

5 - Ad. Plen. — 25 febbraio 2013 — Pres. Coraggio — Est. Meschino — A. s.p.a. (avv. Calandra, Ardito), P. s.r.l. (avv. Ilardo, Ingaglio La Vecchia), K. S.n.c. (avv. Ingaglio La Vecchia, Ardito, Ilardo) c. Comune di Caltanissetta (avv. Mulè) e altri (n.c.) (*).

[3724/1152] Giustizia amministrativa - Giudizio amministrativo - Costituzione - In udienza - Possibilità - Condizione.

Il termine per la costituzione in giudizio delle parti intime previsto dall'art. 46, comma 1, del codice del processo amministrativo ha natura ordinatoria; le parti intime possono perciò costituirsi in giudizio anche all'udienza di merito, ma svolgendo solo difese orali, senza possibilità di produrre scritti difensivi o documenti.

DIRITTO. 1. Gli appelli in epigrafe possono essere riuniti e decisi congiuntamente.

Con le ordinanze di rimessione sono state infatti portate all'esame dell'adunanza plenaria due questioni, la prima di rito, la seconda di merito relativa alla identica censura proposta, rispettivamente, con il terzo motivo del citato appello n. 1317 del 2011 e con il secondo motivo dei citati appelli n. 1456 e n. 1457 del 2011; sussiste perciò il presupposto della connessione oggettiva tra gli appelli, al fine della loro riunione, considerato che la questione di rito è stata sottoposta al solo fine della enunciazione del principio di diritto e che la questione di merito riguarda il medesimo provvedimento impugnato, è stata identicamente dedotta in tutti gli appelli in epigrafe ed è oggetto di entrambe le ordinanze di rimessione.

2. Si esamina ora la prima questione rimessa all'esame.

2.1. Il quesito posto è se le parti intime possano costituirsi in giudizio nell'udienza di merito.

L'ordinanza di rimessione riferisce che al riguardo è emerso un contrasto tra la giurisprudenza del Consiglio di Giustizia, per la quale ciò non è consentito, e quella prevalente delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato che ritiene possibile la costituzione fino all'udienza di discussione con svolgimento però soltanto di difese orali, restando ferma la preclusione alla produzione di documenti e memorie oltre i termini di cui all'art. 73, comma 1, del codice del processo amministrativo (in seguito «codice») così come alla formulazione di domande che soggiacciono a termini perentori (quali, ad esempio per il giudizio di appello, quelle di cui all'art. 101, comma 2, del codice).

Nell'ordinanza si indica che la posizione delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato si basa sul presupposto della natura non decadenziale ma meramente ordinatoria del termine per la costituzione in giudizio delle parti intime, stabilito in sessanta giorni dal perfezionamento della notificazione del ricorso dall'art. 46, comma 1, del codice (venendo specificato, in questa giurisprudenza, che il termine ha funzione dilatoria poiché a garanzia delle parti intime affinché, prima del suo decorso, non siano compiuti atti per esse pregiudizievoli; così: III, n. 1070 del 2012, n. 3094 e n. 4601 del 2011; IV, n. 1203 del 2012).

Nell'ordinanza si prospetta che l'indirizzo ora esposto deve essere rimeditato a seguito dell'entrata in vigore del codice per ragioni di carattere formale e sostanziale.

2.2. Per il profilo formale si richiama che:

— la possibilità di costituzione con sola difesa orale è prevista espressamente nell'art. 55, comma 7, del codice per la camera di consiglio in sede cautelare ma non dall'art. 73 per l'udienza di discussione;

— questo silenzio della norma non è superabile per effetto del rinvio esterno (ai sensi dell'art. 39 del codice) all'articolo 370, comma 1, c.p.c., che, nel giudizio per cassazione, consente la partecipazione alla discussione orale della parte intimata che non abbia notificato il controricorso in termine, ovvero all'art. 171, comma 2, c.p.c., che, nel giudizio di merito, consente la costituzione della parte fino alla prima udienza, poiché si tratta di norme connesse a caratteristiche proprie del rito civile e non di quello amministrativo (correlandosi, la prima, ad un giudizio dominato dall'impulso d'ufficio e, la seconda, ad una disciplina specifica nel caso di contumacia del convenuto nonché alla normale destinazione della prima udienza alla comparizione delle parti e non alla spedizione della causa in decisione come è, invece, nel processo amministrativo).

Per il profilo sostanziale si osserva che la possibilità di costituirsi in udienza potrebbe essere lesiva delle prerogative difensive dell'appellante a fronte di eccezioni, questioni in rito o di

(*) Segue nota di P. VERRI, *Costituzione in giudizio delle parti intime: l'orientamento permissivo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, infra, ...*

legittimità costituzionale, sollevate dall'appellato soltanto nell'udienza di discussione; senza perciò che l'appellante abbia potuto conoscerle, e potuto quindi controdedurre adeguatamente, risultando così leso il principio del contraddittorio tra le parti in condizioni di parità sancito dall'art. 111 della Costituzione.

2.3. L'adunanza plenaria ritiene che le parti intime possano costituirsi nell'udienza di discussione, con il solo svolgimento di difese orali, per le ragioni che seguono.

Per il profilo formale dalla normativa del codice si evince che:

— l'art. 46, comma 1, dispone che le parti intime «*possono*» e non «*devono*» costituirsi entro il termine e non prevede, se il termine sia decorso, la decadenza dal potere di costituirsi (nel medesimo articolo, nel comma 2, è stabilito che l'amministrazione nello stesso termine «*deve*» produrre gli atti e documenti ivi previsti);

— mentre, quando nel codice si è ritenuto l'effetto decadenziale ovvero la perentorietà dei termini, ciò di norma è stato richiamato espressamente (articoli 41, comma 2, 45, comma 1, 52, comma 1, nonché 54, comma 1, in relazione all'art. 73, comma 1), dovendosi perciò ritenere, in linea di principio, l'applicazione dell'art. 152 c.p.c. ai sensi del rinvio esterno di cui all'art. 39 del codice;

— non sembra inoltre che dalla normativa vigente risulti una disciplina nettamente diversa da quella precedente, come richiamato nella relazione finale al codice (luglio 2010), in cui si indica che «*per quanto riguarda la costituzione delle parti intime, sono stati ribaditi i termini, ordinatori, già in atto previsti [...]*»; ed in effetti nella normativa antecedente il termine per la produzione di memorie, di cui all'art. 23, comma 4, della legge n. 1034 del 1971, era ritenuto perentorio mentre era qualificato ordinatorio quello per la costituzione delle parti intime;

— in questo quadro la previsione espressa di cui all'art. 55, comma 7, da un lato, non vale, per sé sola, a far ritenere che la medesima possibilità sia da escludere per l'udienza pubblica e, dall'altro, si giustifica con l'esigenza di chiarire e assicurare che la rapidità dei tempi della fase cautelare non è a discapito della possibilità di difesa delle parti intime.

Sotto il profilo sostanziale, poi, si osserva che il giudice per ovviare al rischio di una lesione del diritto di difesa della controparte può comunque disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che riterrà congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza per consentirne la valutazione a garanzia del contraddittorio sostanziale.

E si può anche osservare che l'eventuale privilegio difensivo di cui le parti intime godrebbero per effetto della costituzione in udienza è bilanciato dalla perdita delle facoltà processuali nel frattempo decadute per il decorso dei relativi termini, anzitutto con riguardo alla presentazione di scritti e documenti ai sensi dell'art. 73, comma 1.

Sarebbero lese, per converso, le prerogative difensive delle parti intime se fosse loro vietata la costituzione in giudizio per il solo decorso di un termine non stabilito come decadenziale; ne risulterebbe infatti che il soggetto che non ha dato impulso al processo ma che vi è stato chiamato non potrebbe assumere una partecipazione attiva al giudizio, pur non essendogli ciò precluso da alcuna norma espressa.

2.4. Per completezza va anche esaminata la posizione talvolta sostenuta in giurisprudenza per cui, chiarito che il termine di cui all'art. 46, comma 1, del codice non ha carattere decadenziale, essendo posto a tutela della parte intimata, si afferma che «*in ogni caso la costituzione in giudizio non può intervenire oltre il termine di trenta giorni individuato dall'art. 73, co. 1, CPA [...] per il deposito delle memorie difensive illustrative, avente carattere perentorio in quanto espressivo di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice*» (Cons. Stato, sez. V, n. 1058 del 2012).

Anche questa tesi «intermedia» non è condivisibile. La norma infatti ha una portata oggettiva chiara e inequivoca quella cioè della produzione di memorie e documenti: non può ritenersi dunque corretto estendere la rigorosa preclusione ivi prevista all'esercizio di una diversa facoltà volta alla diversa funzione della mera costituzione in giudizio.

(*Omissis*).

5. Sulle questioni rimesse all'esame dell'adunanza plenaria vengono quindi enunciati i seguenti principi di diritto:

— a) «*Il termine per la costituzione in giudizio delle parti intime previsto dall'art. 46, comma 1, del codice del processo amministrativo ha natura ordinatoria; esse possono perciò costituirsi in giudizio anche nell'udienza di merito ma svolgendo solo difese orali senza possibilità di produrre scritti difensivi e documenti*».

(*Omissis*).

[3724/1152] Costituzione in giudizio delle parti intime: l'orientamento permissivo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Appearance in court of the parties sued before the judge: the permissive reading of the Plenary Assembly of The Council of State.

Abstract: L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamata ad esprimersi sulla questione di particolare importanza relativa alla possibilità o meno per le parti intimiate in giudizio di costituirsi all'udienza di merito, convalida il prevalente orientamento, propendendo per la soluzione affermativa. L'analisi del percorso motivazionale seguito dalla sentenza dà la stura per effettuare alcune riflessioni atte a verificare se davvero, a fronte del vigente quadro legislativo ed alla luce dei principi del giusto processo, un tale avallo possa considerarsi pienamente giustificato.

The Plenary Assembly of the Council of State, called to express about the important issue concerning the possibility for the parties sued before the judge to make their appearance in court during the trial hearing, validates the prevailing theory, leaning toward the affirmative solution. The analysis of the sentence reasoning leads to some considerations in order to check if — compared to the current legislative framework and in the light of due process principles — such an endorsement can be considered fully justified.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La consolidata posizione della giurisprudenza amministrativa e della dottrina maggioritaria. — 3. Le sporadiche aperture pretorie e le opinioni contrarie di alcuni autori. — 4. L'impianto motivazionale adottato dall'Adunanza Plenaria: spunti critici. — 4.1. Le argomentazioni di ordine formale. — 4.2. Le argomentazioni di ordine sostanziale. — 4.3. Il ripudio della «tesi intermedia» — 5. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Con la sentenza in commento, il giudice amministrativo d'appello, chiamato a pronunciarsi nella sua massima composizione a seguito dell'ordinanza di rimessione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana 18 luglio 2012 n. 653 (1), ribadisce il proprio tradizionale orientamento secondo il quale le parti intimiate possono costituirsi anche nel corso dell'udienza di discussione, con il limite dello svolgimento di sole difese orali.

