2009, rubricato "*testimonianza scritta*" e all'art. 103-bis delle disposizioni di attuazione del c.p.c., rubricato "*modello di testimonianza*" che disciplinano tale modalità alternativa di assunzione della prova testimoniale.

Così pure devono ritenersi applicabili i principi generali in ordine all'oggetto sul quale la testimonianza può essere resa, e cioè solo sulla conoscenza di **fatti storici**, per cui non è consentito porre ad oggetto di tale prova valutazioni, neppure di natura tecnica. Pertanto, è da ritenere che tale mezzo istruttorio sarà utilizzato prevalentemente nei giudizi di tipo civilistico, potendo il giudice amministrativo meglio servirsi della "verificazione" per la diretta cognizione dei fatti nell'ambito di giudizi di tipo impugnatorio. Più in particolare l'art. 257-bis c.p.c. prevede che il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza, possa disporre l'assunzione di una testimonianza scritta chiedendo al testimone di fornire nel termine fissato le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato. L'art. 103 disp. att. c.p.c. prevede che la testimonianza scritta sia resa su un modulo conforme al modello approvato con decreto del Ministro della giustizia, che individua anche le istruzioni per la compilazione, da notificare unitamente al modello. Inoltre, è previsto che al termine di ciascuna risposta venga apposta, di seguito e senza lasciare spazi vuoti, la sottoscrizione da parte del testimone che deve essere autenticata da un segretario comunale o dal cancelliere di un ufficio giudiziario.

Va inoltre rilevato che l'ultimo comma dell'art. 257-bis c.p.c. contempla la possibilità che il **testimone venga sentito personalmente dal giudice** dopo aver esaminato le

---

<sup>374</sup> Così G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1956, 827.

risposte o le dichiarazioni rese. Possibilità che (pare) non possa essere ragionevolmente preclusa al giudice amministrativo, nonostante la naturale riluttanza a non ammettere nel processo prove non documentali, e ciò anche in ragione della possibilità ammessa dal Codice di disporre una audizione personale del verificatore e del consulente.

## 16. *I mezzi di prova non ammessi (l'interrogatorio formale e il giuramento). L'interrogatorio libero*

Nel Codice viene mantenuta la preclusione per l'interrogatorio formale ed il giuramento (art. 63, comma 5) già affermata nella legge n. 205/2000 che aveva mutato il sistema probatorio in relazione alla sola giurisdizione esclusiva per le stesse controversie aventi ad oggetto un rapporto giuridico civilistico<sup>375</sup>.

Il codice di rito distingue tra l'interrogatorio **formale** (art. 233 c.p.c.), volto a provocare la confessione dei fatti sfavorevoli alla parte, e l'interrogatorio **non formale** delle parti, regolato dall'**art. 117 c.p.c.**, secondo cui il giudice, in qualunque stato e grado del processo, ha facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti, in contraddittorio tra loro, per **interrogarle liberamente** sui fatti di causa. Si tratta di un mezzo che potrebbe trovare una sua valorizzazione nel processo amministrativo, specie in vista di una **conciliazione della lite**. Talune controversie che hanno ad oggetto diritti disponibili nascono, invero, da preoccupazioni dell'autorità sul modo di procedere legittimamente, a causa delle incertezze del quadro normativo, che in sede di interrogatorio libero potrebbero essere chiarite o superate. In altre parole, l'interrogatorio libero delle parti potrebbe collocarsi utilmente in una fase di istruzione c.d. preparatoria a fini non tanto probatori, ma quale occasione per programmare lo svolgimento del processo e favorire la conciliazione della lite che, ovviamente, non va intesa nel senso più proprio del termine, ma va inquadrata nell'ottica di una revisione da parte dell'amministrazione, ad esempio nel caso di un giudizio impugnatorio, della propria decisione. D'altro canto, già con riguardo all'esperienza processualcivilistica è stato affermato che la funzione preminente dell'interrogatorio libero delle parti è quella di favorire un chiarimento delle rispettive posizioni e conclusioni, rispetto all'oggetto della controversia<sup>376</sup>.

Allo stesso modo è escluso il **giuramento**. Si tratta di una c.d. prova legale, che consiste nella dichiarazione con cui una parte asserisce come vero un fatto, nella forma solenne prevista dalla legge. In relazione al suo oggetto – circoscritto alle cause relative a diritti di cui le parti non possono disporre, ai fatti illeciti, ai fatti per cui sia richiesta la forma scritta *ad substantiam*, o per negare un fatto che da atto pubblico risulti

<sup>375</sup> Sulle ragioni di tale esclusione cfr. *supra*, par. 9.

<sup>376</sup> Sulla natura dell'interrogatorio libero, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 23 febbraio 2012, n. 1069 nella quale viene assimilato piuttosto a “uno strumento di possibile convincimento del giudice di natura sussidiaria, in particolare laddove le dichiarazioni di parte trovino riscontro in altri elementi di prova”, risultando così comparabile ai chiarimenti che il giudice può chiedere alle parti, anche d'ufficio, “essendo del pari preordinati ad acquisire elementi indiziari dalle risposte o dalle mancate risposte delle stesse, anche al fine di valutare il comportamento processuale delle parti”. Non risultando, tra l'altro, l'acquisizione in forma scritta, una modalità obbligatoria.

avvenuto alla presenza di un pubblico ufficiale – il giuramento può essere deferito in relazione ad un fatto proprio della parte alla quale viene deferito (c.d. giuramento *de veritate*) o in relazione ad un fatto altrui del quale la parte ha conoscenza (c.d. giuramento *de notitia* o *de scientia*). Il codice civile prevede due diversi tipi di giuramento: il giuramento decisorio (art. 2736, comma 1, c.c.), quello che una parte deferisce all'altra “per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa”; il giuramento suppletorio (art. 2736, comma 2, c.c.) quello deferito d'ufficio ad una delle parti “al fine di decidere la causa”, quando la domanda o le eccezioni non sono compiutamente provate, ma non sono del tutto sformite di prova.

### 17. *Gli altri mezzi di prova (atipici)*

Sebbene una parte della dottrina avesse *de plano* recepito all'interno del processo amministrativo il principio di tipicità delle prove, non sono mancate voci critiche che, a partire dagli anni '60, ne hanno rilevato l'inidoneità, soprattutto in una prospettiva tesa a garantire il passaggio ad un sindacato sostanziale dell'azione dell'amministrazione da parte del giudice amministrativo. Una riconosciuta inidoneità rispetto alle “intrinseche necessità del giudizio amministrativo”<sup>377</sup> che ha consentito l'ingresso delle c.d. **prove atipiche**, cioè di quelle prove non previste dalla legge, di fatto compatibili tanto con il quadro normativo previgente (art. 44, t.u. Cons. Stato, artt. 26 e 27, r.d. n. 642/1907 e artt. 21-23, legge T.A.R.), quanto con quello attuale che, come si è visto, richiama in generale le prove ammesse nel processo civile con l'unica esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento (art. 63, comma 5).

Il limite alla discrezionalità del giudice, al quale è richiesto di fornire una adeguata motivazione, in ordine alla scelta di un mezzo di prova c.d. atipico, è rappresentato dalla esclusione delle preclusioni o divieti dettati da disposizioni sostanziali o processuali, sì da evitare che per tale via vengano ad essere assunti “surrettiziamente elementi di prova che non sarebbero altrimenti ammessi o la cui ammissione richieda il necessario ricorso ad adeguate garanzie formali”<sup>378</sup>.

Sotto il profilo della produzione documentale rilevano, nell'ambito del giudizio amministrativo, le c.d. **dichiarazioni sostitutive di atto notorio** che consistono in dichiarazioni rese a pubblico ufficiale “per” il processo. Esse, proprio in ragione dei contenuti, rappresentavano, dunque, un mezzo surrettizio per introdurre in quest'ultimo la prova

---

<sup>377</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, cit.

<sup>378</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2012, n. 257; Id., Sez. IV, 7 agosto 2012, n. 4527; Id., Cons. Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2021, n. 1595 “Il giudice amministrativo ben può utilizzare, in mancanza di qualsiasi divieto di legge e in ossequio al principio dell'atipicità delle prove, come fonte anche esclusiva del proprio convincimento le prove raccolte nel giudizio penale conclusosi con sentenza non esplicitante autorità di giudicato nei confronti di tutte le parti della causa amministrativa e ricavare gli elementi di fatto dalla sentenza e dagli altri atti del processo penale, purché le risultanze probatorie siano sottoposte a un autonomo vaglio critico svincolato dall'interpretazione e dalla valutazione che ne abbia già dato il giudice penale, e purché la valutazione del materiale probatorio sia effettuata in modo globale e non frammentaria e limitata a singoli elementi di prova”. In senso conforme a Cons. Stato, Sez. II, 4 gennaio 2021, n. 91.

testimoniale, formatasi, inoltre, senza le garanzie del contraddittorio imposte dal codice di procedura civile. Si tratta di dichiarazioni alle quali non veniva riconosciuto alcun valore probatorio ritenendo che esse potevano costituire soltanto un mero indizio che, in mancanza di altri elementi gravi, precisi e concordanti, non consentiva di scalfire la puntuale attività istruttoria dell'amministrazione<sup>379</sup>. Diversa la considerazione che a tale strumento potrà essere riservata alla luce della riforma operata con il Codice.

Allo stesso modo la valenza probatoria è stata negata per le **dichiarazioni sostitutive di certificazioni**, la cui efficacia probatoria è ritenuta circoscritta nell'ambito del procedimento amministrativo<sup>380</sup>, conformemente alle previsioni normative, ritenute però ammissibili allo scopo di fornire quel principio di prova richiesto alle parti<sup>381</sup>.

Rilevano, poi, nel novero delle prove atipiche le **prove assunte in altro processo**.

Ai sensi dell'art. 310, comma 3, c.p.c., le prove raccolte in un altro giudizio estinto sono valutate dal giudice come argomenti di prova. E nell'ambito del processo amministrativo è ormai pacifica la loro utilizzazione<sup>382</sup>.

