

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO
Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche
Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale
Curriculum in Diritto amministrativo – XXVI Ciclo

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA
L'ATIPICITA' DEI VIZI DI LEGITTIMITA'

Settore IUS/10

Dottoranda: GUENDALINA QUAGLIA

Tutor: Chiar.mo Professore ERMINIO FERRARI

Coordinatore del dottorato: Chiar.mo Professore ERMINIO FERRARI

2012/2013

“L'ATIPICITÀ DEI VIZI DI LEGITTIMITÀ”

INDICE

1. LA COSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE DEI VIZI DI LEGITTIMITÀ

- 1.1. La tradizionale articolazione dei vizi di legittimità.
- 1.2. L'incompetenza: il superamento dell'autonomia di tale vizio di annullabilità e la sua portata invalidante.
- 1.3. La scomposizione dell'eccesso di potere nelle figure sintomatiche e il loro superamento.
- 1.4. Il mutevole ambito applicativo della violazione di legge: la codificazione dei principi generali dell'azione amministrativa e l'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990.

2. L'IMPATTO DELLA COSTITUZIONE SUI VIZI DI LEGITTIMITÀ

- 2.1. Costituzione e Pubblica Amministrazione: la mancanza di norme dedicate ai vizi di legittimità degli atti amministrativi.
- 2.2. Il secondo comma dell'art. 113 Cost. come fondamento dell'atipicità dei vizi di legittimità.
- 2.3. L'art. 113 della Costituzione e l'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990.
- 2.4. Atipicità dei vizi di legittimità e sindacato di legittimità necessariamente unitario.
- 2.5. Il giudice amministrativo come giudice che tutela situazioni giuridiche soggettive: una possibile spiegazione alla mancanza di una definizione dell'illegittimità degli atti amministrativi.

3. VIZI DI LEGITTIMITÀ E MOTIVI DI RICORSO GIURISDIZIONALE

- 3.1. Impostazione delle questioni e prospettive.
- 3.2. Vizi di legittimità e formulazione dei motivi di ricorso.
- 3.3. Motivi di ricorso e principio della domanda nel giudizio amministrativo di legittimità.
 - 3.3.1. *La necessaria corrispondenza del sindacato ai soli motivi indicati in ricorso come corollario del principio della domanda.*
 - 3.3.2. *La non necessaria corrispondenza del sindacato all'ordine espositivo dei motivi indicato in ricorso.*

3.3.3. Il vincolo del giudice ad esaminare tutti i motivi indicati in ricorso e le problematiche connesse alla prassi dell'assorbimento.

4. IL LIMITE DERIVANTE DAI MOTIVI DI RICORSO NEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ

4.1. Premessa.

4.2. Il sindacato di legittimità come accertamento dei fatti e individuazione della normativa applicabile al caso di specie.

4.3. L'accertamento dei fatti: il superamento del limite costituito dall'atto impugnato e l'evanescenza del limite derivante dai motivi di ricorso.

4.3.1. In particolare, il superamento del limite costituito dall'atto impugnato.

4.3.2. L'evanescenza del limite derivante dai motivi di ricorso e la rilevanza della regola dell'onere probatorio.

4.4. L'individuazione della normativa applicabile: i motivi di ricorso come limite al potere *iura novit curia*.

4.5. L'irrelevanza dei vizi nell'accertamento della legittimità come conclusione di carattere generale.

5. VIZI DI LEGITTIMITÀ, SINDACATO GIURISDIZIONALE AMMINISTRATIVO E LEGITTIMITÀ: CONCLUSIONI

5.1. L'impatto della tipicità dei vizi sulla legittimità e sul sindacato di legittimità.

5.1.1. Sull'inadeguatezza della tipicità dei vizi a definire i confini della legittimità rispetto al merito amministrativo.

5.1.2. Sull'inadeguatezza della tipicità dei vizi a illustrare diverse tipologie di sindacato o diversi effetti discendenti dalla sentenza di annullamento.

5.1.3. Sull'inadeguatezza della tipicità dei vizi a concretizzare le censure proposte dal ricorrente e a conformare il riparto dell'onere probatorio e i poteri del giudice amministrativo.

5.2. Conclusioni: la tipicità dei vizi di legittimità come mero retaggio della tradizione storica del diritto amministrativo; la atipicità dei vizi come ulteriore conferma dell'attuale definizione dell'oggetto del giudizio amministrativo e come principio valido in ogni contesto, non solo quello giurisdizionale, in cui venga in rilievo una questione di legittimità di un provvedimento amministrativo.

1. LA COSTRUZIONE GIURISPRUDENZIALE DEI VIZI DI LEGITTIMITÀ

SOMMARIO: 1.1. La tradizionale articolazione dei vizi di legittimità. – 1.2. L'incompetenza: il superamento dell'autonomia di tale vizio di annullabilità e la sua portata invalidante. – 1.3. La scomposizione dell'eccesso di potere nelle figure sintomatiche e il loro superamento. – 1.4. Il mutevole ambito applicativo della violazione di legge: la codificazione dei principi generali dell'azione amministrativa e l'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990.

1.1. La tradizionale articolazione dei vizi di legittimità

La tradizionale articolazione dei vizi di legittimità comparve per la prima volta nel nostro ordinamento con la legge 31 marzo 1889, n. 5992, c.d. legge Crispi¹, con la quale venne istituita la quarta sezione del Consiglio di Stato, la prima a godere di competenze giurisdizionali.

Invero il Consiglio di Stato, dal momento della sua istituzione, avvenuta con il Regio Editto di Racconigi il 18 agosto 1831, fino all'entrata in vigore della legge Crispi del 1889, era suddiviso in tre sezioni e dotato di competenze esclusivamente consultive², attraverso le quali già conosceva della legittimità degli atti, ma in assenza di un'indicazione normativa di quali fossero i vizi di legittimità.

L'art. 3 della legge citata attribuiva all'istituenda quarta sezione la competenza giurisdizionale generale di legittimità³. Precipuamente, disponeva che essa era

¹ Ripercorrono analiticamente il dibattito parlamentare che precedette l'adozione della legge Crispi, A. DI GIOVANNI, *L'iter parlamentare della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, vol. II, *Giustizia amministrativa*, Milano, 264 ss.; A. BARUCCHI, *La creazione della IV sezione del Consiglio di Stato nel quadro politico-istituzionale del tempo*, in *Atti del Convegno Cento anni di giurisdizione amministrativa per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Napoli, 1996, 20 ss..

² F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza)*, in *Enc.dir.*, IX, Milano, 1961, 322 ss.; V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, 407 ss..

³ "Il legislatore del 1889 lasciò aperta la questione relativa alla natura giurisdizionale o meno della

“competente a decidere sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge”⁴.

Più precisamente, la quarta sezione del Consiglio di Stato era competente a conoscere i ricorsi con i quali veniva chiesto l'annullamento di un atto amministrativo che si asseriva essere illegittimo per una o più delle cause indicate all'art. 3 sopra riportato.

L'importanza di quella previsione può cogliersi ancora oggi in relazione a diversi e molteplici aspetti.

Anzitutto per il fatto che solo allora venne riconosciuta, per la prima volta nel nostro ordinamento, una tutela non più solo amministrativa, ma anche giurisdizionale, agli altri *affari* considerati dall'art. 3 dell'Allegato E della legge abolitrice del contenzioso amministrativo n. 2248/1865⁵.

In secondo luogo - e ciò è quello che più interessa per il percorso che verrà svolto in questa sede - perché l'articolazione dei vizi di legittimità per i quali poteva chiedersi l'annullamento degli atti amministrativi, coniata dalla legge Crispi, venne sempre pedissequamente ribadita nella normativa successiva e coincide con quella vigente.

A riprova di quanto appena rilevato, basti osservare che l'art. 22 del r.d. 17 agosto 1907, n. 638 (T.u. delle leggi sul Consiglio di Stato), nonché l'art. 2 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840 (Modificazioni all'ordinamento del Consiglio di Stato e della

sezione IV: il nome stesso della nuova istituzione, nel corso dei lavori parlamentari, mutò da sezione del contenzioso amministrativo a sezione giurisdizionale e quest'ultima denominazione in quella di sezione per la giustizia amministrativa”, E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889, n. 5992 nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, vol. II, cit., 441 ss.. La natura giurisdizionale delle competenze attribuite alla nuova IV sezione venne poi affermata dalla Corte di Cassazione (cfr. Cass. 21.5.1893 e 8.1.1895, in *Giust. Amm.* 1893 e 1895) e, in seguito, consacrata nella prima legge di modifica alla legge n. 5992/1889, ossia nella legge 7 marzo 1907, n. 62.

⁴ In verità, al Consiglio di Stato venne attribuita, accanto alla competenza giurisdizionale generale di legittimità, anche una competenza giurisdizionale estesa al merito, seppur limitatamente a talune ipotesi tassative. Alle ipotesi indicate nella legge del 1889 se ne aggiunsero poi ulteriori, con la legge sull'ordinamento della giunta provinciale amministrativa, n. 6837/1890 (art. 21), nonché con la legge già citata n. 62/1907 (art. 23).

⁵ In precedenza, infatti, le uniche posizioni giuridiche soggettive ritenute meritevoli di tutela giurisdizionale (da parte dell'unico giudice esistente allora, ossia il giudice ordinario) erano i diritti soggettivi, civili e politici. L'art. 2 dell'Allegato E della legge abolitrice del contenzioso amministrativo n. 2248/1865 riconosceva infatti al giudice ordinario la competenza a conoscere delle controversie in cui si facesse questione di un “*diritto civile o politico*”; le questioni inerenti a tutti gli “*affari non compresi nell'art. 2*” erano invece riservate, dall'art. 3 della medesima legge, alle autorità amministrative.

giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale) in termini corrispondenti a quelli di cui all'art. 3 della legge Crispi, prevedevano che *“Spetta al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge”*.

La medesima formulazione si ritrovava anche nell'art. 26 del successivo r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato).

Parimenti, secondo l'oramai abrogato art. 2, comma 1 lett. b), della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali) *“Il tribunale amministrativo regionale decide sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge”*.

Per quanto riguarda la disciplina vigente, l'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 dispone che *“E' annullabile il provvedimento adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza”*.

Infine, l'art. 29 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del nuovo processo amministrativo), inserito nel capo II dedicato alle azioni di cognizione, dispone che *“L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni”* e tale previsione ha nuovamente confermato la natura prettamente processuale dell'ambito di trattazione dei vizi di legittimità.

Analizzando le normative richiamate è curioso osservare, anche in ragione e a supporto delle considerazioni che verranno svolte nei paragrafi seguenti del presente capitolo, che esse, pur indicando i medesimi vizi di legittimità degli atti amministrativi, li hanno nondimeno elencati secondo un diverso ordine di esposizione. Nella legge Crispi, così come nel r.d. 17 agosto 1907, n. 638 (T.u. delle leggi sul Consiglio di Stato), nel r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840 (Modificazioni all'ordinamento del Consiglio di Stato e della giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale), nonché nel r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato) e nella legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali) la violazione di legge era sempre menzionata dopo l'incompetenza e l'eccesso di potere.

Ciò si spiega agevolmente in considerazione del valore residuale che ha sempre contraddistinto il vizio della violazione di legge rispetto all'incompetenza e dell'eccesso di potere, fino a che non ha avuto inizio il processo di progressiva

giuridicizzazione⁶ dell'azione amministrativa, che ne ha espanso la portata applicativa. A riprova della sempre maggiore rilevanza del vizio di violazione di legge e del definitivo superamento della sua operatività residuale, la disciplina vigente sopra indicata (legge n. 241/1990 e d.lgs. n. 104/2010) ordina invece i vizi di legittimità in modo differente dalle discipline precedenti e menziona infatti come primo vizio la violazione di legge.

Una volta considerato che la tradizionale suddivisione dei vizi di legittimità è rimasta immutata, pur avendo ricevuto negli anni un diverso ordine espositivo nei testi legislativi, si è in questa sede ritenuto opportuno anzitutto procedere ad un'analisi di ciascuno di essi (cfr. par. 2, 3 e 4), tenendo conto principalmente di come sono stati negli anni "costruiti" e interpretati dalla giurisprudenza amministrativa.

Va subito precisato che il tema dei vizi di legittimità e, più in generale, il tema dell'illegittimità dei provvedimenti amministrativi è uno di quelli in cui si ritrovano numerosissimi e autorevoli contributi dottrinali (peraltro difficilmente riconducibili ad orientamenti definiti⁷) ai quali tuttavia ci si permette di rinviare perchè - per coerenza con il percorso che è stato scelto di seguire in questo capitolo, più incentrato sull'interpretazione giurisprudenziale dei vizi piuttosto che sulla loro elaborazione sostanziale - ad essi si accennerà solo a supporto di alcune considerazioni di carattere sistematico.

L'inquadramento di ogni singolo vizio, che non sarà operazione agevole come invece potrebbe apparire⁸, permetterà di individuare, nel primo capitolo, i principali

⁶ Per uno studio sui riflessi della progressiva giuridicizzazione del potere amministrativo, G. ROSSI, *I principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, spec. 17 ss..

⁷ Risulta estremamente attuale l'affermazione secondo cui "Non esiste alcuna ricostruzione compiuta del tema della validità (e invalidità) degli atti amministrativi, una sola costruzione, intorno alla quale si sia formato il generale consenso. In realtà non vi è neppure alcun indirizzo prevalente, una tendenza seguita dalla maggioranza della dottrina o dalla dottrina più autorevole", A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1998, 599.

⁸ Già l'autorevole dottrina più risalente rilevava che "La difficoltà inerisce alla definizione dei vizi stessi che non è precisa nella dottrina, e non può consistere nel porre un limite, al quale debba arrestarsi il sindacato di legittimità dell'autorità giudiziaria", A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1916, 415. Più recentemente, in termini sostanzialmente analoghi, F. MIGLIARESE, *Incompetenza (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, 1, secondo cui "Per comune riconoscimento, la norma dell'art. 26 t.u. Cons. St. che contiene la disciplina dei tre stati viziati non è sufficiente a definire la distinzione e quindi a precisare ciascuna categoria" e M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. amm.*, 2010, 926, il

mutamenti di significato dei tre vizi che la giurisprudenza ha operato e che portano a considerare problematica la loro tipicità.

L'analisi distintiva dei tre vizi di legittimità consentirà poi di esporre, nei capitoli successivi, alcune riflessioni utili a comprendere gli effetti concreti che l'entrata in vigore della Costituzione ha avuto sulla precisa suddivisione di essi (cap. 2), nonché a verificare quali siano, ad oggi, l'utilità pratica e gli effetti della loro precisa articolazione in *incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge* (cap. 3 e cap. 4). Qualora poi risultasse possibile individuare che la ragione concreta della tradizionale articolazione dei vizi è divenuta prettamente forense e sostenere la natura sostanzialmente atipica di essi, occorrerebbe verificare se vi sono e quali sono i risvolti, anche sostanziali, di una simile impostazione (cap. 5).

Riassunto brevemente il percorso che si intenderà seguire, può ora procedersi, nei paragrafi seguenti del presente capitolo, ad illustrare quale è stata l'applicazione che in concreto ogni singolo vizio di legittimità ha ricevuto dalla giurisprudenza.

A tal fine, si è scelto di seguire l'originario ordine di esposizione di essi (analizzando quindi, in primo luogo, l'incompetenza, poi l'eccesso di potere ed infine la violazione di legge), non perché si ritiene essere preferibile rispetto al diverso ordine in cui sono attualmente esposti dalla legge, bensì perché è l'ordine che ancora oggi viene seguito, per prassi, nella redazione dei motivi di ricorso, nonché, di conseguenza, nel ragionamento dei giudici amministrativi e pare quindi essere il più pertinente rispetto all'impostazione che si è scelta per affrontare il tema della (a)tipicità dei vizi di legittimità.

1.2. L'incompetenza: il superamento dell'autonomia di tale vizio di annullabilità e la sua portata invalidante

Partendo dunque ad analizzare il vizio di incompetenza, va preliminarmente precisato ciò che la giurisprudenza ha chiarito non rientrare in quest'ipotesi, nonostante talvolta sussistano profili apparentemente riconducibili ad essa.

Innanzitutto, non si configura alcuna ipotesi di incompetenza nel caso di c.d. incompetenza, ossia qualora un atto sia stato adottato da un'autorità che non sia

quale osserva che “la tripartizione dei vizi di legittimità non venne mai assunta come un dato legislativo a-problematico” e dà atto della “impossibilità di edificare su basi relativamente solide una distinzione tra i vizi o comunque di chiarire i rapporti tra di essi intercorrenti”.

amministrativa e che quindi non appartenga allo Stato o ad altra persona giuridica pubblica amministrativa. Questo può verificarsi laddove per esempio l'agente non abbia mai ricevuto l'investitura di pubbliche funzioni o la abbia ricevuta in forza di un atto nullo, annullato, o comunque divenuto inefficace⁹.

In tal caso, infatti, il vizio di incompetenza non può venire in rilievo perché neppure può parlarsi di atto amministrativo in senso proprio; si sarebbe quindi in presenza di un atto amministrativo inesistente. Nei casi in cui la giurisprudenza ha comunque riconosciuto la natura amministrativa dell'atto, aderendo ad un'interpretazione estensiva del termine, ha in ogni caso concluso per la nullità dello stesso, non a causa del vizio di incompetenza, bensì a causa della carenza di uno dei requisiti essenziali dell'atto, ossia per la mancata imputabilità dell'atto alla pubblica amministrazione¹⁰. Tale impostazione seguita dai giudici amministrativi trova ora positiva conferma all'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990, ai sensi del quale “*E' nullo il provvedimento amministrativo (...) che manca di uno degli elementi essenziali (...)*” e fra gli elementi essenziali certamente rientra il soggetto dotato di potestà pubbliche che legittimerebbe la natura pubblica dell'atto.

La giurisprudenza ha ulteriormente specificato che neppure rientra nel vizio di incompetenza inteso in senso tecnico il diverso caso della c.d. incompetenza assoluta, anche nota come difetto assoluto di attribuzione¹¹, straripamento di potere¹² o carenza

⁹ Si segnalano ad esempio Cons. St., sez. IV, 15.5.2008, n. 2246 e Cons. St. IV, 30.10.1979, n. 690, in *Foro amm.*, 1979, 1863 ss. secondo cui “*Di inesistenza si parla (solo) nel caso in cui il provvedimento amministrativo sia stato posto in essere con la carenza di un atto o di un fatto di tale rilievo da non potere configurare un atto rispondente alla nozione di provvedimento*”, in *Foro amm. CDS*, 2008, 1416 ss.. Già precedentemente, in dottrina, si veda P. GASPARRI, *Incompetenza (dir.amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, 69.

¹⁰ Cfr., ad esempio, TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11.8.2012, n. 536, in *Red.amm. TAR* 2012, 78 ss.; TAR Lazio, Roma, 18.6.2012, sez. II, n. 5587, in *Foro amm. TAR*, 2012, 6, 1971 ss.; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 2.12.2011, n. 2883, in *dejure.it*; Cons. St., sez. VI 26.11.1991, n. 885, in *Foro amm.*, 1991, 1760 ss..

¹¹ Per una distinzione tra *attribuzione*, riferibile ad un'attività complessiva, unificata dal pubblico interesse cui è preordinata, e *competenza*, relativa invece a funzioni di singoli organi, M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 296 ss..

¹² Lo straripamento di potere è stato inteso come sinonimo dell'incompetenza assoluta “dopo che l'eccesso di potere è stato disancorato dal significato originario di straripamento di potere, andando ad esprimere quel vizio tipico della discrezionalità amministrativa”, F. MIGLIARESE, *Incompetenza (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, cit., 2.

di potere¹³, che si ha allorché un organo adotti un atto del tutto estraneo alla competenza del *ramo di amministrazione*¹⁴ cui esso appartiene, al di fuori dei limiti assegnati al *complesso organizzativo*¹⁵ di cui è parte.

Per maggior precisione, occorre dare atto che il difetto di attribuzione, già anteriormente all'introduzione dell'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990, avvenuta ad opera della legge n. 15/2005 e, quindi, già prima che intervenisse il legislatore a qualificarlo come causa di nullità, veniva inteso dalla giurisprudenza assolutamente prevalente come vizio di nullità del provvedimento¹⁶.

Parte di questa giurisprudenza a cui si è appena fatto riferimento qualificava la incompetenza assoluta come causa di nullità del provvedimento per difetto di un elemento essenziale, includendo quindi, a contrario, la competenza tra i requisiti necessari dell'atto amministrativo¹⁷. Un diverso orientamento, invece, interpretava la carenza di potere come ipotesi di nullità ulteriore, autonoma e distinta da questa appena citata, escludendo dunque, sempre secondo un ragionamento a contrario, che la competenza costituisca uno degli elementi essenziali del provvedimento¹⁸.

¹³ F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978, 153 ss..

¹⁴ L'espressione è di O. RANELLETTI, A. AMORTH, *Atti amministrativi*, in *Nuovo dig.it.*, vol. I, Torino, 1937, 1491.

¹⁵ F. SATTA, *op. cit.*, 158.

¹⁶ Fra le pronunce anteriori al 2005 che sanciscono la comminatoria della nullità dell'atto adottato in carenza di potere, si vedano Cons. St., Ad.Plen., 26.3.2003, n. 4, in *Foro it.*, 2003, 433 ss.; Cons. St., sez. V, 10.1.2003, n. 35, in *Foro it.*, 2004, 413 ss.; Cons. St., sez. IV, 11.7.2001, n. 3898, in *Foro amm. CDS*, 2001, 412 ss.; TAR Calabria, Catanzaro, 7.7.1999, n. 907, in *dejure.it*; Cons. St., sez. V, 13.2.1998, n. 166, in *Foro amm.*, 1998, 420 ss.; Cons. St., sez. IV, 18.10.1994, n. 812, in *Foro amm.*, 1994, 1324 ss.; Cons. St., sez. IV, 29.1.1993, n. 118, in *Foro amm.*, 1993, 93 ss.; TAR Lazio, Latina, 23.10.1991, n. 817, in *Foro amm.*, 1991, 1749 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. I, 25.5.1990, n. 384, in *Foro amm.*, 1991, 1246 ss.; TAR Sicilia, Palermo, 26.10.1985, n. 1675, in *Foro amm.*, 1986, 127 ss.; Cons. St., sez. IV, 17.4.1985, n. 144, in *Foro amm.*, 1985, 412 ss.; fra le primissime pronunce in cui è stato approfondito il tema della nullità del provvedimento amministrativo, Cons. St., sez. IV, 14.12.1979, n. 1158 secondo cui "*La nullità assoluta ed insanabile di un provvedimento amministrativo si verifica qualora esso manchi di taluno degli elementi essenziali destinati ex lege a costituirlo, come avviene quando l'autorità emanante abbia agito in totale carenza di potere, invadendo la sfera di pertinenza di altra autorità o comunque incidendo in materia del tutto estranea alla branca di amministrazione di appartenenza*", in *Foro amm.*, 1979, 2114 ss..

¹⁷ Cons. St., n. 118/1993, cit.; Cons. St., n. 1158/1979, cit..

¹⁸ Ad. Plen. n. 4/2003, cit.; Cons. St., 35/2003, cit.; Cons. St., n. 3898/2001, cit.; TAR Calabria, Catanzaro, n. 907/1999, cit.; Cons. St., n. 812/1994, cit.; Cons. St., 166/1998, cit.; Tar Lazio, Latina, n.

Vi sono state però anche pronunce, seppur isolate, sempre anteriori al 2005, che hanno inteso la carenza di potere come causa di inesistenza dell'atto¹⁹.

In altre decisioni i concetti di nullità ed inesistenza sono invece stati utilizzati come sinonimi²⁰, considerando queste due diverse forme di invalidità dell'atto amministrativo come facenti parte di un fenomeno unitario.

Solo eccezionalmente e sempre al ricorrere di una medesima ipotesi - ossia di atto amministrativo adottato in ragione dell'attribuzione derivante da un decreto legge temporaneamente vigente e poi non convertito - il difetto di attribuzione è stato invece interpretato alla stregua di una causa di annullabilità²¹, con ciò escludendo di poter

817/1991, cit.; TAR Campania, Napoli, n. 384/1990, cit.; TAR Sicilia, Palermo, n. 1675/1985, cit..

¹⁹ "Il concetto di inesistenza dell'atto amministrativo va rigorosamente ristretto all'ipotesi di atto emanato in assoluta carenza di potere da parte dell'autorità", Cons. St., sez. V, 13.7.1992, n. 647, in *Foro amm.*, 1992, 1657 ss.; Cass.pen., 18.1.1985, in *Giust.pen.*, 1986, 223 ss.; Cons. St., sez. V, 8.6.1979, n. 296, in *dejure.it*; Cons. St., sez. IV, 30.10.1979, n. 690, in *Foro amm.*, 1979, 1863 ss..

²⁰ "Il provvedimento amministrativo può qualificarsi nullo o inesistente solo nelle ipotesi in cui (...) esso manchi totalmente di taluno degli elementi essenziali, quale la radicale carenza di potere dell'autorità emanante", TAR Sicilia, Catania, sez. I, 22.1.2002, n. 79, in *dejure.it*; Cons. St., VI, 14.7.1999, n. 948, in *Foro amm.*, 1999, 1151 ss.; "I provvedimenti amministrativi sono nulli o inesistenti solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge (...), oppure manchino totalmente di taluno degli elementi essenziali, ad esempio, nel caso di assoluta carenza di potere dell'Amministrazione", Cons. Giust. Amm. Sicilia, 28.9.1998, in *Foro amm.*, 1999, 419 ss. e, nei medesimi termini, Cons. Giust. Amm. Sicilia 22.7.1998, n. 444, in *Cons. St.*, 1998, 1223 ss.; "L'eccezionale ipotesi di nullità di un atto amministrativo è limitata ai casi di mancanza assoluta di un elemento essenziale dell'atto stesso, necessario ex lege a costituirlo, quale può essere la radicale carenza di potere da parte dell'autorità procedente ovvero il difetto della forma, della volontà, dell'oggetto o del destinatario. Non può invece parlarsi di inesistenza dell'atto amministrativo allorché si discuta unicamente di vizi del procedimento che lo ha preceduto, in ciò risolvendosi la mancata corrispondenza del procedimento concreto al relativo paradigma normativo, e, perciò, delle modalità di esercizio del potere che fa capo all'amministrazione e di cui questa si è avvalsa; in tali ipotesi il vizio non attiene alla esistenza dell'atto finale, che rimane integro nei suoi elementi essenziali e costitutivi, ma alla validità dello stesso e dei suoi presupposti e, quindi, alla legittimità del complessivo comportamento tenuto dall'autorità", così Cons. St., sez. V, 16.7.1984, n. 552, in *Giur.it*, 1985, 91 ss..

²¹ "Gli atti amministrativi adottati in base a disposizioni di decreto legge che non sia stato convertito in legge nel termine previsto dall'art. 77 comma ult., Cost., si configurano quali atti emanati in carenza di potere o atti illegittimi, a seconda che le disposizioni predette concernano l'attribuzione del potere ovvero gli elementi essenziali degli atti, comunque suscettibili di impugnazione, non mai atti affetti da nullità, essendo questi idonei a produrre taluni effetti giuridici, in assenza di espressa disposizione che ne sancisca la nullità", Cons. St., sez. VI, 13.2.1997, n. 272, in *Foro amm.*, 1997, 502 ss.; "Il provvedimento emanato in applicazione di un decreto legge decaduto non è nullo o comunque emanato

ravvisare una carenza di potere “sopravvenuta”, dovuta alla mancata conversione in legge di un decreto governativo.

Come già ricordato, con l’introduzione dell’art. 21 *septies* nella legge n. 241/1990 sono state codificate le cause tassative di nullità dei provvedimenti, tra le quali compare espressamente il “*difetto assoluto di attribuzione*” come ipotesi autonoma e distinta rispetto a quella della “*mancanza di un elemento essenziale*”.

L’incompetenza che si traduce in un vizio di legittimità è dunque, unicamente, la incompetenza c.d. relativa, che la giurisprudenza ritiene sussistere *tendenzialmente* qualora un atto amministrativo sia stato adottato da un organo amministrativo privo, in concreto, del relativo potere, che abbia quindi invaso la competenza spettante ad altro organo amministrativo²².

Nel distinguere l’incompetenza relativa da quella assoluta viene infatti tradizionalmente sostenuto che la prima attiene alla suddivisione di competenze tra *organi*, la seconda, invece, riguarda la distribuzione di competenze tra *enti*.

Si è detto che la giurisprudenza individua l’ambito operativo dell’incompetenza relativa solo in via *tendenziale*, perché vi è una perdurante tendenza di attrarre nell’alveo dell’incompetenza relativa anche alcune ipotesi (che integrerebbero pacificamente casi) di difetto assoluto di attribuzione²³. Così ad esempio, sono stati ricondotti all’ipotesi di incompetenza relativa il caso di un decreto di espropriazione

in carenza di potere; pertanto, tale provvedimento va eseguito fino a quando non sopravvenga l’impugnazione ed il conseguente annullamento in sede amministrativa o giurisdizionale”, TAR Abruzzo, L’Aquila, 23.10.1997, n. 531, in dejure.it.

²² TAR Basilicata, Potenza 22.8.2006, n. 526, in *Foro amm. TAR*, 2006, n. 2686 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. VII, 17.2.2006, n. 2131, in *Foro amm. TAR*, 2006, 690 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 12.4.2005, n. 3780, in *dejure.it*; TAR Abruzzo, Pescara, 12.11.1994, n. 572, in *Foro amm.*, 1994, 264 ss.; Cons. St., sez. V, 13.7.1992, n. 647, in *Foro amm.*, 1992, 1657 ss.; Cons. St., IV, 28.2.1992, n. 210, in *Foro amm.*, 1992, 196 ss.; Cons. St., sez. IV, 31.3.1989, n. 205, in *Foro amm.*, 1989, 568 ss.; TAR Calabria, Catanzaro, 23.4.1982, n. 101, in *Foro amm.*, 1982, 1991 ss..

²³ “*L’ incompetenza va qualificata come relativa e non come assoluta, anche se l’organo incompetente appartiene ad altro plesso della P.A. (o addirittura ad altra P.A.)*”, così TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 27.3.2012, n. 626, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1001 ss.; Cass.civ., SS.UU., 28.2.2007, n. 4630, in *Foro amm. CDS*, 2007, 1135 ss.; Cass.civ., sez. I, 10.11.2006, n. 24041, in *Foro amm. CDS*, 2007, 437 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. VII, 17.2.2006, n. 2131, in *Foro amm. TAR*, 2006, 690 ss.; TAR Puglia, Bari, sez. II, 3.10.1995, n. 846, in *Foro amm.*, 1995, 4982 ss.; Cass.civ., SS.UU., 23.4.1992, n. 4924, in *Foro amm.*, 1992, 480 ss.; Cons. St, sez. V, 12.3.1988, n. 151, in *Foro amm.*, 1988, 293 ss.; TAR Piemonte 16.11.1982, n. 831, in *Foro amm.*, 1983, 119 ss.; Cass.civ., SS.UU., 27.4.1981, n. 2510, in *Giur.it.* 1982, 62 ss.; Cass.civ., SS.UU., 10.11.1980, n. 6016, in *Giust.civ.Mass.*, 11.

adottato dal Prefetto, anziché dal Presidente della Regione²⁴ o, viceversa, adottato dal Presidente della Regione e non dal Prefetto²⁵; il caso di un decreto di occupazione d'urgenza adottato dal Prefetto anziché dal Presidente della Regione²⁶; il caso di un provvedimento di collocamento a riposo di un ufficiale sanitario adottato dal Comune e non dalla Regione²⁷; il caso di un provvedimento adottato dalla Regione nonostante fosse relativo ad una materia di competenza legislativa esclusiva statale²⁸; il caso di un provvedimento sanzionatorio diretto ad un'impresa di telecomunicazioni che operava abusando della sua posizione dominante, adottato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, anziché dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni²⁹.

Il ragionamento in base al quale i giudici amministrativi operano questa atipica riconduzione di ipotesi tradizionalmente ascritte a casi di carenza di potere nel vizio di incompetenza relativa è sostanzialmente sempre il medesimo: ciò che conta per ritenere un organo meramente incompetente e non anche privo del tutto del potere di adottare un determinato atto è che l'organo non sia estraneo al potere che si è manifestato nell'atto adottato, a prescindere dall'ente cui quel preciso organo appartiene; viene quindi utilizzato il riferimento al settore di attività che di volta in volta viene in considerazione, anziché al momento organizzativo in senso stretto.

Così, infatti, i giudici hanno ritenuto che sussistano competenze concorrenti tra Prefetto e Regione in ordine al potere espropriativo; tra Comune e Regione relativamente a determinazioni nel settore sanitario (tipicamente caratterizzato da una frammentazione di competenze, regionali e locali); tra Autorità amministrative indipendenti, che siano tutte deputate ad esercitare attività di vigilanza sul medesimo settore, in relazione al potere sanzionatorio.

E' facile intuire, allora, l'estrema mobilità dei confini di un simile ragionamento, perché significa attribuire ai giudici di volta in volta aditi l'individuazione, innanzitutto, del settore di attività al quale si riferisce l'atto sottoposto alla loro cognizione, nonché dei poteri che in tale settore sono coinvolti e, solo dopo,

²⁴ Cass.civ., SS.UU., n. 4924/1992, cit.; TAR Puglia, Bari, sez. II, n. 846/1995, cit..

²⁵ Cass.civ., SS.UU., n. 2510/1981, cit.; Cass.civ., SS.UU., n. 6016/1980, cit..

²⁶ Cass.civ., sez. I, n. 24041/2006, cit..

²⁷ Cons. St., sez. V, n. 151/1988, cit..

²⁸ TAR Piemonte, n. 831/1982, cit.; seppur in *obiter dictum* anche TAR Campania, Napoli, n. 2131/2006, cit..

²⁹ Cass.civ., SS.UU., n. 4630/2007, cit..

individuare a quali enti, se più di uno ve ne sono, la legge³⁰ ha attribuito quel dato potere di cui l'atto adottato è espressione e in considerazione del perseguimento di quale specifico interesse pubblico; per poi, solo infine, verificare, in base ad un'interpretazione sistematica del quadro normativo se anche l'organo adottante l'atto poteva ritenersi non estraneo a quel settore di attività unitariamente considerato.

La ragione concreta di questa tendenza, peraltro di dubbia compatibilità con i principi di legalità dell'azione amministrativa e di separazione tra i poteri³¹, si crede vada ravvisata nell'intenzione della giurisprudenza di mantenere le ipotesi di invalidità il più possibile attratte nel giudizio di legittimità del giudice amministrativo.

I casi di difetto assoluto di attribuzione infatti, in quanto non rappresentano l'esercizio, neppure mediato, né il mancato esercizio³², del potere amministrativo che legittima la giurisdizione amministrativa, dovrebbero appartenere, anche in considerazione degli interventi chiarificatori della Corte costituzionale espressi nelle pronunce nn. 204/2004 e 191/2006 e salvo si tratti di materie devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva, alla giurisdizione del giudice ordinario³³.

Un dato di fondamentale importanza che dimostra la giurisprudenza è che tutte le ipotesi ricondotte al vizio di incompetenza relativa si traducono nel mancato rispetto

³⁰ In considerazione della riserva di legge relativa che pone l'art. 97 della Costituzione, le norme la cui violazione configura un vizio di incompetenza sono sia le norme costituzionali, che quelle di rango primario e regolamentare.

³¹ In quanto sarebbe chiamato a interpretare anche l'interesse pubblico sotteso al provvedimento.

³² L'art. 7 del Codice del nuovo processo amministrativo, rubricato "*Giurisdizione amministrativa*" dispone infatti che "*sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti 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*".

³³ Cfr. ad esempio Cons. St., sez. IV, 28.2.2012, n. 1133, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2, 316 ss.; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 13.4.2010, n. 4958, in *dejure.it*; Cass.civ., SS.UU., 15.6.2009, n. 13896, in *dejure.it*; Cass.civ., SS.UU., 7.2.2007, n. 2688, in *dejure.it*; Cass.civ., SS.UU., 10.10.2006, n. 24041, in *Foro amm. CDS*, 2007, 637 ss.; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 20.7.2005, n. 1271, in *dejure.it*; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 22.4.2005, n. 855, in *dejure.it*; Ad. Plen. 26.3.2003, n. 4, in *Foro amm. CDS*, 2003, 877 ss.; Cass.civ., SS.UU., 30.10.1992, n. 11854, in *Giust.civ.mass*, 1992; Cass.civ., SS.UU., 23.5.1991, n. 5830, in *Giust.civ.mass*, 1991; Cass.civ., SS.UU., 9.11.1989, n. 4707, in *Giust.civ.mass*, 1989; Cass.civ., SS.UU., 18.12.1986, n. 7672, in *Giust.civ.mass*, 1986; Cass.civ., SS.UU., 10.6.1983, n. 3986, in *Giust.civ.mass*, 1983; Cass.civ., SS.UU., n. 2510/1981, cit.; Cass.civ., SS.UU., n. 6016/1980, cit..

di una delle “norme sulla competenza degli organi amministrativi”.

Con l’espressione “norme sulla competenza degli organi amministrativi” ci si riferisce certamente alle norme che disciplinano l’esercizio del potere, c.d. norme di azione, in base alle quali a ciascun organo viene assegnata la competenza ad adottare determinati atti, ma in considerazione della predetta tendenza della giurisprudenza, non possono ritenersi escluse da tale nozione anche le norme di attribuzione del potere.

Tuttavia, una simile interpretazione estensiva del parametro in base al quale accertare la sussistenza del vizio in questione potrebbe portare al mutamento dei limiti della giurisdizione amministrativa di legittimità, in quanto essa dovrebbe essere ristretta entro l’ambito individuato appunto dalle norme sull’esercizio del potere, senza estendersi alla verifica del rispetto delle norme che delineano l’esistenza del potere (la cui violazione determinerebbe, salvo le ipotesi di giurisdizione esclusiva, la giurisdizione del giudice ordinario).

Il dato appena rilevato, ossia che ogni ipotesi di incompetenza si risolve comunque nel mancato rispetto di una disposizione, risulta dirimente al tentativo di trovare un’autonoma fisionomia di questo vizio perché, evidentemente, permette di sostenere che ogni ipotesi di incompetenza relativa si traduce in una violazione di legge e dunque i due vizi di legittimità non sono distinguibili in base ad alcun profilo.

Le motivazioni delle sentenze, pur muovendo da premesse fedeli alla tripartizione indicata nel dato normativo, evidenziano sempre, infatti, l’esistenza di un rapporto di sussunzione tra violazione di legge e incompetenza relativa. In esse si legge frequentemente che *“il legislatore ha inteso ribadire la classica tripartizione dei vizi di legittimità dell’atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma rientra nell’ambito più generale della violazione di legge”*³⁴.

In considerazione della trattazione che tale vizio ha ricevuto dalla giurisprudenza, pare molto difficile individuare un’effettiva area di autonomia dell’incompetenza relativa rispetto alla violazione di legge³⁵.

³⁴ Ad es. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 6.4.2012, n. 1035, in *Foro amm. TAR*, 2012, 35 ss.; nei medesimi termini TAR Veneto, Venezia, sez. II, 9.2.2010, n. 340, in *Red. amm. TAR*, 2010, 2, 313; TAR Lazio, sez. III, 29.8.2007, n. 8224, in *dejure.it*.

³⁵ Come si vedrà nel prosieguo di questo paragrafo, si fa riferimento alle violazioni di legge che non ricadono nella disciplina dell’art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, ossia alle violazioni di legge che si traducono in vizi sostanziali.

Al contrario, si crede di dover concludere per l'esistenza di un rapporto di pura sussunzione tra incompetenza e violazione di legge, anche perché "*agire incompetentemente costituisce, alla lettera, un modo di violare la legge*"³⁶.

L'incompetenza si sostanzia in una mera *species* del *genus* violazione di legge, precipuamente si sostanzia nella violazione di una particolare categoria di disposizioni, ossia quelle che individuano, suddividono e disciplinano le competenze tra gli organi amministrativi.

Anche il rapporto tra incompetenza ed eccesso di potere dimostra la difficoltà di trovare una matrice autonoma del vizio di incompetenza ed anzi conferma la commistione tra i vizi di annullabilità cui si è già accennato.

E' stato appena rilevato che, di fatto, l'adozione di un atto da parte di un organo incompetente si sostanzia anche in una violazione delle disposizioni che disciplinano la competenza, ma è parimenti vero che l'adozione di un atto da parte di chi non ne possiede la competenza può integrare, al contempo e per ciò solo, anche una delle figure sintomatiche in cui è stato concretizzato l'eccesso di potere, quali ad esempio la carenza di presupposti, l'irragionevolezza, l'illogicità.

A mero titolo esemplificativo si pensi al diniego di un permesso di costruire rilasciato da un dirigente comunale, senza aver richiesto la necessaria autorizzazione paesaggistica ed esclusivamente sulla base di valutazioni, dallo stesso effettuate, inerenti alla salvaguardia del paesaggio. Notoriamente, il dirigente comunale (o il responsabile dello sportello unico) è competente a conoscere delle richieste di permesso di costruire³⁷, ma qualora l'area interessata sia sottoposta a vincolo paesaggistico, è necessario che venga preventivamente acquisita la relativa autorizzazione c.d. paesaggistica³⁸. Nel caso accennato, dunque, il provvedimento potrebbe risultare illegittimo sia perché è stato adottato da un organo in violazione delle norme che disciplinano la sua competenza, sia - al contempo - in ragione della carenza di presupposti.

In altre parole, potrebbe sostenersi l'annullabilità del provvedimento asserendo la presenza di tutti e tre i vizi: incompetenza, per aver il dirigente invaso le competenze della soprintendenza; violazione di legge, per aver il dirigente, nell'adottare il diniego

³⁶ In dottrina, per una qualificazione dell'incompetenza e della violazione di legge come un unico vizio, di illegalità, V. E. ORLANDO, *Diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1923, 113 e P. GASPARRI, *op. cit.*, 70.

³⁷ Cfr. art. 13, D.P.R. n. 380/2001.

³⁸ Cfr. art. 146 D.lgs. n. 42/2004.

del permesso di costruire, violato le disposizioni che disciplinano appunto le sue funzioni ed eccesso di potere, per aver effettuato valutazioni a lui non spettanti.

Le varie ragioni di invalidità che potrebbero prospettarsi originano però da un'unica "difformità" di fondo, ossia il compimento da parte di un organo di precise valutazioni spettanti ad un altro organo.

Questo esempio vuole essere solo un'ulteriore dimostrazione della difficoltà di trovare profili autonomi a ciascun vizio di legittimità e si inserisce tra l'altro in un ben più ampio contesto, che è quello relativo all'articolazione dei motivi nel ricorso introduttivo, nonché ai poteri del giudice in relazione alla domanda prospettata dal ricorrente, profili che verranno trattati in seguito al cap. 3.

Ogni tentativo di delineare l'incompetenza come autonomo vizio di legittimità pare quindi celare questioni meramente nominalistiche e argomentazioni di natura esclusivamente formale.

Può infatti accadere che un profilo di illegittimità riconducibile al vizio di incompetenza, possa al contempo identificarsi anche negli altri due vizi di legittimità.

Relativamente al vizio di incompetenza che si sta analizzando, restano infine da valutarne alcuni profili processuali, al fine di poterli poi comparare con quelli della violazione di legge e dell'eccesso di potere per verificare ulteriormente se sia sostenibile la (asserita) atipicità dei vizi di legittimità o se invece essa sia da escludere proprio in ragione di risvolti processuali tipici di ciascuno di essi e non generalizzabili. La disciplina non più vigente prevedeva espressamente che il giudice che accoglieva un ricorso per motivi di incompetenza, annullava l'atto e rimetteva l'affare all'autorità competente. Mentre, in caso di accoglimento del ricorso per altri motivi, e dunque di annullamento del provvedimento per eccesso di potere o violazione di legge, venivano fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa³⁹.

Una analoga disposizione manca invece nell'attuale normativa, in quanto il nuovo codice del processo amministrativo nulla più dispone a riguardo⁴⁰.

Prima ancora di chiedersi cosa accada oggi, visto il silenzio della legge, nel caso in cui il giudice annulli un atto ritenendolo viziato da incompetenza, si pone, tuttavia, un

³⁹ L'art. 26 della l. TAR prevedeva infatti che il tribunale amministrativo "Se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente. Se accoglie per altri motivi annulla in tutto o in parte l'atto impugnato (...) salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa".

⁴⁰ L'art. 30 del c.p.a. si limita infatti a prevedere che "l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni".

problema centrale preliminare.

Si tratta in sostanza di capire se il vizio di incompetenza può ancora oggi effettivamente portare all'annullamento di un provvedimento o se tale portata invalidante, in ragione dell'art. 21 *octies*, comma 2, prima parte, della legge n. 241/1990, possa talvolta (per lo più in caso di provvedimento vincolato) essere esclusa⁴¹.

Sono numerosissimi i contributi dottrinali dedicati a questa innovativa previsione che ha comportato una dequotazione dei vizi formali - escludendone la portata invalidante - rispetto ai vizi sostanziali, e ad essi ci si permette di rinviare per un'approfondita trattazione del tema⁴².

Per quanto rileva in questa sede, risulta quindi determinante individuare la corretta qualificazione del vizio di incompetenza come vizio formale o vizio sostanziale, perché qualora si dovesse concludere per la sua natura formale, potenzialmente non invalidante (per lo più in relazione ai provvedimenti di natura vincolata), allora apparirebbe scorretto parlare di sussunzione dell'incompetenza nell'ipotesi di violazione di legge, o meglio si dovrebbe precisare che questo rapporto di specialità è

⁴¹ L'art 21 *octies*, comma 2, prima parte, della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005, ha infatti sancito che “*non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (...)*”. L'art. 21 *octies*, comma 2, seconda parte, ha invece ad oggetto esclusivamente il caso in cui sia violato l'art. 7 della legge n. 241/1990 che impone l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento e precisamente dispone che “*Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione di avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”.

⁴² A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, in www.giustamm.it, 2005; ID. *Vizi formali e vizi procedurali*, in *Il procedimento amministrativo*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2007, 217 ss.; N. LONGOBARDI, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione*, in www.giustamm.it, 2005; F. MIDIRI, *L'art. 21 octies della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di carattere sostanziale o processuale?*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 254 ss.; M. LIPARI, *L'amministrazione in fuori giuoco inattivo: le violazioni procedurali e formali “non invalidanti” dal processo al provvedimento*, in www.giustamm.it, 2005; G. SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21 octies della legge n. 241/90*, in AA.VV., *Scritti in onore di Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 1407 ss.; F. FRACCHIA e M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in www.giustamm.it, 2005; G. CHINE', *L'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241/1990 nel diritto vivente*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2008.

da riferirsi ai soli casi di violazione di legge che si traducono in vizi formali.

Con la conseguenza che l'incompetenza e le violazioni di legge formali costituirebbero un regime di annullabilità tendenzialmente non invalidante, contrapposto a quello, invalidante, delle violazioni di legge sostanziali e delle ipotesi di eccesso di potere.

Se così fosse, potrebbe sostenersi l'atipicità dei vizi di legittimità in termini restrittivi rispetto a quelli sperati, ossia senza potervi includere l'ipotesi dell'incompetenza.

Viceversa, qualora si ritenesse di poter intendere l'incompetenza alla stregua di un vizio sostanziale, invalidante, allora andrebbe puntualizzato che la sussunzione dell'incompetenza nella violazione di legge è da riferirsi alle ipotesi di violazioni di legge invalidanti e sarebbe corretto affermare un'atipicità delle vizi di legittimità, includendovi anche l'incompetenza e quindi facendo riferimento alla tradizionale articolazione dei vizi.

Occorre dunque chiedersi, stando al dato letterale dell'art. 21 *octies*, comma 2 che sul punto non è chiaro, se le norme sull'incompetenza possano essere intese come *norme sul procedimento o sulla forma degli atti*.

Più precisamente, dovendosi logicamente escludere che le disposizioni sulla competenza possano attenere alla forma degli atti, è necessario verificare se possano essere intese come *norme sul procedimento* e se quindi le disposizioni che disciplinano la competenza dell'organo emanante rientrino o meno tra quelle procedurali.

La giurisprudenza sul punto non risulta del tutto pacifica ma l'orientamento decisamente prevalente⁴³ esclude che l'incompetenza possa costituire la violazione di

⁴³ “Dalla lettura combinata dei commi 1 e del 2 dell'art. 21 *octies* l. n. 241 del 1990, si desume che, quando viene accertata l'incompetenza relativa dell'organo adottante (...), il provvedimento deve essere necessariamente annullato, non potendo trovare applicazione la disposizione che ne preclude l'annullamento laddove sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Detta disposizione, infatti, si riferisce ai soli casi in cui il provvedimento adottato sia stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma. Nè è possibile includere le norme sulla competenza tra quelle sul procedimento amministrativo o sulla forma degli atti. Infatti, nel comma 1 dell'art. 21 *octies* l. n. 241 del 1990 il legislatore ha inteso ribadire la classica tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge. Inoltre, devono ritenersi norme sul procedimento tutte quelle relative al *modus operandi* dell'Amministrazione ed alla partecipazione procedimentale dei soggetti indicati dall'art. 9 l. n. 241 del 1990, mentre devono ritenersi norme sulla

una norma del procedimento.

A favore di questa impostazione deporrebbero motivazioni sia di ordine letterale che di ordine sistematico. Stante l'articolazione di vizi di annullabilità indicata nel comma 1 dell'art. 21 *octies*, sarebbe evidente l'intenzione del legislatore di distinguere l'incompetenza dalla violazione di legge e ricondurre esclusivamente a quest'ultima categoria i vizi procedurali e quelli di forma. In ogni caso, la mancata menzione dell'incompetenza nel comma 2 dell'art. 21 *octies*, comma 2, parrebbe confermare la predetta *voluntas legis*.

Come accennato si trovano tuttavia anche pronunce⁴⁴, pur più sporadiche di quelle di

forma quelle relative ai requisiti formali degli atti endoprocedimentali e del provvedimento finale", TAR Lazio, Roma, sez. III, 29.8.2007, n. 8224, in *dejure.it*; "Ai sensi del comma 1 e 2 dell'art. 21 *octies* (...) qualora venga accertata l'incompetenza relativa dell'organo adottante il provvedimento deve essere necessariamente annullato, non potendo trovare applicazione la disposizione che ne preclude l'annullamento laddove sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, e ciò in quanto detta disposizione si riferisce ai soli casi in cui il provvedimento sia stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma, nelle quali non rientrano le norme sulla competenza", TAR Basilicata, Potenza, 22.8.2007, n. 527, in *Foro amm. TAR*, 2006, 7, 2686; "L'art. 21 *octies* comma 2, l. n. 241 del 1990 non è invocabile in caso di incompetenza, sulla scorta di una interpretazione ragionevole in specie laddove l'incompetenza derivi da approvazione di soggetto appartenente a diversa amministrazione e privo delle necessarie competenze tecniche in materia", TAR Liguria, Genova, sez. I, 13.7.2006, n. 828, in *Foro amm. TAR*, 2006, 7, 2391. "Non sembra possibile includere le norme sulla competenza tra quelle sul procedimento amministrativo o tra le norme sulla forma degli atti. Infatti, dal comma 1 art. 21 *octies* si desume che il legislatore ha inteso confermare la tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge", TAR Campania, Napoli, sez. I, 12.4.2006, n. 3538, in *Foro amm. TAR*, 2006, 4, 1419. Nei medesimi termini anche TAR Liguria, Genova, sez. I, 7.4.2006, n. 353, in *Foro amm.*, TAR 2006, 4, 1274.

⁴⁴ "L'art. 21 *octies*, l. 7 agosto 1990 n. 241, norma processuale che dichiara non annullabile il provvedimento adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, è applicabile anche quando il vizio sul procedimento riguardi il riparto della competenza fra organi dello stesso Ente", TAR Puglia, Lecce, sez. I, 7.10.2008, n. 2791, in *Foro amm. TAR*, 2008, 10, 2867; nei medesimi termini anche TAR Lombardia, sez. II, 22 marzo 2005, n. 1089, in *dejure.it* e TAR Salerno, sez. II, 29 novembre 2005, n. 2484, in *dejure.it*; TAR Toscana, sez. II, 20.7.2000, n. 1731, in *dejure.it*; TAR Campania, Napoli, sez. III, 28.1.1992, n. 24, in *Foro amm.*, 1992, 1199 ss..

senso contrario, che riconoscono all'incompetenza la natura di vizio formale, sulla base del fatto che le relative disposizioni sarebbero funzionali all'individuazione della componente organizzativa deputata ad adottare il provvedimento conclusivo del procedimento e perché in ogni caso la competenza, per definizione, non inciderebbe sulla sostanza dell'atto adottato dall'organo incompetente.

L'atteggiamento complessivo della giurisprudenza sul vizio di incompetenza depone decisamente a favore della qualificazione di esso come vizio sostanziale.

E questo approccio bilancia ed è coerente con la tendenza ad estendere la portata di tale vizio anche alle ipotesi che tradizionalmente andrebbero ascritte al difetto di attribuzione.

Qualificare l'incompetenza come da ultimo intesa alla stregua di un vizio formale vorrebbe dire considerare come profilo strettamente procedimentale anche i casi in cui un'amministrazione - dotata di precisi poteri e in funzione del perseguimento di specifici e determinati interessi pubblici - provveda in luogo di un'altra, depositaria di interessi pubblici del tutto diversi e a tal fine titolare di poteri differenti.