2. *La consolidata posizione della giurisprudenza amministrativa e della dottrina maggioritaria.*

Come noto, il codice del processo amministrativo, all'art. 46, comma 1, assegna alle parti intimiate un termine di sessanta giorni (2), decorrente dal perfezionamento della notificazione nei loro confronti, per la costituzione in giudizio, la presentazione di memorie, la proposizione di istanze, l'indicazione dei mezzi di prova e la produzione di documenti (3).

(1) In www.giustizia-amministrativa.it

(2) Aumentato, rispettivamente, di trenta e novanta giorni, a seconda che il destinatario della notifica risieda in altro Stato d'Europa ovvero fuori d'Europa e dimezzato per quanto concerne i giudizi di cui all'art. 119 c.p.a. e per i procedimenti camerale disciplinati dall'art. 87 c.p.a.

(3) Quanto alla legislazione previgente, l'art. 5 del R.D. 17 agosto 1907 n. 642 (regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato) disponeva che «nel termine di altri trenta giorni dopo pervenuti gli atti alla segreteria, le parti possono presentare istanze, memorie e documenti». L'art. 37 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 (testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, nel quale sono state trasfuse le disposizioni del precedente R.D. 17 agosto 1907 n. 638) stabiliva che «nel termine di 30 giorni successivi a quello assegnato per il deposito del ricorso, l'autorità e le parti, alle quali il ricorso fosse stato notificato, possono presentare memorie, fare istanze, produrre documenti». Da ultimo, l'art. 22 della L. 6 dicembre 1971 n. 1034 (istituzione dei tribunali amministrativi regionali) contemplava un termine di venti giorni successivi a quelli stabiliti per il deposito del ricorso entro il quale l'organo che aveva emesso l'atto impugnato e le altre parti interessate potevano presentare memorie, fare istanze e produrre documenti. Come è stato evidenziato (E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2009, 299), le facoltà previste dalla L. n. 1034/1971 riguardavano tutte le parti, ivi compresi i c.d. cointeressati. Al contrario, l'art. 46, comma 1 si riferisce, come segnalato da attenta dottrina (D. VAIANO, in AA.VV., *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli-G. Ferrari, Roma, 2012, II, 850; M. D'ORSOGNA-F. FIGORILLI, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. Scoca, Torino, 2011, 308), alle sole parti

La giurisprudenza amministrativa, confermando l'interpretazione sedimentatasi sotto il vigore della pregressa disciplina, afferma pressoché univocamente il carattere meramente ordinatorio del suddetto termine, di tal che la costituzione tardiva (*rectius*: fino a che il ricorso non passi in decisione) delle parti intimiate non comporta alcuna decadenza (4). Con la conseguenza che queste ultime possono costituirsi in giudizio mediante un semplice controricorso formale, atto a richiedere, attraverso l'utilizzo di formule per lo più di stile, il respingimento, in rito e nel merito, dell'impugnativa avversaria, riservandosi di esplicitare nel prosieguo del processo tutte le proprie difese (*latu sensu* intese), con il solo limite del rispetto dei termini per la produzione di documenti e per il deposito di memorie conclusionali e di replica previsti dall'art. 73, comma 1, c.p.a. (5). Non basta: dalla natura puramente sollecitatoria del termine in questione discende l'ulteriore possibilità per le parti evocate in giudizio di costituirsi direttamente nel corso dell'udienza di merito e di svolgere in detta sede difese (solo) orali (6).

La dottrina mostra generalmente di attestarsi su analoghe conclusioni, evidenziando come il termine in argomento debba considerarsi, da un lato, dilatorio, nel senso che il giudice non potrebbe assumere una valida decisione prima che il turno di tempo assegnato alle parti intimiate per costituirsi sia spirato (7); dall'altro, ordinatorio, in guisa che le parti potrebbero decidere di costituirsi anche in un momento successivo, sino all'udienza di discussione, limitandosi in tal sede allo svolgimento di difese orali

destinatario della notificazione del ricorso, ad esclusione, dunque, anche dell'eventuale controinteressato pretermesso. Un'autentica novità rinvenibile nella disposizione in argomento consiste poi nella menzione, tra le attività esperibili dalle parti intimiate entro il termine di sessanta giorni sancito dalla norma, anche della deduzione dei mezzi istruttori. Peraltro, come non si è mancato di sottolineare, tale innovazione sarebbe «più apparente che reale» (G. TROPEA, *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzione delle parti*, in AA.VV., *Il codice del processo amministrativo: dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani-R. Villata, Torino, 2012, 541): ad essa, invero, non si accompagna alcuna preclusione, semmai rinvenibile, per ciò che concerne le prove precostituite, nel termine pacificamente perentorio di quaranta giorni liberi anteriori all'udienza di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a., assegnato alle parti per produrre documenti.

(4) Sul carattere ordinatorio del termine di costituzione cfr. Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013 n. 1803, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 2013 n. 630, in questa *Rivista*, 2013, 2, 492; Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2013 n. 176, *ivi*, 2013, 1, 186; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2012 n. 1203, *ivi*, 2012, 3, 584; Cons. St., sez. III, 2 agosto 2011 n. 4601, *ivi*, 2011, 7-8, 2370; Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2009 n. 3718, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Calabria, sez. II, 19 luglio 2012 n. 755, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lombardia, sez. II, 7 luglio 2011 n. 1829, in questa *Rivista-TAR*, 2011, 7-8, 2222. La costituzione tardiva, peraltro, determina la conseguenza che la parte interviene nello stato in cui il procedimento si trova (TAR Lazio, sez. I *ter*, 7 aprile 2011 n. 3108, in questa *Rivista-TAR*, 2011, 4, 1243), non potendo pertanto utilmente eccepire la mancata comunicazione del decreto di fissazione d'udienza (Cons. St., sez. V, 19 marzo 1991 n. 304, in *Foro amm.*, 1991, 760; *id.*, 19 maggio 1978 n. 585, in *Riv. amm. Rep. it.* 1978, 665). Siffatta interpretazione è destinata a valere, salvo quanto previsto dall'art. 101, comma 2, c.p.a., anche per il giudizio di appello (v. Cons. St., sez. V, n. 176/2013 cit.; *id.*, 19 giugno 2012 n. 3562, in questa *Rivista*, 2012, 6, 1617; Cons. St., sez. III, 23 febbraio 2012 n. 1070, *ivi*, 2012, 2, 281; *id.*, n. 4601/2011 cit.; *id.*, 23 maggio 2011 n. 3094, *ivi*, 2011, 5, 1489).

(5) Cfr. Cons. St., sez. VI, 14 luglio 2011 n. 4283, in questa *Rivista*, 2011, 7-8, 2523; si è così precisato che mediante l'atto di costituzione in giudizio non solo non è necessario svolgere tutte le proprie difese, ma nemmeno formulare le eccezioni (TAR Sardegna, sez. I, 5 giugno 2012 n. 564, in questa *Rivista-TAR*, 2012, 6, 2146).

(6) Cfr. TAR Toscana, sez. III, 7 dicembre 2012 n. 1994, in questa *Rivista-TAR*, 2012, 12, 3848; TAR Lombardia, sez. II, 5 aprile 2011 n. 902, in www.giustizia-amministrativa.it. Sull'inammissibilità delle c.d. note d'udienza v. specificamente Cons. St., sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245, *ivi*.

(7) Detto termine rappresenterebbe dunque un baluardo di garanzia, nel senso che, sino a che esso sia pendente, il giudizio non può essere definito in assenza del resistente. Tale assunto parrebbe confermato dal fatto che l'art. 71, comma 3, c.p.a. prescrive che l'udienza per la discussione del ricorso non può essere fissata se non una volta decorso il termine per la costituzione delle altre parti.

(8). Talora si è precisato come siffatta interpretazione possa trovare una qualche giustificazione nell'esigenza di evitare costituzioni frettolose, assicurando alle parti un certo lasso di tempo per verificare l'eventuale componibilità stragiudiziale della lite (9). Altrove è stato osservato, più pianamente, come il regime di perentorietà potrebbe porsi in distonia rispetto all'avvertita indisponibilità dell'interesse pubblico dedotto in giudizio (10).

3. *Le sporadiche aperture pretorie e le opinioni contrarie di alcuni autori.*

La natura ordinatoria del termine di costituzione delle parti intimiate è stata tuttavia posta in discussione da alcune isolate pronunce. Il Consiglio di Stato, in un'occasione, ha rilevato l'inammissibilità della costituzione in giudizio della resistente direttamente all'udienza pubblica di discussione, specificando come siffatta facoltà sia prevista esclusivamente in sede cautelare e facendo salvo, a riguardo, l'esercizio

(8) Cfr., con specifico riferimento alla sentenza annotata, al quale l'Autore presta piena adesione, S. FANTINI, *Sulla costituzione in giudizio delle parti intimiate e sulla concessione di spazio pubblico*, in *Urb. e app.*, 2013, 800. Sul punto, v. inoltre R. INVERNIZZI, *Il ricorso principale e incidentale, la costituzione delle parti evocate*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2013, II, 102, il quale aggiunge che il mancato rispetto del termine di costituzione non parrebbe destinato a ridondare alla stregua dell'art. 116, comma 2, c.p.c., sottolineando, comunque, come a mente dei canoni interpretativi di cui all'art. 12 disp. prel. cod. civ., nonché alla luce del *favor* mostrato dal c.p.a. per la più sollecita e completa possibile costituzione di un effettivo contenzioso, anche sulle prove, non potrebbe del tutto accantonarsi la possibilità di virare verso una maggiore rigidità applicativa; G. TROPEA, *op. e loc. cit.*, che ricorda come il carattere ordinatorio del termine è confermato pure dalla relazione finale di accompagnamento al codice del processo amministrativo; D. VAIANO, *op. cit.*, 852; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo: commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, Milano 2010, 314. Cfr. poi sulla disciplina pregressa C.E. GALLO, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di A. Romano-R. Villata, Padova, 2009, sub art. 22 l. TAR, 768; A. M. SANDULLI, *Diritto processuale amministrativo*, in AA.VV., *Corso di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano, 2007, 984; D. M. TRAINA, *Il processo amministrativo*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, Milano, 2000, IV, 3316.