Sempre nel quadro degli apporti documentali in sede probatoria, nel corso degli anni ha assunto un rilievo sempre crescente la **perizia stragiudiziale**, soprattutto nel settore delle valutazioni tecniche svolte dall'amministrazione. In particolare, lo strumento della perizia giurata ha ricevuto un crescente utilizzo proprio nel settore concorsuale nel quale si registrano delle aperture rispetto alla tradizionale impostazione che vede il sindacato del giudice circoscritto alla ipotesi di illogicità, incoerenza o irragionevolezza e disparità di trattamento. Non mancano, infatti, ipotesi, sia pur limitate, nelle quali il giudice amministrativo ha ordinato il riesame delle prove concorsuali alla commissione giudicatrice, sulla base di una rilevata incongruità della valutazione delle stesse supportata in giudizio da una perizia giurata<sup>383</sup> che in questo caso ha assunto il

---

<sup>379</sup> Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1010. In alcune decisioni del Consiglio di Stato se ne ammette il valore di mero indizio, cfr. Sez. IV, 3 maggio 2005, n. 2094, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2270, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>380</sup> Cass., SS.UU., 3 aprile 2003, n. 5167, in *www.lex24.ilsole24ore.com*. Ne negano la rilevanza, anche indiziaria, Cons. Stato, Sez. IV, 27 maggio 2010, n. 3378; Cass., Sez. III, 28 ottobre 2010, n. 10191; Cons. Stato, Sez. IV, 3 agosto 2011, n. 4641; Id., Sez. IV, 27 dicembre 2011, n. 6861; Id., Sez. IV, 15 gennaio 2013, n. 211; Id., Sez. IV, 21 ottobre 2013, n. 5109; Id., Sez. IV, 22 aprile 2018, n. 5030 nella quale si sottolinea che “nel processo amministrativo non è utilizzabile la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà in quanto, sostanzialmente in un mezzo surrettizio per introdurre la prova testimoniale (che ora può essere ammessa, su istanza di parte, ai sensi dell'art. 63, comma 3, c.p.a., in forma scritta, ai sensi del codice di procedura civile), non possiede alcun valore probatorio e può costituire solo un mero indizio che, in mancanza di altri elementi gravi, precisi e concordanti, non è idoneo a scalfire l'attività istruttoria dell'amministrazione”.

<sup>381</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 20 novembre 2014, n. 32.

<sup>382</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 351 nella quale si sottolinea che “il detto principio (giustificato dal principio di economia dei mezzi probatori e nella salvaguardia del libero convincimento giudiziale) è perfettamente simmetrico a quello espresso dal Giudice di legittimità civile (Cass. civ., Sez. II, 19 settembre 2000, n. 12422)”. In senso conforme Cons. Stato, Sez. VI, 28 marzo 2012, n. 1833.

<sup>383</sup> T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, ord. 4 luglio 2002, n. 635, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, ord. 13 dicembre 2001, n. 387, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nella quale la perizia giurata è stato l'elemento determinante la decisione del giudice di ricorrere allo strumento della C.T.U.

valore di vera e propria fonte di convincimento del giudice, e non di semplice elemento di integrazione della domanda.

In conclusione, **un accenno va fatto con riferimento all'accertamento tecnico preventivo**, ritenuto ammissibile da una parte della dottrina, la cui necessità potrebbe manifestarsi già nell'ambito del giudizio cautelare ed ai **pareri *pro veritate*** anch'essi ritenuti ammissibili solo al fine di disporre un ulteriore mezzo di prova (sia esso la verifica o la consulenza tecnica) a condizione che risultino equilibrati, completi e non reticenti<sup>384</sup>.

## Sezione quarta: *La fase decisoria* (D. D'Orsogna)

### 1. *Premesse*

Dopo la discussione del ricorso, in pubblica udienza o in adunanza camerale, secondo i casi (cfr. ad esempio le ipotesi previste dall'art. 87, comma 2, c.p.a.: giudizi cautelari, in materia di silenzio, di accesso, trasparenza e ottemperanza e di opposizione al decreto di improcedibilità e di estinzione), il presidente del collegio giudicante dispone la **assegnazione (o spedizione) della causa in decisione**<sup>385</sup>.

Tale atto segna il formale passaggio alla **fase decisoria** del processo amministrativo, che vede il collegio ritirarsi in camera di consiglio (intesa nella sua accezione ristretta, già illustrata, di riunione segreta dei magistrati componenti il collegio giudicante)<sup>386</sup> per deliberare, ossia per discutere e decidere l'esito della causa. Assunta la deliberazione, è contemplata poi una serie articolata di atti ed operazioni successiva volta a formalizzare e portare ad effetto quanto deliberato in camera di consiglio.

Nella fase decisoria, ormai definito l'oggetto del giudizio, ad opera del ricorrente (ed eventualmente anche dei controinteressati-ricorrenti in via incidentale), nell'esercizio del potere di azione; svoltosi il contraddittorio tra le parti e conclusa l'attività di acquisizione e raccolta del materiale probatorio, ad iniziativa delle parti ovvero anche officiosa del giudice (c.d. metodo acquisitivo), il processo amministrativo si indirizza

---

<sup>384</sup> Sul punto cfr. Cass., SS.UU., 28 maggio 2012, n. 8412, "*Affinché, però, i pareri pro veritate acquistino rilievo sono necessitate due condizioni, una esterna e una interna. La prima è una condizione negativa: è necessario che gli elaborati giudicati insufficienti non presentino lacune o difetti talmente gravi ed evidenti da frustrare immediatamente ogni sforzo difensivo. La seconda condizione riguarda, invece, la qualità intrinseca dei pareri, che possono essere considerati credibili solo se si presentano equilibrati, completi e non reticenti su eventuali punti deboli degli iscritti del candidato. Una volta accertate le predette condizioni sussiste quindi il presupposto per utilizzare lo strumento della verifica, in quanto vi sono convergenti elementi che possono far ritenere verosimile o almeno possibile un errore della commissione d'esame*".

<sup>385</sup> L'eventuale trattazione in udienza pubblica in luogo della prescritta camera di consiglio non costituisce motivo di nullità della decisione (art. 87, comma 4, c.p.a.).

<sup>386</sup> Cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 3, Sez. I.

verso il suo epilogo naturale (funzionale): la **formulazione del giudizio** e l'**emanazione della sentenza**.

La fase decisoria è pertanto quella terminale del processo amministrativo, in cui il giudice perviene al proprio convincimento definitivo circa l'esistenza (o inesistenza) dei fatti che costituiscono il fondamento delle contrapposte pretese delle parti e definisce il giudizio, pronunciandosi sulle questioni, in fatto e in diritto, costituenti la materia del contendere.

Se è vero che è l'intero processo ad essere costruito "per" il giudizio, tanto da poter essere definito, come si è già avuto modo di esporre<sup>387</sup>, come l'*iter* sequenziale di atti, costituenti esercizio di poteri delle parti e del giudice, nel quale, e attraverso il quale, si compie l'operazione logica del giudizio, è tuttavia innegabile che nell'ambito del processo, così definito, la fase decisoria presenta caratteri peculiari di indubbia autonomia e distinzione rispetto al complesso degli atti e delle operazioni ad essa precedenti. Mentre l'*iter* sequenziale di atti che precede la fase decisoria è funzionale alla "preparazione" ed "istruzione" del giudizio, e contempla atti sia del giudice sia delle parti (alle quali è garantita, nel contraddittorio, la "parità delle armi", e dunque uguali opportunità processuali di influire sulla formazione del convincimento del giudice); la fase decisoria racchiude, invece, soltanto (poteri ed) atti propri del giudice, insistendo essa in modo diretto sull'operazione razionale, propria del giudice, della elaborazione del giudizio, ossia sull'attività del soggetto giudicante che forma logicamente (appunto a guisa di giudizio) la decisione, o, se si preferisce, del giudice che "decide giudicando (cioè motivando)"<sup>388</sup>, e giudicando, di regola, secondo il diritto.

È opportuno precisare, peraltro, che l'assegnazione della causa in decisione e l'autonomia che caratterizza la fase decisoria non escludono affatto eventuali "riaperture" dell'istruttoria e del contraddittorio che si manifestassero necessarie (ad esempio in ragione di eventi sopravvenuti) solo in camera di consiglio; anzi, come si vedrà tra breve, v'è da dire che i canoni costituzionali del giusto processo (in particolare quelli di terzietà del giudice e di parità delle armi nel contraddittorio tra le parti)<sup>389</sup> rendono in alcuni casi doverosa la riapertura dibattimentale.

La disciplina della fase decisoria copre sia **profili formali** sia alcuni **aspetti di carattere sostanziale**. Quanto ai primi, la disciplina positiva va individuata essenzialmente nei principi processuali e nelle previsioni normative relativi alla regolare composizione del collegio giudicante, alle modalità di deliberazione, stesura e pubblicazione della decisione, nonché nelle norme sulla sentenza come atto processuale (che cioè descrivono la sentenza quale atto del giudice nei suoi aspetti e contenuti formali). Per ciò che attiene agli aspetti sostanziali, invece, rilevano soprattutto, oltre che, ovviamente, le norme che descrivono i poteri decisori del giudice amministrativo, tutte le norme e i principi che, in modo diretto o indiretto, attengono all'*iter* logico di formazione del convincimento del giudice, ossia al modo di elaborazione razionale del giudizio da

<sup>387</sup> Cfr. *supra*, Parte 3, Capitolo 1, Sez. I.

<sup>388</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1923 (ristampa 1986), III, 371.

<sup>389</sup> Sui principi del contraddittorio e della parità delle parti, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 dicembre 2004, n. 14, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 495 ss., con nota di E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo* (521 ss.).

parte del giudice e, dunque, sono idonei ad influire sul contenuto sostanziale della decisione (ossia sulla soluzione della controversia oggetto del giudizio).

L'analisi della disciplina della fase decisoria verrà pertanto articolata in due parti, la prima dedicata alla formulazione del giudizio nei suoi profili formali, la seconda agli aspetti di carattere sostanziale.

Si tratta, peraltro, di una ripartizione della materia che risponde soprattutto a ragioni di chiarezza e comodità espositive: è evidente, infatti, che anche “aspetti propriamente relativi a profili formali” della decisione, quali, ad esempio, l'obbligo di motivazione in fatto e in diritto, “concorrono in maniera decisiva a determinare i contenuti sostanziali della decisione”<sup>390</sup>, orientandoli verso l'esatta soluzione della controversia.

## 2. *Profili formali: la formazione della decisione*

La disciplina positiva della fase decisoria è contenuta negli artt. 75 ss. del Codice, nonché negli articoli (richiamati espressamente nell'art. 76, comma 4, del Codice) 276 c.p.c. e 118, comma 4, disp. att. c.p.c.

In base agli artt. 75 e 76 del Codice, il collegio giudicante, *dopo la discussione* del ricorso, si ritira in camera di consiglio per deliberare.

Nella pratica dei T.A.R., il collegio giudicante non si ritira in camera di consiglio dopo la chiusura della discussione di ogni singolo ricorso, ma, per comodità di lavoro, di regola dopo la trattazione di tutte le cause chiamate alla medesima udienza.

Va aggiunto inoltre che, sebbene l'art. 75 del Codice fissi a *dopo* la discussione la pronuncia della decisione, la giurisprudenza ritiene che l'indicazione temporale abbia carattere puramente ordinatorio e, di conseguenza, che siano valide anche sentenze deliberate molto tempo dopo la data dell'udienza di discussione della causa<sup>391</sup>. Lo stesso art. 75, comma 2, prevede, del resto, che “la decisione può essere differita a una delle successive camere di consiglio”.

Dopo la discussione del ricorso in udienza<sup>392</sup>, quindi, il presidente del collegio dispone l'**assegnazione della causa in decisione**, dichiarando chiuso il dibattimento. Il potere presidenziale in esame assolve ad una funzione estremamente delicata: l'assegnazione della causa in decisione, infatti, da un lato preclude ai componenti del collegio giudicante la possibilità di esercitare il diritto di astensione; dall'altro determina la chiusura del contraddittorio e la fissazione della posizione processuale delle parti, che non possono più svolgere ulteriori attività difensive né modificare la materia del contendere, introducendo nuovi motivi di gravame (motivi aggiunti).