Una simile qualificazione sarebbe eccessivamente superficiale perché provocherebbe in sostanza una dequotazione non più solo, come era nelle intenzioni del legislatore, di quei vizi formali interni al procedimento amministrativo e come tali incapaci di influenzare la sostanza del provvedimento vincolato, bensì anche del sistema organizzativo delineato dalla legge in cui si articolano le amministrazioni e con cui vengono ripartiti i pubblici poteri, che certamente non può considerarsi elemento ininfluenza sulla sostanza di un provvedimento, ancorché esso abbia natura vincolata.

Appurato dunque che, dall'esame del dato legislativo e secondo una lettura sistematica della disposizione in commento, la giurisprudenza ritiene per lo più inoperante l'art. 21 *octies*, comma 2, e dunque riconduce l'incompetenza all'alveo dei vizi sostanziali, con portata invalidante, può ora verificarsi cosa accada in seguito all'annullamento di un provvedimento che il giudice ritenga illegittimo perché adottato da un organo incompetente.

A riguardo è utile distinguere due ipotesi:

- a) l'ipotesi in cui l'annullamento venga chiesto esclusivamente in ragione dell'incompetenza dell'organo adottante;
- b) l'ipotesi in cui siano invece stati prospettati dal ricorrente anche altri vizi di legittimità.

Nel caso sub. a) occorre individuare in cosa si sostanzia l'effetto conformativo di una sentenza che pronunci l'annullamento per incompetenza.

Verosimilmente, il procedimento condotto dall'organo incompetente dovrà essere rinnovato dall'organo competente che, solo in seguito ad una nuova istruttoria e ad autonome valutazioni, potrà adottare un nuovo provvedimento, solo eventualmente più soddisfacente per il ricorrente; a meno che, in pendenza del giudizio, l'organo competente, sussistendone i presupposti⁴⁵, decida di convalidare il provvedimento adottato dall'organo incompetente mediante ratifica⁴⁶.

Nell'ipotesi sub. b) viene invece in rilievo il delicato profilo dell'assorbimento degli altri motivi di ricorso prospettati oltre all'incompetenza. In vero, il giudice che ritenga effettivamente sussistente l'incompetenza prospettata, potrebbe (e la prassi dimostra che così avviene costantemente) dichiarare per ciò solo l'annullamento del provvedimento, dichiarando l'assorbimento degli altri motivi indicati in ricorso.

Dalla sentenza di annullamento deriverebbero però, per l'Amministrazione, indicazioni conformative incomplete e sul ricorrente permanerebbe il rischio di dover instaurare un ulteriore giudizio. Questo problema potrebbe essere superato se si potesse sostenere che il giudice deve vagliare l'illegittimità del provvedimento in base ai soli, ma tutti, motivi di ricorso prospettati nell'atto introduttivo⁴⁷. Una simile

⁴⁵ Ossia "l'individuazione dell'atto da convalidare, la specificazione del vizio da eliminare e il c.d. animus convalidandi, cioè la volontà di rimuovere il vizio", TAR Lazio, Latina, 6.5.2009, n. 421, in *Foro amm. TAR*, 2009, 5, 1504.

⁴⁶ In tal caso si porrebbe poi il problema relativo alla sorte del provvedimento di ratifica laddove intervenisse comunque l'annullamento giurisdizionale dell'atto adottato dall'organo incompetente. A riguardo si registrano diversi orientamenti giurisprudenziali. Un primo orientamento riconosce prevalenza all'eventuale pronuncia giurisdizionale di annullamento, si veda ad esempio TAR Abruzzo, L'Aquila 11.9.2007, n. 544, in *Foro amm. TAR*, 2007, 9, 2820 ss., secondo cui "L'esercizio del potere di convalida mediante ratifica spettante all'organo competente sana con efficacia retroattiva l'atto viziato da incompetenza relativa, ancorché quest'ultimo sia oggetto di ricorso giurisdizionale pendente, ma solo fino a quando non ne sia intervenuto l'annullamento, atteso che la relativa sentenza ne determina l'eliminazione dal mondo giuridico, facendo in tal modo venire meno il presupposto e l'oggetto della convalida"; un altro orientamento riconosce invece "portata definitiva" all'eventuale provvedimento di autotutela in quanto "L'esercizio del potere di ratifica spettante all'organo competente, che trae fondamento dall'art. 6, l. 18 marzo 1968 n. 249, sana con efficacia retroattiva l'atto viziato da incompetenza relativa ancorché quest'ultimo sia oggetto di ricorso giurisdizionale pendente", TAR Piemonte Torino, sez. I, 4.12.2009, n. 3278, in *Foro amm. TAR*, 2009, 12, 3355 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 23.3.2005, n. 3780, in *Giorn.dir.amm.*, 2005, 1073 ss..

⁴⁷ Significativa a riguardo, perché ha vagliato l'illegittimità del provvedimento in base a tutti i motivi prospettati, escludendo di poter procedere alla tecnica dell'assorbimento in seguito alla rilevazione del vizio di incompetenza TAR Campania, Napoli, n. 3780/2005 cit., secondo cui "il giudizio sulla

conclusione, peraltro, potrebbe ben essere agevolata riconoscendo l'atipicità dei vizi di legittimità del provvedimento.

In conclusione, dall'analisi della giurisprudenza che si è pronunciata sul vizio di incompetenza e, in particolare, osservando i percorsi argomentativi delle pronunce, pare potersi sostenere, innanzitutto, un ampliamento delle ipotesi riconducibili a tale vizio (si fa riferimento ai casi che dovrebbero invece essere qualificati come difetto di attribuzione); ma, soprattutto, un superamento dell'autonomia dello stesso, talvolta fungibile con alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere e, in ogni caso, sempre sussumibile in quello di violazione di legge.

La concreta applicazione, dai confini estremamente mobili, che i giudici amministrativi fanno del vizio di incompetenza pare quindi suffragare l'intenzione di sostenere la natura atipica dei vizi di legittimità.

1.3. La scomposizione dell'eccesso di potere nelle figure sintomatiche e il loro superamento

Come si è già precedentemente accennato, nella prassi invalsa relativamente alla redazione dei motivi di ricorso, alla censura di incompetenza segue di regola (salvo che essa sia l'unica ritenuta sussistente e dunque prospettata dal ricorrente), quella per eccesso di potere ed è quindi tale vizio quello che ora si analizzerà.

Uno dei primi autorevoli scritti dedicati all'eccesso di potere rilevò che la ragione per cui esso fu inserito nella normativa come vizio di legittimità autonomo, accanto all'incompetenza e alla violazione di legge, fu “*il bisogno di assicurare il corretto e imparziale esercizio dei poteri discrezionali*”⁴⁸, con il fine di assicurare quindi il sindacato giurisdizionale anche su quella parte di funzione amministrativa (che era) non interamente disciplinata dalla legge.

Si comprende allora - in considerazione di questo dato, per cui originariamente l'eccesso di potere comportava un sindacato che non poteva basarsi esclusivamente sul dato normativo - perché l'eccesso di potere venne qualificato come stato invalidante

spettanza del bene (al fine di accordare o escludere il richiesto risarcimento del danno) *non può basarsi soltanto sulla rilevata incompetenza dell'organo che ha adottato il provvedimento avverso, la quale di per sé non consente di accertare se l'interesse del ricorrente risulti meritevole di tutela*”.

⁴⁸ A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, 1899, Lapi, 272.

*praeter legem*⁴⁹.

L'eccesso di potere fu quindi introdotto nel nostro ordinamento al fine di permettere al giudice amministrativo di svolgere un sindacato di legittimità anche sull'esercizio della discrezionalità amministrativa, nonostante questa fosse, tradizionalmente, regolata da norme non scritte e quindi con il proposito di garantire che di essa l'Amministrazione facesse un uso corretto e congruo rispetto all'interesse pubblico da perseguire.

Si è già detto a proposito dell'incompetenza, che il legislatore, sin dal 1889, si è sempre limitato ad indicare i tre vizi di legittimità per i quali poteva essere adito il giudice amministrativo, senza però mai definirne il contenuto.

Così pure si è già ricordato che la giurisprudenza ha svolto un ruolo determinante nella definizione dei vizi di legittimità; l'eccesso di potere è certamente il vizio che più deve all'elaborazione giurisprudenziale.

Infatti, mentre l'incompetenza e la violazione di legge erano e restano vizi accertabili mediante la tipica tecnica giudiziaria del sillogismo, che si realizza mediante il mero raffronto tra il provvedimento censurato in sede di legittimità e la normativa di riferimento, il sindacato sull'eccesso di potere ha seguito uno sviluppo del tutto differente.

In origine, infatti, i giudici amministrativi dovettero accertarlo, come già accennato, in assenza di norme giuridiche scritte da assumere come parametro.

Fu infatti proprio il Consiglio di Stato ad individuare ed assumere, contestualmente alla loro violazione, i primi parametri, *praeter* legislativi, alla stregua dei quali verificare la sussistenza di tale vizio. Questi possono essere desunti, a contrario, dalle prime pronunce sull'eccesso di potere, nelle quali venne sempre esclusa la sussistenza del vizio, argomentando per esempio che l'apprezzamento posto a base del provvedimento non conteneva “*nulla d'illogico e d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge*”⁵⁰ ovvero che “*non era contrario alla legge, secondo lo spirito suo*”⁵¹ e altre volte invece l'eccesso di potere era ritenuto sussistente in quanto l'atto era stato adottato per “*fini non giusti*”⁵² o per “*ragioni non oneste*”⁵³.

⁴⁹ E. CARDI – S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig.disc.pubbl.*, V ed., Torino, 1990, 342 ss..

⁵⁰ Cons. St., sez. IV, 7.1.1892, n. 3, in *Giust. amm.*, 1895, 1 ss..

⁵¹ Cons. St., sez. IV, 28.1.1892, n. 32, in *Giust. amm.*, 1895, 77 ss. e Cons. St., sez. IV, 19.5.1893, n., 185, in *Giust.amm.*, 1893, 301 ss..

⁵² Cons. St., sez. IV, 15.6.1900, n. 269, in *Giust.amm.*, 1900, 292 ss..

I primi parametri che vennero utilizzati per accertare il corretto uso del potere discrezionale furono quindi la logicità, la razionalità, la giustizia sostanziale, la ragionevolezza e la rispondenza del provvedimento allo spirito della legge attributiva di quel potere.

Parametri che, come si vedrà, pur essendo stati inizialmente interpretati in un'ottica restrittiva, sono gli stessi che si ripresentano oggi sotto le vesti di principi generali codificati.

Di tali originari canoni, la dottrina⁵⁴ aveva infatti rilevato da subito l'estrema ampiezza, credendo e sperando che il futuro approccio dei giudici amministrativi sarebbe stato a tal riguardo chiarificatore e in un certo senso contenitivo.

Tuttavia, l'atteggiamento della giurisprudenza fu in gran parte opposto a quello sperato dalla dottrina.

Inizialmente, i giudici amministrativi hanno effettivamente chiarito - procedendo ad individuare, caso per caso, contestualmente al rilievo della loro violazione, le c.d. figure sintomatiche nelle quali è stato scomposto l'eccesso di potere - le varie ipotesi in cui si doveva ritenere che l'amministrazione avesse ecceduto nell'esercizio della discrezionalità accordatale dalla legge.

Dall'altro lato, però, la giurisprudenza che si è espressa in tema di eccesso di potere ha dato progressivamente origine ad un progressivo e talvolta eccessivo fenomeno di proliferazione di tali figure, ad una loro fumosa sovrapposizione che si è evoluta poi, nei tempi più recenti, ad un loro superamento; e tutto ciò ha comportato la necessità di interrogarsi nuovamente sul contenuto dell'eccesso di potere.

Per coerenza con l'impostazione che si è scelto di seguire, si preferisce accennare solo sinteticamente all'inquadramento sostanziale individuato dalla giurisprudenza per ciascuna figura sintomatica, per poter poi concentrare il discorso sui percorsi con i quali è giunta, contrariamente all'approccio iniziale, alla loro sintesi e al loro necessario superamento, anche in ragione della crescente giuridicizzazione dell'attività amministrativa, nondimeno di quella discrezionale.

Volendo, seppur brevemente, ricordare le figure sintomatiche nelle quali la giurisprudenza ha tradizionalmente scomposto l'eccesso di potere, si è scelto (per meri fini di semplificazione) di seguire nel presente lavoro una suddivisione proposta da

⁵³ Cons. St., sez. IV, 7.1.1899, n. 5, in *Giust.amm.*, 1899, 31 ss..

⁵⁴ A. CODACCI PISANELLI, *op.cit.*, 291.

parte della dottrina⁵⁵ e, seppur indirettamente, seguita anche da parte della giurisprudenza, in base alla quale esse potrebbero essere ricondotte a due diverse categorie: quelle attinenti alla *acquisizione* del fatto in ordine al quale l'amministrazione è chiamata a provvedere e quelle relative alla *valutazione* di esso.

Tenendo quindi presente tale distinzione, sarebbero riconducibili al primo dei due gruppi indicati, ossia attinenti all'*acquisizione del fatto*:

- il travisamento dei fatti, che si ha qualora l'amministrazione abbia posto a base della sua determinazione fatti o circostanze in realtà inesistenti⁵⁶ o, viceversa, qualora abbia assunto come inesistenti fatti o circostanze invece sussistenti⁵⁷;

- la carenza, falsità o erroneità dei presupposti, che è sintomo dell'eccesso di potere allorquando l'amministrazione abbia provveduto in assenza dei presupposti di fatto o di diritto necessari per adottare quel determinato provvedimento⁵⁸, ovvero abbia provveduto sulla base di presupposti falsamente⁵⁹ o erroneamente⁶⁰ rappresentati;

- il difetto di istruttoria⁶¹, che sussiste qualora l'istruttoria sia mancata del tutto⁶² o comunque la ponderazione degli interessi cui l'istruttoria è preordinata sia stata svolta

⁵⁵ Originariamente da F. SATTA, *op.cit.*, 260 e successivamente da P. M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997, in particolare 105 ss..

⁵⁶ Cons. St., sez. VI, 3.5.2011, n. 2612, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1584 ss.; Cons. St., sez. VI, 25.1.1995, n. 77, in *Foro amm.*, 1995, 111 ss..

⁵⁷ TAR Lombardia, Brescia, 8.11.1994, n. 636, in *Foro amm.*, 1995, 138 ss.; TAR Puglia, Bari, 4.4.1978, n. 148, in *Foro amm.*, 1979, 446 ss..

⁵⁸ TAR Lombardia, Milano, 4.10.1995, n. 1185, in *Foro amm.*, 1995, 4796 ss.; TAR Lombardia, Milano, 26.7.1994, n. 744, in *Foro amm.*, 1994, 3631 ss.; Cons. St., sez. VI, 21.1.1993, n. 72, in *Foro amm.*, 1993, 99 ss.; Cass. civ., SS.UU., 14.5.1987, n. 4442, in *dejure.it*; Cons.Giust.Amm.Sicilia, 11.10.1985, n. 155, in *Foro amm.*, 1985, 1265 ss..

⁵⁹ Cons. St., sez. IV, 27.4.2012, n. 2484, in *dejure.it*; TAR Lombardia, Brescia, sez. I., 15.10.2010, n. 4030, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3119 ss.; Cons. St., sez. VI, n. 652/1994, cit..

⁶⁰ Cons. St., sez. V, 7.4.2006, n. 1898, in *www.leggiditalia.it*; TAR Molise, 6.2.1999, n. 23, in *Foro amm.*, 1999, 1601ss.; TAR Molise, 18.10.1995, n. 221, in *Foro amm.*, 1995, 4937 ss.; TAR Molise, 3.2.1995, n. 33, in *Foro amm.*, 1995, 1835 ss.; TAR Marche, 13.10.1994, n. 274, in *Foro amm.*, 1994, 4511 ss.; TAR Liguria, Genova, 13.11.1980, n. 535, in *Foro amm.*, 1981, 631 ss..

⁶¹ La dottrina che ha proposto la distinzione in esame delle varie figure sintomatiche, ritiene che il difetto di istruttoria sia un vizio che attiene sia all'acquisizione del fatto, che alla sua valutazione, dato che "il vizio nell'accertamento si evidenzia in quanto appaia errata la valutazione del fatto", così F. SATTA, *op. cit.*, 260.

⁶² TAR Abruzzo, L'Aquila, 17.10.1995, n. 678, in *Foro amm.*, 1995, 4925 ss.; TAR Abruzzo, L'Aquila, 23.2.1995, n. 81, in *Foro amm.*, 1995, 1813 ss..

in modo qualitativamente sommario o incompleto⁶³;

- il difetto di motivazione, che si verifica qualora l'amministrazione omette di dimostrare in concreto⁶⁴ i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche in funzione dei quali è stato adottato un dato provvedimento. I requisiti specifici della motivazione dei provvedimenti, in assenza di qualsiasi indicazione normativa a riguardo, sono stati in un certo senso conati dalla giurisprudenza, che gli ha individuati contestualmente alla loro violazione. Sono infatti stati ricompresi nella figura in esame i casi di motivazione illogica-contraddittoria, che si verifica qualora la scelta discrezionalmente assunta non sia congruente con i presupposti e le ragioni assunte alla base del provvedimento⁶⁵; motivazione generica, in quanto non risulti pertinente alla determinazione adottata⁶⁶; motivazione perplessa, se non consente di individuare il potere in concreto esercitato dall'amministrazione ovvero se si riferisce ad un potere che non è quello esercitato nel caso di specie⁶⁷; motivazione insufficiente-incompleta da un punto di vista sostanziale, che non consente cioè la ricostruzione dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione⁶⁸.

Andrebbero invece ricomprese nella categoria delle figure sintomatiche attinenti alla *valutazione del fatto*:

- lo sviamento di potere, inteso come deviazione dal fine istituzionale al cui perseguimento l'amministrazione è preposta in base alla legge⁶⁹, ossia come

⁶³ TAR Lazio, Roma, sez. I, 12.12.1994, n. 1942, in *Foro amm.*, 1995, 14 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. II, 3.5.1994, n. 561, in *Foro amm.*, 1994, 178 ss.; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 14.8.1991, n. 269, in *Foro amm.*, 1992, 1147 ss..

⁶⁴ La giurisprudenza ha talvolta ritenuto correttamente motivato un provvedimento in cui le ragioni concrete della sua adozione, pur non palesate, erano altrimenti dimostrate (cfr. ad esempio Cons. St., sez. IV, 25.5.1979, n. 396, in *Giur.it.*, 1980, 36 ss.) o ricostruibili (cfr. ad esempio TAR Lazio, Roma, sez. I, 2.2.1983, n. 79, in *Giur.merito*, 1984, 687 ss.).

⁶⁵ Cons. St., sez. V, 8.3.1994, n. 148, in *Foro amm.*, 1994, 453 ss.; Cons. St., sez. IV, 14.12.1993, N. 1069, in *Giur.it.*, 1994, 202 ss.; TAR Piemonte, Torino, 3.11.1982, n. 709, in *Foro amm.*, 1983, 99 ss.; Tar Emilia Romagna, 8.2.1979, n. 38, in *Foro amm.*, 1979, 463 ss..

⁶⁶ TAR Lazio, Roma, sez. I, 17.9.1994, n. 1354, in *Foro amm.*, 1994, 3529 ss..

⁶⁷ TAR Piemonte, Torino, 3.11.1983, n. 682, in *Foro amm.*, 1983, 92 ss.; Cons. St., sez. VI, 29.10.1951, n. 537, in *Foro. It.*, 1952, 118 ss..

⁶⁸ Cons. St., sez. IV, 11.5.1994, n. 404, in *Foro amm.*, 1994, 680 ss..

⁶⁹ Cons. St., sez. IV, 4.4.2012, n. 1998, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. IV, 16.2.2012, n. 824, in *dejure.it*; Cons. St., sez. IV, 24.10.2011, n. 5696, in *dejure.it*; Cons. St., sez. IV, 22.3.2011, n. 1744, in *dejure.it*; Cons. St., sez. IV, 4.3.2011, n. 1415, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. V, 15.10. 2009, n. 6332, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. V, 11.7.2008, n. 3438, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez.

deviazione dalla causa tipica del potere⁷⁰;

- la disparità di trattamento, che si verifica qualora l'amministrazione, disattendendo il principio di uguaglianza sostanziale, provveda in modo differente a fronte di due o più situazioni identiche o viceversa riservi lo stesso trattamento a situazioni diverse, senza che tale diverso trattamento sia giustificato e sempre che l'atto assunto come termine di comparazione sia legittimo e sia stato emanato dalla medesima autorità⁷¹;

- la contraddittorietà *esterna* o tra provvedimenti, che si verifica laddove il dispositivo di un provvedimento contraddica irragionevolmente quello di un atto distinto, sempre che tali atti siano stati adottati dalla stessa autorità, nell'esercizio del medesimo potere e purché entrambi riguardino il medesimo soggetto⁷²;

- la violazione di norme interne (in particolare, violazione di circolari e di prassi) che è sintomo dell'eccesso di poter qualora l'amministrazione abbia provveduto immotivatamente in violazione di una circolare legittima o di un prassi adottata dalla stessa amministrazione o da altra gerarchicamente sovraordinata⁷³.

- l'ingiustizia⁷⁴, l'illogicità, l'irragionevolezza, la contraddittorietà *interna*,

VI, 2.10.2007, n. 5096, in *Foro amm. CDS*, 2007, 2843 ss.; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 28.6.2006, n. 1926, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. IV, 14.4.2006, n. 2142, in *Foro amm. CDS*, 2006, 1147 ss.; Cons. St., sez. V, 5.10.2005, n. 5329, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. IV, 27.4.2005, n. 1947, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. VI, 17.12.2003, n. 8306, in *dejure.it*; TAR Abruzzo, L'Aquila, 27.6.2003, n. 468, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. V, 9.10.2000, n. 9366, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. V, 25.11.1999, n. 1983, in *dejure.it*; Cons. St., sez. V, 15.4.1996, n. 425, in *dejure.it*; TAR Lazio, Latina, 19.5.1994, n. 543, in *Foro amm.*, 1994, 2517 ss.; Cass.civ., SS.UU., 12.6.1990, n. 5705, in *Foro it.*, 1990, 2166 ss.; Cass.civ., SS.UU., 9.6.1989, n. 2773, in *Foro it.*, 1990, 1303 ss.; Cons. St., sez. V, 21.12.1989, n. 870, in *Foro amm.*, 1989, 12 ss.; TAR Sicilia, Catania, 20.2.1989, n. 295, in *dejure.it*.

⁷⁰ In questi termini Corte cost. 25.2.2008, n. 38, in *Giur. Cost.*, 2008, 386 ss..

⁷¹ TAR Lazio, Roma, sez. I, 21.4.1995, n. 702, in *Foro amm.*, 1995, 2065 ss.; Cons. St., sez. I, 23.11.1994, n. 1687, in *Foro amm.*, 1994, 1635 ss.; TAR Valle d'Aosta, 7.3.1995, n. 24, in *Foro amm.*, 1995, 2213 ss.; Cons. St., sez. I, 16.2.1994, n. 815, in *Foro amm.*, 1995, 1468 ss.; TAR Puglia, Lecce, 5.1.1994, n. 6, in *Foro amm.*, 1994, 1223 ss.; Cons. St., sez. VI, 31.10.1992, n. 842, in *Foro amm.*, 1992, 1482 ss.; TAR Sicilia, Catania, 9.6.1992, n. 610, in *dejure.it*; Cons. St., sez. VI, 10.2.1992, n. 97, in *Foro amm.*, 1992, 271 ss.; Cons. St., sez. V, 27.4.1987, 261, in *Foro amm.*, 1987, 573 ss..

⁷² Cons. St., sez. IV, 6.7.2004, n. 5013, in *www.giustiziamministrativa.it*; Cons. St., sez. II, 6.12.1995, n. 2032, in *Foro amm.*, 1995, 1248 ss..

⁷³ Cons. St., sez. IV, 8.11.1994, n. 865, in *Foro amm.*, 1994, 1474 ss.; Cons. St., sez. I, 23.5.1980, n. 3094, in *Foro amm.*, 1980, 360 ss.; Cons. St., sez. IV, 26.9.1911, in *Giur.it.*, 1912, 108 ss..

⁷⁴ Nei lavori preparatori della legge Crispi, era stata inserita accanto alla violazione di legge,

l'incongruenza, sempre che ne risulti il carattere manifesto, macroscopico, palese o evidente. Tali figure, che non sono mai state effettivamente distinte dalla giurisprudenza, sussistono nei casi in cui si ravvisi un contrasto logico nel provvedimento⁷⁵ (ad esempio tra motivazione e dispositivo dell'atto o tra i presupposti sulla base dei quali provvedere e la determinazione conclusiva in concreto adottata⁷⁶) e quindi, in sostanza, qualora il provvedimento si traduca in una scelta iniqua⁷⁷, irragionevole o sproporzionata rispetto all'interesse per cui finalizzare l'atto e all'interesse da sacrificare⁷⁸.

Una volta individuate, necessariamente in modo sintetico⁷⁹, le ipotesi al ricorrere delle quali la giurisprudenza ha ritenuto sussistente l'eccesso di potere, può ora darsi atto delle sovrapposizioni che di esse la giurisprudenza ha compiuto, provocando inevitabilmente la necessità di rivedere il significato di questo vizio di legittimità e la sua autonomia rispetto al diverso vizio di violazione di legge.

Così ad esempio, procedendo con l'ordine in cui sono state illustrate, il travisamento dei fatti viene costantemente ritenuto dalla giurisprudenza sinonimo della diversa figura sintomatica di carenza, erroneità o falsità di presupposti, in quanto un provvedimento adottato dall'amministrazione sulla base di presupposti ritenuti esistenti ed invece insussistenti potrà considerarsi viziato sia per travisamento dei fatti che per carenza, erroneità o falsità dei presupposti⁸⁰.

all'incompetenza e all'eccesso di potere come vizio autonomo e distinto, ma era successivamente stata espunta dall'elencazione dei vizi di legittimità in quanto era stato sostenuto che si sarebbe tradotta in una *querela di merito* e non di legittimità. Analizza approfonditamente il dibattito insorto sull'ingiustizia manifesta come autonomo vizio di legittimità, A. CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, in particolare pag. 275.

⁷⁵ Cons. St., sez. V, 3.10.1995, n. 1391, in *Foro amm.*, 1995, 1357 ss.; Cons. St., sez. IV, 14.7.1995, n. 573, in *Foro amm.*, 1995, 1044 ss.; TAR Lazio, Roma, 5.4.1995, n. 575, in *Foro amm.*, 1995, 2052 ss..

⁷⁶ Cons. St., sez. IV, 3.10.1994, n. 773, in *Foro amm.*, 1994, 1315 ss.; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 26.7.1994, n. 743, in *Foro amm.*, 1994, 3627 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. II, 19.4.1978, n. 247, in *Foro amm.*, 1978, 1332 ss..

⁷⁷ Cons. St., sez. IV, 5.6.1925, in *Giur.it.*, 1925, 237 ss..

⁷⁸ Quasi testualmente Cons. St., sez. VI, 23.4.1990, n. 463, in *Foro amm.*, 1990, 611 ss..

⁷⁹ La necessità di un loro inquadramento sintetico nasce dal fatto che qualsiasi approfondimento di ciascuna figura sintomatica porta ad inevitabili interferenze e sovrapposizioni, come si cercherà di dimostrare nel seguito del presente paragrafo.

⁸⁰ TAR Campania, Napoli, sez. VI, 5.9.2011, n. 4329, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2811 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. I, 1.2.2011, n. 901, in *Foro amm. TAR*, 2011, 432; TAR Lazio, Roma, sez. I, 1.2.2011, n. 902, in *Foro amm. TAR*, 2011, 433; TAR Lazio, Roma, sez. I, 8.11.2010, n. 33229, in *Foro amm. TAR*,

A riprova della generale commistione che opera tra le figure del travisamento dei fatti e quella di carenza dei presupposti, la giurisprudenza si riferisce infatti frequentemente al *travisamento di presupposti*⁸¹.

Si consideri, ad esempio, il caso di un'ordinanza contingibile e urgente emanata in assenza della situazione d'urgenza invece necessaria: in tale caso potrà farsi valere l'illegittimità del provvedimento sia lamentando la presenza di un travisamento dei fatti, per aver l'amministrazione ravvisato un'urgenza nei fatti inesistente, sia rilevando la carenza di uno dei presupposti di fatto indicati dalla legge, ovvero l'erronea o falsa rappresentazione di essi. In questa ipotesi, tra l'altro, neppure sarebbe scorretto prospettare l'ulteriore vizio di incompetenza, nella misura in cui si ritenga che un organo potenzialmente titolare di un potere *extra ordinem*, ne diviene effettivamente titolare solo al sorgere dei presupposti in base ai quali la legge legittima l'esercizio di poteri straordinari.

Nell'esempio appena menzionato ben potrebbe lamentarsi, altresì, il vizio di violazione di legge per non aver, l'autorità pubblica, provveduto al ricorrere dei requisiti indicati dalla legge e quindi in violazione di essa⁸². Accade infatti sovente che i giudici amministrativi motivino la presenza di un travisamento dei fatti o di una carenza di presupposti proprio argomentando la violazione della normativa di riferimento del caso di specie, che indica determinati requisiti per l'adozione di un determinato atto⁸³.

2010, 3518 ss.; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, n. 4030/2010, cit.; Cons. St., sez. IV, 14.2.2005, n. 435, in *Foro amm. CDS*, 2005, 313 ss.; TAR Molise, n. 23/1999, cit.; TAR Lombardia, Milano, n. 1185/1995, cit.; TAR Lombardia, Milano, n. 744/1994, cit.; Cons. St., sez. VI, n. 72/1993, cit.; Cons.Giust.Amm.Sicilia, n. 155/1985, cit..

⁸¹ TAR Puglia, Bari, 10.7.2012, n. 1395, in *Foro amm. TAR*, 2012, 2496 ss.; Cons. St., sez. IV, 7.6.2011, n. 3439, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1842 ss.; Cons. St., sez. IV, 12.5.2011, n. 2877, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1516 ss.; Cons. St., sez. IV, 9.3.2011, n. 1519, in *Foro amm. CDS* 2011, 853 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. I, 9.3.2011, n. 2131, in *Foro amm. TAR*, 2011, 831 ss.; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 1.3.2011, n. 594, in *Foro amm. TAR*, 2011, 742 ss.; Cons. St., sez. IV, 18.2.2011, n. 1065, in *Foro amm. CDS*, 2011, 434 ss.; Cons. St., sez. IV, 11.2.2011, n. 926, in *Foro it.*, 2011, 399 ss.; TAR Puglia, Bari, 20.7.2010, n. 1749, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2635 ss..

⁸² Sull'opportunità di considerare il travisamento di fatto come violazione di legge per mancanza dei presupposti di fatto, già F. G. SCOCA, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in *Prospettive del processo amministrativo, Atti del convegno di studio Padova 10-11 aprile 1987*, a cura di L. Mazzaroli, Padova, 1990, 171.

⁸³ TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 33229/2010, cit.; TAR Lazio, Roma, sez. III, 6.11.2009, n. 10891, in

Tuttavia, non parrebbe scorretto ipotizzare, per queste ipotesi, la riconducibilità alla violazione di legge, oltre che per la violazione della normativa che indica i presupposti per provvedere, anche per la violazione della norme dedicate alla partecipazione nel procedimento e alla necessaria individuazione di un responsabile di esso.

In altre parole potrebbe sostenersi che, ogni volta che l'amministrazione provveda travisando i fatti o in carenza dei presupposti legittimanti il provvedimento in concreto adottato, essa agisce in violazione delle norme che permettono ed anzi sono funzionali ad una corretta e completa conoscenza dei fatti, tra cui ad esempio, gli artt. 6 e ss. della legge n. 241/1990.

Il travisamento dei fatti e la carenza (erroneità o falsità) dei presupposti non riescono, dall'analisi della giurisprudenza, neppure a distinguersi dal difetto di istruttoria, in quanto di quest'ultima paiono costituire delle mere specie ed infatti vengono più volte utilizzate dalla giurisprudenza come sinonimi⁸⁴.

Traducendosi, infatti, il difetto di istruttoria, in un vizio di non accuratezza ed incompletezza della fase medesima, non sarebbe scorretto rilevare che in ogni caso comporta una scorretta acquisizione dei fatti e individuazione dei presupposti per provvedere⁸⁵. Un'istruttoria estremamente sommaria o incompleta, provocherà un difetto nella ponderazione degli interessi coinvolti, nella misura in cui tale ponderazione sia basata su fatti e presupposti non correttamente rappresentati e quindi su una realtà fattuale erroneamente acquisita dall'amministrazione.

Così ad esempio la revoca di una licenza commerciale (che intervenga in ragione di

Foro amm. TAR, 2009, 3165 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. III, 3.11.2009, n. 10720, in *Foro amm. TAR*, 2009, 3159 ss.. In dottrina, argomenta la diretta riferibilità dei presupposti dei provvedimenti alla normativa d'azione di riferimento, piuttosto che ai provvedimenti medesimi, F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, Relazione svolta in occasione dell'Incontro di Studi del 19 aprile 2008 sul tema *Attualità e problemi delle valutazioni tecniche*, tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, in *www.lexitalia.it*, spec. 8.

⁸⁴ TAR Liguria, Genova, 28.2.2012, n. 349, in *Foro amm. TAR*, 2012, 415 ss.; TAR Molise, Campobasso, sez. I, 8.4.2009, n. 115, in *dejure.it*; TAR Campania, Napoli, sez. V, 5.12.2008, n. 21156, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3423 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. VI, 5.3.2008, n. 1118, in *Foro amm. TAR*, 2008, 806 ss.; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 3.4.2006, n. 349, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1478 ss.; TAR Puglia, Lecce, 25.11.2002, n. 6576, in *Foro amm. TAR*, 2002, 3775 ss.; Cons. St., sez. VI, 2.9.1998, n. 1702, in *Foro amm.*, 1998, 2385 ss.; Cons. St., sez. III, 21.1.1992, n. 1342, in *Foro amm.*, 1993, 1173 ss..

⁸⁵ TAR Lazio, Roma, sez. I, 20.12.1986, n. 2334, in *Foro amm.*, 1987, n. 1531 ss.; Cons. St., sez. IV, 3.5.1960, n. 398, in *Foro amm.*, 1960, 441 ss..

una asserita, perdurante, chiusura del locale) che si sia basata esclusivamente su una constatazione dei vigili urbani, senza che fosse svolto alcun ulteriore accertamento, potrà essere considerata illegittima (nel caso il locale risulti invece regolarmente aperto al pubblico) sia per difetto di istruttoria, sia per travisamento dei fatti, che per carenza (o erronea o falsa interpretazione) dei presupposti.

Inoltre, la giurisprudenza pare pacifica nel ritenere che anche il difetto di istruttoria possa qualificarsi come violazione di legge, in particolare delle norme che la disciplinano e che sono espressione dei principi che regolano tale fase procedimentale, quali quello di efficacia ed economicità dei mezzi istruttori e di non aggravamento del procedimento di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990⁸⁶, nonché, direttamente, dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento⁸⁷.

A sua volta il difetto di istruttoria è talvolta identificato dalla giurisprudenza nel vizio di motivazione⁸⁸, perché è la motivazione lo strumento con il quale è consentito il riscontro dell'istruttoria svolta, ossia dei fatti e degli interessi acquisiti e posti a base del provvedimento, per cui al difetto di istruttoria corrisponderebbe necessariamente un *deficit* motivazionale.

Se il vizio di motivazione è indice di un difetto di istruttoria e se il difetto di istruttoria comprende anche il travisamento di fatti o la carenza di presupposti, allora può concludersi che anche queste due ultime figure sintomatiche possono risultare fungibili con quella del difetto di motivazione.

Ad esempio, la giurisprudenza ha ritenuto sussistente l'eccesso di potere per carenza

⁸⁶ TAR Liguria, Genova, 28.6.2012, n. 900, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1898 ss.; TAR Liguria, Genova, sez. II, 1.4.2011, n. 511, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1206 ss.; TAR Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, 17.11.2010, n. 68, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3428 ss.; TAR Liguria, Genova, sez. II, 13.5.2010, n. 2542, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1641 ss.; Cons. St., sez. IV, 31.5.2007, n. 2847, in *Foro amm. CDS*, 2007, 1484 ss.; Cons. St., sez. IV, 11.3.2005, n. 1043, in *Foro amm. CDS*, 2005, 746 ss..

⁸⁷ TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 24.2.2012, n. 89, in *Foro amm. TAR*, 2012, 516 ss.; Cons. St., sez. V, 10.9.2009, n. 5424, in *dejure.it*.

⁸⁸ Cons. St., sez. VI, 6.8.2012, n. 4499, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2065 ss.; Cons. St., sez. VI, 9.3.2011, n. 1476, in *Foro amm. CDS*, 2011, 950 ss.; Cons. St., sez. IV, 5.12.2006, n. 7135, in *Foro amm. CDS*, 2006, 3298 ss.; Cons. St., sez. IV, 9.8.2005, n. 4232, in *Foro amm. CDS*, 2005, 2200 ss.; Cons. St., sez. IV, 5.8.2005, n. 4167, in *Foro amm. CDS*, 2005, 2177 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. I, 3.9.1996, n. 362, in *Giur.merito* 1996, 609 ss.; TAR Sicilia, Catania, 10.12.1995, n. 2730, in *Foro amm.*, 1995, 918 ss.; Cons. St., sez. VI, 16.5.1995, n. 445, in *Foro amm.*, 1995, 818 ss.; Cons. St., sez. IV, n. 148/1994, cit.; Cons. St., sez. VI, 24.4.1993, n. 292, in *Foro amm.*, 1993, 560 ss.; Cons. St., sez. VI, 12.3.1993, n. 239, in *Foro amm.*, 1993, 392 ss.; Cons. St., sez. VI, 13.4.1992, n. 259, in *Foro amm.*, 1992, 822 ss..

di presupposti, proprio in ragione dell'incongruità della motivazione rispetto al risultato che l'amministrazione aveva voluto realizzare con il provvedimento adottato⁸⁹.

Sempre riguardo al difetto di motivazione, occorre poi dare atto che la giurisprudenza talvolta ha ritenuto sussistente tale figura sintomatica anche in ipotesi di assoluta mancanza di motivazione, che dovrebbe invece costituire (sempre che non si tratti di ipotesi sottratta all'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della legge n. 241/1990) violazione di legge⁹⁰. In altri casi, al contrario, ha ritenuto che il vizio di motivazione non sia una figura sintomatica dell'eccesso di potere, bensì un'ipotesi di violazione di legge, in particolare del già menzionato art. 3 della legge n. 241/1990, nonché dei principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost.⁹².

Soffermandosi sull'atteggiamento della giurisprudenza relativamente alle figure sintomatiche appena esaminate che, in base alla classificazione indicata, attengono alla fase di *acquisizione del fatto*, pare quindi che - oltre ad essere costantemente utilizzate come istituti fungibili e ritenute indicative dei medesimi profili di illegittimità, per lo più di *vizi istruttori* - siano comunque sempre intese, talvolta espressamente e altre volte con incidentali richiami alla disciplina di riferimento, alla stregua di una violazione di legge; in particolare, delle norme che disciplinano la fase istruttoria,

⁸⁹ Ad esempio, in base alla citata pronuncia Cons. St., sez. IV, n. 148/1994, i motivi di traffico e viabilità non erano congrui a sorreggere un provvedimento di soppressione di parcheggi riservati a commercianti ambulanti in un mercato rionale.

⁹⁰ Cons. St., sez. V, 20.7.2000, n. 4217, in *Foro amm.*, 2000, 1813 ss.; Cons. St., sez. VI, 29.10.1999, n. 1639, in *Foro amm.*, 1999, 1742 ss.; TAR Lombardia, Milano, 9.4.1996, n. 441, in *Foro amm.*, 1996, 1848 ss.; Tar Lazio, Roma, sez. II, 14.11.1995, n. 1747, in *Foro amm.*, 1995, 4754 ss.; TAR Lazio, Roma, 24.2.1995, n. 255, in *Foro amm.*, 1995, 1022 ss.; TAR Calabria, Catanzaro, 3.2.1995, n. 127, in *Foro amm.*, 1995, 1972 ss.; Cons. St. sez. VI, 30.11.1995, n. 1356, in *Foro amm.*, 1995, 1592 ss.; Cons. St., sez. VI, 30.4.1994, n. 652, in *Foro amm.*, 1994, 633 ss..

⁹¹ Secondo isolate pronunce, la mancanza assoluta di motivazione sarebbe causa di nullità del provvedimento, ad es. Cons. St., sez. VI, ord. 12.11.2009, n. 5653 (ove in realtà si sostiene che l'assoluta mancanza di motivazione di una delibera con la quale un ente pubblico conferisce incarico ad un legale esterno all'Avvocatura di Stato comporta la nullità del mandato), in www.giustiziaamministrativa.it; Cons. St., 18.3.1989, n. 168, in *Foro amm.*, 1989, 313 ss.. In dottrina considera quest'ipotesi L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1193 ss..

⁹² Cons. St., sez. VI, 12.10.2010, n. 7429, in *Guida al diritto*, 2010, dossier n. 3, 80 ss.; Cons. St., sez. VI, 8.10.2010, n. 7369, in *Foro amm. CDS*, 2010, 2181 ss.; Cons. St., sez. VI, 6.9.2010, n. 6461, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1886 ss..

della norma che impone - anche a salvaguardia della completezza dell'istruttoria - l'obbligo di motivazione, nonché dei principi di buon andamento e imparzialità.

Anche con riguardo alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere inerenti alla *valutazione del fatto*, la giurisprudenza non sembra aver seguito un percorso differente.

Lo sviamento di potere, ad esempio, che in concreto è suscettibile a sua volta di tradursi in diverse ipotesi⁹³, ma comunque, come già accennato, tutte riconducibili al perseguimento di un fine diverso da quello imposto dalla legge attributiva del potere, è sovente utilizzato dalla giurisprudenza come sinonimo della disparità di trattamento.

In particolare, in tema di procedure concorsuali, è stato ritenuto lo sviamento di potere nel caso di disparità nella valutazione delle prove oggetto di esame, in quanto il venir meno dell'imparzialità comporterebbe in ogni caso la deviazione dell'atto dal suo tipico fine istituzionale, che è quello di selezionare il candidato oggettivamente migliore⁹⁴.

In altri casi la sussistenza dello sviamento di potere è stata invece motivata in ragione della carenza (erroneità e falsità) dei presupposti per provvedere, perché l'assenza dei requisiti di fatto o di diritto indicati dalla legge impedirebbe all'atto di assolvere alla sua funzione tipica⁹⁵.

Nella maggior parte dei casi in cui i giudici amministrativi hanno affrontato lo

⁹³ E. FERRARI, *Commento all'art. 26 l.TAR*, 6 dicembre 1971, n. 1034, in A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi di giustizia amministrativa*, Padova, 2001, spec. 882 ss..

⁹⁴ Cons. St., sez. IV, 27.4.2012, n. 2484; Cons. St., sez. IV, 4.4.2012, n. 1998; Cons. St., sez. IV, 16.2.2012, n. 824; Cons. St., sez. IV, 24.10.2011, n. 5696; Cons. St., sez. IV, 22.3.2011, n. 1744; Cons. St., sez. IV, 4.3.2011, n. 1415; Cons. St., sez. VI, 17.5.2010, n. 3039; Cons. St., sez. V, 9.10.2000, n. 5366; Cons. St., sez. VI, 23.2.1999, n. 194; Cons. St., sez. VI, 13.4.1992, n. 256, tutte in www.giustiziaamministrativa.it.

⁹⁵ Ad esempio, per il caso di un'ordinanza contingibile e urgente adottata non per far fronte ad una situazione di pericolo, bensì per realizzare lo sgombero di una strada, Cons. St., sez. V, 15.4.1996, n. 425; ovvero, per sollevare le amministrazioni ordinariamente investite di poteri di controllo, dalle difficoltà di esercitarlo nel caso concreto, Cons. St., sez. V, 23.8.2006, n. 4952. Per altri casi in cui lo sviamento di potere viene identificato con la carenza dei presupposti anche Cons. St., sez. V, 7.4.2006, n. 1898; TAR Veneto Venezia, sez. II, 28.6.2006, n. 1926, tutte in www.giustiziaamministrativa.it; TAR Abruzzo, L'Aquila, 27.6.2003, n. 468, in *Foro amm.*, 1990, 404 ss.; Cons. St., sez. IV, 31.3.1990, in TAR Sicilia, Catania, 20.2.1989, n. 295, in www.giustiziaamministrativa.it. In dottrina è stato affermato che "La mancanza del presupposto di legittimità di un provvedimento è quindi causa, oltre che di violazione di legge, anche di vero e proprio sviamento di potere", da F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, cit., 10.

sviamento di potere, essi lo hanno sempre considerato come un'ipotesi di violazione di legge, in quanto un provvedimento con cui l'amministrazione non persegue il fine cui è preordinato il potere esercitato, è sempre un atto che disattende lo schema normativo legittimante l'attribuzione di quel potere⁹⁶. Alla luce di queste considerazioni non pare neppure scorretto sostenere che le ipotesi di sviamento integrano la violazione dell'art. 1 della legge n. 241/1990 laddove impone all'amministrazione di perseguire i fini indicati dalla legge⁹⁷.

Esula invece dal tema dei vizi di legittimità lo sviamento di potere inteso dalla giurisprudenza come ipotesi di elusione del giudicato (perché è ora ipotesi rientrante nelle causa di nullità del provvedimento ai sensi dell'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990⁹⁸), che sussiste nei casi in cui l'amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione al giudicato, persegue in realtà l'obiettivo di aggirarlo sul piano sostanziale, in modo da pervenire al medesimo esito già ritenuto illegittimo⁹⁹.

⁹⁶ Cons. St., sez. IV, 14.4.2006, n. 2142, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. V, 5.10.2005, n. 5329, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. IV, 17.12.2003, n. 8306, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. V, 9.10.2000, n. 5366, in *Foro amm.*, 2000, 10 ss.; Cons. St., sez. IV, 3.10.2000, n. 5235, in *www.leggiditalia.it*; TAR Lazio, Latina, 19.5.1994, n. 543, in *Foro amm.*, 1994, 2517 ss.; Cons. St., sez. V, 6.3.1991, n. 224, in *Foro amm.*, 1991, 709 ss.; Cass.civ., SS.UU., 12.6.1990, n. 5705, in *Foro it.*, 1990, 2176 ss.; Cons. St., sez. V, 21.12.1989, n. 870, in *Foro amm.*, 1989, 12 ss..

⁹⁷ Per questa impostazione, E. CARDI – S. COGNETTI, *op.cit.*, 347; P. M. VIPIANA, *op.cit.*, 186 e A. PUBUSA, *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993, 1096 ss.; F. G. SCOCA, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, cit., 171.

⁹⁸ Prima dell'introduzione dell'art. 21 *septies*, invece, lo sviamento di potere per elusione del giudicato era considerato dalla prevalente giurisprudenza una figura sintomatica dell'eccesso di potere. Si vedano, ad esempio TAR Lombardia, Milano, sez. III, 3.3.1987, n. 155, in *Foro amm.*, 1987, 1853 ss.; TAR Campania, Napoli, 16.2.1983, n. 72, in *Foro amm.*, 1983, 1236 ss.; Cons.Giust.Amm.Sicilia, 21.4.1983, n. 48, in *Foro amm.*, 1983, 437 ss.; Cons. St., sez. VI, 6.3.1957, n. 106, in *Foro amm.*, 1957, 402 ss.. Per una qualificazione dello sviamento di potere per elusione del giudicato come causa di nullità già anteriormente all'art. 21 *septies*, Cons. St., sez. IV, 6.10.2003, n. 5820, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2914 ss.; Cons. St., sez. VI, 28.8.1993, n. 603, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. VI, 31.1.1986, n. 78, in *Foro amm.*, 1986, 109 ss.; Cons. St., sez. V, 29.10.1985, n. 357, in *Foro amm.*, 1985, 1148 ss.; Cons. St., sez. V, 26.1.1985, n. 53, in *Foro amm.*, 1985, n. 46 ss..

⁹⁹ Cons. St., sez. V, 20.4.2012, n. 2348, in *Foro amm. CDS*, 2012, 959 ss.; Cons. St., sez. IV, 4.4.2012, n. 2004, in *www.leggiditalia.it*; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 29.7.2011, n. 2036, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2213 ss.; Cons. St., sez. VI, 5.7.2011, n. 4037, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. V, 12.5.2011, n. 2818, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. IV, 4.3.2011, n. 1415, in *Foro amm. CDS*,

Anche la disparità di trattamento, non sembra godere di una certa autonomia rispetto alle altre figure sintomatiche.

Si è già detto che viene talvolta equiparata allo sviamento di potere, essendo la non imparzialità interpretata dalla giurisprudenza come un vizio che pregiudica, per ciò solo, il perseguimento del fine indicato dalla legge.

E' frequente, inoltre, la commistione della disparità di trattamento con l'ingiustizia manifesta. In particolare, nonostante queste due figure godano, almeno in astratto, di una certa autonomia (basti per esempio pensare che l'accertamento dell'ingiustizia manifesta non dovrebbe necessitare di un dato da assumere come termine di paragone¹⁰⁰), la giurisprudenza si riferisce sovente all'ingiustizia manifesta argomentando la violazione del principio di imparzialità, che è essenza della disparità di trattamento¹⁰¹.

In alcuni casi, la disparità di trattamento è stata sovrapposta all'ipotesi di motivazione illogica e contraddittoria¹⁰².

In ogni caso, si sostanzierebbe in un caso di contraddittorietà *esterna* tra provvedimenti i quali, appunto contraddittoriamente, regolano le medesime ipotesi in modo irragionevolmente diverso, ovvero riservano immotivatamente un trattamento differente a casi uguali¹⁰³. A riguardo, è stato poi correttamente osservato che mentre

2011, 846 ss.; TAR Veneto, Venezia, sez. II, 26.2.2007, n. 523, in *Foro amm. TAR*, 2007, 431 ss..

¹⁰⁰ Equipara invece le due figure anche sotto questo profilo TAR Lazio, Roma, sez. III, 21.6.2007, n. 5645, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2084 ss..

¹⁰¹ Ad esempio, è stato ritenuto viziato da ingiustizia manifesta il provvedimento con cui, in violazione del principio di imparzialità, due dipendenti comunali con diverse qualifiche erano stati inquadrati nel medesimo livello retributivo, TAR Lazio, sez. II, 24.9.1980, n. 622, in *Riv. Amm.*, 1981, 338 ss.; sempre sulla commistione tra ingiustizia manifesta e disparità di trattamento, TAR Umbria, Perugia, sez. I, 2.11.2011, n. 354, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3482 ss.; TAR Lazio, Roma, n. 5645/2007, cit.; TAR Lazio, Roma, sez. II, 11.10.2005, n. 8286, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3190 ss.; TAR Campania, Napoli, 31.8.2004, n. 11619, in *dejure.it*; Cons. St., sez. IV, 12.6.2003, n. 3313, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1842 ss.; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 12.5.2002, n. 1276, in *Foro amm. TAR*, 2002, 1777 ss.; Cons.Giust.Amm.Sicilia 18.3.1998, n. 156, in *dejure.it*; TAR Lazio, sez. I, 18.4.1996, n. 654, in *dejure.it*; TAR Molise, 3.9.1987, n. 142, in *Foro amm.*, 1988, 1128 ss.; Cons. St., sez. IV, 24.11.1986, n. 758, in *Foro amm.*, 1986, 2426 ss..

¹⁰² Cons. St., sez. V, 13.1.1998, n. 63, in *dejure.it*; Tar Emilia Romagna, n. 38/1979, cit..

¹⁰³ Cons. St., sez. VI, 23.5.2011, n. 3044, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1659 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. III, 22.2.2007, n. 1554, in *Foro amm. TAR*, 2007, 555 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. I, 15.2.2006, n. 1125, in *Foro amm. TAR*, 2006, 574 ss.; Cons. St., sez. IV, 5.10.2005, n. 5349, in *Foro amm. CDS*, 2005, 2879 ss.; TAR Molise, 23.11.1995, n. 264, in *Foro amm.*, 1996, 2426 ss.; Cons. St., sez. VI, 16.5.1992,

la disparità di trattamento si traduce sempre in un'ipotesi di contraddittorietà esterna, non sarebbe sempre il vero il contrario, in quanto la contraddittorietà può aversi anche in relazione a due provvedimenti riguardanti il medesimo soggetto¹⁰⁴.

Infine, anche in merito alla disparità di trattamento la giurisprudenza è solita nel richiamare la violazione di principi generali, quali quello di uguaglianza, buon andamento e (come già indicato nel dare conto della sovrapposizione della figura in esame con l'ingiustizia manifesta) di imparzialità di cui agli artt. 3 e 97 della Costituzione¹⁰⁵.

Risulta riconducibile alla contraddittorietà *esterna*, oltre che la disparità di trattamento, altresì la violazione di norme interne; ed è evidentemente corretto estendere anche a questa ipotesi la precisazione sopra esposta in tema di disparità di trattamento, ossia che la violazione di prassi e circolari si sostanzia in una contraddittorietà fra atti, mentre quest'ultima non si verifica esclusivamente per violazione di prassi o circolari.