(9) V. in proposito N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2012, 106. L'Autore sottolinea, in particolare, come eventuali interventi in autotutela richiederebbero tempi non troppo stretti per far fronte alle relative fasi procedurali obbligatorie. Il rilievo non parrebbe tuttavia particolarmente significativo, considerando che, pur a fronte di una tempestiva costituzione in giudizio, alle parti non sarebbe certo preclusa la parallela coltivazione di trattative volte a un bonario componimento della controversia, mentre l'incidenza che lo svolgimento di attività difensiva produrrebbe sul regime delle spese processuali potrebbe essere scongiurata attraverso una successiva rinuncia al ricorso, con accordo sull'integrale compensazione delle stesse. In ogni caso, una tale preoccupazione non sembra essere avvertita nel processo civile, notoriamente caratterizzato da un regime di rigide preclusioni processuali, nonostante anche in quella sede le concertazioni finalizzate alla definizione in via transattiva della lite possano frequentemente rilevarsi assai laboriose e prolungate.

(10) Cfr. in questo senso R. VILLATA, *La riforma*, in AA.VV., *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di B. Sassani-R. Villata, Torino, 2004, 6. La spiegazione parrebbe maggiormente convincente, dal momento che, in effetti, dalla previsione di un termine decadenziale per la costituzione in giudizio potrebbe rinvenire una compressione della possibilità di difesa dell'interesse pubblico istituzionalmente sottoposto alla cura dalla parte pubblica. Peraltro, portando alle estreme conseguenze una tale posizione, si correrebbe il rischio di incappare in riflessi oggettivistici (dei quali, pur tuttavia, la legislazione vigente non si mostra a detta di alcuni autori scevra, cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle Autorità Indipendenti*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2012), difficilmente conciliantisi con la dimensione di diritto soggettivo propria della giurisdizione amministrativa e con la considerazione del relativo processo come un giudizio di parti. Non solo: risulterebbe comunque difficile chiarire perché dovrebbe giovare della non perentorietà del termine in questione anche il privato controinteressato, portatore com'è di un interesse omogeneo e normalmente specularmente a quello del ricorrente.

dell'eccezionale potere di rimessione in termini sancito dall'art. 54, comma 1, c.p.a. (11). Nel senso della impossibilità di costituzione in udienza delle parti intime è anche orientata la recente giurisprudenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, dal quale, come detto, proviene il pronunciamento che ha dato scaturigine alla sentenza annotata. Il giudice d'appello insulare ha infatti avuto modo di affermare, con argomentazioni poi in larga parte riprese nell'ordinanza di rimessione, che una tale facoltà è da ritenersi ammessa soltanto in fase cautelare, giusta l'espressa previsione dell'art. 56, comma 7, c.p.a.: non già nel giudizio di merito, non recando l'art. 73 c.p.a. un'analogia disposizione (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*). Non potrebbe poi operare, attraverso il c.d. rinvio esterno di cui all'art. 39, comma 1, c.p.a., né la norma che permette la partecipazione alla discussione nel giudizio di Cassazione della parte in esso intimata, ma non costituitasi nei termini; né quella che consente nel giudizio di merito la costituzione della parte fino alla prima udienza. In nessuno dei due casi, infatti, alla luce delle peculiarità che caratterizzano il giudizio civile di legittimità e quello di merito, risulterebbe positivamente superato il vaglio richiesto dall'art. 39 citato al fine dell'applicabilità al processo amministrativo delle disposizioni del codice di procedura civile (12).

Anche parte della dottrina ha mostrato di non recepire passivamente il tradizionale orientamento esegetico. Variiegato si presenta peraltro il panorama delle posizioni emerse.

Da un lato, ci si è infatti mossi esclusivamente in una prospettiva *de jure condendo*, auspicando il superamento dell'odierno regime di non perentorietà del termine di costituzione delle parti intime. Diverse le argomentazioni spese a riguardo. Talora, muovendo dall'osservazione per cui «*la soluzione non sembra la più adeguata soprattutto ora che la disciplina processuale riguarda tutti i tipi di azione e che si è notevolmente ampliato il bagaglio delle prove che anche le parti intime possono chiedere al giudice*», si è ventilata l'opportunità «*di introdurre nel processo amministrativo non già una decadenza della possibilità di costituzione, che richiederebbe una disciplina della contumacia, bensì un termine di decadenza per la proposizione delle eccezioni non rilevabili d'ufficio*» (13). Più nello specifico, diversi

(11) Cons. St., sez. V, 15 novembre 2012 n. 5772, in questa *Rivista*, 2012, 11, 2892. La stessa sezione, in un precedente di poco anteriore, aveva meglio chiarito come, comunque, dovesse continuarsi a ritenere il termine di cui all'art. 46, comma 1, c.p.a. non decadenziale, ostando propriamente alla possibilità di costituzione in sede di udienza la previsione di un termine di trenta giorni computato a ritroso rispetto all'udienza (art. 73, comma 1, c.p.a.) entro il quale depositare la memoria difensiva, termine «*avente carattere perentorio in quanto espressivo di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice*». Con la precisazione che la violazione del suddetto termine «*conduce all'inutilizzabilità processuale degli atti di costituzione in giudizio e delle memorie, con la conseguente inammissibilità delle domande, eccezioni in senso stretto e prove colà introdotte (o allegate); con la decadenza delle facoltà processuali previste dal codice sotto comminatoria di un termine; e, qualora la parte appellata costituitasi tardivamente risulti vincitrice, con la possibilità di configurare le eccezionali ragioni per la compensazione delle spese di giudizio, ex artt. 26, co.1, c.p.a. e 92, co.2, c.p.c.*» (Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2012 n. 1058, in *Foro it.*, 2012, 7-8, III, 378). Una antecedente pronuncia aveva invece affermato che il termine per il deposito delle memorie conclusive, allora previsto dall'art. 23, comma 4, L. 6 dicembre 1971 n. 1034, rappresentasse il momento ultimo per la proposizione delle eccezioni di parte non rilevabili d'ufficio; e ciò ancorché il rito amministrativo, a differenza di quello civile, non preveda nitide scansioni di fasi processuali, presidiate da rigorose sanzioni endoprocessuali di decadenza preclusiva dello svolgimento di talune attività difensive (Cons. St., sez. V, 22 novembre 2005 n. 6490, in questa *Rivista*, 2005, 11, 3313).

(12) Cfr. C.G.A.R.S., 17 gennaio 2012 n. 64, in www.giustizia-amministrativa.it.

(13) G. PELLEGRINO, *Costituzione della parti intime (sub art. 46)*, in AA.VV., *Il processo amministrativo: commentario al d.lg. 104/2010*, a cura di A. Quaranta-V. Lopilato, Milano, 2011, 458. Secondo A. ROMANO-TASSONE, *A proposito del Libro II del progetto del codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 1141, «*sarebbe stato più congruo [...] consentire alle parti resistenti la proposizione delle domande destinate all'esercizio della c.d. «difesa attiva» entro il termine previsto per la costituzione, eventualmente da rendere come perentorio, sfruttando semmai il ricorso incidentale come strumento di definizione paritaria del thema decidendum*». Può

autori hanno inteso sperimentare, in tale ottica, un parallelismo con il processo civile (14). Talaltra, si è proposto, in modo più innovativo, di rimediare alla mancanza di termini certi e ragionevoli per la costituzione delle parti (intimate), oltre che di preclusioni e decadenze, attraverso la previsione di una fase preliminare del processo, chiusa la quale le questioni non possono più essere sollevate (15).

Dall'altro, ci si è spinti a contestare la ritenuta natura ordinatoria del termine di costituzione sin alla luce dell'attuale quadro normativo. In alcuni casi, limitandosi ad osservare come «avvicinando la costituzione della parte intimata nel processo amministrativo alla costituzione del convenuto nel processo civile il termine in questione può dirsi perentorio» (16). In altri, pervenendo, attraverso un maggiore approfondimento della tematica, a spunti caratterizzati da più spiccata originalità. Ci si riferisce, in particolare, all'impostazione per la quale sarebbe la lettura sistematica degli artt. 46 e 54 c.p.a., condotta alla luce dei principi del contraddittorio, della parità delle parti e della ragionevole durata del processo di cui all'art. 2 c.p.a., a suggerire

richiamarsi a tale proposito la tecnica di riproposizione in appello delle domande e delle eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado. L'art. 101, comma 2, c.p.a. stabilisce che tali domande ed eccezioni si intendono rinunciate (secondo il principio di acquiescenza parziale) dalle parti diverse dall'appellante se non siano state espressamente riproposte con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio, che, giusta la clausola di rinvio interno di cui all'art. 38 c.p.a., risulta essere il medesimo previsto dall'art. 46, comma 1 per il giudizio di primo grado (cfr. Cons. St., sez. IV, 28 febbraio 2012 n. 1120, in questa *Rivista*, 2012, 2, 314). La disposizione è piuttosto chiaramente mutuata dal combinato disposto degli artt. 346 e 347 c.p.c. (ai quali peraltro fanno da coerente *pendant* gli artt. 166 e 167 c.p.c.). Come rammentato nella relazione finale di accompagnamento al c.p.a. (in www.giustizia-amministrativa.it) e come attestato dalla norma transitoria di cui all'art. 3 dell'all. 3 al d.lg. 2 luglio 2010 n. 104 — che ne predica l'inapplicabilità agli appelli depositati prima dell'entrata in vigore del c.p.a. — essa è innovativa in seno al processo amministrativo (in precedenza la riproposizione era possibile senza alcun termine con una semplice memoria) e rinverrebbe la sua *ratio* ispiratrice nella tutela del contraddittorio. Sul rilievo maggiore che il termine di costituzione assume in appello, cfr. R. CHIEPPA, *op. e loc. cit.*

(14) Prende a paradigma l'attuale regime processualciviltistico in materia di eccezioni e questioni non rilevabili d'ufficio E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 494. Si appella al modello vigente nel rito del lavoro, auspicando un cambio di orientamento che tragga spunto dall'art. 416 c.p.c., F. SAITTA, *Il regime delle preclusioni nel processo amministrativo tra ricerca della verità materiale e garanzia della ragionevole durata del giudizio*, in www.giustizia-amministrativa.it. Si richiama infine al processo in Cassazione C. E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 178.