L'esercizio del potere di assegnazione della causa in decisione, pertanto, deve essere esercitato dal presidente del collegio giudicante nel rigoroso rispetto del diritto di

---

<sup>390</sup> F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, tomo V, *Il processo amministrativo*, 2ª ed., Milano, 2003, 4462.

<sup>391</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 29 luglio 1954, n. 130.

<sup>392</sup> In tema cfr. A. CRISMANI, *Le udienze nel processo amministrativo*, in *www.giust amm.it*, n. 9/2012.

difesa e del principio del contraddittorio, i quali impediscono di spedire la causa in decisione laddove il difensore abbia dichiarato di rinunciare al ricorso<sup>393</sup> ovvero si sia riservato di proporre motivi aggiunti, a fronte della produzione di documenti<sup>394</sup> da parte dell'amministrazione resistente ovvero dell'adozione di provvedimenti amministrativi connessi all'oggetto del ricorso. Nelle ultime due ipotesi menzionate, anzi, è possibile affermare che la parte vanta un vero e proprio "diritto al (congruo) rinvio" dell'udienza per la tempestiva proposizione di nuovi motivi di gravame.

Per analoghe ragioni, in ossequio ai principi costituzionali del "giusto processo", è necessario riportare la causa in udienza, ossia riaprire il contraddittorio e rinnovare la discussione (c.d. procedura di "rilettura"), dinanzi a una normativa sopravvenuta, o altra sopravvenienza, di diritto o di fatto, che appaia potenzialmente idonea ad incidere sulla decisione.

Si pensi, ad esempio, a un fatto notorio o a un provvedimento amministrativo sopravvenuto (che appaia) satisfattivo dell'interesse del ricorrente, ovvero che sia connesso con l'oggetto del ricorso già assegnato in decisione, dei quali il giudice venisse a conoscenza nell'espletamento del suo ufficio (c.d. notorio giudiziale)<sup>395</sup>.

Nella fase decisoria possono cioè verificarsi fatti "che è parimenti illogico ignorare o valutare senza la collaborazione delle parti"<sup>396</sup>. Ritenerne che la chiusura della discussione impedisca l'ingresso nel processo di siffatte sopravvenienze appare una soluzione rigida e poco coerente con la previsione normativa che ritiene modificabile la decisione fino al momento della sottoscrizione (art. 89 c.p.a.)<sup>397</sup>. Viceversa, ammettere che il giudice possa tener conto di circostanze ritenute decisive senza che su queste abbia potuto svolgersi il contraddittorio tra le parti appare, oltre che irragionevole, in contrasto con i canoni costituzionali del giusto processo.

Lo stesso trattamento è espressamente riservato dal Codice alle questioni rilevabili

<sup>393</sup> Si ricorda che alla rinuncia al ricorso può procedersi anche formalmente in udienza (cfr. art. 84 c.p.a.); in tal caso, peraltro, la verbalizzazione della rinuncia può essere effettuata solo se fatta da difensore munito di mandato speciale e sempre che siano presenti i difensori delle altre parti costituite. Sulla efficacia della rinuncia cfr. *infra*, Parte 5, Capitolo 4, Sez. II.

<sup>394</sup> Anche dopo l'entrata in vigore del Codice resta ferma la possibilità per il ricorrente di proporre motivi aggiunti per censurare il provvedimento impugnato quando sia venuto a conoscenza di ulteriori vizi grazie al deposito di nuovi atti in giudizio ovvero all'emergere *aliunde* di fatti nuovi. In tema cfr. C. CACCIAVILLANI, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge Tar, come modificato dalla legge n. 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 181 ss., nonché *supra*, Parte 5, Capitolo 2, Sez. I.

<sup>395</sup> S. PATTI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, 8. Cfr. altresì, da ultimo, A. CRISMANI, *Le udienze nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2012, il quale, riguardo al verificarsi, peraltro, di siffatte evenienze in udienza di discussione, osserva che "in caso di adozione di provvedimenti amministrativi connessi all'oggetto del ricorso" la sussistenza di un diritto della parte al congruo rinvio dell'udienza per la proposizione di nuovi motivi di gravame si giustifica "anche perché una domanda o una azione nuova (ad esempio la domanda risarcitoria) introdotta oralmente in udienza e non notificata alla controparte nella forma dei motivi aggiunti o eventualmente in via autonoma sarebbe inammissibile" (T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 11 febbraio 2011, n. 203).

<sup>396</sup> F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza*, cit., 4465.

<sup>397</sup> La giurisprudenza ritiene, peraltro, che la pronuncia divenga immutabile solamente con la pubblicazione (v. *infra*).

d'ufficio di cui il collegio giudicante si avveda solo in camera di consiglio, al momento della decisione: l'art. 73 prevede, infatti, al comma 3, che "Se ritiene di porre a fondamento una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto nel verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie".

In tutti i casi indicati la "**giusta**" **riapertura del contraddittorio** consente di impedire il formarsi della tanto criticata c.d. "terza opinione" del giudice (detta anche "terza via"), che si verifica allorché esso basi il proprio convincimento su questioni insorte soltanto in camera di consiglio e sottratte al contraddittorio preventivo delle parti, o su prove sulle quali le parti non abbiano comunque potuto prendere posizione<sup>398</sup>.

Se nella fase decisoria, e in particolare nell'intervallo di tempo corrente tra l'udienza di discussione e la deliberazione, si verifica un fatto che impedisca al collegio che ha già assistito alla discussione di formarsi in modo regolare (morte, decadenza dall'incarico, sopraggiunta incompatibilità o altro grave impedimento di un membro del collegio)<sup>399</sup>, la causa viene "rimessa a ruolo" ed assegnata ad altro collegio, totalmente o parzialmente diverso, dinanzi al quale si riapre il contraddittorio e si rinnova la discussione<sup>400</sup>.

La soluzione appena indicata si ricava dall'art. 76, comma 2, del Codice e dall'art. 276 c.p.c., ai sensi dei quali alla deliberazione della decisione in camera di consiglio possono prender parte soltanto i giudici componenti il collegio, che hanno assistito alla discussione (in udienza pubblica o camerale, secondo il rito), il che vuol dire che la composizione del collegio giudicante non può contemplare, sotto pena di nullità della sentenza, un magistrato che non era presente all'udienza di discussione del ricorso. È questo il c.d. **principio di immodificabilità del giudice**<sup>401</sup>.

Se la causa si sia svolta in più udienze distanti l'una dall'altra, e la composizione del collegio non sia rimasta invariata nelle diverse udienze, la richiesta coincidenza va pertanto riferita all'ultima udienza: possono cioè partecipare alla fase decisoria soltanto i magistrati che abbiano preso parte all'ultima udienza di discussione.

Corollario del principio di immodificabilità del giudice è rappresentato dalla regola secondo cui deve sussistere coincidenza, sempre a pena di nullità, tra i giudici che hanno preso parte alla deliberazione in camera di consiglio e quelli che la sentenza indica come componenti del collegio giudicante.

Il principio di immodificabilità del giudice va esaminato anche da altro profilo.

<sup>398</sup> Sul problema cfr. G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2010.

<sup>399</sup> La sentenza deliberata con la partecipazione di un giudice che aveva già dichiarato di astenersi, o che è decaduto dalle sue funzioni o che, genericamente, non fa più parte dell'organo giudicante, è affetta da nullità: cfr. *supra*, Parte 4, Capitolo 3, Sez. II.

<sup>400</sup> Se tali inconvenienti si verificano, invece, dopo la deliberazione e prima della sottoscrizione della sentenza non è necessaria la c.d. rilettura. L'art. 88 del Codice prevede infatti che "Se il presidente non può sottoscrivere per morte o altro impedimento, la sentenza è sottoscritta dal componente più anziano del collegio, purché sia menzionato l'impedimento; se l'estensore non può sottoscrivere la sentenza per morte o altro impedimento, è sufficiente la sottoscrizione del solo presidente, purché prima della sottoscrizione sia menzionato l'impedimento".

<sup>401</sup> Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 1966, n. 852; Cass., 25 novembre 1994, n. 10015.

L'art. 76 del Codice, infatti, non si limita a regolare il profilo formale della composizione del collegio giudicante, ma, nella sostanza, mira anche a garantire che la formazione del giudizio e la decisione della causa siano opera di tutti i magistrati componenti il collegio giudicante, e soltanto di questi: si prevede, infatti, che “La decisione è assunta in camera di consiglio con il voto dei soli componenti il collegio” (art. 76, comma 2, c.p.a.).

Secondo una prassi consolidata e diffusa presso i tribunali amministrativi, tuttavia, in camera di consiglio siedono tutti i magistrati della sezione, i quali assistono al dibattito relativo anche a ricorsi assegnati a collegi giudicanti dei quali essi non fanno parte. Ciò avviene perché, per comodità di lavoro, tutti i magistrati partecipanti all'udienza pubblica, dopo la discussione di tutti i ricorsi dell'udienza<sup>402</sup>, si riuniscono nella stessa camera di consiglio, e ognuno di essi, con altri due, concorre a formare volta per volta il collegio dei tre per decidere ciascuno dei ricorsi. Tale prassi, ritenuta “utile” dai giudici amministrativi, “quanto meno per la maggiore conoscenza dei precedenti della sezione”<sup>403</sup> è fondata su una interpretazione delle norme processuali secondo la quale agli altri magistrati della sezione, estranei al collegio, pur essendo consentito di “presenziare materialmente” alla decisione dei magistrati componenti il collegio di volta in volta investito della questione, è vietato prendere la parola: essi debbono limitarsi cioè ad ascoltare, senza “influenzare” i giudicanti.

Tale impostazione, affermata dapprima nella prassi, appare ora recepita e positivizzata dal Codice che, all'art. 76, comma 1, prevede espressamente che “Possono essere presenti in camera di consiglio i magistrati designati per l'udienza”.

### 3. *La deliberazione*

“Quando il giudice è un collegio si presenta il problema della combinazione delle singole attività dei suoi membri per formare la decisione”; si tratta di conciliare, “affinché si consegua il beneficio maggiore della collaborazione nel giudizio, l'uno col molteplice: infatti la decisione, la quale non può che essere una, deve risultare da più giudizi fusi insieme”<sup>404</sup>.

A tale conciliazione si provvede mediante i due istituti del **dibattito camerale** e della **deliberazione**.

La disciplina processuale (art. 76 c.p.a.; art. 276 c.p.c.) parla genericamente di deliberazione della decisione. La distinzione tra dibattito camerale e deliberazione, tuttavia, è senza dubbio conforme alla logica e alla pratica dei tribunali amministrativi, in cui la votazione è sempre preceduta “da un dibattito tra i componenti del collegio, perché è proprio sul confronto tra le diverse opinioni che deve scaturire l'espressione del voto, e devono essere indicati all'estensore della motivazione gli argomenti di

---

<sup>402</sup> La giurisprudenza si è pronunciata sul punto, riconoscendo la validità della sentenza pronunciata all'esito di una discussione in udienza in cui siano stati presenti magistrati ulteriori rispetto a quelli che andranno a comporre il Collegio giudicante (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. n. 555/1959).

