

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, ITALIANO
E SOVRANAZIONALE

Corso di dottorato in scienze giuridiche, XXXII Ciclo
Curriculum in Diritto amministrativo

TESI DI DOTTORATO

PRINCIPIO DELLA DOMANDA E ASSORBIMENTO DEI MOTIVI
NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO DI LEGITTIMITÀ

Tesi presentata da:
Dott. Giacomo Lattanzi
Matricola: R11536

Settore scientifico-disciplinare:
Diritto amministrativo, IUS/10

Tutor:
Chiar.mo Prof. Luca Santino Bertozzi

Coordinatore del corso:
Chiar.ma Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Anno Accademico 2018/2019

INDICE

<i>Premessa sull'ambito di indagine prescelto</i>	<i>5</i>
---	----------

CAPITOLO I

L'ORDINE D'ESAME DEI MOTIVI DI RICORSO NELL'ESPERIENZA GIURISPRUDENZIALE

1. Premessa: il silenzio della legge in tema di ordine d'esame dei motivi di ricorso.....	7
2. La sola eccezione di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a.: l'incompetenza come motivo prioritario e assorbente (rinvio).....	21
3. Le diverse posizioni emerse sul punto in giurisprudenza.....	22
4. La discrezionalità del giudice.....	23
5. La vincolatività dell'ordine stabilito dal ricorrente.....	27
6. Il tentativo di comporre il contrasto giurisprudenziale: la pronuncia dell'Adunanza plenaria 27 aprile 2015, n. 5.....	30
7. Necessità di reimpostare il problema.....	41

CAPITOLO II
REIMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA

1. Sulla possibilità di invocare il principio dispositivo.....	44
2. Il principio dispositivo (sostanziale) come fondamento della signoria del ricorrente quanto alla scelta dei motivi da dedurre.....	53
3. Il principio dispositivo (quantomeno formale) come fondamento della facoltà del ricorrente di graduare i motivi.....	70
4. Inconferenza dell'interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa.....	85
5. (segue) e dell'interesse pubblico concreto.....	97
6. Le conseguenze della graduazione dei motivi: obbligo per il giudice di attenersi all'ordine con essa segnato e di assorbire il motivo subordinato in caso di fondatezza di quello principale.....	106
7. L'ordine di esame dei motivi in assenza di una espressa graduazione da parte del ricorrente.....	118
8. L'ordine di esame dei motivi nel giudizio "di spettanza"	125

CAPITOLO III
L'OBBLIGO DI ESAME PRIORITARIO DELL'INCOMPETENZA E
DEI VIZI A QUESTA ASSIMILATI

1. L'art. 34, comma 2, c.p.a e il divieto di pronunciare con riferimento ai poteri non ancora esercitati.....	140
2. La necessità di leggere la disposizione in chiave soggettiva.....	142
3. L'ambito di applicazione della disposizione.....	148
4. Compatibilità dell'esegesi qui accolta con la natura soggettiva del processo.....	154

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Azione di annullamento e azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto: logiche irriducibilmente differenti.....	157
2. Postilla: errore del giudice nella definizione dell'ordine di esame dei motivi e regime dell'appello.....	160
 BIBLIOGRAFIA.....	 175

Premessa sull'ambito di indagine prescelto

L'elaborato affronta il tema dell'ordine che il giudice amministrativo deve seguire nell'esame dei motivi prospettati con il ricorso, nonché quello – che al primo si lega – del loro eventuale assorbimento.

Poco più di un lustro orsono un autorevole studioso, approcciandosi a tali questioni, rilevava come le stesse, pur se certo non ignote a dottrina e giurisprudenza, rappresentassero nondimeno un “campo largamente inesplorato del diritto processuale amministrativo”, risultando peraltro la relativa elaborazione (oltreché scarna, anche) “sostanzialmente fluida e non del tutto soddisfacente”¹.

Negli ultimi anni l'attenzione per i problemi della tassonomia e dell'assorbimento delle censure è sensibilmente cresciuta, complici dapprima il contrasto maturato al riguardo in seno alle diverse sezioni del Consiglio di Stato e, in un secondo momento, l'intervento dell'Adunanza plenaria diretto a dirimerlo².

Se dunque oggi non è più sostenibile che dette tematiche manchino di adeguato approfondimento, resta tuttavia attuale la riferita notazione circa la sostanziale fluidità e il carattere non completamente appagante dell'elaborazione pretoria e scientifica in materia.

La cennata pronuncia del Supremo Consesso della giustizia amministrativa, infatti, ha lasciato residuare non poche zone d'ombra, e i commentatori che si sono profusi nello sforzo di lumeggiarle non sembrano aver colto del tutto nel segno.

La scarsa persuasività degli esiti sin qui raggiunti, peraltro, non integra la sola ragione ad aver offerto lo spunto per la presente trattazione: dietro l'apparente tecnicismo, i temi in questione coinvolgono invero

¹ Così A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 803.

² Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5.

l'applicazione al giudizio amministrativo dei principi processuali fondamentali (su tutti il principio dispositivo)³.

Ma vi è di più: le soluzioni che si danno ai problemi dell'ordine di esame e dell'assorbimento dei motivi, come oltre si avrà modo di cogliere, sono destinate a incidere in via diretta (e in maniera tutt'affatto trascurabile) sul grado di tutela che la sentenza di annullamento è in grado di offrire al ricorrente vittorioso.

Ne deriva che le pagine che seguono, lungi dal risolversi in un esercizio meramente teorico, sono animate dall'intento di tracciare precise (e si auspica convincenti) coordinate pratiche.

³ Lo si rileva, in questi termini, in P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, Tricase, 2012, 5.

CAPITOLO I
L'ORDINE D'ESAME DEI MOTIVI DI RICORSO NELL'ESPERIENZA
GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. Premessa: il silenzio della legge in tema di ordine d'esame dei motivi di ricorso. – 2. La sola eccezione di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a.: l'incompetenza come motivo prioritario e assorbente (rinvio). – 3. Le diverse posizioni emerse sul punto in giurisprudenza. – 4. La discrezionalità del giudice. – 5. La vincolatività dell'ordine stabilito dal ricorrente. – 6. Il tentativo di comporre il contrasto giurisprudenziale: la pronuncia dell'Adunanza plenaria 27 aprile 2015, n. 5. – 7. Necessità di reimpostare il problema.

1. Premessa: il silenzio della legge in tema di ordine d'esame dei motivi di ricorso.

L'ordine d'esame dei motivi di ricorso non è definito a livello normativo. L'unica eccezione – peraltro di portata circoscritta e, più importante ancora, tutt'affatto pacifica – è data dalla previsione di cui al primo alinea dell'art. 34, comma 2, c.p.a., che, se intesa in un certo modo, prescrive al giudice vagliare per prima la censura di incompetenza e ivi arrestarsi – assorbendo ogni altra doglianza eventualmente prospettata – allorché ne riscontri la fondatezza⁴.

⁴ Letteralmente, l'art. 34, comma 2, c.p.a., stabilisce, al primo periodo, che “[i]n nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”. Come più avanti si avrà modo di vedere meglio (*sub* Cap. III), secondo la giurisprudenza prevalente – che ha di recente ricevuto l'autorevole avallo dell'Adunanza plenaria (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5) – i “poteri” ivi richiamati sarebbero non solo quelli mai esercitati da alcuna autorità, ma anche i *munera* non esplicitati dall'autorità cui la legge li intesta. Conseguentemente, la previsione riportata varrebbe a impedire al giudice di prodursi nel sindacato (s'intende: con riguardo a profili ulteriori rispetto alla competenza) di un provvedimento adottato da un'amministrazione diversa da quella preposta.

La questione verrà ripresa *funditus* più avanti; qui è sufficiente rilevare come la richiamata disposizione, ove le si attribuisca il descritto significato, si risolva in un (pur limitato) precetto – l'unico – in tema di ordine d'esame dei motivi di ricorso.

Su tale disposizione - come accennato controversa - si tornerà diffusamente oltre; per il momento preme osservare che, fuori dall'ipotesi ivi considerata, il codice del processo amministrativo non individua alcuna gerarchia tra le questioni di merito sollevate con l'impugnativa (limitandosi a stabilire che la relativa trattazione debba seguire lo scrupolo

delle questioni di rito)⁵, né chiarisce *expressis verbis* se il ricorrente abbia o meno la facoltà di istituirne una⁶.

⁵ Cfr. l'art. 76, comma 4, c.p.a, ove l'espresso richiamo all'art. 276, comma 2, c.p.c., a mente del quale il giudice "decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa".

Va detto che la regola della pregiudizialità delle questioni di rito rispetto a quelle di merito era considerata pacifica anche prima dell'entrata in vigore del codice rito: in tal senso si faceva valere vuoi l'art. 64 del "Regolamento di procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato" (r.d. 17 agosto 1907, n. 642), che rimandava alla previsione - antesignana dell'attuale art. 276 c.p.c. - contenuta all'art. 359 del previgente codice di procedura civile (r.d. 25 giugno 1865, n. 2366), vuoi il carattere di principio generale della regola medesima (in tal senso si v., ad esempio, B. CAVALLI, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, 1975, 76).

La scansione rito-merito, infatti, risponde a una chiara esigenza di logica processuale diretta a salvaguardare l'utilità giuridica, oltre che pratica, del giudizio, nel senso che la ritualità dell'azione costituisce un presupposto - e quindi se del caso un impedimento - rispetto alla relativa fondatezza (così, per tutti, G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 96).

È peraltro sulla scorta di questa stessa esigenza di natura logica che la giurisprudenza ha finito per individuare, pur nel silenzio della legge, una rigida progressione anche all'interno delle diverse questioni di rito: in particolare, si è sostenuto che la questione attinente alla valida costituzione del rapporto processuale dovrebbe procedere tutte le altre.

In altre parole, la sussistenza della giurisdizione andrebbe verificata con priorità rispetto alle ulteriori eventuali cause di inammissibilità, irricevibilità e improcedibilità della domanda, atteso che la decisione di tali questioni costituisce pur sempre manifestazione del potere giurisdizionale (cfr., *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 20 febbraio 2012, n. 898; nonché Cass., sez. un., 2 aprile 2007, n. 8095. In dottrina si v., ancora, G. CHIOVENDA, *op. ult. loc. cit.*).

In ogni caso, va rilevato come, al netto delle enunciazioni astratte, non di rado si assista, nella pratica, a un'applicazione in senso inverso delle regole cennate: più nello specifico, quando l'azione appaia *ictu oculi* infondata, il giudice (amministrativo come civile) tende a rigettarla nel merito, omettendo il previo esame delle questioni di rito.

Non è chiaro se detta tendenza - almeno in seno alla giurisprudenza amministrativa - dipenda da ragioni di efficienza processuale (per essere la questione di merito di più pronta soluzione rispetto a ogni altra) o se invece si leghi alla volontà del giudice di avallare la scelta compiuta dall'amministrazione con il provvedimento impugnato (in questo secondo senso, se si è inteso correttamente, V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 809).

Quel che è certo, però, è che tale contegno, a prescindere dal "movente" che lo ispiri, merita senz'altro di essere stigmatizzato (in tal senso cfr., *ex multis*, E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1968, 1086 ss.; M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 443; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 392 ss.; nella dottrina del processo civile, per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2007, 62), visti i non trascurabili inconvenienti cui lo stesso da adito - o comunque può dare adito - sia in relazione al doppio grado di giudizio (si allude al "problema" del giudicato cd. implicito sui presupposti processuali, e specialmente sulla giurisdizione, su cui v., di recente, G. FANELLI, *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1159 ss. e, nella dottrina processualamministrativistica, L. BERTONAZZI, *Noticine sull'ambito applicativo della problematica nozione di giudicato implicito nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1419 ss.), sia rispetto alla *translatio iudicii*.

Va detto invero che, fin quando la tutela di legittimità è stata concepita come tutela meramente cassatoria⁷ – idonea cioè ad assicurare all’interessato null’altro che l’eliminazione dell’atto gravato e la rimozione dei relativi effetti⁸ – un problema di ordine d’esame delle censure non si

L’approfondimento dei cennati profili, pur se di indubbio interesse, condurrebbe però il discorso troppo lontano da quello che è l’oggetto del presente elaborato, che si appunta non in generale sull’ordine di trattazione del ricorso, ma, più nello specifico, sulla tassonomia d’esame delle censure cui esso è affidato.

Si vuol dire, in termini chiari, che a interessare sono qui i soli rapporti tra le questioni di merito, le quali, pur sottraendosi – come oltre si tenterà di dimostrare – a qualunque subordinazione astratta, rendono nondimeno necessario stabilire, almeno in alcuni casi, una graduazione in concreto.

⁶ L’art. 40 c.p.a. (su cui v., per tutti, R. VILLATA – L. BERTONAZZI, *Commento all’art. 40 c.p.a.*, in A. QUARANTA – V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 390 ss.) individua unicamente i contenuti necessari del ricorso (prescrivendo – comma 1, lett. d) – la specificità dei motivi), ma nulla dice su quelli eventuali (e dunque sulla possibilità per il ricorrente di imprimere ai motivi un ordine cogente per il giudice). Rileva infatti D. D’ORSOGNA, *La fase decisoria*, in F. G. COCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 400, che il codice del processo amministrativo “non offre spunti puntuali” per la soluzione del problema.

⁷ È noto che questa fosse l’intenzione del legislatore del 1889 (cfr. legge 31 marzo 1889, n. 5992). In proposito v., tra altri, G. GRECO, *L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 87, ove si dice che il processo amministrativo venne in principio strutturato “come un particolare mezzo di gravame; in particolare, come mezzo di gravame con funzione demolitoria, del tipo del giudizio di Cassazione”. Il ricorso per cassazione, infatti, nell’originario ordinamento processuale civile, era pensato come rimedio rivolto esclusivamente al passato, nel senso che la sentenza della Suprema Corte favorevole all’interessato “annullava la sentenza dei gradi inferiori, senza fissare principi di diritto cogenti per il giudice di rinvio” (corsivi aggiunti). Sulla genesi del processo amministrativo come processo di mero annullamento, preordinato alla sola caducazione del provvedimento illegittimo, si veda altresì l’esautiva ricostruzione di A. LUGO, *Sulla struttura del processo amministrativo di legittimità*, in G. MIELE (a cura di), *La giustizia amministrativa, Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Milano, 1968, 155 ss., nonché M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 72 ss., spec. 83-86.

⁸ Che la pronuncia di accoglimento dell’impugnativa, oltre ad annullare l’atto, imponga altresì la cancellazione (nei limiti del possibile) degli effetti *medio tempore* prodotti dall’atto medesimo è notazione che mai è stata revocata in dubbio (cfr., per tutti, L. BENEDETTI, *Contributo allo studio della cosa giudicata nelle giurisdizioni amministrative*, Genova, 1930, 185), né richiede particolare dimostrazione. Il carattere retroattivo dell’annullamento (da sempre “riconosciuto in tutte le opere generali sulla giustizia amministrativa”, cfr. R. VILLATA, *L’esecuzione delle decisioni del consiglio di Stato*, Milano, 1971, 546, nota 366, ove ampi riferimenti ai primi *maiores* della materia) implica infatti l’esistenza di effetti ripristinatori accanto a quelli distruttivi, o, secondo la tesi preferita da taluno, che l’effetto distruttivo abbia anche un aspetto ripristinatorio (in quest’ultimo senso E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, 1958, 490 e M. NIGRO, *L’appello*, cit., 224); in definitiva, implica “che l’autorità si adoperi a ricostruire quella situazione di fatto e di diritto che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il provvedimento poi eliminato” (così R. VILLATA, *op. ult. cit.*, 551).

poneva, difettando perciò l'esigenza di una disciplina positiva diretta a scardarlo.

In questa tradizionale prospettiva, infatti, era sostanzialmente indifferente che a sorreggere la decisione favorevole del ricorso fosse l'uno o l'altro dei motivi dedotti⁹: valendo indistintamente ciascuno di questi a provocare, ove accolto, la caducazione del provvedimento – *i.e.* la sola utilità pratica ritraibile dall'impugnazione – si riteneva che il giudice, non appena trovata una (qualsiasi) fondato, potesse dichiarare l'assorbimento degli altri (il cui esame, a quel punto, sarebbe stato superfluo)¹⁰.

A fronte di simili premesse, è agevole cogliere come la progressione seguita nella trattazione della controversia non avesse, di fatto, alcuna importanza¹¹.

⁹ Per questi rilievi cfr. espressamente, oltre alla dottrina più risalente che si richiamerà subito oltre, P. CARPENTIERI, *I provvedimenti del giudice*, in R. VILLATA – B. SASSANI (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 1097 e D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi, principio della domanda e funzione del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2015, 1183.

¹⁰ Cfr. in particolare A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 55 ss., il quale scriveva: "l'eventuale dichiarazione di fondatezza di uno solo dei motivi di impugnativa [...] fa venire meno l'interesse dell'istante all'esame degli altri motivi da parte del giudice [...] e la potestà di quest'ultimo di procedere a tale esame, autorizzando la dichiarazione di «assorbimento» di essi".

Va segnalato che in giurisprudenza – ove pure corrente era l'idea circa l'inutilità dell'ulteriore pronunciato una volta riscontrato un qualunque elemento invalidante tra quelli lamentati (per richiami puntuali alle pronunce dell'epoca cfr. B. CAVALLO, *Processo amministrativo*, cit., 39) – la pratica dell'assorbimento dei motivi veniva giustificata argomentando non dalla sopravvenuta carenza d'interesse a coltivarli, ma dalla necessaria capacità di efficienza del giudice.

Ciò si spiegava essenzialmente per due ragioni (su cui, ancora, B. CAVALLO, *op. ult. cit.*, spec. 58-65): in primo luogo, il richiamo all'interesse processuale, in quanto condizione dell'azione, postula che ogni singola doglianza identifichi un'autonoma domanda di annullamento, il che a quel tempo – quantomeno in sede pretoria – era pressoché unanimemente negato (sulle posizioni attuali di dottrina e giurisprudenza in ordine a unicità o pluralità della pretesa demolitoria affidata a diversi motivi v. oltre, *sub* Cap. II, par. 2). Senza dire poi che, a voler accedere a questa impostazione, i motivi ulteriori a quello accolto avrebbero dovuto essere dichiarati non già semplicemente assorbiti, ma semmai improcedibili.

In secondo luogo, invocare il principio di economia processuale (piuttosto che rifarsi alla sopravvenuta carenza di interesse) consentiva alla giurisprudenza di compiere un passo ulteriore: scegliere, tra i diversi elementi invalidanti dedotti, quello più agevole da accertare, massimizzando per questa via la semplificazione – o, se si preferisce, la funzione defatigatoria – perseguita con la prassi in parola.

¹¹ In tal senso si veda, di nuovo A.M. SANDULLI, *op. ult. loc. cit.*, ove, in linea con le considerazioni viste sopra, si dice che le censure "non devono essere necessariamente

Le cose sono però radicalmente cambiate nel momento in cui si è acquisito che la statuizione giudiziale di annullamento, oltre a eliminare l'atto illegittimo e a imporre il ripristino della situazione *quo ante*, produce altresì l'effetto di vincolare l'amministrazione nella fase successiva di riedizione

esaminate in un ordine rigoroso". Ma che in questa prima fase (nel contesto cioè di una tutela esclusivamente demolitoria) il giudice fosse "libero di scegliere, anche a caso, dove iniziare il suo sindacato" è rilevato pure da B. CAVALLO, *Processo amministrativo*, cit., 74, nonché (in termini sostanzialmente analoghi) da P. CARPENTIERI, *op. ult. loc. cit.*, e P. CERBO, *L'ordine di esame*, cit., 11.

del potere¹²¹³: risolvendosi questo vincolo (meglio: il suo contenuto minimo) nel divieto di riprodurre il vizio condannato¹⁴, si comprende

¹² Prendendo le mosse dal rilievo (su cui vedi *amplius* oltre, alla nota successiva) che l'annullamento giurisdizionale non consuma il potere-dovere dell'amministrazione di provvedere sull'affare controverso – e constatato perciò che il processo amministrativo, a differenza di quello civile, non conclude una volta per tutte l'episodio della vita, ma si pone piuttosto come "parentesi nell'azione amministrativa", ossia come "momento di trapasso da una fase di attività amministrativa a una ulteriore" – si è sostenuto che la pronuncia del giudice, per assolvere alla sua funzione (poco importa che la si voglia ritracciare nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive o nella garanzia della legalità dell'azione amministrativa), deve "necessariamente guard[are] non solo al passato, ma anche all'avvenire": perché il processo abbia una reale utilità, occorre che l'accertamento giudiziale investa, oltre all'espressione contingente del potere (*i.e.* l'episodio di suo esercizio culminato nel provvedimento oggetto del ricorso), pure il suo ulteriore dispiegarsi (*i.e.* l'episodio di suo riesercizio una volta che il ricorso sia stato accolto). In definitiva, bisogna riconoscere che la statuizione di annullamento "non ha soltanto eliminato l'atto amministrativo illegittimo, ma ha altresì identificato [con riferimento al profilo di illegittimità emerso] il modo corretto di esercizio del potere, [...] ha determinato cioè – con valore precettivo per la successiva azione amministrativa – il contenuto concreto del dovere dell'amministrazione" (tutti i brani citati sono di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 281, ma già in precedenza, ancorché in forma più "confusa", cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Aspetti processuali dell'art. 27, n. 4*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, 274 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 448 ss.; G. MIELE, *Note sull'ammissibilità dell'azione di condanna da parte del giudice amministrativo*, in *Atti del IX Conv. di studi di scienza dell'Amministrazione*, Milano, 1964, 516 ss e F. LA VALLE, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, 168 ss.; per una esaustiva panoramica circa l'evoluzione dell'annullamento giurisdizionale si v. *passim*, ove ampi riferimenti anche alla dottrina più recente).