(15) In tal senso v. F. G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 9.2.2011. Il meccanismo suggerito dall'Autore sembrerebbe in qualche modo ricordare quello oggi previsto, a seguito della novella di cui al d.lg. 14 settembre 2012 n. 160, dall'art. 15 c.p.a. E infatti ivi previsto, in mancanza di domanda cautelare, che il difetto di competenza può essere eccepito entro il termine per la costituzione in giudizio, dovendo indi il presidente fissare la camera di consiglio (c.d. filtro) per la pronuncia immediata sulla questione, la quale, peraltro, continuerà ad essere rilevabile di ufficio sino a che la causa non sia decisa in primo grado. Il termine di costituzione per le parti intimate assume dunque, anche se solo *in parte qua*, sicura natura perentoria, essendo prescritta la tempestiva sollevazione dell'eccezione di incompetenza a pena di decadenza (G. FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo: commento analitico al D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 aggiornato al secondo decreto correttivo*, Roma, 2013, 143). Non parrebbe invece condivisibile, se non a pena di un'inaccettabile *interpretatio abrogans* della norma, la posizione di coloro i quali ritengono che alla luce della discrasia temporale tra il termine per l'eccepibilità di parte dell'incompetenza e quello per la sua rilevanza di ufficio, la parte conserverebbe sempre in primo grado, fino all'udienza di discussione, il potere di segnalare al giudice il difetto di competenza, affinché quest'ultimo possa esercitare il suo controllo (v. in tal senso R. DAMONTE, *La competenza dei tribunali amministrativi regionali*, in *Il nuovo processo amministrativo*, *op. cit.*, 35). Per una più decisa svolta finalizzata, peraltro nella circoscritta ottica di ovviare al problema dell'imprevedibilità della fissazione dell'udienza collegiale, a trasformare il processo amministrativo in processo da citazione v. invece F. VOLPE, *Per una riforma del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 550.

(16) G. F. NICODEMO, *La disciplina dei termini nel nuovo processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2010, 1402. L'Autore riconosce peraltro come la legge non riconduca all'inutile decorso del termine alcuna espressa decadenza.

l'immanenza di un divieto per la resistente (ma analogamente dovrebbe opinarsi per gli altri intimati) di affidare ai soli documenti ed alle memorie da depositare nei termini di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a. tutte le difese, essendo in tale sede solo consentito, come peraltro avviene per il ricorrente, di meglio sviluppare le argomentazioni già svolte in precedenza, supportandole con nuovi documenti rispetto a quelli di cui all'art. 46. Infatti, l'art. 54, comma 1, c.p.a., contemplante l'eccezionale autorizzazione da parte del collegio, su richiesta di parte, alla produzione tardiva di memorie e documenti, qualora la produzione nel termine di legge sia risultata estremamente difficile, dovrebbe applicarsi, nel silenzio della norma, non solo agli adempimenti contemplati dall'art. 73, comma 1, bensì anche a quelli previsti dall'art. 46, comma 1. Anzi, l'art. 54 citato potrebbe, nella prassi, più facilmente atteggiarsi proprio con riguardo allo stringente termine di costituzione delle parti intime, piuttosto che a quello per la successiva produzione di documenti e memorie. Sarebbe invero evenienza piuttosto rara che risulti estremamente difficile assolvere a quest'ultimo incombenza, posto che i termini all'uopo previsti appaiono davvero ampi, in quanto calcolati a ritroso rispetto ad un'udienza che sovente viene fissata, in assenza di fase cautelare, a notevolissima distanza di tempo rispetto all'instaurazione del rapporto processuale (17).

4. *L'impianto motivazionale adottato dall'Adunanza Plenaria: spunti critici.*

La già citata ordinanza di rimessione, nell'auspicare un mutamento — *re melius perpensa* — rispetto all'indirizzo dominante, ha portato argomentazioni tanto di ordine formale, quanto sostanziale. Tra le prime, la constatazione dell'assenza nell'impianto codicistico di una previsione, riguardo all'udienza di discussione, analoga a quella dell'art. 56, comma 7, c.p.a., contemplante la possibilità nel giudizio cautelare di costituirsi in camera di consiglio. Ciò che dimostrerebbe che la costituzione della parte intimata in udienza pubblica non sarebbe oggi più ammissibile, nemmeno ai limitati fini della discussione orale (preclusione non superabile attraverso il non consentito rinvio alla disciplina processualciviltistica). Tra le seconde, la sottolineatura del *vulnus* che le prerogative difensive del ricorrente soffrirebbero per effetto dell'esercizio della concessa facoltà di costituzione in udienza della controparte, con conseguente svilimento del fondamentale principio di cui all'art. 111, comma 2, Cost., alla cui stregua «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale».

L'Adunanza Plenaria, nel ribadire la natura ordinatoria del termine di costituzione delle parti intime, ha replicato alle deduzioni svolte dal giudice remittente sviluppando il proprio argomento lungo le due direttrici (quella formalistica e quella sostanzialistica): ciò non le ha permesso, tuttavia, di mettersi al riparo da possibili obiezioni dotate di una certa pregnanza.

4.1. *Le argomentazioni di ordine formale.*

(17) In proposito, cfr. le ampie considerazioni sviluppate da P. PATRITO, *Lo svolgimento del giudizio e le decisioni emesse in camera di consiglio*, in AA.VV., *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di R. Caranta, Torino, 2011, 411 ss. L'Autore, che muove dalla constatata assenza nella disciplina codicistica di espresse preclusioni o decadenze, si interroga *funditus* sulle conseguenze della mancata tempestiva costituzione delle parti intime e sulla reale utilità, a riguardo, di un termine perentorio, giungendo alla conclusione che solo in sede di tempestiva memoria di costituzione sia possibile sollevare le eccezioni in senso proprio e stretto, mentre analoga barriera non sarebbe destinata ad operare per le mere difese nonché per le eccezioni sollevabili di ufficio, delle quali la parte potrebbe sempre sollecitare la rilevazione anche oralmente all'udienza di merito. In senso parzialmente analogo, v. C. E. GALLO, *Il codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. e app.*, 2010, 1022, secondo il quale alla tardività della costituzione in primo grado non sarebbe collegabile una qualche conseguenza, a meno di voler riferire anche alla costituzione delle parti il disposto dell'art. 54, comma 1 e fermo restando che, comunque, il codice non definisce quale debba essere il contenuto dell'atto di costituzione.

La prima prospettiva, di ordine formale, si dipana, a sua volta, lungo diversi punti.

In primo luogo, ad avviso del collegio, deporrebbe in favore della non perentorietà del termine la stessa formulazione dell'art. 46 c.p.a., laddove, al primo comma, dispone che le parti intimare «possono» e non «devono» costituirsi entro il termine, diversamente stabilendo, al secondo comma, che l'amministrazione, entro il medesimo termine, «deve» produrre l'eventuale provvedimento impugnato. L'annotazione, in realtà, non pare particolarmente persuasiva. In verità, il fatto che la disposizione codicistica adoperi, riguardo alla parti intimare, il sintagma «possono costituirsi» appare del tutto naturale e coerente con l'assodato principio per cui nel giudizio amministrativo la costituzione delle controparti non è un atto dovuto, non incidendo la relativa mancanza né sulla corretta instaurazione del processo, né sulla sua prosecuzione (18). E invero, nel processo amministrativo non è conosciuto l'istituto della contumacia: «*ciò proprio perché è sul ricorrente che gravano gli incombenti processuali che mettono il giudice in grado di poter conoscere la fattispecie dedotta in giudizio [...] Al contrario, la pubblica amministrazione può anche non comparire nel giudizio in quanto non è portatrice di un onere processuale concorrente a quello del ricorrente sì da sostenere l'obbligo di prospettare al giudice una situazione sostanziale in antitesi a quella illustrata nell'atto introduttivo del giudizio. In realtà per la stessa struttura del processo amministrativo come processo da ricorso l'interesse processuale che muove l'organo giudicante è uno solo e, quindi, non ha senso dichiarare la contumacia di una parte se la presenza di questa non è necessaria per il retto svolgimento del processo*» (19). Ciò che dimostra chiaramente come la *possibilità* si riferisca all'*an* della costituzione e non già al *quando*, non emergendo dunque dall'art. 46, comma 1 alcuna esplicita presa di posizione in ordine alla natura del termine al riguardo assegnato. Dal fatto, poi, che l'art. 46, comma 2 qualifichi invece in termini di doverosità la produzione da parte dell'amministrazione, entro il medesimo termine previsto dal comma 1, del provvedimento impugnato nonché degli atti e documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, di quelli in esso citati e di quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio non è dato trarre alcuna proficua conclusione, attraverso una lettura *a contrario*, in ordine alla natura non perentoria del termine di costituzione. Infatti, la disposizione del comma 2, presupponendo proprio l'affermata indifferenza della presenza o meno in giudizio delle controparti, impone all'amministrazione in ogni caso, ovvero tanto che essa decida di costituirsi quanto di rimanere estranea al processo, di porre in essere gli adempimenti ivi previsti (20). Con il che si comprende come ambedue le disposizioni appunto, rispettivamente, la possibilità e la doverosità propriamente sull'azione e

(18) Cfr. G. TROPEA, *op. e loc. cit.*, che discorre espressamente di «unilateralità dell'azione», salvo poi precisare che se per le parti private la scelta di costituirsi può dirsi autenticamente libera, per la pubblica amministrazione essa dovrebbe essere senz'altro più accorta, in quanto l'amministrazione è posta a presidio di pubblici interessi, essendo dunque necessario valutare con attenzione, anche al fine di evitare possibili azioni di responsabilità amministrativo-contabile, se difendere o meno in giudizio la propria posizione. Cfr. anche R. INVERNIZZI, *op. e loc. cit.* e V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 614.

(19) F. BENVENUTI, voce *Parte (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, vol. XXXI, 967.

(20) La norma, la cui *ratio* è da rinvenirsi nella garanzia del contraddittorio e del pieno ed effettivo diritto di difesa del cittadino attraverso la costituzione dell'obbligo in capo all'amministrazione di depositare tutti i documenti ancorché decida di non costituirsi in giudizio (F. FIGORILLI, *L'instaurazione del giudizio*, in AA.VV., *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di B. Sassani-R. Villata, Torino, 2001, 15), è innovativa, dal momento che fa decorrere il termine di sessanta giorni entro cui ottemperare al prescritto deposito dalla data di perfezionamento della notificazione del ricorso, mentre, sotto il vigore della previgente disciplina, il *dies a quo* era individuato nella diversa data di deposito del ricorso. Che si tratti di autentico obbligo e non già di mero onere — cosa di cui invero non si era dubitato nemmeno sotto l'impero della antecedente legislazione (cfr. M. ANDREIS, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa, op. cit.*, sub art. 21 l. TAR, 684) — parrebbe confermato dall'art. 65, comma 3, c.p.a., che oggi prevede che ove l'amministrazione non provveda spontaneamente al deposito, sia il giudice d'ufficio, ovvero anche su sollecitazione della parte, ad ordinare la produzione (anche in appello, cfr. Cons. St., sez. VI, 9 maggio 2011 n. 2738, in questa *Rivista*, 2011, 5, 1593).

non già sul tempo, che non viene, di converso, in alcun modo espressamente connotato.

