

LUCA BERTONAZZI

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università degli Studi di Milano

luca.bertonazzi@unimi.it

**IL TRATTAMENTO PROCESSUALE
DELL'INCOMPETENZA
E DEI VIZI AD ESSA ASSIMILATI**

**LEGAL RULES ON COURT'S LACK OF COMPETENCE
AND OTHER COMPARABLE HYPOTHESIS**

SINTESI

Il contributo si occupa del regime processuale del vizio d'incompetenza e di quelli ad esso assimilati, proponendo un'impostazione sensibilmente diversa da quella delineata dall'annotata sentenza dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2015. L'intima *ratio* dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. è ravvisata unicamente nella garanzia del diritto di difesa dell'autorità amministrativa (che si accerta essere) competente (o di quella preposta a formulare proposte, pareri e valutazioni tecniche). Viene di conseguenza (ri)perimetrato lo spettro applicativo della menzionata disposizione, dal quale esulano i casi di provvedimento adottato da un organo anziché da un altro, ambedue appartenenti alla stessa Amministrazione, e nel quale invece confluiscono i casi di provvedimento emanato da un'Amministrazione in luogo di un'altra (ambedue titolari di attribuzioni convergenti nello stesso settore), nonché i casi in cui l'incompetenza prospettata dal ricorrente (e accertata dal giudice) attiene bensì a relazioni interorganiche, ma l'Amministrazione (che si accerta essere) competente interviene in giudizio, volontariamente o dietro ordine del giudice (art. 28, commi 2 e 3, c.p.a.). Identica logica viene, quindi, riproposta per i vizi assimilati all'incompetenza.

Si prospetta, infine, la tesi che annovera l'Amministrazione (che si accerta essere) competente (così come quella preposta a rendere proposte, pareri e valutazioni tecniche) tra le parti necessarie del giudizio, nei cui confronti ordinare l'integrazione del contraddittorio, argomentando dall'art. 27, comma 2, c.p.a. Se così fosse — si conclude — non vi sarebbero più tipologie di vizi sottratte alla facoltà di graduazione del ricorrente, da esaminare con priorità e la cui fondatezza comporta l'assorbimento degli altri motivi di diritto: il processo amministrativo italiano risulterebbe più allineato al paradigma sovranazionale della "piena giurisdizione".

ABSTRACT

This contribution covers the procedural rules governing the lack of competence to take an administrative decision and other similar flaws, proposing a different approach to that one based on the recent decision of the Adunanza plenaria of the Consiglio di Stato no. 5/2015.

PAROLE CHIAVE: Incompetenza; art. 34, comma 2, c.p.a.; nomofilachia; Plenaria n. 5/2015; Tribunale amministrativo regionale.

KEYWORDS: Lack of Competence; Art. 34, comma 2, c.p.a.; Leas in Law; Plenaria n. 5/2015; Administrative Court.

INDICE: 1. La continuità tra l'art. 26, comma 2, primo periodo, della legge istitutiva dei Tar e l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. secondo la Plenaria n. 5/2015 – 2. Intima *ratio* dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. e (ri)perimetrazione del suo spettro applicativo: il vizio di incompetenza – 3. *Segue*: i vizi assimilati all'incompetenza – 4. I due volti dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. – 5. Una nuova parte necessaria del giudizio?

1. La continuità tra l'art. 26, comma 2, primo periodo della legge istitutiva dei Tar e l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. secondo la Plenaria n. 5/2015

L'art. 26, comma 2, primo periodo, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (istitutiva dei T.A.R.) stabiliva quanto segue: «*Se [il tribunale amministrativo regionale] accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente*»¹.

Dalla disposizione la giurisprudenza amministrativa costante ha tratto due norme:

a) dovere del giudice di esaminare con precedenza, tra i motivi dedotti dal ricorrente, quello relativo al vizio di incompetenza (ipotesi di ordine legale di esame, ossia di priorità impressa ad un motivo dalla legge);

b) dovere del giudice, accertata la fondatezza del lamentato vizio di incompetenza, di assorbire (*id est*, non scrutinare) gli altri motivi articolati dal ricorrente (ipotesi di assorbimento legale, ossia di assorbimento imposto al giudice dalla legge).

In un'epoca e in un contesto in cui la giurisprudenza amministrativa non era, in linea generale, propensa a riconoscere attitudine vincolante, per il giu-

¹ Identico precetto era dettato, ancor prima, dall'art. 45, comma 1, secondo periodo, del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054.

dice, all'eventuale graduazione dei motivi da parte del ricorrente, si escludeva comunque, in quanto ripugnante all'accennato ordine legale di esame, la subordinazione del vaglio del vizio di incompetenza al rigetto di altri motivi prospettati in via principale.

La giurisprudenza era solita rintracciare la *ratio* dell'art. 26, comma 2, primo periodo, cit. nel principio di separazione dei poteri e, segnatamente, nell'esigenza di non pregiudicare il successivo operato dell'autorità amministrativa preposta. Questa è l'efficace sintesi tratteggiata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza qui annotata: «L'accoglimento del ricorso giurisdizionale per la riconosciuta sussistenza del vizio di incompetenza comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi di impugnazione, in quanto la valutazione del merito della controversia si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente, cui spetta l'effettiva valutazione della vicenda e che potrebbe emanare, o non, l'atto in questione o comunque provvedere con un contenuto diverso» (*sub* 8.3.1)².

Il codice del processo amministrativo ha bensì abrogato l'art. 26 della legge n. 1034/1971, ma — secondo la sentenza qui annotata (*sub* 8.3.2) — ne ha, nel contempo, ribadito il contenuto precettivo nell'art. 34, comma 2, primo periodo: «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati»³.