Sull'esatto contenuto del vincolo per l'ulteriore esercizio della funzione amministrativa ci si soffermerà a breve, nel testo. Qui è opportuno spendere qualche parola sulle ragioni del "ritardo", rispetto alla genesi del processo amministrativo, con cui si è preso ad annettere alla pronuncia giudiziale questa più ampia portata. In proposito si deve sottolineare come un ruolo decisivo in tal senso l'abbiano giocato due fattori intervenuti ben oltre l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato.

Il riferimento è, anzitutto, all'arricchimento che la proteiforme censura dell'eccesso di potere ha conosciuto, per opera della giurisprudenza e della dottrina, una volta imposti dalla carta repubblicana i canoni del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.).

Per cogliere il punto occorre considerare che, fino a quel momento, l'unico (o quasi) canone di comportamento per l'amministrazione era quello formale-legalitario, talché il sindacato giurisdizionale assai difficilmente – e comunque soltanto in via del tutto marginale – poteva raggiungere la gestione sostanziale del potere (ossia il contenuto del rapporto amministrativo).

In questo contesto, ove pure si fosse attribuito alla statuizione di annullamento un effetto conformativo (*sub specie* di divieto di reiterare il vizio condannato dal giudice), quest'ultimo non avrebbe 'impensierito' più di tanto l'amministrazione, la quale, in sede di rinnovazione del provvedimento, ben si sarebbe potuta determinare nel senso di lasciare inalterato (*rectius*: di riprodurre) l'assetto di interessi che aveva dato origine alla situazione conflittuale (per queste notazioni cfr. B. CAVALLO, *Processo amministrativo*, cit., 12 e 40, ove peraltro si aggiunge, sulla scorta delle stesse, che "nella tradizionale procedura" risultava "legittima la sistemazione del giudizio amministrativo ordinario nello schema del processo da ricorso con finalità di mero e solo annullamento". Analogamente si v. altresì F. BENVENUTI, *Giudicato amministrativo*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 303 ss.).

La Costituzione ha però introdotto un *quid novi* nella giustizia amministrativa: la previsione, accanto al precedente, di un più pregnante canone di comportamento per l'amministrazione, ha consentito al giudice - attraverso il grimaldello delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere - di sindacare l'operato pubblico nella sua manifestazione contenutistica; gli ha permesso cioè di andare "molto al di là della puntuale considerazione dell'atto [...] come fatto", giungendo a coglierlo, piuttosto, come "punto di emersione dell'esercizio del potere" (così M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, IV, 18).

A fronte di tali novità, insistere nel ritenere il processo amministrativo un rimedio esclusivamente demolitorio appariva non più giustificato: limitare le implicazioni della decisione di annullamento ai soli effetti distruttivo e di ripristinazione risultava (se non del tutto contrario, quantomeno) poco in linea rispetto al disegno costituzionale, finendo una simile impostazione per eludere sia i principi organizzativi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, sia il sistema di garanzie (giurisdizionali) costruito a presidio del cittadino.

Donde, l'esigenza di riconoscere alla pronuncia il valore di regola per il successivo esercizio della pubblica funzione (così, nuovamente, B. CAVALLO, *op. ult. cit.*, 13 e 41).

Esigenza, questa, resa del resto ancor più impellente - e veniamo così al secondo dei due fattori che hanno propiziato l'affermazione dell'efficacia conformativa della sentenza - dal definitivo passaggio, segnato anch'esso dalla Costituzione, dallo Stato "monoclasse" a quello "pluriclasse" (le espressioni si devono entrambe a M.S. GIANNINI, che le impiegò una prima volta in *Corso di diritto amministrativo. Dispense - Anno accademico 1964-1965*, Milano, 1965, 54 ss.; per poi precisarne ulteriormente i contorni in diversi scritti successivi, tra cui in particolare *I poteri pubblici negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 389 ss.; *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 391 ss. e, infine, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Padova, 1988, 55 ss.; per un'analisi cfr. G. GUARINO, «Classi» e «gruppi» nel pensiero di M.S. Giannini e nella realtà contemporanea, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 385 ss.; S. CASSESE, *Lo Stato "pluriclasse" in Massimo Severo Giannini*, in AA. VV., *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, 11 ss.; nonché S. CASSESE - G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000, *passim*).

Il sensibile incremento dell'attività di prestazione erogata dagli apparati pubblici (questo, perlomeno ai nostri fini, il profilo caratteristico dello Stato "pluriclasse", cfr. M.S. GIANNINI, *I poteri pubblici*, cit. 396 ss.) ha avuto quale diretta conseguenza il proliferare degli interessi legittimi cc.dd. pretensivi o dinamici, rispetto ai quali una tutela soltanto cassatoria si rivelava 'monca', inidonea a offrire al ricorrente adeguato ristoro al pregiudizio patito in ragione dell'atto (di diniego, o del silenzio) illegittimo. Pregiudizio che, invece, risultava scongiurabile - almeno in parte - attribuendosi alla statuizione di annullamento la capacità di indirizzare la riedizione del potere (ampliativo) scorrettamente esercitato (per tali considerazioni, su cui non è possibile qui indugiare ulteriormente, si veda, per tutti, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, cit., spec. 1-35 e 174-209).

A corredo di questa - inevitabilmente stringata - digressione sulla 'storia' dell'effetto conformativo, è da dire che quest'ultimo, in principio di "incerto [...] fondamento normativo" (così G. CORSO, *Il giudicato e l'ottemperanza*, in AA. VV., *Giustizia amministrativa. Casi di giurisprudenza*, Torino, 2014, 372, ma in senso contrario si v. A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 312, secondo cui tale portata della pronuncia si sarebbe potuta desumere già dal principio - asseritamente generale - recato dall'art. 4, comma 2, dell'All. E alla legge 20 marzo 1865, n. 2248), ha trovato nel tempo solido ancoraggio nel diritto positivo, non solo processuale ma anche sostanziale.

Sul primo versante, decisiva è stata l'estensione alle sentenze amministrative - avvenuta in virtù dell'art. 37, comma 3, legge Tar (l. 6 dicembre 1971, n. 1034) - del giudizio di ottemperanza (cfr. nell'assetto vigente gli artt. 112 ss. c.p.a.), ma significativo si rivela oggi anche l'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.. Tale ultima disposizione, infatti, consente al giudice di nominare, già in sede di cognizione, un commissario *ad acta* che assicuri l'esecuzione del

come il riconoscimento alla pronuncia di tale più ampia portata abbia finito per rendere non più predicabile l'indifferenza del motivo posto a base della stessa¹⁵.

giudicato di là da venire: risulta di immediata percezione che questa nomina non avrebbe alcun senso se la regola per la successiva condotta dell'amministrazione non fosse ricavabile direttamente dalla statuizione di annullamento.

Quanto infine al piano sostanziale, a venire in rilievo è l'art. 21-septies della legge generale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241, ivi introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15), il quale, comminando la nullità dei provvedimenti adottati in violazione o elusione del giudicato (da far valere peraltro in sede di ottemperanza, ex art. 31, comma 4, c.p.a) muove evidentemente dal presupposto che la pronuncia produca un vincolo per il riesercizio del potere a valle della stessa.

¹³ Che l'amministrazione, una volta annullato l'atto dal giudice, possa intervenire *ex novo* sullo stesso oggetto è sempre stato pacifico (in tal senso cfr., nella dottrina più risalente, L. BENEDICENTI, *Contributo*, cit. 194; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 502 e E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 285)

Tale possibilità, oltre a discendere dal carattere inesauribile del potere – che, “per sua istituzionale natura, è energia sempre nuova e vitale” (così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 283) – risultava in passato espressamente riconosciuta dall'art. 45 t.u. Cons. Stato (poi riprodotto tal quale all'art. 26, comma 2, legge Tar) ove a chiare lettere si facevano “salvi”, a fronte della pronuncia giudiziale favorevole al ricorrente, “gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa”.

Una previsione di analogo tenore manca nell'art. 34 c.p.a. (erede degli articoli ora richiamati), né risulta inserita in altra disposizione del codice. Ciò verosimilmente si spiega alla luce dell'introduzione, a opera dello stesso codice, dell'azione di adempimento, che, in taluni limitati casi (cfr. subito *infra*), può essere cumulata a quella di annullamento onde ottenere, direttamente dal giudice, il bene della vita che si aspira a ottenere (per il momento, sull'azione di adempimento cfr., per tutti, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, spec. 210 ss.).

Ma l'esiguo spazio ritagliato dal legislatore a questa azione – la quale, ancorché non più confinata alle sole vertenze sui contratti pubblici e in materia elettorale, rimane tuttavia esperibile unicamente laddove si faccia questione di poteri vincolati (perché tali *ab initio* o perché così divenuti essendosi esaurita l'istruttoria procedimentale) – dimostra, a tacer d'altro, che la regola resta ancora oggi quella per cui, a seguito del giudizio, la disciplina dell'affare controverso è rimessa nuovamente in mano all'amministrazione.

In ogni caso, nell'economia del discorso che si sta svolgendo nel testo, si può rilevare che l'assenza, nell'assetto vigente, di una previsione ove si sancisca *expressis verbis* la salvezza degli ulteriori provvedimenti – se anche non consente, come detto, di trarre la conclusione che l'annullamento giurisdizionale estingue il potere-dovere dell'amministrazione di pronunciarsi sulla questione, tuttavia – costituisce un (ulteriore) indice nel senso che dalla sentenza promana un vincolo per l'ulteriore dispiegarsi dell'azione amministrativa (per queste riflessioni cfr., tra altri, G. CORSO, *Il giudicato e l'ottemperanza*, cit., 372).

¹⁴ A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012,

¹⁵ In merito al rapporto tra motivo accolto e portata dell'effetto conformativo della sentenza assai celebre è la classificazione di M. NIGRO, *L'appello*, cit., 437 (nonché, in versione più matura, ID., *Giustizia amministrativa*, cit., 285), secondo cui si realizza un “effetto vincolante pieno” quando l'annullamento è sorretto dal motivo con il cui il ricorrente ha lamentato il difetto dei presupposti oggettivi o soggettivi previsti dalla norma per l'esercizio del potere (il quale, pertanto, risulta a seguito della pronuncia non più esercitabile), un

Di qui, a guisa di corollario ulteriore, la rilevanza assunta dall'ordine d'esame delle censure, sia pure nei soli termini (e limiti) che subito ci si appresta a chiarire.

In via preliminare, si deve osservare che il descritto mutamento di prospettiva¹⁶ ha condotto a superare la tendenza giurisprudenziale – di cui sopra si è dato conto – a procedere, una volta appurata la bontà di un qualunque motivo, all'assorbimento degli altri.

Preso atto che a ciascuna censura corrisponde in potenza un diverso ostacolo per l'amministrazione che debba (o intenda) rinnovare il provvedimento, si è subito rilevato – quantomeno in dottrina¹⁷ – che

“effetto vincolante semipieno” le volte in cui il vizio riscontrato cade sugli elementi discrezionali dell'atto (talché il potere di procedere alla relativa rinnovazione, pur se non del tutto inibito, risulta nondimeno parzialmente circoscritto dall'accertamento) e un “effetto vincolante secondario o strumentale” allorché l'atto viene annullato in ragione di un vizio cd. formale (di guisa che all'amministrazione è consentita l'adozione di un nuovo provvedimento avente identico contenuto, sol che epurato del difetto di forma acclarato dal giudice). La distinzione presenta indubbia valenza descrittiva (tant'è vero che la stessa si trova ripresa in tutte o quasi le opere generali sulla giustizia amministrativa), ma occorre intendersi su un punto: al netto della terminologia impiegata dall'Autore, la differenza tra le tre ipotesi enucleate attiene all'intensità non degli effetti obbligatori della pronuncia, ma del vantaggio che il ricorrente ritrae dalla stessa in rapporto alla (maggiore o minore) libertà che l'amministrazione conserva successivamente al giudizio: in altre parole, il vincolo è pieno in ogni caso, la sua forza e la sua imperatività sono costanti; quel che cambia (e che può essere più o meno pieno) è il grado di stabilità caratterizzante il risultato pratico conseguito con l'annullamento (per queste precisazioni cfr. R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., 605).

¹⁶ Si allude naturalmente all'acquisizione circa l'efficacia conformativa della sentenza. In proposito merita rilevare come, secondo parte della dottrina, un vincolo per l'ulteriore attività amministrativa discenderebbe, oltre che dalla statuizione di annullamento, pure dalla pronuncia di reiezione del ricorso, la quale *in thesi* “precluderebbe all'amministrazione di annullare d'ufficio il provvedimento, per il vizio [che il giudice abbia] dichiarato insussistente” (così A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 315). Approfondire la questione – vista la non attinenza della stessa rispetto al tema che qui ci occupa – sarebbe un fuor d'opera. È però d'uopo rilevare come la riferita opinione presenti non trascurabili ricadute sul piano applicativo: così ragionando, infatti, l'eventuale atto di secondo grado sarebbe nullo (per violazione del giudicato) anziché annullabile (per difetto di uno tra i presupposti per l'esercizio del potere di riesame), con tutto ciò che ne discende sul terreno dei relativi effetti nonché dei termini per promuoverne l'impugnazione.

¹⁷ Sulla ritrosia della giurisprudenza ad abbandonare la tradizionale concezione del giudizio amministrativo, nonché sulle ragioni (storiche e sociologiche, piuttosto che propriamente giuridiche) alla base di tale conservatorismo, si vedano le belle pagine di B. CAVALLO, *Processo amministrativo*, cit., specc. 13-14, 41 e 86-87, ma anche M. NIGRO, *Processo amministrativo*, cit., 20-21 (ove peraltro si rileva come identica – e anzi ancor più strenua – fedeltà al tipo puro del processo impugnatorio fosse riscontrabile anche nella giurisprudenza del *Conseil d'Etat* francese).

l'accoglimento di una sola tra queste, pur se pienamente soddisfattivo avuto riguardo al momento eliminatorio, non è tale sul piano conformativo¹⁸¹⁹: qui, infatti, l'ulteriore pronunciato - lungi dal risultare inutile - vale ad

¹⁸ Osserva A. MERCURIO BAFFA, *I motivi assorbiti nel processo. amministrativo*, in *Riv. Corte dei conti*, 1988, 347, che se il giudice si arrestasse una volta riscontrato un qualsiasi elemento invalidante tra quelli dedotti, la decisione così resa, "anche se apparentemente favorevole all'interessato [in ragione della demolizione dell'atto impugnato], non risult[erebbe] pienamente soddisfattiva, variando l'intensità del vincolo nei confronti dell'Amministrazione in relazione alla pronuncia integrale o solo parziale sui motivi di ricorso".

In senso analogo v. anche G. GIACCARDI, *Giudicato amministrativo e ulteriore attività amministrativa*, in AA. VV., *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Roma, 1989, 911, ove la notazione per cui, sebbene "rimane uguale in ogni caso il contenuto dispositivo della sentenza [di annullamento], ben diversa è la portata precettiva nei riguardi dell'ulteriore dispiegarsi della funzione amministrativa a seconda della maggiore o minore ampiezza [...] che il giudice abbia dato alla propria pronuncia".

¹⁹ Al lettore non sarà sfuggito che nel testo si è ommesso di menzionare il profilo ripristinatorio. Il perché di tale omissione è presto spiegato: l'acquisizione circa la portata conformativa della statuizione di annullamento ha condotto a "ripensarne" l'effetto di ripristinazione, distinguendo in proposito a seconda che con il ricorso si faccia valere un interesse statico ovvero dinamico.

Nell'un caso, ciò che va ristabilito a seguito della pronuncia è lo stato di fatto e di diritto che si sarebbe realizzato se il provvedimento illegittimo non fosse mai intervenuto; nel secondo, invece, a dover essere ricostruita è la situazione che si sarebbe venuta a creare ove l'amministrazione non fosse incorsa nell'illegittimità accertata dal giudice.

In altre parole, in questa seconda ipotesi, la restaurazione dello *status quo ante* si risolve nella riproduzione della fattispecie procedimentale travolta dall'annullamento, purgata però del vizio rilevato nella sentenza (in questi termini cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 febbraio 1979, n. 81; ma da identiche premesse muove pure Cons. Stato, sez. IV, 5 aprile 1969, n. 56, la quale, nell'annullare gli esiti di un concorso per avere la commissione valutato erroneamente i titoli, afferma che "per tutto il resto [cioè per tutto ciò che ha preceduto la valutazione da ripetere] la procedura [...] dovrà essere tenuta ferma". In dottrina cfr., per tutti, G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., 186 ss., spec. 197-201).

Ne deriva che, quando l'impugnativa riguardi un provvedimento ablativo, l'effetto di ripristinazione va di pari passo con quello distruttivo e opera perciò sempre allo stesso modo, quale che sia il motivo posto a base della statuizione di annullamento (cfr. A. MERCURIO BAFFA, *I motivi assorbiti*, cit., 347); quando invece a venire gravato sia un cd. provvedimento negativo (ossia un diniego di atto ampliativo), tale effetto fa tutt'uno con quello conformativo, talché la relativa portata differisce in ragione del vizio in concreto accertato (cfr., ancora, A. MERCURIO BAFFA, *op. ult. cit.*, 345, ove il rilievo per cui è qui "il motivo accolto" a individuare e delimitare "il vincolo sulla successiva azione della P.A., sia in ordine alla ripristinazione dello *status quo ante*, sia in ordine alla nuova decisione dell'affare").

A questo punto le ragioni del mancato riferimento, nel testo, all'aspetto ripristinatorio dovrebbero risultare chiare: mentre nel primo caso (*i.e.* deduzione in giudizio di un interesse oppositivo) l'accoglimento di un solo motivo si rivela, in relazione a detto profilo, pienamente soddisfattivo, non così nel secondo (ossia in caso di domanda di tutela concernente un interesse pretensivo).

accordare al ricorrente un vantaggio più ampio se pure le altre censure si rivelano fondate²⁰.

²⁰ È di immediata intelligenza che quanto più l'annullamento viene sorretto da (l'accoglimento di) molteplici motivi, "tanto più il riesame del rapporto sostanziale, nell'ipotesi [...] di rinnovazione dell'atto, troverà specifici confini che, determinati dal giudice, circoscrivano di molto e indirizzino a specifiche finalità l'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione" (così B. CAVALLO, *Processo amministrativo*, cit., 53).

In R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 584, dopo essersi osservato, in termini sostanzialmente analoghi (ma formalmente rovesciati) che "tanto minore è l'ambito di accertamento giudiziale, tanto maggiore è la libertà che la pubblica amministrazione conserva malgrado il giudicato", si nota come, a fronte di tale rilievo (e più in generale a fronte dell'efficacia conformativa della statuizione di annullamento), risulti non più sostenibile la tesi secondo cui la riscontrata fondatezza di un qualsiasi motivo varrebbe a privare il ricorrente dell'interesse a veder scrutinati gli altri (cfr. la precedente nota 7): poiché, come detto, dall'accoglimento di questi ultimi discenderebbero ulteriori limiti per il successivo riesercizio del potere, è innegabile che "esist[a] invece [...] un forte interesse del ricorrente a[lla relativa] indagine" (R. VILLATA, *op. ult. cit.*, 587, cui *adde* B. CAVALLO, *op. ult. cit.*, 64).

Evidente peraltro è l'eco, in tali ragionamenti, delle riflessioni che la dottrina del processo civile aveva svolto, con riferimento al giudizio di Cassazione, all'indomani dell'entrata in vigore del codice di rito del 1942, ove per la prima volta (cfr. *supra*, nota 4) era stato previsto - all'art. 384 - l'obbligo per la Suprema Corte di enunciare il principio di diritto vincolante per il giudice di rinvio (per ragguagli sull'evoluzione storica dell'istituto si veda, per tutti, S. SATTA, *Corte di Cassazione (dir. proc. civ.)*, voce in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 797 ss., spec. 801).

In quella sede, infatti, si era subito avvertito come, per effetto della riferita novità, "l'accoglimento di uno dei motivi di ricorso non pot[esse] necessariamente escludere l'interesse alla enunciazione del principio di diritto nei confronti degli altri motivi di impugnativa" (in termini N. GIUDICEANDREA, *Le impugnative civili*, Milano, 1952, 328; ma ancor prima M. DUNI, *In tema di motivi assorbiti nel ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 1948, I, 186, ove si dice che una volta accolto un motivo, occorre valutare in senso sostanziale e non meramente formale l'eventuale superfluità dell'esame delle ulteriori doglianze: in altre parole, tale inutilità va riguardata non con riguardo al giudizio rescindente, ma "in relazione all'obbligo del Supremo Collegio di stabilire il principio vincolativo di diritto" per il giudizio rescissorio. In egual senso cfr. altresì E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 126 ss., nonché, più avanti, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, 424 ss., il quale inoltre si avvede che identiche considerazioni si prestano a venire trasposte, *mutatis mutandis*, al processo amministrativo di legittimità).

Donde, (la affermazione de) il dovere giudiziale di scrutinare tutti i motivi dedotti²¹, pena una indebita e arbitraria limitazione della tutela erogata²²²³. Ora, è di prima evidenza che se il giudice fosse sempre tenuto a esaurire l'intero compendio di censure articolate nell'impugnativa, l'ordine seguito nella relativa trattazione seguirebbe a rimanere privo – sia pure per ragioni affatto diverse rispetto al passato – di qualsivoglia rilievo pratico²⁴.