Un secondo appiglio alla tesi fatta propria dalla sentenza in esame sarebbe fornito dal fatto che quando il codice ha inteso configurare un effetto decadenziale, ovvero la perentorietà di un termine, lo ha fatto di norma espressamente (si richiamano in proposito gli articoli 41, comma 2, 45, comma 1, 52, comma 1, nonché 54, comma 1 in relazione all'art. 73, comma 1), dovendosi dunque ritenere, in linea di principio, applicabile, in forza del rinvio esterno di cui all'art. 39 del codice, l'art. 152 c.p.c. (21). Anche in questo caso, pur apparendo in astratto condivisibile l'assunto per cui l'art. 152 c.p.c. sia applicabile al processo amministrativo (22), si impongono alcune considerazioni. Intanto, la stessa inclusione, tra le norme che imporrebbero esplicitamente una decadenza, ovvero che designerebbero un termine come perentorio, del combinato disposto degli artt. 54, comma 1 e 73, comma 1, c.p.a., si presta ad un rilievo. Infatti, non recando l'art. 73, comma 1 alcuna qualificazione della natura del termine, è solo attraverso una sua lettura congiunta con l'art. 54, comma 1 (rimessione in termini), e dunque in via indiretta, che l'Adunanza Plenaria giunge ad affermare la perentorietà dello stesso. Ne risulta, quindi, già a priori indebolita la tesi della imprescindibile necessità di una espressa comminatoria di legge ai fini della perentorietà del termine (23). Peraltro, rammentato che una parte della dottrina e della

(21) Il cui secondo comma stabilisce che «i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiara espressamente perentori».

(22) Ciò in quanto: *i*) il codice del processo amministrativo non reca una esaustiva disciplina dei termini legali (v. Libro II, Titolo I, Capo I, Sezione II c.p.a.); *ii*) la regola processualciviltistica sui termini legali non pare incompatibile con la disciplina del giudizio amministrativo; *iii*) comunque, la necessità di una espressa qualificazione della perentorietà del termine sembra rispondere a principi generali, rinvenibili nella certezza del diritto e nella tutela dell'affidamento incolpevole, oltre che nell'effettività e pienezza della tutela.

(23) Nell'ambito della disciplina processuale amministrativa, un esempio idoneo a sconfessare la tesi potrebbe provenire dal termine annuale (l'art. 81, comma 1, c.p.a. si limita a recitare «nel corso di un anno»), di tal che il termine sembrerebbe, stando alla mera formulazione letterale, genericamente acceleratorio per compiere un atto di procedura, al fine di evitare la declaratoria di preclusione del giudizio. E invero, ancorché la legge non specifichi (come non faceva sotto la vigenza della precedente disciplina, che peraltro prevedeva a riguardo un termine di due anni) la natura del termine in questione, esso è pacificamente ritenuto di natura decadenziale (cfr. Cons. St., sez. IV, 29 luglio 2008 n. 3761, in questa *Rivista*, 2008, 7-8, 2061). Un ulteriore esempio parrebbe ricavabile dall'art. 80, comma 1, c.p.a. che stabilisce che, in caso di sospensione del giudizio, per la prosecuzione del medesimo deve essere presentata un'istanza di fissazione di udienza «entro novanta giorni dalla comunicazione dell'atto che fa venir meno la causa della sospensione». Anche in questo caso la legge non qualifica espressamente il termine, eppure non vi è alcun dubbio sul fatto che lo stesso sia perentorio, applicandosi dunque la previsione di cui all'art. 35, comma 2, lett. *a*), c.p.a., alla cui stregua il giudice dichiara l'estinzione del giudizio «se, nei casi previsti dal presente codice, non viene proseguito [...] nel termine perentorio fissato dalla legge» (cfr. TAR Puglia, sez. I, 18 giugno 2012 n. 1197, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania, sez. II, 15 febbraio 2012 n. 807, *ivi*; TAR Lazio, sez. I, 27 dicembre 2011 n. 10188, *ivi*. *Contra*, TAR Sicilia, sez. IV, 16 aprile 2013 n. 1109, in questa *Rivista-TAR*, 2013, 4, 1401). Peraltro, anche nel codice civile si rinvencono numerosi esempi di termini «processuali» che, nonostante il silenzio della legge, sono ritenuti decadenziali: termine per l'impugnazione da parte dell'associato della delibera di esclusione adottata dall'assemblea, *ex art.* 24, comma 3, cod. civ. (Cass. Civ., sez. I, 3 aprile 1978 n. 1498, in *Foro it.*, 1978, II, 280); termine per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità, *ex art.* 244 cod. civ. (Cass. Civ., sez. I, 30 maggio 2013 n. 13638, in *Dir. & Giust.* 2013, 31 maggio 2013) e per l'impugnazione del riconoscimento per violenza, *ex art.* 265 cod. civ. (Trib. Genova, 9 marzo 1979, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 236); termine per l'esercizio dello *ius tollendi* *ex art.* 936, comma 5, cod. civ. (Cass. Civ., sez. II, 31 agosto 2011 n. 17895, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 9, 1262); termine per l'opposizione da parte del *dominus soli* *ex art.* 938 cod. civ. (Cass. Civ. SS.UU., 2 giugno 1984 n. 3351, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 158); termine per l'atto di estraniamento del condomino dissenziente *ex art.* 1132, comma 1, cod. civ. (Cass. Civ., sez. II, 15 marzo 1994 n. 2453, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 312); termine per l'esercizio dell'azione di spoglio, *ex art.* 1168, comma 1, cod. civ. (Cass. Civ., sez. II, 6 giugno 2012 n. 9123, in *Dir. & Giust.*, 2012, 8 giugno 2012); termine per l'esercizio dell'azione di manutenzione, *ex art.* 1170, comma 1, cod. civ. (Cass. Civ., sez. II, 19 luglio 2007 n. 16077, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 9); termine per l'esercizio dell'azione di denuncia di nuova opera, *ex art.*

giurisprudenza ha evidenziato come non vi sia ragione per non riferire l'art. 54, comma 1 anche all'art. 46, comma 1, c.p.a. (24), non si può che rilevare come la più cospicua parte della giurisprudenza abbia ritenuto che il termine di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a. sia *ex se* perentorio, «*in quanto espressivo di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice*» (25). Ciò dimostrando come sia possibile rinvenire, in ambito processuale, termini intrinsecamente perentori (26).

Inoltre, la giurisprudenza civile di legittimità si è a più battute cimentata nello svelare il reale discrimine tra termini ordinatori e termini perentori, pervenendo, attraverso un'esegesi costituzionalmente orientata alla luce del principio di ragionevole durata del processo, alla conclusione che la reale differenza risieda nella prorogabilità o meno degli stessi (invero consentita, ma sempre prima della scadenza, solo in relazione ai primi). Con il fondamentale corollario per cui «*scaduto il termine ordinatorio senza che si sia avuta una proroga [...] si determinano, per il venir meno del potere di compiere l'atto, conseguenze analoghe a quelle ricollegabili al decorso del termine perentorio*» (27).

L'Adunanza Plenaria, in terzo luogo, richiama a conforto del carattere meramente cognitivo della disciplina codicistica sul termine di costituzione delle parti intimiate la Relazione finale di accompagnamento al codice del processo amministrativo, secondo la quale sono stati ribaditi, a questo proposito, i termini ordinatori già in precedenza previsti. Ma è buon gioco obiettare che la Relazione identifica un ausilio interpretativo puramente suppletivo, che non può fungere da rassicurante riparo per ritenere assolto da parte dell'interprete lo sforzo ermeneutico cui allude l'art. 12, comma 1, disp. prel. cod. civ. nel riferirsi alla «*intenzione del legislatore*» (28).

1171, comma 1, cod. civ. (Trib. Foggia, 9 dicembre 2002, in *Giur. merito* 2003, 911); termine per l'esercizio dell'azione di annullamento delle delibere assembleari di società per azioni, *ex art.* 2377, comma 6, cod. civ. (Cass. Civ., sez. I, 31 marzo 2006 n. 7693, in *Giust. civ. mass.* 2006, 3 e in *Giur. comm.*, 2007, 3, II, 555).

(24) Cfr. Cons. St., sez. V, n. 5772/2012 cit. e, in dottrina, P. PATRITO, *op. e loc. cit.* e C. E. GALLO, *op. e loc. cit.*

(25) Cfr., oltre a Cons. St., sez. V, n. 1058/2012 cit., anche Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013 n. 1640, in questa *Rivista*, 2013, 3, 665; *id.*, 19 febbraio 2013 n. 996, *ivi*, 2013, 2, 397; TAR Lombardia, sez. II, 4 giugno 2013 n. 1445, in *Dir. & Giust.*, 2013, 24 giugno 2013; TAR Campania, sez. VII, 13 maggio 2013 n. 2458, in questa *Rivista-TAR*, 2013, 5, 1698; TAR Marche, sez. I, 4 aprile 2013 n. 260, *ivi*, 2013, 4, 1174. In senso analogo, per quanto riguarda il termine per il deposito di memorie in fase cautelare, *ex art.* 55, comma 5 c.p.a., cfr. C.G.A.R.S., n. 64/2012 cit.

(26) Come peraltro riconosciuto dalla giurisprudenza civile, secondo la quale la perentorietà può anche conseguire allo scopo ed alla funzione adempiuta dalla norma (Cass. Civ., sez. I, 9 marzo 2000 n. 2673, in *Giust. civ. mass.* 2000, 558, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, f.14-15, 99 e in *Fallimento*, 2001, 38). Nel senso che alla natura perentoria del termine non osti la mancata espressa previsione della sua perentorietà, non potendosi predicare che, ove manchi una esplicita dichiarazione in tal senso, debba senz'altro escludersi la perentorietà del termine, dovendo invece pur sempre il giudice indagare se, a prescindere dal dettato della norma, un termine, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, debba essere rigorosamente osservato a pena di decadenza e sia quindi perentorio cfr. Cass. Civ., sez. lav., 1 luglio 2008 n. 17978, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 7-8, 1070, e giurisprudenza *ivi* richiamata. Sulla attribuzione del carattere perentorio ad un termine in base agli scopi perseguiti dalla legge, v. anche, in riferimento ai termini del procedimento amministrativo, Cons. St., sez. VI, 2 settembre 1999 n. 1139, in *Foro amm.*, 1999, 9, 1771 e in *Studium Iuris*, 2000, 97.

(27) Cass. Civ., SS.UU., 30 luglio 2008 n. 20604 in *Giust. civ. mass.*, 2008, 7-8, 1228, in *Giust. civ.*, 2009, 3, I, 643 e in *Foro it.*, 2009, 4, I, 1130. L'arresto della Suprema Corte rinnega con forza l'idea dottrinarica del termine ordinatorio come «*sostanzialmente «innocuo»*». In senso conforme, cfr. anche Cass. Civ., sez. II, 19 gennaio 2005 n. 1064, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 1.