E' opportuno precisare che la giurisprudenza, soprattutto la più recente, identifica i casi di contraddittorietà, sia interna che esterna (nella quale risultano comprese, come appena indicato, disparità di trattamento e violazione di norme interne), con ipotesi di irragionevolezza¹⁰⁶, ma talvolta anche di illogicità¹⁰⁷ o di ingiustizia¹⁰⁸.

n. 386, in *Foro amm.*, 1992, 1117 ss.; TAR Toscana, 17.1.1991, n. 4, in *dejure.it*; Cons. St., sez. IV, 5.7.1989, n. 444, in *Foro amm.*, 1989, 2018; Cons. St., sez. IV, 7.12.1988, n. 922, in *dejure.it*; TAR Liguria, Genova, 24.2.1983, n. 127, in *Foro amm.*, 1983, 1388 ss.; Corte Conti, sez. contr., 31.10.1978, n. 1452, in *Riv. Corte Conti* 1979, 321 ss.. Per una equiparazione tra disparità di trattamento e contraddittorietà *interna*, in relazione ad un provvedimento con cui, nell'ambito di una trattativa privata, la Regione ammetteva un'impresa invitandola a chiarire l'offerta e ne escludeva un'altra senza chiederle ulteriori precisazioni nonostante le offerte di entrambe le imprese presentassero carenze documentali equivalenti, TAR Valle d'Aosta, Aosta, 20.5.1994, n. 65, in *Foro amm.*, 1994, 1842 ss..

¹⁰⁴ Quasi letteralmente T. ALIBRANDI, *Lineamenti attuali dell'eccesso di potere*, in *Impr.amb.pubbl.amm.*, 1975, 244.

¹⁰⁵ Cfr. le pronunce indicate alla nota n. 101, nonché Cons. St., sez. VI, n. 97/1992, cit..

¹⁰⁶ TAR Lazio, Roma, 3.5.2011, n. 3784, in *Foro amm. TAR*, 2011, 1602 ss.; TAR Emilia Romagna, Parma, 23.2.2005, n. 127, in *Foro amm. TAR*, 2005, 382 ss.; TAR Puglia, Lecce, 6.3.2003, n. 738, in *Foro amm. TAR*, 2003, 1065 ss.; Cons. St., sez. VI, 6.4.2000, n. 1885, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2000, 781 ss..

¹⁰⁷ TAR Liguria, Genova, 24.7.2012, n. 1073, in *Foro amm. TAR*, 2012, 2266 ss.; Cons. St., sez. VI, 27.10.2011, n. 5787, in *Foro amm. CDS*, 2011, 3176 ss.; TAR Tentino Alto Adige, Trento, sez. I, 9.2.2010, n. 41, in *Foro amm. TAR*, 2010, 374 ss.; Cons. St., sez. IV, 18.6.2009, n. 4024, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1462 ss.; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 3.2.2006, n. 178, in *Foro amm. TAR*, 2006, 464

L'atteggiamento dei giudici amministrativi in tema di eccesso di potere diviene ancora più complesso proprio relativamente alle figure alle quali per ora si è solo accennato ma che restano da esaminare, ossia l'ingiustizia, l'illogicità, l'irragionevolezza, l'incongruità e la contraddittorietà *interna*.

Un'analisi approfondita delle pertinenti pronunce dimostra, innanzitutto, che non risulta esservi neppure una sentenza che le abbia distinte da un punto di vista definitorio (al più, accade che di volta in volta ne vengano menzionate alcune e non altre), ma soprattutto, e questa è una tendenza recente ma che si crede essere quella che merita maggiore attenzione, che vengono tutte ricondotte alla *violazione di principi generali*.

Non si ritrovano argomenti riferiti ad una piuttosto che ad un'altra figura, né relativi alla violazione di specifiche disposizioni normative e questo accade anche perché, se è agevole individuare norme che disciplinano la fase istruttoria, di *acquisizione* del fatto da parte della P.A., non si rinvencono invece altrettante norme di dettaglio sulle modalità di *valutazione* di esso.

Ciò che davvero colpisce è che i giudici amministrativi che debbano vagliare motivi di ricorso in cui si lamenta la presenza di una delle figure a cui ci si sta riferendo, accertano la correttezza dell'esercizio dei poteri discrezionali verificando, di fatto, il rispetto dei principi generali che governano l'azione amministrativa (discrezionale o vincolata che essa sia), in particolare dell'imparzialità¹⁰⁹, ragionevolezza¹¹⁰ e

ss.; TAR Lazio, Roma, sez. II, 22.6.2004, n. 6815, in *Giur.merito*, 2005, 756 ss.; Cons. St., sez. V, 27.9.1996, n. 1159, in *Foro amm.*, 1996, 2641 ss.; TAR Valle d'Aosta, Aosta, 20.5.1994, n. 65, in *Foro amm.*, 1994, 1842 ss.; Cons. St., sez. V, 8.2.1991, n. 112, in *Foro amm.*, 1991, 356 ss.; Cons. St., sez. IV, 10.11.1981, n. 859, in *Riv.giur.edilizia*, 1981, 1023 ss.; TAR Piemonte, 5.11.1980, n. 967, in *Foro amm.*, 1981, 619 ss..

¹⁰⁸TAR Valle d'Aosta, Aosta, 18.9.2012, n. 76, in *dejure.it*; TAR Lazio, Roma, 21.6.2007, n. 5645, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2084 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. III, 31.8.2004, n. 11619, in *dejure.it*; TAR Toscana, Firenze, sez. II, 20.3.2003, n. 1064, in *dejure.it*; TAR Lazio, Roma, sez. I, 5.5.2001, n. 3855, in *dejure.it*; TAR Lazio, Roma, sez. I, 18.4.1996, n. 654, in *dejure.it*; Cons. St., sez. VI, n. 463/1990, cit.; Cons. St., sez. IV, 18.5.1980, n. 270, in *dejure.it*.

¹⁰⁹Cons. St., sez. VI, 2.3.2011, n. 1300, in *Foro amm. CDS*, 2011, 939 ss.; Cons. St., sez. VI, 12.1.2011, n. 110, in *Foro amm. CDS*, 2011, 211 ss.; TAR Campania Napoli, 29.4.2009, n. 2203, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1180 ss.; Cons. St., sez. IV, 17.2.2004, n. 632, in *Foro amm. CDS*, 2004, 395 ss.; Cons. St., sez. VI, 27.12.2000, n. 6875, in *Foro amm.*, 2000, 12 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. I, 26.10.1992, n. 288, in *Foro amm.*, 1993, 1637 ss.; TAR Lazio, 622/1980, cit..

¹¹⁰Cons. St., sez. VI, 2.5.2012, n. 2521, in *Foro amm. CDS*, 2012, 1284 ss.; Cons. St., sez. VI,

proporzionalità¹¹¹.

Già da un punto di vista sostanziale, la persistente riconduzione delle figure sintomatiche alla violazione di norme di dettaglio (in particolare, di alcune delle figure attinenti alla *acquisizione* del fatto) e alla violazione di principi (per quanto riguarda le altre figure relative alla *acquisizione* del fatto e tutte quelle inerenti alla sua *valutazione*) rende centrale il vizio di violazione di legge e fa venir meno la tipicità dell'eccesso di potere¹¹².

La ragione di questo atteggiamento, certamente agevolato anche dalla scorretta prassi forense, costante nel formulare i singoli motivi di ricorso come onnicomprensivi di più figure sintomatiche e di più vizi di legittimità, va presumibilmente ravvisata nella progressiva e talvolta ridondante giuridicizzazione dell'attività amministrativa.

Prima la legge n. 241/1990, poi le significative modifiche ad essa apportate dalla legge n. 15/2005, ma altresì le numerosissime discipline di settore, hanno infatti avuto (e tutt'ora mantengono) l'effetto di fornire una normativa sempre più puntuale dell'azione pubblica.

In particolare, l'espressa menzione legislativa dei principi generali dell'azione amministrativa (avvenuta ad opera della legge n. 15/2005 con l'inserimento del nuovo art. 1 della legge n. 241/1990, rubricato *Principi generali dell'attività amministrativa*), che ha costituito il recepimento di quelli comunitari, nonché l'attuazione di quelli costituzionali, ha attribuito valore normativo ai principi entro i quali tutta l'attività amministrativa, vincolata o discrezionale che sia, deve essere esercitata, che quindi ben possono assurgere a parametro legislativo per verificare la legittimità del provvedimento.

Questo fenomeno, per cui ognuna delle ipotesi in cui è stato frammentato l'eccesso di

21.3.2011, n. 1709, in *Foro amm. CDS*, 2011, 978 ss.; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 23.4.2008, n. 511, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1153 ss.; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 14.9.1993, n. 802, in *dejure.it*; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 288/1992, cit..

¹¹¹ Cons. St., sez. VI, n. 23.5.2011, n. 3044, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1659 ss.; Cons. St., sez. VI, n. 1709/2011, cit.; Cons. St., sez. IV, 7.1.2011, n. 25, in *Foro amm. CDS*, 2011, 64 ss.; TAR Lombardia, Brescia, 13.1.2006, n. 41, in *Foro amm. TAR*, 2006, 30 ss..

¹¹² "Rimane peraltro ancora insoluto il quesito sul perché la giurisprudenza qualifichi eccesso di potere la violazione di principi generali dell'ordinamento e, in particolare, di principi costituzionali scritti", F.

MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 237.

potere, traducendosi nella violazione di norme di dettaglio o comunque di principi¹¹³, può essere accertata secondo il sindacato tipico della violazione di legge, rende davvero difficile individuare uno spazio tipicamente riservato all'eccesso di potere inteso come vizio a sé stante, che ne motivi la perdurante autonoma esistenza nell'area della legittimità¹¹⁴.

Ciò che merita ulteriore rilievo sono i risvolti processuali di una simile impostazione: non tanto quello, di natura principalmente formale, relativo alla possibilità per il giudice di riqualificare la figura sintomatica prospettata dal ricorrente¹¹⁵ o sovrapporla con altre, quanto quello della metamorfosi che sta progressivamente subendo il sindacato giurisdizionale relativo all'accertamento delle figure in esame.

Tale sindacato pare infatti essere divenuto un sindacato diretto, non più sintomatico, che tende cioè ad accertare non un sintomo del vizio di eccesso di potere, bensì la diretta violazione di una legge o di uno dei principi che disciplinano l'azione amministrativa, secondo il tipico schema di accertamento del vizio di violazione di legge¹¹⁶.

Questo comporta, anche considerando quanto si è sostenuto in relazione all'accertamento del vizio di incompetenza (che è parso equivalente al sindacato sulla violazione di legge), una generale uniformità del sindacato di legittimità sugli atti

¹¹³ Per la corrispondenza tra violazione di principi generali e vizio di violazione di legge, si vedano ad esempio TAR Lazio, Roma, sez. I, 3.5.2012, n. 3943, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1598 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 22.6.2011, n. 3297, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2053 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. II, 4.2.2010, n. 1524, in *Giur.merito*, 2010, 3119 ss.; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 17.12.2009, n. 2223, in *Foro amm. TAR*, 2009, 3673 ss.; TAR Liguria, Genova, sez. II, 13.11.2008, n. 1961, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3009 ss.; Cons. St., sez. V, 27.9.1999, n. 1188, in *Foro amm.*, 1999, 1764 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. II, 3.3.1995, n. 321, in *Foro amm.*, 1995, 1503 ss.; Cons. St., sez. V, 13.2.1995, n. 237, in *Foro amm.*, 1995, 348 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. I, 12.12.1994, n. 947, in *Foro amm.*, 1995, 18 ss.; TAR Umbria, 31.5.1994, n. 351, in *Foro amm.*, 1994, 2645 ss.. In dottrina P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 291 e A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Giuffrè, 1976, spec. 1252.

¹¹⁴ Del rischio di non distinguere più l'area della legittimità da quella del merito amministrativo (rischio che segue all'intenzione di motivare la persistenza dell'eccesso di potere come vizio autonomo rispetto alla violazione di legge) verrà dato conto nel successivo paragrafo del presente capitolo.

¹¹⁵ A dire il vero, non si rinviene neppure un caso in cui nel ricorso sia stato prospettato unicamente il vizio di eccesso di potere con riferimento ad una sola figura sintomatica.

¹¹⁶ Osserva che il sindacato sull'eccesso di potere consiste in un "procedimento logico del tutto identico a quello usato dal giudice quando il parametro non è un principio generale, ma una norma di legge", F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 240.

amministrativi, che diviene appunto di mero raffronto tra la sostanza del provvedimento e il parametro normativo di riferimento che può essere una norma sulla competenza, una qualsiasi diversa disposizione applicabile o il principio che viene in rilievo nel caso di specie.

In conclusione, se il sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere si traduce, di fatto, in un sindacato che verifica la conformità, la rispondenza del provvedimento alla normativa di riferimento o ai principi di imparzialità, ragionevolezza e proporzionalità, allora non pare scorretto sostenere che è venuta meno la tipicità anche (oltre che del vizio di incompetenza) del vizio di eccesso di potere.

1.4. Il mutevole ambito applicativo della violazione di legge: la codificazione dei principi generali dell'azione amministrativa e l'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990

L'ultimo vizio che resta da analizzare, non certo per rilevanza, ma solo in quanto è solitamente indicato nei ricorsi dopo le censure per incompetenza ed eccesso di potere (o, molte volte, congiuntamente a quest'ultimo), è la violazione di legge.

A riprova della sua crescente predominanza, è anzi indicato dalla normativa vigente (art. 29 del d.lgs. n. 104/2010 e art. 21 *octies*, comma 1, legge n. 241/1990) come primo vizio di legittimità.

Si ritiene opportuno chiarire fin da subito che per *violazione* di legge ci si riferisce sia all'ipotesi di non applicazione della normativa di riferimento, ossia alla mancata applicazione della disciplina invece applicabile (c.d. violazione in senso stretto), sia all'ipotesi di erronea applicazione della stessa, che deriva solitamente da un'errata interpretazione del quadro normativo pertinente al caso di specie (c.d. falsa applicazione)¹¹⁷.

Per quanto riguarda il termine *legge*, esso va inteso in senso estremamente ampio in quanto vi si deve ricomprendere l'intera normativa che disciplina l'esercizio del potere che viene in rilievo nel caso concreto. Nei fatti, potrà trattarsi di un precetto costituzionale¹¹⁸ o contenuto in una legge costituzionale¹¹⁹, di un principio generale, di

¹¹⁷ L. ORUSA, *Violazione di legge (diritto amministrativo)*, in *Noviss.dig.it.*, Torino, 1975, 857 ss.; R. CAVALLO PERIN *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig.disc.pubbl.*, Torino, 1999, 659.

¹¹⁸ Cons. St., sez. V, n. 1188/1999, cit.; TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 321/1995, cit.; Cons. St., sez. V,

una legge statale (in senso formale o di un atto avente forza di legge), di una legge regionale, di una fonte comunitaria dotata di effetti diretti (ad esempio i regolamenti e le direttive c.d. *self executive*), di un regolamento, di uno statuto, ma anche di un atto amministrativo generale di contenuto non normativo (ad esempio, i bandi o gli atti di pianificazione territoriale).

In termini generali, la violazione di legge sussiste quindi qualora non sia stata applicata o sia stata applicata erroneamente una (o più) delle norme che disciplinano l'esercizio del potere concretamente speso.

Nonostante sia il vizio sul quale si ritrova il minor numero di contributi dottrinali e di argomentazioni giurisprudenziali, è quello che attualmente risulta avere una portata del tutto dominante rispetto agli altri vizi di legittimità, come si è già accennato nei paragrafi precedenti e come si avrà modo di approfondire ulteriormente nel prosieguo del presente paragrafo.

Nel precedente par. 2 si è infatti potuto verificare che il vizio di incompetenza non è altro che una *species* del vizio di violazione di legge, in quanto si risolve nella violazione di una particolare categoria di norme, quali sono quelle che individuano, disciplinano e suddividono le competenze tra gli organi amministrativi¹²⁰.

Analogamente, nel par. 3 si è dato atto della sostanziale riconducibilità al vizio di violazione di legge anche di tutte le figure sintomatiche in cui è stato frammentato l'eccesso di potere¹²¹. In particolare alcune delle figure attinenti all'*acquisizione* del

n. 237/1995, cit..

¹¹⁹ La profonda giuridicizzazione che ha interessato l'attività amministrativa rende difficile ipotizzare un contrasto diretto di un provvedimento con una disposizione costituzionale, perché è verosimile che sia sempre possibile rilevare un contrasto tra il provvedimento e una legge di rango ordinario. Nel caso in cui il provvedimento di cui si lamenta l'illegittimità per violazione di una norma di rango costituzionale sia conforme ad una legge che si ritiene essere incostituzionale, occorrerà allora prospettare l'eccezione di incostituzionalità della legge nel giudizio amministrativo, fermo restando che la questione di legittimità costituzionale può essere sollevata d'ufficio dal giudice (art. 23 legge n. 87/1953).

¹²⁰ Si è già dato atto in sede di analisi del vizio di incompetenza, che talvolta la giurisprudenza attrae nella sfera della (il) legittimità anche la violazione di norme attributive del potere, che dovrebbe invece essere causa di nullità del provvedimento per difetto assoluto di attribuzione.

¹²¹ Sulla qualificazione dell'eccesso di potere "come *species* del *genus* violazione di legge", P. GASPARRI, *Eccesso di potere* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 133. Sul carattere convenzionale della distinzione, anche F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (1911-1914), ristampa con note di aggiornamento, a cura di G. Miele, Padova, 1960, 599 ss..

fatto sarebbero riconducibili alla violazione di norme di dettaglio, mentre le ulteriori inerenti all'*acquisizione* del fatto e quelle concernenti la sua *valutazione* costituirebbero violazione di principi generali.

Anche queste ultime figure, che si sostanziano nella violazione di principi generali, potrebbero in verità qualificarsi come dirette violazioni di norme di dettaglio, precisamente, dell'art. 1 della legge n. 241/1990, in considerazione della veste normativa che tale norma ha attribuito ai principi generali.

Il processo di crescente giuridicizzazione dell'azione pubblica ha quindi influito in modo notevole - sia indirettamente, ossia impattando sull'eccesso di potere, che direttamente, con l'ampliamento dei parametri normativi - anche sul vizio di violazione di legge.

La progressiva normativizzazione dell'azione amministrativa ha comportato il superamento del ruolo tipicamente residuale del vizio di violazione di legge e ne ha anzi esteso (tramite l'ampliamento dei parametri di legittimità), l'ambito applicativo in misura tale da renderlo indicativo di ogni ipotesi di illegittimità del provvedimento amministrativo.

La conferma processuale della centralità del vizio di violazione di legge, ovvero della identificabilità in esso di ognuna delle ipotesi di illegittimità che possono configurarsi, è rappresentata dal consolidamento di uno schema uniforme di sindacato di legittimità, che viene infatti svolto sempre secondo la medesima tecnica, ossia come un sindacato sulla violazione di legge, condotto mediante il raffronto tra il provvedimento e l'intera normativa di riferimento del caso di specie.

Questa unicità del sindacato di legittimità esercitabile, come si avrà modo di chiarire nel successivo capitolo 2, pare peraltro essere l'unico modello di sindacato costituzionalmente legittimo, perché il principio dell'indefettibilità di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva sancito dagli artt. 24 e 113 Cost. e la conseguente atipicità dei vizi dovrebbero impedire la frammentazione del sindacato di legittimità in modelli diversi a seconda del vizio prospettato.

Il superamento della tradizionale sistematica dei vizi di legittimità dovuta alla riconducibilità di ogni ipotesi di illegittimità ad un parametro normativo e, in generale, la concretizzazione di un modello di sindacato uniforme portano ad interrogarsi altresì sulla sorte del confine tra legittimità e merito amministrativo¹²².

¹²² Esaminano la fumosità del confine tra legittimità e opportunità dell'azione amministrativa, in particolare tra discrezionalità e merito F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in

In particolare, il dubbio che l'ambito riservato all'amministrazione¹²³ sia divenuto sempre meno distinguibile dall'area sindacabile dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità sorge da una crescente tendenza della giurisprudenza di sindacare comunque il merito amministrativo all'interno della giurisdizione generale di legittimità, attraverso il formale richiamo alle figure sintomatiche.

Ad esempio è stato affermato che i giudizi formulati sui militari delle forze armate dai superiori gerarchici, pur costituendo valutazioni che impingono nel merito, sono sindacabili se risultano manifestamente abnormi, discriminatori o oggetto di un travisamento dei presupposti¹²⁴.

Così pure viene affermato che le determinazioni del Consiglio Superiore della Magistratura costituiscono valutazioni di opportunità, ma nondimeno sono sindacabili sotto i profili di illogicità, irragionevolezza, travisamento dei fatti, carenza di motivazione o di istruttoria¹²⁵, nonché di contraddittorietà ed illogicità¹²⁶.

Le norme tecniche di attuazione del piano regolatore sarebbero espressione di merito amministrativo, ma il giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità, afferma di poterle sindacare per incoerenza con l'impostazione di fondo dell'intervento pianificatorio o per manifesta incompatibilità con le caratteristiche oggettive del territorio, nonché per illogicità o irrazionalità¹²⁷.

Anche le modifiche apportate con l'approvazione di una variante ad un piano

Nuova rass., 1981, 1385 ss. e A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir.amm.*, 2008, 539 ss..

¹²³ Per una sostanziale riconduzione del merito al concetto di opportunità, V. OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss.dig.it.*, Torino, 1964, 575 ss.; G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976, 132 ss.; A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, spec. 25 ss.; M. S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2000, 347 ss.; C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, 131 ss..

¹²⁴ Cons. St., sez. IV, 7.6.2011, n. 3439, in *Foro amm. CdS*, 2011, 1892 ss.; Cons. St., sez. IV, 12.5.2011, n. 2877, in *Foro amm. CdS*, 2011, 1516 ss.; Cons. St., sez. IV, 9.3.2011, n. 1519, in *Foro amm. CdS*, 2011, 853 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. I, 9.3.2011, n. 2131, in *Foro amm. TAR*, 2011, 831 ss.; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 1.3.2011, n. 594, in *Foro amm. TAR*, 2011, 742 ss.; Cons. St., sez. IV, 18.2.2011, n. 1065, in *Foro amm. CdS*, 2011, 434 ss.; Cons. St., sez. IV, 11.2.2011, n. 926, in *Foro amm. CdS*, 2011, 399 ss..

¹²⁵ TAR Lazio, Roma, sez. I, 5.7.2012, n. 6083, in *Foro amm. TAR*, 2012, 2332 ss..

¹²⁶ Cons. St., sez. IV, 24.5.2010, n. 3265, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. IV, 11.9.2009, n. 5479, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1974 ss..

¹²⁷ Cons. St., sez. IV, 31.7.2009, n. 4847, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1720 ss..

regolatore generale costituiscono scelte di merito dell'amministrazione comunale, ma sono comunque sindacabili per sviamento di potere o disparità di trattamento¹²⁸.

Gli esempi dei casi in cui la giurisprudenza ha attratto nell'ambito della giurisdizione di legittimità ipotesi rappresentative di merito amministrativo, svolgendo quindi un sindacato in realtà praticabile solo al sussistere della speciale giurisdizione di merito, potrebbero essere numerosissimi.

Questa complessa questione attinente alla separazione tra legittimità e merito e quindi tra i vizi di legittimità e i vizi di merito, da sempre mantenuto entro le maglie dell'eccesso di potere proprio perché la sindacabilità di valutazioni di merito era ancorata alla presenza di figure sintomatiche, si ritiene debba ora essere spostata sul terreno della violazione di legge, principalmente per due ragioni.

Innanzitutto in ragione della già affermata riconducibilità di ciascuna figura sintomatica alla violazione di una norma di dettaglio che ne impedisce la distinzione rispetto alla violazione di legge.

In secondo luogo perché solo affermando che il merito non sia riferibile ad alcuna norma giuridica, si potrebbe continuare a sostenere l'estraneità dei vizi di merito dalla violazione di legge e, in generale, dal sindacato di legittimità¹²⁹.

Tuttavia, è difficile escludere che i principi generali già più volte richiamati, che sono indicati all'art. 1 della legge n. 241/1990, specialmente quelli di economicità, efficienza e proporzionalità, si riferiscano anche all'opportunità dell'azione amministrativa¹³⁰. Questo dato sarebbe già sufficiente per riferire anche i vizi di merito, o meglio i casi di inopportunità del provvedimento, alla violazione di legge e quindi ciò basterebbe per escludere che il merito possa sfuggire al sindacato di legittimità¹³¹.

¹²⁸ Cons. St., sez. IV, 21.10.2008, n. 5159, in *www.leggiditalia.it*.

¹²⁹ Per una riflessione sulla possibilità che il merito sia assimilato nella giurisdizione di legittimità in virtù di norme implicite, anche in ragione del fatto che non si riscontra nella Costituzione alcun limite a riguardo, F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, cit., 17.

¹³⁰ Esclude invece che economicità ed efficienza siano parametri riferibili all'attività autoritativa, in quanto caratteristici dei servizi pubblici e quindi riferibili principalmente all'organizzazione amministrativa, R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig.disc.pubbl.*, Torino, 1999.

¹³¹ Qualifica l'opportunità come uno dei principali parametri di legittimità dell'atto amministrativo e la ricollega all'art. 1 della legge n. 241/1990, P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., 372. Già precedentemente B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, III, Padova, 1993, spec. 327 ss..

Pare quindi possibile sostenere che l'atipicità dei vizi di legittimità, o meglio la loro riconducibilità al vizio di violazione di legge (inteso però come vizio onnicomprensivo delle ipotesi di illegittimità, quindi con un significato del tutto diverso da quello originario) consente ad includere nell'alveo dell'illegittimità anche i vizi di merito.

Nell'analisi della violazione di legge e, più in generale, nel voler sostenere l'atipicità dei vizi di legittimità, non può infine prescindere dal considerare che il significativo intervento del legislatore attuato con la legge n. 15/2005 ha avuto un effetto opposto, speculare, a quello estensivo dell'ambito applicativo del vizio di violazione di legge fin ora considerato, in quanto ha al contempo ridotto l'operatività di tale vizio, attraverso la distinzione tra violazioni c.d. formali e violazioni c.d. sostanziali.

E' notorio infatti che con l'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990 è stata riservata, al sussistere delle condizioni indicate dalla norma, efficacia invalidante alle sole violazioni di leggi sostanziali, mentre tale portata viziante è stata esclusa per i casi di violazioni di norme sulla forma o meramente procedurali.

Al fine di sostenere l'atipicità dei vizi di legittimità, occorre definire la natura, sostanziale o processuale, della norma da ultimo citata.

Infatti, solo riconoscendole natura esclusivamente processuale sarebbe possibile sostenere in via generale l'atipicità dei vizi di legittimità, altrimenti, qualora le si attribuisse natura sostanziale, occorrerebbe restringere il concetto di atipicità alle sole illegittimità invalidanti.

In altre parole, solo sostenendo la valenza meramente processuale della norma non potrebbe porsi in dubbio che i provvedimenti viziati da *deficit* procedurali o di forma, pur non caducabili, restano sostanzialmente illegittimi, mentre qualora si ritenesse di doverle attribuire natura sostanziale, allora dovrebbe concludersi che in quei casi i provvedimenti non possono essere annullati perché sono legittimi.

A riguardo, si ritiene di dover aderire alla concezione, predominante sia in dottrina¹³² che in giurisprudenza¹³³, secondo cui tale norma ha natura processuale.

¹³² S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione*, Milano, 2000, 62 ss.; P.M. VIPIANA, *Invaldità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi alla luce della legge n. 15 del 2005*, Padova, 2007, 60; D. U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21- octies della legge n. 241/90*, in *www.giustamm.it*, 2005. Più approfonditamente, ritiene che tale norma sia "anche e probabilmente essenzialmente sul processo", perché "è regola dunque (dei poteri del giudice) del processo che però investe insieme (...) anche (la funzione de) il procedimento", G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir.proc.amm.*, 2006, 572 ss., spec. 580-581.

¹³³ I giudici amministrativi, proprio argomentando sulla natura processuale dell'art. 21 *octies*, hanno

Tale norma è infatti relativa all'annullabilità giurisdizionale di un provvedimento *ab origine* viziato, non ne esclude l'invalidità da un punto di vista sostanziale, ma solo permette al giudice adito di non pronunciarne l'annullamento qualora i vizi accertati in giudizio abbiano natura formale o prettamente procedimentale, e sempre che non interessino profili discrezionali dell'atto e che non risulti che il contenuto del provvedimento sarebbe potuto essere diverso qualora esso fosse stato legittimamente adottato.

Alla luce di queste considerazioni, può quindi conclusivamente affermarsi che l'indebolimento della portata invalidante accordato dalla legge alle violazioni di norme procedurali, non influisce in alcun modo sulla possibilità di considerare come atipici i vizi di legittimità.

Tale norma pone piuttosto dei dubbi di legittimità costituzionale proprio in quanto all'indebolimento dell'efficacia caducante di alcune ipotesi di illegittimità corrisponde un indebolimento della tutela giurisdizionale, così da apparire in contrasto con il già menzionato principio sancito agli artt. 24 e 113 Cost..

Quest'ultimo profilo, in quanto attinente ai rapporti intercorrenti tra il principio costituzionale indicato e la sistematica dei vizi di legittimità, verrà approfondito nel capitolo seguente.

potuto affermarne l'applicabilità della disposizione in commento anche ai giudizi pendenti aventi ad oggetto provvedimenti adottati prima dell'entrata in vigore della medesima disposizione, cfr. ad esempio Cons. St., sez. IV, 17.9.2012, n. 4925, in *www.giustiziaamministrativa.it*; Cons. St., sez. VI, 7.6.2011, n. 3416, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2021 ss.; Cons. St., sez. VI, 17.1.2011, n. 256, in *Foro amm. CDS*, 2011, 235 ss.; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 8.4.2010, n. 1507, in *Riv.giur.edilizia*, 2010, 1326 ss.; Cons. St., sez. V, 2.2.2010, n. 431, in *Foro amm. CDS*, 2010, 361 ss.; Cons. St., sez. V, 17.12.2008, n. 4414, in *Foro amm. CDS*, 2008, 2419 ss.; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 31.12.2007, n. 16690, in *Foro amm. TAR*, 2007, 3885 ss.; Cons. St., sez. VI, 4.9.2007, n. 4614, in *Foro amm. CDS*, 2007, 2518 ss.; TAR Lazio, Latina, 17.1.2007, n. 39, in *Foro amm. TAR*, 2007, 202 ss.; Cons. St., sez. VI, 7.7.2006, n. 4307, in *Dir. e giust.*, 2006, 83 ss.; Cons. St., sez. VI, 16.5.2006, n. 2763, in *Foro amm. CDS*, 2006, 1528 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. III, 10.4.2006, n. 2539, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1384 ss.; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 11.1.2006, n. 14, in *Foro amm. TAR*, 2006, 357 ss.; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 18.11.2005, n. 4706, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3384 ss.; Cons. St., sez. VI, 26.10.2005, n. 5969, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3033 ss.; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 9.9.2005, n. 4207, in *Foro amm. TAR*, 2005, 2969 ss.; TAR Liguria, Genova, sez. I, 21.4.2005, n. 519, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1014 ss.; TAR Liguria, Genova, sez. I, 1.4.2005, n. 413, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1008 ss..

2. L'IMPATTO DELLA COSTITUZIONE SUI VIZI DI LEGITTIMITÀ

SOMMARIO: 2.1. Costituzione e Pubblica Amministrazione: la mancanza di norme dedicate ai vizi di legittimità degli atti amministrativi. – 2.2. Il secondo comma dell'art. 113 Cost. come fondamento dell'atipicità dei vizi di legittimità. – 2.3. L'art. 113 della Costituzione e l'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990. – 2.4. Atipicità dei vizi di legittimità e sindacato di legittimità necessariamente unitario. – 2.5. Il giudice amministrativo come giudice che tutela situazioni giuridiche soggettive: una possibile spiegazione alla mancanza di una definizione dell'illegittimità degli atti amministrativi.

2.1. Costituzione e Pubblica Amministrazione: la mancanza di norme dedicate ai vizi di legittimità degli atti amministrativi

I vizi di legittimità dei provvedimenti amministrativi sono comparsi per la prima volta nel nostro ordinamento, come si è osservato nel cap. 1, con la legge Crispi del 1889, quindi in un'epoca ben anteriore rispetto al 1948.

In ragione della preminenza gerarchica della Costituzione sulle leggi ordinarie e in particolare, per quanto qui rileva, sulle leggi che indicano quali sono i vizi di legittimità, si è ritenuto opportuno verificare quali sono stati i riflessi che i principi costituzionali hanno avuto sulla tradizionale tripartizione dei vizi.

Ciò perché si crede che la tendenza crescente della giurisprudenza di rielaborare gli originari significati dei vizi e, più in generale, di interpretare la illegittimità degli atti amministrativi come un concetto connotato da atipicità, sia un naturale ed inevitabile corollario di alcuni dei predetti principi costituzionali.

In Costituzione non si ritrovano norme direttamente dedicate agli atti amministrativi, né tantomeno norme che concernono la loro invalidità.

Gli articoli che interessano la pubblica amministrazione sono principalmente relativi all'organizzazione amministrativa e alla tutela giurisdizionale dei privati nei confronti

degli atti da essa adottati, ma non concernono mai direttamente questi ultimi.

Tra le norme del primo tipo, sull'organizzazione, che sono infatti contenute nell'unica sezione dedicata alla pubblica amministrazione (ossia la sezione II del titolo III, sul Governo, della parte seconda della Costituzione, relativa all'ordinamento della Repubblica), rientrano gli artt. 97 e 98.

Come noto, l'art. 97 impone l'obbligo di accesso presso i pubblici uffici tramite concorso e sancisce i principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione che, come si è visto nel par. 4 del primo capitolo, vengono costantemente assunti dalla giurisprudenza come diretto parametro di legittimità degli atti¹³⁴. Riferendosi all'art. 97, occorre ricordare che anche l'art. 3, imponendo all'amministrazione un atteggiamento sostanzialmente paritario nei confronti dei destinatari della sua azione, funge da diretto parametro di legittimità dei provvedimenti¹³⁵.

Per quest'ultimo aspetto considerato, dunque, l'art. 97 (e l'art. 3) può intendersi, oltre che come norma sull'organizzazione, anche come norma di disciplina dell'attività amministrativa. Nondimeno però, nulla indica in relazione ai vizi di legittimità se non, indirettamente, nella misura in cui permette di affermare che la sua violazione (al pari di quella dell'art. 3) può integrare il vizio di violazione di legge.

L'art. 98 è invece norma strettamente inerente all'organizzazione in quanto è principalmente riferita ai pubblici dipendenti e al loro servizio¹³⁶ e quindi esso, pur riguardando la pubblica amministrazione, è estraneo al tema dell'illegittimità.

Le norme costituzionali del secondo tipo, che riguardano la tutela giurisdizionale dei privati nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, sono più numerose e possono essere a loro volta suddivise in due categorie: da un lato, quelle che attengono ad aspetti principalmente soggettivi della giustizia amministrativa, ossia che concernono gli organi muniti di giurisdizione e, dall'altro lato, quelle che si riferiscono alla giustizia amministrativa in senso oggettivo, funzionale, ossia che contemplano direttamente il complesso dei mezzi di tutela giudiziaria riconosciuto ai privati nei confronti dell'amministrazione.

¹³⁴ P. CARETTI, *Art. 97*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, 30 ss.; C. PINELLI, *Art. 97*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, 99 ss..

¹³⁵ Come già indicato nel cap. 1, si ritiene che i principi di uguaglianza, buon andamento e imparzialità di cui agli artt. 3 e 97 della Costituzione, che sono stati interpretati come parametri di legittimità dell'azione amministrativa, siano stati recepiti e codificati all'art. 1 della legge n. 241 del 1990.

¹³⁶ C. PINELLI, *Art. 98*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, 413 ss..

Attengono alla prima delle categorie indicate, ossia ai profili soggettivi della giustizia amministrativa, gli artt. 100, 103 e 125.

In particolare l'art. 100, inserito nella sezione dedicata agli organi ausiliari del Governo (sezione III, del titolo III, della parte seconda della Costituzione) qualifica il Consiglio di Stato come organo di giustizia *nell'amministrazione* e, con la Corte dei Conti, di consulenza al potere esecutivo.

Il riferimento al Consiglio di Stato come organo deputato alla tutela della giustizia *nell'amministrazione*, permette di distinguere tale funzione da quella giurisdizionale di tutela *nei confronti dell'amministrazione* (disciplinata, come si vedrà, dall'art. 103).

L'art. 100 è stato infatti interpretato come norma che postula necessariamente che l'amministrazione si organizzi in modo da assicurare giustizia al cittadino, predisponendo rimedi e forme di tutela ulteriori e diversi da quelli giurisdizionali¹³⁷.

L'art. 100 pare quindi imporre che venga garantita, accanto a quella giurisdizionale, anche una tutela amministrativa. Dovendosi ritenere compresi nella locuzione "giustizia amministrativa" anche i rimedi amministrativi, tale norma può essere qualificata come relativa, al contempo, anche ai profili oggettivi, funzionali, della giustizia amministrativa¹³⁸.

L'art. 103, contenuto nella sezione dedicata all'ordinamento giurisdizionale (sezione I, del titolo IV, della parte seconda della Costituzione) in cui è dettata la disciplina della magistratura, rileva, come si illustrerà in seguito, principalmente tra le norme che si riferiscono ai mezzi di tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione, ma per alcuni profili può essere compreso tra le norme dedicate a quelli che sono stati definiti aspetti soggettivi della giustizia amministrativa, in quanto indica il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti e (in tempo di guerra) i tribunali militari come organi muniti di giurisdizione. L'individuazione di tali organi come muniti di competenze giurisdizionali tra l'altro smentisce il disposto del precedente art. 102 che riferisce apoditticamente la funzione giurisdizionale ai soli magistrati ordinari¹³⁹.

E' in un certo qual modo speculare all'art. 103, nella parte in cui disciplina il Consiglio di Stato, l'art. 125, inserito nel titolo V dedicato alle regioni e agli enti

¹³⁷ A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir.proc.amm.*, 1994, 464.

¹³⁸ G. CARBONE, *Art. 100*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, 64 ss..

¹³⁹ G. BERTI, *Art. 113 (e 103, 1° e 2° c.)*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, 86 ss.; A. POLICE, *Art. 103*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 1988 ss..

locali, in quanto quest'ultimo costituisce copertura costituzionale degli organi di giustizia amministrativa di primo grado, che quindi completano la struttura giurisdizionale amministrativa.

Dunque, neppure dagli art. 100, 103 e 125, nonostante siano norme relative alla tutela che va accordata nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, possono trarsi indicazioni sui vizi di legittimità.

Sono sempre norme relative al sistema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi, ma appartenenti alla seconda delle categorie sopra indicate, in quanto specificamente dedicate agli aspetti oggettivi, funzionali, della giustizia amministrativa, gli artt. 24, 103 e 113.

Proprio per questa loro natura sono quelle maggiormente rilevanti al fine di comprendere l'impatto che la Costituzione ha avuto sul sistema dei vizi di legittimità.

Il primo comma dell'art. 24 (inserito nel titolo I sui rapporti civili, della prima parte della Costituzione, sui diritti e doveri dei cittadini) riconosce infatti il diritto alla tutela giudiziaria dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi ed equipara quindi, in senso assoluto, la tutela giurisdizionale accordabile per tutte le situazioni giuridiche soggettive, con ciò innovando notevolmente rispetto alle previsioni della legge del 1865¹⁴⁰.

Quest'ultima legge, infatti, limitava la tutela giurisdizionale ai soli diritti soggettivi, mentre la tutela delle posizioni giuridiche soggettive scaturenti dagli "affari" non compresi in quelli devoluti all'unico giudice allora esistente (il giudice ordinario), solo successivamente definite come "interessi legittimi", era assicurata esclusivamente con

¹⁴⁰ La Costituzione "ha inciso profondamente sulla preesistente situazione di tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi (...) perché gli uni e gli altri sono posti dalla Costituzione, per quanto reso possibile dalla rispettiva incidenza, in posizione di parità", G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, vol. XX, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1997, 27 ed "è più innovativa di quanto si creda, se le sue disposizioni vengono collegate e interpretate secondo la potenzialità del collegamento", E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano 1964, 111. Altri Autori hanno invece ritenuto che tali previsioni "hanno sostanzialmente avvallato le scelte operate dal legislatore ordinario", M. CLARICH, *La giustizia*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, tomo II, Milano, 2000, 1757, e "si sono limitate a confermare il sistema già vigente limitandosi ad elevare i suoi principi a norme di ordine costituzionale", G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II *La giustizia amministrativa*, Milano, 1958, 50, "consolidando i lineamenti del sistema quali risultano dalle leggi del 1865 e 1889", M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002, 76.

l'esperibilità dei ricorsi amministrativi e quindi, di fatto, riservata alla competenza della pubblica amministrazione.

Si era già visto nel cap. 1 che solo nel 1889 venne istituita la IV sezione del Consiglio di Stato che fu la prima ad avere competenze giurisdizionali, ma anche tale testo normativo non faceva alcuna menzione degli interessi legittimi in quanto si limitava ad indicare tra le competenze del Consiglio di Stato quella di decidere sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge¹⁴¹.

Gli interessi legittimi hanno quindi ricevuto formale consacrazione come posizione giuridica autonoma e meritevole di una tutela equivalente ai diritti soggettivi, solo con l'avvento della Costituzione.

La concreta portata dell'art. 24 può però essere colta appieno solo leggendola unitamente all'art. 113, con il quale, in combinato disposto, concorre a sancire il principio di tutela giurisdizionale piena ed effettiva¹⁴².

L'art. 113 si riferisce in particolare all'indefettibilità della tutela giudiziaria dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi contro gli atti della pubblica amministrazione.

E' stato infatti puntualmente affermato che l'art. 24 "non farebbe che generalizzare, ed estendere a qualunque controversia *inter cives*, quella libertà di agire che l'art. 113 intenderebbe disciplinare in modo specifico, con particolare riguardo all'oggetto della tutela, nei rapporti tra privati e amministrazioni pubbliche"¹⁴³.

Considerando che l'art. 113, pur in combinato disposto con il primo comma dell'art. 24, è la norma maggiormente rilevante nella questione che si intende affrontare, ossia quale è stato l'impatto delle norme costituzionali sulla già esistente tripartizione dei vizi di legittimità delineata dal legislatore ordinario, si ritiene ora doveroso concentrarsi su di essa e analizzarne puntualmente ogni singolo comma.

Il primo comma dell'art. 113 riconosce il diritto alla tutela giudiziaria dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi contro degli atti della pubblica amministrazione,

¹⁴¹ Considera che "l'art. 24 ha evidenziato la necessità di una medesima qualità di tutela per diritti soggettivi e interessi legittimi, piuttosto che consacrarne la distinzione da un punto di vista ontologico", A. PAJNO, *op.cit.* 462. In termini corrispondenti, L. P. COMOGLIO, *Art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, 14.

¹⁴² Il Codice del processo amministrativo sancisce all'art. 1 il principio generale per cui "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

¹⁴³ A. PAJNO, *op.cit.*, 461; nei medesimi termini anche F. SAITTA. *Art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, spec. 2141 ss..

davanti agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Il fatto che il diritto di azione contro gli atti amministrativi venga indistintamente collegato da questa disposizione tanto alla giurisdizione ordinaria, quanto a quella amministrativa, evidenzia la struttura della giurisdizione come naturalmente dualistica, nonostante, come prima accennato, l'art. 102 sembri riservare la funzione giurisdizionale ai soli magistrati ordinari, salvo poi essere smentito dal successivo art. 103.

Il primo comma dell'art. 113 è completato dall'art. 103, il quale delimita e circoscrive la giurisdizione amministrativa in funzione della tutela degli interessi legittimi, estendendola solo in particolari materie indicate la legge, anche alla tutela di diritti soggettivi.

In sostanza, la Costituzione proclama l'indefettibilità della tutela nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, stabilendo un riparto tra i due ordini giurisdizionali che si basa per lo più (salvo le ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva e salvo le ipotesi di giurisdizioni amministrative speciali che sono stabilite per materia, quali quella della Corte dei Conti) sulla posizione giuridica soggettiva che giustifica la legittimazione ad agire: se si tratta di diritto soggettivo l'organo dotato di giurisdizione è il giudice ordinario (sempre che non si tratti di una controversia devoluta alla giurisdizione amministrativa esclusiva), qualora invece si chiedo tutela per un interesse legittimo, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo.

Evidentemente, però, neanche il primo comma dell'art. 113 fornisce indicazioni utili sulla illegittimità dei provvedimenti amministrativi.

Il secondo comma dell'art. 113 è la norma che si ritiene decisiva per il tema che si intende affrontare, in quanto vieta che la tutela giurisdizionale verso gli atti della pubblica amministrazione, che può essere accordata sia dal giudice ordinario sia dal giudice amministrativo a seconda delle situazioni soggettive che di volta in volta si ritengono essere state lese dall'azione pubblica, possa essere esclusa ovvero limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

Il secondo comma dell'art. 113 si riferisce quindi alla tutela nei confronti della pubblica amministrazione senza distinguere la sede giudiziaria, ordinaria o amministrativa, in cui tale tutela viene domandata ed afferma il principio in base al quale tale tutela deve essere piena ed assoluta e perciò non può essere esclusa o limitata dal legislatore ordinario.

Il terzo ed ultimo comma dell'articolo che si sta esaminando si riferisce in particolare alla sola tutela caducatoria, in ordine alla quale pone una riserva di legge assoluta, sia

per la determinazione degli organi giurisdizionali che possono annullare gli atti amministrativi, sia per l'individuazione dei casi in cui tali organi possono esercitare il potere di annullamento e degli effetti conseguenti.

In base alla previsione del terzo comma appena considerato, che non richiama posizioni giuridiche soggettive e dunque prescinde dalla distinzione tra diritti ed interessi legittimi, anche il giudice ordinario potrebbe quindi procedere, in astratto, all'annullamento degli atti amministrativi¹⁴⁴, anche se è notorio che, in concreto, ciò è vietato dall'art. 4 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo n. 2248 del 1865, ancora in vigore, che riserva il potere di annullamento al giudice amministrativo e riconosce al giudice ordinario solo la possibilità di vagliare l'illegittimità dei provvedimenti in via incidentale, al fine dell'eventuale disapplicazione degli stessi.

Le disposizioni che sono state esaminate, seppur in modo estremamente sintetico rispetto all'approfondimento che ciascuna di esse potrebbe giustificare, rendono evidente che in Costituzione manca qualsiasi riferimento esplicito ai vizi di legittimità dei provvedimenti amministrativi.

Neppure l'unica norma dedicata specificamente alla tutela verso gli atti amministrativi, ossia l'art. 113, specifica alcunché sulla loro illegittimità.

Solo il secondo comma – che, come si è accennato e come si approfondirà nel prosieguo del presente paragrafo, si ritiene essere la disposizione decisiva per il tema che si sta affrontando - vieta espressamente che esistano atti amministrativi non impugnabili o impugnabili per alcuni soltanto dei vizi individuati dal legislatore ordinario.

Nonostante la mancanza di indicazioni costituzionali specifiche sull'illegittimità degli atti amministrativi, è sulla base del secondo comma dell'articolo 113 e con il fine di salvaguardare l'osservanza del principio in esso sancito (in combinato disposto con l'art. 24) di indefettibilità di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, che la giurisprudenza, amministrativa, di legittimità e costituzionale, ha potuto direttamente

¹⁴⁴ In merito a questa possibilità riconosciuta dalla norma costituzionale in commento, è stato osservato che, stando al dettato costituzionale, “potrebbe significare anche che è indifferente, rispetto al giudice, che la difesa sia chiesta per una posizione di diritto o di interesse legittimo. Se non c'è alcuna correlazione fra interesse legittimo e annullamento, non può esserci neppure una differenziazione sostanziale e per così dire necessaria tra diritti e interessi legittimi”, G. BERTI, *Art. 113 (e 103, 1° e 2° c.)*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, 87. Sulla costituzionalità di una legge che abolisca il divieto per il giudice ordinario di annullare gli atti amministrativi, A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 76.

riferirsi ai vizi di legittimità e, indirettamente, delineare l'impatto che la Costituzione ha avuto su di essi.

2.2. Il secondo comma dell'art. 113 Cost. come fondamento dell'atipicità dei vizi di legittimità

In particolare, come già indicato, il secondo comma dell'art. 113, a completamento della generalità della tutela accordata verso gli atti dell'amministrazione e proclamata al primo comma, vieta ogni esclusione o limitazione di tutela che si traduca nell'impossibilità di impugnare determinate categorie di atti¹⁴⁵ o nell'impossibilità di impugnare gli atti per determinati vizi¹⁴⁶.

L'entrata in vigore della Costituzione ha quindi comportato l'incostituzionalità delle leggi che prevedevano esclusioni o limitazioni alla sindacabilità di particolari categorie di atti o alla impugnabilità degli stessi per determinati vizi di legittimità.

Le primissime pronunce nelle quali è stata considerata la portata dell'art. 113 sono del Consiglio di Stato e tutte relative all'impugnazione di provvedimenti emanati anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione, in particolare adottati sotto il vigore di leggi che li sottraevano a qualsiasi controllo giurisdizionale.

Così il Consiglio di Stato sancì, proprio sulla base del disposto del secondo comma dell'art. 113, l'ammissibilità di un ricorso proposto avverso un provvedimento adottato dall'amministrazione sotto il vigore di decreti legislativi luogotenenziali anteriori al

¹⁴⁵ Va da subito chiarito che si considerano esclusi da questo principio gli atti politici, in relazione ai quali è stato affermato in dottrina che "l'art. 113 della costituzione vigente, il quale assicura il riesame degli atti amministrativi in sede giurisdizionale, non ha abolito l'eccezione risultante dall'art. 31 del t.u. sul Consiglio di Stato (ora art. 30 del c.p.a.), per cui sono innopugnabili gli atti del potere politico. Nella dottrina, nella giurisprudenza e nella prassi, quando si parla di atti politici, s'intende ormai nettamente contrapporli agli atti amministrativi, ed il regime dei primi è ben distinto da quello dei secondi", C. VITTA, *Impugnabilità degli atti politici*, in *Foro amm.*, 1951, 203.

¹⁴⁶ E' stato infatti affermato, anche al fine di sostenere l'efficacia direttamente abrogante delle norme costituzionali sulla disciplina ordinaria contrastante, che l'art. 113 "ha fatto automaticamente cadere le limitazioni della impugnabilità in relazione a singole categorie di atti o a singoli vizi di legittimità", P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 1987, 171 e così si è posta "una valida barriera a un sistema di legislazione di privilegio di cui si era frequentemente abusato", A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1968, 689.

1948¹⁴⁷ che impedivano la sindacabilità dei provvedimenti concernenti il collocamento a riposo dei pubblici dipendenti, anche considerando, oltre all'art. 113, secondo comma, che l'impugnazione era stata proposta entro 60 giorni decorrenti dall'entrata in vigore della Costituzione e che non si era formato alcun giudicato che avesse respinto il ricorso quando ancora non era ammesso¹⁴⁸.

Analogamente, il Consiglio di Stato ritenne alcuni ricorsi ammissibili anche in relazione a vizi di legittimità che in base a leggi previgenti non potevano essere dedotti, a condizione che l'atto si trovasse, all'entrata in vigore della Costituzione, impugnato per gli altri vizi ammessi dalle leggi di riferimento¹⁴⁹.

Queste pronunce evidenziano che la giurisprudenza amministrativa sviluppatasi subito dopo il vigore della carta costituzionale considerò l'art. 113 come disposizione di natura *precettiva*, dotata quindi di immediata applicabilità e come tale avente efficacia abrogativa delle leggi che, in quanto escludenti o limitanti la tutela dei privati nei confronti degli atti della pubblica amministrazione, con essa contrastavano.

Occorre dare atto che sulla questione relativa all'efficacia (precettiva e quindi abrogante, o programmatica e dunque non abrogante) dell'art. 113 vi fu una pronuncia del Tribunale di Roma di segno contrario rispetto a quelle del Consiglio di Stato che sono state indicate, in cui venne affermata la natura meramente *programmatica* della norma e quindi negata l'esperibilità del ricorso avverso atti adottati prima del vigore della Costituzione. In particolare, secondo i giudici romani, tali atti non potevano essere impugnati perché, a fronte di un provvedimento emanato nel vigore di una legge che ne impediva la sindacabilità, il privato difettava, oltre e ancor prima di un diritto di azione, anche di una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela e quindi azionabile in giudizio¹⁵⁰.

L'interpretazione dell'art. 113 alla stregua di una norma precettiva e non

¹⁴⁷ D.lgs.luog. 9.11.1945, n. 716 e d.lgs.luog. 22.1.1946, n. 19.

¹⁴⁸ Cons. St., sez. IV, 25.6.1948, in *Foro it.*, 1948, III, 137 ss..

¹⁴⁹ Cons. St., sez. V, 27.11.1948, n. 781, in *Foro it.*, 1949, III, 80 ss.; Cons. St., sez. V, 5.6.1948, n. 326, in *Foro it.*, 1948, III, 137 ss.; nei medesimi termini, seppur implicitamente, anche Cons. St., sez. V, 26.5.1948, n. 303, in *Foro it.*, 1948, parte III, 113 ss..

¹⁵⁰ In *Foro it.*, 1950, III, 216 ss.. In dottrina sono stati espressi dubbi sulla correttezza delle argomentazioni del Tribunale di Roma ritenendo che “il principio di autonomia dell'azione - secondo cui il diritto d'azione è un diritto potestativo a sé stante, autonomo rispetto alla posizione giuridica soggettiva sostanziale - non consente di identificare la soppressione di questa con la soppressione del diritto sostanziale”, A. PALLOTTINO, *Efficacia nel tempo dei rimedi giurisdizionali ripristinati dall'art. 113 della Costituzione*, in *Foro it.*, 1951, III, 206.

programmatica¹⁵¹, sostenuta dal Consiglio di Stato ed esclusa dal Tribunale di Roma, venne poi confermata da due pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁵², le quali affermarono che l'art. 113 è norma completa di tutti gli elementi propri del comando giuridico e quindi, essendo immediatamente applicabile, comportava l'abrogazione di tutte le disposizioni che escludevano o limitavano la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

In particolare, secondo la Corte di Cassazione l'art. 113 aveva avuto l'effetto di ristabilire i rimedi giurisdizionali esperibili verso gli atti amministrativi che fino a quel momento erano invece stati negati dalla legislazione vigente e aveva completato altresì il riconoscimento delle posizioni giuridiche sostanziali con la titolarità del diritto potestativo di agire in giudizio per la tutela dei diritti o degli interessi legittimi.