² Ivi si richiamano Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143; Cons. Stato, sez. IV, 1 agosto 2001, n. 4214 (che richiama a sua volta Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 1995, n. 4159); Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2001, n. 1253. Un cenno a parte merita Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 1996, n. 310 (in *Giur. it.*, 1996, III, 617, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Novità sull'assorbimento dei motivi*), che reputò inammissibile, per carenza di interesse, il motivo di incompetenza prospettato dal ricorrente in via gradata rispetto ad altri motivi: ma — si osserva criticamente — altro è il divieto di condizionare la disamina del vizio di incompetenza al rigetto di doglianze ritenute preminenti, altro ancora la sua inammissibilità per carenza di interesse. Davvero non si comprende come dal vano tentativo del ricorrente di divincolarsi dall'ordine legale di esame dei motivi discenda la carenza di interesse a coltivare quello, relativo al vizio d'incompetenza, inammissibilmente dedotto in via subordinata: si tratterà di scrutinarlo con precedenza, giammai di fulminarlo con l'inammissibilità sulla base di una fantomatica carenza di interesse. Ad opinare diversamente, il potere dispositivo della parte finirebbe per avere la meglio sull'ordine legale di esame dei motivi.

³ Hanno ritenuto, invece, superato il carattere radicale e assorbente del vizio di incompetenza Tar Toscana, sez. II, 16 giugno 2011, n. 1076, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 13 maggio 2011, n. 1233, Tar Liguria, sez. II, 27 aprile 2012, n. 609, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 20 dicembre 2013, n. 2913 e Tar Lazio, Roma, sez. II-quater, 7 ottobre 2014, n. 10225, argomentando: a) dall'abrogazione dell'art. 26 della legge n. 1034/1971; b) dalla circostanza che, nell'ipotesi di atto affetto da incompetenza, il sindacato del giudice si esplica su un potere già esercitato, sebbene illegittimamente (sicché non si incontrerebbe il divieto, stabilito dall'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., di sindacato giudiziale su un'attività amministrativa futura: così pure M. TRIMARCHI, *Il divieto di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 1102-1103 ss.; L.R. PERFETTI, G. TROPEA, "Heart of darkness": *l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 223-225, spec. nota 7, e 271; N. PAOLANTONIO, *Gli interessi generali nel (e del)*

«Secondo una lettura oggettiva, i poteri [amministrativi] cui si riferisce l'art. 34, comma 2, c.p.a. sono quelli mai esercitati da alcuna autorità», sicché si eclisserebbe il peculiare regime processuale per l'innanzi riservato al vizio di incompetenza; «secondo una opposta lettura, d'indole soggettiva, il riferimento è», invece, «ai poteri non esercitati dall'autorità competente», risultando così riproposta la specialità del pregresso trattamento processuale del vizio di incompetenza, compendiabile nel duplice dovere del giudice di conoscerlo comunque per primo e, trovatolo fondato, di astenersi dalla disamina degli altri motivi prospettati dal ricorrente.

La Plenaria n. 5/2015 (sub 8.3.2) ritiene «senza dubbio» preferibile «quest'ultima esegesi»⁴, in quanto «più rispettosa del quadro sistematico e dei valori costituzionali» sotto tre profili:

a) «diversamente opinando ... verrebbe leso il principio del contraddittorio rispetto

processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo ed oggettivo (osservazioni sparse), in *www.giustamm.it*, 2013, 3; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 461; c) dall'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a., che autorizza il giudice della cognizione, nell'accogliere il ricorso, a disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione della sentenza. L'argomento sub c) non convince perché dischiude al giudice della cognizione la possibilità di un accertamento precluso, semplicemente travestendolo da misura idonea ad assicurare l'attuazione della sentenza, passibile di anticipazione nella sentenza di cognizione. Invero, l'unico accertamento anticipabile in sede di cognizione potrebbe consistere nell'individuazione dell'autorità competente, in effetti non più imposta al giudice dall'abrogato art. 26 cit. («rimette l'affare all'autorità competente»): cfr. le considerazioni svolte sul finire del successivo par. 2.

L'argomento sub a), benché in sé esatto, nulla dimostra perché il problema si sposta sull'esatta interpretazione dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. L'argomento sub b), centrato sull'interpretazione di quest'ultima disposizione, trascura un decisivo profilo di ordine processuale, come si tenterà di dimostrare nel prosieguo del presente contributo (cfr. il successivo par. 2).

⁴ Così pareva orientata anche l'ordinanza di rimessione (Cons. Stato, sez. V, ord. 22 dicembre 2014, n. 6204, sub 14) e, in precedenza, un'analoga ordinanza di rimessione (Cons. Stato, sez. VI, ord. 11 febbraio 2013, n. 761, sub 10.11), non riscontrata in parte qua da Cons. Stato, ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8, a causa del rigetto, nella specie, del motivo il cui accoglimento avrebbe reso rilevanti le tormentate questioni sulla tassonomia dell'esame dei motivi di diritto.

Nello stesso senso, cfr. Tar Lazio, Latina, 14 giugno 2013, n. 547; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 19 giugno 2013, n. 1347; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 24 aprile 2013, n. 941.

Cfr. altresì C.g.a.r.S., 6 marzo 2012, n. 273, cui aderisce Tar Lazio, Roma, sez. II, 7 gennaio 2014, n. 86, sorvolando qui sull'eccentrico riconoscimento al ricorrente della facoltà di dedurre il motivo relativo all'incompetenza in via subordinata, salvo negare ogni vincolo dell'autorità amministrativa dichiarata competente alla (a quel punto del tutto inutile) «statuizione reiettiva dei motivi che il giudice abbia reso unitamente all'accoglimento del vizio di incompetenza».