<sup>403</sup> F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza*, cit., 4464.

<sup>404</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., III, 384.

questa”<sup>405</sup>. Anzi, la prassi mostra che dei due momenti indicati, quello materialmente ineliminabile è proprio quello del dibattito camerale, dato che la votazione finale (c.d. “raccolta dei voti”: cfr., art. 76, comma 3, c.p.a.; art. 276, comma 3, c.p.c.)<sup>406</sup> può anche essere formalmente omessa laddove il dibattito porti ad evidenza una chiara concordia da parte di tutti i componenti del collegio attorno alla soluzione da adottare.

L’ordine del dibattito è fissato dal presidente, nell’esercizio dei suoi poteri di direzione, e avviene sulla base delle osservazioni e dei chiarimenti che il relatore aggiunge all’esposizione già fatta in udienza. Ciascun componente del collegio giudicante manifesta in seno al collegio, ossia comunica ai propri colleghi, il proprio punto di vista sulle varie questioni oggetto del giudizio. Il dibattito camerale consiste proprio in questa comunicazione reciproca e contestuale, “così che ciascuno formi definitivamente il proprio con la conoscenza del giudizio altrui e siano possibili quelle reciproche influenze, che realizzano appunto il beneficio della collegialità”<sup>407</sup>.

Concluso il dibattito, ciascuno dei giudici manifesta in maniera definitiva il suo parere (voto): in ciò consiste la **votazione**, o deliberazione in senso stretto. Anche il dibattito camerale, a ben vedere, consiste in una manifestazione di pareri; ma la votazione si distingue dal dibattito perché il voto è un parere definitivamente affermato (e non un parere semplicemente “proposto”)<sup>408</sup>.

Le **modalità delle operazioni di voto** sono disciplinate dall’art. 76 del Codice e dall’art. 276, commi 2 e 4, c.p.c.: la manifestazione del voto va fatta al presidente, il quale procede alla “raccolta dei voti”; il primo a votare è il relatore, poi il secondo componente del collegio, infine il presidente; la decisione è presa a maggioranza assoluta dei votanti. Nei giudizi davanti al Consiglio di Stato “il primo a votare è il relatore, poi il meno anziano in ordine di ruolo, e così continuando sino al presidente” (art. 76, comma 3, c.p.a.).

Oggetto (o materia) del giudizio sono le “questioni”, ossia i dubbi attorno ai vari punti di fatto o di diritto oggetto della controversia. La questione non ha limiti minimi: se necessario possono essere isolati dal presidente, per farne una questione, anche punti di fatto o di diritto molto limitati, quali la interpretazione di una puntuale disposizione di legge o la attendibilità di una risultanza probatoria. Un limite massimo sussiste invece per le “questioni complesse”, che riguardano non soltanto un singolo punto di fatto ovvero di diritto (questioni semplici), ma si estendono anche alla applicazione di una norma giuridica. Il limite massimo consiste in questo: la questione può essere proposta sull’applicazione di una norma giuridica, non sulla esistenza di un effetto giuridico che possa derivare dalla applicazione di diverse norme o principi. Per chiarire: la questione può senz’altro essere posta, ad esempio, sulla illegittimità del provvedimento per incompetenza, ma non genericamente sulla illegittimità del provvedimento amministrativo, quando il dubbio verta, oltre che sulla competenza dell’autorità emanante, anche sul difetto di presupposti e sulla ragionevolezza della motivazione. In questo caso dovrà votarsi su tre questioni distinte, e procedere alla raccolta dei voti in modo che la decisione collegiale costituisca realmente l’espressione di pareri

---

<sup>405</sup> V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, 3ª ed., Torino, 2003, 807.

<sup>406</sup> F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza*, cit., 4464.

<sup>407</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni*, III, 384 e 385.

<sup>408</sup> *Ibidem*, 385.

convergenti dei votanti. Se si votasse, infatti, genericamente sulla illegittimità del provvedimento, potrebbe uscirne a dir poco una decisione ambigua, quando ciascuno dei giudici avesse votato la illegittimità per una ragione diversa dagli altri.

Se nel corso del dibattito camerale vengono prospettate in ordine a una determinata questione più soluzioni, è possibile che alla prima votazione non si formi una maggioranza assoluta attorno ad una soluzione data. In tal caso si applica l'art. 276 c.p.c. (richiamato espressamente dall'art. 76, comma 4, c.p.a.), ai sensi del quale il presidente mette ai voti due delle soluzioni per escluderne una, quindi mette ai voti la non esclusa e quella eventualmente restante, e così via, fino a che le soluzioni non siano ridotte a due, sulle quali avviene la votazione definitiva. È questo il sistema della c.d. **formazione artificiale della maggioranza per esclusione progressiva delle soluzioni di minoranza (e senza la prevalenza del voto del presidente del Collegio)**.

Una volta che la decisione sia stata deliberata in camera di consiglio, con le modalità indicate, e che il presidente abbia provveduto alla **stesura e alla sottoscrizione del dispositivo (che non è oggetto di pubblicazione salvo casi particolari), quale ad esempio quello in materia di appalti in cui l'art. 120 c.p.a.**, il relatore è incaricato della **stesura della motivazione**, a meno che il presidente non creda di stenderla egli stesso o affidarla ad altro giudice (art. 76, comma 4, c.p.a.; art. 276, comma 4, c.p.c.); il che avviene nei casi in cui il relatore si sia espresso contro la decisione e sia rimasto in minoranza in camera di consiglio. Si tratta di un principio ricavabile dall'art. 118 disp. att. c.p.c., (richiamato puntualmente dall'art. 76, comma 4, c.p.a.) che consente al relatore rimasto in minoranza di essere esonerato dalla stesura della decisione, del che si dà atto formalmente in sentenza con l'indicazione, a fianco della sottoscrizione, della formula "estensore", che risulta quindi riferita ad un componente diverso da quello che nella premessa della sentenza stessa risulta relatore.

L'art. 89, comma 1, del Codice prevede che alla redazione della decisione debba procedersi "non oltre il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione della causa": si tratta, peraltro, di un termine di natura puramente ordinatoria che rileva, però, nella configurazione della responsabilità disciplinare del magistrato<sup>409-410</sup>.

La funzione specifica e logica della motivazione, di esternazione delle ragioni di fatto e di diritto poste a base della decisione, comporta la necessità che la sua stesura rifletta l'*iter* logico di formazione della decisione.

Completata la stesura della decisione, questa è sottoscritta dal presidente e dall'estensore. Che la **sottoscrizione** sia richiesta soltanto da parte di questi componenti del collegio giudicante è stabilito dall'art. 88, comma 2, lett. h), del Codice.

L'art. 89 del Codice prevede inoltre, al comma 2, che "la sentenza (...) non può più essere modificata dopo la sua sottoscrizione". Dal che si ricava che la decisione redatta dall'estensore, prima di essere sottoscritta dal presidente, è in realtà ancora un "progetto di decisione"<sup>411</sup>, suscettibile delle correzioni ed integrazioni che si rendessero

<sup>409</sup> Cass., SS.UU., 7 gennaio 2014, n. 69.

<sup>410</sup> I vari "passaggi" della sentenza (relatore/estensore-presidente-segreteria) sono attualmente tracciabili mediante il Nuovo Sistema Informativo Giustizia Amministrativa (N.S.I.G.A.).

<sup>411</sup> Così A. ANDREANI, voce *Motivazione (motivazione della sentenza di dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990, 5.

necessarie, soprattutto al fine di adeguare in modo esatto la motivazione a quanto effettivamente deliberato in camera di consiglio. La giurisprudenza ha precisato, anzi, che la decisione è modificabile fino al momento della pubblicazione della decisione, che ha luogo subito dopo la redazione e la sottoscrizione<sup>412</sup>.

In effetti è con la pubblicazione che si completa il processo formativo della decisione. È questo un momento formale estremamente importante, con il quale la decisione acquista esistenza giuridica. Il Codice ha confermato il sistema della **pubblicazione mediante deposito in segreteria** (cfr. art. 89, comma 2); il segretario dà atto del deposito in calce alla sentenza e vi appone la data e la firma (cfr. art. 89, comma 3).

La decisione è poi oggetto di **comunicazione** alle parti entro cinque giorni a cura del segretario, il quale vi provvede mediante il c.d. “biglietto di segreteria”, che può essere consegnato direttamente, o spedito con raccomandata, o notificato mediante ufficiale giudiziario. Le parti saranno così edotte della avvenuta pubblicazione della sentenza. Il termine indicato non è perentorio in senso tecnico: alla sua inosservanza non si collega infatti la consumazione di alcun potere e la comunicazione è inidonea a far decorrere il termine breve per l’impugnazione della sentenza. Si ricorda infatti che a tal fine occorre la **notificazione**, e che, in difetto di questa, il c.d. termine lungo di impugnazione di sei mesi (cfr. art. 92, comma 3, c.p.a.) decorre dalla data della pubblicazione, indipendentemente dalla data e dall’esistenza stessa della comunicazione<sup>413</sup>.

#### 4. *Profili sostanziali: la formulazione del giudizio*

Nel processo amministrativo il *thema decidendum* è fissato dalle domande proposte dal ricorrente: il giudice ha il dovere di pronunciarsi su tutte (e solo su) queste, in forza del cosiddetto “principio della domanda” di cui all’art. 112 c.p.c., da cui discendono i divieti, di “ultrapetizione” (ossia, di attribuire un’utilità sovrabbondante, rispetto a quanto richiesto) e di “extrapetizione” (vale a dire, di emettere una pronuncia diversa da quella richiesta); inoltre il giudice non può pronunciare d’ufficio su eccezioni che possono essere proposte solo dalle parti (c.d. **eccezioni in senso stretto**), sebbene nel processo amministrativo tale eventualità sia remota<sup>414</sup>.

---

<sup>412</sup> Se dopo la sottoscrizione da parte del Presidente e dell’Estensore vi è l’entrata in vigore di una norma applicabile al caso di specie che “costringe” il Collegio ad un mutamento della decisione, si ritiene ammissibile, in via eccezionale, un nuovo esame in camera di consiglio da parte del medesimo Collegio con emanazione di altra sentenza (in cui si indicherà anche la data di tale ultima udienza come prescritto dall’art. 88, comma 2, lett. g), c.p.a.).

<sup>413</sup> Sugli elementi essenziali della decisione e per l’analisi delle diverse tipologie di decisioni del giudice amministrativo e la loro classificazione (in definitive e non definitive, di rito e di merito, di accoglimento e di rigetto, ecc.) si rinvia alla Parte 4, Capitolo 3, Sez. II. Per i profili patologici e sui rimedi impugnatori cfr. *infra*, Parte 5, Capitolo 3. Per lo studio dei contenuti e degli effetti (costitutivo, ripristinatorio, conformativo, ecc.) della sentenza amministrativa si rinvia alla Parte 6, Capitolo 1.

<sup>414</sup> Si noti che, da ultimo, perfino la tardività del ricorso può essere rilevata anche d’ufficio dal giudice, *ex* art. 35 c.p.a.