Numerose autorità giudiziarie ritennero invece, con ciò implicitamente escludendo l'efficacia abrogante dell'art. 113 Cost. e contraddicendo le citate pronunce delle Sezioni Unite, di sollevare una questione di legittimità costituzionale avanti al Giudice delle leggi relativamente a testi normativi, anteriori o posteriori al testo costituzionale, che in quanto escludenti o limitativi dei rimedi giurisdizionali nei confronti degli atti amministrativi, apparivano appunto essere in contrasto con il principio di cui all'art. 113.

La stessa Corte costituzionale, che si ritenne competente a verificare la legittimità costituzionale anche delle norme anteriori alla Costituzione, escluse di dover esaminare la questione relativa all'eventuale intervenuta abrogazione, da parte dell'art. 113 Cost., delle leggi con esso contrastanti.

Sul punto, la Corte affermò infatti che l'abrogazione e la illegittimità costituzionale sono istituti del tutto differenti, il primo rilevabile anche al di fuori del giudizio costituzionale, sulla base di requisiti più limitati di quelli richiesti per la declaratoria di incostituzionalità e configurabile solo in relazione a norme costituzionali di natura precettiva; la seconda, rilevabile esclusivamente con un giudizio costituzionale, al sussistere di più ristretti limiti e anche in caso di contrasto con una norma

¹⁵¹ Ricostruisce le posizioni della giurisprudenza sulla natura, precettiva o programmatica, delle norme costituzionali al fine di sostenere che la discrezionalità amministrativa deve ritenersi comunque vincolata dalle norme-principio della Costituzione, M. NIGRO, *Le norme-principio della Costituzione e la discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.*, 1951, III, 27 ss..

¹⁵² Cass.civ., SS.UU., 20.3.1950, n. 767 e Cass.civ., SS.UU., 8.4.1950, n. 809, in *Foro it.*, 1951, III, 204 ss..

costituzionale di natura programmatica¹⁵³.

La Corte per il solo fatto di essere stata adita e purché sussistessero i requisiti della rilevanza e non manifesta infondatezza della questione si ritenne quindi competente a pronunciarsi sulle proposte questioni di legittimità e dimostrò, nel merito, un atteggiamento di estremo rigore in ordine all'applicazione dell'art. 113.

In alcuni casi, dichiarò l'illegittimità costituzionale di disposizioni che escludevano qualsiasi tutela nei confronti di determinate *categorie di provvedimenti* e che quindi contrastavano sia con il primo che con il secondo comma dell'art. 113.

Così ad esempio, dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 11 del R.D. 5 dicembre 1938, n. 1928 secondo cui contro i provvedimenti emanati per l'accertamento delle violazioni in materia valutaria e di scambi con l'estero, nonché per l'applicazione delle relative sanzioni non era ammesso alcun ricorso, né in sede amministrativa, né in sede giurisdizionale¹⁵⁴.

Analogamente, la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'articolo unico del d.l. 30 agosto 1925, n. 1621 (convertito, con modificazioni, nella legge 15 luglio 1926, n. 1263) concernente il compimento di atti esecutivi su beni situati in Italia ma appartenenti a Stati esteri, in quanto non ammetteva nessun ricorso, né amministrativo, né giurisdizionale, avverso il decreto del Ministero per la giustizia (con il quale veniva accertata la condizione di reciprocità tra lo Stato italiano e lo Stato titolare dei beni su cui procedere), nonché avverso il decreto con cui lo stesso Ministero avesse negato l'autorizzazione necessaria per procedere al compimento di atti esecutivi sui predetti immobili¹⁵⁵.

Anche l'art. 66 del R.D. 14 settembre 1931, n. 1175 (testo unico delle norme sulla finanza locale) fu dichiarato incostituzionale per contrasto con l'art. 113 perché escludeva qualsiasi controllo giurisdizionale sui provvedimenti con i quali il Sindaco (o la Commissione consorziale) decideva sulla richiesta di soggetti imputati per reati tributari di essere ammessi all'oblazione e, in caso positivo, sull'ammontare della somma dovuta per estinguere il reato¹⁵⁶.

Con un'ulteriore sentenza è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 58 della legge 7 gennaio 1929, n. 4, recante "Norme generali per la repressione delle

¹⁵³ Corte cost., 27.1.1959, n. 1, in *Giur.cost.*, 1959, 7 ss.; Corte cost., 24.6.1958, n. 40, in *Giur.cost.*, 1958, 525 ss.; Corte cost., 14.6.1956, n. 1, in *Giur.cost.*, 1956, 1 ss..

¹⁵⁴ Corte cost., n. 1/1959, cit.

¹⁵⁵ Corte cost., 13.7.1963, n. 135, in *Guida al diritto*, 2010, 20 ss..

¹⁵⁶ Corte cost., 20.11.1969, n. 141, in *Foro it.*, 1969, 3021 ss..

violazioni delle leggi finanziarie” nella parte in cui escludeva l’esperibilità di qualunque gravame avverso il decreto con cui il Ministero delle Finanze provvedeva sul ricorso presentato avverso l’ordinanza di accertamento della violazione delle leggi finanziarie adottata dall’intendente di finanza.

Con la stessa pronuncia veniva invece dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 56 della medesima legge, che si limitava ad escludere la tutela amministrativa avverso la predetta ordinanza, qualora la violazione accertata fosse punita con una pena pecuniaria non superiore ad un determinato importo, senza però nulla disporre in ordine all’eventuale esclusione anche della tutela giurisdizionale.

In particolare, la Corte interpretò l’art. 56 citato sostenendo che dal mero silenzio del legislatore relativamente alla tutela giurisdizionale non poteva fondatamente dedursi l’esclusione della normale tutela che doveva invece ritenersi ammessa a garanzia del privato proprio in ragione di quanto disposto dall’art. 113 Cost.¹⁵⁷.

Un ragionamento contrario a quello appena descritto, in ordine al caso di silenzio del legislatore sulla tutela giurisdizionale esperibile, è stato svolto dalla Corte in una sentenza decisamente più recente di quella appena richiamata, in cui è stata dichiarata l’illegittimità, “dell’omissione” contenuta negli artt. 35 e 69, comma 6, della legge 26 luglio 1975, n. 354 recante “Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative delle libertà”, ossia della mancata espressa previsione di alcuna tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell’amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che erano sottoposti a restrizione della libertà personale¹⁵⁸.

In quest’ultimo caso, quindi, la Corte non aderì all’impostazione adottata nella sentenza n. 241/1974 prima richiamata, in cui aveva salvato la legittimità costituzionale di una norma suggerendo di interpretarla in senso costituzionalmente conforme, ossia come comprensiva della normale tutela accordata ai privati dall’art. 113, bensì ha ritenuto incostituzionale per violazione dell’art. 113 una disposizione che non menzionava espressamente i rimedi giurisdizionali esperibili.

Considerando che le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale comportano il venir meno degli effetti della disposizione ritenuta incostituzionale e quindi determinano necessariamente un vuoto legislativo, che non può essere colmato con gli

¹⁵⁷ Corte cost., 23.7.1974, n. 241, in *www.giurcost.org*.

¹⁵⁸ Corte cost., 11.2.1999, n. 26, in *Foro amm.*, 2000, 1185 ss..

strumenti propri del giudizio di costituzionalità, la Corte avrebbe forse potuto anche in quest'ultimo caso emettere una pronuncia interpretativa di rigetto, interpretando la norma in senso costituzionalmente conforme all'art. 113 e quindi considerandola comprensiva della tutela giurisdizionale.

Del resto, è proprio attraverso interpretazioni conformi all'art. 113 Cost. che la Corte ha potuto rigettare, con sentenze interpretative, alcune questioni di legittimità costituzionale.

Ad esempio ha dichiarato non fondata la questione che era stata sollevata relativamente all'art. 209 del t.u. delle leggi sulle imposte dirette del 29 gennaio 1958, n. 645, per la parte in cui tale norma permetteva a coloro che si ritenevano lesi dall'esecuzione esattoriale di agire in sede giudiziaria contro l'esattore solo prima dell'inizio dell'esecuzione (con un'azione di accertamento negativo della pretesa impositiva) oppure dopo che l'esecuzione stessa fosse terminata e ai soli fini del risarcimento del danno, mentre in pendenza dell'esecuzione era garantita una tutela meramente amministrativa.

La Corte, attraverso una sentenza interpretativa di rigetto, ha in particolare osservato che il proposito del Costituente fu quello di garantire il diritto del cittadino di richiedere la tutela giurisdizionale, non già di eliminare il potere del legislatore ordinario (potere che secondo l'opinabile ragionamento della Corte rinviene il suo fondamento nel comma 3 dell'art. 113¹⁵⁹) di regolare i modi e l'efficacia di questa tutela.

Pertanto la violazione dell'art. 113 venne esclusa perché la legge assicurava contro l'atto amministrativo una particolare tutela amministrativa e garantiva comunque, pur entro limiti temporali, i rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento.

Un altro caso in cui la Corte ha escluso l'incostituzionalità di una norma per contrasto con l'art. 113 attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme della stessa è stato quello relativo all'art. 16 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, in quanto nell'elencazione degli atti impugnabili avanti al giudice tributario doveva ritenersi incluso, pur non comparando espressamente, anche l'atto di ammissione (o di rigetto dell'istanza di ammissione) al condono tributario dato che, in ragione dell'art. 113, "tutti gli atti che hanno in comune la finalità dell'accertamento della sussistenza e dell'entità del debito tributario devono ritenersi suscettibili di impugnazione davanti

¹⁵⁹ La portata del terzo comma dell'art. 113 verrà affrontata nel successivo paragrafo.

alle commissioni tributarie”¹⁶⁰.

Con analogo percorso interpretativo sono stati ritenuti costituzionalmente legittimi gli artt. 15, 16, 17, 18, 19 e 20 della legge regionale della Lombardia del 30 novembre 1983, n. 86 (Piano generale delle aree regionali protette. Norme per l’istituzione e la gestione delle riserve, dei parchi e dei monumenti naturali, nonché delle aree di particolare rilevanza naturale e ambientale) e della legge regionale della Lombardia del 29 aprile 1995, n. 39 (Piano territoriale di coordinamento del parco naturale di Montevicchia e della Valle del Curone) perché la previsione dell’approvazione con legge del piano territoriale di coordinamento non legittimava l’irrilevanza della fase amministrativa, autonoma e precedente a quella legislativa, per cui “gli eventuali vizi degli atti di formazione, adozione, verifica del piano non rimangono sottratti all’ordinario sindacato giurisdizionale sulle scelte amministrative che incidono su situazioni giuridiche soggettive”¹⁶¹.

Così pure, è stata affermata la legittimità costituzionale di norme che delineavano un sistema di tutela giurisdizionale condizionato ad un previo, pregiudiziale, esperimento di un ricorso amministrativo¹⁶².

Il fatto che il mancato esperimento entro un breve termine di decadenza di un ricorso amministrativo venisse sanzionato con la perdita della tutela giurisdizionale non risultava, secondo le argomentazioni della Corte, in contrasto con l’art. 113 in quanto la disposizione costituzionale esige sì che venga assicurata la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, ma non afferma che la protezione giudiziaria possa essere conseguita sempre nella medesima maniera e con i medesimi effetti, né vieta al legislatore ordinario di regolare il concreto esercizio del diritto d’azione.

Nelle pronunce esaminate fino ad ora la Corte ha assunto come concreti parametri di legittimità costituzionale il primo comma dell’art. 113 e il secondo comma nella parte in cui vieta che la sindacabilità degli atti amministrativi sia esclusa o limitata per particolari *categorie di provvedimenti*.

Talvolta, invece, la Corte ha utilizzato come specifico parametro di raffronto, oltre al

¹⁶⁰ Corte cost., 6.12.1985, n. 313, in *Giur. cost.*, 1985, in www.giurcost.org.

¹⁶¹ Corte cost., 11.6.1999, n. 225, in *Giur. cost.*, 1999, 2005 ss..

¹⁶² Corte cost., 4.6.1964, n. 47, in relazione agli artt. 460 del codice di procedura civile e 97, quarto comma, del R.D.L. 4 ottobre 1935, n. 1827. Argomentazioni equipollenti sono state svolte in Corte cost., 24.3.1988, n. 409, in www.giurcost.org, nonché in Corte cost., 3.7.1962, n. 87, in www.giurcost.org.

primo comma, il secondo comma dell'art. 113 nella parte in cui non ammette che la sindacabilità degli atti della pubblica amministrazione sia esclusa o limitata a particolari *mezzi di impugnazione*.

Sulla base di questa previsione è stato infatti dichiarato incostituzionale l'art. 26, comma 2, del t.u. del Consiglio di Stato del 26 giugno 1924, n. 1054, in base al quale contro le decisioni ministeriali in materia di controversie doganali non era ammesso il ricorso al Consiglio di Stato per violazione di legge, ma solo per incompetenza ed eccesso di potere¹⁶³.

L'art. 6 del d.l. del 1 marzo 1945, n. 154, che limitava l'impugnabilità dei piani di ricostruzione degli edifici danneggiati dagli eventi bellici ai soli vizi di incompetenza e violazione di legge, non fu mai oggetto di una pronuncia della Corte costituzionale ma anche tale norma venne di fatto considerata abrogata, con l'entrata in vigore della Costituzione, in adesione alla qualificazione dell'art. 113 come norma precettiva¹⁶⁴.

Come dimostrano le sentenze citate, l'art. 113 ha quindi comportato l'abrogazione (se lo si intende come norma precettiva) o comunque l'illegittimità costituzionale (se lo si intende come norma programmatica che rende necessaria l'instaurazione di un giudizio di costituzionalità), delle disposizioni che escludevano o limitavano il sindacato di legittimità nei confronti di alcuni atti o per taluni vizi.

Il principio costituzionale della impugnabilità di tutti gli atti amministrativi e per tutti i vizi di legittimità è quindi indisponibile per il legislatore ordinario e costituisce un'ulteriore dimostrazione della correttezza di una concezione che intenda l'illegittimità dei provvedimenti come un significato connotato da atipicità¹⁶⁵.

Ogni provvedimento deve infatti poter essere impugnato e deve esserlo per ciascuno dei vizi di legittimità indicati dalla legge.

Una legge ordinaria o un atto avente forza di legge che escludesse l'impugnabilità

¹⁶³ Corte cost., n. 40/1958, cit.. La Corte costituzionale, nella medesima pronuncia, rilevò che la limitazione in esame, già sancita dall'art. 3 della previgente legge n. 5992/1889, era giustificata dal fatto che "la maggior tutela degli interessi individuali sarebbe riuscita irreparabilmente dannosa alla difesa ed all'economia sociale".

¹⁶⁴ Considera la norma in questione "caduta con l'art. 113 Cost.", V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Rassegna di giurisprudenza sui piani di ricostruzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1958, 109 ss. e G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 161, nota 8.

¹⁶⁵ Senza riferirsi espressamente al concetto di tipicità o atipicità dei vizi di legittimità, autorevole dottrina aveva evidenziato che "l'art. 113 Cost. ha fornito argomenti decisivi per risolvere questioni inerenti alla sistematica dei vizi", si veda, per tutti, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 623.

anche di un solo atto amministrativo per alcuno dei vizi di legittimità sarebbe certamente incostituzionale.

In una simile evenienza è peraltro ragionevole immaginare che, in concreto, l'interessato cui sarebbe impedito di impugnare un atto per taluni dei vizi, potrebbe comunque ottenere tutela riconducendo l'asserita censura di illegittimità al solo o ai soli vizi prospettabili in quanto, come approfondito nel primo capitolo, non è individuabile, tra essi, un discrimine sostanziale ed ulteriore a quello meramente classificatorio.

Così ad esempio qualora, in base alla legge, fosse l'incompetenza il vizio non prospettabile, esso potrebbe nondimeno essere fatto valere adducendo la violazione della legge di riferimento sulla competenza.

Analogamente, laddove l'interessato non potesse far valere il vizio di eccesso di potere, potrebbe comunque tradurre le figure sintomatiche che ritiene sussistenti in un vizio di violazione di legge, perché come visto ciascuna di esse è suscettibile di essere ricondotta alla violazione di una norma giuridica.

Nel caso inverso a quello appena considerato, in cui quindi fosse escluso dai vizi prospettabili in ricorso la violazione di legge, il ricorrente, sulla base delle considerazioni svolte nel primo capitolo e appena ricordate, potrebbe facilmente tradurre la violazione del dato normativo in una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

In un certo senso, quindi, in ragione dell'atipicità dei vizi di legittimità, all'interessato sarebbe comunque sempre permesso di eludere una (incostituzionale) previsione legislativa che limiti l'impugnabilità degli atti per alcuni vizi.

In ogni caso, come si vedrà nei capitoli seguenti, il superamento delle limitazioni poste da una legge (che sarebbe incostituzionale) all'impugnabilità di atti per alcuni vizi sarebbe resa possibile anche dalla possibilità per il giudice di riqualificare la domanda in concreto proposta e di ricondurre le censure asserite dal ricorrente a vizi diversi da quelli prospettabili¹⁶⁶.

¹⁶⁶ La questione che può sorgere a riguardo, e che verrà trattata nel capitolo 3, è relativa all'alternativa che si presenterebbe al giudice cui venga chiesto l'annullamento di un provvedimento sulla base di un vizio non prospettabile in base alla legge: in questo caso il giudice avrebbe tre alternative: 1) sospendere il giudizio amministrativo e trasmettere alla Corte costituzionale un'ordinanza di rimessione di una questione di legittimità costituzionale della legge che impedisce di impugnare il provvedimento per uno dei vizi; 2) dichiarare l'inammissibilità del ricorso proprio perché proposto sulla base di un vizio non prospettabile; 3) ritenere il ricorso ammissibile e riqualificare il vizio non prospettabile in uno di quelli

Anche considerando le argomentazioni svolte dalla giurisprudenza sulla base dell'art. 113 Cost. pare allora che la tradizionale ripartizione dei vizi di legittimità non possa avere un valore ulteriore a quello meramente classificatorio delle ipotesi di illegittimità configurabili in concreto, perché ogni provvedimento amministrativo deve sempre poter essere impugnato per ciascuno di essi.

Semmai la concreta prospettazione di un vizio piuttosto che di un altro, che comunque resta scelta riservata al ricorrente e non limitabile a priori dal legislatore ordinario, fa sorgere implicazioni destinate a svilupparsi sotto differenti profili, ossia quello relativo all'onere di redigere il ricorso indicando specifici motivi di diritto e quello inerente al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e, in generale, al principio della domanda e della disponibilità, da parte del giudice, di quanto indicato nell'atto introduttivo del giudizio.

A tali profili appena accennati sarà infatti dedicato il successivo capitolo 3, nel quale si cercherà di dimostrare come i giudici amministrativi, nell'accertamento dell'ammissibilità del ricorso in relazione all'onere di specificazione dei motivi di diritto, debbano mantenersi, di fatto, indifferenti alla riconduzione delle censure di illegittimità ad un vizio piuttosto che ad un altro e che perciò l'atipicità dei vizi di legittimità non impedisce l'osservanza, doverosa, del principio della domanda.

2.3. L'art. 113 della Costituzione e l'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990

Si è accennato nel primo capitolo che la legge n. 15 del 2005 è intervenuta a modificare la legge sul procedimento amministrativo introducendo anche l'art. 21 *octies* del quale, nel presente studio, rileva il secondo comma in cui è dettata la distinzione tra vizi sostanziali, invalidanti e vizi procedurali, tendenzialmente non invalidanti.

A riguardo, in particolare sulla natura della norma in questione, si sono già indicati gli argomenti che portano a qualificarla come norma di natura processuale, che non esclude la illegittimità dei provvedimenti¹⁶⁷ ma ne esclude, al ricorrere di determinati

che possono essere fatti valere.

¹⁶⁷ In dottrina, ritengono che i provvedimenti non annullabili ai sensi dell'art. 21 *octies*, secondo comma, restino illegittimi, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 297; F. G.

presupposti espressamente indicati, l'annullabilità.

La questione che fino ad ora è stata invece solo accennata e che si cercherà di definire nel presente paragrafo è quella relativa alla legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 113 Cost., del secondo comma dell'art. 21 *octies*, che talvolta esclude l'annullabilità di provvedimenti illegittimi.

La ragione per cui si ritiene determinante vagliarne la legittimità costituzionale va individuata nel fatto che qualora la si ritenesse costituzionalmente legittima, l'assunto secondo cui i vizi di legittimità sono connotati da atipicità andrebbe riferito ai soli vizi invalidanti o comunque non sarebbe in grado di superare una distinzione tra vizi che comunque resterebbe, ossia tra vizi invalidanti e non.

Viceversa, laddove si dovesse concludere per l'incostituzionalità dell'art. 21 *octies*, secondo comma, allora la tesi sull'atipicità dei vizi di legittimità potrebbe considerarsi valida in assoluto.

Più precisamente, il secondo comma dell'art. 21 *octies*, della cui legittimità costituzionale si dubita, esclude, nella sua prima parte, l'annullabilità dei provvedimenti viziati dalla violazione di norme procedurali o sulla forma degli atti, se per la natura vincolata di essi, risulti che il loro contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello effettivamente adottato.

La seconda parte del secondo comma esclude invece l'annullabilità dei provvedimenti viziati dalla violazione di un'unica e specifica norma procedimentale, ossia dalla violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990 (che impone l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento), sempre che l'amministrazione dimostri in giudizio che il provvedimento, ancorché sia di natura discrezionale, non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato.

Nella prima parte del secondo comma dell'art. 21 *octies*, quindi, la non annullabilità è

SCOCA, *Considerazioni introduttive sulla legge di modifica della disciplina del procedimento*, in *La legge di modifica del procedimento amministrativo e le norme generali sull'azione amministrativa*, Venezia-Mestre, 2006, 26; A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/1990*, in *www.giustamm.it*, 2005; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir.proc.amm.*, 2008, 319 ss.; D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 214; M. BREGANZE, *Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo nelle nuove "norme generali sull'azione amministrativa"*, in *La legge di modifica del procedimento amministrativo*, cit., 94; G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir.amm.*, 2007, 245 e 255.

riservata ai provvedimenti di natura vincolata perché si ritiene che, in quanto tali, dovrebbero sempre presentare lo stesso contenuto a prescindere da illegittimità meramente procedimentali¹⁶⁸; mentre la seconda parte del secondo comma dell'art. 21 *octies* esclude l'annullabilità dei provvedimenti in termini assoluti, ossia anche di quelli discrezionali, qualora l'amministrazione abbia ommesso di comunicare l'avvio del procedimento e quindi abbia impedito la partecipazione degli interessati fin dalla fase iniziale del procedimento, purché essa riesca a dimostrare in giudizio che non avrebbe potuto provvedere diversamente neppure nel caso avesse effettuato la (obbligatoria) comunicazione e quindi purché il giudice ritenga accertato, grazie alle difese dell'amministrazione, che in concreto la partecipazione del privato non avrebbe potuto comportare un contenuto differente del provvedimento.

Prescindendo dal svolgere considerazioni sul merito della norma, che restano estranee al percorso qui seguito, occorre concentrare l'attenzione sul fatto che questa previsione sancisce l'irrelevanza di alcune ipotesi di violazione di legge (che si è visto essere il vizio potenzialmente comprensivo di ogni ipotesi di illegittimità) e ricorda evidentemente le disposizioni contenute in quelle leggi che, come visto in precedenza, sono state dichiarate incostituzionali sulla base dell'art. 113 Cost..

Invero, anche l'art. 21 *octies*, secondo comma, esclude, nei casi che prende in considerazione, la tutela nei confronti degli atti della pubblica amministrazione.

Questa esclusione può qualificarsi sia come esclusione della tutela in relazione a una determinata *categoria di provvedimenti*, ossia quelli di natura vincolata (ad eccezione della specifica ipotesi considerata nella seconda parte del secondo comma, che invece si estende anche ai provvedimenti di natura discrezionale), sia come limite di tutela dovuto alla non impugnabilità di atti per determinati *vizi*, in particolare per alcune delle ipotesi che possono tradursi nel vizio di violazione di legge (sia nelle ipotesi contemplate dalla prima parte del secondo comma, che in quelle considerate dalla seconda parte del comma medesimo).

La previsione dell'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990 è dunque suscettibile di essere riferita ad entrambe le ipotesi contemplate e vietate dall'art. 113, secondo comma, della Costituzione.

La non annullabilità di alcuni provvedimenti illegittimi a causa dell'efficacia non caducante di alcune ipotesi che si traducono nel vizio di violazione di legge paiono

¹⁶⁸ Sulla *ratio* della previsione contenuta nella prima parte del secondo comma G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, cit., spec. 582 ss..

quindi contrastare in ogni caso con il dettato dell'art. 113, secondo comma, della Costituzione ove è vietato che la tutela contro gli atti della pubblica amministrazione sia esclusa o limitata per determinate *categorie di atti* o per particolari *mezzi di impugnazione*¹⁶⁹.

E' stato correttamente osservato in dottrina che a questo ragionamento che ritiene l'incostituzionalità della norma, potrebbe obiettarsi che, nei casi presi in considerazione dall'art. 21 *octies*, secondo comma, l'annullamento del provvedimento sarebbe del tutto ultroneo e ingiustificato e si tradurrebbe quindi in una tutela solo fittizia perché l'amministrazione, una volta intervenuta la pronuncia caducatoria, potrebbe riadottare il medesimo atto, omettendo di incorrere nuovamente nella medesima violazione procedimentale¹⁷⁰.

Ciò sarebbe sufficiente per escludere, secondo i sostenitori di questa tesi, qualsiasi compressione di tutela, perché appunto sarebbe fittizia, e quindi non dovrebbero porsi problemi di compatibilità con il principio di cui all'art. 113 Cost..

E' stato però altrettanto opportunamente rilevato che la tutela piena ed effettiva si rapporta anche al tempo di adozione del provvedimento¹⁷¹. In altre parole, anche l'annullamento di un provvedimento sostanzialmente reiterabile potrebbe giovare all'interessato perché egli potrebbe continuare a usufruire degli effetti della pronuncia di annullamento, quantomeno fino a che l'amministrazione non adotti un nuovo provvedimento, nonché, in ogni caso, potrebbe sfruttare eventuali sopravvenienze di fatto e di diritto.

Ciò in effetti appare bastevole per considerare che anche l'annullamento di un provvedimento illegittimo per vizi formali può essere comunque soddisfacente al pari di un annullamento che interessi un provvedimento viziato da violazioni di natura sostanziale e che dunque le ipotesi di non annullabilità considerate dal secondo comma dell'art. 21 *octies* non possono fondatamente ritenersi estranee al principio di

¹⁶⁹ Per il rapporto tra vizi di legittimità e motivi di ricorso, in particolare sulla possibilità o meno di ritenerli istituti distinti, si rinvia al cap. 3.

¹⁷⁰ E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 625.

¹⁷¹ Sulla portata pienamente soddisfacente anche dell'annullamento di un atto illegittimo a causa di vizi formali, A. CALEGARI, *Sulla natura sostanziale o processuale e sull'immediata applicabilità ai giudizi pendenti delle disposizioni concernenti l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi contenute nell'art. 21-octies della l. n. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*, 2005; M. BREGANZE, *op. cit.*, 94; A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 64.

cui all'art. 113 Cost., perché anche in questi casi l'annullamento è virtuoso strumento di tutela.

Non pare condivisibile neppure la tesi, ancor più radicale, secondo cui l'irrelevanza dei vizi formali non comporterebbe un vuoto di tutela perché sarebbe, a monte, assente qualsiasi situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela¹⁷².

Una simile impostazione finirebbe infatti per proclamare l'assoluta contraddittorietà della legge n. 15/2005 con la quale è stato, tra l'altro, introdotto proprio l'art. 21 *octies*, dato che essa risulterebbe contemporaneamente finalizzata a valorizzare la disciplina procedimentale (si pensi alle disposizioni della l. n. 241/1990 modificate o introdotte dalla legge n. 15/2005) e ad escludere il riconoscimento di situazioni giuridiche soggettive¹⁷³.

La tutela dei diritti e degli interessi legittimi contro gli atti della pubblica amministrazione deve necessariamente includere anche la pretesa all'osservanza di norme formali e procedurali¹⁷⁴. Anche da ciò discende che le previsioni del secondo comma dell'art. 21 *octies* sembrano legittimare un vuoto di tutela vietato dalla Costituzione.

Non si ritiene convincente neanche la tesi per cui l'art. 113 Cost. sarebbe rispettato in considerazione del fatto che l'annullamento è decisione che in ogni caso spetta al giudice anche nelle ipotesi dell'art. 21 *octies*, comma secondo, per cui esse non costituirebbero una zona franca dal sindacato giurisdizionale¹⁷⁵.

Il giudice chiamato a dare applicazione al secondo comma dell'art. 21 *octies*, infatti, non è chiamato a svolgere un sindacato di stretta legittimità, bensì deve procedere ad un raffronto tra il contenuto del provvedimento esistente ed impugnato con il contenuto del provvedimento che sarebbe stato adottato all'esito di un procedimento legittimo.

¹⁷² D. CORLETTI, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2006, 65.

¹⁷³ Sulla contraddittorietà della legge n. 15/2005, A. TRAVI, *La legge n. 15 del 2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr.giur.*, 2005, 453.

¹⁷⁴ In tal senso, F. G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, a cura di V. Parisio, Milano, 2004, 61; G. BERGONZINI, *L'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, cit., 262; L. MAZZAROLLI, *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, Bologna, 2005, 481.

¹⁷⁵ F. LACAVA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge 15/2005: nullità e annullabilità*, in www.amministrazioneincammino.it, 2006.

Tuttavia, l'impossibilità di procedere all'annullamento non è frutto dell'autonoma decisione giurisdizionale, ma è imposto al giudice dal legislatore, al sussistere dei requisiti individuati dalla norma in commento, nonostante il provvedimento resti illegittimo.

Si crede allora corretto sostenere che il sindacato giurisdizionale è effettivamente assicurato solo qualora il giudice che sia stato tempestivamente adito con un'azione costitutiva e che abbia accertato l'illegittimità del provvedimento impugnato, ne possa pronunciare l'annullamento e non anche qualora la legge impedisca che all'accertamento di una violazione di legge possa seguire una pronuncia caducatoria.

L'illegittimità costituzionale dell'articolo in commento, in ragione del contrasto con il secondo comma dell'art. 113 Cost., non pare poi potersi escludere in ragione della previsione contenuta nel terzo comma del medesimo articolo 113 Cost..

Per meri fini di semplificazione si ricorda che in base al secondo comma dell'art. 113 la tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione *“non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”* e il terzo comma del medesimo articolo dispone che *“la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”*.

Parte della dottrina ha argomentato la legittimità costituzionale dell'art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990, concentrando l'attenzione sulla previsione contenuta nel terzo comma dell'art. 113 Cost. e in un certo senso prescindendo da quella prevista nel secondo comma.

In particolare, il ragionamento seguito dai sostenitori di questa tesi si fonda su una lettura, discutibile, della riserva di legge prevista dal terzo comma, in base alla quale sarebbe demandata al legislatore ordinario la possibilità non solo di individuare gli organi giurisdizionali muniti del potere di annullamento, ma anche di determinare i casi in cui l'annullamento può essere pronunciato e gli effetti che ad esso possono seguire¹⁷⁶.

¹⁷⁶ A riguardo, si vedano D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir.publ.*, 2007, 423, secondo il quale il comma 3 dell'art. 113 “potrebbe in ogni caso essere interpretato anche come riconoscimento della non indefettibilità costituzionale della vanificazione di tutti gli atti illegittimi” e (seppur in riferimento ad una pronuncia di annullamento che aveva escluso, in assenza di qualsiasi previsione legislativa, l'effetto caducatorio) A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 938, secondo cui “che l'azione di annullamento in certi casi possa non determinare la

In altre parole, secondo questa lettura, il terzo comma dell'art. 113 Cost. permetterebbe al legislatore di escludere l'annullabilità degli atti amministrativi in alcuni casi, nonché di modulare gli effetti dell'annullamento.

Dunque, in base a questa impostazione, una legge ordinaria che vietasse in via generale l'annullabilità dei provvedimenti, o che la limitasse a casi particolari, dovrebbe coerentemente ritenersi costituzionalmente legittima proprio in ragione dell'art. 113, terzo comma.

Si ritiene tuttavia più corretto ipotizzare, valorizzando una lettura sistematica dell'art. 113 Cost. nonché il contenuto del secondo comma (che viene invece del tutto immotivatamente superato dalla tesi appena esposta), che il terzo comma dell'art. 113 si riferisca esclusivamente al riparto di giurisdizione e non anche alla modulazione del potere di annullamento, anche perché altrimenti verrebbe posta nel nulla la indefettibilità della tutela prevista nel primo comma dell'art. 113 e in ogni caso si legittimerebbero limitazioni alla impugnabilità degli atti o per tutti i vizi, in ulteriore contrasto con il secondo comma dell'art. 113.

In altre parole, pare ragionevole ritenere che il legislatore ordinario possa liberamente individuare gli *organi giurisdizionali* muniti della potestà di annullamento, i casi in cui essi sono muniti di tale potere e gli effetti che ad esso possono essere ricollegati; non pare invece che questo comma permetta al legislatore ordinario anche di decidere i casi in cui un *provvedimento* può essere annullato e gli effetti che di volta in volta possono seguire all'annullamento, anche perché una simile interpretazione permetterebbe di eludere il principio del comma secondo e impedirebbe una lettura sistematica dell'art. 113 Cost..

I casi e gli effetti cui fa riferimento il terzo comma debbono quindi considerarsi riferiti alla definizione del riparto della potestà di annullamento, piuttosto che al contenuto del potere medesimo¹⁷⁷.

A dire il vero anche la Corte costituzionale, in passato, interpretò il terzo comma dell'art. 113 conformemente alla dottrina appena considerata, anche se lo fece incidentalmente, per argomentare la ragionevolezza di una normativa che derogava ai

caducazione dell'atto illegittimo è pacifico, ma il punto è un altro: la Costituzione, all'art. 113, comma 3, richiede che questi casi siano individuati dal legislatore”.

¹⁷⁷ Intende, seppur incidentalmente, il terzo comma dell'art. 113 Cost. come riferito alla potestà di annullamento, Corte cost. n. 87/1962, cit..

principi sulla tutela giurisdizionale verso gli atti della pubblica amministrazione¹⁷⁸.

Tuttavia, le argomentazioni adottate dal giudice delle leggi per giustificare e ritenere legittimo il vuoto di tutela creato dal legislatore ordinario trovavano esclusiva ragione nella gravità ed eccezionalità dei fatti considerati dalla pronuncia.

La vicenda oggetto del giudizio costituzionale riguardava alcune disposizioni legislative che avevano imposto di ritenere legittimi, con efficacia retroattiva, alcuni dei provvedimenti amministrativi adottati (illegittimamente) tra il 23 novembre 1980 e il 31 ottobre 1981 per far fronte alle emergenze derivate dal sisma che aveva colpito alcune zone della Campania e della Basilicata.

In particolare, ai sensi della legge sottoposta al vaglio della Corte costituzionale¹⁷⁹, dovevano considerarsi legittimi tutti quei provvedimenti che, ancorché illegittimi (comunque non per qualsiasi vizio, ad esempio non per difetto di attribuzione, né per sviamento di potere) risultassero finalizzati a realizzare attività di soccorso, ad assicurare servizi necessari per la collettività e a soddisfare esigenze primarie dei cittadini nelle zone colpite dagli eventi sismici.

La Corte dichiarò la costituzionalità di queste norme, in ragione dell'eccezionalità della situazione emergenziale e reputando come non irragionevole la compressione della tutela derivante dalle disposizioni censurate.

La Corte giunse a queste argomentazioni proprio sostenendo che l'art. 113, terzo comma, Cost., permette al legislatore di regolare i modi e l'efficacia della tutela contro gli atti della pubblica amministrazione e quindi tale tutela può essere variamente strutturata in relazione all'eccezionalità degli avvenimenti, purché ogni limitazione risulti ragionevole e adeguata.

Si crede però che la Corte avrebbe potuto argomentare la particolare previsione normativa limitativa della tutela giurisdizionale intendendola come deroga (giustificata appunto da straordinari avvenimenti di estrema gravità), al principio di cui al comma secondo, e non a quello di cui al comma terzo, dell'art. 113 Cost..

Evidentemente le disposizioni che furono oggetto di questa significativa pronuncia della Corte costituzionale erano in gran parte equivalenti al vigente art. 21 *octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990¹⁸⁰, quantomeno in relazione alla volontà del

¹⁷⁸ Corte cost., 3.4.1987, n. 100, in *Giur. cost.*, 1987, 1671 ss..

¹⁷⁹ D.l. 27.2.1982, n. 57, convertito in legge 29.4.1982, n. 187.

¹⁸⁰ Coglie e approfondisce la similitudine tra le norme oggetto della pronuncia della Corte costituzionale e l'art. 21 *octies*, comma secondo, della l. n. 241/90, M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della*

legislatore di conservare atti dell'azione amministrativa illegittimi ma, nondimeno, ritenuti sostanzialmente corretti.

In verità, però, vi sono alcune differenze tra le due normative considerate, che ostano ad una loro interpretazione analogica. Ed infatti, le disposizioni legislative sottoposte allo scrutinio della Corte avevano natura eccezionale, in quanto erano riferite esclusivamente ai provvedimenti adottati per fronteggiare la situazione di pericolo¹⁸¹, tra l'altro solo a quelli adottati nella primissima fase emergenziale e, comunque, impedivano che si potesse giungere all'annullamento dei provvedimenti perché imponevano di ritenerli legittimamente adottati fin dall'inizio.

La stessa Corte costituzionale nella pronuncia cui ci si sta riferendo, aveva precisato che *“la possibilità di un siffatto intervento legislativo – limitativo della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti amministrativi – è pur sempre necessario che sia collegato alle specifiche peculiarità del caso, tali da escludere che possa risultare arbitraria la sostituzione della disciplina generale originariamente applicabile, con quella eccezionale successivamente emanata”*.

Diversamente, invece, l'art. 21 *octies* comma secondo, oltre che ad essere una norma generale, certamente non dettata da alcuna situazione emergenziale, è norma processuale che non esclude l'illegittimità dei provvedimenti ma semplicemente ne impedisce l'annullamento, senza che tutto ciò sia motivato da preminenti ragioni di interesse pubblico. In relazione alle previsioni dell'art. 21 *octies*, secondo comma, mancano quindi, già per il fatto che è norma di portata generale, quelle peculiarità specifiche che la Corte costituzionale ha indicato, nella fattispecie oggetto della citata pronuncia, come requisito necessario per derogare ai principi costituzionali sulla tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi.

Perciò sia che la riserva di legge del terzo comma si interpreti come riferita al mero riparto del potere di annullamento fra gli organi giurisdizionali (come appare corretto), sia che si interpreti come possibilità per il legislatore di escludere, comunque in modo non arbitrario, l'annullabilità degli atti in casi che presentano specifiche peculiarità, per lo più coincidenti (come specificato dalla stessa Corte) con situazioni di fatto

tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e “civiltà”, in Diritto amministrativo e Corte costituzionale, a cura di G. Della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 541.

¹⁸¹ La previsione legislativa oggetto del giudizio costituzionale infatti non concerneva l'intero arco di tempo relativo alla situazione di emergenza causata dal sisma, in quanto era stata dal legislatore limitata alla prima fase dell'emergenza, ossia a quella di maggiore necessità.

eccezionali, l'art. 21 *octies*, secondo comma, appare in contrasto con il dettato costituzionale.

Precipuamente, se si accoglie la prima delle indicate interpretazioni del terzo comma dell'art. 113 Cost., che si ritiene essere preferibile, ossia quella per cui tale comma si riferisce esclusivamente al riparto della potestà di annullamento, l'art. 21 *octies*, secondo comma, appare in contrasto con il secondo comma dell'art. 113 Cost. perché esclude, in caso di vizi formali o procedurali e purché vi siano i requisiti necessari, l'annullabilità di una categoria di provvedimenti (quelli vincolati, ad eccezione del caso di mancata comunicazione di avvio del procedimento, che impedisce l'annullamento anche dei provvedimenti discrezionali) sancendo, di fatto, l'irrilevanza di alcune ipotesi di violazione di legge.

Ma anche qualora si ritenesse di dover aderire alla seconda delle interpretazioni indicate del comma terzo dell'art. 113, l'art. 21 *octies* secondo comma contrasterebbe comunque con il dettato costituzionale, per il fatto di essere norma generale e non dettata da alcuna situazione eccezionale o necessità contingente, tale da risultare un'irragionevole limitazione all'annullabilità dei provvedimenti, in contrasto con i principi costituzionali dettati in tema di tutela contro gli atti della pubblica amministrazione.

Distinguere i vizi di legittimità tra caducanti e non caducanti pare quindi tradursi nella violazione del principio costituzionale di indefettibilità della tutela contro gli atti della pubblica amministrazione e di non limitabilità della tutela (salvo al ricorrere di situazioni eccezionali che giustificano una deroga a questo principio) per determinati vizi.

L'atipicità dei vizi di legittimità deve quindi considerarsi in termini assoluti, ossia riferibile anche ai vizi meramente formali e procedurali.

Può ora considerarsi che la atipicità dei vizi di legittimità - che come illustrato fino ad ora trova conferma anche in Costituzione, principalmente in ragione del divieto, posto dall'art. 113 al legislatore ordinario, di impedire la deducibilità di alcuni soltanto dei vizi, formali o sostanziali che essi siano - dovrebbe conseguentemente impedire la frammentazione del sindacato di legittimità in modelli diversi a seconda del vizio prospettato.

Quelli che la legge distingue in tre differenti vizi sono infatti pur sempre oggetto di un medesimo sindacato, di legittimità, che si è visto essere concretamente svolto - in ragione della identificabilità nel vizio di violazione di legge di ognuna delle ipotesi di illegittimità che possono configurarsi - sempre secondo la medesima tecnica, ossia

come un sindacato condotto mediante il raffronto tra il provvedimento e l'intera normativa di riferimento del caso di specie che sia stata evocata nei motivi di ricorso.

Il giudizio di legittimità deve necessariamente svolgersi come raffronto tra le censure rappresentate in ricorso e i parametri normativi di riferimento.

Anche con riferimento a questo profilo, che verrà approfondito nel paragrafo successivo del presente capitolo, l'art. 21 *octies*, secondo comma, pone dei dubbi di legittimità costituzionale, specificamente in relazione al principio di separazione dei poteri.

Invero, l'applicazione di tale norma richiede al giudice amministrativo di effettuare un sindacato condotto come confronto tra il provvedimento impugnato e il provvedimento che sarebbe stato emanato in assenza della violazione formale o procedimentale in cui è incorsa l'amministrazione.

Tuttavia, un sindacato svolto con una simile modalità finisce per permettere, ed anzi imporre, al giudice di ripercorrere il procedimento svolto dall'amministrazione.

In tal caso il giudizio di legittimità viene avulso del tutto dal principio di legalità formale perché finisce per svolgersi, in concreto, come fosse esercizio dell'azione amministrativa¹⁸².

Tutto ciò, oltre che porre evidenti dubbi di legittimità costituzionale con il principio di separazione dei poteri, comporterebbe un restringimento del sindacato di legittimità ingiustificato e *praeter legem*.

2.4. Atipicità dei vizi di legittimità e sindacato di legittimità necessariamente unitario

¹⁸² Rileva che “lo scenario che suggerisce l'art. 21 *octies* della L. 241/90 è di un giudice amministrativo che deve volgere il suo sindacato sul contenuto dell'atto, ignorando il mancato rispetto delle regole di diritto che non sono in grado di influenzare l'assetto degli interessi determinato dal provvedimento impugnato” e che in questo modo “la giurisdizione di legittimità si arricchisce di un'indagine che porta il giudice amministrativo a percorrere l'iter proprio dell'amministrazione attiva, modificando e sostituendo i tasselli del procedimento amministrativo, per stabilire quale contenuto avrebbe potuto avere il provvedimento. Il giudice, cioè, si comporta come l'amministrazione”, E. FOLLIERI, *L'annullabilità del provvedimento*, cit., 628. In termini analoghi, A. PUBUSA ha osservato che in conformità all'art. 113 Cost. il giudice amministrativo dovrebbe sindacare atti già definitivamente formati e scongiurare che la sede di perfezionamento e riparazione degli atti impugnati sia quella giudiziaria, in *Il giudizio “officina per la riparazione” degli atti amministrativi? Note sull'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1755.

Dopo aver affrontato le questioni poste dall'art. 21 *octies*, secondo comma, può ora concentrarsi l'attenzione su un profilo già parzialmente posto in evidenza, ossia quello per cui il sindacato di legittimità (e dunque anche quello configurato all'art. 21 *octies* secondo comma), affinché possa essere effettivo strumento di tutela come imposto dai principi costituzionali, deve presentarsi unitario a prescindere dal vizio prospettato in ricorso.

Se ciò è corretto, allora la atipicità dei vizi di legittimità non può essere colta esclusivamente sul piano sostanziale, ma va intesa anche con riferimento a quello processuale.

Come già più volte segnalato, si ritiene che la tripartizione dei vizi, legislativamente prevista, abbia mero valore descrittivo, classificatorio¹⁸³; ciò si crede debba valere anche sul profilo processuale.

Al variare del vizio indicato in ricorso, infatti, non dovrebbe poter seguire un diverso sindacato da parte del giudice.

Rinviando al capitolo successivo le questioni attinenti al rapporto tra il sindacato esercitabile e gli specifici motivi di diritto indicati in ricorso, va per ora rilevato che anche sul piano processuale può parlarsi di atipicità dei vizi perché la loro distinzione non può incidere - a pena di accordare, contrariamente a quanto vietato dai principi costituzionali, una tutela diversificata al variare del vizio prospettato - sul tipo di sindacato esercitabile dal giudice, che resta un sindacato di legittimità.

Ad ulteriore conferma di questa impostazione va considerato che il sindacato conseguente ad una domanda di annullamento del provvedimento, essendo comunque un sindacato di legittimità, comporta sempre i medesimi effetti, che in concreto possono variare in base ai fatti di causa, ma non anche in ragione dei vizi dai quali si ritiene inficiato il provvedimento impugnato.

Qualora infatti il giudizio di legittimità termini con l'accoglimento del ricorso, la sentenza pronunciata esplicherà gli effetti tipicamente attribuiti dalla giurisprudenza alle pronunce costitutive, qualunque siano stati i vizi prospettati e ritenuti sussistenti.

In particolare, alla sentenza con cui si accoglie il ricorso seguiranno l'effetto caducatorio del provvedimento, l'effetto ripristinatorio della situazione anteriore

¹⁸³ Per la proposizione di questa tesi, si vedano M. S. GIANNINI, *op.cit.*, 623, A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 487 e G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 196.

all'adozione del provvedimento e l'effetto conformativo, destinato a valere per la successiva attività amministrativa.

Specularmente, nel caso in cui il sindacato di legittimità si concluda con il rigetto del ricorso, il privato non avrà la tutela richiesta, a prescindere che il rigetto sia determinato dall'insussistenza del vizio di incompetenza o per la ritenuta insussistenza di violazioni di legge o sintomi dell'eccesso di potere.

La distinzione dei vizi non provoca quindi alcuna diversità del tipo di sindacato esercitabile, che è in ogni caso un sindacato di legittimità, il cui epilogo esplica, quantomeno in astratto, i medesimi effetti qualsiasi sia il profilo di illegittimità oggetto dell'accertamento.

Si è potuto già affrontare nell'ultimo paragrafo del capitolo 1, analizzando la giurisprudenza, che i giudici amministrativi svolgono il sindacato di legittimità sempre secondo il medesimo schema tipico della verifica del vizio di violazione di legge¹⁸⁴.

Ossia, i giudici vagliano la legittimità dei provvedimenti operando un confronto tra il contenuto del provvedimento impugnato e il parametro normativo di riferimento, che può essere tanto norma di dettaglio, quanto norma di principio, ma che in ogni caso resta sempre costituito da una regola giuridica¹⁸⁵.

L'unica differenza concreta, operativa, che può presentarsi nel sindacato di legittimità - ma non a seconda del vizio sul quale esso viene instaurato, bensì in relazione al parametro di riferimento¹⁸⁶ - attiene appunto alla tecnica del suo svolgimento, perché qualora il raffronto venga fatto con un norma di principio, il procedimento

¹⁸⁴ Per l'impostazione secondo cui "si ritiene di ricondurre ogni valutazione, anche relativa all'agire discrezionale, nello schema del riscontro di conformità/difformità da un parametro, e si rinviene in questa operazione la sostanza profonda della valutazione sulla violazione di legge, che, per un verso, è l'unica che il giudice possa compiere", M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 942. Sostanzialmente nei medesimi termini A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso di ufficio. Profili di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 86.

¹⁸⁵ Ritiene che anche all'eccesso di potere si colleghino parametri giuridici, E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa – Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in www.giustamm.it, 2007.

¹⁸⁶ Sostiene che "il giudice amministrativo (...) può rimanere giudice della sola legittimità, soltanto se i parametri di valutazione che deve così applicare (...) presentino natura di norma giuridica oggettiva", A. ROMANO, *Commento all'art. 26 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano - R. Villata, Padova, 2009, 1201. Ritiene invece, nonostante le premesse ricordate nella precedente nota, che siano i vizi prospettati (e non i parametri assunti) ad esprimere diverse tecniche di sindacato, M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 956.

giurisdizionale si compone di una fase ulteriore a quelle che costituiscono il sindacato compiuto su norme di dettaglio.

Questa fase ulteriore non coincide con l'interpretazione della norma, che non è certo operazione esclusa per le norme di dettaglio, bensì con l'individuazione del contenuto specifico del principio¹⁸⁷.

Tuttavia, è endemico a qualsiasi sindacato il fatto che esso possa, in concreto e anche a prescindere dal parametro normativo assunto, colorarsi di una diversa conformazione e tradursi in tecniche non sempre coincidenti.

Ciò non deriva, appunto, dai vizi formalmente prospettati, bensì dipende dalle censure sostanziali indicate in ricorso e dai fatti posti a fondamento di tali doglianze (o conoscibili dal giudice attraverso l'istruttoria processuale).

La circostanza per cui i vizi di legittimità argomentati in ricorso non possono influire sul tipo di sindacato esercitabile dal giudice è confermato anche dal fatto che, come si vedrà nel successivo capitolo 3 e come già accennato in precedenza, il giudice può ritenersi non vincolato ai vizi indicati in ricorso, nella misura in cui è titolare del potere di riqualificare la domanda (in ragione del potere *iura novit curia* del quale è titolare) e sempre che si mantenga entro i limiti posti dal principio della domanda e dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Affermare che la distinzione dei vizi non ha ricadute neppure sulle tecniche di sindacato esercitabile, (al di là del maggiore o minore rilievo che assuma il ruolo del giudice nell'interpretazione e nella concretizzazione dei parametri di riferimento), corrobora ulteriormente la proposta di considerare il sistema dell'illegittimità come connotato da atipicità.

Anche la prassi può costituire conferma di questa impostazione, nella misura in cui evidenzia che sono davvero rari i ricorsi in cui sia prospettato un unico vizio.

La prassi forense dimostra, al contrario, non soltanto la tendenza di indicare in ricorso il maggior numero di vizi possibile, ma altresì quella di formulare ogni singolo motivo di diritto come comprensivo, già di per sé solo, di più vizi di legittimità¹⁸⁸.

¹⁸⁷ A riguardo è stato correttamente affermato che “una volta stabiliti i principi, ogni controllo sulla validità del provvedimento può essere svolto tramite la valutazione di conformità/difformità rispetto ad essi”, M. TRIMARCHI, *op. cit.*, 980; sulla circostanza per cui in ogni caso sarebbe “sempre il controllore a creare il parametro”, N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 305.

¹⁸⁸ Si sofferma su questa circostanza, al fine di argomentare che la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere sono “solo mere categorie logiche”, F. SATTA, *op.cit.*, 155.

Quindi, il giudice che venga adito con un ricorso di questo tenore, difficilmente utilizzerà una tecnica di sindacato piuttosto che un'altra.

Vaglierà, invece, la legittimità del provvedimento nel suo complesso, confrontandolo con i parametri normativi di riferimento, siano essi norme di dettaglio (direttamente interpretabili) ovvero norme di principio (il cui preciso contenuto sarà concretizzato dal giudice).

Il sindacato che verrà svolto sarà quindi sempre il medesimo, ossia un controllo "generale" sulla legittimità del provvedimento, esercitato attraverso il raffronto con i parametri giuridici di riferimento e contenuto entro i limiti imposti dalla necessaria corrispondenza della decisione del giudice, con la domanda proposta dal ricorrente.

2.5. Il giudice amministrativo come giudice che tutela situazioni giuridiche soggettive: una possibile spiegazione alla mancanza di una definizione dell'illegittimità degli atti amministrativi

L'atipicità dei vizi di legittimità è risultata avere valenza anche processuale (vista l'unicità del sindacato di legittimità), oltre che sostanziale (vista la completa riconducibilità alla violazione di legge di qualsiasi ipotesi di illegittimità) ed è proprio tale atipicità dei vizi che impedisce di definire l'illegittimità dei provvedimenti attraverso la sistematica dei vizi.

La ragione di ciò può forse essere individuata considerando quale è l'oggetto del giudizio di legittimità e, più in particolare, soffermandosi su quella che è la reale funzione a cui deve assolvere il giudice amministrativo che venga adito con un ricorso in cui viene chiesto l'annullamento di un provvedimento.