In linea con quelle cui sarebbe poi approdata la sentenza qui annotata le conclusioni di R. DE NICTOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *federalismi.it*, 2010, 27; P. CARPENTIERI, *I provvedimenti del giudice*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. SASSANI, R. VILLATA, Torino, Giappichelli, 2012, 1099. Nella stessa scia, da ultimo, D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi, principio della domanda e funzione del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 2015, 1201; G. FANELLI, «Tassonomia delle modalità di esercizio della potestas iudicandi» e tecnica decisoria dell'assorbimento, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1264-1265.

all'autorità amministrativa competente» — «sia essa appartenente al medesimo ente ovvero ad ente diverso ma comunque interessato alla materia» — «dato che la regola di condotta giudiziale si formerebbe senza che questa abbia partecipato ... al processo»⁵;

b) l'inderogabilità dell'ordine legale di attribuzioni e competenze (art. 97, commi 2 e 3, Cost.);

c) la «separazione dei poteri» e la «riserva di amministrazione»⁶.

Secondo la Plenaria n. 5/2015, non soltanto l'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. ribadisce la peculiare disciplina processuale del vizio d'incompetenza, ma vi attrae ulteriori vizi («*assimilati*»), finendo per ampliare il novero di quelli che: *a) il giudice ha il dovere di vagliare con priorità; b) sfuggono, di conseguenza, alla facoltà di graduazione da parte del ricorrente⁷; c) comportano, ove accolti, l'ulteriore dovere del giudice di assorbire gli altri motivi dedotti dal ricorrente. Si tratta, in particolare, della «mancanza della proposta vincolante prevista ex lege come indefettibile» e della «mancata acquisizione di un parere obbligatorio» o di una valutazione tecnica, secondo la «complessa disciplina sostanziale sancita dagli artt. 16 e 17 l. n. 241 del 1990».*

«In tutte» le fattispecie «di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio [e valutazione tecnica], si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è ancora stato esercitato [rectius: il potere non è ancora stato esercitato dall'autorità competente oppure non è ancora stata formulata la proposta dall'autorità competente oppure non è ancora stata espletata la funzione consultiva o la valutazione tecnica da parte dell'autorità competente], sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus» (così la Plenaria n. 5/2015, sub 8.3.2)⁸.

Tali tipologie di vizi appaiono alla Plenaria n. 5/2015 tanto «*assorbenti*» da

⁵ Argomento che faceva capolino già in Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143, sub 7.1. Ma si veda, ben prima, un'intuizione in tal senso da parte di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1962, 460: «... l'autore dell'atto impugnato, se è di certo legittimato passivamente al processo, non dispone viceversa della necessaria legittimazione per contraddire rispetto al rapporto sostanziale: sì che questo non può formare oggetto di accertamento in quella causa».

⁶ Principio variamente declinato in diverse disposizioni del codice del processo amministrativo: la Plenaria n. 5/2015 rammenta il divieto di sindacato giurisdizionale sugli atti politici (art. 7, comma 1, ultimo periodo, c.p.a.); il divieto per il giudice di sostituire l'Amministrazione nelle valutazioni discrezionali, nelle valutazioni tecniche complesse, negli adempimenti istruttori inevasi (art. 31, comma 3, c.p.a., richiamato dall'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.); la tassatività dei casi di giurisdizione estesa al merito (art. 134 c.p.a.).

⁷ Facoltà di graduazione dei motivi, con correlato vincolo per il giudice, riconosciuta al ricorrente dalla stessa Plenaria n. 5/2015, sub 8.1 e 8.2.

⁸ Cfr. altresì Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2015, n. 3813, ove delle tre ragioni, addotte dalla Plenaria n. 5/2015 a sostegno della lettura «d'indole soggettiva» dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit., compare unicamente quella basata sulla «separazione dei poteri».

non tollerare graduazione da parte del ricorrente e da precludere al giudice — che, chiamato a scrutinarle per prime, ne appuri la consistenza — la disamina degli altri motivi prospettati dal ricorrente. L'enfaticizzato carattere «*radicale*» della «*alterazione dell'esercizio della funzione pubblica*» consiste, segnatamente, nel non aver ancora, l'autorità amministrativa competente, esercitato la sua funzione, con conseguente divieto, per il giudice, di prodursi in un sindacato precocemente teso, proprio perché preventivo, a pregiudicare il successivo esercizio del *munus* da parte dell'autorità amministrativa preposta.

2. Intima ratio dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. e (ri)perimetrazione del suo spettro applicativo: il vizio di incompetenza

Come osservato nel precedente paragrafo, la sentenza qui annotata adduce tre argomenti a supporto dell'esegesi privilegiata dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. (*sub* 8.3.2). È venuto il momento di riepilgarli e, nel contempo, sottoporli a un vaglio critico.

Il primo si fonda sulla garanzia del diritto di difesa nell'ambito del processo: se il giudice, accolto il vizio di incompetenza, scrutinasse pure gli ulteriori motivi articolati dal ricorrente e li trovasse parimenti fondati, darebbe vita a regole di condotta senza che l'autorità competente, chiamata come tale a conformarvisi, vi sia stata intimata né vi abbia altrimenti preso parte.

Il secondo argomento si basa, invece, sull'inderogabilità dell'ordine legale di attribuzioni e competenze, siccome delineato dalla legge o in base alla legge, ai sensi dell'art. 97, commi 2 e 3, Cost.

Il terzo argomento, infine, procede dalla «*separazione dei poteri*» e dalla «*riserva di amministrazione*».

Inizierei a sgomberare il campo dal secondo argomento, la cui inconsistenza emerge sol che si consideri l'ipotesi in cui il ricorrente si astenga, magari di proposito, dal dolersi del vizio di incompetenza: il giudice conoscerebbe i motivi dedotti nel ricorso e, accogliendoli, forgerebbe regole di condotta cui dovrebbe assicurare obbedienza l'autorità già resistente e soccombente in giudizio, quand'anche incompetente⁹. Trattasi di un corollario, per nulla paradossa-

⁹ Ne è, in fondo, ben consapevole la stessa sentenza annotata, laddove — *sub* 8.3.2 — guarda con favore alla strategia di quei ricorrenti propensi, nel selezionare i motivi di diritto, a «*concentrarsi solo sull'interesse sostanziale effettivamente perseguibile*».