Tuttavia, fermo il principio della domanda, il T.A.R., prima di poter comprendere se nel cosiddetto “merito” la pretesa fatta valere sia fondata o no, potrebbe trovarsi a dover risolvere delle questioni che, già sotto un profilo logico, si pongono inevitabilmente come prioritarie: ad esempio, potrebbe radicalmente ritenersi non dotato del potere di decidere la questione (c.d. difetto di giurisdizione); in tal caso, anche ove ritenga che la domanda sia fondata, non potrà accoglierla.

È proprio per tali occasioni, in cui la materia del contendere sia più ampia ed articolata rispetto alla sola *res in iudicium deducta*, che l'art. 76, comma 4 c.p.a. richiama l'art. 276, comma 2, c.p.c., in base al quale “Il Collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa”.

Le “questioni pregiudiziali” si trovano tutte in identica posizione di anteriorità logica rispetto al giudizio nel merito, che possono condizionare fino ad escludere.

Ciò posto, né il codice di procedura civile né il codice del processo amministrativo, tuttavia, indicano in quale ordine debbano essere esaminate, a loro volta, **le varie questioni pregiudiziali** che possono porsi all'attenzione del giudice amministrativo.

A tal proposito, la dottrina processualciviltistica dominante<sup>415</sup> suole distinguere, nell'ambito della generica categoria delle “questioni pregiudiziali”, le questioni preliminari di rito e le questioni pregiudiziali di merito.

Le questioni preliminari di rito debbono essere analizzate prima delle questioni pregiudiziali di merito, ed al loro interno possono essere ulteriormente isolate le c.d. “questioni processuali”, che hanno precedenza assoluta perché, essendo relative ai presupposti di esplicazione della funzione giurisdizionale, condizionano la possibilità stessa di scendere all'esame delle questioni di merito.

Tale criterio è applicato dalla dottrina anche per quanto riguarda il processo amministrativo<sup>416</sup>, nel quale l'esame delle questioni processuali si ritiene debba iniziare da quelle che sono più distanti dal merito:

1. verificando, innanzitutto, la procedibilità e la ricevibilità del ricorso: questioni che hanno precedenza logica su tutte le altre, finanche sull'essenziale questione di non integrità del contraddittorio, stante il disposto dell'art. 49, comma 2, unico caso in cui il Codice prescinde espressamente dall'ordine di esame rito-merito<sup>417</sup>;

2. e, a seguire, **le questioni di giurisdizione, competenza e le condizioni dell'azione**: in altri termini, il T.A.R., stabilito che il ricorso è ricevibile, dovrà verificare di essere il

<sup>415</sup> Cfr. per tutti C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, Torino, 2019, 60.

<sup>416</sup> A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 45-46, 119 e ss.

<sup>417</sup> *Da tale previsione si desume, da un lato, in positivo, un ordine di esame delle questioni di rito, a cui è da ascrivere quella di integrità del contraddittorio (...); dall'altro che la questione dell'integrità del contraddittorio segue l'esame delle altre questioni di rito o di merito, passandosi alla verifica dell'integrità del contraddittorio, e alla sua integrazione ove possibile, solo se il ricorso non è ritenuto irricevibile, inammissibile o infondato*. All'art. 49, comma 2 del Codice sembra potersi riconoscere “anche una rilevanza sistematica, ove si consideri che è l'unico caso in cui nel c.p.a. si consente di prescindere dall'esame rito-merito. Sembrerebbe desumersene a contrario, e altresì alla luce di altri dati sistematici, che le altre questioni di rito debbano essere esaminate prima di quelle di merito, anche se il ricorso sia, nel merito, infondato”: così R. DE NICTOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *Federalismi.it*, n. 18/2010, 8.

giudice dotato del potere di decidere sulla domanda, nonché che il ricorrente sia il soggetto legittimato ed interessato a proporla. Si noti, peraltro, che: in base agli artt. 9 e 15 c.p.a., il difetto di giurisdizione e quello di competenza sono rilevabili **in primo grado**<sup>418</sup> anche d'ufficio da parte del giudice (non sono, per riprendere quanto detto in apertura, eccezioni riservate alle parti); inoltre, che nell'impianto del nuovo Codice la questione del difetto di competenza deve essere esaminata immediatamente dopo (l'eventuale) questione sulla giurisdizione, perché la competenza del T.A.R. è oggi inderogabile (artt. 13 e 14) ed il giudice incompetente non può esaminare nessuna questione, nemmeno quelle cautelari (art. 16 c.p.a.)<sup>419</sup>;

3. infine, verranno in rilievo le questioni relative alle cause di estinzione del processo: queste, appunto, sono correlate al contenuto della domanda, e per questo sono "più vicine" all'esame del merito.

La dottrina ritiene che l'indicato **ordine logico** dovrebbe essere seguito dal giudice in sede di elaborazione della decisione in camera di consiglio, nonché in sede di stesura della motivazione della sentenza, nella quale "l'ordine della decisione deve essere puntualmente seguito"<sup>420</sup> e fedelmente riprodotto. È opportuno precisare che tali questioni potrebbero essere decise anche implicitamente dal giudice, perché potrebbero non essere contestate dalle parti né dubitate dal giudicante: ad esempio, il giudice che espressamente afferma la propria competenza, perché parte resistente ne pone la questione, implicitamente afferma la propria giurisdizione, che è questione logica e giuridica prioritaria. Questo è di fondamentale importanza in un sistema processuale caratterizzato dal doppio grado di giurisdizione: in sede di proposizione dell'appello le questioni decise implicitamente dal giudice dovranno essere espressamente contestate, altrimenti su di esse scenderà il c.d. "**giudicato implicito**"<sup>421</sup>.

La giurisprudenza, peraltro, pur nella adesione formale a tale indirizzo, ha tenuto tradizionalmente in una considerazione molto relativa le indicazioni provenienti dalla dottrina: per un verso facendo leva sul fatto la gran parte delle questioni processuali è rilevabile d'ufficio<sup>422</sup>, per altro verso facendo applicazione (in luogo di un criterio di ordine logico) del criterio della "economia dei giudizi", è giunta spesso a dare precedenza alle questioni di più spedita soluzione.

A questo proposito, la questione che ha sollevato il più vivace dibattito in giurisprudenza<sup>423</sup> è quella relativa all'ordine di esame del **ricorso principale e del ricorso**

<sup>418</sup> Mentre nei giudizi di impugnazione debbono essere dedotti con specifico motivo avverso il capo della pronuncia che, anche in modo implicito, decida su di essi.

<sup>419</sup> Cfr. R. DE NICTOLIS, *L'ordine dei motivi* cit., 12.

<sup>420</sup> A. ANDREANI, *Motivazione*, cit., 3.

<sup>421</sup> Sul punto cfr., *infra*, Parte 6, Capitolo 1.

<sup>422</sup> Si ricordi, tuttavia, quanto già detto al precedente par. 2 a proposito dell'art. 73, comma 3 c.p.a., secondo il quale il giudice deve indicare in udienza le questioni rilevabili d'ufficio, dandone atto nel verbale, a differenza del giudice civile, il quale deve assegnare alle parti un termine per note, a pena di nullità, *ex art.* 102, comma 2, c.p.c.

<sup>423</sup> Animato dal "dialogo" fra la Corte di giustizia dell'Unione europea e il Consiglio di Stato, con le sentenze, in ordine cronologico: Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 11/2008; 4/2011; CGUE C-100/12 ("Fastweb"); Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9/2014; CGUE 5 aprile 2016 ("Puligienica"); Cons. Stato, Ad. Plen.,

**incidentale**, che si pone frequentemente nel settore delle gare pubbliche.

In buona sostanza, in ossequio ai criteri di ordine logico e di economia di giudizi sopra evidenziati, la giurisprudenza dominante ha sempre ritenuto che il ricorso incidentale “**escludente**” o “**paralizzante**” (che mirasse, cioè, ad evidenziare la carenza delle condizioni dell’azione da parte del ricorrente principale) dovesse essere esaminato preliminarmente rispetto al ricorso principale, che facesse valere l’illegittimità, nel merito, dell’aggiudicazione della gara; con l’esito di rigettare la domanda principale in punto di rito, per motivi di economia processuale. Così facendo, il rischio era che si stabilizzassero, di fatto, gare che erano state aggiudicate illegittimamente.

La questione, tuttavia, sembra aver trovato ragionevole soluzione nella recente decisione della **Corte di giustizia dell’Unione europea del 5 settembre 2019**, che, almeno per il settore degli appalti pubblici <sup>424</sup> ha chiarito che per esigenze di equità delle parti entrambi i ricorsi devono essere sempre analizzati, anche se reciprocamente “**escludenti**” <sup>425</sup>.

Altre volte accade, al contrario, che il giudice amministrativo espressamente precinda dall’esame delle eccezioni preliminari sollevate dal resistente per giungere a un rigetto nel merito del ricorso (e dunque invertendo l’ordine logico di esame delle questioni). Si tratta, peraltro, di soluzioni che scontano il peso di orientamenti giurisprudenziali risalenti molto spesso a prima dell’introduzione del doppio grado di giurisdizione.

Esaurite le questioni processuali, che mirano ad “**escludere**” il giudizio del giudice adito, il giudice si concentrerà sulle “**questioni pregiudiziali**” <sup>426</sup>, che sono quelle, invece, dalla cui soluzione dipende l’esito di un’altra questione: mirano, in altri termini, a “**condizionare**” la pronuncia sul merito.

Anche nel processo amministrativo trova applicazione il principio generale del diritto processuale in base al quale il giudice della questione principale giudica incidentalmente su tutte le questioni pregiudiziali: questo significa che il giudice ha il potere di decidere quei punti controversi, la cui risoluzione sia necessaria per definire la controversia principale, anche se tali questioni esulano dalla sua giurisdizione, sebbene su di esse non si formi il giudicato, e quindi potranno nuovamente essere messe in discussione dinnanzi al giudice dotato di giurisdizione. In altri termini, la decisione del giudice amministrativo ha efficacia limitata al giudizio in corso.

In questo caso, come detto, si parla di “**questione pregiudiziale**”, da non confondere con la c.d. “**causa pregiudiziale**”: attiene anch’essa a un punto pregiudiziale contestato, che però deve essere deciso in via principale in un autonomo giudizio di cui costituisce oggetto esclusivo.

---

n. 6/2018; CGUE n. 333 del 5 settembre 2019 che ci si appresta ad analizzare. In dottrina A. CACCIARI, *Morte dell’incidentale paralizzante*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G. TROPEA, *Il ricorso incidentale escludente: illusioni ottiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, f. 4, 1083; A. DE ZOTTI, *Evoluzione, requiem ed epitaffio del ricorso incidentale escludente dopo la sentenza della Corte di Giustizia 5 settembre 2019*, n. C-133/18, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020. In tema cfr., da ultima, R. MURA, *La ripetizione della gara tra interesse sostanziale e bene della vita*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2020.

<sup>424</sup> Di competenza dell’Unione europea.

<sup>425</sup> In tema cfr. ampiamente R. MURA, *La ripetizione della gara*, cit.

<sup>426</sup> Sulla differenza tra la pregiudizialità logica e tecnica Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2484.