E' oramai opinione consolidata della dottrina¹⁸⁹ che la funzione del giudizio di legittimità, a prescindere che il suo oggetto si voglia far coincidere con il provvedimento del quale si lamenta l'illegittimità¹⁹⁰, ovvero lo si identifichi nel rapporto dedotto in giudizio¹⁹¹, è quella di accordare protezione alla posizione

¹⁸⁹ Per i pertinenti riferimenti dottrinali, si veda A. ROMANO, *Commento all'art. 26 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054*, cit., 1269.

¹⁹⁰ A. ROMANO, *Commento all'art. 26 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054*, cit., 1192; ID., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir.proc.amm.*, 1994, 636; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 37.

¹⁹¹ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, Milano, 1962, 255; G. VERDE, *Ma*

giuridica soggettiva della quale il privato chiede tutela, e non invece quella di svolgere un controllo sull'azione pubblica¹⁹².

Il giudizio di legittimità, nonostante tenda all'annullamento di un provvedimento, è un giudizio funzionale a riconoscere tutela a interessi privati.

Tale giudizio deve infatti restare estraneo al perseguimento dell'interesse pubblico, che è attività tipicamente amministrativa.

La diretta considerazione dell'interesse pubblico al cui perseguimento è preposta l'amministrazione deve quindi definitivamente arrestarsi all'esito del procedimento amministrativo, perché il giudizio non può tendere alla sua tutela¹⁹³.

Pur non volendo in questa sede ampliare il tema dell'atipicità dei vizi a quello dell'illegittimità dei provvedimenti in generale, vuole solo sottolinearsi che un giudizio di legittimità principalmente volto ad accordare tutela a situazioni giuridiche soggettive, piuttosto che a giudicare del provvedimento, suggerisce la necessità di intendere l'illegittimità come istituto non tanto collegato al provvedimento, quanto alla violazione di norme giuridiche che ledono posizioni giuridiche soggettive.

L'illegittimità del provvedimento andrebbe allora definita come comprensiva di tutte le ipotesi in cui la pubblica amministrazione, attraverso un provvedimento adottato in violazione delle norme di azione che disciplinano l'esercizio dell'azione amministrativa, lede una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela.

Il testo costituzionale¹⁹⁴, nonostante abbia impattato sui vizi di legittimità, configurandoli come necessariamente atipici, non fornisce alcuna indicazione espressa sui vizi di legittimità e sembra confermare la necessità di collegare il concetto di illegittimità alle posizioni giuridiche, piuttosto che all'atto impugnato, laddove si riferisce agli interessi legittimi per determinare l'oggetto della giurisdizione

che cos'è questa giustizia amministrativa, in *Dir.proc.amm.*, 1993, 590; G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir.proc.amm.*, 2001, 330.

¹⁹² Tradizionalmente vengono distinti un modello di giurisdizione di tipo soggettivo e un modello di tipo oggettivo. Sul fatto che "da giurisdizione di tipo oggettivo, avente come fine quello di tutelare l'osservanza della legge, la giurisdizione del giudice amministrativo si è progressivamente configurata come giurisdizione di tipo soggettivo, volta cioè alla tutela di interessi individuali", E. CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it.dir.pubbl.com.*, 1999, 702.

¹⁹³ E' stato rilevato che il problema che deve risolvere il giudice è diverso da quello della cui soluzione è attribuita l'amministrazione. Non tanto, dunque, una rivalutazione con diverse lenti dello stesso problema amministrativo, ma una decisione su un problema di secondo grado", M. TRIMARCHI, *op.cit.*, 999.

¹⁹⁴ Si fa riferimento agli artt. 24, 103 e 113.

amministrativa¹⁹⁵.

La particolare conformazione soggettiva del giudizio di legittimità (perché finalizzato ad accordare una tutela alla posizione giuridica soggettiva) costituisce quindi una possibile spiegazione alle incertezze, tanto teoriche quanto pratiche, che permangono nel nostro ordinamento relativamente al concetto di illegittimità degli atti amministrativi.

3. VIZI DI LEGITTIMITÀ E MOTIVI DI RICORSO GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: 3.1. Impostazione delle questioni e prospettive. – 3.2. Vizi di legittimità e formulazione dei motivi di ricorso. – 3.3. Motivi di ricorso e principio della domanda nel giudizio amministrativo di legittimità. – 3.3.1. *La necessaria corrispondenza del sindacato ai soli motivi indicati in ricorso come corollario del principio della domanda.* – 3.3.2. *La non necessaria corrispondenza del sindacato all'ordine espositivo dei motivi indicato in ricorso.* – 3.3.3. *Il vincolo del giudice ad esaminare tutti i motivi indicati in ricorso e le problematiche connesse alla prassi dell'assorbimento.*

3.1. Impostazione delle questioni e prospettive

Si è accennato già nel primo capitolo che la difficoltà di trovare profili autonomi a ciascun vizio di legittimità è una questione che si riflette necessariamente anche sul tema relativo ai motivi di ricorso, dato che è attraverso l'articolazione di essi che i vizi di legittimità entrano nel giudizio amministrativo e assumono una valenza processuale. In questo capitolo si proverà a verificare come la qualificazione sostanziale dei vizi si riflette nel giudizio amministrativo di legittimità e quindi in sostanza si cercherà, innanzitutto, di rispondere al seguente quesito:

1) se l'atipicità dei vizi si traduce nell'atipicità dei motivi di ricorso.

La questione non è di poco conto, perché a seconda della soluzione che si ritiene essere quella corretta, seguono conseguenze radicalmente diverse in ordine ai poteri del giudice nello svolgimento del sindacato di legittimità.

Invero, se effettivamente i vizi corrispondessero ai motivi e quindi l'atipicità dei primi

¹⁹⁵ In questi termini, A. ROMANO, *Commento all'art. 26 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054*, cit., 1221.

fosse riferibile anche ai secondi, allora il giudice potrebbe rilevare d'ufficio e vagliare anche censure non dedotte dal ricorrente e potrebbe quindi compiere un vaglio giurisdizionale di legittimità generale, svincolato dalle ragioni indicate in ricorso ed eventualmente ultroneo alle stesse.

Qualora invece, come si cercherà di dimostrare, si ritenesse corretta la soluzione opposta, per cui l'atipicità dei vizi di legittimità non si traduce - in ragione di quanto disposto dalla legge e, in particolare, dal principio della domanda - in atipicità dei motivi di parte, allora dovrebbe concludersi per l'assoluta indisponibilità, da parte del giudice, delle censure prospettate nell'atto introduttivo, alle quali resterebbe vincolato. Una volta ritenuto sussistente il vincolo del giudice ai motivi di parte, occorrerebbe inoltre indagare due ulteriori profili:

2) da un lato se, posta la vincolatività dei motivi di ricorso, il giudice debba considerarsi vincolato anche all'ordine espositivo degli stessi indicato in ricorso oppure possa decidere, nei limiti delle censure prospettate, con che sequenza esaminarli e,

3) dall'altro lato, se debba esaminare tutti i motivi o possa decidere di dichiararne assorbiti alcuni.

Dopo aver analizzato l'impatto dell'inquadramento sostanziale dei vizi nel giudizio di legittimità e quindi dopo aver provato a chiarire i quesiti 1), 2) e 3) potrà infine procedersi a considerare, in base ad ognuna delle soluzioni date ai predetti quesiti:

4) se e come il rapporto tra motivi di ricorso e sindacato giurisdizionale finisca inevitabilmente per scalfire l'asserita atipicità dei vizi o se invece i motivi e i vizi, pur essendo i primi i contenitori processuali degli altri, conservino una disciplina differente e indipendente che permette di sostenere l'atipicità dei vizi nonostante la natura vincolante dei motivi di parte.

3.2. Vizi di legittimità e formulazione dei motivi di ricorso

Si è visto nel secondo capitolo, a proposito dell'art. 113 Cost., che la concreta prospettazione nel ricorso introduttivo di un vizio di legittimità piuttosto che di un altro, attraverso la formulazione di un motivo, è una scelta riservata al ricorrente e non limitabile dal legislatore.

Il terzo comma dell'art. 113 Cost. infatti, vieta che la tutela giurisdizionale contro gli atti della Pubblica Amministrazione venga esclusa o limitata (...) *a particolari mezzi*

di impugnazione.

Tale disposizione impedisce quindi che la legge escluda o limiti l'impugnabilità di un atto ad uno o ad alcuni soltanto dei vizi di legittimità.

Il rapporto tra vizi e motivi¹⁹⁶, tuttavia, non è per nulla chiarito dalla legge, che si limita infatti a prevedere che:

- l'annullamento di un provvedimento può essere chiesto per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge (art. 21 *octies*, comma 1, legge n. 241/1990);
- l'azione di annullamento può proporsi per incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge (art. 30 c.p.a.);
- il ricorso introduttivo (compreso, naturalmente, anche quello che sia diretto ad ottenere l'annullamento del provvedimento) deve contenere, tra gli altri elementi, i motivi specifici su cui si fonda (art. 40 c.p.a.)¹⁹⁷.

L'interessato che decida di proporre un ricorso per l'annullamento di un provvedimento che ritiene viziato ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 1, della legge n. 241/1990 dovrà quindi individuare concreti profili di illegittimità suscettibili di essere dettagliati in uno o più specifici motivi di ricorso.

Già da una prima lettura delle disposizioni citate, è evidente che il ruolo dei motivi di ricorso non coincide con quello dei vizi di legittimità.

Vero è che la legge individua nei vizi di legittimità le cause di annullamento dei provvedimenti, ma è altrettanto vero che non richiede espressamente che i motivi si riferiscano a specifici vizi.

Solo dispone, senza menzionare i vizi, che i motivi di ricorso siano specifici.

In altre parole, stando al tenore letterale dell'art. 40 del c.p.a., un motivo di ricorso ben potrebbe essere considerato ammissibile per il solo fatto di lamentare specifici profili di illegittimità dell'azione amministrativa, anche qualora riservasse al giudice l'individuazione dei vizi di legittimità corrispondenti, nei quali andrebbe sussunta la

¹⁹⁶ Ci si riferisce esclusivamente ai motivi di merito, non anche alle questioni di rito, le quali seguono una disciplina differente in ordine alla rilevabilità d'ufficio, si pensi ad esempio ai motivi relativi ai presupposti processuali, quali il difetto di giurisdizione o di competenza.

¹⁹⁷ Nella legge istitutiva della quarta sezione del Consiglio di Stato mancava una disposizione che specificasse i requisiti del ricorso introduttivo. Tale previsione fu infatti introdotta per la prima volta con l'art. 5 del r.d. 17 ottobre 1889 ove era precisato che il ricorso doveva contenere, oltre alla esposizione sommaria dei fatti, anche i motivi su cui esso si fondava, con l'indicazione degli articoli che si ritenevano violati e poi ribadita all'art. 6 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642 nonché all'art. 36 del t.u. sul Consiglio di Stato r.d. 26 giugno 1924, n. 1054.

condotta censurata in ricorso.

Ad esempio, un motivo di ricorso nel quale un candidato partecipante ad una procedura ad evidenza pubblica lamenti e argomenti di aver subito trattamenti discriminatori e di essere stato destinatario di condotte non imparziali, potrebbe considerarsi specifico anche in mancanza di un'espressa menzione del vizio di disparità di trattamento (a prescindere che lo si intenda come figura sintomatica dell'eccesso di potere o, come si ritiene corretto, alla stregua di una violazione di legge).

Sul punto, la giurisprudenza amministrativa è costante nel precisare che non è neppure indispensabile, ai fini della specificità ed ammissibilità di un motivo, che esso sia rubricato con la menzione di uno o più vizi¹⁹⁸.

Tutto ciò significa che i vizi di legittimità eventualmente richiamati nelle rubriche o nelle argomentazioni dei motivi assurgono esclusivamente a meri strumenti per rappresentare in ricorso le censure di illegittimità che si ritengono sussistenti, ma non è la mera menzione di essi a garantire la specificità, e quindi l'ammissibilità, del motivo.

Un motivo di ricorso per essere tale, o meglio per essere specifico, e quindi ammissibile, deve contestualizzare il vizio ritenuto sussistente nei fatti oggetto del giudizio¹⁹⁹.

Dalla legge, dunque, pare potersi desumere che non è necessario ma neppure sufficiente, per ritenere ammissibile un motivo di ricorso, che esso si traduca nella mera indicazione di uno o più vizi di legittimità.

Sono i fatti di causa, in sostanza, che conferiscono effettiva specificità ed autonomia ad un motivo di ricorso e permettono al giudice di capire quali sono le concrete censure in base alle quali si chiede l'annullamento dell'atto impugnato.

¹⁹⁸ In dottrina, conformemente, si veda L. IANNOTTA, *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo (dai motivi alla situazione fatta valere: l'interesse legittimo tra interesse di fatto, situazione giuridica uti civis e situazione giuridica personale)*, in *Dir.proc.amm.*, 1988, 377.; L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989, 48 e 111. Aveva invece sottolineato la necessità che ogni motivo fosse riferito espressamente ad uno dei vizi, E. PRESUTTI, *Enunciazione dei motivi nel ricorso e motivi aggiunti*, Estratto da *Il Foro amministrativo*, anno IV, fasc. 11, Napoli, 1928, 10-11; V. DOMENICHELLI, *I motivi di ricorso: un ritorno alla giurisdizione oggettiva?*, in *Reg.*, 1975, 804; A. TROCCOLI, *I requisiti per l'ammissibilità dei motivi di ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 1960, 1060.

¹⁹⁹ "Quella che in ogni caso è necessaria, ma anche sufficiente, è la precisa indicazione del comportamento fatto oggetto di censura", F. LA VALLE, *op.cit.*, spec. 78.

La valenza meramente strumentale del vizio di legittimità eventualmente indicato nel motivo è ulteriormente confermata da almeno tre considerazioni.

Innanzitutto, la già più volte considerata riconducibilità di ciascun vizio alla violazione di legge impedisce che l'indicazione di uno di essi piuttosto che di un altro sia determinante per l'interpretazione delle censure indicate dal ricorrente o dirimente per decidere in ordine all'effettiva specificità dei motivi.

In secondo luogo, va tenuta presente la possibilità per il giudice, in ragione del potere *iura novit curia*, di riqualificare correttamente i vizi di legittimità che siano stati eventualmente indicati nel ricorso in modo errato o improprio rispetto alla loro tradizionale articolazione.

Un'ulteriore conferma della tendenziale irrilevanza della menzione dei vizi nei motivi di ricorso si ricava dalla giurisprudenza amministrativa, che risulta essere tutt'altro che rigorosa sul tema della specificità dei motivi di ricorso.

Già prima che intervenisse il c.d. secondo decreto correttivo al codice del processo amministrativo (D.lgs. 14.9.2012, n. 160²⁰⁰) con il quale è stato introdotto espressamente l'onere di specificazione dei motivi²⁰¹, veniva costantemente affermato che l'inammissibilità del ricorso per genericità dei motivi si ha soltanto qualora le censure dedotte in giudizio non possono essere individuate dal contesto del gravame e dai fatti esposti, pertanto *“l'onere di specificazione dei motivi deve considerarsi assolto nel caso in cui, da una lettura complessiva del ricorso, ivi compresa l'esposizione in fatto, sia possibile desumere la natura e la portata delle doglianze avanzate, ancorché non siano indicati gli articoli di legge o di regolamento di cui si asserisce la violazione”*²⁰².

²⁰⁰ Sulla portata delle nuove modifiche introdotte all'art. 40 del codice del processo amministrativo si veda, per tutti, R. DE NICTOLIS, *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2012, ove viene precisato che la *ratio* della nuova previsione va ravvisata nell'intento di superare la prassi in base alla quale venivano redatti ricorsi poco chiari, senza una precisa distinzione fra fatto e diritto e nei quali era, anzi, frequente l'introduzione di motivi di ricorso c.d. intrusi, perché contenuti solo nella narrativa in fatto.

²⁰¹ Gli artt. 6 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642 e 36 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 imponevano al ricorrente di indicare “i motivi su cui si fonda il ricorso, con l'indicazione degli articoli di legge o di regolamento che si ritengono violati”.

²⁰² TAR Lazio, Roma, Sez. II, 24.4.2007, n. 3679, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1349 ss; Cons. St., Sez. V, 28.11.2005, n. 6643, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3318 ss.; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 11.10.2004, n. 4413, in *Foro amm. TAR*, 2004; Cons. St., Sez. V, 4.5.2004, n. 2715, in *Foro amm. CDS*, 2004, 1416 ss.; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 14.3.2003, n. 462, in *Foro amm. TAR*, 2003; Cons. St., sez. V, 18.5.1998,

Anche in seguito alla nuova formulazione dell'art. 40 del c.p.a., per cui il ricorso deve contenere, a pena di inammissibilità, distinti (dalla narrativa in fatto) e specifici motivi sui quali si fonda, la giurisprudenza non sembra aver adottato un atteggiamento più rigoroso del passato, ed afferma infatti che *“i motivi di gravame, pur non rubricati in modo puntuale né espressi con formulazione giuridica assolutamente rigorosa, devono essere esposti con specificità sufficiente a fornire almeno un elemento di prova utile alla identificazione delle tesi sostenute a supporto della domanda”*²⁰³, così confermando l'impostazione tradizionale, per cui i motivi sono ammissibili qualora permettano al giudice, pur in mancanza di precise rubricazioni e di rigorose formulazioni giuridiche, di ricostruire le precise censure che il ricorrente ha inteso prospettare, anche attraverso un'interpretazione sistematica del ricorso, che tenga altresì conto, ferma restando l'autosufficienza dei motivi, della narrativa in fatto e delle conclusioni.

Il motivo di ricorso rappresenta quindi, necessariamente, un concetto diverso e più ampio di quello di vizio di legittimità, perché per essere specifico deve rendere intellegibile al giudice e alle parti resistente e controinteressate l'illegittimità che ritiene essere stata compiuta dall'Amministrazione e dunque deve riferirsi ai fatti, contestualizzare in essi i vizi asseriti.

Il motivo deve quindi costituire la contestualizzazione dello stato viziante (a prescindere da come venga qualificato in concreto) rispetto ai fatti di causa.

E' evidente allora che la sistematica dei vizi non condiziona la formulazione o l'ammissibilità dei motivi, perché è mero strumento per tradurre in una *causa petendi* profili di illegittimità che si ritengono essere stati lesivi di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo (o, nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva, anche di diritto soggettivo).

E' quindi sostanzialmente ininfluenza nel giudizio di legittimità la natura, tipica o

n. 601, in *Giust. Amm.*, 1998, 724 ss.; Cons. St., Sez. IV, 14.11.1997, n. 1279, in *Giur. it.*, 1998, 1046 ss.; Cons. St., Sez. V, 2.4.1991, n. 375, in *Cons. Stato* 1991, 693 ss.; Cons. St., sez. V, 17.4.1990, n. 380, in *Cons. Stato* 1990, 570 ss.; Cons. St., Sez. V, 11.4.1990, n. 359, in *Foro amm.*, 1990, 943 ss.; Cons. St., Sez. VI, 13.5.1985, n. 186, in *Cons. Stato* 1986, 561 ss.; Cons. St., 4.12.1984, n. 702, in *Giust. Amm.*, 1984, 485 ss.; TAR Lombardia, Brescia, 2.12.1983, n. 775, in *Foro amm.*, 1984, 946 ss.; Cons. St., Sez. IV, 6.7.1982, n. 455, in *Foro amm.*, 1455 ss.; Cons. St., Sez. V, 15.1.1982, n. 2, in *Foro amm.*, 1982, 51 ss.. In dottrina, a riguardo, si vedano le considerazioni di S. CASSARINO, *Il processo amministrativo*, II, Milano, 1987, spec. 84.

²⁰³ Cons. St., Sez. VI, 9.7.2012, n. 4006, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2049 ss..

atipica, che si ritiene di dover attribuire alla tripartizione dei vizi di legittimità dettata dalla legge.

Sono i motivi le reali ragioni per le quali viene chiesto l'annullamento di un provvedimento, non i vizi eventualmente indicati.

Sono quindi i motivi che concorrono a definire la domanda di parte che il giudice deve individuare come *thema decidendum* e assumere come parametro per osservare la necessaria corrispondenza tra il chiesto e pronunciato²⁰⁴.

3.3. Motivi di ricorso e principio della domanda nel giudizio amministrativo di legittimità

E' un dato pacifico che l'osservanza della corrispondenza tra chiesto e pronunciato è un corollario del principio della domanda, il quale, seppur sorto in relazione al processo civile, è pacificamente ritenuto essere operante anche nel giudizio amministrativo²⁰⁵, il quale è, parimenti, un giudizio preordinato alla tutela di situazioni giuridiche soggettive²⁰⁶.

²⁰⁴ "E' pur vero che il giudice amministrativo, sia nella verifica dell'ammissibilità del ricorso in relazione all'onere di specificazione dei motivi (...) è indifferente alla riconduzione della censura prospettata all'uno o all'altro dei vizi", G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., spec. 161.

²⁰⁵ Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato applicabile anche al processo amministrativo. "Indiscussa è la vigenza della norma a livello di cognizione davanti agli organi di giurisdizione speciale", C. CONSOLO – P. LUISO, *Dei poteri del giudice*, in *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Vicenza, 2007, 1012 ss.; "Il dovere del giudice di pronunciare su tutta la domanda deriva dall'art. 112 C. Proc. Civ., il cui principio vale anche per il processo amministrativo", E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo*, *Noviss. Dig. It.*, vol. XIII, Torino, 1982, 1086 ss.. "Sia dalla correlazione che indubbiamente i due testi - t.u. Cons. St. e l. TAR - stabiliscono fra domanda (artt. 26 e 37 t.u. Cons. St., artt. 2 ss. l. TAR) e pronuncia del giudice (rispettivamente: artt. 45 e 26), sia soprattutto dall'onere di motivazione dell'atto introduttivo, imposto dagli artt. 6 e 17 reg. proc. Cons. St. e dalla immutabilità di tale motivazione nel corso del processo, il vincolo si lascia desumere con nettezza, M. NIGRO, voce *Domanda (principio della)*, *Diritto processuale amministrativo*, *Enc. Giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 2 ss.; in giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 19.10.2004, n. 6710, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2827 ss.; Cons. St., sez. V, 27.5.2011, n. 3191, in *dejure.it*; Cass. civ., Sez. I, 27.4.2011, n. 9395, in *dejure.it*.

²⁰⁶ Esclude che il principio della domanda operi anche in relazione a quei giudizi instaurati in seguito ad una iniziativa d'ufficio, quali ad esempio alcuni giudizi che si svolgono avanti alla Corte dei Conti F. LA VALLE, *op. cit.*, spec. 57.

L'art. 34, comma 1, c.p.a. chiarisce infatti che il giudice deve pronunciare la sentenza di merito *“nei limiti della domanda”*.

In ogni caso, l'art. 99 c.p.c., che impone al giudice di pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, deve considerarsi recepito nel processo amministrativo, in forza del generale rinvio esterno contenuto nell'art. 39, comma 1, del c.p.a., secondo cui *“per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressioni di principi generali”*.

Per individuare i confini precisi del *thema decidendum* oltre il quale il giudice non può pronunciare, a pena di incorrere nella violazione del divieto di *ultrapetita*, occorre riferirsi agli elementi costitutivi della domanda giudiziale.

E' un dato pacifico che questi elementi si identifichino nei soggetti, nel *petitum* e nella *causa petendi*²⁰⁷.

In altre parole, il principio della domanda, nel suo corollario della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato²⁰⁸, impone al giudice di adottare una pronuncia fra le stesse parti menzionate come tali nell'atto introduttivo (soggetti), rispettando la richiesta indicata nelle conclusioni del ricorso (*petitum*) e riferendosi, nello svolgimento del sindacato di legittimità, esclusivamente alle ragioni del domandare e, dunque, nel giudizio amministrativo di legittimità, ai motivi di ricorso (*causa petendi*)²⁰⁹, senza poter rilevare d'ufficio motivi ulteriori a quelli prospettati²¹⁰.

²⁰⁷ Si vedano C. MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di “petitum” e “causa petendi”*, in *Riv.dir.proc.*, 1984, 465 ss.; E. GRASSO, *op. cit.*, spec. 388-389, E. T. LIEBMAN, *Fondamenti del principio dispositivo*, in *Riv.dir.proc.*, 1960, spec. 553 e F. BENVENUTI, *Contraddittorio (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, spec. 740; M. NIGRO, *Domanda (principio della)*, *cit.*, spec. 2; F. BARTOLOMEI, *Intorno al vizio di extrapetizione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1957, 310-311; F. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1963, spec. 177.

²⁰⁸ Taluni autori esprimono dubbi sulla sussistenza di tale vincolo, dato che a) da un'indagine comparatistica risulta che in altri ordinamenti è assente qualsiasi vincolo del giudice ai motivi di parte, come ad esempio nel giudizio amministrativo spagnolo e in quello germanico occidentale; b) perché vi sarebbero nel nostro ordinamento ipotesi di giudizi amministrativi (non di legittimità) in cui tale vincolo non sussiste, come ad esempio quello instaurato da un'azione di adempimento (ove la *causa petendi*, nonché unica ragione del domandare è appunto l'inadempimento); c) perché non esisterebbe una norma nel nostro ordinamento che imponga espressamente il vincolo del giudice ai motivi di ricorso, F. LA VALLE, *op. cit.*, spec. 23. Ritiene invece che la non rilevabilità d'ufficio di motivi ulteriori a quelli proposti non abbia fondamento normativo e sia una mera *“pratica stabilita dalla Quarta Sezione”*, C. VITTA, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obbiettivo*, in *Riv.dir pubbl.*, 1921, I, 367 ss..

²⁰⁹ Nel giudizio amministrativo la *causa petendi* non si identifica esclusivamente con i profili di illegittimità del provvedimento, ma anche con la situazione giuridica soggettiva lesa, si veda F. LA

Non a caso è stato osservato in dottrina che il giudice deve pronunciare su *tutti* e i *sol*i motivi di diritto indicati nell'atto introduttivo²¹¹.

3.3.1. La necessaria corrispondenza del sindacato ai soli motivi indicati in ricorso come corollario del principio della domanda

Il fatto che l'eventuale illegittimità dell'atto debba essere verificata in relazione ai *sol*i motivi indicati²¹², significa che il giudice, in osservanza del principio della domanda, non può vagliare l'illegittimità del provvedimento impugnato in relazione a censure che non siano state specificamente prospettate dal ricorrente²¹³.

Così ad esempio, il ricorrente che lamenti l'illegittimità di un'aggiudicazione in ragione dell'illegittimità della composizione della commissione di gara, non potrà ottenere l'annullamento di quella aggiudicazione per una non prospettata, ancorché sussistente, violazione del principio di imparzialità.

Tale regola, per la quale il giudice non può rilevare d'ufficio censure non proposte dalla parte²¹⁴ ha tuttavia patito, in forza di alcune significative pronunce della

VALLE, *op.cit.*, spec. 87. Diversamente S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, spec. 341.

²¹⁰ Cons. St., sez. V, 27.5.2011, n. 3191, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. VI, 6.9.2010, n. 6473, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. V, 18.1.2006, n. 110, in *Foro amm. CDS*, 2006, 1, 159 ss.; Cons. St., sez. VI, n. 6710/2004, cit..

²¹¹ F. LA VALLE, *op. cit.*, 61.

²¹² La questione inerente al dovere o meno per il giudice di vagliare *tutti* i motivi indicati in ricorso verrà affrontata nel successivo paragrafo.

²¹³ E' stato anche sostenuto che il divieto per il giudice amministrativo di prendere in esame motivi d'ufficio "costituisce rigida attuazione del principio di separazione dei poteri, poiché il sindacato dell'attività amministrativa è contenuto nei limiti in cui è indispensabile per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere dal cittadino (...) giudicando fuori dalla domanda il giudice amministrativo invaderebbe la sfera riservata all'esecutivo", F. LA VALLE, *op. cit.*, 100. Per una posizione invece favorevole a riconoscere al giudice "un potere di integrazione, di emenda della censura proposta, molto più ampio e penetrante di quel che non sia la possibilità, che oggi soltanto si riconosce, di supplire alla mancata indicazione del testo normativo e di rettificare l'indicazione errata", M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, II, 20, ove viene sottolineato che ogni motivo sarebbe "solo un periodo di un più ampio e complesso discorso (...) di un unico atto di critica all'amministrazione".

²¹⁴ In giurisprudenza, si vedano ad esempio Cons. St., Sez. V, 2.2.1957, n. 9, in *Foro amm.*, 1957, 490

giurisprudenza, alcune deviazioni.

Ad esempio, con una prima sentenza, rimasta del tutto isolata, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione affermarono che “*quando si tratta di provvedimenti di pubblico interesse e di inosservanza di forme prescritte in garentia così degli impiegati che delle pubbliche amministrazioni, può (la quarta sezione del Consiglio di Stato) bene esaminare d’ufficio se concorrono, oltre i motivi di illegalità dedotti contro il provvedimento, anche altri non dedotti e che possano inficiarlo; dovendo esaminare l’atto attaccato d’illegalità sotto tutti gli aspetti, e non soltanto sotto il profilo dedotto, così come può annullarlo anche per ragioni non proposte e che essa rileva d’ufficio*”²¹⁵.

Un ulteriore caso in cui è stata ammessa la rilevabilità d’ufficio di censure non proposte è stato individuato dalla giurisprudenza²¹⁶ nell’ipotesi di declaratoria di incostituzionalità di una legge: precipuamente, in tali casi, è stata ammessa la rilevabilità *ex officio* del profilo di illegittimità non dedotto in ricorso, ma sorto a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale²¹⁷.

Al di là di questi casi, risalenti nel tempo ed eccezionali, il principio della domanda, che governa anche il giudizio amministrativo, impedisce al giudice di rilevare d’ufficio profili di illegittimità estranei a quelli dedotti in ricorso.

Nonostante tale divieto sia per lo più ricondotto, come già sopra indicato, al dovere di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in dottrina è stato anche sostenuto che tale divieto per il giudice sarebbe un logico corollario dell’impossibilità di esaminare motivi proposti dalla parte tardivamente²¹⁸.

Più precisamente, tale dottrina sostiene che il dovere del giudice di dichiarare

ss..

²¹⁵ Cass.civ., SS.UU., 12.12.1901, in *Giust.amm.*, 1902, III, 2 ss..

²¹⁶ Cons. St., Ad. Plen., 8.4.1963, n. 8, in *Giur.it.*, 1964, III, 66 ss.; Cons. St., Sez. IV, 20.10.1964, n. 1044, in *Cons. Stato*, 1964, I, 1700 ss.; Cons. St., Sez. VI, 18.3.1964, n. 247, in *Giur.it.*, 1965, III, 69 ss..

²¹⁷ Per una critica da parte della dottrina a questa impostazione della giurisprudenza, si vedano ad esempio, F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1966, 21 ss.; ID., *Annullamento d’ufficio da parte del Consiglio di Stato?*, in *Giur.it.*, 1965, III, 201 ss.; ID., *La rilevanza nel giudizio amministrativo dell’incostituzionalità delle leggi*, in *Giur.it.*, 1964, III, 67 ss.; A. ROMANO, *Pronuncia di illegittimità costituzionale di una legge e motivo di ricorso giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1964, 135 ss.; R. PEREZ, *I vizi dell’atto amministrativo conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi*, in *Foro it.* 1964, 359 ss..

²¹⁸ F. LA VALLE, *op. cit.*, spec. 52 e 53.

l'inammissibilità dei motivi proposti dopo la scadenza del termine di decadenza previsto dalla legge per la proposizione del ricorso, sarebbe incompatibile con il potere del giudice di rilevare d'ufficio motivi non tempestivamente dedotti²¹⁹.

Questa impostazione, tuttavia, non pare molto convincente perché finisce per equiparare, del tutto impropriamente, la posizione del giudice a quella del ricorrente impedendo al primo tutto ciò che è precluso al secondo e dunque applicando anche al giudice i termini di decadenza prescritti per l'attività processuale del ricorrente.

Tale equiparazione, tra l'altro, risulta ancora meno persuasiva in considerazione della possibilità, per il ricorrente, di presentare motivi aggiunti. Inoltre, di una analoga simmetria tra poteri del giudice e del ricorrente non vi è traccia nella disciplina del processo amministrativo.

Si condivide pertanto la tesi, prevalente, per cui è il vincolo della necessaria corrispondenza della pronuncia alle ragioni della domanda che impone lo svolgimento del sindacato ai soli motivi di ricorso.

Il sindacato di legittimità deve in ogni caso riferirsi alle censure sostanzialmente prospettate dal ricorrente, non anche ai vizi di legittimità eventualmente indicati nelle medesime.

Si è invero già accennato che l'effettiva corrispondenza tra quanto pronunciato dal giudice e quanto chiesto in ricorso va valutata in base ad un criterio sostanziale e non meramente formale, ossia riferendosi ai *soli* motivi indicati in ricorso, alle censure in concreto indicate dal ricorrente, ai profili di illegittimità che ha ritenuto di indicare in ricorso, a prescindere dai vizi di legittimità eventualmente menzionati.

Ciò che al giudice deve interessare, infatti, sono esclusivamente i motivi con i quali vengono descritte le illegittime condotte lesive tenute dall'amministrazione, nonché il loro contenuto, ossia la contestualizzazione di uno stato viziante nei fatti di causa.

Si pone invece necessariamente come secondario, per non dire irrilevante, il profilo relativo ai vizi di legittimità ritenuti sussistenti e menzionati in uno o in più motivi di ricorso.

Se, come visto, la corrispondenza che il giudice deve rispettare è con i motivi di diritto in cui sono argomentati i profili di illegittimità dell'azione amministrativa che si

²¹⁹ E' stato sostenuto che "è chiaro che la impossibilità per la parte di dedurre, dopo la scadenza del termine per il ricorso, motivi diversi, non quadra con la possibilità per il giudice di portare con iniziativa d'ufficio il suo sindacato su tali motivi. Il dovere del giudice di rifiutare l'ammissione di motivi nuovi, esclude pertanto necessariamente il potere di rilevare d'ufficio motivi non adottati" F. LA VALLE, *op. cit.*, spec. 52 e 53.

intendono censurare, allora è possibile che il giudice pronunci una sentenza di annullamento (in accoglimento di uno o più motivi prospettati) pur riferendosi a vizi di legittimità diversi da quelli ritenuti dal ricorrente.

Il rispetto del principio di necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato va accertato in relazione alla censura proposta e non al vizio indicato, che può anche risultare erroneo.

Qualche esempio può chiarire ulteriormente questo profilo.

Si pensi al caso in cui un'impresa seconda classificata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica decida di impugnare l'aggiudicazione ottenuta da un'altra impresa per essere stata destinataria di un trattamento non imparziale. Ferma restando la necessità, per l'impresa ricorrente, di specificare dettagliatamente l'azione amministrativa così censurata in uno o più motivi di ricorso, sarà poi irrilevante che, nello specificare il o i motivi di ricorso, il ricorrente abbia fatto riferimento ad uno piuttosto che ad un altro vizio di legittimità.

Queste considerazioni rendono comprensibile la scelta in base alla quale talvolta i giudici amministrativi ritengono meritevole di accoglimento un ricorso motivato sulla violazione di una particolare norma, formalmente osservata dall'amministrazione, ma alla cui base è tuttavia posto un principio che risulta in sostanza essere stato violato. Più precisamente, in questi casi accade che il provvedimento impugnato venga annullato a causa della violazione, non prospettata, del principio posto a base della normativa che il ricorrente ha (erroneamente) ritenuto essere stata disattesa dall'amministrazione.

In simili casi, ancorché il vizio di legittimità ritenuto sussistente (violazione di una norma di principio) sia un vizio distinto da quello indicato dal ricorrente (violazione di una norma di dettaglio), la censura esaminata resta quella sostanzialmente proposta e questo permette di non mettere in dubbio il rispetto, da parte del giudice, il principio di necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato²²⁰.

In ragione di ciò diviene anche maggiormente accettabile la consolidata prassi forense che è solita formulare un unico motivo di ricorso riferendolo a più vizi di legittimità o, viceversa, indicare in distinti motivi prospettazioni differenti di un unico vizio.

Perché ciò che conta per il giudice sono solo i motivi di diritto redatti nell'atto

²²⁰ F. LA VALLE, *op. cit.*, spec. 75; E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, in *Riv.dir.proc.*, 1965, 397 ss.; F. G. COCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 252.

introduttivo e non i vizi di legittimità semmai richiamati, in quanto sono i motivi che lo vincolano ed che costituiscono l'oggetto e il limite del sindacato di legittimità e della pronuncia giurisdizionale amministrativa.

Provando a rispondere al primo degli interrogativi posti in apertura del presente capitolo, ossia:

1) se l'atipicità dei vizi di legittimità si estenda necessariamente ai motivi di ricorso e,

4) in caso negativo, se tale atipicità dei vizi possa risultare scalfita dalla disciplina relativa ai motivi di ricorso,

può per ora prendersi atto del fatto che:

1) i vizi di legittimità e i motivi di ricorso non corrispondono perché i secondi per essere ammissibili possono anche prescindere dal menzionare specifici vizi, perché ciò che conta è che rendano chiara e contestualizzino l'illegittimità che viene censurata, così come possono anche essere riferiti a vizi non pertinenti all'illegittimità asserita nel caso di specie, perché il potere *iura novit curia* permette al giudice di rettificare eventuali indicazioni erronee e ricondurre le censure ai vizi di legittimità effettivamente corrispondenti. Da ciò consegue che la sostanziale atipicità dei vizi di legittimità non si estende ai motivi che, al contrario, oltre a dover essere specifici, sono per loro natura tipici perché contestualizzati nei fatti di causa e vincolanti per il giudice che non può disporre delle censure sostanziali prospettate in ricorso;

4) l'atipicità sostanziale dei vizi di legittimità non è scalfita, ma anzi è ulteriormente confermata dai predetti profili, ovvero: a) dal principio della domanda che, nel suo corollario della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, impone al giudice di ritenersi vincolato ai soli motivi redatti in ricorso, alle sole censure concretamente poste alla base della richiesta di annullamento, e non anche ai sottesi vizi di legittimità; b) in ogni caso, dalla possibilità per il giudice di riqualificare i vizi indicati se erronei rispetto a quelli ritenuti sussistenti.

3.3.2. Ordine di svolgimento del sindacato e non necessaria corrispondenza di esso all'ordine espositivo dei motivi indicato in ricorso

Dopo aver appurato che il potere dovere del giudice di esaminare i *soli* motivi di diritto indicati in ricorso, comporta che egli non possa, a pena di incorrere nella violazione del divieto di ultrapetizione, ampliare il suo sindacato di legittimità oltre al

thema decidendum delineato in ricorso e quindi rilevare d'ufficio censure non sollevate dal ricorrente²²¹, può ora procedersi ad analizzare il secondo dei quesiti posti, ossia se il principio di necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato impone altresì al giudice di osservare l'ordine espositivo nel quale sono stati articolati i motivi²²², oppure se egli possa disporre di tale ordine e quindi possa procedere a verificare l'eventuale illegittimità dell'azione amministrativa vagliando le censure in ordine diverso a quello indicato nell'atto introduttivo.

La legge, in effetti, non impone espressamente al giudice, nello svolgimento del sindacato di legittimità, alcun vincolo all'ordine delle doglianze esposte in ricorso²²³.

Il problema della disponibilità, da parte del giudice, dell'ordine di esame dei motivi di impugnazione, è una questione a cui la dottrina ha sovente accennato, ma che tuttavia, di rado ha direttamente approfondito²²⁴.

Occorre da subito precisare che le successive considerazioni poggeranno sulla premessa, che si è già illustrata nei precedenti paragrafi, in base alla quale ciascun motivo non si considera corrispondente ad una domanda, bensì si intende come singola ragione che concorre a sostenere la o le domande indicate nelle conclusioni del ricorso²²⁵.

²²¹ Semmai occorrerebbe chiedersi, e lo si farà nel successivo capitolo, se l'acquisizione d'ufficio di materiale istruttorio non possa talvolta risolversi, di fatto, nel rilievo di motivi di impugnazione non dedotti.

²²² Non si ritiene di dover affrontare ai fini del presente studio, la diversa questione dell'ordine di esame delle impugnazioni proposte da più parti (e, in particolare, di quelle proposte in via incidentale).

²²³ Sulla difficoltà di desumere tale vincolo dalla legge, R. DE NICTOLIS, *Ordine dei motivi e loro disponibilità*, in AA.VV. *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali* (Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 2010), Milano, 2011, 377.

²²⁴ Occorre comunque segnalare i contributi di A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir.proc.amm.*, 2012, 803 ss.; R. DE NICTOLIS, *op.ult.cit.*; M. MAGRI, *L'ordine di esame dei motivi nel processo amministrativo*, in *Giorn.dir.amm.*, 2009, 1068 ss.; P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, Quaderni del dipartimento di scienze giuridiche, n. 6-2012, Università Cattolica del Sacro Cuore – sede di Piacenza.

²²⁵ Per una concezione dei motivi come singoli argomenti a sostegno di un'unica domanda si vedano A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., 225 ed E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 807. Considerano invece ogni singolo motivo come autonoma e distinta azione E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., spec. 231; A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, spec. 54; A. ROMANO, *La*

Secondo un primo orientamento, che enfatizza la libera determinazione della parte²²⁶, il giudice sarebbe sempre vincolato all'ordine dei motivi indicato in ricorso, per cui dovrebbe accertarli uno ad uno seguendo l'esposizione indicata dal ricorrente, perché la graduazione delle censure sarebbe espressione del potere dispositivo della parte di introdurre e rinunciare ai motivi²²⁷.

Una diversa e più approfondita impostazione, invece, riconosce valore cogente all'ordine con cui sono redatti i motivi solo in caso di c.d. cumulo condizionale di motivi, ma non anche in caso di c.d. mero cumulo oggettivo di censure.

In altre parole, qualora, per esempio, un'unica domanda di annullamento di un provvedimento venga proposta per più motivi tutti concorrenti (ipotesi A), l'eventuale indicazione da parte del ricorrente di un preciso ordine di esame sarebbe inutile, perché il giudice dovrebbe comunque vagliarli tutti²²⁸. Parimenti accadrebbe nel caso in cui più motivi concorrenti sostenessero domande diverse ma processualmente indipendenti, come ad esempio una domanda di annullamento e una domanda di risarcitoria (ipotesi B).

Secondo chi sostiene questa impostazione, sarebbe invece doveroso il rispetto dell'ordine di esame dei motivi nel diverso caso di cumulo condizionale di motivi, che si verifica, in sostanza, qualora vengano poste più domande, una subordinata al rigetto dell'altra (ipotesi C). Ciò, di fatto, accade per lo più quando vengono impugnati i provvedimenti conclusivi di procedure concorsuali (ad evidenza pubblica o elettorali) e, in particolare, qualora venga domandata, in via principale, l'aggiudicazione e, solo in via subordinata, la riedizione della procedura.

In simili ipotesi, la natura necessariamente condizionale dei motivi deriva dal fatto che le varie censure indicate in ricorso non sono tutte finalizzate ad ottenere l'accoglimento di un'unica domanda, bensì di diverse domande, poste a loro volta in una relazione di subordinazione.

E' evidente allora che, in tali casi, l'eventuale disponibilità dell'ordine di esame delle

pregiudizialità nel processo amministrativo, Milano, 1958, spec. 363; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., Milano, 1962, spec. 781; A. ANDREANI, *Forma del ricorso*, in *Dir.proc.amm.*, 1983, 259.

²²⁶ A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir.proc.amm.*, 2012, 803 ss..

²²⁷ V. CAIANELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, 1976, 232 ss..

²²⁸ La questione che semmai potrebbe sorgere è quella del c.d. assorbimento dei motivi, come si approfondirà nel seguito del presente paragrafo.

censure che si volesse riconoscere al giudice comporterebbe la possibilità che egli decida di esaminare prima i motivi diretti ad ottenere l'annullamento della domanda subordinata e solo successivamente i motivi diretti a sostenere la domanda proposta in via principale.

Per tali ragioni, in caso di cumulo condizionale dei motivi, dovrebbe riconoscersi un valore cogente agli stessi nel senso che il giudice dovrebbe vagliare prima quelli assunti a sostegno della domanda principale, e solo successivamente, le censure relative alla domanda subordinata.

La questione della disponibilità dell'ordine di esame dei motivi varia quindi a seconda di come si atteggia il rapporto tra motivi e domande e in base a quali sono le conclusioni poste. In particolare, nei casi sub A), di più censure che sostengono un'unica domanda (mero cumulo oggettivo di censure a sostegno di un'unica domanda) e nei casi sub B), di più censure che sostengono diverse domande tendenzialmente indipendenti l'una dall'altra, ad esempio una domanda di annullamento e una di risarcimento del danno (mero cumulo oggettivo di censure a sostegno di più domande indipendenti), il vincolo all'ordine di esame dei motivi si rivelerebbe inutile perché ridondante rispetto al generale vincolo del giudice ai motivi di parte.

Mentre nei casi sub C), di più censure che sostengono diverse domande, una subordinata all'altra (per esempio, domanda di aggiudicazione e, in subordine, di rinnovo della procedura), al vincolo ai motivi di parte si aggiunge l'ulteriore vincolo ad esaminare, nell'ordine, prima i motivi che si riferiscono alla domanda principale e solo in seguito, quelli relativi alla domanda subordinata, per rispettare la volontà del ricorrente di subordinare l'esame di alcuni motivi al previo rigetto della domanda principale²²⁹.

A sostegno di quanto appena affermato è stato argomentato che il principio dispositivo può invocarsi solo relativamente alle domande e non anche ai motivi di ricorso, perché solo le prime possono essere poste in formula condizionale, nelle c.d. conclusioni del ricorso, mentre nessuna relazione di carattere vincolante può essere imposta dal

²²⁹ Qualora il ricorrente proponga più domande "indipendenti" l'una dall'altra, è determinante che le gradi, nelle conclusioni, in un preciso ordine. E' accaduto infatti che i giudici amministrativi dichiarassero l'inammissibilità di un ricorso in cui più doglianze non erano state formulate in via principale e subordinata, perché ciò aveva reso "impossibile al giudice l'individuazione dell'interesse azionato e della censura da esaminare in via preminente, in quanto avente priorità per il ricorrente", TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 29.8.2012, n.2194 e 15.11.2011, n. 2742, entrambe in *www.dejure.it*.

ricorrente tra i motivi di impugnazione²³⁰.

In termini più sintetici, tale orientamento considera il principio dispositivo come pertinente al *petitum* e non alla *causa petendi*.

A questo ragionamento, tuttavia, potrebbe obiettarsi che anche nelle ipotesi sub. A) e sub. B), ossia di mero cumulo oggettivo di censure, tutte dirette ad ottenere l'accoglimento di un'unica domanda o di domande diverse ma indipendenti, il fatto che il giudice segua un ordine di esame dei motivi piuttosto che un altro potrebbe influire sull'effetto conformativo della sentenza costitutiva di annullamento.

In particolare ciò si verificherebbe nel caso di accoglimento di un determinato motivo e di contestuale assorbimento di un altro. Non si verificherebbe invece ove l'ordine di esame dei motivi sia modificato nel senso non di un assorbimento, ma di un accorpamento di motivi, perché in tal caso comunque verrebbero accertati, ma solo ritenuti sostanzialmente equivalenti²³¹.

Anche in alcune ipotesi di mero cumulo di censure tutte prospettate a sostegno di una domanda o di più domande non condizionate, quindi, parrebbe ragionevole ritenere che il giudice non può disporre dell'ordine di esame dei motivi indicati dal ricorrente e deve procedere ad esaminarli nell'ordine in cui sono stati argomentati dal ricorrente.

La giurisprudenza, però, ragiona in modo decisamente meno rigoroso sul punto.

In vero, i giudici amministrativi sono tendenzialmente costanti nel sostenere che il giudice ben può decidere l'ordine con cui esaminare le censure. Più precisamente, la giurisprudenza è pacifica nel sostenere che l'ordine con il quale trattare le questioni dedotte in giudizio spetta al giudice perché al ricorrente spetta solo il potere di delimitare l'oggetto della cognizione del giudice amministrativo, ma non anche il potere di imporre al giudice l'ordine con cui esaminare le ragioni poste a sostegno della domanda.

Solo eccezionalmente i giudici amministrativi hanno cura di precisare che l'ampia discrezionalità che viene accordata al giudice vale solo entro i limiti di una medesima domanda (ipotesi sub. A e sub. B). Solo eccezionalmente, cioè, viene puntualizzato che quando le domande proposte hanno un diverso *petitum* (ipotesi sub. C) l'esercizio della predetta discrezionalità trova il suo limite nel principio dispositivo, per cui può

²³⁰ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 811 e 816.

²³¹ Sul fenomeno dell'accorpamento di motivi, di cui si è già trattato nel primo capitolo, si veda il contributo di S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2011, 913 ss..

essere esercitata solo riguardo ai motivi dedotti nell'ambito di un'unica domanda²³².

Gli argomenti che vengono utilizzati per sostenere la natura discrezionale dell'individuazione dell'ordine di esame delle doglianze (pur all'interno della medesima domanda) sono, tuttavia, eterogenei e talvolta estremamente generici.

Una prima argomentazione indicata a sostegno di tale impostazione è relativa alla mancanza di interesse, in capo al ricorrente, a che il giudice proceda all'esame dei motivi secondo l'ordine del ricorso. Il ricorrente potrebbe solo proporre domande in via subordinata o rinunciare a talune di esse o a taluni motivi, ma non anche imporre un ordine di trattazione delle singole censure²³³.

Secondo un orientamento diverso, che appare più approssimativo, gli unici limiti che dovrebbero guidare il giudice nella scelta dell'ordine di esame delle censure dovrebbero essere quelli derivanti dalla coerenza e dalla ragionevolezza²³⁴.

Una argomentazione ancora diversa, ma che risulta prevalente oltre che più ragionevole delle precedenti, esclude la vincolatività dell'ordine dei motivi indicato in ricorso in ragione della natura soggettiva della tutela giurisdizionale che si invoca al giudice amministrativo.

Precisamente, secondo tale impostazione, nello svolgimento del sindacato di legittimità il giudice dovrebbe privilegiare l'esame delle censure maggiormente soddisfattive dell'interesse dedotto in giudizio e non limitarsi a seguire l'ordine di

²³² “La discrezionalità del giudice di ordinare l'esame della materia del contendere secondo un determinato ordine logico resta pur sempre correlata all'interesse di cui il ricorrente chiede tutela; cosicché quando più siano gli interessi o diverso sia il mezzo di tutela in relazione all'intensità dello stesso interesse, tanto da risolversi nella proposizione di domande aventi *petitum* diverso, l'esercizio di quella discrezionalità è consentito al giudice soltanto riguardo alle questioni sollevate nell'ambito della medesima censura”, Cons.Giust.Amm.Sic., 22.4.2009, n. 299, in *dejure.it*; Cons. St., Sez. V, n. 2143/2009, cit.; Cons. St., sez. V, 5.9.2006, n. 5108, in *Foro amm. CDS*, 2006, III, 2526 ss.; Cons. St., sez. VI, 5.9.2002, n. 4487, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. VI, 31.3.1987, n. 200, in *Cons. St.*, 1987, I, 435 ss.. Si rinviene un'unica pronuncia in cui è stato affermato che “il ricorrente non può pretendere l'esame in via prioritaria della censura preordinata all'aggiudicazione e, solo in caso di mancato accoglimento, del motivo di illegittimità riguardante l'intera procedura”, TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 21.11.2012, n. 1843, in *www.leggiditalia.it*.

²³³ “Le censure hanno tra loro una oggettiva concatenazione e un rapporto di presupposizione la cui rilevanza giuridica trascende l'interesse del ricorrente”, Cons. St., sez. V, 29.10.1992, n. 1095, in *Foro amm.*, 1992, II, 2281 ss. e, analogamente, Cons. St., Sez. VI, 5.9.2002, n. 4487, in *Foro amm. CDS*, 2002, 2127 ss..

²³⁴ Cons. St., sez. V, 12.8.2004, n. 5546, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2207 ss..

graduazione dei motivi riportato in ricorso²³⁵.

In particolare, la valorizzazione della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa dovrebbe portare il giudice a vagliare preliminarmente quei motivi che appaiono idonei a soddisfare pienamente l'interesse sostanziale del ricorrente; e procedere quindi all'esame degli ulteriori motivi solo in caso di rigetto dei primi²³⁶.

Nonostante sia indubbiamente apprezzabile che la discrezionalità del giudice nel decidere l'ordine di esame dei motivi sia orientata alla soddisfazione dell'interesse sostanziale del ricorrente, si ritiene che non possa dirsi altrettanto riguardo ai tentativi della giurisprudenza di definire quali sono quei motivi "astrattamente più soddisfattivi" e quindi da esaminare per primi.

A riguardo, alcune pronunce li hanno infatti individuati nei "motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità" e altre nei "motivi sostanziali"²³⁷.