Meglio glissare, invece, sull'inquadramento tra gli «*eccessi di tutela spesso forieri di veri abusi del processo*» della deduzione di un fondato motivo d'incompetenza. Caso mai il problema an-

le¹⁰, della natura decadenziale del termine per il ricorso, in relazione al vizio d'incompetenza che il ricorrente avrebbe potuto ma non ha fatto valere¹¹: di fronte a ciò, e alla cogenza della sentenza per le parti, capitola la ripartizione legale di attribuzioni e competenze.

Il terzo argomento — che prende le mosse dalla «*separazione dei poteri*» e dalla «*riserva di amministrazione*»¹² — si traduce nell'asserita indefettibilità di una sequenza che vede e vuole dapprima l'episodio di esercizio della funzione da parte dell'autorità amministrativa preposta e solo dopo il sindacato del giudice, cui è inibito uno scrutinio anticipato rispetto all'esplicazione del *munus* da parte dell'autorità amministrativa competente.

Ammesso che fosse davvero persuasiva all'epoca dell'art. 26 della legge n. 1034/1971¹³, una concezione tanto rigida della «*separazione dei poteri*» non è, oggi, in sintonia con un sistema che conosce l'azione di condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto (art. 31, comma 3, e art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.). Si è ben consapevoli delle dimensioni anguste del cantuccio che il legislatore ha ritagliato a favore di quest'azione¹⁴: ma, sia pure entro questo ristretto spazio, è dato al giudice di accertare la fondatezza della pretesa del ricorrente al conseguimento dell'anelato provvedimento ampliativo.

Inoltre, il canone della «*piena giurisdizione*», prescritto dall'art. 6 CEDU onde compensare i (fatali) *deficit* di garanzie (del giusto processo) nell'ambito del

rebbe impostato, sulla base del diritto positivo, in termini di riconducibilità o meno del vizio d'incompetenza nell'orbita dell'art. 21-octies, comma 2, primo alinea, della legge n. 241/1990: certo è, senza andar fuori tema né anticipare gli approdi cui si perverrà infra, che l'eventuale attrazione del vizio di incompetenza nello speciale regime processuale delineato dall'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. dovrebbe far propendere per l'inesorabilità dell'annullamento di un provvedimento affetto dalla lamentata incompetenza.

¹⁰ Così, invece, E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. it.*, 2015, 2202; L.R. PERFETTI, G. TROPEA, «*Heart of darkness*», *cit.*, 272-273.

¹¹ E non, secondo quel che talvolta si legge in giurisprudenza, del principio, che si vorrebbe applicabile pure al processo amministrativo, secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

¹² «Riserva di amministrazione» non identifica, in questo specifico contesto, un'area di azione amministrativa immune dal sindacato del giudice (quale, ad esempio, quella degli atti politici), bensì l'indefettibilità di una sequenza che vede e vuole dapprima l'esercizio della funzione da parte dell'autorità amministrativa preposta e solo dopo il sindacato del giudice.

¹³ Cfr. le critiche già avanzate da R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, 584-586 e da E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Nov. dig. it.*, 1966, XIII, 1087, di recente richiamate da A. TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, 286. In anni più vicini, cfr. G. SORRENTINO, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 87-90.

¹⁴ Non soltanto se ne è ben consapevoli, ma — per quel che può contare — si condivide appieno la prudenza del legislatore, per ragioni sulle quali non è qui il caso di attardarsi.

procedimento amministrativo, certamente non tollera un giudice nazionale che, arrestandosi ben prima di aver esaurito l'intero compendio delle censure sottopostegli¹⁵, finisce per menomare la capacità della sua stessa sentenza di appagare ben più intensamente la sfera giuridica del ricorrente.

Per non dire degli abusi cui si presta, potenzialmente, una concezione tanto inflessibile della “separazione dei poteri”: si pensi ad una sequela di dinieghi, tutti deliberatamente adottati da organi incompetenti, tutti sterilmente annullati, in successione, da un giudice ogni volta impossibilitato a vagliare gli altri motivi *inutiliter* dedotti dal ricorrente. Con l'aggravante che, ancorando il risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi (pretensivi) alla spettanza del bene della vita avuto di mira, nessun ristoro scaturirebbe dall'ipotizzata vicenda qualora il sospirato provvedimento ampliativo non spettasse al ricorrente¹⁶.

Scartato anche il secondo argomento, rimane da saggiare la bontà del primo, basato sulla garanzia del diritto di difesa nel giudizio: se il giudice, assodata la consistenza del vizio di incompetenza, scrutinasse gli ulteriori motivi rappresentati dal ricorrente e li accogliesse, si formerebbero regole giudiziali di condotta senza che l'autorità amministrativa tenuta a darvi esecuzione abbia mai preso parte al relativo processo.

Un simile scenario è veramente incompatibile con il diritto di difendersi nel giudizio: in ciò — e, si badi, in ciò soltanto — va rintracciata l'intima *ratio* dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. Intima *ratio* che, naturalmente, ne illumina lo spettro applicativo.

Invero, una *ratio* siffatta è rinvenibile solo quando il provvedimento sia stato adottato da un'Amministrazione in luogo di un'altra, sempre che risultino ambedue titolari di attribuzioni convergenti nello stesso settore, ché altrimenti si ricadrebbe nel difetto assoluto di attribuzione¹⁷. Solamente in consimili evenienze, infatti, il processo produrrebbe regole di condotta a carico di un'Amministrazione, (accertata come) competente e rimasta estranea al giudizio, diversa da quella, (accertata come) incompetente, ivi intimata: la prima si troverebbe a dover ottemperare a regole di azione dettate da una sentenza resa

¹⁵ Quale conseguenza del duplice dovere, per il giudice, di principiare dall'esame del motivo relativo all'incompetenza e, appuratane la fondatezza, di assorbire gli altri motivi di diritto articolati dal ricorrente.