²¹ Nel senso dell'obbligo per il giudice di scrutinare e decidere tutti i motivi, *ex art.* 112 c.p.c. (ritenuto da sempre applicabile al processo amministrativo perché espressione di un principio generale), *cfr.*, per primi, F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 146; E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, cit., 1086 ss.; M. NIGRO, *L'appello*, cit., 47-55; F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 80; M. DI RENZO, *L'eccezione nel processo amministrativo*, Napoli, 1968, 112 e R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 584 ss..

²² *Cfr.* F. LA VALLE, *op. ult. cit.*, 81, ove si legge che il giudice, procedendo all'assorbimento dei motivi non appena trovandone uno fondato, viene ad "arbitrariamente restringere l'intensità della tutela accordata all'interessato, ed a restringere tale intensità, si badi, si badi, accordando meno di quanto espressamente e formalmente [...] il ricorrente aveva domandato, incorrendo dunque, esso giudice, in un vero e proprio diniego di giustizia". In termini analoghi anche R. VILLATA, *op. ult. cit.*, 586, secondo cui la pratica dell'assorbimento si risolve, oltretutto in una "violazione del basilare principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato", anche in "un indebolimento della tutela del ricorrente". Anche in B. CAVALLO, *op. ult. cit.*, 88, si discorre similmente di "specifica carenza di tutela giurisdizionale".

²³ Merita rilevare che, a fronte dell'assorbimento, se certo "a trovarsi frustrato nelle sue aspettative è soprattutto il ricorrente [...] più spesso di quanto non si creda, la rinuncia scontenta anche l'amministrazione, interessata a conoscere cosa debba esattamente fare dopo la decisione di annullamento" (così M. NIGRO, *Processo amministrativo*, cit. 20; nonché B. CAVALLO, *op. ult. cit.*, 68-69. Non solo, tale pratica finisce per 'pregiudicare' anche quella stessa esigenza che vorrebbe invece appagare, vale a dire – come visto – l'esigenza di economia processuale: si è infatti notato che "per risparmiare una fatica oggi, si pongono spesso le premesse per più pesanti oneri a carico [...] dello stesso giudice, domani", giacché quando "i provvedimenti successivi all'annullamento – pronunciato senza valutazione di alcuni tra i motivi posti a fondamento del ricorso – non diano soddisfazione al ricorrente, nel senso che ripropongano alcuni aspetti sui quali si erano appuntati i motivi dichiarati assorbiti, quegli dovrà effettuare una nuova impugnativa, ove non intenda rinunciare a tutelare i propri interessi: con spreco di tempo per tutti" (così, L. MAZZAROLLI, *L'assorbimento dei motivi, ovvero "presto e bene" non vanno insieme*", in *Il dir. reg.*, 1983, 231. Più di recente *cfr.*, per identiche considerazioni, S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 201)

²⁴ *Cfr.* M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1122, ove l'ovvia constatazione per cui "[d]a un punto di vista logico, l'obbligo di pronunciare sull'intera domanda e il correlativo divieto di assorbimento dei motivi dovrebbero condurre all'irrilevanza dell'ordine in cui questi ultimi vengono esaminati dal giudice: tutti infatti devono essere esaminati e se ritenuti fondati" (ma v. già F. LA VALLE, *Il vincolo*, cit., 82, il quale affermava che "[n]on è questione di precedenza, né in un senso né nell'altro, di alcuni motivi su altri, perché tutti i motivi dedotti devono dal giudice essere esaminati"). Sennonché, come rileva l'Autore – e come subito si dirà nel testo – quell'obbligo ha carattere soltanto tendenziale, ed è proprio nei casi

Il vero è, però, che detto obbligo ha carattere soltanto tendenziale e che, per quel che qui più da vicino rileva, esso è destinato necessariamente a venir meno le volte in cui l'impugnativa sia affidata a doglianze le quali – avuto riguardo alla regola di condotta che promanerebbe dal relativo accoglimento – risultino “incompatibili”²⁵.

Si pensi, a titolo esemplificativo, all'impugnativa avverso agli esiti di una procedura *latu sensu* concorsuale in cui vengano dedotti due motivi di doglianza, il primo diretto al travolgimento dell'intera gara (e, così, sul piano conformativo, alla relativa riedizione) e il secondo tendente all'esclusione del concorrente risultato aggiudicatario (e, così, sul piano conformativo, a scalzare quel concorrente in graduatoria).

In consimili evenienze, l'accoglimento di una censura rende inevitabile (o appunto necessario) l'assorbimento dell'altra: è perciò immediatamente percepibile come l'ordine seguito dal giudice nel relativo esame finisca per porre un'ipoteca decisiva sul contenuto della decisione e, con esso, sulla tutela che la stessa è in grado di accordare al ricorrente vittorioso²⁶.

in cui questo è destinato necessariamente a venir meno che l'ordine seguito nella trattazione dell'impugnativa si rivela decisivo.

²⁵ Discorrono espressamente di motivi incompatibili onde fare riferimento a quelle censure che preludono a esiti conformativi non conciliabili (talché l'accoglimento dell'una rende inevitabile l'assorbimento dell'altra) L. PERFETTI – G. TROPEA, “Heart of darkness”, *l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, spec. 265; nonché V. DOMENICHELLI, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in F. FRANCIOSI – M.A. SANDULLI (a cura di), *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, Napoli, 2019, 17; ma già M. MAGRI, *L'ordine di esame dei motivi nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1068. In giurisprudenza tale definizione ricorre, ad esempio, in Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 15 novembre 2011, 2742.

²⁶ In tal senso v. M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 1123, il quale osserva che nell'ipotesi considerata “dare priorità a un motivo significa garantire che il motivo stesso sia esaminato”, mettendolo al riparo dall'assorbimento. Cfr., sul punto, anche P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 13, ove si osserva che il problema dell'ordine di esame dei motivi, ancorché diverso da quello del relativo assorbimento, è a questo correlato: “l'ordine di esame dei motivi”, infatti, “può determinare, nella concreta applicazione, il fenomeno dello «assorbimento necessario»”. In senso analogo cfr. altresì M. MAGRI, *L'ordine di esame*, cit., 1069, ove si dice che in tal caso si “impone di elidere dall'oggetto del giudizio uno dei motivi”; nonché, infine, F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, V, Milano, 2003, 4470

Ben si comprende, pertanto, l'importanza pratica (oltreché teorica) del problema e l'assoluta esigenza di (individuare) una regola che valga a offrirvi soluzione.

2. La sola eccezione di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a.: l'incompetenza come motivo prioritario e assorbente (rinvio).

Nel paragrafo che precede si è anticipato come alla generale assenza di una disciplina positiva in tema di ordine di esame dei motivi faccia (forse) eccezione l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., a tenore del quale “[i]n nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”.

A fronte di una *littera legis* indubbiamente non univoca, si sono fatte strada in dottrina e giurisprudenza due diverse interpretazioni della stessa: secondo una prima lettura, di indole oggettiva, i “poteri” che la disposizione richiama sarebbero quelli mai esercitati da alcuna autorità²⁷, sicché la norma varrebbe a null'altro che a salvaguardare la tradizionale scansione che vuole il processo situarsi a valle del procedimento; secondo una opposta lettura, d'indole questa volta soggettiva, il riferimento sarebbe invece anche ai poteri non esercitati dall'autorità preposta²⁸, talché la

²⁷ In questo senso si vedano, tra altre, 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. In dottrina, cfr. 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”, cit., 223-225, spec. nota 7, e 271; N. PAOLANTONIO, *Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo ed oggettivo (osservazioni sparse)*, in *www.giustamm.it*, 2013, par. 3; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 461.

²⁸ Questa la lettura preferita da Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015, cit.. Nello stesso senso sembrava orientata anche l'ordinanza di rimessione (Cons. Stato, sez. V, ord. 22 dicembre 2014, n. 6204) e, in precedenza, un'analoga ordinanza di rimessione (Cons. Stato, sez. VI, ord. 11 febbraio 2013, n. 761), non riscontrata *in parte qua* da Cons. Stato, ad. plen., n. 8/2014, cit., a causa del rigetto del motivo il cui accoglimento avrebbe reso rilevante la questione. Analogamente, si vedano altresì Tar Lazio, Latina, 14 giugno 2013, n. 547; Tar Sicilia,

previsione varrebbe a imporre al giudice di esaminare con precedenza, tra i motivi dedotti dal ricorrente, quello afferente al vizio di incompetenza e di non scrutinare gli altri (e dunque di assorbirli) allorché ne appuri la fondatezza.

Rinviando al prosieguo del lavoro la puntuale disamina degli argomenti addotti nell'uno e nell'altro senso (e astenendoci per il momento da una presa di posizione al riguardo), è importante in questa sede rilevare che, nel diritto vivente – a fronte della preferenza accordata dall'Adunanza plenaria all'esegesi della disposizione in chiave soggettiva – l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., integra il solo precetto in tema di ordine d'esame dei motivi di ricorso.

3. Le diverse posizioni emerse sul punto in giurisprudenza.

Non essendo dato riscontrare, come detto, una disciplina positiva in punto di ordine di esame delle censure (salva solo la discussa – e comunque limitata – eccezione da ultimo illustrata), il compito di colmare lacuna è stato inevitabilmente assolto dalla giurisprudenza, la quale tuttavia si è attestata – si avrà modo di coglierlo a breve – su posizioni affatto diverse.

Palermo, sez. III, 19 giugno 2013, n. 1347; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 24 aprile 2013, n. 941. In dottrina, la lettura in chiave "soggettiva" dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., era stata prospettata da R. DE NICIOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *federalismi.it*, 2010, 27; P. CARPENTIERI, *I provvedimenti del giudice*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1099. Più di recente, cfr. 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 e L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 831 ss..

Merita sin d'ora anticipare che tale esegesi della disposizione risente (nel senso che mira a offrire continuità) del peculiare regime processuale per l'innanzi riservato al vizio di incompetenza (perlomeno secondo costante giurisprudenza) dall'abrogato art. 26, comma 2, della legge istitutiva dei Tar (l. 6 dicembre 1971, n. 1034).

Tale ultima disposizione, infatti, stabiliva – in modo certo più risoluto – che "[s]e [il tribunale amministrativo regionale] accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente"

Volendo – almeno per il momento – semplificare al massimo, le molteplici soluzioni prospettate in via pretoria si prestano a venire ascritte a due (macro) orientamenti: il primo – che può definirsi tradizionale e che per lungo tempo è stato maggioritario – attribuisce al giudice una (più o meno ampia) discrezionalità nella determinazione della tassonomia dei motivi; il secondo – affacciatosi più di recente – riconosce invece un'attitudine vincolante all'ordine impresso agli stessi dal ricorrente.

Più avanti si vedrà come l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, intervenuta con sentenza 27 aprile 2015, n. 5 onde dirimere il contrasto, abbia tentato di mediare tra i due indirizzi testé stringatamente cennati.

Prima, però, è opportuno dar conto, un po' più nel dettaglio, delle diverse sfumature in cui, l'uno e l'altro, si sono manifestati.

4. La discrezionalità del giudice.

Più sopra si è rilevato come un primo indirizzo – lungamente maggioritario – fosse nel senso di negare qualsivoglia rilievo (*rectius*: coerenza) all'ordine dato ai motivi dal ricorrente, spettando *in thesi* unicamente al giudice il compito di definirlo²⁹.

Da un esame più approfondito dell'orientamento in questione, tuttavia, emerge come il descritto potere officioso di scelta sia stato variamente declinato³⁰: accanto a una giurisprudenza che vorrebbe il giudice del tutto

²⁹ Merita subito avvertire che la tesi della discrezionalità del giudice quanto alla determinazione della tassonomia delle censure è stata sostenuta con riferimento non solo all'ipotesi in cui il ricorrente non abbia fornito alcuna indicazione al riguardo, ma pure laddove quest'ultimo si sia invece premurato di graduarle espressamente (richiedendo l'esame dei motivi dedotti in subordine soltanto a fronte del previo rigetto del motivo principale). In questo senso cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 1992, n. 1095; 25 febbraio 1997, n. 184; sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4829; sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143; 11 gennaio 2012, n. 82. Nella giurisprudenza di primo grado si vedano, tra altre, Tar Lombardia, Milano, sez. I, 15 dicembre 2009, 5346 e Tar Liguria, sez. II, 12 novembre 2010, n. 10365, Tar Umbria, sez. I, 4 marzo 2013, n. 146.

³⁰ Rileva P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 16, come "il riconoscimento al giudice di tale potere di scelta [sia stato] fondato di volta in volta su esigenze molto disomogenee"

libero di stabilire la tassonomia delle censure³¹, ve n'è altra che, diversamente, gli riconosce al riguardo una discrezionalità (non piena, ma) condizionata.

Qui, peraltro, si assiste a un'ulteriore divaricazione tra pronunce secondo cui la trattazione (nel merito) dell'impugnativa dovrebbe venire scandita avendo di mira l'interesse pubblico alla legittimità dell'azione amministrativa (con conseguente necessità di scrutinare con precedenza quel motivo che, ove fondato, consenta di ripristinare *in toto* - nei limiti ovviamente della domanda - la legalità violata)³² e pronunce ove, al contrario, si sostiene che la scelta andrebbe correlata alla maggiore soddisfazione dell'interesse privato facente capo al ricorrente (dovendosi perciò accordare priorità a quella censura dal cui accoglimento quest'ultimo possa ritrarre la maggiore utilità possibile)³³.

A sostegno della prima soluzione si è tradizionalmente invocata la circostanza che il processo amministrativo sarebbe orientato (ancorché nei limiti della domanda) all'esigenza di garantire un pieno controllo (di tipo oggettivo) sulla funzione pubblica³⁴; la seconda soluzione, invece, è stata

³¹ Questa la posizione espressa da Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2008, n. 3002; nonché da sez. IV, 4 dicembre 2000, n. 6488, ove si dice che "è rimesso alla piena discrezionalità dell'organo giudicante l'ordine con il quale intenda procedere all'esame delle questioni sottoposte al suo esame, senza che occorra dar conto delle ragioni per cui si sia pervenuti ad un determinato ordine espositivo". Va però sottolineato che nella richiamata decisione (ma lo stesso vale pure per quella citata per prima) si aggiunge, poco oltre, che "l'unico vincolo che deve essere rispettato è quello di esaminare, in qualsiasi ordine, tutte le questioni sottoposte al suo esame": vincolo, questo, cui tuttavia non è sempre possibile dar seguito (ci si riferisce, in particolare, all'ipotesi vista sopra di motivi cd. incompatibili), ed è proprio quando ciò accade che si pone il problema della progressione da seguire nello scrutinio delle censure. In altre parole, che l'ordine dei motivi sia ininfluenza le volte in cui sia dato al giudice esaminare per intero il (merito del) ricorso è senz'altro vero, ma è pure vero che lo stesso non può dirsi ove un simile ciò non risulti praticabile.

³² Limitando l'indagine alla giurisprudenza più recente si vedano, tra altre: Cons. Stato, n. 2143/2009, cit.; n. 82/2012, cit.; sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1071; 26 marzo 2015, n. 1596; sez. III, 11 giugno 2010, n. 1795; Tar Liguria, n. 10365/2010, cit.; Tar Basilicata, sez. I, 17 aprile 2013, n. 186; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 15 maggio 2013, n. 799.

³³ Cfr., ad es, Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5108; sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213; 18 giugno 2008, n. 3002; 24 novembre 2009 n. 7387.

³⁴ In questo senso, oltre alle pronunce già richiamate, si veda in particolare Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2012, n. 1251, che espressamente si pone in una "prospettiva ius-pubblicistica (di tutela oggettiva) dell'azione impugnatoria avente ad oggetto la funzione

fondata sull'idea (opposta) per cui il giudizio di legittimità (non diversamente da quello civile) sarebbe diretto ad assicurare tutela alla posizione soggettiva azionata (e quindi, in specie, ad assicurare la tutela del bene della vita esposto al potere dell'amministrazione)³⁵.

È appena il caso di sottolineare come l'opzione per l'uno o l'altro capo dell'alternativa comporti esiti del giudizio completamente diversi: nell'esempio visto sopra di impugnazione degli esiti di una procedura

pubblica". In dottrina, sull'oggetto giudizio amministrativo di legittimità concepito come mero controllo sull'esercizio del potere pubblico cfr. E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in AA. VV., *Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979. Rileva come la descritta concezione risenta "degli originari connotati della giurisdizione di legittimità, che si colgono, in particolare, nel ruolo che si vuole assegnare nel processo amministrativo di legittimità al ricorrente ed all'interesse di cui questi è portatore, considerati meramente legittimanti alla proposizione di un'azione di annullamento che, poi, avrà quale oggetto unicamente il controllo della legittimità dell'atto impugnato" D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi, principio della domanda e funzione del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 2015, 1192.

È da aggiungere che, in altri arresti (cfr., per tutte, Cons. Stato, n. 2143/2009, cit.), si perviene alla soluzione in parola argomentando non già dall'esigenza – cui si vorrebbe preordinato il processo amministrativo – di assicurare un sindacato pieno sulla funzione pubblica, sibbene dalla circostanza che la pronuncia giudiziale sarebbe destinata a incidere sulla determinazione dell'assetto dell'interesse pubblico (il quale dunque viene qui inteso, anziché come interesse alla legalità dell'azione amministrativa, come interesse alla cui cura è indirizzato il provvedimento gravato). Si è osservato in proposito che tale impostazione risente di ragioni di ordine storico, efficacemente sintetizzate dalla nota massima secondo cui "*jurer l'administration, c'est aussi administrer*" e insite nell'idea tradizionale secondo cui l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato è esso stesso atto di pubblica amministrazione, in quanto funzionale a predisporre un (nuovo) assetto di interessi conforme all'interesse pubblico (cfr. M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice ed amministratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, nonché ID, *Scritti giuridici*, II, 1996, 1051 ss.).

In altri casi ancora, la necessità di scrutinare previamente il motivo che meglio assicuri l'interesse pubblico, piuttosto che quello del ricorrente, è stata sostenuta invocando il concetto di abuso di processo, *sub specie* di rischio di tutela dell'interesse "immeritevole" o "illegittimo" (in tal senso, espressamente, Cons. Stato, ord. 22 dicembre 2014, n. 6204, sulla quale si avrà occasione di tornare oltre, nonché – pur senza fare dichiaratamente riferimento a detta concettualità, Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 1997, n. 184, ove si dice che il ricorrente non può pretendere "di conseguire una nomina a seguito di una selezione la cui procedura sia integralmente invalida").

³⁵ Cfr., in particolare, Cons. Stato, n. 213/2008, cit., ove si dice che "la discrezionalità del giudice di organizzare la priorità nell'esame della materia del contendere secondo un determinato ordine [...] resta pur sempre correlata all'interesse di cui la parte ricorrente chiede tutela". In dottrina cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, ove il rilievo per cui dall'art. 103 Cost. si ricaverebbe "senza possibilità di dubbio" che il giudice amministrativo è "giudice che tutela situazioni giuridiche soggettive proprie dei ricorrenti nei confronti della pubblica amministrazione: il che, se le parole hanno un senso, non significa «per la realizzazione dell'interesse della pubblica amministrazione»" (corsivi dell'Autore).

concorsuale, se a prevalere è l'interesse pubblico alla legittimità dell'azione amministrativa, deve essere esaminato per primo il motivo che conduce alla riedizione della gara; se viceversa a prevalere è l'interesse del ricorrente, occorre scrutinare prioritariamente la censura cui consegue il subentro di quest'ultimo nell'aggiudicazione.

Occorre poi rilevare che identica divergenza di opinioni (pur se epurata dai richiami alla funzione che si vorrebbe propria del processo amministrativo) si riscontra altresì in quella giurisprudenza la quale – muovendo sempre dal presupposto che il giudice, ancorché libero da condizionamenti di parte, non goda tuttavia di assoluta discrezionalità quanto alla determinazione dell'*ordo procedendi* – ritiene che l'esame dei motivi debba seguire la progressione risultante dal criterio, formalmente unico e almeno in apparenza diverso da quelli visti sopra, della prevalenza (asseritamente) logica dell'illegittimità più radicale³⁶.

Dalla lettura integrale di tali decisioni emerge che, pur a fronte di massime perlopiù coincidenti, la radicalità del vizio assume di volta in volta significati differenti³⁷: talora, infatti, questa viene valutata con riferimento al più o meno ampio (nel senso di – si passi l'espressione – dirompente) effetto eliminatorio dell'accoglimento del gravame, talaltra avendo riguardo al più o meno ampio (nel senso qui di soddisfattivo per il ricorrente) effetto conformativo.

Conseguentemente, (più radicale e, perciò) logicamente pregiudiziale sarebbe, nel primo caso, l'illegittimità collocata più a monte nell'*iter* procedimentale (dato che il positivo riscontro della stessa determinerebbe

³⁶ Cfr. P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 16, ove si da conto che, ai fini della definizione dell'ordine di esame dei motivi di ricorso, è frequente in giurisprudenza "il richiamo ad un'ipoteca regola logica, in base alla quale le illegittimità meno radicali restano incorporate in quelle più radicali, con la conseguenza che queste ultime devono essere esaminare per prime (con assorbimento delle altre)".

³⁷ Rileva l'ambiguità del criterio del vizio più radicale P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 19 ss..

l'integrale - o pressoché integrale - travolgimento di quest'ultimo)³⁸; nel secondo, l'illegittimità più a valle (perché, se accertata, assicurerebbe alla parte che ha agito il risultato più vantaggioso)³⁹.