Evidentemente però entrambe tali qualificazioni non appaiono per nulla chiare. La prima perché, salvo che debba riferirsi alla distinzione tra vizi invalidanti e non invalidanti (art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241/1990) l'attributo "radicale" riferito all'illegittimità presuppone una graduazione nella portata invalidante dei vizi di legittimità che si ritiene invece di dover escludere; e la seconda perché, a meno di non voler equiparare erroneamente vizi di legittimità e motivi di ricorso, dalla qualificazione di alcuni motivi come sostanziali parrebbe doversi dedurre una distinzione tra motivi sostanziali e motivi formali che invece non si ritiene

²³⁵ TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 26.7.2012, n. 2099, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. IV, 23.2.2012, n. 982, in *dejure.it*; TAR Liguria, Genova, Sez. II, 18.1.2012, n. 84, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1, 113 ss.; Cons. St., sez. V, 25.1.2011, n. 513, in *dejure.it*; TAR Lazio, Latina, Sez. I, 22.7.2011, n. 620, in *www.leggiditalia.it*; TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 25.2.2010, n. 3053, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. V, 6.4.2009, n. 2143, in *Foro amm. CDS*, 2009, 981 ss.; Cons. St., sez. V, 5.9.2006, n. 5108, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2526 ss.; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 15.12.2009, n. 5346, in *Giur.merito*, 2010, 28 ss.; Cons. St., sez. VI, 25.1.2008, n. 213, in *Foro amm. CDS*, 2008, 147 ss..

²³⁶ Così ad esempio, nelle controversie relative alle procedure ad evidenza pubblica, dovrebbero essere vagliati prima i motivi posti a sostegno di una domanda di aggiudicazione, qualora essa sia proposta in via principale rispetto ad una domanda di rinnovazione delle operazioni di gara; analogamente, nell'ambito del contenzioso elettorale, dovrebbero essere vagliati preliminarmente i motivi relativi alla domanda di aggiudicazione piuttosto che quelli tesi ad ottenere una riedizione della procedura.

²³⁷ Cons. St., sez. V, 11.1.2012, n. 82, in *www.leggiditalia.it*; Cons. Giust. Amm. Sic., n. 299/2009; Cons. St., sez. V, n. 5108/2006, cit.; Cons. St., sez. V, 14.12.2006, n. 7442, in *dejure.it*; Cons. St., sez. V, 7.2.2003, n. 645, in *dejure.it*; Cons. St., sez. V, 20.8.2001, n. 4445, in *dejure.it*; Cons. St., sez. Cons. St., sez. V, 25.2.1997, n. 184, in *Foro amm.*, 1997, in *www.leggiditalia.it*; Cons. St., sez. VI, 21.11.1992, n. 925, in *dejure.it*.

configurabile perché non è rinvenibile nell'ordinamento.

A tale ultimo riguardo, si ritiene più corretto affermare che i motivi potenzialmente satisfattivi per il ricorrente non sono suscettibili di essere catalogati in astratto ed anzi variano di volta in volta al variare dei casi; essi sono infatti quelli dal cui accoglimento discendono effetti corrispondenti alla soddisfazione del bene della vita del ricorrente.

Un'interpretazione che tenga in conto i tentativi della giurisprudenza di individuare i motivi da vagliare per primi potrebbe essere quella di distinguere motivi in cui si fanno valere illegittimità procedurali, tendenzialmente non invalidanti e quindi per natura non pienamente satisfattivi e illegittimità relative alla sostanza del provvedimento, invalidanti e quindi da vagliare per primi²³⁸.

Qualora quindi il giudice si trovi a dover esaminare un ricorso in cui una domanda è sorretta da più motivi, dovrebbe procedere ad esaminare, quale che sia l'ordine espositivo indicato in ricorso, prima i motivi che, se accolti, provocherebbero l'accoglimento della domanda e solo successivamente quei motivi che, anche se accolti, non determinerebbero l'annullamento del provvedimento.

Provando a chiarire il secondo dei quesiti sopra indicati, ossia:

2) se, posta la vincolatività dei motivi di ricorso, il giudice debba considerarsi vincolato anche all'ordine espositivo degli stessi indicato in ricorso e

4) se la soluzione data al quesito n. 2) possa mettere in dubbio la volontà di superare qualsiasi qualificazione sostanziale dei vizi di legittimità, può quindi riepilogarsi che:

2) nonostante il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato parrebbe imporre di considerare l'ordine di esame dei motivi indicato dal ricorrente come vincolante per il giudice, la giurisprudenza, al contrario, afferma (valorizzando la funzione del processo amministrativo di tutela delle posizioni soggettive piuttosto che di controllo di legittimità dell'azione pubblica) la possibilità che il giudice modifichi tale ordine, procedendo ad esaminare prima i motivi il cui accoglimento comporti effetti più soddisfacenti per il ricorrente e, in ogni caso, accorpendo più motivi ritenuti equivalenti.

4) Anche la soluzione del quesito n. 2), al pari di quella individuata per il quesito n. 1), conferma quindi, ulteriormente, la correttezza della tesi per cui i vizi di

²³⁸ Si ritrova un ragionamento opposto nella risalente pronuncia del Cons. St., sez. V, 8.7.1963, n. 521, in *Foro amm.*, 1963, in cui l'esame dei motivi relativi a vizi sostanziali viene configurato come *extrema ratio* nel senso che può aver luogo solo qualora tutti i motivi attinenti a vizi formali siano stati rigettati.

legittimità si ritengono fungibili, perché in ogni caso la scelta di quali censure vagliare per prime e quali successivamente è operazione che il giudice svolge sulla base della consistenza sostanziale delle stesse e sugli effetti che avrebbe il loro accoglimento, mentre nessun rilievo assume il *nomen iuris* utilizzato per ricondurle a particolari vizi di legittimità.

Sia che si ritenga più corretto sostenere la vincolatività dell'ordine dei motivi nei confronti delle modalità di sindacato del giudice, sia che invece si voglia accordare maggiore discrezionalità al giudice nel scegliere come procedere ad accertare l'illegittimità del provvedimento impugnato, in ogni caso nessuna valenza può avere, in merito a questo profilo, la qualificazione sostanziale dei vizi di legittimità.

Va in ogni caso considerato che la questione fino ad ora trattata non avrebbe una portata tanto significativa se non esistesse la prassi del c.d. assorbimento dei motivi.

L'individuazione e la scelta di un preciso ordine di esame delle censure, infatti, può avere senso solo se vi è la possibilità che l'esame di alcuni di essi influisca in modo determinante sugli altri, fino ad impedirne l'accertamento.

L'esistenza di questa possibilità dipende appunto dall'ammissibilità del c.d. assorbimento dei motivi.

Se si affermasse l'obbligo per il giudice di vagliare ciascun motivo, l'accertamento di ciascuno di essi sarebbe autonomo e indipendente da quello degli altri e nessun rilievo avrebbe l'ordine con cui vengono esaminati.

3.3.3. Sul vincolo del giudice ad esaminare tutti i motivi indicati in ricorso

Il terzo ed ultimo quesito a cui occorre cercare di dare soluzione è quello relativo all'esistenza o meno di un ulteriore vincolo, per il giudice, nello svolgimento del sindacato di legittimità.

In particolare, posta la necessità di accertare le sole censure prospettate in ricorso, pur potendole accertare secondo l'ordine ritenuto potenzialmente più soddisfacente per il ricorrente, occorre chiedersi se il giudice debba esaminare *tutti* i motivi di diritto indicati in ricorso, per non incorrere in un'omissione di pronuncia oppure possa optare (e, in tal caso, entro quali limiti) per l'assorbimento di alcuni di essi.

La legge, come accade per la questione relativa all'ordine di esame delle censure, non

detta alcunché a riguardo²³⁹.

E' noto che la giurisprudenza procede regolarmente all'assorbimento dei motivi il cui esame risulti superfluo per realizzare le richieste del ricorrente e in tal modo esclude che l'omesso accertamento delle doglianze "assorbite" possa integrare la violazione del principio della domanda che impone al giudice di pronunciare su di essa e quindi su tutti i motivi in essa dedotti.

Inizialmente l'assorbimento conseguiva ad una valutazione di inutilità dell'esame del motivo in ordine all'ottenimento dell'annullamento del provvedimento impugnato; attualmente invece l'assorbimento viene dichiarato qualora si possa escludere, dell'esame degli altri motivi, qualsiasi valenza anche in relazione a eventuali ulteriori domande, ad esempio risarcitorie.

In sostanza, quale che sia l'ordine di esame dei motivi indicato in ricorso, accade che i giudici non proseguano il sindacato di legittimità qualora sia certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non potrebbe derivare più alcuna utilità al ricorrente, anche ulteriore al mero annullamento²⁴⁰.

Ad esempio, la giurisprudenza considera addirittura un "principio generale" quello per cui l'accoglimento di un motivo relativo all'incompetenza dell'organo che ha provveduto è assorbente di ogni altro motivo dedotto nel ricorso, dato che la violazione delle norme sulla competenza è un'illegittimità sufficiente ad inficiare l'atto il quale, inevitabilmente, deve essere innanzitutto riadottato dall'organo competente²⁴¹.

Non è un caso, quindi, che dall'analisi della giurisprudenza risulti che, nei ricorsi, i motivi sull'incompetenza sono solo occasionalmente proposti rispetto ai motivi che si

²³⁹ Nella disciplina vigente non viene infatti riprodotta la disposizione contenuta nell'articolo 26, comma 2, della legge TAR, la quale disponeva che "se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, il giudice amministrativo annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente".

²⁴⁰ Cons.Giust.Amm.Sic., n. 299/2009, cit.; Cons. St., sez. VI, 18.6.2008, n. 3002, in *dejure.it*; Cons. St., sez. VI, n. 213/2008, cit.; Cons. St., sez. V, n. 5108/2006, cit..

²⁴¹ Sono numerosissime le pronunce che, una volta accolto un motivo di incompetenza, hanno dichiarato l'assorbimento di ogni altro motivo proposto. Fra quelle recenti e maggiormente significative, Cons. St., sez. IV, 20.7.2009, n. 4568, in *dejure.it*; Cons.Giust.Amm.Sic., n. 273/2012, cit., secondo cui tale principio avrebbe trovato espresso riconoscimento all'art. 34, comma 2, primo periodo del c.p.a. secondo cui "in nessun caso il giudice amministrativo può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" e dunque il giudice non potrebbe esaminare motivi ulteriori a quello di incompetenza, ove questo sia accolto, perché significherebbe pregiudicare l'attività amministrativa spettante all'organo competente e non ancora esercitata.

riferiscono a qualsiasi altra ipotesi di illegittimità.

Le ragioni addotte a sostegno del meccanismo dell'assorbimento si basano per lo più sul fatto che l'esame di qualsiasi motivo ulteriore a quello accolto sarebbe ultroneo, nonché sull'esigenza di accelerare la durata del giudizio.

In realtà, però, non è detto né che il giudice possa effettivamente accertare gli effetti della dichiarazione di assorbimento sull'interesse del ricorrente, perché non vi è miglior individuazione dell'interesse individuale di quello rappresentato in ricorso dal ricorrente²⁴², né che l'omesso esame di alcuni motivi porti comunque ad economie processuali.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, si pensi al caso in cui l'amministrazione resistente, soccombente in primo grado, impugni la sentenza di primo grado dichiarativa dell'assorbimento di alcuni motivi e poi il giudice di appello ritenga infondati i motivi esaminati e accolti dal giudice di primo grado.

In tal caso il giudice d'appello, per non violare il principio del doppio grado di giudizio, dovrebbe rinviare al giudice di prime cure l'accertamento anche dei motivi che egli aveva ritenuto di poter assorbire²⁴³.

Quest'ipotesi dimostra quindi che l'assorbimento può avere anche effetti contrari a quelli in base ai quali viene ammesso, perché può comportare addirittura la necessità di un giudizio ulteriore a quelli che si sarebbero svolti in caso di mancato assorbimento.

Non può quindi non considerarsi che l'assorbimento di alcuni motivi difficilmente giova al ricorrente e alimenta comunque il rischio che si realizzino arbitrari restringimenti di tutela.

Il fatto che alcune delle censure proposte possano rimanere non vagliate dal giudice, limita inoltre la portata dell'effetto conformativo che fa seguito ad un'eventuale pronuncia di annullamento²⁴⁴.

La futura azione amministrativa, infatti, sarà tanto più conformata quanto più sarà

²⁴² Sull'impossibilità per il giudice di individuare l'interesse del ricorrente meglio di quanto non sia stato indicato nel ricorso, P. CERBO, *op.cit.*, 59.

²⁴³ Questo esempio si trova nello scritto di F. LA VALLE, *op. cit.*, spec. 81 nonché in E. CANNADA BARTOLI, *Dubbi sull'assorbimento*, in *Giur.it.*, 1996, III, 161, secondo cui l'argomento dell'economia processuale "porterebbe anche ad evitare processi successivi alla medesima controversia".

²⁴⁴ Limita altresì l'efficacia del giudicato, perché sui motivi assorbiti è assente qualsiasi statuizione della sentenza. Per un approfondimento sul punto, G. SIGISMONDI, *Appello al Consiglio di Stato e motivi assorbiti*, in *Dir.proc.amm.*, 2000, 402 ss.

stato completo l'accertamento del giudice sui motivi di ricorso.

Si pensi al caso in cui sia stato accolto il motivo sull'incompetenza e gli altri siano stati di conseguenza assorbiti.

Vero è che l'amministrazione ritenuta competente, in quanto estranea al giudizio concluso con l'accoglimento del motivo sull'incompetenza, formalmente non potrebbe essere destinataria della sentenza costitutiva e quindi neppure del suo effetto conformativo.

Ma è altrettanto vero che ciò vale solo laddove il provvedimento oggetto dell'annullamento sia discrezionale, perché solo in tal caso la pronuncia del giudice non potrebbe influire sulla successiva attività dell'organo competente.

Qualora invece si tratti di provvedimento vincolato, allora non per forza l'esame dei motivi ulteriori a quello, accolto, dell'incompetenza, si rivelerebbe inutile. L'amministrazione competente, infatti, potrebbe comunque riferirsi ad una pronuncia (anche senza esserne destinataria) per valutare la legittimità delle sue scelte e il ricorrente vedrebbe scongiurato il rischio di instaurare un secondo giudizio nei confronti del "medesimo" provvedimento e per motivi già sollevati nel primo giudizio ma in esso dichiarati assorbiti²⁴⁵.

Tutto ciò, anche considerando che il giudice non è vincolato all'ordine di esame dei motivi indicato in ricorso, ma solo a quello in cui sono poste le domande nelle conclusioni dell'atto introduttivo, dovrebbe portare ad escludere in ogni caso di poter riconoscere qualche ragione al meccanismo dell'assorbimento.

L'esame di tutti i motivi sarebbe, piuttosto, l'attuazione effettiva del principio della domanda nel suo corollario della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato e dunque l'unica risposta effettivamente aderente alle richieste del ricorrente²⁴⁶; al più

²⁴⁵ Dubita sulla correttezza del principio per cui all'accoglimento del motivo sull'incompetenza deve seguire necessariamente l'assorbimento di ogni altro motivo dedotto in ricorso, E. CANNADA BARTOLI, *Aspetti processuali dell'assorbimento dei motivi*, in *Dir.proc.amm.*, 1996, I, 838; L. IANNOTTA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di assorbimento dei motivi*, in *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, a cura di V. Spagnuolo Vigorita, 382 ss., spec. 391.

²⁴⁶ "Omettere l'esame di qualcuno di essi (i motivi) significherebbe scomporre l'unità dell'episodio e ridurre la critica ad una serie di censure, prive nella loro scucitura di effettivo mordente", M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, cit., 21; "un uso improprio dell'istituto dell'assorbimento appare grave perché determina di fatto una pronuncia incompleta sul ricorso e impedisce al cittadino di conseguire tutte le utilità che potrebbero derivare dall'accoglimento degli altri motivi di impugnazione", A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006, 294.

comporterebbe un relativo ed eventuale allungamento dei tempi processuali²⁴⁷.

Non a caso, in una delle bozze del codice del processo amministrativo era stata inserita una disposizione (art. 45, 3° comma), poi espunta dal testo definitivo, secondo la quale, anche in caso di accoglimento del ricorso, il giudice avrebbe dovuto comunque esaminare tutti i motivi dedotti, ad eccezione di quelli dal cui esame non potesse con evidenza derivare alcuna ulteriore utilità al ricorrente. In altre parole tale previsione, in concreto vietava, salvo casi eccezionali, l'assorbimento dei motivi²⁴⁸.

L'estrema delicatezza del meccanismo dell'assorbimento risulta anche da altre questioni, che non si ritiene di poter esaminare in questa sede, alcune attinenti alla riproposizione in appello di motivi già proposti in primo grado e ivi assorbiti²⁴⁹, altre relative all'ammissibilità del ricorso per revocazione della sentenza di appello che abbia omesso di esaminare taluni dei motivi proposti e assorbiti in primo grado²⁵⁰ e,

²⁴⁷ Dato che la dichiarazione di assorbimento di uno o più motivi presuppone comunque una lettura attenta dell'intero ricorso e di ogni singola censura, l'efficacia deflattiva del meccanismo dell'assorbimento sui tempi processuali andrebbe forse rimeditata.

²⁴⁸ In dottrina è stato sostenuto che le disposizioni dell'art. 34 del codice del processo amministrativo, che indicano i contenuti delle sentenze di merito pronunciabili dal giudice amministrativo, "postulano una sentenza concepita, per quanto possibile, in modo da evitare la ripetizione del giudizio a seguito di un nuovo provvedimento e dovrebbero evitare la prassi dell'assorbimento dei motivi", S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, cit., 917.

²⁴⁹ Per una esaustiva analisi della questione, F. G. COCA, *Effetto devolutivo dell'appello e motivi assorbiti*, in *Dir.proc.amm.*, 2008, 457 ss. e L. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'appello al Consiglio di Stato in un recente progetto di riforma del processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 1985, 513 ss.; A. QUARANTA, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc.giur.*, XII, Roma, 1989; M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, spec. 443 ss.; A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., spec. 55 ss..

²⁵⁰ Su quest'ultimo punto si sono anzi sviluppati due diversi orientamenti, tutti concordi nel ritenere ammissibile la richiesta revocatoria, ma differenti in ordine alla qualificazione dell'omissione dell'esame dei motivi come causa di revocazione.

Secondo un primo orientamento, tale omissione si tradurrebbe in un errore di fatto revocatorio determinato non da una violazione del principio di cui all'art. 112 c.p.c., bensì da un'erronea percezione degli atti processuali ("L'omesso esame di un motivo di ricorso può dare ingresso al giudizio di revocazione della sentenza, in quanto costituisce errore di fatto di tipo revocatorio e non già errore di diritto attinente al difetto di corrispondenza tra chiesto e pronunciato", Cons. St., sez. VI, 7.6.2011, n. 3427, in *dejure.it*; Cons.Giust.Amm.Sic., 25.2.1994, n. 54; "l'errore di fatto è motivo di revocazione anche se abbia determinato un'omissione di pronuncia", Cons. St., sez. V, 5.2.1985, n. 66, in *dejure.it* e nei medesimi termini, Cons. St., sez. V, 20.2.1984, n. 138 e Cons. St., sez. IV, 7.7.1965, n. 525,

infine, alcune relative all'oggetto del giudicato, dal quale restano esclusi i motivi assorbiti.

Nello studio dell'assorbimento l'attenzione dovrebbe forse essere spostata sulla distinzione tra motivi che si riferiscono a vizi sostanziali e motivi che esprimono vizi formali, perché data la portata invalidante solo dei primi, allora in effetti, nell'ambito di una domanda di annullamento, l'accoglimento di essi potrebbe giustificare l'assorbimento dei secondi.

Volendo chiarire il terzo dei quesiti posti in apertura del presente capitolo, ossia:

2) se il giudice debba esaminare tutti i motivi di ricorso o possa decidere di omettere l'esame di alcuni di essi e

3) se la soluzione del quesito 3) pregiudichi o meno la atipicità dei vizi di legittimità,

può chiarirsi che:

3) i giudici amministrativi ricorrono di frequente all'assorbimento di alcune delle doglianze indicate in ricorso, anche se solo un sindacato di legittimità "completo" scongiurerebbe il rischio che l'assorbimento si traduca in sostanza in un'omissione di pronuncia e che il ricorrente si trovi a dover impugnare una seconda volta il "medesimo" provvedimento. L'unica ipotesi in cui potrebbe essere giustificato l'assorbimento di alcuni motivi pare essere quella in cui vengano esaminati e accolti alcuni motivi relativi a vizi sostanziali e restino assorbiti alcuni motivi relativi a vizi formali.

4) In ogni caso neanche la prassi dell'assorbimento dei motivi influisce sulla qualificazione sostanziale dei vizi; solo finisce per creare una sorta di gerarchia tra i motivi che non dipende dal vizio al quale si riferiscono, ma dal particolare rilievo che avrebbero (se accolti) sulla soddisfazione dell'interesse del ricorrente.

In conclusione, può quindi riflettersi sul fatto che la disciplina del processo amministrativo, in particolare quella che si riferisce ai motivi di ricorso, dimostra che i vizi dell'atto *non* rilevano, nel giudizio di legittimità, come *condizioni obiettive di*

entrambe in *dejure.it*).

Secondo una diversa e prevalente tesi invece l'omessa pronuncia su alcuno dei motivi costituisce un tipico errore di diritto che si traduce in una violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (Cons. St., sez. V, 26.5.1990, n. 476; Cons. St., sez. VI, 10.5.1990, n. 518; Cons. St., sez. VI, 21.7.1989, n. 904; Cons. St., sez. V, 8.2.1988, n. 56; Cons. St., sez. IV, 9.2.1983, n. 71; Cons. St., sez. IV, 29.7.1980, n. 790, tutte in *dejure.it*).

*invalidità*²⁵¹, ma come indici di illegittimità che il ricorrente può decidere di far valere formulando motivi di impugnazione univocamente finalizzati non al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, quanto alla soddisfazione dell'interesse fatto valere.

²⁵¹ L'espressione è di G. BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970, spec. 24, nota 13.

4. IL LIMITE DERIVANTE DAI MOTIVI DI RICORSO NEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ

SOMMARIO: 4.1. Premessa. – 4.2. Il sindacato di legittimità come accertamento dei fatti e individuazione della normativa applicabile al caso di specie. – 4.3. L'accertamento dei fatti: il superamento del limite costituito dall'atto impugnato e l'evanescenza del limite derivante dai motivi di ricorso. – 4.3.1. *In particolare, il superamento del limite costituito dall'atto impugnato.* – 4.3.2. *L'evanescenza del limite derivante dai motivi di ricorso e la rilevanza della regola dell'onere probatorio.* – 4.4. L'individuazione della normativa applicabile: i motivi di ricorso come limite al potere *iura novit curia*. - 4.5. L'irrelevanza dei vizi nell'accertamento della legittimità come conclusione di carattere generale.

4.1. Premessa

I profili che sono stati da ultimo analizzati hanno messo in luce il rapporto tra vizi di legittimità e motivi di ricorso e, in particolare, l'atteggiarsi di questo rapporto in relazione al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel processo amministrativo di legittimità.

Si è visto, in particolare, che il principio di necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in linea di principio, impone al giudice di:

- 1) considerare, nello svolgimento del sindacato di legittimità, i soli motivi indicati in ricorso (senza poterne rilevare altri d'ufficio);
- 2) ritenere vincolante l'ordine di esame in cui i motivi sono stati esposti dal ricorrente nell'atto introduttivo; nonché,
- 3) pronunciarsi su ciascuno dei motivi dedotti, senza procedere all'assorbimento di alcuni di essi se non in casi eccezionali.

Si è però anche dato atto di come la giurisprudenza, contrariamente ai corollari del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato appena ricordati ai nn. 2 e 3,

ammetta la possibilità per il giudice, da un lato, di disporre dell'ordine espositivo delle doglianze (ad esempio esaminando prima i motivi il cui accoglimento comporti effetti più soddisfacenti per il ricorrente e solo successivamente tutti gli altri) e, dall'altro, di pronunciarsi su alcuni soltanto dei motivi dedotti (ad esempio accorpando più motivi ritenuti equivalenti e, non di rado, procedendo a dichiararne assorbiti altri).

Si è inoltre sottolineato che, in ogni caso, la scelta di quali censure vagliare per prime e quali successivamente, nonché la scelta di accorparne alcune o dichiararne assorbite altre sono operazioni che il giudice svolge sulla base della consistenza sostanziale delle doglianze, mentre nessuna valenza assume la qualificazione sostanziale utilizzata dal ricorrente per ricondurre le stesse a particolari vizi di legittimità.

In sostanza i giudici amministrativi, nel scegliere quali motivi esaminare ed eventualmente quali accorpare o dichiarare assorbiti, finiscono per creare una sorta di gerarchia tra essi.

Una gerarchia tra i motivi che comunque prescinde del tutto dal vizio al quale vengono ricondotti e si ricollega piuttosto al particolare rilievo che avrebbero, se accolti, sulla soddisfazione dell'interesse del ricorrente.

L'unico corollario del principio in questione al quale la giurisprudenza non sembra giustificare nessuna eccezione è quello precedentemente indicato al n. 1), ossia il dovere per il giudice di delimitare il sindacato, e pronunciarsi, entro i fatti e le questioni giuridiche delimitate dai motivi di ricorso, nonché il correlato divieto di individuare d'ufficio censure di illegittimità non dedotte dal ricorrente.

Simili conclusioni sulla portata vincolante, nel sindacato di legittimità, dei *sol*i motivi indicati in ricorso e sull'irrelevanza processuale dei vizi di legittimità menzionati nell'atto introduttivo, tuttavia, non si ritengono complete se non prendendo in considerazione anche ciò che accade tra il deposito del ricorso e la redazione della decisione giurisdizionale, ossia considerando il percorso nel quale il giudice svolge l'istruttoria necessaria a pronunciarsi sulle conclusioni indicate dal ricorrente nell'atto introduttivo del giudizio, per verificare se una distinzione tra vizi di legittimità non abbia ragion d'essere neppure in questa fase.

L'interrogativo che sorge spontaneo riflettendo sullo svolgimento del giudizio di legittimità che segue la proposizione di un ricorso per l'annullamento di un provvedimento è in che modo si atteggi in concreto, nel sindacato svolto dal giudice, il limite derivante dai motivi di ricorso che sono veicolo processuale dei vizi e che delimitano il *thema decidendum*.

In particolare, si cercherà di verificare in che modo i motivi di ricorso prospettati dal

ricorrente limitano l'accertamento giurisdizionale e se vi siano altri vincoli che incontra il giudice nella verifica della legittimità dei provvedimenti.

Anticipando in parte ciò che si tenterà di dimostrare, può per ora rilevarsi che i motivi di ricorso costituiscono un limite, nel sindacato svolto dal giudice, sia in ordine all'accertamento dei fatti, sia in relazione all'individuazione della normativa applicabile.

Accanto al vincolo costituito dai motivi di ricorso, come si vedrà, esistono ulteriori limiti derivanti dalla regola dell'onere probatorio e dal particolare atteggiarsi dei poteri istruttori del giudice, che guidano lo svolgimento dell'accertamento giurisdizionale e concorrono a delineare la nozione di legittimità che viene in rilievo nel processo amministrativo.

4.2. Il sindacato di legittimità come accertamento dei fatti e individuazione della normativa applicabile al caso di specie

E' utile ribadire che attraverso ciascun motivo di ricorso il ricorrente censura violazioni, da parte dell'amministrazione, di una norma o di un principio e precisa, completa, la rappresentazione di tali censure contestualizzandole nei fatti.

Più sinteticamente, si può dire che i motivi di ricorso, e i vizi di legittimità in essi richiamati, con i quali un ricorrente chiede l'annullamento di un provvedimento che ritiene illegittimo e lesivo della sua posizione giuridica soggettiva, si riferiscono, sempre ed inevitabilmente, sia al diritto che ai fatti.

Il giudice chiamato a pronunciarsi sulla domanda di annullamento dovrà quindi, innanzitutto, interpretare il ricorso nel suo complesso, esaminando sommariamente e sistematicamente tutti i motivi, così da poter individuare la fattispecie normativa richiamata nell'atto introduttivo e ricostruirla in modo compiuto e corretto, anche eventualmente rettificando imprecisioni compiute dal ricorrente nell'indicazione delle disposizioni di riferimento.

Tuttavia il giudice, contestualmente a questa operazione di comprensione e interpretazione della normativa pertinente al caso di specie, dovrà anche ricostruire i fatti rappresentati.

Evidentemente l'esame del diritto e l'esame del fatto che deve compiere il giudice non sono operazioni che possono considerarsi temporalmente e sostanzialmente distinte.

La trattazione di esse, infatti, sia da un punto di vista sostanziale, che da un punto di

vista temporale, risulta unica e non distinguibile in due fasi differenti²⁵².

I motivi sono quindi doglianze in cui il fatto e il diritto si compenetrano, per cui l'esame di uno non può prescindere dalla considerazione dell'altro.

La contiguità tra fatto e diritto tipica del giudizio amministrativo di legittimità è ancor più evidente se si pensa che molte delle ipotesi di illegittimità prospettabili sono censure che, seppur siano sempre riconducibili alla violazione di una norma di dettaglio o di principio, si appuntano proprio sull'esame dei fatti compiuto dall'amministrazione.

Più precisamente si ritiene che tutte le ipotesi di illegittimità verificabili (che, come si è visto nei capitoli precedenti, integrano sempre violazioni di legge) possano essere suddivise in tre ipotesi:

- a) violazioni di legge relative alla (scorretta) ricognizione, da parte dell'amministrazione, dei fatti da porre a base del provvedimento;
- b) violazioni di legge relative alla (scorretta) valutazione, da parte dell'amministrazione, dei fatti da porre a base del provvedimento;
- c) violazioni di legge relative all'errata individuazione o interpretazione, da parte dell'amministrazione, della normativa pertinente all'oggetto del provvedimento.

Accanto ad ipotesi di illegittimità che involgono esclusivamente questioni di diritto (c), ve ne sono dunque altre che concernono direttamente l'esistenza (a) o la valutazione (b) dei fatti che secondo la legge devono essere posti a base del provvedimento.

Specificando ulteriormente, con le censure del tipo a) si pone in dubbio la oggettiva esistenza dei fatti, con le censure del tipo b) si vuole invece dimostrare un errore di giudizio compiuto dall'amministrazione nella loro valutazione.

Questa premessa relativa all'impossibilità di distinguere nettamente, nell'accertamento svolto dal giudice chiamato a verificare la legittimità di un provvedimento, una fase di esame del diritto da una fase diversa e ulteriore di esame dei fatti (anche considerando che spesso sono le stesse censure di illegittimità a chiedere una verifica fattuale), vuole solo dimostrare, o meglio confermare, la centralità, nel giudizio amministrativo di legittimità, della possibilità per il giudice di accedere in modo completo anche ai fatti di causa.

L'impossibilità di accedere al fatto, infatti, precluderebbe al giudice, da un lato, di

²⁵² N. PAOLANTONIO, *Il sindacato*, cit., 239 e 249; F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 101.

giungere ad una ricostruzione reale dei fatti e, dall'altro e contemporaneamente, di individuare la normativa applicabile.

La generale conoscenza del diritto che possiede il giudice, infatti, non sarebbe mai da sola sufficiente a permettere l'individuazione della disciplina normativa applicabile ad una data fattispecie, se il giudice non potesse verificare autonomamente le vicende indicate in ricorso.

Tuttavia, mentre la possibilità per il giudice di ricostruire la trama normativa che disciplina il caso di specie e che il ricorrente assume essere stata violata dall'amministrazione, non è mai stata posta in dubbio perché il giudice, in forza del potere *iura novit curia* di cui dispone, ha anzi il potere-dovere di ricondurre la fattispecie nel corretto inquadramento giuridico (le questioni sorte a riguardo, come si specificherà nel successivo paragrafo 4.4., attengono piuttosto alla possibilità per il giudice di considerare anche norme ulteriori a quelle richiamate in ricorso), la possibilità di ricostruire i fatti è una conquista per il giudice amministrativo piuttosto recente.

4.3. L'accertamento dei fatti: il superamento del limite costituito dall'atto impugnato e l'evanescenza del limite derivante dai motivi di ricorso

4.3.1. In particolare, il superamento del limite costituito dall'atto impugnato

Originariamente, la possibilità del giudice amministrativo di accedere al fatto rappresentato in ricorso era limitata, oltre che dal naturale vincolo dei motivi di ricorso, anche dal contenuto dell'atto impugnato.

In sostanza, il giudice amministrativo poteva conoscere solo dei fatti che risultassero dall'atto e se e in quanto fossero stati contestati dal ricorrente²⁵³.

Questo, naturalmente, finiva per rendere impraticabile qualsiasi accertamento istruttorio ulteriore al mero esame del provvedimento impugnato e del ricorso introduttivo.

²⁵³ F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 387; M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Foro it.*, 1967, 11 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 1984, 10; G. VIRGA, *Le limitazioni probatorie nella giurisdizione generale di legittimità*, in *Dir.proc.amm.*, 1990, 115 ss..

L'istruttoria svolta dal giudice amministrativo era esclusivamente cartolare e doveva arrestarsi nella verifica di quanto acquisito nell'istruttoria amministrativa.

L'accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato si basava quindi sul raffronto tra l'atto impugnato e la normativa di riferimento, naturalmente nei limiti delle censure sollevate.

La realtà fattuale, invece, restava estranea all'istruttoria processuale e veniva considerata solo se ed in quanto ad essa si fosse riferita l'amministrazione nella redazione del provvedimento e purché fosse stata richiamata dal ricorrente nell'atto introduttivo.

La limitata conoscibilità dei fatti da parte del giudice amministrativo era considerato uno strumento indispensabile per evitare che esso, riesaminando i fatti autonomamente rispetto a come erano stati ritenuti dall'autorità pubblica, finisse per ripetere i giudizi di valore spettanti all'amministrazione e per sostituirsi ad essa²⁵⁴.

Evidentemente, però, la conoscenza diretta del fatto veniva confusa, erroneamente, con un apprezzamento, da parte del giudice, del merito amministrativo²⁵⁵.

Più precisamente, il riesame della corretta ricognizione del fatto inteso nella sua consistenza materiale e nella sua qualificazione giuridica, veniva fatto coincidere con il riesercizio (questo sì, precluso) dell'azione amministrativa.

Seguendo questa impostazione non veniva fatta alcuna distinzione tra i giudizi relativi alla verifica della obiettiva esistenza dei fatti, dai giudizi espressione di un puro apprezzamento di essi da parte della pubblica amministrazione. Solo i secondi, infatti, e non anche i primi, sono espressione del merito amministrativo e solo essi, come tali, dovevano e devono ritenersi insindacabili dal giudice nel giudizio di legittimità²⁵⁶.

²⁵⁴ Fu definito "inammissibile ed eccessivo" un eventuale riconoscimento, al giudice amministrativo, di "svolgere autonome indagini di fatto per accertare se esista qualche dato il quale modifichi il valore dei fatti che l'amministrazione ha tenuto in conto", così F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 185. La realtà fattuale ritenuta dall'amministrazione, in quanto posta a base di un atto "espressione di un potere sovrano" si deve "per regola generale, credere vera e fondata", V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1901, 1020.

²⁵⁵ Anche in dottrina è stato affermato che "il giudice non può estendere il proprio sindacato alla valutazione autonoma del fatto, nel quale si concreta il così detto sindacato di merito", P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1976, 195.

²⁵⁶ "La attività qualificatoria e di accertamento (sia il fatto certo, nel senso di essere precisamente individuato dalla norma, sia esso opinabile, nel senso che la fattispecie normativa appare imprecisa) dovrebbe potere essere pienamente sindacata davanti al giudice amministrativo e ogni suo eventuale errore dovrebbe costituire una violazione di legge, giacché l'errore si risolverebbe appunto in una

Quel che infatti è precluso al giudice amministrativo è di procedere alla diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto relativo all'atto impugnato, perché in tal caso giungerebbe a sindacare il merito dell'atto e si sostituirebbe all'amministrazione, esorbitando dai poteri esercitabili nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità²⁵⁷.

Non a caso, la possibilità di prendere diretta conoscenza del fatto da parte del giudice amministrativo è stata affermata in uno con la definizione del confine tra giudizio di legittimità e di merito.

Precipuamente, l'acquisita convinzione che la verifica della legittimità richiedeva che fossero compiute indagini anche ultronee rispetto al testo dell'atto impugnato, portò alla progressiva elaborazione delle c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere, l'accertamento delle quali necessitava appunto che il giudice potesse conoscere dei fatti superando quanto acquisito dalla pubblica amministrazione con l'istruttoria procedimentale²⁵⁸.

difformità dell'attività amministrativa rispetto a quanto previsto dalla norma", D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 350; "il giudice è chiamato ad attuare un riesame della fattispecie reale come strutturalmente definita nella vicenda processuale (...) gli elementi di fatto debbono essere oggetto di una rinnovata qualificazione onde verificare, appunto, la conformità a diritto delle operazioni predecisionali svolte dall'amministrazione", N. PAOLANTONIO, *Il sindacato*, cit., 307; "limitare un processo di conoscenza siffatto significherebbe comprimere l'autonomia valutativa propria della funzione giudiziaria, e costituzionalmente garantita dall'art. 101 Cost.", G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 1596; "deve viceversa negarsi che sia proprio del giudizio di merito l'accertamento del fatto compiuto in modo autonomo rispetto all'interpretazione che di esso risulti dagli atti dell'amministrazione: il giudizio sul fatto è una componente necessaria di qualsiasi giudizio sull'applicazione di norme giuridiche, eppertanto anche del giudizio di legittimità", F. G. SCOCA, *Tribunali amministrativi regionali (T.A.R.)*, in *Dizionario amministrativo*, a cura di G. Guarino, Milano, 1983, 1561.

²⁵⁷ "L'eccesso di potere giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato si verifica solo allorché "l'indagine svolta (...) sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienze dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione ; con la conseguenza che l'indicato vizio non ricorre quando il Consiglio di Stato indaga sui presupposti di fatto del provvedimento impugnato", Cass.civ., SS.UU., 14.9.2012, n. 15428, in *dejure.it*; Cass.civ., SS.UU., 5.8.1994, n. 7261, in *Giust.civ.Mass.*, 1994, 1063; Cass.civ., SS.UU., 3.11.1988, n. 5922, in *Giust.civ.Mass.*, 1988, 110; Cass.civ., SS.UU., 6.4.1987, n. 3309, in *Giust.civ.Mass.*, 1987, 769.

²⁵⁸ "La disputa che si svolge nei primi decenni del secolo intorno alla possibilità che il giudice conosca

L'elaborazione del vizio dell'eccesso di potere rappresentò quindi l'occasione per individuare profili di illegittimità ulteriori a quelli derivanti dalla lettera della legge e per cogliere la necessità che anche il giudice amministrativo potesse accedere ai fatti senza ritenersi vincolato alla rappresentazione che di essi aveva ritenuto di fornire l'amministrazione nell'atto impugnato.

A dire il vero, però, l'analisi delle prime pronunce della quarta sezione del Consiglio di Stato relative all'eccesso di potere dimostra un'estrema ritrosia dei giudici amministrativi a compiere il giudizio di legittimità andando oltre l'atto impugnato.

Ad esempio, il sindacato sul travisamento dei fatti veniva compiuto verificando la logicità, coerenza, non contraddittorietà tra le premesse di fatto indicate nel provvedimento e il contenuto imperativo dello stesso alla luce della normativa applicabile.

Il fatto del quale conosceva il giudice restava quindi, in concreto, quello acquisito dall'amministrazione²⁵⁹.

Così analogamente, il sindacato sull'errore di fatto veniva compiuto attraverso il raffronto tra le premesse del provvedimento e i fatti risultanti dagli atti del procedimento prodromico all'adozione del provvedimento²⁶⁰.

Anche in questo caso, però, nonostante l'indagine del giudice andasse oltre al mero esame testuale dell'atto, il termine di confronto era costituito da quanto acquisito dall'amministrazione nell'istruttoria procedimentale.

Solo nel secondo decennio di attività della quarta sezione, con il progressivo approfondimento dell'eccesso di potere, la conoscenza diretta del fatto da parte del giudice subentrò al controllo, solo indiretto, che fino a quel momento aveva potuto

del fatto, assume come punto di riferimento l'interpretazione del vizio di eccesso di potere. E' su quel terreno che si stabilisce la linea di confine tra giudizio di legittimità e giudizio di merito.", F. TRIMARCHI BANFI, *Il controllo di legittimità*, Padova, 1984, 121; "il problema dei rapporti tra legittimità e merito nel giudizio del Consiglio di Stato cominciò a porsi in questi termini, sia nella dottrina francese che in quella italiana, non appena i due Consigli di Stato ammisero il sindacato per eccesso di potere sull'errore di fatto, cioè su di un errore, che, per sua natura, non poteva che essere desunto probatoriamente *aliunde*", F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 217.

²⁵⁹ Cons. St., sez. IV, 5.5.1899, n. 219, in *Giust.amm.*, 1899, I, 214; Cons. St., sez. IV, 12.8.1898, n. 394, in *Giust.amm.*, 1898, I, 419; Cons. St., sez. IV, 8.11.1895, n. 382, in *Giust.amm.*, 1895, I, 445; Cons. St., sez. IV, 16.8.1895, n. 333, in *Giust.amm.*, 1895, I, 398.

²⁶⁰ Cons. St., sez. IV, 5.3.1898, n. 97, in *Giust.amm.*, 1898, I, 63 ss.; Cons. St., sez. IV, 22.12.1893, n. 368, in *Giust. amm.*, 1893, I, 587.

esercitare.

Attraverso il sindacato di legittimità il giudice iniziò a verificare la reale esistenza²⁶¹ - nonché la correttezza della qualificazione giuridica - delle circostanze di fatto affermate dall'amministrazione²⁶².

Deve forse definirsi in questi termini, e attraverso queste decisioni, la nascita della vera e propria istruttoria processuale, intesa come istruttoria svolta dal giudice autonomamente e sulla base di elementi probatori ulteriori a quelle derivanti dall'attività conoscitiva dell'amministrazione risultante dall'istruttoria procedimentale²⁶³.

Nelle richiamate decisioni, l'estensione dei poteri di accertamento del giudice oltre il materiale acquisito nell'istruttoria amministrativa, veniva infatti ritenuta possibile non tanto argomentando sulla natura del vizio censurato e sulle esigenze di accertamento richieste dalla sua verifica, bensì in forza del richiamo alla (pur scarna) disciplina istruttoria dell'epoca²⁶⁴.

La disciplina allora vigente, infatti, permetteva al Consiglio di Stato che riconoscesse che l'istruzione dell'affare era incompleta o che i fatti affermati nell'atto impugnato erano in contraddizione con le risultanze dei documenti, di richiedere all'amministrazione nuovi schiarimenti o la produzione di documenti, ovvero anche ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni (art. 37 del r.d. n. 6166/1889, nel quale erano stati coordinati la legge n. 5992/1889 e l'allegato D della legge n. 2248/1865).

La possibilità di ammettere i tre predetti mezzi di prova venne poi ribadita dall'art. 27 del regolamento di procedura n. 642/1907, nonché dall'art. 44 del t.u. Consiglio di Stato n. 1054/1924.

Fu in questo modo, e principalmente attraverso la possibilità di chiedere

²⁶¹ Cons. St., sez. IV, 21.12.1906, n. 637, in *Giust.amm.*, 1906, I, 680; Cons. St. sez. IV, 24.8.1906, n. 409, in *Giust.amm.*, 1906, I, 439.

²⁶² Cons. St., sez. IV, 27.9.1892, n. 260, in *Giust.amm.*, 1892, I, 430.

²⁶³ Sulla configurazione dell'istruttoria procedimentale come limite al controllo diretto sul fatto da parte del giudice amministrativo, F. LEVI, *L'attività conoscitiva della p.a.*, Torino, 1967, spec. 492 ss..

²⁶⁴ Le norme sui poteri istruttori erano anzi stato l'argomento con il quale autorevole dottrina smentiva l'assimilazione, all'epoca frequente, tra il giudizio meramente cassatorio svolto dalla Corte di Cassazione e il giudizio svolto dal Consiglio di Stato, A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, cit., spec. 28.

all'amministrazione nuove verificazioni (possibilità pur di rado utilizzata²⁶⁵), che sull'accertamento della legittimità del provvedimento incominciarono ad essere considerati anche dati in qualche misura estranei all'istruttoria amministrativa.

Tuttavia, la limitatezza dei mezzi istruttori allora utilizzabili nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità (documenti, chiarimenti, verificazioni) e i presupposti richiesti per la loro assunzione (incompletezza dell'affare²⁶⁶ o contraddittorietà tra fatti affermati nell'atto e fatti risultanti dall'ulteriore documentazione) comunque limitavano una piena cognizione dei fatti di causa, perché la necessità di svolgere l'istruttoria era valutata dal giudice sulla base degli atti procedurali e in ogni caso l'effettivo svolgimento di essa era demandato all'amministrazione²⁶⁷.

L'inadeguatezza di una simile disciplina istruttoria, derivante principalmente dal ruolo

²⁶⁵ Sulla perdurante autolimitazione del giudice amministrativo nell'utilizzare i mezzi di prova previsti dalla legge, si vedano D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in *www.giustamm.it*, maggio 2012, secondo cui "l'atteggiamento prevalente nei giudici amministrativi è caratterizzato da una ancora assai diffusa riluttanza, per esempio (...) alla disposizione di verificazioni e/o consulenze tecniche d'ufficio, espressione di una ritrosia nell'accertamento completo ed effettivo dei fatti (...) un atteggiamento che conduce spesso, forse inconsapevolmente, i giudici a privilegiare tendenzialmente la ricostruzione dei fatti operata dall'amministrazione, sol perché proveniente dall'amministrazione, quasi che questa, e per questa sola ragione, potesse ritenersi avere, sul piano processuale, una maggior credibilità rispetto a quella, diversa, affermata in giudizio dalla controparte privata" e G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, cit., spec. 144, in cui viene evidenziato che tale scarso utilizzo dei mezzi di prova esperibili era evidente anche nell'ambito della giurisdizione di merito, nonostante a riguardo la legge accordasse al giudice più ampi poteri di quelli esercitabili nelle controversie rientranti nella giurisdizione di legittimità.

²⁶⁶ Nella vigenza della disciplina in oggetto, il termine *affare* fu pacificamente considerato come indicativo dell'affare amministrativo; la verifica della completezza dell'affare coincideva quindi con la verifica, da parte del giudice amministrativo, della completezza dell'istruttoria amministrativa. Solo successivamente, alcuni autori, attraverso una lettura costituzionalmente orientata della disposizione, hanno suggerito di interpretare l'affare riferendolo al processo, come vicenda processuale, C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, vol. IV, Milano, 2000, spec. 3352 ss..

²⁶⁷ Fu infatti correttamente rilevato che l'attività istruttoria così disciplinata aveva le caratteristiche di un'istruttoria riservata all'amministrazione, piuttosto che i caratteri propri di un processo giurisdizionale, E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo, (considerazioni introduttive)*, in *Noviss.dig.it.*, Torino, 1966, 1085 e che una simile disciplina derivava dall'assimilazione della giurisdizione di legittimità al sistema dei ricorsi gerarchici, F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 5.

centrale che a tal riguardo permaneva in capo all'amministrazione, fu molte volte rilevata dalla dottrina²⁶⁸ e venne poi esplicitamente riconosciuta anche dalla Corte costituzionale.

In una prima pronuncia, il giudice delle leggi dichiarò, seppur con riferimento alle sole controversie in materia di pubblico impiego (devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva), l'illegittimità dell'art. 44 del t.u. Consiglio di Stato nella parte in cui non ammetteva l'esperibilità di tutti i mezzi di prova previsti nel processo civile, perché una simile limitazione "*pregiudica (va) la tutela dell'azione in giudizio e la garanzia del diritto di difesa*"²⁶⁹.

A seguito di tale pronuncia additiva, i poteri istruttori risultavano quindi differenziati: erano ampi al pari di quelli riconosciuti al giudice civile in relazione ad alcune controversie devolute alla giurisdizione esclusiva, e ancora decisamente ridotti in sede di giurisdizione di legittimità.

In un'ulteriore sentenza la Corte, pur argomentando, questa volta, l'impossibilità di intervenire con una pronuncia additiva, data la necessità che sul punto intervenisse il legislatore ordinario, aveva dimostrato l'insostenibilità di un siffatto sistema probatorio anche nell'ambito della giurisdizione di legittimità, sottolineando (seppur in *obiter dictum*) l'opportunità che il giudice amministrativo potesse disporre dei poteri necessari "*onde pervenire nel modo più esauriente all'accertamento dei fatti su cui si fondano le rispettive pretese delle parti*"²⁷⁰.

²⁶⁸ Come correttamente rilevato da autorevole dottrina, il limite dell'atto si rivelava "irragionevole anche in considerazione del fatto che ogni singolo motivo si riferisce all'intero episodio di vita", M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna., 2000, 289; E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo*, cit., 1088; G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Milano, 2003, 17.

²⁶⁹ Corte cost., 23.4.1987, n. 146, in *Foro amm.*, 1987, 1344 ss., con nota di G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove e delle controversie in materia di pubblico impiego*; per ulteriori commenti si vedano M. E. SCHINAIA, *Notazioni sul regime probatorio nelle controversie di pubblico impiego*, in *Dir.proc.amm.*, 1988, 5 ss.; F. SAITTA, *Nuovi orientamenti in tema di mezzi prova del contenzioso sul pubblico impiego*, in *Dir.proc.amm.*, 1987, 599 ss.. Sulla irragionevolezza di limitare la declaratoria di incostituzionalità al solo ambito rientrante nella giurisdizione amministrativa esclusiva, anziché estenderla anche alla giurisdizione di legittimità, A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 1987, spec. 579.

²⁷⁰ Corte cost., 18.5.1989, n. 251, in *Foro it.*, 1989, 2704 ss. Per una approfondita analisi della pronuncia, G. AZZARITI, *Limitazione dei mezzi di prova e istruttoria del processo amministrativo di legittimità*, in *Giur.cost.*, 1990, 1698 ss..

In effetti l'accessibilità dei fatti da parte del giudice amministrativo è strumento indispensabile per realizzare quell'effettività della tutela che deve essere propria di qualsiasi processo che tenda a soddisfare una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, quale è quello amministrativo²⁷¹.

Questa esigenza, unitamente al superamento ormai noto della concezione del processo amministrativo di legittimità come mero giudizio sull'atto in uno con la crescente tendenza a considerarlo un giudizio sul rapporto dedotto²⁷², hanno reso necessaria una significativa estensione dei poteri istruttori del giudice amministrativo anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

I poteri istruttori esercitabili in tale sede dal giudice amministrativo sono mutati profondamente, nel senso di un loro decisivo ampliamento, soltanto con l'entrata in vigore della legge n. 205/2000²⁷³, con la quale per la prima volta è stata prevista l'esperibilità della consulenza tecnica d'ufficio anche per le controversie rientranti nella giurisdizione di legittimità (art. 16)²⁷⁴.

Infine, il codice del processo amministrativo, pur non innovando in ordine alla

²⁷¹ “In applicazione degli artt. 24 e 113 Cost. deve affermarsi il principio che non c'è sfera dell'attività amministrativa, diversa da quella *realmente ed effettivamente* discrezionale, che possa sfuggire ad un *sindacato pieno e diretto* da parte del giudice”, N. PAOLANTONIO, *Il sindacato*, cit., 367, nota 73. Giustifica la necessità dell'ingresso del fatto nel giudizio amministrativo di legittimità richiamandosi agli artt. 24 e 113 Cost. anche G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it, maggio 2002.

²⁷² “Coerenti con la originaria funzione del processo erano, oltre la non chiarita natura (amministrativa o giurisdizionale) della IV sezione, la disciplina dell'istruzione probatoria, che comportava una specie di impermeabilità rispetto all'accertamento dei fatti”, F. G. SCOCA, *Sulle implicazioni di carattere sostanziale dell'interesse legittimo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 670.

²⁷³ A dire il vero, già l'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 aveva profondamente inciso sui poteri istruttori del giudice amministrativo, prevedendo, ma solo con riferimento alla giurisdizione esclusiva, che potesse disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile.

²⁷⁴ A riguardo, fu estremamente significativa l'ordinanza di rimessione con la quale la IV sezione del Consiglio di Stato (al quale poi la Corte costituzionale restituì gli atti in seguito all'entrata in vigore della legge n. 205/2000 che provocò la sopravvenuta irrilevanza della questione di legittimità costituzionale nel giudizio *a quo*) sollevò questione di legittimità costituzionale degli artt. 19 della legge n. 1034/1971, 44 del T.U. Consiglio di Stato e 26 del regolamento di procedura n. 642/1907, in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Cost., proprio per la parte in cui non permettevano al giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, di utilizzare gli strumenti istruttori poi ammessi con la legge n. 205/2000 e quindi impedivano al giudice una piena cognizione dei fatti, in *Cons. St.*, 2000, I, 987 ss..

perdurante assenza di un'apposita fase processuale destinata all'istruttoria²⁷⁵, ha confermato l'applicabilità generale della disciplina istruttoria, senza più differenziarla in base al tipo di giurisdizione amministrativa esercitata e, in particolare, ha previsto l'esperibilità di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, (ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento - art. 63, quinto comma), nonché della consulenza tecnica d'ufficio²⁷⁶.

Proprio la consulenza tecnica è stata ritenuta lo strumento istruttorio decisivo per completare l'accessibilità del fatto per il giudice amministrativo, nonché per rendere definitivo il superamento, nell'accertamento, del limite costituito dall'atto impugnato.

La possibilità per il giudice amministrativo di avvalersi della consulenza tecnica, proprio in quanto ha reso pacifica l'assoluta accessibilità al fatto, ha peraltro fatto sorgere il noto dibattito relativo alla sindacabilità²⁷⁷, o meglio, all'intensità del sindacato esercitabile sulla discrezionalità tecnica²⁷⁸.

²⁷⁵ Sul rischio, vista l'assenza di una autonoma fase, che l'istruttoria si svolga in modo incompleto e sulla conseguente prassi dei giudici amministrativi di fissare apposite udienze istruttorie prima dell'udienza di trattazione, si vedano F. G. SCOCA, *Artt. 63 – 69*, in *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, a cura di A. Quaranta – V. Lopilato, Milano, 2011, 553 e F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, 2000.