(28) Tanto più che, nella specie, essendosi in presenza di delegazione legislativa (il c.p.a., infatti, è stato emanato con d.lg. 2 luglio 2010 n. 104 — all. 1, in attuazione della delega conferita al Governo con l'art. 44 della L. 18 giugno 2009 n. 69), la Relazione di cui trattasi non è assimilabile ai c.d. lavori preparatori, non dando essa conto dello svilupparsi di alcun dibattito parlamentare, ma riportando esclusivamente la posizione del legislatore delegato sul punto (dall'esame dei pareri resi dalle Camere sullo schema di decreto legislativo, peraltro, non risulta essere stata espressamente affrontata la questione della natura del termine per la costituzione delle

In ultimo luogo, la sentenza in commento rileva che la previsione espressa di cui all'art. 55, comma 7, c.p.a. (che, come noto, consente alle parti in ambito cautelare di costituirsi nella camera di consiglio), non potrebbe essere letta, *a contrariis*, come rivelatrice dell'insussistenza di un'analoga possibilità per quanto riguarda il giudizio di merito, giustificandosi comunque con l'esigenza di puntualizzare e garantire che la snellezza dei tempi della fase cautelare non è posta a detrimento del diritto di difesa delle parti intimiate. Sennonché, pare doveroso ribattere che è giustappunto la rapidità procedurale imposta dai caratteri propri della fase cautelare a legittimare la costituzione «*per saltum*» in camera di consiglio (29), non ravvisandosi, per contro, una simile stringatezza nella fase di merito, ove l'udienza viene fissata dal presidente non prima dello spirare del termine per la costituzione in giudizio delle parti diverse dal ricorrente.

4.2. *Le argomentazioni di ordine sostanziale.*

La seconda prospettiva, quella sostanzialistica, si sviluppa anzitutto attraverso il rilievo per cui il giudice, per scongiurare il rischio che venga inferta una lesione al diritto di difesa del ricorrente, può comunque disporre il rinvio dell'udienza a data fissa, nel termine che ritenga congruo rispetto alla rilevanza delle questioni sollevate in udienza per consentirne la valutazione a garanzia di un effettivo contraddittorio. Il rimedio suggerito dal collegio sembra riecheggiare il meccanismo previsto dall'art. 73, comma 3, c.p.a. laddove prescrive che il giudice, che ritenga di dover porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, la indichi in udienza, dandone atto a verbale, con la precisazione che se la questione emerge una volta che la causa sia stata introitata in decisione, l'organo giudicante deve riservare questa ultima, assegnando alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie (30). Sennonché, nel caso appena citato di questioni rilevate (e dunque

parti intimiate, cfr. Senato — 1^a Commissione Permanente — resoconto sommario n. 201 del 16.6.2010, in www.senato.it; Camera dei Deputati — 1^a e 2^a Commissione — resoconto del 16.6.2010, in www.camera.it). Può comunque richiamarsi, a riguardo, la copiosa giurisprudenza formatasi sul tema della valenza in chiave interpretativa dei lavori preparatori, secondo la quale se questi ultimi costituiscono un ausilio interpretativo, l'individuazione della *ratio legis* prescinde però dalla volontà concretamente manifestata dai membri dell'assemblea legislativa nel corso dei medesimi e deve essere valutata in senso oggettivo, quale oggettiva volontà e funzione del testo normativo (TAR Lombardia, sez. IV, 4 aprile 2006 n. 926, in questa *Rivista-TAR*, 2006, 4, 1219). Nel senso che i lavori preparatori non vincolano l'interpretazione, poiché forniscono una visione storica della *ratio* della norma, la quale può essere superata dalla lettera di essa e dal sistema ordinamentale in cui oggettivamente si colloca cfr. TAR Puglia, sez. I, 15 marzo 2004 n. 1880, *ivi*, 2004, 817. Sulla natura meramente sussidiaria dei lavori preparatori, la volontà emergente dai quali non può sovrapporsi a quella obiettivamente espressa dalla legge, quale emerge dal suo dato letterale e logico cfr. Cass. Civ., sez. I, 27 febbraio 1995 n. 2230, in *Giur. it.* 1996, 532. Peraltro, che la Relazione non possa essere aprioristicamente assunta a parametro di riferimento, finanche a surrogare del tutto l'opera interpretativa rimessa al giudice, è dimostrato, a mero titolo esemplificativo, dal fatto che mentre essa qualifica, con evidente imprecisione, come dilatori i termini di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a., questi ultimi sono, come visto, pressoché unanimemente ritenuti perentori (dunque, come tali, rientranti nel *genus* dei termini acceleratori o finali).

(29) Invero, dispone l'art. 55, comma 5, c.p.a. che la camera di consiglio per la delibazione sull'istanza cautelare è collocata automaticamente (e, dunque, senza la necessità di specifico avviso, cfr. R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al codice: le novità apportate al giudizio amministrativo dal correttivo al Codice (d.lg. 15 novembre 2011, n. 195) e i primi orientamenti della giurisprudenza*, Milano, 2012, 395) alla prima data utile successiva al decorso di venti giorni dal perfezionamento, per il destinatario, dell'ultima notificazione e di dieci dal deposito del ricorso (salvo dimezzamento dei termini). Essa dunque cade, nella normalità dei casi, ben prima dell'esaurirsi del termine per la costituzione delle parti intimiate di cui all'art. 46, comma 1, c.p.a. Naturale appare pertanto che sia consentito alla parte intimata, la quale ancora potrebbe costituirsi ai sensi di quest'ultimo articolo, di farlo direttamente *banco iudicis*.

(30) In ambito processualciviltistico, invece, nell'ottica di prevenire la pronunzia di sentenze della c.d. «terza via», viene in luce, da un lato, l'art. 101, comma 2, c.p.c., che prescrive, nel caso di questione rilevata d'ufficio posteriormente alla rimessione in decisione della causa, la concessione alle parti di un termine non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni per il

rilevabili) di ufficio (31) vi è un'espressa statuizione di legge che impone al giudice — pena l'annullamento della sentenza e rimessione della causa al giudice di primo grado *ex art. 105, comma 1, c.p.a.* (32) — di offrire ai difensori delle parti, in attuazione del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost., la possibilità di controdedurre in proposito. Di contro, nel caso di questioni non rilevabili d'ufficio, analoga previsione non sussiste e, dunque, la concreta operatività del *modus procedendi* disegnato dalla sentenza in commento risulta, nei fatti, interamente rimessa alla discrezionalità — o, se si vuole, alla sensibilità — del singolo tribunale (33). Se la facoltà di rinvio non venisse praticata, al difensore del ricorrente non rimarrebbe che replicare oralmente ai «*nova*» avversari, come avviene nel caso di questione rilevabile d'ufficio indicata dal collegio in udienza (34): con la sostanziale differenza che in quest'ultima evenienza le parti sopporterebbero in egual misura l'«effetto sorpresa», mentre nel primo caso sarebbe solo colui che agisce in giudizio a vedersi costretto ad imbastire un'improvvisata difesa, subendo le conseguenze di quella che potrebbe non di rado rivelarsi una premeditata (e forse non del tutto conforme al dovere di probità e lealtà consacrato dall'art. 88 c.p.c.) strategia difensiva volta a «scoprire le carte all'ultimo istante» (35). Ma anche l'applicazione analogica dell'art. 73, comma 3 al caso dell'emersione per la prima volta nell'udienza di discussione di una questione non rilevabile d'ufficio non sembrerebbe scevra di ripercussioni. Segnatamente, il così indotto allungamento del tempo di definizione del giudizio potrebbe non sottrarsi a dubbi di conformità rispetto al principio di ragionevole durata del processo, alla cui realizzazione devono contribuire, ai sensi dell'art. 2, comma 2,

deposito di memorie; dall'altro, l'art. 183, comma 4, c.p.c., il quale prevede che il giudice nell'udienza di trattazione indichi le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione. A tale secondo riguardo, evidente è il divario esistente tra i due tipi di giudizio: in quello amministrativo, celebrandosi normalmente un'unica udienza, il giudice si limiterà ad indicare la questione e a darne atto a verbale, potendo le parti controdedurre solo oralmente; in quello civile, le parti potranno invece prendere posizione sulla questione, oltre che alla prima udienza, anche in corso di causa, avvalendosi delle memorie *ex art. 183, comma 6, c.p.c.* o comunque, fatti salvi i casi di trattazione mista od orale (artt. 281-*quinques*, comma 2 e 281-*sexies* c.p.c.), delle comparse conclusionali e di replica (art. 190 c.p.c.).

(31) Dunque, fundamentalmente, quella di giurisdizione e competenza (entrambe solo in primo grado); quella di inammissibilità, irricevibilità ed improcedibilità (anche in appello, cfr. Cons. St., sez. VI, 22 febbraio 2013 n. 1094, in *www.giustizia-amministrativa.it*) e, se si vuole, anche quella di perenzione (art. 83 c.p.a.).

(32) V. Cons. St., sez. V, 27 novembre 2012 n. 5970, in questa *Rivista*, 2012, 11, 2940; *id.*, 26 luglio 2012 n. 4251, *ivi*, 2012, 7-8, 1977; *id.* 8 marzo 2011 n. 1462, *ivi*, 2011, 3, 910. *Contra*, Cons. St., sez. V, 19 giugno 2012 n. 3557, in questa *Rivista*, 2012, 6, 1615; Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2010 n. 2029, in *Foro it.*, 2010, 227.

(33) Il che sembra anche ammesso dalla stessa sentenza annotata, che, non a caso, ha configurato la disposizione da parte del giudice di un rinvio dell'udienza in termini di mera possibilità, utilizzando infatti a riguardo il termine («può»). Nessuna norma, del resto, si occupa espressamente di disciplinare l'ipotesi di rinvio dell'udienza di merito, diversamente da quanto avviene per il caso di definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare, laddove l'art. 60 c.p.a. contempla il rinvio a data fissa quale conseguenza obbligata della dichiarazione della parte di voler proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o di giurisdizione. Sui rischi insiti in un «giusto processo» regolato non già (interamente) dalla legge, bensì (anche) dal giudice cfr. poi M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 109 e ss.

(34) Si è infatti sottolineato come debba in tale ipotesi radicalmente escludersi che il giudice debba (o possa) assegnare termini di sorta per difese scritte, men che meno rinviando la causa ad un'udienza successiva (salvo che ambo le parti lo richiedano, e che il giudice stesso vi consenta); infatti la fissazione di un termine ulteriore, per il mero deposito di difese scritte (e, dunque, anche in questo caso senza alcuna possibilità di rimettere la causa sul ruolo), è prevista unicamente nel caso in cui il rilievo d'ufficio di una questione nuova per le parti sia effettuato dopo il passaggio della causa in decisione (C.G.A.R.S., 27 luglio 2012 n. 721, in *Guida al diritto*, 2012, 39, 90).