Per il processo amministrativo, la norma di riferimento è l'art. 8: il comma 1 prevede il giudice amministrativo, nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva (e pertanto, ci si riferisce alla giurisdizione generale di legittimità), conosce di tutte le questioni pregiudiziali ed incidentali relative a diritti soggettivi, escludendo però che le determinazioni su di esse abbiano carattere di giudicato; il comma 2 individua i casi in cui la decisione resti comunque riservata al giudice ordinario: l'incidente di falso, lo stato e la capacità delle persone (salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio) sono "cause pregiudiziali".

La regola generale, quindi, fissata dalla norma in esame, è quella secondo cui la pregiudiziale civile resta "questione pregiudiziale"; nei casi espressamente previsti la "causa pregiudiziale" deve essere decisa dal proprio giudice naturale con efficacia di giudicato.

Costituiscono, inoltre, sempre "cause pregiudiziali", secondo le regole generali, l'incidente di costituzionalità e le questioni relative all'interpretazione dei trattati comunitari.

## 5. *Graduazione, accorpamento e assorbimento dei motivi di ricorso*

Esaurito l'esame delle questioni pregiudiziali (prima le preliminari di rito e poi le pregiudiziali di merito), il Giudice amministrativo è pronto per affrontare l'esame del merito della domanda.

Non è superfluo precisare che il principio della domanda ed il principio della corrispondenza del chiesto e pronunciato sono enunciati nel c.p.c. (artt. 99 e 112), ma non sono riprodotti espressamente e specificamente nel codice del processo amministrativo. In ogni caso, trattandosi di principi generali, essi sono ritenuti ricompresi nella clausola di rinvio esterno divisata dall'art. 39, comma 2, c.p.a.

Di qui la ricorrente affermazione che il processo amministrativo è certamente un processo di parti, governato dal principio della domanda. Il T.A.R., in altri termini, è tenuto a pronunciarsi sulla fondatezza di quanto chiesto dal ricorrente, e non su altro.

Questa precisazione non appaia superflua. Basti considerare alcune tendenze "oggettivizzanti" emergenti dalla giurisprudenza più recente, che, sebbene costantemente sconfessate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>427</sup>, si fanno via via più cospicue.

Di recente, ad esempio, il Consiglio di Stato<sup>428</sup> è dovuto intervenire per negare che il giudice amministrativo possa non annullare una graduatoria di concorso illegittima, come richiesto dal ricorrente, e disporre, in suo luogo, il risarcimento del danno, per ragioni di opportunità derivanti dal fatto che la pronuncia di annullamento sopraggiunga a distanza di molti anni dall'approvazione della graduatoria e della nomina dei vincitori, quando cioè costoro abbiano consolidato le proprie scelte di vita e l'annullamento comporti un impatto gravoso sulla vita loro e delle loro famiglie: ribadendo se

---

<sup>427</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 6/2018, e più di recente Ad. Plen., n. 10/2020.

<sup>428</sup> Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4.

sussiste un interesse attuale del ricorrente alla tutela demolitoria, questa non può esser negata.

Il tema del processo amministrativo come “processo di parti” viene in rilievo anche sotto un altro aspetto: così come per le questioni pregiudiziali, anche per le questioni di merito si è posto il problema della sussistenza di un loro ordine d’esame<sup>429</sup>.

Restando sul piano dei principi generali del processo dispositivo il problema non dovrebbe porsi: come si è detto, infatti, il giudice ha il dovere di pronunciarsi su *tutte* le domande proposte dal ricorrente, così che il problema del loro ordine dovrebbe essere privo di effetti consistenti sul piano dell’effettività della tutela offerta dal giudice.

Tuttavia, come spesso accade, sul piano concreto le cose stanno diversamente.

Secondo un orientamento tradizionale e risalente della giurisprudenza spetterebbe sempre e comunque al giudice l’individuazione dell’ordine di esame dei motivi tenendo anche conto delle “ragioni” dell’interesse pubblico (ritenuto “preminente”, secondo tale risalente impostazione). Tale impostazione veniva inoltre combinata insieme alla tecnica del c.d. “**assorbimento dei motivi**”<sup>430</sup>: il giudice, cioè, “sceglieva” un motivo fondato di ricorso, e sulla base solo di questo, che accoglieva, annullava il provvedimento, omettendo di esaminare le altre censure, dichiarate assorbite.

La tecnica è criticabile soprattutto nella sua versione più radicale, un tempo diffusa, che si verificava allorché il giudice annullava il provvedimento per vizi di mera forma, lasciando così impregiudicate (assorbite) le questioni di ordine sostanziale.

La critica maggiore che può essere ad essa rivolta è di illogicità rispetto alla sua stessa *ratio*: l’assorbimento dei motivi si fonda su esigenze di economia dei mezzi processuali, che risulta lesa se ci si colloca non nell’ottica del singolo processo, ma della definizione complessiva del rapporto sostanziale fra amministrazione e cittadino. In sostanza, la pretesa del ricorrente può essere solo apparentemente soddisfatta da una pronuncia di annullamento per alcuni vizi, con assorbimento di altri, perché, riducendosi l’effetto conformativo della sentenza, la p.a. potrebbe reiterare l’atto riproducendo i vizi dedotti dal ricorrente ma dichiarati assorbiti; con l’effetto di moltiplicare i giudizi, più che di “ridurli”.

Il dibattito, che ha visto a lungo contrapposte le opinioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto, è stato composto dalla sentenza del **Consiglio di Stato in sede di Adunanza Plenaria n. 5/2015**.

Stando all’insegnamento del massimo Consesso della giustizia amministrativa, si deve distinguere a seconda che il ricorrente abbia graduato o meno i motivi di ricorso.

Se i motivi sono stati graduati *espressamente* dal ricorrente, il Giudice è vincolato a tale ordine in ossequio al principio dispositivo: l’ordine è dato dalla parte in funzione del proprio interesse, serve a segnalare che l’accoglimento di alcuni ha importanza prioritaria, e si chiede l’esame di quelli subordinati solo per l’ipotesi in cui i primi non siano accolti.

---

<sup>429</sup> In tema cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell’ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 803 ss.

<sup>430</sup> In tema cfr. S.S. SCOCA, *Effetto devolutivo dell’appello e motivi assorbiti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 456 ss.

In altri termini, la graduazione dei motivi è un limite al dovere del giudice di pronunciare su tutti essi, a prescindere dall'ordine logico o dalla loro pregnanza. Il principio deve essere rispettato anche quando il risultato non sia in linea con la piena tutela dell'interesse pubblico: il processo amministrativo, infatti, è “un processo di parti”, non è una giurisdizione a tutela del “diritto oggettivo”, cioè della legittimità dell'azione amministrativa, bensì dei diritti e degli interessi legittimi fatti valere *ex art. 24 Costituzione*.

L'unica eccezione è rappresentata dal **vizio di incompetenza**: se non fosse esaminato per primo, anche se non dedotto per primo, verrebbe violato il divieto del Giudice di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.), nonché il principio del contraddittorio con la p.a. competente.

**In mancanza di un'espressa graduazione da parte del ricorrente**, invece:

a) si riepande l'obbligo del giudice di pronunciare su tutti i motivi e domande;

b) ma, essendo il giudice a stabilire le censure da cui iniziare (in vista della tutela dell'interesse legittimo e dell'interesse pubblico) secondo l'ordine dettato dalla maggiore pregnanza del vizio di legittimità e dallo sviluppo logico e diacronico del procedimento<sup>431</sup>, è possibile che **in alcuni limitati casi** l'esame del giudice si arresti prima di aver esaurito l'intero compendio delle censure proposte<sup>432</sup>, e precisamente quando:

b.1) vi sono evidenti ed ineludibili ragioni di ordine logico-pregiudiziale;

b.2) vi sono ragioni di economia processuale che non ledano l'effettività della tutela (e dell'interesse legittimo, e della funzione pubblica);

b.3) è espressamente autorizzato dal Codice (**c.d. assorbimento legale**), nei casi di cui agli:

– art. 34, comma 2, c.p.a. (ossia il vizio di incompetenza, già detto);

– artt. 60 e 74 c.p.a., in forza dei quali il Giudice può motivare, adottando una sentenza in forma semplificata, con riferimento al punto ritenuto risolutivo;

– art. 49, comma 2, c.p.a., nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, infondatezza, che consente di assorbire la questione di mancata integrità del contraddittorio.

È importante non confondere l'assorbimento dei motivi di ricorso con “**l'accorpamento dei motivi di ricorso**”, inteso quale tecnica cui il giudice ricorre nell'esame dei motivi di ricorso, ai fini di un loro esame congiunto. Si tratta di un'operazione eminentemente logica, che non desta particolari problemi: il giudice seleziona razionalmente

<sup>431</sup> Ed è proprio su questo punto della motivazione che la dottrina esprime maggiori perplessità. Si vedano: S. BACCARINI, *Processo amministrativo e ordine di esame delle questioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 770 ss.; L. PERFETTI-G. TROPEA, “Heart of darkness”: *l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame delle questioni ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 218 ss.; M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2016, 1101 ss.; M. RAMAJOLI, *L'atto introduttivo del giudizio amministrativo tra forma e contenuto*, 2019, f. 4, 1065; M. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2020, 803 ss.

<sup>432</sup> Par. 9.2 “Il principio dispositivo non può cancellare il dato di fatto che l'interesse pubblico di cui è portatrice una delle parti in causa rimane il convitato di pietra che impronta più o meno consapevolmente svariate disposizioni”.

più censure proposte dalla parte in quanto tra loro simili o logicamente collegate. Qualora il ricorrente abbia sollevato, ad esempio più profili del vizio di eccesso di potere, il giudice amministrativo tende a raggruppare l'esame di figure sintomatiche tra loro omogenee: ad esempio, i vari vizi della motivazione; il travisamento dei fatti con il difetto di istruttoria; il difetto di istruttoria e il vizio della motivazione<sup>433</sup>.

Il tema dell'assorbimento dei motivi di ricorso assume particolare rilievo in due situazioni, in cui deve coordinarsi con le novità del codice del processo amministrativo.

*In primis*, rispetto all'azione risarcitoria, oggi accordata dall'art. 30 c.p.a.: infatti, poiché il giudice amministrativo può accordare tutela piena all'interesse legittimo anche sotto il profilo del risarcimento (in forma specifica o per equivalente), non può ritenere assorbiti dei motivi (e quindi non pronunciarsi espressamente su di essi) il cui accoglimento potrebbe aprire la via (anche in un giudizio successivo) all'accoglimento della domanda risarcitoria.

Con particolare riferimento alla domanda risarcitoria, il Consiglio di Stato si è di recente pronunciato in tema di specificità dei motivi di ricorso e portata dell'onere di allegazione, affermando che la parte ricorrente ha l'onere di allegare e provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, e fra questi anche l'evento dannoso (inteso come pregiudizio a interessi meritevoli di tutela di cui l'attore è titolare), oltre alla condotta illecita della p.a., all'elemento soggettivo e al nesso causale tra condotta ed evento dannoso. Ciò in quanto nell'azione di responsabilità per danni dinanzi al giudice amministrativo il principio dispositivo dell'articolo 2697, comma 1, c.c. opera con pienezza, senza il temperamento del metodo acquisitivo caratteristico dell'azione giurisdizionale di annullamento<sup>434</sup>.