²⁷⁶ E' pacifico che la c.t.u. non costituisca un mezzo di prova, in quanto non finalizzata a dimostrare la verità di un fatto storico, bensì a consentire al giudice di acquisire cognizioni tecniche necessarie per comprendere un determinato fatto. Sul punto, C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale*, II, Torino, 2010, 130 e G. D'ANGELO, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 579. In giurisprudenza, TAR Valle d'Aosta, sez. I, 27.7.2011, n. 52, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2208; Cass.civ., sez. III, 19.4.2011, n. 8989, in *Giust.civ.mass.*, 2011, 632; Cass.civ., sez. IV, 8.2.2011, n. 3130, in *Giust.civ.mass.*, 2011, 205; TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 19.2.2008, n. 102, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

²⁷⁷ La sindacabilità delle valutazioni tecniche era in verità già stata affermata prima che entrasse in vigore la legge n. 205/2000, con la storica sentenza della quarta sezione del Consiglio di Stato 9.4.1999, n. 601, in cui venne ritenuto ammissibile un sindacato di tipo intrinseco, attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche, e non più solo estrinseco, ossia limitato alla correttezza dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione (in *Foro it.*, 2001, III, 9 ss.).

²⁷⁸ Successivamente alla pronuncia indicata alla nota precedente si sono infatti sviluppati due orientamenti relativi all'incisività del sindacato intrinseco esercitabile sull'attività discrezionale: un primo orientamento sostiene la possibilità per il giudice di esercitare un controllo intrinseco di tipo c.d. forte, ossia di sostituire le valutazioni amministrative ritenute opinabili con il proprio giudizio tecnico; il secondo, invece, ritiene il giudice amministrativo legittimato ad esercitare un controllo intrinseco sulla discrezionalità tecnica di tipo c.d. debole, ovvero a censurare soltanto le valutazioni tecniche che appaiono inattendibili, ma non anche quelle che, pur attendibili, sono opinabili. Per un approfondimento

Tuttavia, tale questione è diversa e più ampia da quella oggetto del presente percorso e per l'approfondimento di essa, quindi, si rinvia all'ampia trattazione elaborata a riguardo dalla dottrina²⁷⁹.

A tale ultimo riguardo, e per quanto interessa nel tema che si sta affrontando, relativo ai limiti che il giudice amministrativo incontra nell'accertamento dell'illegittimità, si ritiene sufficiente osservare che, evidentemente, la ritrosia ad ammettere l'accessibilità

a riguardo, si veda ad esempio F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del sindacato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. Caringella - M. Protto, Milano, 2002, spec 724 ss.. Per alcune ipotesi in cui i giudici, attraverso l'utilizzo della consulenza tecnica, hanno esercitato un sindacato intrinseco di tipo forte, si vedano Cons. St., sez. VI, 29.09.2009, n. 5864, in www.giustiziaamministrativa.it; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 19.4.2006, n. 465, in *Corriere del merito*, 2006, 1341 ss.; Cons. St., sez. VI, 2.3.2004, n. 926, in *Foro it.*, 2004, III, 6 ss.; Cons. St., sez. VI, 3.2.2004, n. 337, in www.giustiziaamministrativa.it; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 11.12.2000, n. 7702, in *Urb. e app.*, 2001, 555 ss.. Tra le pronunce che hanno invece sostenuto la possibilità di svolgere un controllo intrinseco di tipo debole, in ragione della concreta indistinguibilità tra giudizi tecnici e valutazioni di opportunità, si vedano Cons. St., sez. VI, 7.11.2005, n. 6152, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3360 ss.; Cons. St., sez. IV, 6.10.2001, n. 5287, in *Foro it.*, 2002, III, 414 ss.. La giurisprudenza più recente, invece, rifiuta la rigida contrapposizione tra sindacato debole e sindacato forte, che ritiene questione meramente nominalistica e pone in rilievo unicamente la necessità che il sindacato sia effettivo, Cons. St., sez. III, 2.4.2013, n. 1856, in *dejure.it*; Cons. St. sez. III, 28.3.2013, n. 1837, in *dejure.it*; Cons.giust.amm.reg.Sic., 25.01.2011, n. 89, in *dejure.it*.

²⁷⁹ E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur.it.*, 1910, 10 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn.dir.amm.*, 1999, 1179 ss.; F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (dir.amm.)*, in *Enc.dir.*, Roma, 2008, 471 ss.; E. SCHINAIA, voce *Consulente tecnico (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Roma, 2002, 1 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir.proc.amm.*, 1984, 485 ss.; M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir.proc.amm.*, 2000, 182 ss.; L. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, 1727 ss.; G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir.proc.amm.*, 2011, 175 ss.; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica – la tecnica tra procedimento e processo*, Napoli, 2008. Affronta il problema della sindacabilità diretta delle valutazioni tecniche attraverso un criterio diverso da quello che pone attenzione alle conseguenze del sindacato, ossia attraverso un criterio "che attiene alla struttura del provvedimento e ai suoi rapporti con la normativa d'azione", F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, cit., 2, ove viene anche rilevato che i presupposti di legittimità del provvedimento non attengono direttamente al provvedimento, bensì alla norma di legge che disciplina l'emanazione dello stesso, spec. 8.

al fatto da parte del giudice era certamente anche giustificata dal timore che egli potesse sindacare ambiti dell'attività amministrativa fino ad allora mai intrinsecamente vagliati ed, anzi, ritenuti non suscettibili di essere oggetto di un accertamento giurisdizionale²⁸⁰.

4.3.2. L'evanescenza del limite derivante dai motivi di ricorso e la rilevanza della regola dell'onere probatorio

Appurato dunque che l'atto impugnato non rappresenta più un limite all'accertamento dei fatti esercitabile dal giudice, resta da chiarire come opera, in tale accertamento, l'altro e diverso limite costituito dai motivi di ricorso.

Il limite dei motivi di ricorso dovrebbe comportare la possibilità, per il giudice, di accedere (pur in modo "completo") ai soli fatti affermati nei motivi e non anche ad ogni fatto che appaia rilevante o utile nella fattispecie.

Questo limite all'accertamento dei fatti costituito dai motivi di ricorso, pare tuttavia essere ancor più problematico di quello, in precedenza approfondito, dello schermo dell'atto.

Occorre premettere che i fatti indicati nei motivi sono sovente diversi e ulteriori a quelli indicati nell'atto impugnato.

La prassi dimostra infatti che ciascuna delle censure si riferisce sempre all'intero episodio di vita in relazione al quale è stato esercitato il potere amministrativo, per cui i fatti che vengono in rilievo non sono solo quelli menzionati e direttamente considerati nel testo del provvedimento impugnato.

E' quindi evidente, vista la tendenza (comprensibile in ottica difensiva) di redigere censure molto ricche dal punto di vista contenutistico, la difficoltà di individuare esattamente le sole circostanze di fatto che il ricorrente ha voluto richiamare, al fine di escludere dal sindacato del giudice quei fatti ai quali invece la parte non si è riferita puntualmente.

Questa difficoltà, tuttavia, ingenera il grave rischio che il giudice, in assenza di precisi confini entro i quali delimitare la realtà da esso conoscibile, compia un accertamento

²⁸⁰ In dottrina, è stato infatti sottolineato il parallelismo rinvenibile fra la trattazione del tema relativo alla sindacabilità della discrezionalità tecnica e l'utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo, M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009, 75.

su fatti che, ancorché utili per decidere e pertinenti alla vicenda, siano tuttavia ulteriori a quelli indicati in ricorso.

In vero, sostenere che il giudice possa accedere completamente, attraverso l'utilizzo degli ampi poteri istruttori che la legge gli riconosce, ai fatti indicati nei motivi di ricorso non significa affermare che il giudice possa accedere ed anzi debba conoscere tutti i fatti che siano in qualche modo rilevanti ai fini della decisione.

Il limite costituito dai motivi di ricorso è quindi un limite sostanzialmente evanescente perché non è mai possibile individuare solo da essi, con sufficiente certezza, quali sono i fatti che individuano l'illegittimità in senso stretto, quali sono da considerarsi come mero completamento della vicenda²⁸¹ e quali invece non sono stati esaurientemente rappresentati dal ricorrente.

La precisa definizione dei fatti che possono essere accertati dal giudice è una questione difficilmente risolvibile sulla sola base dell'esame del testo del ricorso in quanto è strettamente connessa al tema dell'onere probatorio, perché in ogni caso il giudice, nell'acquisire il materiale probatorio, non può supplire all'onere di allegazione dei fatti gravante sulle parti.

Occorre quindi chiarire quali sono i fatti che debbono essere introdotti necessariamente dalle parti e se ve ne sono invece alcuni che possono essere conosciuti autonomamente dal giudice perché rilevanti ai fini della decisione, anche se non espressamente rappresentati dalle parti nei motivi di ricorso.

Dottrina e giurisprudenza sono pacifiche nel ritenere che i fatti c.d. principali, ossia costitutivi della pretesa processuale, debbono essere introdotti e allegati in giudizio esclusivamente ad opera delle parti.

E' invece controverso se anche i fatti c.d. secondari, così detti perché la loro dimostrazione consente di verificare l'esistenza o la rilevanza dei fatti principali, possano essere individuati e introdotti anche dal giudice, ad integrazione delle allegazioni delle parti²⁸².

Secondo una prima tesi, minoritaria, sarebbe possibile l'introduzione dei fatti secondari da parte del giudice, al fine di verificare l'esistenza dei fatti principali e ciò non si porrebbe in contrasto con il principio per cui il giudice deve essere vincolato ai

²⁸¹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 289.

²⁸² Per un'approfondita analisi della distinzione tra fatti primari e fatti secondari, F. BENVENUTI, *L'istruzione probatoria*, Padova, 1953, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, spec. 141 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, spec. 97 ss..

motivi di parte perché non comporterebbe una modifica del *thema decidendum* delimitato dalle parti attraverso i soli fatti principali²⁸³, ma solo una più puntuale specificazione dello stesso.

L'opinione prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, ritiene invece che sia i fatti primari che quelli secondari concorrano a formare il *thema decidendum*, ed esclude quindi che il giudice possa intervenire sull'oggetto del giudizio introducendo fatti che non siano già stati previamente e puntualmente introdotti dalla parte²⁸⁴.

In altre parole, nel giudizio di legittimità, il sindacato del giudice deve arrestarsi entro la sola realtà richiamata dalla parte nei motivi di ricorso, mentre non possono essere indagati fatti ulteriori perché l'onere di allegazione dei fatti dev'essere conformato al principio della domanda, per cui solo i fatti allegati nei motivi di ricorso costituiscono l'oggetto della domanda sulla quale il giudice deve esercitare i poteri istruttori e poi pronunciarsi²⁸⁵.

Ciò che il giudice può acquisire, anche d'ufficio, non sono, quindi, i fatti utili per decidere sulla pretesa del ricorrente, bensì i mezzi di prova relativi ai fatti allegati dalle parti attraverso la loro rappresentazione in ricorso²⁸⁶.

Questo è confermato dal fatto che l'istruttoria nel processo amministrativo è governata

²⁸³ F. D'ALESSIO, *Le parti nel processo amministrativo*, Milano, 1915, spec. 212 ss., ove viene riconosciuta la capacità del giudice di introdurre autonomamente i fatti rilevanti e di ricercarne la prova; L. MIGLIORINI, voce *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc.giur. Treccani*, Roma, 1990, spec. 2, il quale sostiene che il potere monopolistico delle parti di delimitare il *thema decidendum* tramite i motivi di ricorso si risolve "esclusivamente nell'indicazione dei fatti necessari a fondare la pretesa con conseguente vincolo del giudice. Diversamente, i fatti secondari possono essere conosciuti d'ufficio dal giudice senza che venga meno tale potere".

²⁸⁴ Al giudice "non spetta alcun potere di intervenire sull'oggetto del giudizio se non agendo sul piano del processo, mentre gli è precluso un potere di intervento nella realtà materiale", F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., spec. 143; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, spec. 258; G. CORSO, *Prova (Diritto amministrativo)*, in *Enc.giur.Treccani*, Roma, 1999, spec. 11; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir.proc.amm.*, 1995, spec. 215.

²⁸⁵ Sull'indissociabilità dell'onere di allegazione dei fatti dal principio della domanda, R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, cit., spec. 207 e A. LUGO, *Il potere dispositivo e l'onere della parte nel processo amministrativo*, in *Riv.trim.dir.e proc.civ.*, 1983, spec. 1071.

²⁸⁶ R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 1990, spec. 208; C. LAMBERTI, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, in *www.giustiziamministrativa.it*, 2012.

dal principio dispositivo, seppur temperato dal metodo acquisitivo²⁸⁷ e questo comporta che il potere acquisitivo del giudice amministrativo possa operare solo a fronte dell'introduzione dei fatti ad opera delle parti e che vada esercitato esclusivamente in relazione ad essi²⁸⁸.

Il giudice, come nell'accertamento dei fatti non può supplire all'onere di allegazione che incombe sulle parti, così nella raccolta del materiale probatorio non può porre in nulla l'onere probatorio gravante su di esse e quindi non può d'ufficio ricercare la prova di quei fatti che avrebbero dovuto essere provati dalle parti.

A riguardo, il codice del processo amministrativo, innovando rispetto alla normativa previgente, menziona e disciplina espressamente il tema dell'onere della prova.

In particolare, all'art. 63, primo comma, è previsto che “fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti”.

All'art. 64, primo comma, viene chiarito che “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”.

²⁸⁷ L'espressione, come noto, risale a F. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., spec. 282 ss.. In giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 7.10.2009, n. 6118, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2323; Cons. St., sez. V, 15.6.2000, n. 3317, in *Foro amm.*, 2000, 2161; Cons. St., sez. V, 22.11.1991, n. 1323, in *Giur.it.*, 1992, 921; Cons. St., sez. IV, 26.10.1976, n. 96, in *Cons. St.*, 1976, 2022.

²⁸⁸ “Resta pertanto escluso che l'introduzione dei fatti nel processo possa avvenire ad opera del giudice, come avviene nel sistema inquisitorio, F. BENVENUTI, voce *Istruzione nel processo amministrativo*, cit., 205. Anche la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del nuovo codice amministrativo è pacifica nell'affermare che “anche nel processo amministrativo sussiste l'onere per la parte di enunciare i fatti che sono a fondamento della pretesa avanzata, poiché il potere di acquisizione riconosciuto al giudice di tale processo è un <metodo> ed in quanto tale si innesta nel principio dispositivo che governa l'introduzione della prova a carico della parte, ma non lo può travalicare, sicché giammai egli può sostituire la parte nell'adempimento di tale onere”, Cons. St., sez. IV, 12.5.2009, n. 2902, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1249 ss.; in termini equivalenti, anche TAR Valle d'Aosta, sez. I, 13.3.2013, n. 12, in *Red.amm. TAR*, 2013, 3 ss.; Cons. St., sez. V, 28.2.2013, n. 1207, in *Foro amm. CDS*, 2013, 2, 486 ss.; TAR Sicilia, Catania, sez. II, 1.2.2013, n. 384, in *Foro amm. TAR*, 2013, 2, 712 ss.; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 14.11.2012, n. 1787, in *Foro amm. TAR*, 2012, 11, 3448; Tar Piemonte, Torino, 23.10.2012, n. 1120, in *Foro amm. TAR*, 2012, 10, 3039; Cons. St., sez. III, 30.5.2012, n. 3245, in *Foro amm. CDS*, 2012, 5, 1150 ss.; Cons. St., sez. VI, 2.2.2012, n. 586, in *Foro amm. CDS*, 2012, 392; Cons. St., sez. IV, 24.10.2011, n. 5696, in *Foro amm. CDS*, 2011, 10, 3121 ss.; Cons. St., sez. VI, 18.2.2011, n. 1039, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2, 619 ss.; Cons. St., sez. V, 10.11.2010, n. 8006, in *Foro amm. CDS*, 2010, 11, 2362 ss..

L'esame delle citate disposizioni dimostra che evidentemente è stata confermata la regola, ormai tralatizia, per cui nel giudizio di legittimità le parti sono talvolta onerate di un mero c.d. principio di prova²⁸⁹, ma tale regola ha ricevuto una significativa precisazione, in ragione dell'introduzione di un onere probatorio pieno per le parti che abbiano la disponibilità delle fonti di prova.

In sostanza le parti dovranno fornire una piena prova dei fatti che siano nella loro disponibilità e un semplice principio di prova in ordine agli elementi che, al contrario, non siano nella loro disponibilità²⁹⁰.

Più precisamente, il ricorrente avrà un onere probatorio pieno in relazione a fatti dimostrabili mediante fonti di prova che sono nella sua disponibilità; mentre relativamente a fatti che sono dimostrabili attraverso fonti di prova che sono nella disponibilità della pubblica amministrazione, dovrà fornire un mero principio di prova, che ben può essere costituito dalla puntuale allegazione delle circostanze poste alla base dei motivi di ricorso.

Una simile ripartizione dell'onere della prova, come più volte specificato dalla dottrina, rappresenta uno strumento per equilibrare la persistente asimmetria informativa che vige sul piano sostanziale tra privato e amministrazione e la conseguente disparità che sorge sul piano processuale in ordine alla capacità

²⁸⁹ Per tutti, si veda F. BENVENUTI, *L'onere del principio di prova nel processo amministrativo*, estratto dalla *Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione, Sezioni Civili*, XXXI, Roma, 1952, 771 ss..

²⁹⁰ P. SALVATORE, *L'individuazione dei fatti e l'assunzione delle prove nel processo amministrativo*, in *I tribunali amministrativi regionali*, 2001, 2, 82; E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo*, cit., 1085; C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, cit., 49; F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *www.giustamm.it*, 2012; D. ZONNO, *I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova*, in *Giur.merito*, 2009, suppl. 12, 184 ss.; per una ripartizione dell'onere della prova sulla base della c.d. vicinanza alla prova, M. DRAGONE, *Le S.U., la <vicinanza alla prova> e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2008, 687 ss.. In giurisprudenza, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 5.9.2012, n. 2238, in *www.giustiziamministrativa.it*; Cons. St., sez. V, 21.9.2011, n. 5317, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2882 ss.; Cons. St., 8.6.2011, n. 3452, in *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 1974 ss.; Cons. St., sez. IV, 27.7.2010, n. 4915, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1439 ss.; Cons. St., sez. IV, 21.4.2009, n. 2435, in *Foro amm. CDS*, 2009, 960 ss.; TAR Lazio, Roma, sez. II, 9.6.2008, n. 5656, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1699 ss.; Cons. St., sez. V, 26.5.2003, n. 2843, in *www.giustiziamministrativa.it*; Cons. St., sez. VI, 17.12.2001, n. 4862, in *www.giustiziamministrativa.it*.

probatoria²⁹¹.

Dall'incidenza che la "vicinanza" al materiale probatorio ha sulla ripartizione dell'onere si ricava che tale onere, in concreto, ha consistenza diversa in ragione della doglianza proposta.

Qualora per esempio sia posta in discussione la *ricognizione* di un fatto, e quindi la scorretta acquisizione di esso da parte della pubblica amministrazione, l'onere incombente sulla parte che afferma (o esclude) il fatto sarà assoluto.

Si pensi al caso in cui un privato chieda il rilascio di un provvedimento di condono, in ragione della realizzazione dell'abuso edilizio in una data rientrante nel periodo indicato dalla legge per poter beneficiare del provvedimento di sanatoria, e ottenga invece un provvedimento di diniego.

Laddove ritenesse il diniego illegittimo e decidesse di impugnarlo, la prova dell'epoca dell'abuso incomberebbe pienamente sul ricorrente, autore della realizzazione edilizia senza titolo.

Ciò perché, mentre l'amministrazione non è normalmente in condizione di poter accertare la situazione edilizia (del proprio territorio di riferimento) alla data indicata dalla normativa sul condono, colui che chiede la sanatoria ha invece la disponibilità di fornire qualsiasi documentazione da cui possa desumersi che l'abuso sia stato effettivamente realizzato entro la data predetta²⁹².

In mancanza della dimostrazione, da parte del ricorrente, della data di realizzazione

²⁹¹ Per una critica all'utilizzo attuale della formula benvenutiana, che "si distacca in alcuni passaggi logici fondamentali dal pensiero dell'autore che per primo la elaborò e la propose", R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, cit., 197 e, in termini sostanzialmente equivalenti, A. DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 1991, spec. 227. Sostiene che la *ratio* del metodo acquisitivo non vada ravvisata nella disparità sostanziale tra le parti, bensì nell'indisponibilità dell'oggetto del giudizio di legittimità, L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005, spec. 581. In termini analoghi, sostengono che non vi sia più l'esigenza di riequilibrare le posizioni delle parti, soprattutto in seguito all'entrata in vigore della legge n. 241/1990, S. VENEZIANO, *I nuovi mezzi probatori nella giurisdizione di legittimità e nella giurisdizione esclusiva*, in *Dir.proc.amm.*, 2003, 180 ss.; G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, cit., 47; G. MANFREDI, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2011, 477.

²⁹² Sul punto, si veda ad esempio Cons. St., sez. IV, 24.12.2008, n. 6548, in *Foro amm. CDS*, 2008, 3350; TAR Campania, Salerno, sez. II, 29.5.2006, n. 752, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1839; TAR Lazio, Roma, sez. II, 3.3.2006, n. 1645, in *Foro amm. TAR*, 2006, 992.

dell'abuso edilizio, non potrà essere ritenuto assolto l'onere probatorio incombente sulla parte, e per cui il diniego non potrà essere considerato illegittimo per violazione della normativa sul condono.

Ciò che impedirebbe l'annullamento del provvedimento sarebbe il mancato assolvimento dell'onere della prova gravante sul ricorrente, un onere della prova pieno in ragione della censura specificamente sollevata.

Questa considerazione tra l'altro rende evidente che qualsiasi formula si volesse attribuire alla censura indicata nell'esempio (errore di fatto, travisamento di fatti, carenza dei presupposti, violazione della legge sul condono, illogicità) sarebbe del tutto irrilevante.

Qualora invece sia posta in discussione solo la ricostruzione del fatto presupposto per l'adozione del provvedimento, ossia in sostanza la *valutazione* di esso, allora l'onere di prova incombente sul ricorrente diviene semmai un onere di mera argomentazione; in quest'ultimo caso, infatti, l'accertamento dell'insussistenza del fatto finisce in sostanza per coincidere con l'accertamento dell'illegittimità.

Si pensi al caso in cui l'amministrazione abbia emanato un'ordinanza contingibile e urgente ritenendo sussistente una situazione di eccezionale e imprevedibile pericolo per la salute pubblica (ad esempio un'ordinanza che imponga ai titolari di alcune farmacie di garantire il servizio di assistenza farmaceutica su un territorio isolano sprovvisto di tale servizio, attraverso presidi farmaceutici emergenziali).

In questa ipotesi, sul privato che ritenga illegittimo e che quindi intenda impugnare il provvedimento, incomberà l'onere di un mero principio di prova, e dunque potrà limitarsi a fornire elementi che rendano verosimile l'assenza della situazione emergenziale (ad esempio la preesistenza, nel luogo interessato, di un dispensario farmaceutico)²⁹³.

Dovrà invece essere l'amministrazione resistente, in ragione della maggior vicinanza agli elementi di prova sul fatto presupposto al provvedimento, a dimostrare, eventualmente anche su sollecitazione del giudice, la sussistenza del pericolo e la necessità di provvedere attraverso poteri *extra ordinem* (ad esempio dimostrando il mancato o inidoneo funzionamento del dispensario farmaceutico).

²⁹³ TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 6.7.2009, n. 1233, in www.giustiziaamministrativa.it. In termini più generali, si veda a riguardo anche M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge n. 205/2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir.proc.amm.*, 2003, 1, 55.

Le precedenti considerazioni dimostrano che nell'onere della prova che grava sul ricorrente, e nelle conseguenze che questo comporta in ordine ai poteri del giudice, può essere ravvisata una differenza tra censure di illegittimità.

Pur essendo, queste ultime, sempre violazioni di legge compiute dall'amministrazione in pregiudizio di una posizione giuridica soggettiva, esse, per come si atteggiavano e per come vengono censurate in ricorso, in concreto si traducono nella rappresentazione di fatti che delineano un preciso *thema decidendum* e provocano una particolare conformazione dell'onere probatorio.

Nonostante il diverso atteggiarsi dell'onere della prova, in ragione delle censure concretamente prospettate, il sindacato che segue all'impugnazione di un provvedimento ritenuto illegittimo è pur sempre un sindacato di legittimità.

Al variare della censura non deve poter seguire un sindacato differente, a pena di accordare, contrariamente a quanto vietato dai principi costituzionali, una tutela diversificata al variare del vizio prospettato; ciò che cambia in ragione della doglianza rappresentata è quindi solo l'onere probatorio che di volta in volta grava sul ricorrente e i poteri istruttori che residuano in capo al giudice.

Cercando di chiarire ulteriormente la portata del limite costituito dai motivi di ricorso, può quindi riepilogarsi che esso comporta l'impossibilità per il giudice di indagare fatti che non siano stati rappresentati dal ricorrente conformemente all'onere che esso avrebbe dovuto soddisfare.

La specificità delle censure prospettate giustifica una diversa gradazione dell'onere della prova e solo qualora esso sia ridotto ad un principio di prova viene giustificato l'esercizio di poteri officiosi da parte del giudice nell'accertamento dell'illegittimità del provvedimento.

Nei casi in cui, invece, si atteggi nella forma tipica, del pieno onere della prova, allora il giudice non potrà indagare d'ufficio quanto non provato dal ricorrente.

Qualora in questi ultimi casi il giudice, anziché rigettare la domanda per il mancato assolvimento dell'onere della prova da parte del ricorrente, procedesse a vagliare comunque la legittimità del provvedimento attraverso l'esercizio di poteri officiosi, svolgerebbe - incorrendo in un eccesso di potere giurisdizionale - un sindacato generale sulla legittimità del provvedimento, ultroneo alla domanda di parte.

4.4. L'individuazione della normativa applicabile: i motivi di ricorso come limite al principio *iura novit curia*

Come già osservato nei precedenti paragrafi il ricorrente, attraverso ciascun motivo di ricorso, censura la legittimità del provvedimento impugnato rappresentando i fatti che ritiene rilevanti e indicando la normativa, di dettaglio o di principio, che assume essere stata violata dall'amministrazione.

Si è anche già argomentato che il giudice difficilmente può procedere ad accertare i fatti e ad esercitare i suoi poteri istruttori, nei limiti del *thema decidendum* indicato dalle parti, senza aver compreso la normativa che fa da cornice alla fattispecie indicata in ricorso.

Tenendo per presupposto, come già argomentato nei precedenti tre capitoli, che ogni ipotesi di illegittimità del provvedimento è suscettibile di tradursi nella violazione di una norma, talvolta di dettaglio, altre volte di principio, la questione che si intende ora approfondire è relativa all'operatività del limite costituito da quanto indicato nei motivi di ricorso nell'accertamento, da parte del giudice, della fattispecie normativa di riferimento.

In altre parole, se nel paragrafo precedente si è indagata l'operatività del limite costituito dai motivi di ricorso per quanto concerne l'indagine giurisdizionale sui fatti, che ha dimostrato l'irrilevanza dei vizi in tale sede, ora si cercherà di approfondire come opera il limite costituito dai riferimenti normativi menzionati dal ricorrente nell'atto introduttivo del giudizio e se anche in tale ambito non assume alcun rilievo la distinzione tra vizi di legittimità.

L'operatività del limite costituito dai motivi di ricorso, nell'interpretazione della normativa di riferimento, dev'essere approfondita considerando che, da un lato, il necessario vincolo ai motivi di parte dovrebbe impedire al giudice di considerare qualsiasi altra norma diversa da quelle espressamente indicate nelle censure, a pena di compiere un sindacato ultroneo alla domanda di parte e di pronunciare una decisione viziata da un vizio di ultrapetizione; dall'altro lato, però, il generale principio *iura novit curia* non dovrebbe imporre al giudice soltanto di correggere errori compiuti dalla parte nell'indicare la normativa di riferimento, ma anche, a maggior ragione, di individuare autonomamente la fattispecie normativa pertinente alla vicenda rappresentata nei motivi.

In ragione del limite derivante dai motivi di ricorso, al giudice sarebbe precluso svolgere il sindacato sulla base di norme diverse da quelle espressamente richiamate in ricorso, anche se, ad esempio, tutte espressioni del medesimo principio.

In ragione del principio *iura novit curia*, invece, il giudice potrebbe individuare

ulteriori norme non richiamate nei motivi ma ritenute applicabili al caso di specie per poi operare il raffronto tra il provvedimento impugnato e l'intera normativa pertinente. Il limite dei motivi di ricorso e il principio *iura novit curia* comportano evidentemente conseguenze contraddittorie, per cui occorre individuare come vengono bilanciati, nel giudizio amministrativo di legittimità, il vincolo derivante da quanto indicato dal ricorrente, con il dovere del giudice di individuare e applicare le norme di riferimento del caso a lui sottoposto.

A riguardo, la legge nulla chiarisce.

Neppure in dottrina si rinvengono scritti specificamente dedicati alla precisa questione del rapporto tra limite derivante dalle indicazioni normative indicate dalla parte nei motivi di ricorso e principio *iura novit curia*.

Secondo una prima impostazione, potrebbe sostenersi che il limite costituito dalle indicazioni normative contenute nei motivi di ricorso implica una indisponibilità, da parte del giudice, della *causa petendi*, per cui il principio *iura novit curia* risulta affievolito nel giudizio amministrativo di legittimità, perché l'individuazione di una norma non indicata dal ricorrente, da assumersi come parametro di legittimità del provvedimento, potrebbe portare il giudice a pronunciare una decisione magari anche soddisfattiva della domanda, ma più ampia rispetto ad essa in quanto formulata per ragioni non prospettate dal ricorrente.

Secondo questa tesi, bisognerebbe allora negare al giudice amministrativo, contrariamente a quanto accade per il giudice civile²⁹⁴, qualunque margine di disponibilità, oltre che in relazione al fatto e al *petitum*, anche in seno alla *causa petendi*²⁹⁵.

Il giudice amministrativo finirebbe per non essere libero nella scelta della norma da applicare²⁹⁶, bensì rigidamente vincolato alla norma indicata dal ricorrente come

²⁹⁴ "Il giudice civile, per quanto sia vincolato alle allegazioni dei fatti, ha la libertà di ricercare le norme sotto le quali sussumerli; una libertà attraverso la quale può estrarre il fatto dalla *causa petendi*", N. PIGNATELLI, *Le reciproche incidenze tra processo amministrativo e processo costituzionale*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2008.

²⁹⁵ G. A. MICHELI, *Iura novit curia*, in *Riv.dir.proc.*, 1961, 575 ss.; S. SATTA, *Iura novit curia*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1955, 380 ss..

²⁹⁶ "Il giudice amministrativo è vincolato alle indicazioni delle norme di legge che il ricorrente deve compiere, nel senso che egli può valutare solo alla luce di queste, la fattispecie esposta nel ricorso, e, in questo si vede comunemente una limitazione all'applicazione del principio *iura novit curia*", A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo*, cit., 215; "l'oggetto del contendere rimane immutabilmente

violata e il giudizio amministrativo dovrebbe allora intendersi come un giudizio in cui la soddisfazione del *petitum* (l'annullamento dell'atto impugnato) è necessariamente connessa alla fondatezza della *causa petendi*²⁹⁷.

Il sindacato di legittimità si risolverebbe quindi in un accertamento, limitato dai motivi di ricorso, dei fatti rappresentati dal ricorrente e della violazione delle sole norme indicate²⁹⁸.

Secondo una diversa e meno rigida impostazione, invece, il giudice amministrativo sarebbe tenuto, proprio in forza del principio *iura novit curia*, a verificare la pertinenza e l'eshaustività delle norme ritenute violate e indicate dal ricorrente nell'atto introduttivo proprio al fine di individuare l'intera fattispecie normativa applicabile a fronte della quale verificare la legittimità del provvedimento impugnato²⁹⁹.

Come già accennato in apertura del presente capitolo, però, un'applicazione incondizionata del principio *iura novit curia* potrebbe giustificare, di fatto, un

fissato dall'atto introduttivo del giudizio, con una tale rigida preclusione, quale non trova forse riscontro in alcun tipo di processo", F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, cit., 47.

²⁹⁷ Quasi testualmente M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, spec. 303 e A. PIZZORUSSO, *Iura novit curia*, in *Enc.giur.*, 1990, 3.

²⁹⁸ "È rinvenibile la violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato nel caso in cui il Tar (...) ritenga di valorizzare due schede elettorali che erano state annullate per ragioni completamente diverse da quelle dedotte dal ricorrente e con una motivazione del tutto estranea a quella che aveva formato oggetto del ricorso", Cons. St., sez. V, 30.6.2003, n. 3865, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1918; "è viziata da ultrapetizione la sentenza con la quale il giudice ha accolto il motivo della mancata indicazione dei termini di inizio e compimento delle espropriazioni e dei lavori, mentre la parte aveva lamentato esclusivamente la mancanza dei termini d'inizio dei lavori", Cons. St., sez. V, 8.6.2000, n. 3246, in *Foro amm.*, 2000, 2114.

²⁹⁹ "Pur avendo ben presente il tramonto di ogni visione ingenuamente illuminista e sul ruolo meramente dichiarativo della funzione giurisdizionale (...) pur considerando sempre utile e consigliabile la cooperazione istruttoria sul piano delle allegazioni normative, nonostante tutto ciò, resta di tutta evidenza che permane integro sul giudicante l'obbligo di ricercare le norme applicabili al caso concreto ovvero quello di verificare se quelle indicate dalla parte (anche pubblica) siano davvero pertinenti, valide ed efficaci", G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia (ovvero considerazioni critiche su una peculiare lettura del principio iura novit curia operata dal Consiglio di Stato)*, in *www.giurcost.org*; 2008 "il brocardo esprime la regola in base alla quale, anche nei processi ispirati al principio dispositivo (...) il giudice ha il potere-dovere di individuare, anche di sua iniziativa e di applicare ai fatti dedotti ed accertati le norme giuridiche che, secondo il diritto vigente ed in base alle regole sull'efficacia della legge nello spazio e nel tempo, debbono disciplinare i fatti stessi", A. PIZZORUSSO, *Iura novit curia*, in *Enc.giur.*, 1990, 2.

controllo generale di legittimità sul provvedimento, che resta invece evidentemente precluso al giudice amministrativo, il quale in ogni caso deve attenersi al complesso delle censure indicate nei motivi di parte.

Le due tesi appena esposte vanno quindi temperate.

A tale fine, occorre dunque individuare fino a che punto i motivi di parte impediscano al giudice di verificare la legittimità del provvedimento anche alla stregua di norme non individuate dal ricorrente e, parallelamente, in quale misura il giudice può integrare le censure indicate nell'atto introduttivo, senza pronunciare una decisione esorbitante rispetto alla pretesa della parte e quindi rispettando il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

La giurisprudenza amministrativa, decisamente prevalente nel riconoscere sul punto una certa libertà al giudice, sembra individuare il punto di equilibrio - tra il limite derivante dai motivi di ricorso e il dovere del giudice di individuare e applicare le norme pertinenti - nella "specificità normativa" dei motivi che però, si badi, può anche essere non esaustiva³⁰⁰.

Più precisamente, qualora attraverso i motivi, il ricorrente abbia reperito e

³⁰⁰ "I motivi di gravame possono essere considerati muniti di adeguata consistenza e specificazione quando indicano le ragioni che vengono poste a base di siffatte conclusioni e danno dimostrazione secondo l'intendimento del ricorrente (...) delle norme che le giustificano, fermo restando che, in presenza di motivi generici, non può essere invocato il principio *iura novit curia*, perché la conoscenza che il giudice ha e deve avere delle norme dell'ordinamento non esonera il ricorrente dallo specificare adeguatamente le sue richieste, né il principio può essere interpretato nel senso che il giudice debba prestare la sua opera ovviando con la sua attività all'incapacità delle parti di reperire un qualunque fondamento per le loro pretese", TAR Sicilia, Catania, sez. III, 7.3.2012, n. 581, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1016 e, in termini sostanzialmente coincidenti, Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 10.11.2011, n. 2072, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2716; Cons. St., sez. V, 8.2.2011, n. 854, in *Guida al diritto*, 2011, 95; TAR Basilicata, Potenza, sez. I, 5.3.2010, n. 100, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1037; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 4.6.2009, n. 1356, in *Foro amm. TAR*, 2009, 1882; Cons. St., sez. II, 24.10.2007, n. 1677, in *Foro amm. CDS*, 2007, 2891; TAR Abruzzo, L'Aquila, 4.10.2006, n. 758, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3275; TAR Campania, Napoli, sez. III, 11.9.2006, n. 8034, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3017; Cons. St., sez. V, 13.7.2006, n. 4419, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2185; Cons. St., sez. VI, 5.6.2006, n. 3341, in *dejure.it*; Cons. St., sez. IV, 22.11.2004, n. 7621, in *Foro amm. CDS*, 2004, 3197; TAR Sicilia, Catania, sez. II, 31.12.1999, n. 2745, in *dejure.it*; Cons. St., sez. V, 3.6.1988, n. 374, in *Foro amm.*, 1988, 1720. "Non ha rilievo che la parte ricorrente non abbia esattamente individuato la normativa applicabile, perché, in presenza di una domanda sufficientemente delineata nei suoi aspetti sostanziali (...) incombe al Collegio l'obbligo di rinvenire il fondamento giuridico della pretesa, secondo il ben noto *iura novit curia*", TAR Emilia Romagna, Parma, 23.2.1982, n. 81, in *Foro amm.*, 1983, 414.

rappresentato il fondamento normativo della sua pretesa e dunque le puntuali prescrizioni o i principi che ritiene essere stati violati dall'amministrazione, allora il giudice potrà correggere eventuali indicazioni erranee degli articoli di legge, ma, soprattutto, individuare altresì altre norme da assumere come parametro di legittimità. Ciò che viene richiesto al ricorrente è di specificare le sue pretese anche in relazione al dato normativo (e non solo fattuale) e quindi, in sostanza, di prospettare la questione giuridica dalla quale ritiene desumibile la violazione di legge che inficia la legittimità del provvedimento impugnato.

Prospettare la questione giuridica nella sua essenzialità non significa però che il ricorrente debba anche individuare tutte e ciascuna norma che interessi la fattispecie.

Una volta verificata la specificità della questione giuridica indicata dal ricorrente, non si può ritenere precluso al giudice di ricercare d'ufficio e utilizzare anche norme non espressamente indicate nei motivi che siano però pertinenti alla questione sollevata dal ricorrente e che in ogni caso non comportino l'introduzione di nuove censure o lo stravolgimento di quelle prospettate³⁰¹.

Del resto, non sarebbe affatto ragionevole imporre al ricorrente di avere una piena conoscenza del contesto giuridico coinvolto nell'adozione del provvedimento anche perché ciò alimenterebbe il rischio che qualunque svista, o imprecisione, compiuta nel reperimento e nell'indicazione della normativa di riferimento si traduca in una negazione di tutela della parte³⁰².

³⁰¹ “L’opera di interpretazione non consiste soltanto nel rettificare le errate indicazioni da parte del ricorrente (...) o nel supplire alla mancanza o incompletezza di tali indicazioni (...) il giudice può e deve, addirittura, estrarre dal ricorso le fattispecie normative che, secondo il punto di vista del ricorrente, interessano la fattispecie”, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 1994, 284; “La necessità che il chiesto corrisponda al pronunciato non esclude che i giudici, civili o amministrativi, debbano interpretare le disposizioni sulle quali si fondino le domande o i ricorsi (...) e debbano altresì tenere conto di tutto il restante materiale normativo, suscettibile di incidere sulla fondatezza di quelle domande, così come prospettate”, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 62; “nell’ambito del profilo di illegittimità ritualmente dedotto a motivo di ricorso, il giudice può e deve, in virtù del principio *iura novit curia*, ricercare d’ufficio, a prescindere dalle prospettazioni e richieste delle parti, se e quale norma, eppertanto se la norma invocata dal ricorrente, od altra, sia applicabile”, F. LA VALLE, *In tema di ricorso incidentale avverso atto regolamentare presupposto*, in *Foro amm.*, 1967, 68.

³⁰² “Non è possibile pretendere che la parte (...) dia l’esatta definizione tecnico-giuridica dell’oggetto delle proprie domande, mentre spetta al giudice, in virtù del principio *iura novit curia*, trarre le conseguenze giuridiche della domanda di parte”, L. MONTESANO, *In tema di accertamento*

Consentire al giudice di individuare autonomamente le disposizioni rilevanti, pur mantenendosi nei limiti delle precise censure indicate in ricorso, permette invece di scongiurare un simile rischio e di assicurare una verifica effettiva della legittimità dell'atto impugnato.

Può quindi concludersi che i riferimenti normativi contenuti nei motivi di ricorso (oltre che essere requisiti necessari per la loro specificità, e quindi ammissibilità) vincolano il giudice solo nel senso in cui concorrono a formare la trama normativa che ritengono violata; ma è poi dovere del giudice sviluppare in modo esaustivo la trama pertinente alla questione specificata nelle censure.

4.5. L'irrilevanza dei vizi nell'accertamento della legittimità come considerazione di carattere generale

Il limite dei motivi di ricorso (cfr. paragrafi 4.1. e 4.2.) comporta quindi che il giudice non possa introdurre nel *thema decidendum* e nel *thema probandum* fatti non allegati dalle parti (par. 4.3) o utilizzare frammenti di normativa non evocati dalla sostanza delle censure proposte (par. 4.4.).

In ogni caso la questione di legittimità dell'atto impugnato viene vagliata e decisa senza che vengano in alcun modo in considerazione i vizi di legittimità.

Il giudice deve apprezzare le censure sollevate ed esercitare anche d'ufficio i poteri istruttori (inquadrando i fatti rappresentati in ricorso nella cornice normativa evocata dal ricorrente) conformandosi al diverso atteggiarsi dell'onere della prova di volta in volta gravante sulle parti.

Il sindacato svolto dal giudice in seguito alla proposizione di un ricorso per l'annullamento di un provvedimento è sempre un sindacato di legittimità, che si caratterizza però in ragione del fatto che è condotto con attenzione ai motivi e all'onere della prova di volta in volta gravante sulle parti, il quale onere è più o meno pieno in ragione del tipo di censura sollevata.

Quest'ultima considerazione consente di accennare ad una riflessione più generale sulla legittimità, che verrà poi sviluppata nel successivo capitolo 5.

In particolare, la legittimità si atteggia diversamente a seconda del contesto in cui rileva, ma in ogni caso non pare definibile con riferimento alla tripartizione degli stati

incidentale e di limiti del giudicato, in *Riv.dir.proc.*, 1951, 335.

vizianti.

Con riguardo alla legittimità rilevante nel processo amministrativo, si è visto che i motivi di ricorso e la regola dell'onere della prova (che ripartisce gli adempimenti istruttori tra giudice e parti) caratterizzano di volta in volta il sindacato giurisdizionale di legittimità e dimostrano che l'accertamento sia necessariamente correlato all'interesse concreto di cui è titolare il ricorrente e del quale egli assume la lesione.

Diversamente, la nozione di legittimità rilevante nell'esercizio dei poteri di autotutela si raccorda con un interesse pubblico specifico, che tale potere di riesame giustifica.

La legittimità è concepita ancora diversamente nel controllo di legittimità in senso proprio, in quanto, in tale sede, la legittimità non si raccorda né ad una posizione giuridica soggettiva, né ad un interesse pubblico, bensì è assunta come valore assoluto, non sostenuto da altro interesse che non sia a quello all'osservanza della legge³⁰³.

Tutto ciò comporta l'impossibilità di individuare una nozione unitaria di legittimità, ed anzi la necessità di intenderla come un concetto suscettibile di comprendere in sé diversi significati, perché essa assume un contenuto differente a seconda del contesto - giurisdizionale, di autotutela o di controllo amministrativo - in cui è valutata e in base ai limiti che, in ognuno di tali contesti, vengono in considerazione.

In nessuno di questi casi, evidentemente, viene in rilievo la tripartizione dei vizi di legittimità. Si è visto nel presente capitolo che la tripartizione dei vizi non viene considerata nel sindacato giurisdizionale di legittimità; parimenti non è utile per verificare la legittimità dei provvedimenti nell'esercizio dei poteri di autotutela, ove l'accertamento della legittimità coincide con il riesame dei presupposti del provvedimento, condotto in uno con il perseguimento dell'interesse pubblico; neppure pare utile per verificare la legittimità in sede di controllo, dove l'accertamento della legittimità si sostanzia con la verifica di conformità del provvedimento con l'insieme della normativa di riferimento, a prescindere dalla tipologia di vizio astrattamente configurabile.

Si crede quindi che la conclusione dell'atipicità dei vizi debba valere in termini generali e non solo con riferimento alla sede, giurisdizionale, che si è scelto di approfondire maggiormente, essendo stato questo il contesto in cui i vizi sono stati concretizzati.

³⁰³ F. TRIMARCHI BANFI, *Il controllo di legittimità*, cit., spec. 11.

5. VIZI DI LEGITTIMITÀ, SINDACATO GIURISDIZIONALE AMMINISTRATIVO E LEGITTIMITÀ: CONCLUSIONI

SOMMARIO: 5.1. L'impatto della tipicità dei vizi sulla legittimità e sul sindacato di legittimità. – 5.1.1. *Sull'inadeguatezza della tipicità dei vizi a definire i confini della legittimità rispetto al merito amministrativo.* – 5.1.2. *Sull'inadeguatezza della tipicità dei vizi a illustrare diverse tipologie di sindacato o diversi effetti discendenti dalla sentenza di annullamento.* - 5.1.3. *Sull'inadeguatezza della tipicità dei vizi a concretizzare le censure proposte dal ricorrente e a conformare il riparto dell'onere probatorio e i poteri del giudice amministrativo.* - 5.2. Conclusioni: la tipicità dei vizi di legittimità come mero retaggio della tradizione storica del diritto amministrativo; la atipicità dei vizi come ulteriore conferma dell'attuale definizione dell'oggetto del giudizio amministrativo e come principio valido in ogni contesto, non solo quello giurisdizionale, in cui venga in rilievo una questione di legittimità di un provvedimento amministrativo.

5.1. L'impatto della tipicità dei vizi sulla legittimità e sul sindacato di legittimità

Il percorso fino ad ora svolto - in cui si è evidenziata la eguale rilevanza dei vizi, l'equivalenza degli stessi³⁰⁴ sia da un punto di vista sostanziale che sotto il profilo

³⁰⁴ L'equivalenza giuridica dei vizi viene indicata come principio fondamentale in materia di legittimità da G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 229.

processuale - consente di negare che una tipica classificazione dei vizi di legittimità possa avere qualche utilità concreta diversa da quella della mera pratica argomentativa forense e giudiziaria.

La tripartizione dei vizi pare anzi essere semplicemente un repertorio di argomenti³⁰⁵ cui le parti e il giudice attingono per argomentare i rispettivi atti e per sostenere o negare la legittimità dei provvedimenti.

La tripartizione dei vizi di legittimità, infatti, in primo luogo, non risulta essere (o almeno, non risulta essere più) elemento sufficiente al fine di definire la legittimità del provvedimento amministrativo e il discrimine tra legittimità e merito, ovvero di individuare i confini entro i quali l'azione amministrativa è suscettibile di essere sindacata in sede di legittimità (cfr. successivo par. 5.1.1.).

Così analogamente, la tripartizione dei vizi non è, e non può essere, a meno di contrastare il dettato costituzionale, indicativa di diverse tipologie di sindacati, o di differenti effetti che a questi ultimi seguono.

Inoltre, una simile funzione, in base ai ragionamenti che sono stati svolti in relazione all'art. 113 Cost., non può essere attribuita neppure alla bipartizione tra vizi invalidanti e non invalidanti di cui all'art. 21 *octies*, comma secondo, della legge n. 241/1990 (cfr. successivo par. 5.1.2.).

I vizi tradizionalmente intesi, non sono, infine, neppure elemento utile per l'individuazione concreta delle censure prospettate in giudizio o per la definizione di un preciso riparto dell'onere probatorio.

Sono del tutto indipendenti dai vizi di legittimità anche i poteri istruttori e decisorii spettanti di volta in volta al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità (cfr. successivo par. 5.1.3.).

Concludere per una generale inadeguatezza della tipicità dei vizi ad assumere alcun rilievo giuridico comporta la necessità di superare la tripartizione degli stati viziati del provvedimento, che resta mero retaggio della tradizione storica del diritto amministrativo e concludere invece per la loro atipicità che, da un lato, conferma l'impostazione secondo cui l'oggetto del giudizio di legittimità va inteso in una prospettiva ben più ampia di quella relativa all'atto impugnato e, dall'altro lato, più in

³⁰⁵ L'espressione è stata utilizzata con riferimento alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere da L. COEN, *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa. Principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*, Torino, 1998, 41; A. ANDREANI, *La motivazione della sentenza amministrativa*, in *Dir.proc.amm.*, 1986, 5 ss..

generale, suggerisce di concepire la legittimità dei provvedimenti amministrativi come un istituto che non è definibile con una nozione unitaria perché esso in concreto varia, sempre restando disancorato dalla tipizzazione degli stati vizianti, a seconda delle peculiarità del contesto in cui di volta in volta viene considerata.

5.1.1. Sull'inadeguatezza della tipicità dei vizi a definire i confini della legittimità rispetto al merito amministrativo.

L'atipicità dei vizi di legittimità porta innanzitutto a dover eliminare le figure sintomatiche, in cui era concretizzato l'eccesso di potere, dal novero dei parametri (formali) utili per verificare il rispetto dei confini del potere giurisdizionale del giudice amministrativo.

Non è più sufficiente e tantomeno virtuoso definire i limiti dell'ambito suscettibile di essere sindacato in sede di legittimità riferendosi alle figure sintomatiche quali l'illogicità o l'irragionevolezza del provvedimento, anche perché occorre prendere atto del fatto che nella legge si trovano codificati alcuni principi che, seppur attengano al merito amministrativo, dovrebbero anch'essi costituire, per il giudice, un parametro per accertare la legittimità del provvedimento.

Si è infatti potuto precedentemente verificare che la violazione di legge risulta essere il vizio onnicomprensivo di tutte le ipotesi di illegittimità che in concreto possono verificarsi ed è possibile ricomprendere nella locuzione violazione di legge anche le ipotesi di illegittimità che derivano dalla violazione di principi generali.

In particolare, considerati quali sono i principi enunciati dalla legge, è stata posta l'attenzione sulla difficoltà di affermare che la violazione di legge, almeno da un punto di vista formale, non possa includere anche casi in cui vengono violati principi attinenti al merito amministrativo.

Quindi non pare surreale affermare che anche il merito, in quanto parzialmente normativizzato, sia divenuto astrattamente sindacabile, seppur in via indiretta, ossia non attraverso la negazione del principio che impedisce al giudice di sostituirsi all'amministrazione in sede di giurisdizione generale di legittimità, bensì perché di fatto risultano giuridicizzati anche i principi che lo governano.

A ciò consegue la difficoltà di far convivere, da un lato, la possibilità per il giudice di verificare la violazione di norme di principio nell'ambito del sindacato di legittimità e, dall'altro, il suo divieto di esercitare un sindacato sostitutivo degli apprezzamenti

amministrativi.

Per cui pare difficile che, in concreto, il giudice a cui sia stata prospettata la violazione di un principio attinente anche all'opportunità dell'atto, resti nondimeno del tutto estraneo ai profili di merito dell'atto.

Quindi, non solo la tripartizione dei vizi si rileva ormai uno strumento inadeguato a definire i confini esistetti tra legittimità e merito, ma quest'ultimo, tradizionalmente ritenuto *limite generale* al sindacato di legittimità, come tale invalicabile dal giudice amministrativo, non pare essere più, come già più volte ripetuto dalla dottrina³⁰⁶, un certo confine del sindacato di legittimità ed anzi un'interpretazione rigorosa dei testi normativi pare impedire che l'opportunità possa restare profilo sottratto al sindacato giurisdizionale di legittimità.

Sempre più spesso, infatti, l'insindacabilità del merito amministrativo nello *svolgimento del sindacato* di legittimità resta una pura tautologia, un limite sostanzialmente fittizio, almeno nei casi in cui la verifica, da parte del giudice amministrativo in sede di legittimità, della violazione di un principio codificato costituisce un'ingerenza giurisdizionale nel merito amministrativo.

A fronte dell'asserita violazione di un principio contiguo al merito amministrativo, la recente giurisprudenza dimostra infatti di rispettare il limite dell'insindacabilità del merito (o perché nega in radice di poter esaminare un motivo di ricorso proprio in quanto attinente alla convenienza dell'atto, o) perché in ogni caso, e questo è il profilo a cui si crede vada posta maggior attenzione, all'esito del sindacato svolto e delle motivazioni rese, mantiene *il dispositivo della sentenza* entro i confini della legittimità e dunque rifugge dal sostituirsi all'azione amministrativa.

In sostanza, ci sono casi in cui i giudici dimostrano di avere piena consapevolezza della inevitabile ingerenza in profili di merito nello svolgimento del loro sindacato, ma

³⁰⁶ E. CAPACCIOLI, *Prospettive recenti sul merito amministrativo*, in *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali*, Convegno organizzato dal Centro Italiano di Studi Amministrativi (L'Aquila 12-13 ottobre 1979), Milano, 1979, 1372; F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali*, cit., 1379; G. CORAGGIO, *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali*, in *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali*, cit., 1391; E. FOLLIERI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali*, cit., 1445; SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, spec. 16; F. M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, 184; G. CARUSO, *Merito insindacabile e giudice amministrativo (note a margine di una codificazione "leggera")*, in www.lexitalia.it, novembre 2009.

rispettano questo limite solo in quanto mantengono il dispositivo entro la declaratoria di annullamento.