¹⁶ Vero è che addurre inconvenienti non dimostra l'erroneità di una tesi, ma non quando gli stessi, trasmodando in dubbi di legittimità costituzionale, forniscono materia per un'interpretazione costituzionalmente orientata.

¹⁷ Per la distinzione tra incompetenza relativa e assoluta, la dilatazione della prima a scapito della seconda in base al criterio del “settore” o della “branca” di amministrazione (o del “plessso organizzativo” o del “settore amministrativo unitario sotto il profilo funzionale”), cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, 488-491.

tra altri, quale epilogo di un processo cui non è stata messa in condizione di partecipare.

Non così, evidentemente, quando il provvedimento sia stato emanato da un organo anziché da un altro, ambedue appartenenti alla stessa Amministrazione, giacché è quest'ultima, come resistente, la parte necessaria del giudizio¹⁸.

Dunque, confluiscono nell'alveo dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. le sole ipotesi in cui l'incompetenza lamentata dal ricorrente (e accertata dal giudice) attenga a relazioni intersoggettive (tra Amministrazioni) anziché interorganiche (tra organi della stessa Amministrazione)¹⁹.

Esulano dalla disposizione in parola, per contro, le fattispecie in cui l'incompetenza dedotta dal ricorrente (e appurata dal giudice) inerisca a relazioni interorganiche (anziché intersoggettive), essendo parte necessaria del giudizio l'Amministrazione in cui sono inseriti sia l'organo che ha violato l'altrui sfera di competenza, sia quello che se la è vista lesa. Ma lo stesso — si badi — deve predicarsi laddove l'incompetenza prospettata dal ricorrente (e acclarata dal giudice) pertenga bensì a relazioni intersoggettive e tuttavia l'Amministrazione titolare del potere amministrativo intervenga in giudizio (volontariamente o dietro ordine del giudice: art. 28, commi 2 e 3, c.p.a.)²⁰, a fianco di quella che, pur incompetente, ha emanato il provvedimento impugnato e ivi figura come resistente.

Ciò significa che in questi casi, collocati al di fuori dell'orbita applicativa dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit.:

a) il vizio di incompetenza è consegnato alla facoltà di graduazione del ricorrente²¹;

¹⁸ Aderiscono sostanzialmente a tale impostazione, nella decisione dei rispettivi casi concreti, Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6408; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 26 febbraio 2010, n. 1166, con nota di F. RICCIARDI, *L'annullamento per incompetenza non preclude l'esame* degli ulteriori motivi di ricorso, in *Corr. mer.*, 2010, 776 ss. Curiosamente il Tar campano, prima di negare all'accoglimento del vizio d'incompetenza valenza assorbente, lo esamina per primo a dispetto della sua deduzione, nella specie, come "ultimo motivo".

¹⁹ La sacralità, anche in ottica sovranazionale, del diritto di difendersi in giudizio, facente capo all'Amministrazione poi chiamata ad eseguire la sentenza, contribuisce quanto meno (e non poco) ad attenuare la tensione, altrimenti manifestamente insostenibile, con l'archetipo della piena giurisdizione di cui all'art. 6 CEDU: ma il discorso verrà ripreso nelle battute finali del presente contributo (cfr. il successivo par. 5).

²⁰ A mio avviso, le garanzie difensive che spettano a quest'Amministrazione, in considerazione del ruolo rivestito in sede di esecuzione della sentenza (a sua volta discendente dalla titolarità, per legge, dell'attribuzione amministrativa), coincidono con quelle riservate al controinteressato sostanziale: ammissibilità dell'intervento, anche *iussu iudicis*, e piena legittimazione all'appello. Non è predicabile, invece, la legittimazione all'opposizione di terzo, se del caso con le modalità di cui all'art. 109, comma 2, c.p.a., ma solo perché il mancato intervento comporta l'applicazione del regime processuale speciale di cui all'art. 34, comma 2, primo periodo, cit..

²¹ Facoltà già esercitata (peraltro non irretrattabilmente) nel momento in cui si è confezionato il ricorso introduttivo o, altrimenti, esercitabile (per la prima volta o innovando la precedente conformazione della domanda) in pendenza del giudizio.

b) il giudice che accerta la fondatezza del lamentato vizio di incompetenza è affrancato dal dovere di assorbire gli altri motivi dedotti dal ricorrente (salvo che — in ipotesi rara a verificarsi — questi siano stati dedotti in via subordinata al rigetto del motivo relativo all'incompetenza);

c) è ipotizzabile l'accoglimento della c.d. azione di adempimento, esperita contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento negativo²².

Le conclusioni testé raggiunte non sono inficiate dall'odierna mancanza di una disposizione che imponga al giudice, nell'accogliere il vizio di incompetenza, di accertare l'autorità competente. Il punto necessita di un sintetico chiarimento: nonostante il motivo relativo all'incompetenza consisteva, ieri come oggi, nella sola negazione della competenza dell'autorità autrice dell'atto²³, l'art. 26, comma 2, primo periodo, della legge n. 1034/1971²⁴ prevedeva, «*se le parole del legislatore*» avevano «*un senso*», «*che la dichiarazione circa l'autorità competente*»²⁵ fosse «*suscettibile di acquistare forza di giudicato*»²⁶. Oggi, invece, il giudice che accoglie il motivo inerente all'incompetenza non ha il dovere, ma solamente la facoltà di dichiarare l'autorità competente: facoltà che si basa sull'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.²⁷ e che, quando esercitata, dà vita ad un accertamento idoneo al giudicato. Non di meno, anche quando il giudice non esercitasse detta facoltà²⁸ — e la pronuncia venisse così ad aderire perfettamente alla struttura essenziale del motivo articolato dal ricorrente — l'autorità amministrativa prima o dopo in-

²² Invece, nelle fattispecie che ricadono nel perimetro dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. (incompetenza che attiene a relazioni intersoggettive, senza che l'Amministrazione titolare del potere si materializzi in giudizio), l'accoglimento del motivo relativo all'incompetenza, esaminato con priorità, comporta l'assorbimento non solo di tutti gli altri motivi dedotti dal ricorrente a sostegno della domanda di annullamento, ma anche dell'eventuale azione di adempimento che egli avesse esercitato contestualmente a quella di annullamento del provvedimento negativo.