(35) Così, con riferimento all'analoga possibilità di costituzione dell'amministrazione in udienza nel processo tributario, F. GALLO, *Il «giusto» processo tributario*, in *Il giusto processo*, Roma, 2003, 114.

c.p.a., non solo le parti, ma anche il giudice. E infatti, la deroga che siffatto principio soffrirebbe per effetto del rinvio dell'udienza, volto a consentire una più meditata presa di posizione in ordine alle questioni non rilevabili d'ufficio sollevate dalle parti intimare direttamente innanzi al collegio, non potrebbe dirsi pienamente giustificata alla luce dei principi — anch'essi di rango costituzionale — del contraddittorio processuale (36) e della parità delle armi (37), dal momento che, come visto, il ricorrente godrebbe di per sé di uno strumento di replica — quello orale — formalmente omogeneo ed equiordinato a quello a disposizione degli avversari.

In secondo luogo, l'Adunanza Plenaria osserva che il supposto privilegio di cui le parti intimare godrebbero per effetto della costituzione in udienza — che rimarrebbe una possibilità irrinunciabile, pena l'ingiustificata perdita di un ruolo processuale attivo delle parti evocate in giudizio — sarebbe comunque contemperato dalla perdita delle prerogative processuali nel frattempo decadute per il decorso dei relativi termini, anzitutto con riguardo alla presentazione di scritti e documenti ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a. Ma viene naturale replicare che alla consumazione del potere di veicolare in giudizio prove documentali e di produrre scritti difensivi non si accompagna affatto la perdita della facoltà di formulare in udienza eccezioni in senso proprio e stretto (38), ovvero improprie, quali quella di litispendenza, di connessione (art. 70 c.p.a.) o di nullità (39), di proporre istanze volte alla sollevazione di una questione di illegittimità costituzionale o all'ammissione della prova testimoniale (art. 63, comma 3, c.p.a.), di domandare la fissazione di un termine entro cui poter proporre querela di falso innanzi al giudice ordinario (art. 77, comma 1, c.p.a.). Non solo: le parti intimare potrebbero anche appellarsi in udienza all'operatività dell'art. 21-*octies*, comma 2, ultimo periodo, L. 7 agosto 1990 n. 241 (40), contestare i fatti allegati dal ricorrente al fine di evitare che essi vengano posti a fondamento della decisione *ex art.* 64, comma 2, c.p.a. (41), o anche solo sollecitare il giudice a rilevare

(36) Alla cui stregua, in particolare, al potere di una parte deve sempre corrispondere il potere simmetrico dell'altra di replicare ed assumere le iniziative necessarie a smentire o contraddire le deduzioni avversarie, cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2011, 32.

(37) Intesa come possibilità di eguaglianza nelle armi processuali con opportunità di svolgere argomentazioni contrastanti, cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia « non amministrativa »*, Milano, 2005, 66.

(38) Certamente ammissibili nelle controversie in materia di diritti soggettivi, principalmente nella forma dell'eccezione di prescrizione, sulla cui non rilevanza di ufficio, ad eccezione della materia previdenziale (Cons. St., sez. IV, 17 maggio 2012 n. 2843, in questa *Rivista*, 2012, 5, 1169), cfr., tra le tante, Cons. St., sez. IV, 25 giugno 2013 n. 3455, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. III, 19 settembre 2012 n. 4981, *ivi*; Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5888, in *Dir. & Giust.*, 2005, 41, 78; ed in quella di compensazione, v., ad esempio, Cons. St., sez. V, 11 giugno 2013 n. 3233, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lazio, sez. II, 6 novembre 2012 n. 9052, in questa *Rivista-TAR*, 2012, 11, 3537. Ma talvolta configurabili anche nell'ambito del classico giudizio impugnatorio (cfr. Cons. St., sez. V, n. 6490/2005 cit. che ha qualificato eccezione in senso stretto il disconoscimento di scrittura privata).

(39) Questa ultima opponibile in ossequio al principio *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*, solo dalla parte resistente *ex art.* 31, comma 4, c.p.a.

(40) In proposito appare discusso se l'invocazione della natura non invalidante del vizio afferente alla mancata comunicazione di avvio del procedimento postuli, o meno, la proposizione di una eccezione non rilevabile di ufficio. La dottrina maggioritaria appare schierata nel primo senso (v. L. FERRARA, *L'allegazione dei fatti e la loro prova nella disciplina dell'annullabilità non pronunciabile: problematiche processuali e trasformazioni sostanziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, 243; D. F. G. TREBASTONI, *La sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2008, 1295). La giurisprudenza, invece, appare divisa tra la prima (Cass. Civ., SS.UU., 5 aprile 2012 n. 5445, in questa *Rivista*, 2012, 4, 797 e in *Giust. civ. mass.*, 2012, 4, 450; TAR Liguria, sez. II, 11 gennaio 2013 n. 72, in questa *Rivista-TAR*, 2013, 54; TRGA Bolzano, sez. I, 26 giugno 2009 n. 243, *ivi*, 2009, 6, 1711) e la seconda soluzione (Cons. St., sez. V, 17 settembre 2008 n. 4414, in questa *Rivista*, 2008, 9, 2419 e in *Foro it.*, 2009, 4, III, 208; TAR Sicilia, sez. I, 1 luglio 2011 n. 1650, in questa *Rivista-TAR*, 2011, 7-8, 2583; *id.*, 15 aprile 2011 n. 938, *ivi*, 2011, 4, 1417; *id.*, 16 dicembre 2010 n. 4747, *ivi*, 2010, 12, 4061).

(41) L'onere di specifica contestazione, secondo la consolidata giurisprudenza civile, deve essere soddisfatto nella prima difesa utile (v. Cass. Civ., sez. I, 27 febbraio 2008 n. 5191, in *Dir. & Giust.*, 2008 e in *Il civilista*, 2010, 33). Tuttavia, alla luce dell'orientamento permissivo della

la sussistenza di una causa idonea a far concludere il processo con una pronuncia di rito (42).

4.3. Il ripudio della «tesi intermedia».

Da ultimo, il Supremo Consesso esamina la posizione mediana talvolta sostenuta in giurisprudenza (43), alla cui stregua la costituzione in giudizio delle parti intimata non potrebbe comunque intervenire oltre il termine di trenta giorni per il deposito delle memorie difensive stabilito dall'art. 73, comma 1, c.p.a. Anche tale opinare viene tuttavia disatteso: la disposizione appena richiamata si riferirebbe unicamente alla produzione di memorie (oltre che di documenti), non potendosi dunque estendere la rigorosa preclusione ivi prevista all'esercizio di una diversa facoltà volta alla differente funzione della mera costituzione in giudizio. La tesi — invero respinta piuttosto sbrigativamente — avrebbe probabilmente meritato una più attenta considerazione. Può essere infatti vero che, dall'esame dell'art. 46, comma 1, c.p.a., non sia dato trarre elementi non solo di ordine letterale, ma altresì di ordine logico (44) che dimostrino che il relativo termine di sessanta giorni sia posto a pena di decadenza, così da far ritenere che la parte intimata non perda il potere di costituirsi anche posteriormente al suo inutile spirare (45). Più difficile invece è asserire che alla resistente o ai controinteressati sia consentito costituirsi anche oltre il termine perentorio di trenta giorni liberi anteriori all'udienza previsto dall'art. 73, comma 1, c.p.a. Infatti, se è vero che la «costituzione» di cui discorre l'art. 46, comma 1, c.p.a. deve necessariamente constare di un atto scritto, non essendo immaginabile che, prima ancora della fissazione dell'udienza (46), le parti intimata possano presentarla in forma orale (47), e se è vero che l'ultimo momento utile per veicolare in giudizio atti scritti è quello posto dall'art. 73, comma 1, allora deve necessariamente seguirne che, spirato il termine prescritto da quest'ultimo articolo, le parti intimata non possano più pretendere ed ottenere di costituirsi (oralmente) in un frangente posteriore (48). Il

giurisprudenza amministrativa, dovrebbe ammettersi che la parte intimata vi assolva direttamente in udienza, ben potendo costituirsi direttamente in questa sede. In chiave critica su di una siffatta evenienza cfr. L. BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa: una primissima lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 844.

(42) Parrebbe invece che la domanda di «autocondanna» ex art. 42-bis, D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 debba essere necessariamente proposta nel primo scritto difensivo (cfr., con riferimento all'art. 43 D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, Cons. St., sez. IV 19 febbraio 2010 n. 997, in questa *Rivista*, 2010, 2, 318; TAR Umbria, sez. I, 12 ottobre 2010 n. 483, in questa *Rivista-TAR*, 2010, 10, 3195), al pari, laddove ammissibile, dell'istanza di chiamata in causa di un terzo (cfr. Cons. St., sez. IV, 11 marzo 2013 n. 1468, in questa *Rivista*, 2013, 3, 692, peraltro in relazione a controversia alla quale non era applicabile, *ratione temporis*, l'art. 28, comma 3, c.p.a.).

(43) Si richiama Cons. St., sez. V, n. 1058/2012 cit.

(44) Invero, potrebbe dubitarsi, in modo non peregrino, che la supposta perentorietà del termine di costituzione, con correlativa anticipazione del contraddittorio, risponda realmente ad interessi meritevoli di tutela: la ritenuta perentorietà, infatti, permetterebbe sì di realizzare un contraddittorio effettivo sin dalle prime battute del rapporto processuale, ma, trascorrendo notoriamente tra il momento in cui l'azione è incardinata e quello di celebrazione dell'udienza di merito un lasso di tempo imprecisato e, normalmente, assai lungo, difetterebbe «un dialogo serrato tra le parti, con il rischio di sterilizzare le potenzialità maieutiche del contraddittorio stesso» (così P. PATRITO, *op e loc. cit.*).

(45) Sulla sanzione derivante dall'inutile decorso di un termine decadenziale in termini di perdita del potere di compiere un atto cfr. *amplius* A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012.

(46) Che ha luogo, come visto, posteriormente al decorso del termine di cui all'art. 46, comma 1, c.p.a.

(47) Anche in ragione del fatto che, al di là dei casi di patrocinio dell'Avvocatura erariale e di difesa personale delle parti, l'atto di costituzione deve contenere l'apposita procura rilasciata al difensore, che, a mente dell'art. 83 c.p.c., deve recare forma scritta.