Ne risulta perciò riproposto il contrasto tra la tesi secondo cui la tassonomia dei motivi andrebbe ispirata alla (massima) tutela dell'interesse pubblico e quella che, viceversa, ritiene che la stessa debba rispondere alla (massima) tutela dell'interesse individuale azionato con il ricorso.

5. La vincolatività dell'ordine stabilito dal ricorrente.

Un secondo orientamento - per vero "non del tutto speculare rispetto al primo"⁴⁰ (sul che v. subito *infra*) - riconosce invece carattere vincolante all'ordine in cui il ricorrente ha articolato le censure.

In talune decisioni, tale soluzione viene fatta discendere dal principio dispositivo, assumendone la sicura e piena applicazione anche nel

³⁸ Così, per prima, Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 1982, n. 635. Più di recente si veda Cons. Stato, n. 4829/2008, cit., ove, con riferimento a un'impugnativa avente a oggetto gli esiti di una procedura concorsuale, si dice che, "sotto il profilo logico e giuridico", "il giudizio declaratorio della illegittimità delle operazioni di gara con riguardo a segmenti temporalmente e ontologicamente antecedenti all'aggiudicazione" si rivela "pregiudiziale" rispetto al "giudizio affermativo sulla necessità di escludere l'aggiudicataria controinteressata". In senso conforme cfr. altresì Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2012, n. 1251; C.g.a.r.s., sez. I, 30 marzo 2011, n. 290; nonché, nella giurisprudenza di primo grado, Tar Lombardia, Milano, n. 5346/2009 cit.; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 10 giugno 2010, n. 2297; Tar Sicilia, sez. I, 26 gennaio 2011, n. 126; Tar Lazio, Roma, sez. II, 28 gennaio 2012, n. 93 e Tar Umbria, n. 146/2013, cit., secondo le quali "assume chiaramente.

In dottrina, su posizioni simili si era attestato G. GIACCIARDI, *Giudicato amministrativo*, cit., 912 ss..

³⁹ In tal senso v. Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2009, n. 7387, ove si dice che "l'accoglimento del motivo di appello da cui deriva l'annullamento dell'ammissione [dell'originaria aggiudicataria] e l'aggiudicazione in [...] favore [della ricorrente], comporta il necessario assorbimento del motivo di appello dal cui accoglimento [la ricorrente medesima] conseguirebbe un vantaggio minore (annullamento del bando di gara)". Analogamente, cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7442; 7 febbraio 2003, n. 645; 20 agosto 2001, n. 4445.

⁴⁰ Il rilievo è di P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 24

processo amministrativo⁴¹; in altre, si fa leva sui principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo di cui all'art. 111, comma 1, Cost.⁴². Non mancano infine pronunce in cui l'attitudine cogente riconosciuta alla tassonomia delle censure stabilita nel ricorso è ricondotta al "principio di livello costituzionale di pienezza dei mezzi di tutela"⁴³: In ogni caso, al netto degli argomenti di volta in volta addotti a supporto della riferita conclusione, si deve osservare come da tali decisioni, invero, "non emerg[a] una regola generale sull'ordine di esame dei motivi di ricorso, ma soltanto un vincolo cui il giudice deve attenersi a fronte dell'esplicitazione della volontà del ricorrente"⁴⁴.

⁴¹ Cfr., Cons. Stato, sez. III, 22 agosto 2012, n. 248, in cui si afferma che "nel quadro del principio generale della domanda, la graduazione delle domande in via principale o subordinata costituisce espressione dell'ampiezza dell'esercizio dell'azione che va riconosciuta anche nel processo amministrativo". In senso analogo si v. anche Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513; nella giurisprudenza di primo grado cfr. , *ex multis*, Tar Piemonte, sez. I, 10 marzo 2011, n.248; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 17 gennaio 2011, n. 90; Tar Lazio, Roma, sez. III, 7 giugno 2010, n. 15699; Tar Molise, sez. I, 14 gennaio 2009, n. 12. In dottrina, si vedano, V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1976, 68; A. LUGO, *Il potere dispositivo e l'onere della parte nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1983, 1065; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1989, 1405; R. URSI, *Ricorso giurisdizionale amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5261.

⁴² Così Cons. Stato, sez. IV, 16 dicembre 2011, n. 6625, ove si dice che "nell'attuale contesto del diritto positivo disciplinante il processo amministrativo", la vincolatività dell'ordine dato ai motivi dal ricorrente deve ritenersi "soluzione [...]del tutto obbligata, posto che la «tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» (art. 1 c.p.a.) e «la parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, primo comma, della Costituzione» (art. 2 c.p.a.) sono garantiti anche dal c.d. «rinvio esterno», in forza del quale «per quanto non disciplinato» dal codice del processo amministrativo «si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali» (cfr. art. 39 c.p.a.): e tra tali principi va per certo annoverato l'obbligo del giudice di «pronunciare», tra l'altro, «su tutta la domanda» (art. 112 c.p.c.)".

⁴³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 21 e 26 novembre 2008, n. 5841; nonché sez. V, 1° aprile 2009, n. 2070.

⁴⁴ Così P. CERBO, *Ordine di esame dei motivi*, cit., 25, che proprio da tale (corretta) notazione inferisce la non perfetta simmetria tra la regola della vincolatività della graduazione e la regola della (più o meno ampia) discrezionalità del giudice vista in precedenza, la quale, "nella prospettazione dei suoi sostenitori, è destinata a trovare applicazione sia quando il ricorrente abbia esplicitato, sia quando non abbia esplicitato un ordine dei motivi".

In altre parole, in esse ci si limita a riconoscere alla parte la facoltà di imprimere alle doglianze un ordine condizionale; le volte in cui questi rinunci a esercitarla (ossia ometta di fornire espresse indicazioni sul punto), il compito di definire la scansione lungo cui procedere alla trattazione del merito dell'impugnativa torna nella disponibilità del giudice⁴⁵.

Per la verità, una certa giurisprudenza ha rifiutato tale soluzione "differenziata" (ha cioè disconosciuto al giudice il potere di determinare autonomamente *l'ordo procedendi*, pure in difetto di un'esplicita graduazione) pervenendo però a esiti insostenibili. Il riferimento è a taluni isolati (e quantomeno) eccentrici arresti del Tar Lombardia, secondo cui, se "il ricorso contiene più doglianze, non formulate in via graduata fra loro", ciò "rende impossibile al giudice l'individuazione dell'interesse azionato e della censura da esaminare in via preminente, in quanto avente priorità per il ricorrente": perciò, "di fronte ad una diversa intensità dell'interesse, emergente dalle plurime censure non oggetto di graduazione da parte del ricorrente, cui corrispondono diverse richieste tra loro incompatibili [aggiudicazione e travolgimento dell'intera procedura], non può che dichiararsi l'inammissibilità del ricorso"⁴⁶.

Ora, come poc'anzi si accennava, tali conclusioni non possono essere condivise, urtando tanto con la pertinente disciplina di dettaglio (nella misura in cui individuano un'ipotesi di inammissibilità dell'impugnativa non tipizzata)⁴⁷, quanto - e più a monte - con il "quadro costituzionale, dal

⁴⁵ Così, in effetti, pare orientata tutta quella giurisprudenza (cfr., per tutte, Cons. Stato 5108/2006 cit.) che - muovendo in realtà da una prospettiva di partenza diametralmente opposta - riconosce al giudice il potere di definire l'ordine di esame dei motivi di ricorso, facendo tuttavia salva l'ipotesi in cui "il ricorrente deduce alcuni motivi in via gradata, subordinandone l'esame all'accertata infondatezza degli altri ": infatti, "in tal caso, [il giudice] deve esaminare in primo luogo la domanda proposta dal ricorrente in via principale e poi eventualmente passare all'esame dei motivi dedotti in via subordinata"

⁴⁶ Così Tar Lombardia, sez. IV, 29 agosto 2012, n. 2194, ma, in senso analogo, si veda altresì la precedente Tar Lombardia, sez. IV, 15 novembre 2011, n. 2742.

⁴⁷ In questo senso P. CERBO, *Ordine di esame dei motivi*, cit., 27, il quale osserva come sia dall'art. art. 17, comma 1, n. 2, reg. proc. 642/19071, sia, a maggior ragione, dall'art. 40

momento che – secondo la giurisprudenza della Corte – il diritto di azione si traduce in linea di principio nel diritto a una pronuncia sul merito della controversia⁴⁸.

Nondimeno, si può sin d'ora anticipare che (almeno) le premesse da cui muovono le richiamate decisioni del Tar Lombardia meritano di essere tenute in debita considerazione per il prosieguo del lavoro.

6. Il tentativo di comporre il contrasto giurisprudenziale: la pronuncia dell'Adunanza plenaria 27 aprile 2015, n. 5.

La segnalata difficoltà della giurisprudenza a pervenire a una soluzione univoca, in uno con la rilevanza pratica sempre crescente (in ragione anche del progressivo “transito” del processo amministrativo – ferma la relativa struttura impugnatoria – da giudizio – funzionalmente – di mera legittimità a giudizio “di spettanza”) assunta negli ultimi anni dal problema dell'ordine di esame dei motivi⁴⁹, ha finito per rendere necessario l'intervento chiarificatore dell'Adunanza plenaria, sollecitato dalla V sezione con un'ampia ordinanza i cui contenuti meritano di venire stringatamente riepilogati⁵⁰.

In essa, dopo essersi dato conto dei due (macro) orientamenti in campo – vale a dire, da una parte, quello che rimette al giudice la determinazione

c.p.a. emerge chiaramente che il ricorso è valido (nel senso di ammissibile), e deve perciò essere esaminato nel merito, salvo che la domanda non sia assolutamente incerta.

⁴⁸ Così, ancora, P. CERBO, *op. ult. loc. cit.*, ove si richiamano C. cost., 10 aprile 1987, n. 123 e 23 aprile 1987, n. 146.

⁴⁹ In Cons. Stato, sez. V, ord. 22 dicembre 2014, n. 6204, di cui subito si dirà, si afferma che il problema della tassonomia di esame delle censure è da ricondurre soprattutto “all'introduzione nel processo amministrativo del cd. giudizio di spettanza, poiché [...] all'interno del processo amministrativo inteso come giudizio meramente caducatorio, [esso] presentava scarso rilievo”

⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, ord. n. 6204/2014, cit.. Invero, il tema dell'ordine di esame dei motivi era già stato portato all'attenzione dell'Adunanza plenaria dalla VI Sezione (ord. 11 febbraio 2013, n. 761, che peraltro riprende quanto già osservato in altra sede dal suo estensore: R. DE NICIOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *www.federalismi.it*, spec. parr. 5 e 6), e tuttavia il Supremo Collegio, in quell'occasione, si era espresso con un *non liquet* sulla questione, per avere rigettato il motivo il cui accoglimento l'avrebbe resa rilevante.

della tassonomia delle censure, dall'altro, quello che riconosce attitudine cogente alle indicazioni di parte – si rileva come, pure nell'ambito del primo, non manchino pronunce ove si afferma che il potere officioso di scelta quanto all'*ordo procedendi* incontri un limite allorché si abbia a che fare (non con una pluralità di motivi all'interno di una stessa domanda, ma) con una pluralità di domande (aventi a oggetto diversi provvedimenti): in tali casi, infatti, il principio dispositivo consentirebbe al ricorrente di vincolare il giudice⁵¹.

Di qui, l'esigenza di vedere chiarita dal Supremo Collegio la nozione di "domanda" nel processo di legittimità; nozione che, secondo la Sezione remittente, andrebbe correlata (non al provvedimento gravato – come invece vorrebbero le pronunce cui da ultimo si è fatto cenno – né al singolo vizio-motivo, sibbene) al risultato prodotto dal relativo accoglimento.

Si sostiene, in altre parole – richiamando un precedente della IV Sezione⁵², – che la domanda di annullamento dell'aggiudicazione volta a conseguire il subentro nella stessa (s'intende: a opera del ricorrente) sia altro rispetto alla domanda di annullamento di quello stesso provvedimento volta a ottenere la riedizione della gara: queste due domande, infatti, nell'ottica del giudizio "di spettanza", paleserebbero "una diversa ambizione in relazione alla futura azione dell'amministrazione come vincolata al giudicato"⁵³.

⁵¹ Ivi si richiamano, in particolare, Cons. Stato, n. 2413/2009 cit., e Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5108, ove espressamente si dice che "il potere officioso del giudice amministrativo deve essere esercitato nell'ambito di motivi sollevati all'interno di una medesima domanda; quando invece vengono avanzate più domande, diverse per *petitum*, tale facoltà incontra un limite nel principio dispositivo che non consente al giudice di superare le vincolanti indicazioni del ricorrente"

⁵² Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 settembre 2012, n. 4827. *Contra*, si v. però Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2015, n. 552, secondo la quale tale ricostruzione consentirebbe una "frantumazione" dell'azione di annullamento, che l'art. 29 c.p.a. considera, invece, in modo unitario. Né apparirebbe convincente assumere, quale criterio di caratterizzazione della domanda come "autonoma", il differente effetto conformativo derivante dalla medesima (almeno formalmente) pronuncia di annullamento.

⁵³ In termini Cons. Stato, ord. n. 6204/2014, cit., punto 12, ove, richiamandosi la disciplina contenuta negli artt. 120 ss. c.p.a., che dettano regole distinte a seconda del risultato perseguito dal ricorrente, si conclude appunto che la prospettazione di un vizio che

Muovendo da tale concezione della pretesa demolitoria (che dunque fa leva sul criterio del *petitum*, identificandolo però non con l'atto di cui si chiede la caducazione, ma con l'effetto conformativo avuto di mira⁵⁴), l'ordinanza in parola prende una netta posizione a favore della tesi secondo cui l'ordine dato ai motivi all'interno del ricorso vincola il giudice⁵⁵.

La portata di tale tesi (*rectius*: di tale vincolo) viene però confinata alla sola ipotesi in cui le censure siano state espressamente graduate: laddove al contrario il ricorrente non abbia esternato l'intento di imprimere alle stesse un legame condizionale⁵⁶, si ritiene che la tassonomia del relativo esame torni in mano al giudice, chiamato a definirla in base al criterio "cronologico" di manifestazione delle illegittimità in seno all'attività amministrativa⁵⁷.

se riscontrato imporrebbe la ripetizione della gara e di una censura che se accolta eliminerebbe dalla graduatoria la prima classificata a vantaggio della sola altra concorrente, si presentano come richieste fortemente divergenti".

⁵⁴ Nell'ordinanza di rimessione si insiste a tal fine (sempre al punto 12) sulle non meglio precisate "novità che hanno interessato la nozione di *petitum* nel processo amministrativo".

⁵⁵ In questa stessa direzione si era orientata anche la precedente ordinanza (n. 761/2013, cit.), senza tuttavia indugiare sulla nozione di domanda di annullamento nel processo amministrativo. Ivi, in particolare, la vincolatività dell'ordine dato ai motivi dal ricorrente era stata desunta, oltretutto dai principi generali relativi ai processi connotati da natura soggettiva (principio dispositivo e principi dell'effettività e della pienezza della tutela), anche dalla disciplina di dettaglio (pure eccezionale) relativa al rito in materia di appalti: da questa, infatti, emerge che il subentro nel contratto non è pronuncia che può essere disposta automaticamente nel caso di annullamento dell'aggiudicazione, essendo necessaria una specifica domanda di parte (art. 124, commi 1 e 2, c.p.a.); indizio, questo, che il principio dispositivo andrebbe considerato prevalente rispetto alla tutela coerente dell'interesse pubblico (il quale potrebbe esigere che, rimosso un aggiudicatario, se ne faccia subito un altro nella persona del ricorrente vittorioso).

⁵⁶ Nella fattispecie concreta giunta all'attenzione della Sezione, il ricorrente non aveva graduato espressamente i motivi, limitandosi a enumerarli. In particolare, si trattava di un ricorso avverso gli esiti di una procedura a evidenza pubblica (indetta da un Comune per l'affidamento in appalto del servizio di corrispondenza) affidato a tre motivi prospettati in quest'ordine: i) mancanza, in capo all'aggiudicatario, di un requisito tecnico-professionale richiesto dalla *lex specialis*; ii) violazione del principio di pubblicità nell'apertura e nell'esame delle buste contenenti le offerte; iii) mancanza, in capo all'aggiudicatario, della necessaria autorizzazione ministeriale a svolgere il servizio oggetto di gara.

⁵⁷ In proposito, richiamando le pronunce Cons. Stato, ad. plen, 30 gennaio 2014, n. 7 e 25 febbraio 2014, n. 9 (entrambe in tema di rapporti fra ricorso principale e incidentale), si sostiene che la trattazione del merito dell'impugnativa debba principiarsi dalle censure che

A tale conclusione si perviene (non già sulla scorta dell'idea che il giudizio di legittimità sia votato ad assicurare un pieno controllo sulla funzione pubblica, ma) impiegando un'argomentazione volta a sindacare la "meritevolezza" della tutela del ricorrente: secondo la Sezione remittente, infatti, se si accogliesse il criterio opposto (che, in quanto incentrato sulla massima utilità ritraibile dalla pronuncia di accoglimento, imporrebbe di accordare priorità alla censura più soddisfacente per la parte ove pure quest'ultima non l'abbia dedotta in via espressamente principale), si consentirebbero "squilibri nell'uso del processo, che potrebbe condurre eventualmente a premiare posizioni non meritevoli di protezione e a possibili risultati paradossali"⁵⁸.

I contenuti dell'ordinanza di rimessione vengono sostanzialmente ripresi, e sviluppati con interessanti rilievi, dalla sentenza n. 5/2015 dell'Adunanza plenaria, che - dopo avere chiarito che oggetto del proprio intervento non è, in generale, l'ordine da seguire nella trattazione del ricorso, ma, più nello specifico, soltanto il problema della tassonomia dei motivi di illegittimità cui questo è affidato (peraltro con esclusivo riguardo al giudizio di primo grado)⁵⁹ - affronta per prima la questione concernente

colpiscono la legge di gara, per proseguire con quelle che affliggono la procedura e concludere con quelle che si traducono in cause escludenti delle domande, dei concorrenti o delle offerte.

⁵⁸ Così, espressamente, l'ordinanza rimessione, al punto 15. In particolare, questi gli esiti "paradossali" cui ivi si allude: a) il bene della vita verrebbe riconosciuto in capo al concorrente che ha denunciato in primo grado l'irregolarità dell'intera procedura, sì da far ritenere che l'aggiudicazione non possa essere riconosciuta ad alcuno; b) il giudice dovrebbe escludere il risarcimento per equivalente della parte di appalto già eseguita, poiché il giudice valuterebbe che al ricorrente non sarebbe comunque spettata l'aggiudicazione della gara. Evidente e dichiarata, in tale impostazione, è l'idea che "il processo amministrativo possa rappresentare il mezzo per la tutela di un interesse legittimo, che sottenda ad una pretesa che non si sarebbe potuta conseguire e che non può essere attribuita attraverso il sapiente gioco della gradazione delle censure"

⁵⁹ Come espressamente precisato dalla Plenaria, esulano dall'ambito della decisione, oltre al tema della tassonomia dei motivi in grado d'appello (che in ogni caso si ritiene rimesso all'impulso di parte in ragione del principio devolutivo attenuato che regge il sistema delle impugnazioni e che ha condotto a considerare il relativo giudizio una *revisio prioris instantiae* e non un *iudicium novum*), tutte quelle questioni che (pur se diverse dalla tassonomia dei vizi-motivi dedotti) nondimeno attengono all'ordine di trattazione del ricorso: si tratta, in particolare, dell'accertamento dei presupposti del processo e delle

la nozione di domanda demolitoria, posto che, come detto, nella prospettiva assunta dalla Sezione remittente, il modo di concepire l'azione di annullamento finirebbe per rivelarsi decisivo quanto alla possibilità di riconoscere attitudine cogente alla graduazione delle censure (potendosi, *in thesi*, propendere per la soluzione affermativa soltanto a condizione di ritenere che ciascuna censura integri un autonomo *thema decidendum*).

Sul punto la sentenza n. 5/2015 si discosta *in toto* dall'ordinanza di rimessione: se per un verso, infatti, si nega in essa che la domanda di annullamento si presti a venire intesa nel senso dalla prima ipotizzato; per altro verso si afferma che la questione non incide in alcun modo sulla facoltà della parte di segnare in modo vincolante *l'ordo procedendi*.

Quanto al primo profilo⁶⁰, sostiene la Plenaria che a identificare la pretesa demolitoria sia sì il (solo profilo del) *petitum*, ma questo andrebbe fatto coincidere (non con l'effetto conformativo, ma) "con l'effetto cassatorio avuto di mira": l'azione di annullamento, perciò, sarebbe unica (a prescindere dai motivi in concreto prospettati) ove uno solo sia il provvedimento oggetto d'impugnativa.

La riferita conclusione viene fondata su un duplice ordine di argomenti. Il primo ruota attorno all'interpretazione letterale di una serie di disposizioni del codice di rito: si tratta, da un lato, degli artt. 40, comma 1, lett. *b*) e 42, comma 2, c.p.a, che, nell'individuare il contenuto del ricorso (principale e incidentale), correlano direttamente l'oggetto della domanda all'atto

condizioni dell'azione; del rilievo delle cause di nullità degli atti processuali nonché, più in generale, di tutte le questioni di rito; infine, delle questioni preliminari di merito come la nullità del provvedimento o la cessata materia del contendere.