²³ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 248: «... se l'incompetenza viene affermata nel ricorso sostenendo che la competenza spetterebbe a un altro organo, mentre poi emerge nel giudizio che la competenza spetta in realtà a un terzo organo, la domanda deve essere accolta ugualmente, perché la competenza del secondo o del terzo organo non è un elemento che identifica il vizio, ma è solo un 'argomento' proposto a sostegno della sussistenza del vizio di incompetenza rispetto al primo organo».

²⁴ E, prima, l'art. 45, comma 1, secondo periodo, r.d. n. 1054/1924.

²⁵ Deroga tipizzata dalla legge al principio della domanda.

²⁶ A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, Morano, 397, richiamando F. CAMMEO, *Il ricorso alla IV sezione contro le decisioni della Giunta provinciale amministrativa. Casi in cui deve pronunciarsi il rinvio dopo la riforma del 1907*, in *Giur. it.*, 1911, IV, 192.

²⁷ Che annovera tra i possibili contenuti delle sentenze di "accoglimento" del ricorso la definizione delle «*misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese*», tra le quali l'ordine di ottemperare, con prescrizione delle relative modalità (art. 114, comma 4, lett. a), c.p.a.), nonché la nomina di un commissario ad acta (art. 114, comma 4, lett. d), c.p.a.), con effetto dalla scadenza del termine assegnato per l'ottemperanza.

²⁸ Ipotesi rara ma non impossibile a verificarsi.

dividua come titolare della competenza²⁹ si troverebbe ad attuare regole di condotta scaturite da un giudizio in cui non è stata evocata né è altrimenti intervenuta.

3. Segue: i vizi assimilati all'incompetenza

Identico ragionamento si addice alle altre tipologie di vizi (“assimilati”) che la Plenaria n. 5/2015 ha ricondotto *tout court* nell'alveo dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit.

Procedendo dalla vera *ratio* della disposizione³⁰, se ne circoscrive coerentemente lo spettro applicativo alle sole fattispecie in cui l'organo competente a formulare la proposta, a rendere il parere o la valutazione tecnica è inserito in un'Amministrazione diversa da quella procedente (titolare della competenza ad adottare il provvedimento finale).

Esulano, per contro, dall'alveo della disposizione i casi in cui: *a*) l'organo competente a formulare la proposta, a rendere il parere o la valutazione tecnica appartiene alla stessa Amministrazione procedente³¹; *b*) pur appartenendo quell'organo ad Amministrazione diversa da quella procedente, la prima interviene nel giudizio al fianco della seconda, volontariamente (art. 28, comma 2, c.p.a.) o su ordine del giudice (art. 28, comma 3, c.p.a.). In consimili fattispecie, i vizi in parola sono consegnati alla facoltà di graduazione del ricorrente, il giudice che ne appura la fondatezza transita dal dovere di assorbire gli altri motivi a quello di esaminare in linea di principio l'intera domanda³²; ma non è qui ipotizzabile l'accoglimento della c.d. azione di adempimento, ostandovi proprio il mancato compimento di segmenti procedurali (art. 31, comma 3, c.p.a, richiamato dall'art. 34, comma 1, lett. *c*), c.p.a.).

Vale la pena di dedicarsi un momento all'analitica individuazione dei vizi

²⁹ Non importa, nell'economia del discorso che si sta conducendo, se in sede di ottemperanza o in esito ad un ulteriore giudizio di cognizione.

³⁰ Cfr. il par. precedente.

³¹ Parrebbe darlo per scontato E. FOLLIERI, *Due passi avanti, cit.*, 2202, sì da negare l'attrazione di vizi diversi dall'incompetenza nello spettro dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit.

³² Identica interpretazione s'impone per gli artt. 5, comma 1, e 13, comma 1, lett. d), d.P.R. n. 1199/1971 (relativi, rispettivamente, alla decisione sui ricorsi amministrativi ordinari e al parere — ormai vincolante — del Consiglio di Stato sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica): disposizioni che, per come formulate, peccano per eccesso laddove includono anche le ipotesi in cui della funzione esercitata *sine titulo* o omessa è titolare altro organo della stessa amministrazione o un'amministrazione diversa ma interveniente nel contenzioso, e per difetto laddove non menzionano i vizi “assimilati” all'incompetenza.