Ancora, la prassi precedente al Codice ammetteva l'assorbimento delle questioni di rito nei casi in cui il ricorso fosse ritenuto infondato nel merito. Oggi, tuttavia, tale prassi non può più essere ritenuta corretta in caso di questione di giurisdizione, atteso che con la *translatio iudicii* tra diversi ordini giurisdizionali la causa può trasmigrare ad altro ordine giurisdizionale, cui è riservata la definizione del merito. Pertanto, mentre "prima dell'introduzione della *translatio iudicii* tra diversi ordini giurisdizionali, la declaratoria di difetto di giurisdizione chiudeva la causa definitivamente, sicché poteva essere indifferente chiudere la causa sul rito o sul merito, con la *translatio iudicii* viene meno tale rapporto di indifferenza. Il giudice che non ha giurisdizione non può prescindere dalla questione di giurisdizione per definire il giudizio nel merito, perché così operando priva la parte di *chance* di vittoria che sussiste mediante la *translatio* davanti al diverso ordine giurisdizionale. Sicché la questione di giurisdizione va sempre esaminata prima di quello di merito"<sup>435</sup>.

Si deve poi specificare che i principi espressi dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria da ultimo analizzata sono stati espressamente circoscritti al giudizio di primo grado, poiché il processo di appello sarebbe governato da regole e principi propri, come quello del *tantum devolutum, tantum appellatum*.

<sup>433</sup> Così F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza*, cit., 4471.

<sup>434</sup> Così Cons. Stato, sez. III, 21 maggio 2025, n.4339.

<sup>435</sup> Così R. DE NICTOLIS, *L'ordine dei motivi*, cit., 7.

Tuttavia, la giurisprudenza successiva<sup>436</sup> si è orientata nel senso di estendere quanto affermato dal Consiglio di Stato anche al giudizio di appello, in quanto il principio devolutivo è corollario del principio dispositivo.

Nonostante tali novità, rimane attuale il tema della **riproposizione in appello** dei motivi “assorbiti” in primo grado: come si è visto, infatti, vi sono dei casi in cui la tecnica dell’assorbimento è ancora legittimamente utilizzabile dal giudice; peraltro, la questione, come si ricorderà, consente di collegarsi a quanto già detto al precedente par. 4 in tema di questioni affrontate *solo implicitamente* dal giudice.

Prima dell’entrata in vigore del codice del processo amministrativo si riteneva sufficiente la deduzione di tali motivi negli scritti difensivi, senza necessità di notifica alla controparte. L’art. 101, comma 2 c.p.a., ha introdotto l’opposto principio della rinuncia implicita delle domande ed eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate. Sull’appellante grava pertanto l’onere di riproporle in maniera specifica nell’atto di appello<sup>437</sup>, mentre per le altre parti nella memoria di costituzione in giudizio. La *ratio* di tale innovazione va rinvenuta nella necessità di delimitare in maniera inequivoca l’oggetto del giudizio di appello sin dalla fase iniziale.

## 6. Valutazione delle prove e libero convincimento

Il giudice amministrativo, come ogni altro giudice, deve “conoscere” per poter giudicare.

L’accertamento della esistenza (o inesistenza) dei fatti allegati dalle parti a fondamento delle pretese fatte valere in giudizio costituisce un presupposto essenziale per la formulazione del giudizio e l’emanazione della sentenza.

Nella fase decisoria, pertanto, il giudice amministrativo procede innanzitutto alla **valutazione del materiale probatorio** acquisito al giudizio (ad iniziativa delle parti ovvero anche officiosa del giudice).

Anche nel processo amministrativo trova applicazione il principio della libera valutazione delle prove, definito anche **principio del libero convincimento del giudice**.

Tale principio attiene appunto al momento della valutazione del materiale probatorio e la sua vigenza comporta l’assenza di regole legali inerenti all’efficacia della prova.

Nel processo amministrativo il principio vale ad escludere (come testualmente disposto dall’art. 64, comma 5, c.p.a.) le prove legali: confessione e giuramento.

La portata del principio non è tuttavia limitata a questo aspetto, richiedendo altresì, e soprattutto, che la valutazione dell’efficacia delle prove sia una valutazione razionale, compiuta in base a criteri obiettivi e verificabili (quali le massime di esperienza e le

---

<sup>436</sup> Cons. Stato, Sez. III, n. 5495/2018, con nota di A. COIANTE, *L’applicabilità al giudizio di appello dei principi dell’Adunanza Plenaria n. 5 del 27 aprile 2015: brevi note a margine di una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Foro Amm.* (II), 2018, f. 11, 1905; Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2018, n. 5336.

<sup>437</sup> Il mero rinvio nell’atto di appello delle censure assorbite (anche se con esplicito richiamo agli atti di appello) non è considerato sufficiente adempimento dell’obbligo di specificità dei motivi, in tal senso di recente Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 2014, n. 2062.

regole della logica): la valutazione delle prove non implica infatti assoluta libertà di apprezzamento del giudice né possibilità di arbitrio del giudice né che il giudice sia posto in una sfera riservata, sottratta ad ogni possibilità di controllo. L'art. 64, comma 4, del Codice (in linea con quanto dispone anche l'art. 116, comma 1, c.p.c.) dispone, infatti, che il giudice “deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento”. Il c.d. principio del libero convincimento, pertanto, si precisa nella regola della **valutazione prudente delle prove** da parte del giudice, che, se da un lato implica libertà (da soluzioni predeterminate da regole legali) nella determinazione dell'efficacia delle prove, dall'altro non identifica affatto un potere non sottoponibile a verifiche logiche né un potere di trascurare prove potenzialmente idonee all'accertamento dei fatti.

Il prudente apprezzamento ricomprende, tra le altre cose, i fatti notori e le massime di esperienza, nonché le regole della logica (le quali presiedono in generale alla valutazione di tutti i fatti ed in particolare al giudizio di inferenza del fatto ignoto da quello noto, c.d. presunzioni semplici) e della parità di trattamento<sup>438</sup>.

Una recente dottrina<sup>439</sup> ha opportunamente rilevato che il c.d. principio del “libero convincimento” del giudice, usualmente riferito al momento della valutazione della prova, a ben vedere riguarda il momento immediatamente successivo alla valutazione della prova. Il giudice, infatti, prima valuta le prove (secondo il suo apprezzamento non “libero”, ma “prudente”, ossia legato al rispetto di regole di razionalità ed esperienza), poi forma il suo convincimento, sulla base della valutazione operata. Più correttamente deve parlarsi, allora, di **“prudente” valutazione delle prove** (guidata da regole della logica) e di **convincimento del giudice** (questo sì “libero”, in quanto spetta al giudice dichiararsi convinto della esistenza o inesistenza dei fatti così come provati (art. 64 c.p.a.) o viceversa di applicare la regola di giudizio prevista per l'ipotesi di fatto (rimasto) incerto<sup>440</sup>.

L'importanza di questi due momenti e del nesso che li lega evidenziano altresì la necessità che il giudice esamini singolarmente tutte le prove acquisite, procedendo alla valutazione e motivazione analitica quanto meno dei mezzi effettivamente assunti a fondamento della decisione finale e senza fermarsi ad un richiamo generico al complesso delle risultanze probatorie. Si rende evidente l'esigenza, cioè, di (una valutazione analitica delle prove, che sia esternata attraverso) una **adeguata motivazione in fatto sulle prove**<sup>441</sup>.

<sup>438</sup> Così E. PICOZZA, *Codice del processo amministrativo. Commento articolo per articolo*, Torino, 2010, 118.

<sup>439</sup> S. PATTI, *Libero convincimento del giudice e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 481 ss. Dello stesso autore cfr. anche la voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991.

<sup>440</sup> Sul punto si rinvia ai paragrafi che seguono. Sul rapporto tra conoscenza (accertamento del fatto) e (formazione del) giudizio v., ampiamente, G. DE GIORGI CEZZI, *Giudizio prova, verità. Appunti sul regime delle prove nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 906.

<sup>441</sup> Cfr., ampiamente, G.F. RICCI, *Principi*, cit., 370-372, il quale sottolinea come il principio del libero convincimento del giudice sia stato troppo spesso inteso in modo talmente estensivo da condurre all'idea che l'attività conoscitiva del giudice fosse riconducibile ad un fenomeno di pura convinzione interiore, non sottoponibile a controllo razionale, idea che è servita “molto spesso ad eludere l'obbligo della motivazione in fatto e a sottrarre la valutazione del materiale probatorio ad ogni

Il c.d. principio del libero convincimento, peraltro, è stato spesso oggetto di interpretazioni estremamente estensive, che ne hanno ampliato in modo eccessivo l'ambito applicativo: si è venuto a confondere, ad esempio, con la valutazione delle prove il diverso profilo dei poteri acquisitivi del giudice; oppure si è venuto delineando un potere del giudice di utilizzare come fonte di prova qualsiasi dato fornito di forza persuasiva, comunque raccolto<sup>442</sup>.

Riguardo al problema dell'ammissibilità della prova raccolta in un diverso giudizio, ad esempio, la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata in numerose sentenze nel senso della possibilità di utilizzare tale prova "atipica" proprio attraverso il richiamo al principio del libero convincimento del giudice. Si tratta di un richiamo non pertinente: "una cosa è il giudizio sull'utilizzabilità di un elemento come mezzo di prova, altra la valutazione della sua forza probatoria"<sup>443</sup>. Al riguardo è opportuno richiamare (oltre che l'art. 116 c.p.c.) l'art. 11, comma 6, del Codice, che, in relazione alle conseguenze di una decisione che abbia dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice adito, prevede che, in caso di riproposizione della domanda davanti al giudice amministrativo munito di giurisdizione "le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova"<sup>444</sup>.

## 7. La regola del giudizio

Nel caso in cui l'istruttoria non abbia raggiunto il suo scopo funzionale, e dunque i fatti allegati dalle parti siano rimasti incerti, si pone il problema di individuare una regola che consenta al giudice di emettere comunque una pronuncia sul merito, una regola cioè che gli consenta di accogliere o rigettare la domanda del ricorrente pur in mancanza della piena prova dei fatti. È questa la c.d. **regola di giudizio**, una regola che attiene appunto al modo di elaborazione del giudizio nel caso in cui i fatti allegati dalle parti siano rimasti incerti<sup>445</sup>.

---

possibile controllo di legalità che potesse permettere di sindacare se il ragionamento formativo della decisione si fosse svolto in modo conforme o meno a regole razionali". L'autore ritiene, tuttavia, che oggi gran parte di questi pericoli sembra scongiurata dall'art. 546, lett. e), c.p.p., previsione da cui è ricavabile un principio generale del diritto processuale, applicabile quindi non solo al processo penale, ma anche civile ed amministrativo: "la motivazione della sentenza non deve contenere solo l'esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la pronuncia si fonda, ma anche l'indicazione delle 'prove' poste a base della decisione e soprattutto l'enunciazione delle ragioni per cui si sono ritenute non attendibili le prove contrarie".