⁶⁰ È appena il caso di rilevare che, trattandosi di questione – quella del significato da attribuire alla domanda di annullamento nel processo amministrativo – ritenuta, come detto, ininfluenza ai fini della possibilità per il ricorrente di graduare i motivi, la Plenaria avrebbe anche potuto (forse dovuto) non approfondirla (in questo senso cfr. M. TRIMARCHI, *Principio della domanda*, cit., 1113-1114). Sennonché, "l'esercizio della funzione nomofilattica ha preso il sopravvento sulla risoluzione della concreta controversia" (così, sia pure con riferimento non a questo specifico punto, ma, più in generale, all'intera pronuncia n. 5/2015, E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur it.*, 2015, 2193-2194).

impugnato; dall'altro lato, degli artt. 43, comma 1; 120, comma 7 e 104, comma 3, c.p.a., i quali – in tema di motivi aggiunti rispettivamente in primo grado (i primi due) e in appello (l'ultimo) – avvalorano, sia pure indirettamente, la medesima idea (cioè che a individuare l'oggetto della domanda sia unicamente l'atto di cui si chiede la caducazione); ivi, infatti, si nega espressamente che la deduzione di ulteriori censure avverso un provvedimento già in precedenza gravato (con il ricorso introduttivo o con l'impugnazione) si risolva nell'introduzione di domande nuove.

Il secondo ordine di argomenti – che nella sentenza n. 5/2015 viene addotto a conferma di quanto desumibile dalle previsioni codicistiche testé citate – è invece attinto dalla (pressoché) coeva giurisprudenza della Cassazione in tema di impugnative negoziali⁶¹: secondo le sezioni unite, in consimili fattispecie a formare oggetto del giudizio non è il diritto potestativo alla modificazione giuridica (ché, se così fosse, allora sarebbe congruente ravvisare tante *causae petendi* – e così tante domande – quanti sono i fatti costitutivi del diritto azionato), ma il rapporto sostanziale che,

⁶¹ Il riferimento è alle sentenze gemelle Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, le quali hanno affermato principi molto rilevanti in tema di impugnative negoziali, e, più nello specifico, di rapporti fra azioni di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione) e nullità contrattuale. Sintetizzando al massimo, le sezioni unite hanno ritenuto che: a) la nullità deve essere sempre oggetto di rilevazione/indicazione da parte del giudice; b) la nullità può essere sempre oggetto di dichiarazione/accertamento da parte del giudice; c) l'espresso accertamento contenuto nella motivazione della sentenza sarà idoneo a produrre, anche in assenza di domanda di parte (domanda o accertamento incidentale) l'effetto di giudicato sulla nullità del contratto in mancanza di qualsiasi impugnazione sul punto; d) la mancanza di qualsivoglia rilevazione/dichiarazione della nullità in sentenza è idonea, in linea generale anche se non assoluta, a costituire giudicato implicito sulla validità del contratto. Le descritte conclusioni sono state raggiunte muovendo dall'idea – su cui subito si tornerà nel testo – che in consimili fattispecie l'oggetto del giudizio sia costituito dal rapporto giuridico sostanziale che origina dal negozio, e non invece dal diritto potestativo alla modificazione giuridica (rispettivamente: l'annullamento, la rescissione, la risoluzione, la dichiarazione di nullità del contratto) che si richiede al giudice di determinare con la sentenza.

Su tali arresti si vedano, tra altri, C. CONSOLO - F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, 225 ss.; I. PAGNI, *Il "sistema" delle impugnazioni negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, 71 ss.; S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, 113 ss.; S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, I, 931 ss..

con la sentenza, andrà a modificarsi (talché unica sarebbe la *causa petendi* – vale a dire il contratto che a quel rapporto da scaturigine – e, con essa, la pretesa avanzata)⁶².

Ritiene l'Adunanza plenaria che identiche considerazioni si prestino a venire estese pure con riferimento al giudizio di legittimità, dovendosi perciò escludere, una volta di più, che a ciascun motivo di doglianza corrisponda una diversa azione di annullamento⁶³.

Tanto chiarito, e muovendo appunto dall'idea che, sul piano “dei poteri esercitabili *ex officio* dal giudice amministrativo risult[i] irrilevante che si sia in presenza di una sola o di più domande di annullamento”, conclude nel senso della vincolatività della graduazione dei motivi operata dal ricorrente.

Tale soluzione viene fatta discendere dalla natura soggettiva del processo amministrativo⁶⁴, la quale a sua volta si ricava dalla piena applicabilità in

⁶² Cfr. Cass., sez. un., nn. 26242 e 26243/2014, cit., laddove espressamente si dice che “la ricostruzione della tutela costitutiva del diritto alla modificazione giuridica, ipotizzata come situazione soggettiva rivolta verso lo Stato-giudice, piuttosto che nei confronti della controparte, è destinata a infrangersi sulla più ampia linea di orizzonte rappresentata dalla necessità che il giudice dichiari, in sede di tutela costitutiva e non solo, e in modo vincolante per il futuro, il modo d'essere (o di non essere) del rapporto sostanziale che, con la sentenza, andrà a costituirsi, modificarsi, estinguersi”.

⁶³ Pur senza fare riferimento alla giurisprudenza della Cassazione (anche perché successiva), si era orientato nel senso che l'oggetto del giudizio amministrativo andrebbe rintracciato non nel diritto (potestativo) all'annullamento, ma nella situazione sostanziale (di interesse legittimo) dedotta in giudizio. L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 630 ss.

⁶⁴ Afferma la Plenaria (punto 8.1.) che nei processi di natura soggettiva, cioè “connotati da parità delle parti e principio dispositivo, l'ordine dei motivi vincola il giudice”, mentre nei processi, come il “giudizio di costituzionalità”, aventi natura oggettiva, ossia “connotati da un primato assoluto dell'interesse pubblico, l'ordine dei motivi non è vincolante”. Pur condividendo in linea di larga massima (ma sul che v. oltre, Cap. II, par. 1) le richiamate affermazioni, ritengono assertoria l'inclusione del processo costituzionale tra quelli oggettivi. L. PERFETTI – G. TROPEA, “Heart of darkness”, cit., 234, nota 25, i quali osservano – richiamando tra altri L. D'ANDREA, *Prime note in tema di assorbimento nei giudizi di costituzionalità*, in A. RUGGERI – G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, 79 ss. e A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli, 2008, 94 ss. – che questo è invero “in bilico tra giurisdizione di carattere oggettivo e giurisdizione di carattere soggettivo”.

Per rilievi simili, v. già P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 49 ss., e l'ulteriore dottrina ivi citata.

esso – ai sensi dell’art. 34, comma 1, c.p.a., nonché, più in generale, dal combinato disposto degli artt. 39 c.p.a.; 99 e 112 c.p.a. e 2907 c.c. – dei principi dispositivo e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato⁶⁵. Il ragionamento condotto nella sentenza n. 5/2015 onde dimostrare che detti principi “coprono” le censure ancorché non le si consideri alla stregua di autonome domande può essere così sintetizzato: poiché è innegabile che, in base a essi, al ricorrente sia dato di non far valere (non deducendoli *ab initio* ovvero rinunciando in corso di causa alla relativa allegazione) dei vizi dell’atto che pure abbia colto (obbligando per questa via il giudice a non prenderli in considerazione, quand’anche in effetti sussistenti, ai fini della decisione), non v’è ragione di escludere che quegli stessi principi gli consentano altresì di (porre in essere qualcosa in meno rispetto alla mancata deduzione o alla rinuncia, vale a dire) prospettare taluno in via subordinata (impedendo così al giudice di tenerne conto non già in ogni caso, ma solo fintanto che non abbia previamente riscontrato l’inconsistenza del vizio denunciato in via principale)⁶⁶.

⁶⁵ A conferma della natura soggettiva del processo amministrativo di legittimità vengono richiamate le recenti Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9 e 15 aprile 2015, n. 4. È stato però osservato in proposito (cfr. L. PERFETTI – G. TROPEA, “Heart of darkness”, cit., 233, nota 22) che, invero, solo dalla lettura della seconda pronuncia traspare una piena adesione al modello della giurisdizione di parti (in essa, infatti, si afferma che “[s]ulla base del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo, ritenuta la fondatezza del ricorso, non può *ex officio* limitarsi a condannare l’amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell’istante ed in ordine al quale persista il suo interesse, ancorché la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall’adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura”), mentre la prima (in tema di rapporti fra ricorso principale e incidentale c.d. paralizzante) tenta una – non agevole – conciliazione fra il modello di giurisdizione soggettiva presente in Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4 e il diverso modello accolto da CGUE, 4 luglio 2013, in C-100/12 (*Fastweb-Telecom*). Per una rassegna critica sulla recente evoluzione relativa a tale tematica (che evidentemente esorbita dall’oggetto del presente elaborato), si rinvia, per tutti, a R. VILLATA, *Finale di partita?*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 826 ss.

⁶⁶ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015, cit., punto 8.1., laddove dice che la graduazione dei motivi (meglio: il riconoscimento della relativa cogenza) è “coerente con il canone logico di non contraddizione: come il più contiene il meno, se alla parte è dato di delimitare ineludibilmente il perimetro del *thema decidendum* (perché al giudice non è consentito di cercare vizi di legittimità *sua sponte*), così deve ammettersi che la parte possa imporre a quest’ultimo la tassonomia dell’esame dei vizi di legittimità”.

Laddove dunque il ricorrente imprima ai motivi un ordine condizionale, il giudice è tenuto ad attenervisi.

Detta regola incontrerebbe tuttavia un'eccezione nella previsione di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a.: questa, secondo la lettura che la Plenaria (come già anticipato) ritiene preferibile, varrebbe a vietare al giudice di pronunciarsi sui poteri non ancora esercitati (non solo da qualsivoglia autorità, ma anche) dall'autorità preposta. Conseguentemente, le volte in cui la parte si dolesse (ancorché in ipotesi in via subordinata) del vizio di incompetenza – alla quale peraltro viene equiparata, nella sentenza n. 5/2015, la “mancanza” dell'autorità preposta in fasi precedenti all'emanazione del provvedimento finale (*i.e.* carenza di proposta vincolante prevista *ex lege* come indefettibile e carenza di parere obbligatorio) – il motivo afferente a quel vizio (*rectius*: quei vizi) andrebbe necessariamente scrutinato per primo, con assorbimento degli altri in caso di sua fondatezza.

Si sostiene infatti che, a opinare diversamente (ad ammettere, cioè, la possibilità di dedurre i richiamati vizi subordinatamente ad altri) si aprirebbe al rischio di far salvo (ogniqualevolta il vizio lamentato in via principale venisse riscontrato come sussistente) un provvedimento adottato da un'autorità diversa da quella preposta (o comunque adottato in mancanza del prescritto intervento della stessa in seno al procedimento), violandosi per questa via l'ordine legale di attribuzioni e competenze presidiato dall'art. 97, commi 2 e 3, Cost.⁶⁷.

⁶⁷ Si può già in questa sede rilevare – non foss'altro perché a riconoscerlo è la stessa Plenaria (punto 8.3.2.) – che il paventato rischio non viene (del tutto) scongiurato neppure dalla descritta esegesi dell'art. 34, comma 2, c.p.a.: il ricorrente, infatti, ben potrebbe determinarsi nel senso di non dedurre affatto il vizio d'incompetenza (strategia, questa, che nella sentenza n. 5/2015 si finisce addirittura per incoraggiare), e in questo modo (tanto in ipotesi di accoglimento del gravame, quanto in ipotesi di sua reiezione), il provvedimento finale (nell'un caso adottato nuovamente a seguito dell'annullamento del primo, nell'altro coincidente con quest'ultimo) promanerebbe da un'autorità diversa da quella preposta.

Non solo: se si escludesse l'obbligo di assorbire le censure ulteriori rispetto a quella (previamente e positivamente accertata) relativa all'incompetenza (o ai vizi a essa assimilati), l'autorità preposta dovrebbe attenersi al vincolo conformativo (discendente dalla decisione sugli altri motivi e) contenuto nel giudicato, in (asserito) spregio tanto al principio della separazione dei poteri, quanto alla garanzia del contraddittorio (per essere quel vincolo maturato in esito a un giudizio cui essa non ha preso parte).

Venendo poi all'ipotesi in cui il ricorrente non abbia espressamente graduato le censure, la Plenaria - dopo avere escluso che un legame condizionale tra i motivi possa desumersi implicitamente dalla semplice enumerazione data agli stessi o dalla mera progressione in cui questi risultino articolati nel ricorso⁶⁸ - afferma che in tal caso il giudice è tenuto (almeno in linea tendenziale, ma sul che v. poco più avanti) a esaminare l'intero ricorso.

Il dovere di scrutinare (e decidere) tutte le censure viene fondato, al pari del dovere di attenersi alla graduazione (ove operata), sui principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato⁶⁹: in ciò non vi sarebbe contraddizione, perché la portata precettiva di quei principi varia a seconda di cosa la parte in concreto richiede⁷⁰⁷¹.

⁶⁸ Si sostiene, in particolare, che la graduazione (meglio: la facoltà per la parte di darvi luogo), "trovando fondamento nella disponibilità degli interessi dei soggetti che agiscono in giudizio, richiede una puntuale ed esplicita esternazione da parte di questi ultimi; tanto, sia per ragioni di certezza dei rapporti processuali, che per evitare che sia il giudice a sostituirsi alle parti nella ricerca, per ciò solo arbitraria, della maggiore satisfattività dell'interesse concreto perseguito da queste ultime" (punto 8.2.)

⁶⁹ Per vero, la Plenaria fa leva pure su argomenti ulteriori, vale a dire la garanzia da un lato del "diritto di difesa della parte (consistente nel diritto ad una pronuncia esaustiva, arg. ex art. 105, co. 1, c.p.a.)", dall'altro del "doppio grado di giudizio imposto dall'art. 125 Cost. (sia pure in senso solo ascendente) e declinato dagli artt. 4 - 6 c.p.a. come principio generale del processo amministrativo (specie per quello impugnatorio di legittimità)" (punto 9.1.).

⁷⁰ Merita in proposito rammentare che, nella ricostruzione operata dalla sentenza n. 5/2015, la prospettazione di un motivo in via subordinata è da equiparare (pur risolvendosi in un *minus* rispetto ad essa) alla mancata deduzione dello stesso.

⁷¹ Che non vi sia contraddizione (perlomeno nella prospettiva in cui si pone la Plenaria) è rilievo in sé esatto. Proprio per questo, però, si può muovere al Supremo Collegio un appunto (invero) formale: in più di una circostanza, infatti, si dice nella sentenza n.

Rilevato però che il vincolo a esaurire l'intero compendio di censure prospettate con l'impugnativa non ha carattere assoluto – ché talora l'assorbimento di una o alcune tra queste si rende inevitabile per ragioni logiche (è il caso, ad esempio, di censure incompatibili avuto riguardo al relativo effetto conformativo) o deve comunque ritenersi consentito (perché previsto espressamente dalla legge, come accade, *in thesi*, nell'ipotesi di deduzione del vizio di incompetenza, o perché in tal senso depongono apprezzabili ragioni di economia processuale) – la Plenaria si preoccupa di stabilire l'ordine che deve scandirne la trattazione⁷².

È infatti chiaro che, una volta riconosciuta (sia pure nelle sole ipotesi che la sentenza n. 5/2015 ha cura di analiticamente individuare⁷³) la possibilità di assorbimento, formulare un criterio di priorità tra i motivi diviene indispensabile onde stabilire quale tra questi debba essere senz'altro esaminato.

In proposito, si nega che a fungere da “stella polare” debba essere “la maggiore soddisfazione dell'interesse del privato”, ché, nel processo amministrativo, vi sarebbe un “convitato di pietra” rappresentato dall'interesse pubblico, da intendersi, nello specifico, come “interesse

5/2015 che la graduazione integrerebbe una deroga all'obbligo di esaminare (e decidere) tutti i motivi. Ebbene, la qualificazione della graduazione in termini di “eccezione”, pur se comprensibile sul piano descrittivo, perché idonea a spiegare il concreto funzionamento di tale meccanismo (e segnatamente l'obbligo di assorbire i motivi subordinati – quand'anche eventualmente fondati o comunque assistiti da interesse processuale – a fronte del positivo apprezzamento del motivo principale), non può essere accettata sul piano strettamente giuridico: atteso che sia la graduazione (*rectius*: il dovere del giudice di attenersi), sia il dovere di scrutinare per intero il ricorso sono espressione di uno stesso principio, deve escludersi che i due precetti (in cui questo si declina) si pongano tra loro in rapporto di regola-eccezione.

⁷² Si è infatti già avuto modo di osservare che, se l'obbligo di vagliare tutti i motivi fosse incondizionato, l'ordine di esame degli stessi finirebbe per risultare del tutto irrilevante.

⁷³ Le diverse ipotesi in cui è ammesso l'assorbimento – riconducibili alle tre categorie cui poc'anzi si è accennato (assorbimento legale, assorbimento logico e assorbimento per ragioni di economia processuale) saranno diffusamente trattate nel Cap. III, cui pertanto si rinvia.

generale dell'intera collettività da un lato ad una corretta gestione della cosa pubblica, e dall'altro ad una corretta gestione del processo”⁷⁴.

Sulla scorta di tali premesse, si afferma che “il giudice stabilisce l'ordine di trattazione dei motivi (e delle domande di annullamento) sulla base della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio) nonché del rapporto corrente fra le stesse sul piano logico-giuridico e diacronico procedimentale”.

7. Necessità di reimpostare il problema

L'approccio giurisprudenziale al problema della tassonomia di esame dei motivi di ricorso – anche a seguito del pur “ampio, lodevole e dottissimo sforzo di sistematizzazione” profuso da ultimo dall'Adunanza plenaria⁷⁵ – appare a chi scrive inappagante, nel metodo prima (e più) ancora che nel merito degli approdi raggiunti.

Per un verso, infatti, l'orientamento inteso a negare qualsivoglia rilievo all'ordine delle censure articolato nell'impugnativa – nella misura in cui viene ancorato all'esigenza di salvaguardare ora l'interesse generale alla legalità, ora l'interesse pubblico concreto – risulta retaggio di una concezione oggettivistica della giurisdizione amministrativa la quale

⁷⁴ Il criterio della maggiore soddisfazione dell'interesse del ricorrente viene rigettato in quanto considerato espressione di una visione “economicistica” (l'espressione è di M. TRIMARCHI, *Principio della domanda*, cit., 1124) del processo amministrativo, in base alla quale esso sarebbe votato alla tutela della libertà di iniziativa economica e di concorrenza tutelate anche a livello sovranazionale. A questa visione, che vorrebbe imporre una “funzionalizzazione della disciplina processuale ad obiettivi esclusivi di politica economica”, la Plenaria oppone una concezione che trae “linfa applicativa” dal “valore di “giustizia” della decisione” e proietta il processo in una “dimensione pubblica”.

⁷⁵ In questi termini C. CONTESSA, *Ordo quaestionum e assorbimento dei motivi nel c.p.a.*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, Roma, 2016, 1315.

(ammesso pure fosse predicabile in passato⁷⁶, oggi) urta tanto con il pertinente dato normativo, quanto con il quadro costituzionale⁷⁷.

Per altro verso, anche l'orientamento che ammette la graduazione dei motivi da parte del ricorrente, facendo discendere tale conclusione *sic et simpliciter* dalla piena operatività, nel processo amministrativo, del principio dispositivo, desta invero (più di) qualche perplessità: se si guarda al processo civile – parimenti retto dal principio dispositivo – ci si avvede che ivi l'ammissibilità del cumulo condizionale di domande, lungi dall'essere riconosciuta in via illimitata, incontra invero deroghe non marginali⁷⁸.

⁷⁶ Come è noto, la natura oggettiva del processo amministrativo è stata in passato autorevolmente difesa (cfr., oltre a S. SPAVENTA, nel discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880, adesso in ID, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949, anche A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 777 ss.; F. D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Roma, 1915, 91 ss.; E. BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti*, Camerino, 1921, 32 ss.; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1923, 126 ss.; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 1923, 357 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943, 153; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 69 ss.)

Tuttavia, l'idea della giurisdizione di legittimità come protesa (unicamente, o anche solo principalmente) a ricondurre a diritto il *munus* pubblico scorrettamente esercitato – se già all'epoca appariva contestabile (per il momento cfr., per tutti, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, 733 ss.) – risulta oggi smentita (oltretutto che dalla disciplina di dettaglio sua propria, anche, e più a monte) dalla Costituzione.

⁷⁷ Che la Costituzione configuri il processo amministrativo come processo di parti è acquisizione che può dirsi ormai davvero pacifica. Il punto verrà ripreso approfonditamente *infra*, ma già qui si può iniziare a richiamare, a mo' di esempio, V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, 473 ss. (ove il rilievo per cui dall'art. 103 Cost. si ricaverebbe "senza possibilità di dubbio" che il giudice amministrativo è "giudice che tutela situazioni giuridiche soggettive proprie dei ricorrenti nei confronti della pubblica amministrazione: il che, se le parole hanno un senso, non significa «per la realizzazione dell'interesse della pubblica amministrazione»" [corsivi dell'Autore]) o R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 198 ss. (secondo cui: "il giudizio amministrativo, come giudizio di parti retto dal principio della domanda appare, vorrei dire imposto dal, si consentirà quanto meno fortemente coerente al, sistema delle norme costituzionali").