che la sentenza annotata, identificandoli con formula sintetica³³, ha ascritto, insieme all'incompetenza, al regime dettato dall'art. 34, comma 2, primo periodo cit. Si tratta:

a) della mancata richiesta di parere obbligatorio;

b) *non* della mancata acquisizione di parere obbligatorio debitamente richiesto, perché (la regola è che) il responsabile del procedimento ha la facoltà di prescindere ove non sia reso nel termine (art. 16, comma 2, primo periodo, l. n. 241/1990). Salvo che il ricorrente lamenti l'esercizio illegittimo di tale facoltà, vuoi *sub specie* di essenzialità del parere ai fini della completezza dell'istruttoria, vuoi perché precocemente esplicita prima del decorso del termine per l'effusione della funzione consultiva;

c) della mancata acquisizione di un parere, obbligatorio o facoltativo, che deve essere rilasciato da amministrazioni preposte alla cura di certi interessi 'sensibili'³⁴ (pareri non 'accantonabili', neppure se richiesti in via facoltativa: art. 16, comma 3, l. n. 241/1990);

d) della mancata richiesta di parere vincolante, che, prima d'essere tale, è obbligatorio;

e) della mancata acquisizione di parere vincolante, in quanto tale di regola non 'accantonabile';

f) *non* della mancata richiesta di parere facoltativo, la cui richiesta esprime per l'appunto una facoltà;

g) *non* della mancata acquisizione di parere facoltativo, perché (la regola è che) il responsabile del procedimento ha il dovere di prescindere ove non sia reso nel termine (art. 16, comma 2, secondo periodo, legge n. 241/1990). Salvo che il ricorrente lamenti l'illegittimità di un dovere di 'accantonamento' precocemente disimpegnato in pendenza del termine per l'esercizio della funzione consultiva;

h) della mancata richiesta di valutazione tecnica (art. 17, l. n. 241/1090);

i) della mancata acquisizione di valutazione tecnica (sempre obbligatoria al pari della richiesta: art. 17, commi 1 e 2, l. n. 241/1990);

j) della mancata richiesta e/o acquisizione di una proposta che la legge configura come "indefettibile" e "vincolante" rispetto al susseguente provvedimento (così la Plenaria n. 5/2015, *sub* 8.3.2). Ma, a mio avviso, è sufficiente che

³³ Non di rado le formule sintetiche lasciano margini, anche sensibili, di approssimazione, per rimediare ai quali urge un approccio analitico, sempre basato sul diritto positivo (nella specie, gli artt. 16 e 17 della legge n. 241/1990).

³⁴ «Amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini» (art. 16, comma 3, l. n. 241/1990).

la proposta sia prevista *ex lege* come indefettibile: non è necessario che sia altresì vincolante, come non lo si richiede per pareri e valutazioni tecniche.

4. I due volti dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a.

L'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. detta una disposizione che esibisce due volti. Uno, più appariscente e didascalico, incarna una tradizionale idea di fondo che imprime un ordine tendenziale ai rapporti tra amministrazione e giurisdizione; l'altro, recondito e precettivo, detta un peculiare regime processuale riservato a talune tipologie di vizi di legittimità, in continuità con la logica che già permeava l'art. 26, comma 2, primo periodo, della legge n. 1034/1971, relativo però al solo vizio di incompetenza.

Quanto al primo volto, l'accennata idea di fondo è quella di una tutela giurisdizionale successiva rispetto all'esercizio del potere amministrativo. Lo schema, invero, non è privo di deroghe: si pensi all'azione avverso il silenzio — in cui il sindacato del giudice succede bensì alla lesione dell'interesse legittimo, ma precede l'esercizio del potere amministrativo — e alla c.d. azione di adempimento. Vero è che, nel caso di provvedimento negativo, il sindacato del giudice si situa a valle dell'episodio di esercizio del potere amministrativo culminato nel diniego, ma quando il giudice, eliminato quest'ultimo magari per l'insufficienza della motivazione o per la violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, accerta la fondatezza della pretesa del ricorrente e condanna l'Amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto, pronuncia su un potere non esercitato, nel senso che predetermina l'epilogo del procedimento da rinnovare, consumando la sussunzione di fatti semplici entro le pertinenti norme, che tradizionalmente si riteneva affidata in prima battuta all'Amministrazione. Ciò è viepiù evidente quando la c.d. azione di adempimento è cumulata a quella contro il silenzio³⁵.

Quanto al secondo volto, la particolare disciplina processuale di talune tipologie di vizi di legittimità (che il giudice ha il dovere di esaminare con precedenza, che di conseguenza sfuggono alla facoltà di graduazione da parte del ricorrente e il cui accoglimento inibisce allo stesso giudice lo scrutinio degli altri motivi dedotti dal ricorrente) deriva dalla garanzia del diritto di difesa di

³⁵ Un discorso per certi versi analogo vale per il problematico art. 21-octies, comma 2, secondo alinea, della legge n. 241/1990. Le indicate eccezioni impongono di non prendere alla lettera l'*incipit*, all'apparenza assoluto, dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. ("in nessun caso").

un'Amministrazione che non può essere chiamata ad ottemperare a regole giudiziali di condotta maturate all'esito di un processo cui non è stata messa in condizione di partecipare³⁶. Ma i confini di quel regime processuale sono segnati dalla sottostante *ratio*: dove quest'ultima evapora — perché l'Amministrazione chiamata ad ottemperare alla sentenza è messa in condizione di difendersi nel previo giudizio — quei vizi fuoriescono dal perimetro della *speciale* disciplina dettata dall'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. per confluire nella disciplina *comune*, ove sono affidati alla facoltà di graduazione del ricorrente^{37 38} e il giudice che li accoglie è liberato dal dovere di assorbire le altre doglianze.

5. Una nuova parte necessaria del giudizio?

In questa sorta di *post scriptum* si onora un debito che si era dianzi contratto con il lettore³⁹. È certamente intollerabile, anche in un'ottica sovranazionale, che un'Amministrazione sia tenuta a dare esecuzione ad una sentenza scaturita da un giudizio da cui è rimasta estranea. Non di meno, i giudici di

³⁶ E non dalla “tutela della legalità”, anziché “della parte”, “nello spirito del processo oggettivo”: così, invece, L.R. PERFETTI, G. TROPEA, “*Heart of darkness*”, cit., 256 e 272. Anche N. PAOLANTONIO, *Gli interessi generali*, cit., 3 discorre di «retaggio ... di stampo oggettivistico, contrario al principio di effettività della tutela».