Ad esempio, in tema di affidamento di incarichi direttivi a magistrati da parte del Consiglio Superiore della Magistratura, accade sovente che il giudice amministrativo avanti al quale sia impugnata la delibera di affidamento dell'incarico, ne pronunci l'illegittimità sulla base di illogicità attinenti all'applicazione, all'utilizzo concreto, dei criteri adottati per la selezione e utilizzati per comparare le posizioni dei soggetti candidati.

In particolare, ciò che è significativo ai fini del presente discorso in pronunce di questo tenore, è che in esse i giudici amministrativi si esprimono di fatto sulla sufficienza o meno di taluni elementi a integrare i requisiti indicati dai criteri di selezione.

Il Consiglio di Stato, ad esempio, ha annullato una delibera del CSM di affidamento di un incarico sostenendo che alcuni determinati *“elementi (ovvero la versatilità di esperienze del candidato prescelto) fossero di per sé sufficienti a fondare un giudizio di recessività della posizione dell'appellante, il quale poteva vantare una indubbia maggiore esperienza specifica in relazione all'incarico da assegnare”*³⁰⁷.

In un'altra pronuncia, è stata confermata una sentenza di primo grado che aveva annullato (correttamente, secondo il Consiglio di Stato) una delibera di avanzamento in grado di un appartenente alle forze armate, sulla base di argomentazioni esclusivamente attinenti ai *curricula* dei candidati (ricorrente e controinteressato): *“in relazione all'attitudine a ricoprire incarichi di grado superiore, non può sottacersi il fatto che il (dott. A) ha svolto l'incarico di capo Ufficio Amministrazione della Brigata Garibaldi, che, com'è noto, è un'articolazione territoriale dell'Esercito di notevolissima importanza per essere utilizzata con funzioni operative, sui fronti di particolare conflittualità. Ora, anche a volere convenire per una sostanziale parità tra i due candidati in ordine ad altri elementi di valutazione, come i corsi e le onorificenze, non può negarsi che con riferimento al parametro di giudizio costituito dalle qualità professionali <stricto sensu>, il (dott. A), per i compiti espletati e gli incarichi svolti può vantare titoli aventi una maggiore, significativa valenza rispetto a quelli in possesso del (dott. B)”*³⁰⁸.

³⁰⁷ Cons. St., sez. IV, 28.3.2011, n. 1880, in www.giustiziaamministrativa.it. Per un commento alla pronuncia, A. AULETTA, *Sulla piena sindacabilità dei provvedimenti del CSM sulla carriera dei magistrati ordinari e sull'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Nel Diritto*, n. 5/2012.

³⁰⁸ Cons. St., sez. IV, 1.8.2012, n. 4411, in *Foro amm. CDS*, 2012, 1917 ss..

Evidentemente in questi casi, con lo scopo di verificare il rispetto del fine istituzionale da parte dell'amministrazione, ossia quello di individuare i candidati dotati del profilo oggettivamente migliore, il giudice amministrativo valuta la legittimità dei provvedimenti ingerendosi pienamente nel merito delle valutazioni compiute dall'amministrazione.

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi in relazione al rispetto dei limiti della giurisdizione amministrativa, ha sancito la correttezza di simili percorsi argomentativi. Più in particolare, la Corte ha escluso che il giudice amministrativo incorra in un eccesso di potere giurisdizionale ogni qual volta la pronuncia di annullamento "*non pregiudichi le ulteriori determinazioni che l'Amministrazione assumerà*", ossia purché il giudice amministrativo mantenga il dispositivo entro le maglie dell'annullamento e "*la decisione finale non esprima la volontà di sostituirsi all'amministrazione*"³⁰⁹, a nulla rilevando che nella motivazione sia stato però di fatto ripercorso e censurato il merito amministrativo.

Le Sezioni Unite hanno infatti chiarito che, qualora nella sentenza amministrativa vi siano frammenti che appaiano esprimere una qualche ingerenza nel merito amministrativo, questi "*devono essere comunque letti nel contesto complessivo della decisione stessa, non potendo la verifica dell'inosservanza dei limiti (di giurisdizione) essere incentrata soltanto su singole espressioni estrapolate dal contesto argomentativo della decisione*"³¹⁰.

La Suprema Corte afferma quindi, quasi tautologicamente, che il merito amministrativo non può dirsi sindacato e quindi deve escludersi un eccesso di potere giurisdizionale tutte le volte che il giudice amministrativo "*lascia (all'amministrazione) aperto ogni spazio nella determinazione del contenuto di una nuova eventuale successiva delibera e non affetta da analogo vizio*"³¹¹.

Come a dire che il merito amministrativo può essere di fatto indagato e "discusso" nell'argomentazione della sentenza purché non si traduca in una concreta sostituzione della decisione giurisdizionale a quella amministrativa e purché quindi la motivazione determini un dispositivo di mero annullamento che tenga fermi i seguiti

³⁰⁹ Cass.civ., SS.UU., 8.3.2012, n. 3622, in *Guida al diritto*, 2012, 51 e Cass.civ., SS.UU., 9.11.2011, n. 23302, in *Foro amm. CDS*, 2011, 3628.

³¹⁰ Cass.civ., SS.UU., 22.5.2012, n. 8071, in *Giust.civ.Mass.*, 2012, 651 ss..

³¹¹ Cass.civ., SS.UU., n. 8071/2012, cit..

amministrativi³¹².

In altre parole, è la salvaguardia dell'effetto conformativo conseguente alla pronuncia di annullamento che viene quindi elevata a garanzia del rispetto dell'insindacabilità del merito, a prescindere dalla tipica definizione dei vizi di legittimità.

Neppure la Corte di Cassazione, che è il giudice della giurisdizione, utilizza più riferimenti a illogicità, difetti di proporzionalità o irragionevolezza del provvedimento per indicare quelle ipotesi di illegittimità che, seppur apparentemente ibride, restano estranee al merito amministrativo e quindi sono suscettibili di essere sindacate; solo ha cura di verificare che la pronuncia non abbia un tenore tale da vincolare la futura attività amministrativa anche con riguardo all'opportunità dell'atto³¹³.

Sia o meno discutibile, sembra che l'indicazione della giurisprudenza nella definizione dei confini e dei limiti del sindacato di legittimità, sia quella di concentrare l'attenzione sugli effetti della sentenza, in particolare su quello conformativo-preclusivo, piuttosto che continuare ad assumere l'eccesso di potere come vizio autonomo e funzionale a distinguere le ipotesi di illegittimità da quelle di mera inopportunità.

Fino a che una pronuncia resa all'esito di un giudizio di annullamento non comporta un vincolo relativo all'opportunità della futura azione amministrativa, il limite del merito, secondo le indicazioni del giudice della giurisdizione, dovrebbe considerarsi rispettato.

E' chiara però l'incertezza che può derivare da un simile ragionamento, almeno sotto due profili.

Da un lato, infatti, finisce per attribuire alla *giustificazione* della sentenza costitutiva, più che alla *ragione effettiva* della pronuncia³¹⁴, la funzione di delineare i confini della

³¹² Cons. St., sez. VI, 23.5.2011, n. 3107, in *Foro amm. CDS*, 2011, 1663.

³¹³ In generale sull'intervento della Corte di Cassazione nella definizione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, V. CAIANELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur.it.*, 1977, IV, 23 ss.; B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss..

³¹⁴ Analizza la motivazione della sentenza distinguendo approfonditamente il criterio di decisione c.d. *context of discovery*, ovvero "il procedimento che conduce a formulare una determinata soluzione ad un problema", dal criterio di giustificazione della decisione c.d. *context of justification*, che rappresenta invece il procedimento diretto a dimostrare, giustificandola, la validità della soluzione adottata" L. COEN, *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa. Principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*, cit., 9 ss., che a sua volta recepisce la tesi di G. ZAGREBELSKY, *La*

legittimità e il valore di una garanzia sul rispetto dell'insindacabilità del merito, senza considerare però che anche la motivazione è naturale parametro degli effetti della decisione giurisdizionale amministrativa e, in ogni caso, degli effetti del giudicato.

Dall'altro lato, nonostante nella legge si trovino di frequente riferimenti all'opportunità dell'azione amministrativa, non è certo pacificamente superabile l'insindacabilità del merito, che è uno dei principi fondamentali che regola ed equilibra i rapporti tra potere amministrativo e potere giudiziario³¹⁵.

E' evidente, quindi, come oramai la tripartizione dei vizi non abbia più alcun ruolo nel tentativo di definire i confini della giurisdizione amministrativa di legittimità, i quali vengono infatti delineati dalla Corte di Cassazione unicamente attraverso la verifica della flessibilità, o meglio, dell'ampiezza dell'effetto conformativo della decisione giurisdizionale amministrativa.

Pare quindi che al giudice amministrativo tutto sia concesso nell'esame di un provvedimento in sede di legittimità, purché la sua pronuncia non costituisca e non provochi una sostituzione giurisdizionale all'azione amministrativa³¹⁶.

Occorre infine rilevare che le argomentazioni della giurisprudenza amministrativa e della Corte di Cassazione, con cui di fatto vengono ammesse invasioni giurisdizionali nel merito amministrativo purché queste restino estranee all'effetto conformativo della sentenza, presuppongono in ogni caso la volontà di mantenere una distinzione netta, da un lato, tra legittimità e vizi di legittimità e, dall'altro, tra merito e vizi di merito.

giustizia costituzionale, Bologna, 1988, nuova ed., spec. 157. Distingue il profilo euristico della sentenza da quello giustificativo, ma in relazione alle pronunce del giudice ordinario, anche M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, spec. 214.

³¹⁵ Già anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 205/2000 in dottrina era stata colta l'eventualità che il merito potesse essere anch'esso oggetto del sindacato di legittimità, P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito. Cause di nullità ed irregolarità*, cit., spec. 341 ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., spec. 330 ss..

³¹⁶ In dottrina è stata invece sostenuta la superabilità della nozione di giurisdizione di merito in ragione del fatto che le potenzialità di tutela proprie del giudizio di merito sono le stesse ora raggiungibili anche in sede di legittimità. E' stato ad esempio sostenuto che "con i soli poteri istruttori spettanti al giudice di legittimità, sempre che siano usati appieno, si possono raggiungere gli stessi risultati" conseguibili in sede di giurisdizione di merito, F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, cit., spec. 1378. In termini analoghi anche M. MAZZAMUTO, *Commento all'art. 134 c.p.a.*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di A. QUARANTA – V. LOPILATO, Milano, 2011, spec. 1094.

E quindi in un certo senso possono essere accettate solo se si condivide la premessa di questo ragionamento³¹⁷.

Potrebbe invece anche ritenersi, secondo una diversa e più ampia prospettiva, che i vizi di merito possano comunque rientrare nell'ambito del sindacato di mera legittimità non solo in quanto integranti un vizio di legittimità derivante dalla violazione di una norma di principio, bensì, ancor prima, direttamente in ragione del divieto di limitazioni di tutela di cui all'art. 113 Cost.³¹⁸.

In questo caso, però, come già poc' anzi osservato, i confini del potere giurisdizionale esercitabile in sede di legittimità risulterebbero stravolti nel senso di un decisivo ampliamento e si porrebbero di conseguenza questioni sia in ordine alla coesistenza della giurisdizione di legittimità con quella di merito, che in relazione al principio di separazione dei poteri³¹⁹.

³¹⁷ “La verità delle conclusioni sta nella premessa del discorso, che non è possibile giustificare e la cui trama è intrecciata da riferimenti normativi strettamente embricati con i valori del tempo presente. La verità accertata perdura fino a quando si mantiene la premessa.”, G. ROMEO, *La retorica nella giurisprudenza amministrativa, ovvero dell'arte di argomentare bene, senza convincere*, in *Dir.proc.amm.*, 2011, 963.

³¹⁸ “Se, infatti, motivi di merito fossero configurabili, oltre che in procedimenti interni all'amministrazione come i ricorsi gerarchici o in opposizione, anche in alcuni procedimenti giurisdizionali, si avrebbe, per certi atti o categorie di atti, una disciplina dei mezzi d'impugnazione più favorevole (per il ricorrente) di quella generale, che non prevede la rilevanza dei vizi di merito. (...) Ora, configurare un vizio, astrattamente riferibile a tutti i provvedimenti discrezionali, come causa di invalidità solo per alcune categorie di essi equivale a porre limitazioni dei mezzi d'impugnazione, in contrasto con l'art. 113 cost. La rilevanza dei vizi di merito dovrebbe, quindi, estendersi a tutta la giurisdizione, con la conseguenza di annullare ogni spazio riservato alla discrezionalità dell'amministrazione e sopprimere quel nucleo di poteri di indirizzo politico, previsto dall'art. 95 cost., che appare delimitabile ma non eliminabile dalla legislazione ordinaria”, G. VACIRCA, *Cenni storici e profili problematici*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, maggio 2008. Sulla possibile interferenza tra vizi di legittimità e vizi di merito già A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, cit., spec. 107-108-109. Più in generale, sull'impatto dell'art. 113 Cost. in relazione alla coesistenza di giurisdizione amministrativa di legittimità e giurisdizione amministrativa di merito, U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1969, 499 ss., spec. 526.

³¹⁹ Per un approfondimento della relazione tra l'ampiezza del potere giurisdizionale amministrativo e il principio di separazione dei poteri, G. TROPEA, *L'ibrido “fiore della conciliazione”: nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*”, in *Dir.proc.amm.*, 2011, 965 ss..

5.1.2. Sull'inadeguatezza della tipicità dei vizi a illustrare diverse tipologie di sindacato o diversi effetti discendenti dalla sentenza di annullamento.

Oltre che non essere indice utile per definire i confini della legittimità rispetto al merito amministrativo, la tipicità dei vizi non è strumento virtuoso neppure per indicare diverse tipologie di sindacato.

Si è già detto infatti che l'art. 113 Cost. vieta anzi che, al variare del vizio prospettato, possa variare il sindacato di legittimità svolto dal giudice amministrativo. L'art. 113 Cost. non permette di individuare diverse tipologie di sindacato neppure in relazione alla distinzione tra vizi invalidanti e non invalidanti di cui all'art. 21 *octies*, comma secondo, della legge n. 241/1990 che anzi si ritiene contrastante con il principio di non limitabilità della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della Pubblica Amministrazione.

Vero è che, pur nell'ambito dell'unico sindacato di legittimità configurabile, il ragionamento e le operazioni concretamente poste in essere dal giudice per verificare la legittimità di un provvedimento sono per natura diverse in ogni fattispecie e, specularmente, in talune ipotesi possono ripetersi in modo simile.

E' vero anche che ogni volta che al giudice viene chiesta una particolare decisione, ad esempio relativa alla proporzionalità dell'azione amministrativa, esso procederà a verificarla attraverso un percorso e un ragionamento del tutto diversi rispetto ai casi in cui gli si chieda di accertare la violazione di una norma di dettaglio.

Ma ciò non dipende dalla tipica qualificazione con la quale vengono definiti i vizi di legittimità ed anzi può essere compreso del tutto indipendentemente dalla standardizzazione di stati vizianti del provvedimento.

Anche gli effetti che seguono alla pronuncia conclusiva di un sindacato di legittimità sono astrattamente sempre i medesimi, ma in concreto sempre (almeno parzialmente) differenti. Ma anche tali effetti non sono mai dipendenti dai vizi prospettati, bensì dalle censure proposte.

La modulazione e l'ampiezza degli effetti della sentenza di annullamento dipendono quindi esclusivamente dai motivi di ricorso complessivamente interpretati e quindi contestualizzati nei fatti di causa³²⁰.

³²⁰ Osserva che è "sempre identico l'effetto, di annullamento, della decisione indipendentemente dal motivo accolto e rilevando tutt'al più la motivazione della pronuncia ai fini della successiva attività amministrativa", G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., spec. 161; in

Identificare ciascun vizio come causa di ben determinati e diversi effetti delle decisioni giurisdizionali amministrative di annullamento non corrisponderebbe a verità.

E' evidente che da questo punto di vista l'unica distinzione operabile è semmai quella tra illegittimità formali (invalidanti) e illegittimità sostanziali³²¹.

Qualora infatti l'annullamento sia intervenuto per ragioni di illegittimità di natura formale, allora l'effetto conformativo seguente non impedirà all'amministrazione, nell'esercizio della sua futura azione, di adottare un provvedimento sostanzialmente identico a quello caducato.

Viceversa, laddove invece l'annullamento intervenga a seguito dell'accertamento di un'illegittimità di natura sostanziale, l'effetto conformativo vincolerà l'amministrazione a non adottare alcun provvedimento o in ogni caso ad adottarne uno sostanzialmente differente.

In ogni caso, anche in ragione dell'eterogeneità del contenuto concreto dell'effetto conformativo, non risulta operabile alcuna netta distinzione che possa essere giustificata in relazione a determinati vizi.

In conclusione, la tipica tripartizione sostanziale dei vizi, così come la bipartizione di rilievo processuale tra vizi invalidanti e non invalidanti posta dal secondo comma dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990, non sono strumenti utili neppure per descrivere diverse modalità di accertamento dell'illegittimità o diversi effetti seguenti alla sentenza di annullamento. Gli effetti conformativo e ripristinatorio si modulano infatti in ragione della violazione del dato normativo rilevante nel caso di specie e secondo le circostanze e modalità con cui tale violazione si è verificata.

Potrebbe quindi essere utile approfondire gli effetti della sentenza amministrativa di annullamento e, in particolare, gli effetti del giudicato per chiarire ulteriormente l'illegittimità che rileva nel contesto processuale e per verificare se è possibile dedurre diverse ragioni di annullamento, dai diversi effetti in concreto spiegati della decisione giurisdizionale amministrativa.

5.1.3. Sull'inadeguatezza della tipicità dei vizi a concretizzare le censure proposte

termini sostanzialmente coincidenti anche M. CLARICH, *op.ult.cit.*, 478.

³²¹ Non ci si riferisce alla distinzione tra vizi formali invalidanti e non invalidanti dell'art. 21 *octies*, comma secondo, l. n. 241/1990, bensì, in generale, alla distinzione tra vizi formali e sostanziali.

dal ricorrente e a conformare il riparto dell'onere probatorio e i poteri del giudice amministrativo

Infine, la distinzione dei diversi vizi di legittimità è ininfluyente anche in ordine alla necessaria specificità ed ammissibilità dei motivi di ricorso e alla incidenza di questi ultimi sui poteri delle parti e del giudice.

In ragione dell'assenza di puntuali disposizioni legislative a riguardo e considerando quanto sul punto ha sostenuto costantemente la giurisprudenza, devono anzi considerarsi ammissibili i motivi di ricorso in cui il ricorrente non asserisce precisi vizi di legittimità, ma descrive, nel contesto dei fatti rilevanti, le ragioni per cui ritiene che l'amministrazione non abbia agito conformemente alla normativa di riferimento.

Esclusivamente sulla base di queste censure ed in conseguenza del loro esame, può determinarsi il peculiare riparto dell'onere della prova che dovrà guidare il giudice nell'accertamento della fondatezza dei motivi di ricorso.

L'interferenza tra motivi di ricorso, regole probatorie e poteri del giudice, o meglio, le regole che governano il rapporto tra questi istituti sono quelle che delincono il sindacato giurisdizionale effettivamente esercitabile.

I confini della legittimità risultano così delineati di volta in volta, nell'ambito del processo amministrativo, entro ciò che può ammissibilmente essere indicato nei motivi di ricorso e che deve essere provato dalla parte o indagato dal giudice.

Gli unici *limiti generali* al sindacato di legittimità risultano essere la *normativa* che disciplina l'azione amministrativa e che funge da parametro per l'accertamento giurisdizionale e l'impossibilità del giudice di pronunciare una sentenza che comporti una diretta sostituzione della pronuncia giurisdizionale alla decisione amministrativa.

Il *limite concreto* al sindacato deriva invece dai *motivi di ricorso* e dalla peculiare conformazione dell'onere probatorio e dei poteri del giudice che da essi consegue.

Il maggior rilievo riconosciuto ai motivi di ricorso rispetto alla sistematica dei vizi si spiega in considerazione del fatto che attraverso essi, che rappresentano il passaggio dalla realtà extraprocessuale a quella processuale, è possibile riferirsi alla situazione giuridica fatta valere in giudizio³²².

³²²“Il ricorso è un'azione a tutela di situazioni giuridiche soggettive e non uno strumento di controllo solo occasionalmente agganciato all'interesse”, L. IANNOTTA, *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo (dai motivi alla situazione fatta valere: l'interesse legittimo tra interesse di fatto, situazione giuridica uti civis, situazione giuridica personale*, in *Dir.proc.amm.*, 1988, spec. 355.

In altri termini, costituiscono lo strumento con il quale il ricorrente manifesta nel giudizio il proprio interesse legittimo³²³.

Ed infatti i fatti deducibili in giudizio dal ricorrente e conoscibili dal giudice dovrebbero essere solo quelli rilevanti per apprezzare la lesione dell'interesse fatto valere.

I motivi di ricorso non sono più quindi strettamente connessi all'atto in quanto veicolo per introdurre nel giudizio i vizi di legittimità del provvedimento³²⁴, bensì si correlano alla situazione giuridica soggettiva, identificandosi come *frammenti di un unico ordito*³²⁵ da interpretare complessivamente.

I vizi di legittimità quindi sono solo mezzi logici con i quali si costruisce il rapporto tra l'interesse legittimo meritevole di tutela e il provvedimento ritenuto lesivo.

Queste considerazioni evidenziano che la questione di legittimità di un provvedimento può sorgere - in sede processuale - solo in ragione della lesione dell'interesse personale fatto valere, ed anzi non può prescindere da essa³²⁶.

La valenza meramente descrittiva della articolazione dei vizi, ossia la loro sostanziale atipicità e la conseguente necessità di approfondire l'illegittimità che rileva nel processo amministrativo senza poterla astrarre dal tema della situazione giuridica fatta valere, dei motivi di ricorso e degli effetti della sentenza di annullamento, si crede possa rappresentare un'ulteriore conferma dell'attuale definizione dell'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità come oggetto complesso, che non può esaurirsi nella considerazione dall'atto impugnato³²⁷.

³²³ Descrive i motivi di ricorso come manifestazione processuale della posizione giuridica soggettiva e "mezzo per risalire all'intrinseca consistenza dell'interesse legittimo", L. IANNOTTA, *I motivi di ricorso*, cit., 357.

³²⁴ Risulta un'affermazione di estrema attualità quella secondo cui "la norma sui motivi di ricorso viene a perdere l'originario significato (...) e ciò si collega alla circostanza che la distinzione tra i vizi di legittimità a fronte della formulazione dell'art. 113 Cost. ha perso importanza", L. IANNOTTA, *I motivi di ricorso*, cit., 363.

³²⁵ Quasi testualmente M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, cit., 20.

³²⁶ G. BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, cit., spec. 24, nota 13; L. IANNOTTA, *I motivi di ricorso*, cit., 364.

³²⁷ E' nota l'evoluzione che ha caratterizzato la concezione relativa all'oggetto del processo amministrativo. Secondo il più risalente orientamento, che considerava esclusivamente l'oggetto formale della domanda, ossia il *petitum* immediato, l'oggetto del giudizio amministrativo veniva identificato con l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento. Per la descrizione di questa concezione, anche se con il fine di avanzare ad essa alcune obiezioni, M. NIGRO, *Giustizia*

La necessità di definire l'oggetto del processo avendo cura di riferirsi anche alla situazione soggettiva e quindi al rapporto tra le parti³²⁸ è stata solitamente accostata a significative novità legislative che si sono succedute negli ultimi anni (ad esempio la proponibilità in via autonoma dell'azione risarcitoria, il nuovo rito sul silenzio inadempimento, l'ampliamento e il potenziamento degli strumenti istruttori utilizzabili anche in sede di giurisdizione di legittimità, l'esperibilità dell'azione di adempimento) ma pare possa trovare una conferma ulteriore in relazione all'atipicità dei vizi di legittimità.

Questa prospettiva permette allora di sostenere il venir meno del concetto di legittimità in termini assoluti. Infatti, con riferimento al controllo giurisdizionale, essa coinvolge necessariamente anche una situazione soggettiva e va valutata in funzione del pregiudizio arrecato alla detta situazione³²⁹.

5.2. Conclusioni: la tipicità dei vizi di legittimità come mero retaggio della

amministrativa, III ed., Bologna, 1983, spec. 293 e ss. e *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, cit., 20 e A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, cit., 53 ss.. La tesi che risulta oggi trovare maggiore consenso, anche in giurisprudenza, è quella secondo cui la graduale trasformazione del processo amministrativo ha portato ad identificarne il relativo oggetto nel rapporto controverso sul quale ha inciso il provvedimento, ossia tra amministrazione e amministrato: tra i primi, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., spec. 140 e 582. Pur con un approccio del tutto differente in ordine agli effetti derivanti dal giudicato della sentenza di annullamento, anche E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in *Il processo amministrativo (scritti in onore di G. Miele)*, Milano, 1979, spec. 217 e ss.. In giurisprudenza, Cons. St., Ad. Plen., 23.3.2011, n. 3, in *Foro amm. CDS*, 2011, 826 ss.; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 20.11.2006, n. 9983, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3626 ss.; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 4.5.2005, n. 760, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1653 ss.; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 13.6.2005, n. 394, in *dejure.it*.

³²⁸ Per un approfondimento sulla necessaria parità delle parti, privato e amministrazione, anche nel giudizio amministrativo, L. MAZZAROLLI, *Il processo amministrativo come processo di parti*, cit., 471; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2013, 100 ss.; V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2001, 859 ss.; G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità delle parti. La svolta della Plenaria. Nota a Adunanza Plenaria 10 novembre 2008, n. 11*, in *Riv.giur.edilizia*, 2008, 1423 ss.; M. MENGOZZI, *La riforma dell'art. 111 Cost. e il processo amministrativo*, in *Giur.cost.*, 2003, 2487 ss..

³²⁹ In passato, attenta dottrina ha infatti puntualmente osservato che la realtà complessiva dell'atto, inclusa la sua legittimità, è "irrelevante e rilevante a seconda del soggetto che ne è colpito e va valutata in funzione del pregiudizio", L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso*, cit., 375.

tradizione storica del diritto amministrativo; la atipicità dei vizi come ulteriore conferma dell'attuale definizione dell'oggetto del giudizio amministrativo e come principio valido in ogni contesto, non solo quello giurisdizionale, in cui venga in rilievo una questione di legittimità di un provvedimento amministrativo.

Le difficoltà nel definire la illegittimità, non superabili come visto con la mera descrizione di alcuni vizi, si spiegano quindi anche considerando che il giudizio amministrativo è strettamente strumentale alla soddisfazione di una posizione giuridica soggettiva e non invece ad un controllo generalizzato sull'atto impugnato.

I limiti che operano nel sindacato di legittimità svolto dal giudice amministrativo - quello generale costituito dalla normativa della quale è destinataria l'amministrazione e che il ricorrente ritiene essere stata violata, nonché il limite concreto derivante dai motivi formulati in ricorso - esprimono la peculiare funzione che esso deve assolvere in osservanza di quanto sancito dalla Costituzione, ossia la tutela di posizioni giuridiche soggettive che si ritengano lese in conseguenza della violazione di una norma che la Pubblica Amministrazione avrebbe dovuto rispettare.

Nell'ambito del giudizio di annullamento, l'illegittimità del provvedimento amministrativo rileva quindi in una prospettiva più ampia di quella confinata entro la catalogazione delle ipotesi in cui ricorre, ossia unitamente alla lesione di un interesse legittimo che determina la sussistenza di un interesse ad agire³³⁰.

La situazione giuridica soggettiva azionata in giudizio rileva quindi non solo come fattore di mera legittimazione all'azione, ma anche come elemento da considerare per la definizione dell'oggetto del processo impugnatorio e, da un punto di vista sostanziale, per la concretizzazione del concetto di illegittimità del provvedimento che rileva in giudizio³³¹.

In conclusione, la storica tripartizione dei vizi di legittimità, pur essendo una formula ripetuta dal legislatore e comunemente accolta da dottrina e giurisprudenza, ha ancora uno statuto teorico incerto ed evanescente per cui ben può essere considerata come una

³³⁰ “Che i titolari dell'interesse legittimo abbiano per ciò solo una pretesa all'annullamento dell'atto viziato che li riguarda è già messo in dubbio (...) dal congegno che pone come condizione dell'azione l'utilità della sentenza di accoglimento”, F. TRIMARCHI BANFI, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir.proc.amm.*, 2010, spec. 1128.

³³¹ Sulla necessità che l'interesse legittimo fatto valere “non può essere ridotto a semplice fattore di legittimazione”, L. MAZZAROLLI, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir.proc.amm.*, 1997, spec. 471.

formula indicativa di figure retoriche di matrice prevalentemente giurisprudenziale e ormai convenzionalmente accettate nella pratica argomentativa forense e giudiziaria³³².

Attualmente, quindi, ai giudici amministrativi non spetta più il compito che si erano visti costretti a svolgere dal momento della loro istituzione, ossia l'imponente lavoro di individuazione e concretizzazione delle categorie di vizi, perché quel che pare necessario è uno sforzo di tipo inverso, ossia quello (partendo dal presupposto dell'infettibile unicità del sindacato) di definire la illegittimità che viene in rilievo nel giudizio amministrativo provando a prescindere da questioni nominalistiche e classificazioni artificiose e formali³³³.

Da tutte le considerazioni che precedono si crede di poter osservare che è possibile definire la illegittimità come generica e non tipizzabile difformità dalla normativa che disciplina l'esercizio dell'azione amministrativa, che assume rilievo giudico, nel processo di legittimità, solo qualora sia una difformità tale da legittimare l'azione di impugnazione; nei procedimenti di autotutela, solo qualora incida sull'interesse pubblico al punto da legittimare l'esercizio del potere di riesame; e, infine, che assume rilievo giuridico solo di per sé sola, nel procedimento di controllo³³⁴.

³³² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 214. Definisce la tripartizione dei vizi come una nozione che “non deve essere intesa come definizione limitativa dei vizi di legittimità, ma come rinvio ad una tradizione (...) che inquadra i vizi di legittimità in tali categorie”, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, *L'attività*, Padova, 2009, spec. 152.

³³³ Sull'opportunità di definire la nozione di illegittimità da un punto di vista dommatico, non solo empirico, e provando a prescindere da qualsiasi categorizzazione, M. S. GIANNINI, voce *Illegittimità*, in *Enc.dir.*, Milano, 1970, spec. 132-133 e F. LEVI, voce *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc.dir.*, Milano, 1973, spec. 125 – 126.

³³⁴ Sul punto, approfonditamente, F. TRIMARCHI BANFI, *Il controllo di legittimità*, cit., spec. 112 ss. e 152 ss..

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO 1

A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939.

T. ALIBRANDI, *Lineamenti attuali dell'eccesso di potere*, in *Impr.amb.pubbl.amm.*, 1975, I, 227 ss..

A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Giuffrè, 1976.

A. BARUCCHI, *La creazione della IV sezione del Consiglio di Stato nel quadro politico-istituzionale del tempo*, in *Atti del Convegno Cento anni di giurisdizione amministrativa per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Napoli, 1996.

F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza)*, in *Enc.dir.*, IX, Milano, 1961.

F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo (1911-1914)*, ristampa con note di aggiornamento, a cura di G. Miele, Padova, 1960.

E. CARDI – S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig.disc.pubbl.*, V ed., Torino, 1990.

R. CAVALLO PERIN *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig.disc.pubbl.*, Torino, 1999.

R. CAVALLO PERIN, *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig.disc.pubbl.*, Torino, 1999.

G. CHINE', *L'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241/1990 nel diritto vivente*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2008.

A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, 1899, Lapi.

S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione*, Milano, 2000.

G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976.

A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1916.

A. DI GIOVANNI, *L'iter parlamentare della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, vol. II, *Giustizia amministrativa*, Milano, 264 ss..

L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità dei provvedimenti amministrativi*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1193 ss..

E. FERRARI, *Commento all'art. 26 l.TAR, 6 dicembre 1971, n. 1034*, in A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi di giustizia amministrativa*, Padova, 2001, spec. 882 ss..

S. FOÀ, *L'azione di annullamento nel Codice del processo amministrativo*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2010.

E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889, n. 5992 nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, vol. II, *Giustizia amministrativa*, Milano, 441 ss..

F. FRACCHIA e M. OCCHIENA “*Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo e art. 21- octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*», in www.giustamm.it, 2005.

D. U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21- octies della legge n. 241/90*, in www.giustamm.it, 2005.

P. GASPARRI, *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965.

P. GASPARRI, *Incompetenza (dir.amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971.

M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.

M. S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2000, 347 ss..

M. LIPARI, *L’amministrazione in fuori giuoco inattivo: le violazioni procedurali e formali “non invalidanti” dal processo al provvedimento*, in www.giustamm.it, 2005.

N. LONGOBARDI, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione*, in www.giustamm.it, 2005.

F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001.

F. MIDIRI, *L’art. 21 octies della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di carattere sostanziale o processuale?*, in *Foro amm.,CDS*, 2007, I, 254 ss..

F. MIGLIARESE, *Incompetenza (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990.

C. MORTATI, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, 131 ss..

- M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969, V, 59 ss..
- V. E. ORLANDO, *Diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1923.
- L. ORUSA, *Violazione di legge (diritto amministrativo)*, in *Noviss.dig.it.*, Torino, 1975.
- V. OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)*, in *Noviss.dig.it.*, Torino, 1964.
- A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1998.
- A. PUBUSA, *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993.
- O. RANELLETTI, *Legittimità e merito: eccesso di potere e violazione di legge, negli atti amministrativi speciali*, in *Il foro amm.*, anno IV, 1928, 3 ss..
- O. RANELLETTI, A. AMORTH, *Atti amministrativi*, in *Nuovo dig.it.*, vol. I, Torino, 1937.
- A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, in *www.giustamm.it*, 2005.
- A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *Il procedimento Amministrativo*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2007, 217 ss..
- G. ROSSI, *I principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010.
- G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, Torino, 2011.
- G. SALA, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, in *Dir.proc.amm.*, 2006, 572 ss..
- G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.

- F. SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978.
- V. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, 407 ss..
- F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1363 ss..
- F. G. SCOCA, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in *Prospettive del processo amministrativo, Atti del convegno di studio Padova 10-11 aprile 1987*, a cura di L. Mazzarolli, Padova, 1990.
- G. SORRENTINO, *Spunti di riflessione per una applicazione vincolata del comma 2 dell'art. 21 octies della legge n. 241/90*, in AA. VV., *Scritti in onore di Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 147 ss..
- M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. amm.*, 2010, 917 ss..
- P. M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997.
- P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003.
- P.M. VIPIANA, *Invalidità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi alla luce della legge n. 15 del 2005*, Padova, 2007.
- C. VITTA, *Giustizia amministrativa*, Milano, 1903.
- F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, Relazione svolta in occasione dell'Incontro di Studi del 19 aprile 2008 sul tema *Attualità e problemi delle valutazioni tecniche*, tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, in www.lexitalia.it.

CAPITOLO 2

G. ABBAMONTE, R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, vol. XX, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1997.

G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir.amm.*, 2007, 231 ss..

G. BERTI, *Art. 113 (e 103, 1° e 2° c.)*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981.

G. BERTI, *Art. 113 (e 103, 1° e 2° c.)*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981.

M. BREGANZE, *Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo nelle nuove "norme generali sull'azione amministrativa"*, in *La legge di modifica del procedimento amministrativo e le norme generali sull'azione amministrativa*, Venezia-Mestre, 2006.

A. CALEGARI, *Sulla natura sostanziale o processuale e sull'immediata applicabilità ai giudizi pendenti delle disposizioni concernenti l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi contenute nell'art. 21-octies della l. n. 241 del 1990*, in www.giustamm.it, 2005.

E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano 1964.

G. CARBONE, *Art. 100*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981.

P. CARETTI, *Art. 97*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981.

E. CASETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in

Riv.it.dir.pubbl.com.,1999, 689 ss..

A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso di ufficio. Profili di diritto amministrativo*, Milano, 2001.

M. CLARICH, *La giustizia*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, tomo II, Milano, 2000.

L. P. COMOGLIO, *Art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981.

D. CORLETTO, *Vizi "formali" e poteri del giudice amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2006, 33 ss..

G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999.

G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006.

G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir.proc.amm.*, 2001, 287 ss..

E. FERRARI, *Commento all'art. 26 l.TAR, 6 dicembre 1971, n. 1034*, in A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi di giustizia amministrativa*, Padova, 2001, spec. 882 ss..

E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2005, 625 ss..

E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa – Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in www.giustamm.it, 2007.

D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003.

M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970.

- E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957.
- F. LACAVA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge 15/2005: nullità e annullabilità*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2005.
- L. MAZZAROLLI, *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, Bologna, 2005.
- M. NIGRO, *Le norme-principio della Costituzione e la discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.*, 1951, III, 27 ss..
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002.
- A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir.proc.amm.*, 1994, 467 ss..
- A. PALLOTTINO, *Efficacia nel tempo dei rimedi giurisdizionali ripristinati dall'art. 113 della Costituzione*, in *Foro it.*, 1951, III, 206 ss..
- N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.
- C. PINELLI, *Art. 97*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981.
- C. PINELLI, *Art. 98*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981.
- A. PIRAS, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, vol. II, Milano, 1962.
- A. POLICE, *Art. 103*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006.
- A. PUBUSA, *Il giudizio "officina per la riparazione" degli atti amministrativi? Note*

sull'art. 21 octies, comma 2, l. n. 241 del 1990, in *Foro amm. TAR* 2005, 1750 ss..

M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. Della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006.

A. ROMANO, *Commento all'art. 26 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano - R. Villata, Padova, 2009.

A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir.proc.amm.*, 1994, 692 ss..

A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975.

A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. n. 241/1990*, in www.giustamm.it, 2005.

A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir.amm.*, 1997, 70 ss..

F. SAITTA. *Art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006.

G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.

A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1968.

A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974.

F. G. SCOCA, *Considerazioni introduttive sulla legge di modifica della disciplina del procedimento*, in *La legge di modifica del procedimento amministrativo e le norme generali sull'azione amministrativa*, Venezia-Mestre, 2006.

F. G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, a cura di V. Parisio, Milano, 2004.

D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir.publ.*, 2007, 385 ss..

V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Rassegna di giurisprudenza sui piani di ricostruzione*, in *Riv. giur. edil.*, 1958, II, 102 ss..

A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 927 ss..

A. TRAVI, *La legge n. 15 del 2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr.giur.*, 2005, 449 ss..

G. VERDE, *Ma che cos'è questa giustizia amministrativa*, in *Dir.proc.amm.*, 1993, 620 ss..

C. VITTA, *Impugnabilità degli atti politici*, in *Foro amm.*, 1951, I, 2, 203 ss..

F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir.proc.amm.*, 2008, 319 ss..

G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II *La giustizia amministrativa*, Milano, 1958.

CAPITOLO 3

A. ANDREANI, *Forma del ricorso*, in *Dir.proc.amm.*, 1983, 243 ss..

F. BARTOLOMEI, *Intorno al vizio di extrapetizione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1957, 309 ss..

- F. BENVENUTI, *Contraddittorio (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961.
- G. BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970.
- V. CAIANELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1976.
- F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, (1911-1914), ristampa con note di aggiornamento, a cura di G. Miele, Padova, 1960.
- E. CANNADA BARTOLI, *Dubbi sull'assorbimento*, in *Giur.it.*, III, 1996, 161 ss..
- E. CANNADA BARTOLI, *Aspetti processuali dell'assorbimento dei motivi*, in *Dir.proc.amm.*, 1996, 838 ss..
- E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo*, *Noviss. Dig. It.*, vol. XIII, Torino, 1982.
- E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.
- S. CASSARINO, *Il processo amministrativo*, II, Milano, 1987.
- S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956.
- P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, Quaderni del dipartimento di scienze giuridiche, n. 6-2012, Università Cattolica del Sacro Cuore – sede di Piacenza.
- B. CONSOLO – P. LUISO, *Dei poteri del giudice*, in *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Vicenza, 2007.
- R. DE NICTOLIS, *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2012.

R. DE NICTOLIS, *Ordine dei motivi e loro disponibilità*, in AA.VV. *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali* (Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 2010), Milano, 2011.

V. DOMENICHELLI, *I motivi di ricorso: un ritorno alla giurisdizione oggettiva?*, in *Reg.*, 1975.

E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, in *Riv.dir.proc.*, 1965, 387 ss..

F. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1963.

L. IANNOTTA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di assorbimento dei motivi*, in *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, a cura di V. Spagnuolo Vigorita, Napoli, 1983, 382 ss..

L. IANNOTTA, *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo (dai motivi alla situazione fatta valere: l'interesse legittimo tra interesse di fatto, situazione giuridica uti civis e situazione giuridica personale)*, in *Dir.proc.amm.*, 1988, 325 ss..

L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989.

F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1966, 20 ss..

F. LA VALLE, *Annullamento d'ufficio da parte del Consiglio di Stato?*, in *Giur.it.*, 1965, III, 203 ss..

F. LA VALLE, *La rilevanza nel giudizio amministrativo dell'incostituzionalità delle leggi*, in *Giur.it.*, 1964, 67 ss..

E. T. LIEBMAN, *Fondamenti del principio dispositivo*, in *Riv.dir.proc.*, 1960, 551 ss..

M. MAGRI, *L'ordine di esame dei motivi nel processo amministrativo*, in *Giorn.dir.amm.*, 2009, 1068 ss..

C. MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di "petitum" e "causa petendi"*, in *Riv.dir.proc.*, 1984, 474 ss..

M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960.

M. NIGRO, voce *Domanda (principio della)*. *Diritto processuale amministrativo*, *Enc. Giur. Treccani*, vol. XII, Roma.

M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, II, 17 ss..

R. PEREZ, *I vizi dell'atto amministrativo conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi*, in *Foro it.*, 1964.

A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962.

E. PRESUTTI, *Enunciazione dei motivi nel ricorso e motivi aggiunti*, Estratto da *Il Foro amministrativo*, anno IV, fasc. 11, Napoli, 1928.

A. QUARANTA, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc.giur.*, XII, Roma.

S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2011, 913 ss..

A. ROMANO, *Pronuncia di illegittimità costituzionale di una legge e motivo di ricorso giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1964, 140 ss..

A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958.

A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir.proc.amm.*, 2012, 803 ss..

- G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.
- A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963.
- F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006.
- F. G. SCOCA, *Effetto devolutivo dell'appello e motivi assorbiti*, in *Dir.proc.amm.*, 2008, 456 ss..
- G. SIGISMONDI, *Appello al Consiglio di Stato e motivi assorbiti*, in *Dir.proc.amm.*, 2000, 402 ss..
- L. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'appello al Consiglio di Stato in un recente progetto di riforma del processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 1985, 513 ss..
- A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2006.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir.proc.amm.* 2003, 409 ss..
- A. TROCCOLI, *I requisiti per l'ammissibilità dei motivi di ricorso giurisdizionale al Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 1960, 1060 ss..
- C. VITTA, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obbiettivo*, in *Riv.dir pubbl.*, 1921, I, 352 ss..

CAPITOLO 4

- G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2002.
- M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della*

pubblica amministrazione, Milano, 2009.

G. AZZARITI, *Limitazione dei mezzi di prova e istruttoria del processo amministrativo di legittimità*, in *Giur.cost.*, 1990, 1698 ss..

F. BENVENUTI, *L'onere del principio di prova nel processo amministrativo*, estratto dalla *Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione, Sezioni Civili*, XXXI, Roma, 1952, 771 ss..

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

L. BERTONAZZI, *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005.

E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo*, (*considerazioni introduttive*), in *Noviss.dig.it.*, Torino, 1966, 1085 ss..

V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir.proc.amm.*, 1984, 485 ss..

F. CINTIOLI, voce *Discrezionalità tecnica (dir.amm.)*, in *Enc.dir.*, Roma, 2008, 471 ss..

F. CINTIOLI, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del sindacato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. Caringella - M. Protto, Milano, 2002.

A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, 1899, Lapi.

G. CORAGGIO, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976.

G. CORSO, *Prova (Diritto amministrativo)*, in *Enc.giur.Treccani*, Roma, 1999.

- F. D'ALESSIO, *Le parti nel processo amministrativo*, Milano, 1915.
- G. D'ANGELO, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 579 ss..
- D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.
- D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn.dir.amm.*, 1999, 1179 ss..
- A. DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 1991, 195 ss..
- M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir.proc.amm.*, 2000, 182 ss..
- M. DRAGONE, *Le S.U., la <vicinanza alla prova> e il riparto dell'onere probatorio*, in *Resp. civ.*, 2008, 687 ss..
- G. FONTANA, *C'era una volta il principio iura novit curia (ovvero considerazioni critiche su una peculiare lettura del principio iura novit curia operata dal Consiglio di Stato)*, in *www.giurcost.org*, 2008.
- C. E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994.
- C. E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, vol. IV, Milano, 2000.
- M. S. GIANNINI, *Illegittimità*, in *Enc.dir.*, Milano, 1970, 131 ss..
- C. LAMBERTI, *Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo*, in *www.giustiziamministrativa.it*, 2012.
- F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1966.

F. LA VALLE, *In tema di ricorso incidentale avverso atto regolamentare presupposto*, in *Foro amm.*, 1967, II, 68 ss..

F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002.

F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.

F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc.dir.*, Milano, 1973, 124 ss..

M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge n. 205/2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir.proc.amm.*, 2003, 55 ss..

A. LUGO, *Il potere dispositivo e l'onere della parte nel processo amministrativo*, in *Riv.trim.dir.e proc.civ.*, 1983, 1055..

C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale*, II, Torino, 2010.

G. MANFREDI, *Il regime probatorio nel codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2011, 474 ss..

F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001.

G. A. MICHELI, *Iura novit curia*, in *Riv.dir.proc.*, 1961, 575 ss..

L. MIGLIORINI, voce *Istruzione del processo amministrativo*, in *Enc.giur. Treccani*, Roma, 1990.

L. MONTESANO, *In tema di accertamento incidentale e di limiti del giudicato*, in *Riv.dir.proc.*, 1951, I, 329 ss..

M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960.

M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 1994.

M. NIGRO, *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Foro it.*, 1967, 11 ss..

M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna., 2000.

V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1901.

L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.

F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2000.

L. PERFETTI, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 1997, 1727 ss..

G. PESCE, *Poteri istruttori e mezzi di prova nel processo amministrativo*, Milano, 2003.

N. PIGNATELLI, *Le reciproche incidenze tra processo amministrativo e processo costituzionale*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2008.

A. PIZZORUSSO, *Iura novit curia*, in *Enc.giur.*, 1990.

E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur.it.*, 1910, 10 ss..

A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1978.

F. SAITTA, *Nuovi orientamenti in tema di mezzi prova del contenzioso sul pubblico impiego*, in *Dir.proc.amm.*, 1987, 599 ss..

- F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *www.giustamm.it*, 2012.
- P. SALVATORE, *L'individuazione dei fatti e l'assunzione delle prove nel processo amministrativo*, in *I tribunali amministrativi regionali*, 2001, 2, 81 ss..
- S. SATTA, *Iura novit curia*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1955, 380 ss..
- F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997.
- F. G. SCOCA, *Tribunali amministrativi regionali (T.A.R.)*, in *Dizionario amministrativo*, a cura di G. Guarino, Milano, 1983, 1555 ss..
- F. G. SCOCA, *Sulle implicazioni di carattere sostanziale dell'interesse legittimo*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 669 ss..
- F. G. SCOCA, *Artt. 63 – 69*, in *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, a cura di A. Quaranta – V. Lopilato, Milano, 2011, 535 ss..
- M. E. SCHINAIA, *Notazioni sul regime probatorio nelle controversie di pubblico impiego*, in *Dir.proc.amm.*, 1988, 5 ss..
- E. SCHINAIA, voce *Consulente tecnico (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Roma, 2002, 1 ss..
- V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 1984, 7 ss..
- G. C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir.proc.amm.*, 2011, 175 ss..
- M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992.
- A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012.

A. TRAVI, *Garanzia del diritto di azione e mezzi istruttori nel giudizio amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 1987, 558 ss..

F. TRIMARCHI BANFI, *Il controllo di legittimità*, Padova, 1984.

G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 1596 ss..

G. VACIRCA, *Prime riflessioni sul nuovo regime delle prove e delle controversie in materia di pubblico impiego*; in *Foro amm.*, 1987, 1344 ss..

D. VAIANO, *Sindacato di legittimità e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in *www.giustamm.it*, 2012.

S. VENEZIANO, *I nuovi mezzi probatori nella giurisdizione di legittimità e nella giurisdizione esclusiva*, in *Dir.proc.amm.*, 2003, 180 ss..

C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica – la tecnica tra procedimento e processo*, Napoli, 2008.

R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir.proc.amm.*, 1995, 209 ss..

R. VILLATA, *Riflessioni introduttive allo studio del principio del libero convincimento del giudice nel processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 1990, 201 ss..

G. VIRGA, *Le limitazioni probatorie nella giurisdizione generale di legittimità*, in *Dir.proc.amm.*, 1990, 115 ss..

P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1976.

F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, Relazione

svolta in occasione dell'Incontro di Studi del 19 aprile 2008 sul tema *Attualità e problemi delle valutazioni tecniche*, tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, in *www.lexitalia.it*.

D. ZONNO, *I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova*, in *Giur.merito*, 2009, suppl. 12, 184 ss..

CAPITOLO 5

A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939.

A. ANDREANI, *La motivazione della sentenza amministrativa*, in *Dir.proc.amm.*, 1986, 5 ss..

A. AULETTA, *Sulla piena sindacabilità dei provvedimenti del CSM sulla carriera dei magistrati ordinari e sull'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Nel Diritto*, n. 5/2012.

G. BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970.

V. CAIANELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Una giustizia per la pubblica amministrazione*, a cura di V. Spagnuolo Vigorita, Napoli, 1983, 57 ss..

V. CAIANELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur.it.*, 1977, IV, 23 ss..

E. CAPACCIOLI, *Prospettive recenti sul merito amministrativo*, in *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali*, Convegno organizzato dal Centro Italiano di Studi Amministrativi (L'Aquila 12-13 ottobre 1979), Milano, 1979.

E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in *Il processo amministrativo (scritti in onore di G. Miele)*, Milano, 1979.

G. CARUSO, *Merito insindacabile e giudice amministrativo (note a margine di una*

codificazione “leggera”), in *www.lexitalia.it*, 2009.

B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1993.

P. CERBO, *Il limite del “merito” nel sindacato sul rapporto di lavoro privatizzato: le recenti riforme legislative*, in *Pubblico e privato nell’organizzazione e nell’azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, 2013, 353 ss..

A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell’ordinamento amministrativo*, Padova, 2012.

M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013.

L. COEN, *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa. Principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*, Torino, 1998.

G. CORAGGIO, *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali*, in *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali*, Convegno organizzato dal Centro Italiano di Studi Amministrativi (L'Aquila 12-13 ottobre 1979), Milano, 1979.

C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall’eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.

V. DOMENICHELLI, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2001, 859 ss..

G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, *L’attività*, Padova, 2009.

E. FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, in *Dir.proc.amm.*, 1988, 563 ss..

E. FOLLIERI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, in *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali*, Convegno organizzato dal Centro Italiano

di Studi Amministrativi (L'Aquila 12-13 ottobre 1979), Milano, 1979.

M. S. GIANNINI, voce *Illegittimità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970.

G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994.

L. IANNOTTA, *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo (dai motivi alla situazione fatta valere: l'interesse legittimo tra interesse di fatto, situazione giuridica uti civis, situazione giuridica personale)*, in *Dir.proc.amm.*, 1988, 325 ss..

F. LEVI, voce *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc.dir.*, Milano, 1973.

G. MARI, *Giudizio amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, 2013.

M. MAZZAMUTO, *Commento all'art. 134 c.p.a.*, in *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, a cura di A. QUARANTA – V. LOPILATO, Milano, 2011.

L. MAZZAROLLI, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir.proc.amm.*, 1997, 463 ss..

M. MENGOZZI, *La riforma dell'art. 111 Cost. e il processo amministrativo*, in *Giur.cost.*, 2003, 2487 ss..

F. M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991.

M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, II, 17 ss..

M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1983.

G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità delle parti. La svolta della Plenaria. Nota a Adunanza Plenaria 10 novembre 2008, n. 11*, in *Riv.giur.edilizia*, 2008, 1423 ss..

U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1969, 499 ss..

M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2013, 100 ss..

G. ROMEO, *La retorica nella giurisprudenza amministrativa, ovvero dell'arte di argomentare bene, senza convincere*, in *Dir.proc.amm.*, 2011, 947 ss..

G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.

A. M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963.

SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977.

F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Il merito amministrativo nei procedimenti giustiziali*, Convegno organizzato dal Centro Italiano di Studi Amministrativi (L'Aquila 12-13 ottobre 1979), Milano, 1979.

D. SORACE, *Ragionando di eccesso di potere con Giammarco Sigismondi*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, 2013, 353 ss..

M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.

B. TONOLETTI, *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1998, I, 1567 ss..

F. TRIMARCHI BANFI, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir.proc.amm.*, 2010, spec. 1117 ss..

F. TRIMARCHI BANFI, *Il controllo di legittimità*, Padova, 1984.

G. TROPEA, *L'ibrido "fiore della conciliazione": nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*", in *Dir.proc.amm.*, 2011, 965 ss..

G. VACIRCA, *Cenni storici e profili problematici*, in www.giustiziaamministrativa.it 2008.

P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito. Cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003.

G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.