⁷⁸ Lo rileva, per primo, A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità*, cit., 816, che infatti conclude nel senso che "la forza vincolante del cumulo condizionale dei motivi non può essere desunta solamente dalla vigenza del principio dispositivo". In senso analogo, cfr. anche P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 37-38 e M. TRIMARCHI, *Principio della domanda*, cit., 1125, il quale evidenzia come le conclusioni raggiunte dalla dottrina del processo civile inducano a ritenere che "la prospettiva del principio della domanda" non sia probabilmente "quella più appropriata per affrontare [...] il tema dell'ordine di esame dei motivi". Più

Non solo, sempre nell'ambito processualcivilistico, chi accoglie impostazioni volte a negare rilievo identificatore dell'azione ai fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio (*causae petendi*) – valorizzando a tal fine il solo profilo dell'effetto perseguito (*petitum*) – consente bensì alla parte (almeno a certe condizioni) di allegare quei fatti in forma graduata, e nondimeno esclude che il fondamento di tale facoltà possa coerentemente rintracciarsi nel principio dispositivo.

Si badi, non sfugge a chi scrive che nel processo amministrativo – in ragione della relativa autonomia e delle peculiarità che indubbiamente continuano a connotarlo – sia dato giungere, pur muovendo da identici presupposti, a conclusioni diverse rispetto a quelle cui si perviene nel processo civile⁷⁹.

Tuttavia, se fosse questo il caso, si tratterebbe di dimostrarlo. Nessuna argomentazione al riguardo si rinviene invece negli arresti che imboccano la strada del principio dispositivo per chiudere la partita.

Converrà allora reimpostare *ab imis* il problema, partendo proprio dalla disamina delle acquisizioni della scienza processualcivilistica e procedendo poi a verificare se le stesse si prestino a venire estese al giudizio amministrativo o se, al contrario, vi siano ragioni che inducano a discostarsene⁸⁰.

ancora *tranchant* la posizione di L. PERFETTI – G. TROPEA, *op. ult. cit.*, 237 e 261, ove si afferma che il principio della domanda sarebbe “del tutto inconferente”.

⁷⁹ Si vedano in proposito le riflessioni di L. BERTONAZZI, *Il principio della domanda: insospettabile ostacolo ad un'ulteriore accentuazione come denegata della giustizia ritardata*, in *Dir. proc. amm.*, 640 ss., ove, ragionandosi proprio – sia pure ad altri fini – di principio della domanda e suoi corollari, si afferma che il processo amministrativo “non è una specie, né una derivazione o diramazione del [processo civile]”: è invece “un sistema processuale autonomo, tendenzialmente autosufficiente, che segue logiche sue proprie, non necessariamente affini a quelle che ispirano i corrispondenti istituti nell'ambito del diritto processuale civile”.

⁸⁰ Secondo l'insegnamento di E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, cit., 1087, ove si ammoniva a non supporre la “esemplarità del processo civile”, ché così facendo si finisce per “trascurare, per amore di schemi di più consueti, la realtà propria del processo amministrativo”.

CAPITOLO II

REIMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA

SOMMARIO: 1. Sulla possibilità di invocare il principio dispositivo. – 2. Il principio dispositivo (sostanziale) come fondamento della signoria del ricorrente quanto alla scelta dei motivi da dedurre. – 3. Il principio dispositivo (quantomeno formale) come fondamento della facoltà del ricorrente di graduare i motivi. – 4. Inconferenza dell'interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa... – 5. (segue) e dell'interesse pubblico concreto. – 6. Le conseguenze della graduazione dei motivi: l'obbligo per il giudice di attenersi all'ordine di esame dei motivi con essa segnato e di assorbire il motivo subordinato in caso di fondatezza di quello principale. – 7. L'ordine di esame dei motivi in assenza di una graduazione da parte del ricorrente. – 8. L'ordine di esame dei motivi nel giudizio "di spettanza".

1. Sulla possibilità di invocare il principio dispositivo

Nel precedente capitolo si è visto come la giurisprudenza – non diversamente dalla dottrina – incline ad ammettere la (cogenza della) graduazione dei motivi a opera del ricorrente abbia sostanzialmente fatto discendere tale conclusione dalla piena operatività – anche nel processo amministrativo – del principio dispositivo.

Si è però anche accennato che, per comprendere se a detto principio possa davvero riconoscersi un ruolo (poco importa, per il momento, se decisivo oppure no) rispetto al problema che ci occupa, il primo nodo da sciogliere è quello di stabilire se i motivi di ricorso valgano o meno a individuare ciascuno un' autonoma e distinta domanda di annullamento⁸¹.

⁸¹ Nega invece che occorra interrogarsi sulla nozione di domanda di annullamento onde impostare il problema dell'ordine di esame dei motivi A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità*, cit., 812, assumendo che "[i]l principio dispositivo [...] copr[a] non solo le «domande» strettamente intese, ma att[enga] a qualsiasi aspetto delle domande stesse che possa portare ad una pronuncia giudiziale che rivesta un apprezzabile interesse per il ricorrente". Ma tali affermazioni non possono venire condivise, perché sebbene sia vero che la dottrina del processo civile – si avrà modo di vederlo a breve, nel testo – ammette la graduazione anche di ciò che domanda non è (cd. questioni), ove tale graduazione risponda a un apprezzabile interesse della parte, è d'altra parte altrettanto vero che quella dottrina nega che la graduazione delle questioni (e il suo carattere vincolante per il giudice) costituisca precipitato principio dispositivo. Del resto, lo Studioso che più di ogni altro ha approfondito il tema del cumulo condizionale di domande nel processo civile (cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit.), giungendo a rintracciarne il fondamento giustificativo nel principio dispositivo (cfr. oltre, al par. 3 del presente Capitolo), si è premurato di chiarire

Se si guarda infatti alle elaborazioni della scienza processualciviltistica, ci si avvede che, quando si muova da impostazioni volte a disconoscere rilievo identificatore dell'azione ai fatti costitutivi (*causae petendi*) del diritto di cui si chiede tutela – valorizzando a tal fine il solo profilo dell'effetto avuto di mira (*petitum*)⁸² – deve poi escludersi che l'allegazione di quei fatti (e così, *a fortiori*, la loro eventuale prospettazione in forma condizionale) si presti a venire coerentemente descritta alla stregua di precipitato del principio dispositivo.

Del resto, se si considera che questo principio esprime, nella sua accezione dinamica, il potere esclusivo delle parti di determinare l'oggetto del giudizio⁸³, è agevole cogliere come – una volta assunta la prospettiva per cui l'oggetto del giudizio è individuato unicamente dal *petitum*, quanti e quali che siano i fatti costitutivi dedotti – esso non possa in alcun modo assurgere a parametro dommatico di riferimento⁸⁴.

(pp. 424 ss., spec. nota 237) che questo risultato si presta a venire esteso al processo amministrativo soltanto a condizione di assumere la piena corrispondenza tra motivi di censura e (autonomi) oggetti del giudizio (corrispondenza circa la quale, per inciso, l'Autore si dice perplesso).

⁸² Si allude in particolare a A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, II, Torino, 1980, spec. 186 ss, il quale, per vero, non nega che la *causa petendi* sia elemento identificativo dell'azione, e nondimeno – rintracciandola non nel singolo fatto storico o evento naturalistico prospettato, ma nell'insieme dei più fatti o eventi che, in base alla valutazione normativa, generano un medesimo effetto (l'effetto invocato dall'attore) – finisce per farla coincidere con il (o per sovrapporla al) *petitum*, escludendo così che ogni fatto allegato valga a individuare un'autonoma domanda. Per una approfondita disamina di tale impostazione cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Torino, 1987, spec. 230 ss., ove ampi riferimenti bibliografici.

⁸³ Così C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 56, ove si dice pure che, nella sua accezione statica, il principio della domanda si esplica nel vincolo *nemo iudex sine actore* (o, esprimendosi identico significato, *iudex ne procedat ex officio*) con il che la domanda assolve la duplice funzione “di operare come privilegiato strumento iniziatore del processo [...] e inoltre di determinarne l'oggetto, ovvero d'individuare il contenuto della richiesta di tutela avanzata dalla parte e l'ampiezza del dovere decisorio di merito che incombe sul giudice”. Per un'indagine dei due profili v. anche, in luogo di molti, G. VERDE, *Domanda (principio della) - Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., 3 ss.; M. MONTANARI, sub art. 112, in C. CONSOLO – F.P. LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Farigliano, 1997, 425 ss.; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991, 582-597; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2004, 188-198.

⁸⁴ Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 468, ove il rilievo per cui, se si nega che i fatti costitutivi valgano a individuare la domanda, la loro allegazione diviene non più

Si deve peraltro avvertire, onde sgombrare il campo da possibili equivoci, che anche chi accoglie l'impostazione "monistica" dinnanzi descritta - impostazione, per inciso, unanimemente condivisa allorché si tratti di far valere diritti reali di godimento (cd. diritti autodeterminati⁸⁵)⁸⁶ - non revoca in dubbio la piena operatività della regola riassunta dal brocardo *iudex secundum alligata partium iudicare debet*⁸⁷: questa regola, pur non potendo venire ricondotta - per le ragioni anzidette - al principio

"riconducibile al carattere privato-disponibile dell'oggetto del giudizio disegnato dalla domanda stessa, e così in sostanza al principio della domanda inteso quale potere esclusivo della parte di scegliere se e quale diritto dedurre in giudizio [...]". Nell'ottica «monistica» di cui si è dato conto nel testo, infatti, "il variare delle *causae petendi* lascia intatta, oltre che processualmente la unicità della domanda e così dell'oggetto del giudizio, altresì l'unicità del diritto sostanziale [...]".

⁸⁵ Per una definizione si v. Cass, sez. II, 13 febbraio 2007, n. 3089, ove si dice che "[l]a proprietà e gli altri diritti reali di godimento appartengono alla categoria dei cosiddetti diritti autodeterminati, individuati, cioè, sulla base dell'indicazione del relativo contenuto quale rappresentato dal bene che ne forma l'oggetto, con la conseguenza che la *causa petendi* delle relative azioni giudiziarie si identifica con i diritti stessi e non con il relativo titolo che ne costituisce la fonte, la cui deduzione non svolge, per l'effetto, alcuna funzione di specificazione della domanda [...]". In termini simili, cfr. altresì, Cass., sez. II, 24 novembre 2010, n. 23851; 5 novembre 2010, n. 22598; 26 novembre 2008, n. 28228; 23 novembre 2007, n. 24446.

⁸⁶ Che quando si facciano valere in giudizio diritti assoluti i fatti costitutivi dedotti non valgano a identificare l'azione è opinione che, (anche) in dottrina, può dirsi da tempo pacifica. In tal senso, cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 175 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, 290 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1980, 1064; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 208 ss.; nonché C. MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di "petitum" e "causa petendi"*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 465 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo, I (Dei limiti e del giudicato costitutivo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 328

⁸⁷ V., tra molti, A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., 128 ss.; nonché, con specifico riferimento alle domande autodeterminate, E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 552; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, 66 ss.; ID, *Le impugnazioni incidentali*, Milano, 1973, spec. 1257 ss.; G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 349 ss.; E. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e la imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 189 ss.

dispositivo⁸⁸, resta comunque ineludibile precipitato dell'esigenza di assicurare l'imparzialità e la serenità del giudice⁸⁹.

Senonché, una volta ricostruito in questi termini, il vincolo giudiziale alle allegazioni delle parti non consente di ricavare, a mo' di logico corollario, l'ulteriore obbligo per il giudice ad attenersi alla tassonomia che a tali allegazioni sia stata eventualmente impressa⁹⁰.

Si vuol dire, in termini chiari, che l'esigenza di terzietà e neutralità del giudice, se per un verso impone senz'altro a quest'ultimo di prendere in considerazione i soli fatti posti dalle parti a supporto delle rispettive pretese, per altro verso non vale – perlomeno di per sé sola (sul che v. subito *infra*) – a imporgli (anche) di scrutinarli nell'ordine condizionale in cui le stesse li abbiano in ipotesi prospettati: è infatti di prima evidenza come non possa in alcun modo venire tacciato di scarsa imparzialità il giudice che definisca la vertenza sulla base di un fatto che, sebbene subordinatamente a un altro, sia stato però introdotto in giudizio pur sempre dalle parti (e non ricercato *sua sponte* dal giudice medesimo)⁹¹.

⁸⁸ In tal senso si veda E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, cit., 552, il quale rileva come la tesi dominante, che riconduce l'obbligo del giudice di attenersi alle prospettazioni di parte ai corollari del principio della domanda (sul che cfr., per tutti M. CAPPELLETTI, *La testimonianza*, cit., 318 ss.), possa accogliersi unicamente laddove si riconosca ai fatti costitutivi del diritto che si fa valere rilievo identificatore dell'azione. Analogamente v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 468-469, spec. nota 12, ove si osserva che, non valendo qui i fatti costitutivi individuare ciascuno una diversa azione, deve escludersi che il divieto per il giudice di fondare la decisione su un fatto che le parti non abbiano dedotto integri un riflesso potere delle stesse di disegnare con la domanda il *thema decidendum* (*in thesi*, appunto, individuato unicamente dal *petitum*)

⁸⁹ Così E.T. LIEBMAN, *op. ult. loc. cit.*; E. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio*, cit., 190; nonché C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 469 -470, secondo cui tra gli strumenti per soddisfare l'esigenza di terzietà e imparzialità del giudice “sembra arduo escludere [...] il divieto di attivarsi *motu proprio* nella ricerca dei fatti (principali) idonei a sorreggere – o a contrastare – la domanda attrice”.

⁹⁰ dire che...Non è sostenibile che graduazione sia un *minus* ... citare passaggio della plenaria

⁹¹ Così C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 478, ove il rilievo per cui nella sfera di operatività del principio di terzietà e imparzialità del giudice ricade unicamente il compimento delle allegazioni; “[t]utto ciò che segue al compimento dell'allegazione, e in particolare la scelta dell'ordine in cui prendere in esame, istruire e decidere le varie questioni così poste, ricadrà invece nella sfera di operatività del principio di economia processuale, dal quale discende l'ammissibilità di ritenere senz'altro assorbito l'esame delle questioni concorrenti, in

Nondimeno, la dottrina del processo civile – come già si è accennato – non ha escluso, a certe condizioni, l'ammissibilità (e la cogenza) di allegazioni svolte in forma graduata piuttosto che *sic et simpliciter* concorrente o alternativa: ciò, si è sostenuto, andrebbe consentito ogniqualvolta l'allegante sia in grado di dimostrare un apprezzabile interesse in tal senso, ossia una situazione di ragionevole preferenza a che l'accoglimento della domanda avvenga sulla base di una piuttosto che di altra tra le ragioni dedotte a fondamento della stessa⁹²

In particolare, quest'interesse viene ritenuto sussistente quando il rilievo esplicabile dalla (anelata) sentenza di accoglimento in relazione a successivi giudizi (aventi a oggetto pretese collegate) risulti diverso a seconda di quale tra le plurime fattispecie costitutive del diritto azionato conduca (ove positivamente apprezzata) a pronunciarla.

In consimili casi, la circostanza che la causa venga (favorevolmente) decisa sulla base (del positivo riscontro) dell'una o dell'altra allegazione, pur se indifferente quanto alla efficacia sostanziale della sentenza (che assicurerebbe all'attore in ogni caso – ossia indipendentemente dal fatto costitutivo in concreto accertato come esistente – il godimento del bene della vita espresso dal *petitum*), non è tale ove si guardi all'efficacia pregiudicante della stessa; conseguentemente, appare innegabile che la parte possa ragionevolmente avere interesse a che il giudice vagli per

relazione di fungibilità, con quelle (in senso positivo) risolte previamente rispetto alle altre stante la loro maggiore «liquidità».

⁹² Tale possibilità è riconosciuta da C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 477 ss., ove si dice che proprio “nel riscontro della sussistenza di un tale interesse effettivo” va individuato “lo specifico fondamento legittimante per allegazioni graduate corrispondentemente”; E. T. LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, II, 542; E. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 262 e 277; A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in AA. VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1973, 195 ss.; nonché, per alcuni spunti, già A. CERINO CANOVA, *La domanda*, cit., 137 ss.. In tempi un po' più recenti, cfr. L. SALVANESCHI, *L'interesse a impugnare*, Milano, 1990, 143 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, Milano, 1994, 144 ss., spec. 152; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, 1996, Torino, 168 ss., A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 178 ss., spec. 182-183.

primo quel fondamento della domanda che, una volta (incontrovertibilmente) accertato, sia idoneo a ipotecare l'esito di liti diverse a quella collegate⁹³.

È appena il caso di sottolineare come un simile modo di ragionare presupponga il riconoscimento dell'estensione ai motivi della portata oggettiva del giudicato: laddove si rimanga ancorati alla teorica classica, che – come è noto – vuole circoscritto il prodursi di quel fenomeno al solo dispositivo (ossia unicamente alla statuizione finale sulla esistenza – o inesistenza – del diritto fatto valere)⁹⁴, per la parte non vi sarebbe ragione di preferire (che a condurre alla decisione della controversia sia) un'allegazione piuttosto che un'altra.

Tutto ciò che questa potrebbe attendersi dalla pronuncia giudiziale, infatti, sarebbe soltanto l'attribuzione a essa del bene della vita richiesto con la domanda, "a nulla rilevando, fuori dal processo così concluso, sulla base di quali fattispecie costitutive si sia giunti [a quella pronuncia e, quindi] alla formazione di quel giudicato: tali valutazioni rivestirebbero valore solo prodromico e sarebbero così destinate a rimanere confinate nell'ambito meramente motivatorio, estraneo al fenomeno del giudicato; inidoneo, in altre parole, a concorrere a denotare la valenza pratica della tutela offerta dalla decisione"⁹⁵.

Al contrario, se si accoglie una concezione di giudicato estesa anche alle questioni incidentalmente affrontate dal giudice onde addivenire alla

⁹³ Cfr. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 481 ss., il quale rileva che quando la valenza pregiudicante della decisione resa sia diversa a seconda del motivo portante "non potrebbe facilmente negarsi l'ammissibilità di allegazioni svolte in via strettamente subordinata". In termini diversi, ma esprimendo identiche considerazioni, cfr. anche l'ulteriore dottrina richiamata alla nota precedente.

⁹⁴ È questa l'impostazione di G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata* (1905), riprodotto in ID, *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993, 411 ss., cui si sono allineati, tra altri, N. JAEGER, *La riconvenzione nel processo civile*, Padova, 1930, 38; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 600; E. HEINTZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 207 ss (ma pure in ID, *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in *Giur. it.*, 1955, 756); A. PROTO PISANI, *Osservazioni sui limiti oggettivi del giudicato*, in *Foro it.*, 1972, 89; G. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, 1978, 74 ss..

⁹⁵ In termini C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 481-482.

statuizione finale sulla domanda – concezione che oggi, quantomeno con riferimento alle questioni di per sé idonee a definire il giudizio (tra le quali certamente ricadono quelle afferenti la sussistenza o meno dei fatti costitutivi del diritto azionato, *in thesi* irrilevanti ai fini dell'individuazione della domanda), può dirsi (se non acquisita, certamente) maggioritaria⁹⁶ –, la parte potrebbe instaurare il processo aspirando non solo al (riconoscimento della spettanza; e così al) godimento del bene della vita in quella sede conteso, ma anche a veder (accertato dalla sentenza, una volta per tutte e in modo intangibile, il fatto posto a fondamento della stessa; e per questa via) influenzate le sorti di eventuali cause future diverse ma connesse a quella intentata⁹⁷.

Detto altrimenti, il motivo reggente la pronuncia – in quanto qui ricompreso nella latitudine oggettiva del giudicato – incide (almeno in potenza) sulla portata della tutela, più o meno intensa, che questa (non sul piano sostanziale, ma sul terreno della sua valenza pregiudicante in caso di deduzione in giudizio di una lite collegata) è in grado di offrire.

Per tale ragione – perché cioè, aderendosi a detta impostazione, le diverse allegazioni si pongono tra loro in relazione di fungibilità imperfetta – alla parte che sia nella condizione di prospettare più fattispecie costitutive a sostegno dell'unica azione esercitata, non può che riconoscersi la possibilità di esprimere la propria preferenza (vincolando il giudice)

⁹⁶ Cfr. in questo senso, *ex multis*, P.C. TACCHI VENTURI, *I limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1189 ss.; P. TARDIVO, *Il giudicato sulla motivazione*, Roma, 1967, spec. 69 ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 866 ss.; V. DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 212 ss.; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 127 ss.; M. TARUFFO, "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 651 ss.; E. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e parti della sentenza*, *ivi*, 1977, 406 ss.. Di recente cfr. M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, *ivi*, 2017, 41 ss., ove ampi ulteriori riferimenti dottrinali.

In giurisprudenza si v., *ex multis*, Cass., sez. II, 14 ottobre 2010, n. 21132 (nella quale si dice che il giudicato si estende alla motivazione allorché "[...] costituisce il presupposto logico e necessario della decisione della sentenza"); Cass., sez. trib., 26 giugno 2009, n. 15158; Cass., sez. lav., 26 giugno 2009, n. 15093; Cass., sez. lav., 10 novembre 2008, n. 26927; Cass., sez. lav., 17 giugno 2003, n. 9685.

⁹⁷ Così si esprime C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 488-489.

affinché la decisione si basi sulla favorevole risoluzione dell'una anziché – *rectius*: e solo subordinatamente – dell'altra⁹⁸.

Si può sin d'ora rilevare che i descritti risultati, ove li si condividesse e li si ritenesse trasponibili nel processo amministrativo, consentirebbero di concludere nel senso dell'ammissibilità e della cogenza della graduazione dei motivi.