³⁷ Facoltà di graduazione che la Plenaria n. 5/2015 costruisce quale corollario del principio della domanda (sub 8.1), a sua volta «espressione del potere esclusivo della parte di disporre del suo interesse materiale» (sub 7.2).

³⁸ Secondo la Plenaria n. 5/2015, in mancanza di “espressa” graduazione a cura del ricorrente, «si riepande, nella sua pienezza, l'obbligo del giudice ... di pronunciare ... su tutti i motivi» (sub 9.1), secondo un ordine dallo stesso giudice stabilito in funzione «della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio), nonché del rapporto corrente» tra gli stessi «sul piano logico-giuridico e diacronico-procedimentale» (sub 9.2).

Premesso che, per ragioni sulle quali non è qui il caso di indugiare, chi scrive da un lato avrebbe riconosciuto la facoltà di graduazione implicita nell'ordine di prospettazione delle censure (negata, invece, dalla Plenaria n. 5/2015, sub 8.2) e dall'altro lato ritiene non alieno da incertezze l'articolato criterio prefigurato per stabilire la tassonomia dell'esame dei motivi non esplicitamente graduati dal ricorrente (“consistenza oggettiva”, “radicalità del vizio”, rapporto tra i vizi “sul piano logico-giuridico e diacronico-procedimentale”), i motivi relativi all'incompetenza, alla mancanza di proposta, alla mancata richiesta/acquisizione di pareri e valutazioni tecniche, nella misura in cui si sottraggono al regime processuale dettato dall'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. e non formano oggetto di esplicita graduazione da parte del ricorrente, paiono destinati ad essere normalmente esaminati tra i primi. Probabilmente nel seguente ordine: incompetenza (che ben potrebbe, però, ricollocarsi in coda ove vengano in rilievo relazioni interorganiche), mancanza di proposta, mancata richiesta/acquisizione di pareri e valutazioni tecniche (o di valutazioni tecniche e pareri, a seconda della sequenza procedurale). Ciò anche nell'evenienza in cui ne fossero dedotti due o più nell'ambito del regime processuale di cui all'art. 34, comma 2, primo periodo, cit., ove però la fondatezza di quello scrutinato per primo comporterebbe l'assorbimento degli altri.

³⁹ Cfr. la precedente nota 19.

Strasburgo, nell'interpretare l'art. 6 CEDU⁴⁰, ben potrebbero esigere l'introduzione, nel codice del processo amministrativo, di un meccanismo che assicuri all'Amministrazione (accertata come) competente, ma terza rispetto al giudizio, la possibilità di esercitarvi il suo diritto di difesa⁴¹. Forse l'art. 27, comma 2, c.p.a. già si presta ad annoverarla tra le parti necessarie nei cui confronti ordinare l'integrazione del contraddittorio^{42 43}.

Se così fosse, non vi sarebbero più tipologie di vizi sottratte alla facoltà di graduazione del ricorrente, che il giudice deve vagliare con priorità e la cui fondatezza comporta il dovere di non esaminare gli altri motivi dedotti dal ricorrente. Il nostro sistema sarebbe più allineato al paradigma sovranazionale della "piena giurisdizione", sia perché la garanzia del diritto di difesa di una parte estranea al giudizio più non costituirebbe ostacolo ad una pronuncia resa dal giudice su tutta la domanda o assecondando la graduazione liberamente impressa dal ricorrente alla domanda medesima, sia perché risulterebbe ipotizzabile⁴⁴ l'accoglimento (anziché l'assorbimento) di un'azione c.d. di adempimento contestuale a quella di annullamento del provvedimento negativo. L'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. si ridurrebbe a disposizione che riflette un consolidato modello tendenziale delle relazioni tra amministrazione e giurisdizione, per cui il sindacato del giudice succede all'episodio di esercizio del potere amministrativo, con le note eccezioni dell'azione avverso il silenzio e della c.d. azione di adempimento⁴⁵.

⁴⁰ Così come la Corte costituzionale, nell'interpretare l'art. 24, comma 2, Cost.

⁴¹ A ben vedere, anche quando l'incompetenza fosse l'unico motivo dedotto dal ricorrente, in considerazione del possibile accertamento giudiziale dell'autorità amministrativa titolare dell'attribuzione, altrimenti estranea al giudizio e legittimata all'opposizione di terzo, qualora si ritenesse priva di un potere erroneamente riconosciute dal giudice.

⁴² Senza che la sua mancata intimazione nel termine di decadenza di cui all'art. 29 c.p.a. comporti inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.a., non trattandosi né dell'Amministrazione autrice del provvedimento impugnato, né di un controinteressato in senso tecnico.

Si era già avuta, altra volta, occasione di sottolineare il rapporto di *genus ad speciem* tra litisconsorti passivi necessari e controinteressati in senso tecnico: l'art. 27, comma 2, c.p.a. si riferisce ai litisconsorti passivi necessari che controinteressati in senso tecnico non sono, sottoponendoli alla regola dell'art. 102 c.p.c. (anche arg. dall'art. 41, comma 2, ultimo periodo, c.p.a.), quali soggetti la cui intimazione risulta indispensabile ai fini della validità della sentenza, e non dell'ammissibilità del ricorso (R. VILLATA, L. BERTONAZZI, sub art. 41, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA, V. LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2011, 399-400 e 409-410).

⁴³ A nulla varrebbe obiettare che l'ipotizzata integrazione del contraddittorio postulerebbe come già avvenuto l'esame del merito del ricorso, poiché l'unico motivo esaminato, ed accolto, consisterebbe proprio e soltanto in quello relativo al vizio di incompetenza.

⁴⁴ Quanto meno nei casi in cui è lamentata l'incompetenza: cfr. il precedente par. 2.

⁴⁵ Cui andrebbe aggiunto il problematico art. 21-octies, comma 2, secondo alinea, l. n. 241/1990.