(48) Cioè nel corso della pubblica udienza. Peraltro, dovrebbe altresì negarsi la possibilità di costituirsi entro l'ulteriore termine di venti giorni liberi anteriori all'udienza, cioè all'atto del deposito delle memorie di replica (le quali, lungi dal poter essere surrettiziamente asservite all'esigenza di aggirare la preclusione maturata per effetto della scadenza del precedente termine

che risulta confermato non solo dal fatto che, in effetti, l'art. 73, comma 2, c.p.a. dispone, con riguardo all'attività espletabile nell'udienza di merito, unicamente che le «*parti possono discutere sinteticamente*», ciò postulando una previa, esaustiva definizione dei contorni della *res litigiosa* entro i quali possa dunque svilupparsi, attraverso le contrapposte argomentazioni, un succinto dibattito volto a far udire la propria ultima voce in merito alla controversia o a meglio chiarire aspetti della medesima già in precedenza sviscerati (49). Ma anche dal fatto che, simmetricamente, l'art. 50, comma 3, c.p.a. prescrive, a proposito dell'intervento volontario in causa, che il deposito del relativo atto (sostanzialmente una comparsa di costituzione, *arg. ex art. 267*, comma 1, c.p.c.) «è ammesso fino a trenta giorni prima dell'udienza» (50).

5. Conclusioni.

Come è stato autorevolmente osservato, predicare la perentorietà del termine di costituzione delle parti intime non potrebbe che determinare il superamento dello squilibrio della posizione tra le parti del processo amministrativo che «*costituisce un ingiustificato quanto tradizionale vantaggio per la resistente, poiché viene a mancare quella pienezza di contraddittorio tra ricorrenti e resistenti che dovrebbe esistere fin dall'inizio del processo per assicurare in tutte le fasi del processo una uguale tutela della posizione processuale anche del ricorrente (arg. ex art. 24 Cost.)*» (51).

per il deposito delle memorie conclusive, hanno propriamente la funzione di evitare l'inconveniente del precedente sistema, in cui alle difese esposte solo nell'ultima memoria era possibile replicare solo oralmente in udienza). Un preciso limite procedurale, infatti, vi osterebbe. Per effetto della modifica apportata dall'art. 1, comma 1, lett. q) d.lg. 15 novembre 2011 n. 195 all'art. 73, comma 1, c.p.a., presupposto indefettibile per il deposito di repliche è l'avvenuto deposito, in vista dell'udienza, di memorie conclusionali (o documenti) ad opera delle controparti (non parendo invece indispensabile che la parte abbia già essa stessa previamente depositato una conclusionale, cfr. TRGA Trento, 12 novembre 2012 n. 271, in questa *Rivista-TAR*, 2012, 9, 2681). Ebbene, individuandosi precipuamente la *ratio* della novella nel contrastare l'espedito processuale della concentrazione delle difese nelle memorie di replica, con la conseguente impossibilità per l'avversario di controdedurre per iscritto, al fine di predicare l'ammissibilità della replica dovrebbe comunque accertarsi, come rilevato in giurisprudenza, la sussistenza di un equilibrio numerico dei rispettivi atti di parte: equilibrio che mancherebbe per definizione allorché vi sia, da una parte, il ricorso introduttivo seguito da una comparsa conclusionale (due atti) e, dall'altra, solo una memoria di replica (un atto), che funga al contempo da memoria di costituzione (cfr. TAR Umbria, sez. I, 20 aprile 2012 n. 126, in questa *Rivista-TAR*, 2012, 4, 1195). Non solo. Un ulteriore ostacolo proverrebbe dal rigoroso limite contenutistico della memoria di replica. Essa serve invero solamente a controdedurre alla conclusionale avversaria, e, soprattutto, non può di per sé contenere conclusioni, che sono invece elemento indefettibile della comparsa di costituzione e risposta (*arg. ex art. 167*, comma 1, c.p.c.). Sottolinea peraltro M. CLARICH, *Conclusioni*, in AA.VV., *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, a cura di E. Catelani-A. Fioritto-A. Massera, Napoli, 2011, 308 e ss., come sia necessario verificare nella prassi come il giudice garantirà che la memoria di replica sia limitata a ribattere le argomentazioni avversarie di cui alle precedenti difese e non a introdurre nuovi elementi che mortificherebbero la *ratio* dell'istituto.

(49) Che la «discussione» non includa anche implicitamente (o secondo la regola per cui «nel più sta il meno») la «costituzione» pare confermato dalla lettura dell'art. 55, comma 7, c.p.a. che, con riguardo alla camera di consiglio per la decisione dell'istanza cautelare, si cura di distinguere la costituzione delle parti dall'audizione dei difensori che ne facciano richiesta, finalizzata ad una sintetica trattazione orale della causa.

(50) Sull'inammissibilità di un atto di intervento depositato posteriormente a tale termine (nella specie solo il giorno prima dell'udienza di discussione) v. Cons. St., sez. V, 28 novembre 2012 n. 6010, in questa *Rivista*, 2012, 11, 2941.

(51) Così, testualmente, G. ABBAMONTE-R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1997, XX, 207. Come è stato osservato (G. TROPEA, *op. e loc. cit.*), la sperequazione tra le parti e la posizione impari del ricorrente non potrebbero essere infatti adeguatamente limitate nemmeno dalla prassi forense atta a «stanare» amministrazione e controinteressato attraverso la domanda cautelare formulata allo scopo di indurre le altre parti ad esporre con esaustività le proprie tesi difensive ed eccezioni: «*ciò in quanto spesso a tale prassi si accompagna un'altra limitazione del contraddittorio, data*

Senonché, *de jure condito*, la strada parrebbe in questo senso impervia, non solo perché, al di là del dato formale, è la stessa attuale struttura del giudizio amministrativo, imperniata su di un'udienza di merito incerta nel *quando* (52), a far interrogare sull'effettiva necessità o sul reale senso di assegnare alle parti in esso evocate un breve termine decadenziale per farvi il loro ingresso (53). Ma anche perché il processo amministrativo, in ragione del ruolo preponderante che in esso svolge l'interesse pubblico sostanziale, è ancora troppo legato ad una connotazione di specialità idonea ad affievolire i principi del giusto processo (54). Peraltro, il problema più grave, al di là della perentorietà o meno del termine di costituzione, sembrerebbe essere quello della mancanza di puntuali preclusioni (55) che inibiscano l'opposizione di difese (anche maliziosamente) tardive, addirittura nel corso dell'udienza di merito. Come si è avuto modo di osservare, tuttavia, non difetterebbero, allo stato, dei puntuali addentellati interpretativi idonei a far propendere almeno per l'impossibilità di una costituzione in giudizio delle parti intimiate direttamente all'udienza di merito. Considerando la memoria da prodursi entro il termine di trenta giorni liberi anteriori all'udienza come il momento ultimo assegnato alle parti intimiate per costituirsi, svolgendo compiutamente le proprie

dall'impossibilità per il ricorrente di controdedurre (a sua volta), se non oralmente e in udienza, sovraccaricando peraltro di compiti impropri l'istanza cautelare». Cfr. anche a riguardo E. FOLLIERI, *op. cit.*, 510; F. SAIITA, *op. cit.*, 739.

(52) Lo stesso istituto della perenzione ultraquinquennale, di cui all'art. 82 c.p.a., è emblematico al riguardo.

(53) Tenendo presente che, secondo la giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, A.P., 28 luglio 1980 n. 35, in *Cons. St.*, 1980, 834) e una parte cospicua della dottrina (v. F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, vol. IX, 740; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 249), la litispendenza si realizza con il deposito del ricorso, il succinto termine decadenziale che è invece assegnato, a pena di inammissibilità dell'impugnativa, al ricorrente per la costituzione in giudizio potrebbe giustificarsi in nome di una esigenza di certezza dei rapporti giuridici.

(54) Cfr. sul punto M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 127 e ss., la quale svolge un interessante parallelismo con l'analoga disciplina del processo tributario, menzionando una pronuncia (Corte Cost., 7 aprile 2006 ord. n. 144, in *Giur. cost.* 2006, 2) in cui il Giudice delle Leggi, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 23 del d.lg. 31 dicembre 1992 n. 54 in relazione all'art. 22, nella parte in cui non prevede la sanzione dell'inammissibilità della costituzione del resistente che non avvenga — mediante deposito, nella segreteria della commissione adita, del proprio fascicolo contenente le controdeduzioni e i documenti offerti in comunicazione — nel termine di sessanta giorni dalla notifica del ricorso, ha dichiarato la questione manifestamente infondata, chiarendo che la diversa disciplina delle conseguenze derivanti dalla tardiva costituzione è evidente riflesso della diversa posizione che, specie in un processo di tipo impugnatorio come quello tributario, la legge attribuisce a ricorrente e resistente, mentre la tardiva costituzione del convenuto può dar luogo, se la legge lo prevede, a decadenze sia di tipo assertivo che probatorio, ma mai ad un'irreversibile dichiarazione di contumacia.

(55) Al di là del caso dell'eccezione di incompetenza in mancanza di domanda cautelare (art. 15, comma 3, c.p.a.) e della riproposizione ad opera delle parti diverse dall'appellante (dunque, ben potrebbe trattarsi dello stesso ricorrente in prime cure) delle domande e delle eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate in primo grado (art. 101, comma 2, c.p.a.), il solo esempio in questo senso sembrerebbe provenire dalla disposizione di cui all'art. 47, comma 2, c.p.a., a mente della quale «se una parte, diversa dal ricorrente, ritiene che il ricorso debba essere deciso dal tribunale amministrativo regionale con sede nel capoluogo anziché dalla sezione staccata, o viceversa, deve eccepirlo nell'atto di costituzione o, comunque, con atto depositato non oltre trenta giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 46, comma 1». Secondo A. TRAVI, *Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 589, il rifiuto di un sistema rigoroso di preclusioni discende dalla persistente convinzione secondo cui un processo amministrativo con preclusioni troppo rigide possa pregiudicare la garanzia dell'interesse pubblico. Ciò che, secondo l'Autore «esprime in realtà una confusione di ruoli e di idee che non è compatibile con i principi del processo: come è confermato anche nel giudizio civile, l'assetto del processo non può e non deve essere condizionato dall'importanza dell'interesse perseguito da una parte sul piano sostanziale».

difese (56), si salvaguarderebbe — pur nell'innegabile esiguità dei tempi a disposizione del ricorrente per contrastare, apprestando le relative repliche, le tesi avversarie — il *minimum* vitale del contraddittorio.

PAOLO VERRI

(56) Coerentemente con il principio di cartolarità che informa il processo amministrativo e con una corretta considerazione dell'udienza di merito come la sede destinata alla sola discussione su di un *thema decidendum* già interamente dipanato ad opera delle parti.