Per un verso, infatti, l'estensione del (perimetro oggettivo del) giudicato alla motivazione – in specie a voler disconoscere ai motivi dignità di autonome domande (che è l'ipotesi qui considerata⁹⁹ – non può essere seriamente messa in discussione (ché a volerla negare si priverebbe la decisione di annullamento dell'efficacia conformativa)¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr., ancora, C. CONSOLO, *op. ult. loc. cit.*

⁹⁹ Ove si ritenesse – al contrario – che a ciascun motivo di ricorso corrisponda un'autonoma azione di annullamento, si potrebbe anche sostenere che "l'affermazione dell'esistenza o meno dei vizi addotti dal ricorrente, quale fondamento della pronuncia cassatoria, rientra nel dispositivo e non nella motivazione in senso proprio" (questa la tesi di R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni*, cit., 575 ss., il quale, muovendo dalle descritte premesse, aderisce all'impostazione classica – peraltro all'epoca largamente maggioritaria – ed esclude che la cosa giudicata si estenda alla parte motiva della sentenza). Una simile opzione ermeneutica – per certi versi riprodotta, in tempi più recenti, da B. MARCHETTI, *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000, 121, che ha coniato l'espressione "dispositivo sostanziale" onde dire che l'accertamento dei singoli profili di illegittimità, pur se topograficamente ubicato in motivazione, trascende l'ambito puramente giustificativo della pronuncia e accede, a pieno titolo, alla dimensione oggettiva del giudicato (comunque confinata dall'Autore al solo dispositivo, da intendersi però nel senso sostanziale testé riferito) – si rivela tuttavia impraticabile ove si neghi alle censure rilievo identificatore della domanda demolitoria (senza dire che l'effettiva tenuta di tale opzione è discussa anche da chi muova da identica concezione dell'azione di annullamento, cfr. B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto: contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, 123 ss., ove si discorre in proposito di "artificio dialettico" e si ritiene preferibile – una volta riconosciuto che "la sentenza di annullamento dell'atto amministrativo non si limita a coronare una vicenda passata ma, in un modo o in un altro, condiziona giuridicamente il comportamento del soggetto autore dell'atto – ammettere l'estensione del giudicato anche a ciò che dispositivo non è).

¹⁰⁰ Cfr. S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 233-234, ove si sostiene che, con riferimento alle sentenze di annullamento, "è assodata la necessità di riconoscere un ruolo «normativo» alla motivazione: se, a fronte del riconoscimento del diritto all'annullamento del provvedimento antiggiuridico, il dispositivo si limita ad eliminare l'atto, la parte argomentativa rileva, anzitutto, per evitare che i tratti di antiggiuridicità riscontrati con riferimento al provvedimento impugnato si ripetano, consumando una violazione del giudicato". Nella stessa direzione si vedano pure C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 259 ss. e F. FRANCARIO, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1028, il quale, dopo avere rilevato che "sul piano della teoria generale è molto discusso cosa

Per altro verso, la non (perfetta) fungibilità dei motivi di ricorso rispetto alla valenza pratica che la statuizione di annullamento è in grado di assumere – lungi dall’essere eventuale, come invece nel giudizio civile – risulta in ogni caso integrata¹⁰¹, dato che, come già si è avuto occasione di dire, i diversi profili di illegittimità denunciati, ove positivamente riscontrati, si traducono in altrettante regole di condotta cui l’amministrazione è tenuta ad attenersi allorché (ri)esercita il potere¹⁰².

effettivamente «passi in giudicato» di una sentenza; se solo il dispositivo o anche la motivazione”, afferma che “per noi amministrativisti è dato abbastanza pacifico che la motivazione della sentenza sia compresa nell’ambito oggettivo della cosa giudicata”.

In giurisprudenza, per un’espressa presa di posizione in tal senso, cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 6 novembre 2013, n. 2247, in cui si afferma che “il giudicato si forma in relazione al dispositivo della sentenza e in relazione a tutti gli accertamenti e le affermazioni che, contenute nella motivazione, costituiscono la premessa logica e necessaria delle statuizioni del dispositivo”. Analogo modo di argomentare si rinviene in Cons. Stato, sez. VI, 21 giugno 2013, n. 3396: “Al fine di comprendere gli effetti conformativi di una sentenza di annullamento, l’amministrazione deve rispettare non soltanto il dispositivo, ma anche la motivazione a monte dello stesso, che ne costituisce l’indefettibile presupposto per determinarne il senso e l’esatta portata”.

Se dunque – anche a voler intendere ciascun motivo di ricorso come autonoma domanda di annullamento – vi sono sufficienti margini per risolversi nel senso che la dimensione oggettiva del giudicato si estenda alla motivazione (potendosi peraltro trovare a tal fine un appiglio – come rilevato da S. VALAGUZZA, *op. ult. cit.*, 236-239 – anche negli artt. 88 e 119, comma 6, c.p.a., in tema rispettivamente di contenuto della sentenza e di cd. riserva dei motivi d’appello), tale conclusione appare obbligata ove si neghi alle censure rilievo identificatore dell’azione, ché altrimenti si finirebbe di fatto per rendere letta morta l’art. 21-septies, legge 7 agosto 1990, n. 241, nella parte in cui sanziona con la nullità il provvedimento “adottato in violazione o elusione del giudicato”, oltreché per depotenziare significativamente il giudizio di ottemperanza.

¹⁰¹ Salvo naturalmente non si voglia aderire alla nota impostazione di Nigro (cfr. M. NIGRO, *L’appello*, cit., 436-438; ma nello stesso senso si vedano altresì B. CAVALLO, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, cit., 130 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità*, 815-816) che, dopo avere distinto – come già si è avuto occasione di dire – i motivi di ricorso a seconda del tipo di effetto conformativo che gli stessi sono in grado di ingenerare (in particolare: effetto vincolante pieno, quando l’annullamento interviene per ragioni in grado di indirizzare il successivo comportamento dell’amministrazione in maniera completa, tale cioè che non le residuino margini di discrezionalità; effetto vincolante semipieno, quando il vizio cade sugli elementi discrezionali dell’atto, limitando ma non cancellando il potere discrezionale dell’amministrazione in sede di rinnovazione dell’attività; un effetto vincolante secondario o strumentale, quando il vizio accertato impone all’amministrazione unicamente di reiterare l’atto senza tuttavia che il potere discrezionale ad essa spettante risulti sostanzialmente limitato) ritiene che i motivi caratterizzati da identico (tipo di) effetto conformativo siano tra loro fungibili.

¹⁰² Sul punto ci si è già soffermati in apertura del presente lavoro. Qui si richiama, per tutti, R. VILLATA, *L’esecuzione delle decisioni*, cit., 478-480.

Cionondimeno, si deve rilevare come le ragioni in base alle quali la dottrina del processo civile giunge ad ammettere (e a riconoscere carattere vincolante) la strutturazione condizionale delle allegazioni sembrano attinte – più che da argomenti strettamente giuridici – da valutazioni di politica del diritto¹⁰³.

E se la partita dovesse davvero giocarsi su questo campo, sarebbe non certo agevole estromettervi, perlomeno a priori, quelle esigenze – tutela ora dell'interesse generale alla legalità, ora dell'interesse pubblico sostanziale coinvolto nella vicenda – che la giurisprudenza amministrativa ha tradizionalmente invocato onde negare al ricorrente la facoltà di segnare l'ordine di trattazione dell'impugnativa in modo cogente: tali esigenze, infatti, proprio in quel campo trovano terreno fertile.

Si tratta allora di affrontare *ex professo* la questione dell'inquadramento dei motivi di ricorso all'interno della(e) domanda(e) esperibile(i) nel giudizio di legittimità, onde stabilire se gli stessi valgano o meno a disegnare l'oggetto del giudizio e a definire l'ampiezza del dovere decisorio di merito che incombe sul giudice.

2. Il principio dispositivo (sostanziale) come fondamento della signoria del ricorrente quanto alla scelta dei motivi dei motivi da dedurre

Come è noto, l'individuazione della domanda nel processo amministrativo di impugnazione è riconducibile a due linee di pensiero: la prima fa coincidere a ciascuna doglianza una distinta e autonoma azione di annullamento, la seconda, al contrario, è nel senso di ritenere che la pretesa demolitoria sia unica, quanti e quali che siano i profili di illegittimità denunciati con il ricorso.

¹⁰³ Basti qui rilevare che in A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 183, pur propendendosi per l'ammissibilità (e la cogenza) di allegazioni strutturate in forma condizionale, si dà conto "dell'incertezza di qualsiasi soluzione in proposito".

A sostegno della corrispondenza tra censure e domande di annullamento viene richiamata la teoria secondo la quale l'azione processuale è individuata, dal punto di vista oggettivo, in base al *petitum* e alla *causa petendi*: nel processo impugnatorio, l'uno sarebbe sempre rappresentato dalla caducazione del provvedimento gravato, l'altra si identificerebbe di volta in volta con il motivo posto a fondamento della misura richiesta¹⁰⁴.

La tesi opposta, invece, pur senza disconoscere la validità di tale teoria, individua la *causa petendi* non nel singolo vizio lamentato, ma nella fattispecie costitutiva d'assieme del diritto all'invalidazione -

¹⁰⁴ Per questa posizione si vedano, in luogo di molti, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, rist. ed. 1911-1914, 821, il quale sostiene che "ogni fatto generatore di nullità di un atto (vizio di forma, incompetenza, ecc.) sia una *causa petendi* nuova"; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 212 ss.; A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., spec. 84 ss. e 363 ss., ove si dice che, se il motivo di ricorso non indentificasse il ricorso stesso, l'oggetto del processo "si risolverebbe nella proposizione: l'atto impugnato è illegittimo. Viceversa, poiché il motivo di ricorso identifica il ricorso stesso, quel che il ricorrente afferma è: l'atto impugnato è illegittimo, perché affetto dal vizio che si denuncia"; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, cit., 54 ss.; F. LA VALLE, *Il vincolo*, cit., spec. 84 ss.; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., spec. 535 ss.; A. ANDREANI, *Forma del ricorso ed esercizio dell'azione nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1983; C. MIGNONE, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova, 1984, 427 ss.; nonché, da ultimo, S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 196 ss..

asseritamente unico e indivisibile¹⁰⁵ – o nel rapporto amministrativo su cui il provvedimento incide¹⁰⁶.

Non occorre qui dilungarsi ulteriormente ad analizzare – e a prendere posizione in ordine a – gli argomenti tradizionalmente spesi a sostegno dell'una e dell'altra soluzione: oggi l'interprete non può non fare i conti con un dato positivo che (non è più scarno e ambiguo sul punto, ma) offre diversi e solidi spunti testuali – debitamente colti dalla giurisprudenza¹⁰⁷ – per ritenere che l'unicità o pluralità delle domande di annullamento si

¹⁰⁵ Così, in particolare, M. NIGRO, *Domanda (principio della)*, in *Enc. Giur.* XIII, Roma, 1989, 2, dove si legge che “se, nello schema letterario del ricorso, i motivi sono presentati come distinte proposizioni, essi sono solo «periodi» di un unico discorso, nel quale viene esposto al giudice un «episodio di vita» e viene sottoposta a sindacato l'esercizio della potestà amministrativa in ordine ad esso. Le conseguenze di questo sul piano della individuazione della domanda sono notevolissime. Ciò che diventa essenziale e caratterizzante della domanda è l'esposizione della trama fondamentale dell'episodio di vita, dalla quale le singole censure traggono giustificazione e unità: si impianta così un diverso rapporto fra fatto e diritto e si ampliano conseguentemente le possibilità del giudice quanto alla posizione del diritto ed a tutta la ricostruzione delle censure sostanzialmente volute dal ricorrente”. Ma analoghe considerazioni si ritrovavano già in ID, *L'appello*, cit., 32 ss. e 433 ss., ove si precisa che il diritto all'invalidazione dell'atto impugnato “è unico tanto se a dargli vita è un solo vizio, tanto se è più di uno”; nonché in ID., *Processo amministrativo*, cit., 20, allorché si afferma che i motivi di ricorso “vanno considerati l'uno insieme con l'altro non solo per fare risaltare compiutamente l'episodio della vita da cui nasce la pretesa del ricorrente, ma anche per sorreggersi vicendevolmente, per illuminarsi e precisarsi l'un l'altro”. Questo aspetto della tesi di Nigro è ripreso pedissequamente da B. CAVALLO, *Processo amministrativo*, cit., spec. 62-63; ed è condiviso da M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 70, 135, 149, secondo cui “la funzione dei motivi è soltanto quella di individuare il materiale che il giudice può porre a base della propria decisione”.

Sembra poi di doversi intendere nel senso descritto anche l'opinione di F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 207, il quale, muovendo dalla constatazione che nel processo amministrativo sono solitamente prospettati più vizi, ritiene che “questi vizi non sono in realtà figure autonome, che trovino effettivo riscontro sul piano del giudizio, ma sono soltanto aspetti di un unico vizio [...] è il vizio di legittimità [...] che, non denunciabile come tale, può essere espressa solo in termini di difformità del provvedimento rispetto ad una serie di principi e criteri di correttezza giuridica e razionalità di condotta e di giudizio, cui l'amministrazione deve adeguarsi”.

¹⁰⁶ Questa la nota impostazione di A. PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., spec. 215, che su tali basi si discorre di “una certa fungibilità dei motivi dai quali viene fatta dipendere l'eliminazione degli effetti giuridici dell'atto”.

¹⁰⁷ Si allude in particolare a Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015, che – come si è avuto occasione di rilevare – prende posizione nel senso dell'unicità dell'azione di annullamento (quando uno solo sia l'atto gravato) muovendo proprio dai molteplici argomenti letterali in tal senso rinvenibili nel codice del processo amministrativo.

determini esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Si è consapevoli che 'accontentarsi' della *littera legis*, quando si tratti di costruire concetti, può essere considerato, sul piano del metodo, un approccio discutibile, essendo convinzione diffusa che l'interprete non sia vincolato a recepire la terminologia e le definizioni del legislatore (così, ad esempio, C. GRASSETTI, *Le definizioni legali e la riforma dei codici*, Milano, 1939, 307, ove il rilievo per cui "per utili che possano essere alla scienza quando sono esatte, le definizioni vere e proprie, siano esse propriamente enunciative e nominali, siano esse costitutive e reali, non hanno valore obbligatorio"; V. CRISAFULLI, *A proposito del titolo delle leggi, Stato e diritto*, 1941, 471, secondo cui "il legislatore non può vincolare nessuno con le sue definizioni, si tratterà di semplici opinioni, e magari suggerimenti, l'esattezza dei quali può sempre essere criticata dall'interprete"; G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965, 56-58 e N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950, 231, il quale sottolinea come il linguaggio del legislatore sia sovente non rigoroso). Tuttavia, neppure appare corretto trascurare il dettato normativo o, peggio, farne *tabula rasa*, ché altrimenti "si rischia di cadere nel dogmatismo astratto": risulta infatti "elaborazione sicura solo quella costruita con elementi attinti oggettivamente dall'esperienza positiva, mentre sempre latente è il pericolo di creare a priori delle categorie concettuali e poi piegare a queste il contenuto delle norme vigenti" (così R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., 92-93; ma in senso analogo anche S. CHIARLONI, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, Milano, 1969, 162 ove si dice che va respinta la tendenza a pregiudicare l'indagine con una svalutazione della portata delle norme non coincidenti con la costruzione concettuale 'preferita').

Si può poi rilevare (a difesa di questo nostro approccio solo in apparenza disimpegnato) che il dibattito intorno all'unicità o pluralità delle domande di annullamento meriterebbe oggi di venire stemperato, posto che, all'atto pratico, propendere per l'uno o per l'altro capo dell'alternativa si rivela ormai pressoché indifferente. Più in particolare, le esigenze cui storicamente si è inteso dare risposta predicando la corrispondenza tra motivi e azioni demolitorie si prestano, nell'assetto vigente, a venire in egual modo appagate anche considerando unica l'azione.

Si allude: i) all'esigenza di ricomprendere l'accertamento del singolo profilo di illegittimità nell'ambito dei confini del giudicato. In passato l'opinione prevalente (che faceva capo all'impostazione 'classica' propugnata da G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, cit., 411 ss.) era nel senso che il giudicato non si estendesse alla motivazione, ma 'coprisse' unicamente il dispositivo. Conseguentemente, si riteneva che - a voler aderire alla tesi dell'unicità della domanda - le ragioni dell'annullamento sarebbero rimasti estranei al dispositivo (e confinati nella motivazione), talché l'amministrazione avrebbe potuto reiterare un atto in tutto e per tutto identico a quello annullato senza con ciò incorrere nella violazione del giudicato. Ma oggi, che l'accertamento dei diversi vizi ricada entro i limiti del giudicato può dirsi pacifico - come visto sopra - ove pure si disconosca alle censure dignità di autonome domande, essendo ormai acquisito che il giudicato abbraccia anche la motivazione (o, quantomeno, le questioni di per sé idonee a definire il giudizio). Senza dire, poi, che l'effetto conformativo, cui si intendeva per questa via offrire 'copertura', trova ormai ancoraggio - come parimenti si è avuto occasione di dire - nel dato positivo; ii) all'esigenza di consentire al ricorrente (o se non altro di spiegare dal punto di vista teorico la possibilità) di impugnare la sentenza di accoglimento del ricorso che abbia però rigettato taluno dei motivi. In passato solo capo di sentenza e concetto più rigido di soccombenza (citare dottrina che ho trovato)..Ma oggi capo di sentenza non coincide con capo di domanda e in ogni caso si consente impugnazione a fronte di interesse anche senza soccombenza se un motivo viene dichiarato infondato ma ricorso accolto iii) all'esigenza di evitare assorbimento: su ciò ci si soffermerà a breve, nel testo.

Ci si riferisce, in particolare, agli art. 43 e 104 c.p.a.: il primo, in tema di motivi aggiunti, distingue, al comma 1, a seconda che essi siano rivolti avverso il medesimo provvedimento ovvero contro provvedimenti diversi, discorrendo, nell'un caso, di "nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte", nell'altro, di "domande nuove", eventualmente esperibili con separato ricorso (comma 3)¹⁰⁹.

Il secondo, nel recare il divieto dei *nova* in appello, si premura al comma 3 di precisare che dallo spettro di quel divieto esulano - e possono perciò esser fatti valere per la prima volta innanzi al Consiglio di Stato - gli ulteriori vizi a carico dell'atto già gravato in primo grado che siano emersi da documenti non prodotti dalle altre parti in quell'occasione.

Ma in questa stessa direzione militano pure gli artt. 40, comma 1, lett. b) e dall'art. 42, comma 3, c.p.a., che, nell'individuare il contenuto del ricorso - rispettivamente principale e incidentale - correlano l'oggetto della domanda al provvedimento impugnato, e l'art. 120, comma 7, c.p.a., che nel rito in materia di contratti pubblici impone eccezionalmente la 'veste' dei motivi aggiunti (escludendo l'esperibilità di un distinto ricorso) per l'impugnazione di provvedimenti attinenti alla medesima procedura di gara.

Se dunque appare più corretto - alla luce delle disposizioni testé richiamate - ritenere che ci si trovi di fronte a un'unica domanda demolitoria allorché uno solo sia l'atto gravato - e si abbiano invece più domande ove l'impugnazione riguardi una pluralità di provvedimenti -,

¹⁰⁹ Rileva M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello (sull'alternativa tra ritenzione della causa e annullamento con rinvio)*, in corso di pubblicazione in *Dir. proc. amm.*, 2020, par. 4 (ma v. già ID, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1114; nonché, prima ancora, ID, *I motivi aggiunti nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 962) che "se i motivi di ricorso dedotti dopo la scadenza dei termini di impugnazione non integrano «domande nuove», costituendo semplici «censure a sostegno di domande già proposte», neppure si potranno intendere come domande autonome i motivi formulati con il ricorso introduttivo, i quali giocoforza saranno censure a sostegno di un'unica domanda". Nello stesso senso anche A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità*, cit., 811-812.

di recente si è fatta strada in dottrina l'idea per cui le singole censure, ancorché ragioni a supporto di una stessa azione di annullamento, varrebbero nondimeno a identificare ciascuna una diversa azione di condanna (*ex art. 30, comma 1, c.p.a.*¹¹⁰) preordinata a ottenere, da parte del giudice, la formulazione della regola vincolante per il successivo riesercizio del potere amministrativo¹¹¹.

Sospendendo per un attimo ogni giudizio circa la plausibilità o meno di tale ricostruzione, conviene indugiare brevemente sulle ragioni che l'hanno ispirata: la pretesa coincidenza tra motivi di ricorso e domande ordinarie è (dichiaratamente) strumentale a mettere al riparo i motivi medesimi dall'assorbimento cd. improprio (cioè dall'assorbimento che non

¹¹⁰ Sull'azione *ex art. 30, comma 1, c.p.a.*, nonché, in particolare, sul suo contenuto atipico o generico cfr., tra altri, I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 339; A. CARBONE, *L'azione di adempimento*, cit., 186; G. DI MARCO, *L'azione di adempimento e il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Corr. mer.*, 2011, 1234, che ragiona di "azione generale di condanna"; e infine S. BACCARINI, "Scelta" delle azioni e valutazione della necessità dell'annullamento per la tutela del ricorrente?, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1277, ove si discorre di "azione a *petitum* indeterminato".