<sup>442</sup> Sul principio di non contestazione nel processo amministrativo ed il suo rapporto con il principio dispositivo, cfr., di recente, F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2013, 1012.

<sup>443</sup> Così R. VILLATA, *Considerazioni introduttive al principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 214, il quale, riguardo al primo dei due aspetti, sottolinea comunque l'importanza del rispetto "della regola del contraddittorio, nel senso che il giudice deve preventivamente indicare alle parti, ai fini della discussione in contraddittorio, l'eventuale decisione di attribuire valore probatorio al documento che costituisce la prova atipica".

<sup>444</sup> Sulle questioni di giurisdizione cfr. *infra*, Parte 5, Capitolo 3, Sez. III.

<sup>445</sup> Sulla regola di giudizio dell'onere della prova cfr. G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, rist.,

L'esigenza di una regola siffatta si impone perché il giudice, in ragione della sua posizione istituzionale e del contenuto della sua funzione, ha il dovere di decidere. Il giudice non può pronunciare un *non liquet*, giustificato sulla permanenza del dubbio sulla situazione di fatto.

Ebbene, anche nel processo amministrativo trova applicazione la regola di giudizio dell'onere della prova, contemplata negli artt. 63 e 64 del Codice e nell'art. 2697 c.c.<sup>446</sup>.

Si ricordi, secondo quanto già si è avuto modo di esporre<sup>447</sup>, che tali previsioni pongono non una, ma due regole: una regola istruttoria (che attiene all'allegazione e alla prova dei fatti) e una regola di giudizio. Esse, in sostanza, pur non enunciando espressamente la seconda regola, nel ripartire l'onere dello svolgimento dell'attività probatoria tra le parti, implicitamente distribuiscono tra le stesse parti il rischio della mancata prova dei fatti, e dunque fissano la regola di giudizio.

Nel processo civile, essendo la prova dei fatti allegati normalmente nella piena disponibilità delle parti, il nesso tra regola istruttoria e regola di giudizio è ben espresso nella massima "provare o soccombere". Il giudice non potrà mai trattare come esistente un fatto "non pienamente provato", ossia sulla cui esistenza sia rimasto incerto. Da ciò consegue che, nell'ipotesi di incertezza circa l'esistenza della situazione di fatto allegata, è destinata a soccombere la parte che non sia stata in grado di soddisfare l'onere di prova gravante su di essa.

Anche il processo amministrativo risponde all'archetipo del processo di parti. È processo dispositivo, con alcuni temperamenti che riguardano il metodo istruttorio, che ha carattere acquisitivo<sup>448</sup>.

L'applicazione della regola di giudizio dell'onere della prova nel processo amministrativo è operata tenendo conto del metodo acquisitivo, che si fonda sulla circostanza che le prove sono spesso nella disponibilità della sola parte pubblica. Nel processo amministrativo, come si è già ampiamente illustrato, il giudice ha il potere di acquisire le prove, ponendole a carico della parte che ne abbia la disponibilità (in genere l'amministrazione). Si pone dunque il problema di stabilire se l'eventuale intervento officioso del giudice sul piano probatorio, nell'esercizio dei suoi peculiari poteri, propri del metodo acquisitivo, possa riflettersi anche sulla regola di giudizio.

Secondo la dottrina dominante l'onere della prova come regola di giudizio potrebbe nel processo amministrativo avere in alcune ipotesi una incidenza diversa rispetto a quella normale del processo civile.

Ciò nel senso che il carico della dimostrazione dei fatti allegati dalle parti può essere fatto gravare dal giudice sulla parte "più vicina alla prova", che può essere talvolta la parte contraria a quella che ha adempiuto all'onere di allegazione.

Pertanto la regola in tali casi condurrebbe a ciò: che la parte (di solito il ricorrente) che abbia allegato il fatto, ma che sia stata dal giudice esonerata dal compito di

---

Padova, 1966 (la prima edizione è del 1942); G. VERDE, voce *Prova (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 579 ss. (in partic. 625 ss.).

<sup>446</sup> F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.

<sup>447</sup> Cfr. *supra*, Parte 5, Capitolo 2, Sez. III.

<sup>448</sup> In tema cfr., da ultimo, F. SAITTA, *L'onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, 93.

provarlo, non potrà essere automaticamente investita della responsabilità della incertezza obiettiva attorno alla esistenza del fatto allegato soltanto perché la controparte non abbia ottemperato all'ordine istruttorio del giudice (es.: inottemperanza dell'amministrazione all'ordine di esibizione di documenti). In tali casi si ritiene che l'intervento del giudice sul piano istruttorio si rifletta anche sulla distribuzione tra le parti del rischio della mancata prova.

La dottrina precisa, inoltre, che l'intervento del giudice non determinerebbe una semplice inversione dell'onere della prova (dello stesso fatto), ma la creazione di un onere diverso in capo all'amministrazione, avente come contenuto la rappresentazione di un fatto inverso a quello allegato dal ricorrente<sup>449</sup>.

## 8. *Valutazione del comportamento processuale delle parti*

È utile soffermarsi sul problema della ingiustificata inottemperanza dell'amministrazione all'ordinanza istruttorie di esibizione di documenti ritenuti necessari o rilevanti ai fini della decisione della causa. In particolare: sulla questione della corretta individuazione degli effetti da attribuire sul piano probatorio a siffatta inottemperanza<sup>450</sup>.

Si tratta di una questione di primario rilievo nel processo amministrativo, nel quale la prova documentale ha un rilievo preminente, e dunque l'esibizione di documenti costituisce uno strumento processuale di largo impiego ai fini dell'acquisizione delle prove.

L'analisi di tale problema consente di mettere a punto alcune delle nozioni tratte nei paragrafi precedenti: sul piano applicativo, infatti, si trovano strettamente intrecciati, anche se logicamente distinti, libera formazione del convincimento del giudice, problema del valore da attribuire al comportamento processuale delle parti, problema della regola di giudizio sul fatto incerto nel processo amministrativo.

La giurisprudenza non è univoca: a fronte dell'inottemperanza all'ordine di esibizione di documenti, infatti, a volte afferma che si deve ritenere provata l'affermazione del ricorrente, a volte desume dal comportamento processuale dell'amministrazione un "argomento di prova", ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. (il riferimento è da farsi ora all'art. 64 c.p.a.); altre volte ha reagito diversamente, disponendo la reiterazione del provvedimento istruttorio ovvero nominando commissari *ad acta* al fine dell'acquisizione coattiva dei documenti ritenuti imprescindibili ai fini del giudizio.

---

<sup>449</sup> Cfr. ampiamente R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 195 ss.; ID., *Considerazioni introduttive al principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 201 ss., anche per una approfondita disamina critica delle tesi del Benvenuti.

<sup>450</sup> Sulla questione cfr. ampiamente A. DEGLI ESPOSTI, *Mancata ottemperanza da parte della Pubblica Amministrazione dell'ordine giudiziale di esibire documenti ed effetti in tema di istruzione probatoria*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 24 ss.

Il primo indirizzo non va seguito: sembra infatti individuare nell'inottemperanza addirittura una prova legale (di creazione giurisprudenziale), ovvero una confessione o un'ammissione da parte dell'amministrazione. Talvolta si è richiamata, in modo non pertinente, anche la regola di giudizio: ma una cosa è la prova dei fatti allegati dal ricorrente; altra è la regola che il giudice deve seguire nel caso in cui i fatti non siano pienamente provati.

Da preferire è senz'altro il secondo l'orientamento, il quale in modo corretto sottolinea che l'inottemperanza di per sé non ha mai valore di prova, ma rappresenta un elemento di valutazione ulteriore e sussidiario che deve concorrere con altri fatti probatori.

Il dato normativo di riferimento è l'art. 64, comma 4, del Codice: "il giudice può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo".

Gli *argomenti di prova* sono elementi da soli non sufficienti a formare il convincimento del giudice: sono infatti elementi di giudizio complementari, semplici mezzi di valutazione delle altre prove.

Il comportamento processuale dell'amministrazione (ad esempio, anche il rifiuto della ispezione, ipotesi attualmente verificabile anche nel processo amministrativo, dato che anche il giudice amministrativo può disporre tale mezzo di prova) può quindi essere utilizzato dal giudice come mezzo per la valutazione della prova, non liberamente come fonte di prova. Da esso il giudice può trarre conseguenze utili a corroborare e a rendere eventualmente concludente in via definitiva quanto già emergente dai dati probatori forniti dal ricorrente<sup>451</sup>.

L'inottemperanza all'ordine giudiziale di esibizione di documenti, ad esempio, contegno di per sé non direttamente rilevante ai fini della decisione, può assumere nel concreto un significato tale da influire sulla ricostruzione del fatto da parte del giudice<sup>452</sup>.

In definitiva: non esiste una norma che imponga al giudice di dover senz'altro considerare provati i fatti dedotti dal ricorrente, ove l'amministrazione che ne sia richiesta non esibisce i documenti. Tale inottemperanza è comportamento processuale da valutarsi da parte del giudice, senza che esso costituisca una circostanza che debba necessariamente condurre all'accoglimento del ricorso.

L'applicazione della regola del giudizio sul fatto incerto<sup>453</sup>, inoltre, non costituisce l'effetto normale e immediato della mancata ottemperanza dell'amministrazione all'or-

---

<sup>451</sup> Cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. VII, 10 dicembre 2024, n. 9962.

<sup>452</sup> La regola relativa alla valutazione del comportamento complessivo delle parti era già applicata dal giudice amministrativo: si veda, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2009, n. 3524, secondo cui, ai sensi dell'art. 116 c.p.c. (applicabile prima dell'entrata in vigore del Codice: oggi il richiamo va riferito all'art. 64 c.p.a.), deve darsi per provata l'affermazione del ricorrente, ove l'amministrazione intimata, ancorché ripetutamente compulsata con ordinanze istruttorie, abbia omesso di depositare in giudizio i documenti richiesti dal collegio giudicante, perché ritenuti determinanti per la definizione della controversia. Si veda ancora T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7 giugno 2010, n. 15969; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 23 aprile 2010, n. 2100.

<sup>453</sup> In tema cfr. da ultimo A. PANZAROLI, *Riflessioni in tema di onere della prova dei processi amministrativo e civile*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2/2025, 295.

dinanza istruttoria. La regola di giudizio va applicata, infatti, in quei pochi e marginali casi in cui l'inottemperanza dell'amministrazione viene ad innestarsi su un quadro probatorio talmente scarso da rendere inutile ed improduttiva la sua valutazione quale argomento di prova<sup>454</sup>. In tali casi, mancando altre prove da corroborare e valutare, infatti, l'argomento di prova non può operare sulla determinazione del convincimento del giudice.

---

<sup>454</sup> T.A.R. Lecce, Sez. II, 4 giugno 2024, n. 736 ha statuito che in presenza di un'istruttoria disposta e non adempiuta dall'Amministrazione, il giudice amministrativo, in applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 64, comma 4, c.p.a., può dare per provati i fatti affermati dalla parte, quando tale conclusione non contrasta con altre risultanze di causa.