¹¹¹ Così M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello (sull'alternativa tra ritenzione della causa e annullamento con rinvio)*, in corso di pubblicazione in *Dir. proc. amm.*, 2020, par. 4, ove si legge che, mentre "[p]rima del codice del processo amministrativo era improprio ricondurre l'effetto conformativo al *petitum*, [...] stante la tipicità dell'azione di annullamento, [...] oggi, alla stregua dell'art. 30, c.p.a., appare plausibile qualificare le censure contenute nel ricorso di annullamento come autonome domande di condanna, [...] che unitariamente considerat[e] danno corpo alle regole che l'amministrazione deve rispettare in sede di riedizione del potere". Allo stesso modo ragionano C.E. GALLO, *Omessa pronuncia e annullamento con rinvio da parte del giudice di appello nel processo amministrativo*, in F. FRANCIOSI-M.A. SANDULLI (a cura di), *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, Napoli, 2019, 103 e, prima ancora, F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 523, secondo il quale "la disciplina del codice [si allude all'art. 30, comma 1, c.p.a.] consente di qualificare quello in esame [l'effetto conformativo] come un vero e proprio dispositivo di condanna, finalizzata alla corretta riedizione del procedimento". È appena il caso di dire M. NIGRO, *Domanda*, cit., 2 s., che peraltro prospettava la linea ricostruttiva esposta nel testo, salvo ritenerla non (ancora) praticabile stante il diritto positivo vigente al tempo in cui scriveva.

sia imposto dalla legge o autorizzato dai nessi logici intercorrenti tra il motivo deciso e quello non scrutinato¹¹²⁾¹¹³.

Si è infatti osservato che il dovere di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, secondo l'insegnamento della dottrina del processo civile, è

¹¹² Sul tema dell'assorbimento ci si dilungherà oltre (*sub* Cap. III). Qui si può anticipare che il lessico impiegato nel testo si deve a M. NIGRO, *L'appello*, cit., 446-447 e, più ancora, a B. CAVALLO, *Processo amministrativo*, cit., spec. 87-89, i quali distinguono l'assorbimento "in senso proprio" (sottolineandosi "con questa terminologia l'ammissibilità" della pratica in parola), che attiene, oltre alle ipotesi di assorbimento legale, ai casi in cui tra i diversi motivi dedotti sussistano "specifici nessi d'interdipendenza logica o giuridica" in virtù dei quali, accolta o rigettata una censura (o alcune censure), l'esame delle altre diviene superfluo; dall'assorbimento "in senso improprio" (sottolineandosi con questa terminologia l'inammissibilità e il carattere "patologico" del fenomeno), che attiene a tutte le altre ipotesi.

¹¹³ Che questa sia la finalità cui la ricostruzione in esame risponde emerge in termini espliciti – come si avrà modo di chiarire meglio subito oltre, nel testo – in M. TRIMARCHI, *op. ult. loc. cit.*, ma anche (sia pure in forma un poco più involuta) in C.E. GALLO, *op. ult. loc. cit.*. Diverse sono invece le ragioni che muovono F. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 523-524, il quale giunge a qualificare le censure come autonome azioni di condanna allo scopo di avallare la soluzione propugnata da Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, la quale, riscontrata l'illegittimità del piano faunistico venatorio impugnato, aveva accolto il ricorso 'rinunciando' però ad annullare l'atto (esito ritenuto contrario tanto all'interesse del ricorrente, quanto all'interesse pubblico coinvolto nella vicenda) e facendo salvo il solo effetto conformativo dell'accertamento. Tale pronuncia era stata da più parti criticata, argomentando per un verso dal contenuto tipico (e perciò non derogabile) dell'accoglimento del gravame e, per altro verso, dal principio della domanda, che impedisce al giudice di disporre delle forme di tutela prescelte da chi attiva il processo (in questo senso, tra altri, A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb e app.*, 2011, 927 ss.; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310 ss.; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 438 ss.; C. E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 280 ss.; A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, *ivi*, 293 ss.; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, *ivi*, 1128 ss.; R. DI PACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, *ivi*, 1358 ss.; M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento...che non annulla!*, *ivi*, 1662 ss.).

Secondo l'Autore, però, tali obiezioni sarebbero destinate a cadere una volta riconosciuto che il codice ha ampliato il novero dei rimedi esperibili a tutela (della lesione) dell'interesse legittimo accogliendo (asseritamente) il criterio dell'atipicità delle azioni: in particolare, l'art. 30, comma 1, c.p.a. consentirebbe di guardare oggi all'effetto conformativo non più come 'accessorio' del dispositivo di annullamento ma come distinto e autonomo dispositivo di condanna (e così, più a monte, consentirebbe di guardare alle censure non più solamente come ragioni a sostegno della domanda demolitoria ma anche come distinte e autonome domande ordinatorie). Sulla scorta di tali rilievi, insomma, si potrebbe e dovrebbe concludere che "la decisione in esame dimostra consapevolezza di come le regole sui poteri del giudice si combinino con la disciplina delle azioni, secondo schemi atipici e non rigidamente prestabiliti. Domande e risposte di tutela giurisdizionale si incontrano in un punto mediano in cui, di volta in volta, quella tutela si dimostra effettiva rispetto alle esigenze dell'interesse protetto". Su questo modo di ragionare si tornerà più avanti, nel testo.

riferito esclusivamente alla domanda, e non (anche) a ciascuno degli elementi che compongono la (serie logica della) domanda stessa (c.d. questioni o punti di cognizione)¹¹⁴: il mancato esame di questi ultimi non dà luogo a violazione dell'art. 112 c.p.c. – e dunque a un *error in procedendo* –, potendo al più tradursi in un *error in iudicando* le volte in cui valga a infirmare “l'iter logico seguito dal giudice nella formazione del suo convincimento (prima) e nella redazione della motivazione (dopo)”¹¹⁵.

Quando l'azione esperita è soltanto una, dunque, il parametro alla cui stregua valutare se si verta o meno in ipotesi di infra-petizione è offerto (non dalle singole questioni, ma) soltanto dal *petitum* di quell'azione¹¹⁶: il vizio è da ritenersi integrato unicamente laddove la sentenza favorevole all'attore accordi a quest'ultimo qualcosa in meno – o qualcosa di diverso (e in tal caso ricorre anche l'extra-petizione) – rispetto a quanto richiesto¹¹⁷. Conseguentemente – ciò è quel che si sostiene –, a voler negare ai motivi di ricorso dignità di autonome domande (“degradandoli” così a questioni o punti di cognizione), l'assorbimento di uno tra questi – quand'anche non giustificato da ragioni giuridiche o logiche – non costituirebbe mai ommissione pronuncia¹¹⁸ e il ricorrente non avrebbe modo di dolersene se

¹¹⁴ Cfr. A. CARRATTA - M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 204; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1274; nonché B. LASAGNO, *Premesse per uno studio sull'omissione di pronuncia nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 456, ove ulteriori riferimenti bibliografici (in particolare alla nota 13).

¹¹⁵ In termini G. VERDE, *Domanda (principio della)*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989, 10.

¹¹⁶ Si afferma in A. CARRATTA - M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, cit., 204, che “la configurazione del vizio in questione si incentra (e si esaurisce) intorno al confronto fra la pronuncia del giudice ed il *petitum* della domanda avanzata”.

¹¹⁷ Cfr. A. ATTARDI, *Frazionamento della domanda di danni e estensione della domanda*, in *Giur. it.*, 1987, 540, che, a titolo esemplificativo, richiama l'ipotesi in cui, avanzata domanda di condanna specifica, il giudice si limita a pronunciare una condanna generica o una sentenza di mero accertamento; oppure l'ipotesi in cui, avanzata domanda di condanna ordinaria, la stessa sia accolta come domanda condizionata. Gli stessi esempi si trovano anche in A. CARRATTA - M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 206.

¹¹⁸ Così M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello*, cit., par. 4, ove il rilievo per cui, una volta che si dice la richiesta di annullamento del provvedimento integra “un'unica domanda, pur a fronte della eventuale pluralità di censure articolate nel ricorso, allora l'assorbimento di uno o più motivi non darebbe luogo al vizio di omessa pronuncia”, che si configurerebbe – salvo non accedere all'idea, prospettata dall'Autore, che

non censurando in appello l'incongruenza e l'incompletezza della motivazione della sentenza di primo grado.

A noi pare, però, che – senza disattendere le acquisizioni della dottrina del processo civile – il dovere giudiziale di scrutinare tutte le censure possa predicarsi (e venire fondato sull'art. 112) ove pure si considerino le stesse alla stregua di ragioni a supporto di un'unica pretesa (di annullamento).

Se, come si è scritto, scopo del processo – che il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato mira a presidiare – è quello di attribuire all'istante vittorioso proprio e solo l'*utilitas* sostanziale che costui si prefigge di ottenere (o è comunque in grado di ritrarre) dall'azione esperita¹¹⁹, riesce onestamente difficile negare che questo scopo risulti tradito le volte in cui il giudice, a fronte di un ricorso affidato a una pluralità di motivi, 'rinunci' a scrutinarne taluno¹²⁰.

È ben vero che, nel processo civile, l'omissione di pronuncia, quando la domanda proposta è soltanto una, si definisce in rapporto al *petitum*, senza che di contro assumano rilievo le pur varie ragioni addotte dalla parte a fondamento della stessa.

le censure integrino ciascuna una diversa azione di condanna – soltanto “se il giudice, a fronte di una impugnazione che coinvolge più provvedimenti amministrativi connessi, impugnati con il ricorso introduttivo o gravati in seguito con i motivi aggiunti o con il ricorso incidentale, si preoccupa di scrutinare la legittimità di uno o di alcuni di essi, ma non di tutti”. In egual senso si espresso pure G. SIGISMONDI, *Appello al Consiglio di Stato e motivi assorbiti*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 416, secondo il quale “se si ritiene unica l'azione [di annullamento] esercitata”, allora “i diversi motivi di ricorso costituiscono soltanto singoli punti di cognizione all'interno della stessa”, ed essendo “il dovere di pronuncia che sussiste in capo al giudice [...] riferito esclusivamente alla domanda, ne discende che [...] il mancato esame su alcuno dei profili di illegittimità dedotti non determina mai omissione di pronuncia, anche quando avvenga nelle forme dell'assorbimento improprio”.

¹¹⁹ Che questo sia lo scopo del processo, e che la *ratio* della regola enunciata dall'art. 112 c.p.c. sia quella di assicurarne l'attuazione è sostenuto C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., 57.

Per considerazioni simili cfr. A. CARRATTA - M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 205.

¹²⁰ È ancora C. CONSOLO, *op. ult. loc. cit.*, a chiarire che il significato essenziale dei vizi di infra, extra e ultra-petizione risiede nel tradimento dello scopo del processo, come sopra individuato.

Tuttavia, non è meno vero che, ivi, il solo risultato sostanziale cui chi agisce può aspirare allorché promuove la lite è vedersi riconosciuto dal giudice il chiovendiano bene della vita, che proprio nel *petitum* si identifica¹²¹.

Se quel bene gli viene accordato, è giocoforza ritenere compiutamente evasa la richiesta di tutela, ove pure un qualche fatto costitutivo (cui si disconosca rilievo identificatore della domanda) sia stato trascurato¹²²: il relativo esame, infatti, nulla avrebbe potuto – e potrebbe – aggiungere al vantaggio già conseguito dall’attore (ché, come detto, la sentenza gli ha pur sempre assicurato tutto ciò cui la domanda gli dava diritto)¹²³.

Nel processo amministrativo, invece, le implicazioni sostanziali che discendono dall’accoglimento del gravame non si esauriscono nella caducazione dell’atto (cioè nell’attribuzione del *petitum*): la legge annette alla pronuncia favorevole al ricorrente un contenuto “oltre l’annullamento”¹²⁴, il quale – risolvendosi nell’affermazione, con valore

¹²¹ Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 326 ss. In C. CONSOLO, *Il cumulo*, cit., 481-482 si dice che quando la domanda proposta è una, e perciò unico è il diritto fatto valere, “tutto ciò che la parte attrice può attendersi dalla pronuncia giudiziale sarà l’affermazione della esistenza o meno di esso, e con ciò l’attribuzione o meno del sottostante chiovendiano bene della vita”. Per la verità, nel risultato sostanziale che chi agisce può ritrarre dalla sentenza favorevole rientrano – oltre all’attribuzione del bene della vita – pure i provvedimenti accessori o consequenziali, su tutti la statuizione sulle spese di lite (così A. CARRATTA – M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 207, ove anche altri esempi). Ma questo non sposta in alcun modo i termini del discorso che, nel testo, si va svolgendo.

¹²² Cfr. S. CHIARLONI, *L’impugnazione*, cit., 141-142, secondo cui “non appena il giudice accerta la fondatezza di una tra le diverse «ragioni» della domanda, il suo compito si deve ritenere esaurito e l’esame delle restanti «ragioni» superfluo, essendo sufficiente quell’accertamento a fondare il dispositivo della sentenza che decide la domanda medesima”. In senso analogo, ben prima, anche E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, 245.

¹²³ Si fa osservare, *per incidens*, che tali considerazioni valgono, nel processo civile, anche laddove si annetta alle diverse *causae petendi* rilievo identificatore di altrettante e autonome azioni: a fronte di un cumulo di domande accomunate da identico *petitum*, si sostiene che la mancata trattazione di una tra queste non valga a integrare omissione di pronuncia allorché altra sia stata accolta: l’utilità sostanziale così riconosciuta all’attore (*i.e.* il *petitum*) ‘esaurisce’ ciò che la propria iniziativa processuale (ancorché composita) poteva garantirgli, talché la sentenza soddisfa adeguatamente – e appieno – la richiesta di tutela (così L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, 231 ss.).

¹²⁴ Seguendosi così la terminologia di A. DE ROBERTO, *Il processo amministrativo oltre l’annullamento*, in AA. Vv., *Studi per il centenario della IV sezione*, cit., 885, ripresa anche, in tempi più recenti, da D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 77.

precettivo per la successiva azione amministrativa, del modo in cui il potere, avuto riguardo ai profili censurati, avrebbe dovuto (e dovrà quindi in futuro) essere (ri)esercitato¹²⁵ – risulta all'evidenza svuotato, almeno in parte, se uno o più motivi non vengono considerati¹²⁶.

Qui, dunque, se il giudice, pur disponendo l'eliminazione del provvedimento, ignora taluna delle ragioni addotte a sostegno della domanda, attribuisce al ricorrente meno di quanto, sul versante sostanziale, quella domanda avrebbe potuto garantirgli, e deve perciò ritenersi integrato il vizio di infra-petizione¹²⁷.

Non ci sembra che queste conclusioni smentiscano gli insegnamenti della scienza processualcivile¹²⁸: la circostanza che, nel processo

¹²⁵ Questa la definizione di effetto conformativo offerta da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 280-281, di cui già si è dato conto in apertura del presente lavoro.

¹²⁶ Per la verità, di restrizione del contenuto oltre l'annullamento della decisione favorevole può effettivamente parlarsi soltanto in caso di fondatezza dei motivi non considerati: se, per avventura, i vizi trascurati non sussistessero, allora nessun vincolo ulteriore per la successiva condotta dell'amministrazione sarebbe potuto (e potrebbe) discendere dal relativo esame. Ma, come nota giustamente F. LA VALLE, *Il vincolo*, cit., 81, "chi può dirlo, se l'unico che a tale conclusione poteva pervenire con accertamento dotato dall'ordinamento di efficacia vincolante, il giudice, si è astenuto dal prenderli in considerazione?".

¹²⁷ Del resto, è la stessa dottrina del processo civile ad affermare che l'omissione di pronuncia si determina "perché il giudice, nel pronunciare la sentenza (o il provvedimento decisorio), non si sia pronunciato sull'intera fattispecie sostanziale dedotta in giudizio dalla parte, ma si sia limitato a prendere in considerazione una porzione della stessa fattispecie"; o ancora il vizio in parola sussiste "quando il giudice, nell'accogliere la domanda, non abbia riconosciuto alla parte tutto ciò cui avrebbe avuto diritto in base alla domanda o al dettato normativo" (in termini A. CARRATTA - M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, cit., 206-207).

Queste affermazioni, se calate nella realtà del giudizio amministrativo, consentono (e anzi impongono) di qualificare come infra-petizione il mancato esame di un motivo di ricorso, gli si riconosca o meno dignità di autonoma domanda.

¹²⁸ Cfr., oltre agli Autori richiamati alla nota precedente, anche C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, 93, nota 14, ove si dice che l'infra-petizione ricorre allorché "rimanga senza risposta una domanda o parte di una domanda autonomamente apprezzabile sul piano sostanziale", salvo naturalmente che "non si debba ritenere implicita nella pronuncia una risposta negativa" (corsivi aggiunti).

Ora, nel processo civile, se la domanda è unica e viene accolta, la *causa petendi* eventualmente trascurata non si lascia a quel punto apprezzare in via autonoma sul versante sostanziale: l'attore, infatti, ha comunque ottenuto (il *petitum*, ossia) tutto ciò che, su tale versante, la domanda poteva dargli.

Lo stesso non vale, invece, nel processo amministrativo: quandanche il provvedimento venga annullato, la censura che il giudice non abbia preso in considerazione – potendo tradursi, ove fondata, in un diverso e ulteriore limite al riesercizio del potere – costituisce "parte di domanda autonomamente apprezzabile sul piano sostanziale".

amministrativo, le censure siano strumentali a ottenere, oltre al *petitum*, un effetto sostanziale ulteriore previsto *ex lege* (ossia quello di segnare i limiti alla rinnovazione dell'atto)¹²⁹, comporta che, in questa sede, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato si 'estenda' anche ad esse, ove pure non le si riconosca rilievo identificatore di autonome azioni¹³⁰.

Possibilità, quest'ultima, che è del resto preclusa: se infatti la pretesa coincidenza tra motivi e domande demolitorie urta con il chiaro dettato (quantomeno) dell'art. 43, comma 1, c.p.a., neppure l'idea che ciascuno di essi individui una diversa domanda ordinatoria può essere condivisa.

Si badi: qui non si vuole negare che l'art. 30, comma 1, c.p.a.¹³¹, consenta di esperire un'azione di condanna preordinata a veder esplicitati nel

Conseguentemente, la statuizione di annullamento che non abbia esaminato un motivo deve ritenersi viziata per violazione dell'art. 112 c.p.c..

¹²⁹ Cfr. R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., 586, nota 442, ove si sottolinea come i motivi di ricorso assolvano a "una diversa funzione" rispetto alle ragioni che nel processo civile si adducono a fondamento della domanda, perché i primi sono preordinati, oltreché a conseguire la caducazione dell'atto, anche a indirizzare la successiva azione amministrativa. Proprio muovendo da tale rilievo, l'Autore, afferma che l'effetto conformativo - pur senza assurgere a *petitum* dell'azione demolitoria, che rimane l'annullamento - rientra in ciò che è "richiesto dal privato".

¹³⁰ In proposito, si può far notare come fonti ben più autorevoli rispetto a chi scrive non si siano poste alcuna remora ad ancorare all'art. 112 c.p.c. l'obbligo per il giudice di pronunciarsi su tutti i motivi, pur negando espressamente agli stessi dignità di autonome domande di annullamento (si allude, in particolare, a M. NIGRO, *L'appello*, cit., 442 ss. e B. CAVALLO, *Processo amministrativo*, cit., 69 ss., ove tale conclusione viene data per scontata, tanto che neppure si accenna alle ragioni per cui il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato si attergerebbe, nel processo amministrativo, in modo diverso rispetto a quanto accade nel processo civile).

Ma nello stesso modo ragiona anche la giurisprudenza: l'Adunanza plenaria - sia nella sentenza n. 5/2015 cit., sia in una serie di arresti successivi (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2018, nn. 10 e 11; 5 settembre 2018, n. 14; e infine 28 settembre 2018, n. 15) - afferma, per un verso, che la pretesa demolitoria è identificata unicamente dal *petitum*, e, per altro verso, che il giudice è tenuto, ex art. 112 c.p.c., a scrutinare tutti i motivi.

¹³¹ Sull'azione ex art. 30, comma 1, c.p.a., nonché, in particolare, sul suo contenuto atipico o generico cfr., tra altri, I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 339; A. CARBONE, *L'azione di adempimento*, cit., 186; G. DI MARCO, *L'azione di adempimento e il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Corr. mer.*, 2011, 1234, che ragiona di "azione generale di condanna"; e infine S. BACCARINI, "Scelta" delle azioni e valutazione della necessità dell'annullamento per la tutela del ricorrente?, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1277, ove si discorre di "azione a *petitum* indeterminato".

dispositivo i vincoli cui l'amministrazione dovrà poi attenersi in sede di riedizione del potere¹³².

A lasciare però non poco perplessi è l'assunto per cui tale azione sarebbe da considerarsi implicitamente avanzata, quasi fosse 'contenuta' in quella d'annullamento¹³³.

¹³² Già all'indomani dell'entrata in vigore del codice di rito, A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità*, cit., 814, osservava come la "azione innominata di condanna" resa esperibile, in uno con quella costitutiva, dall'art. 30, comma 1, c.p.a., si prestasse a venire 'impiegata' dal ricorrente onde ottenere "che il giudice espliciti nel dispositivo il contenuto ordinatorio del c.d. «effetto conformativo» dell'annullamento" (in senso adesivo, cfr. L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 652-653). Una domanda di tal fatta, del resto, varrebbe a null'altro che ad anticipare al dispositivo della sentenza di cognizione ciò che, altrimenti (laddove cioè venisse avanzata soltanto la pretesa demolitoria), troverebbe poi spazio nel dispositivo della sentenza di ottemperanza (su questo punto si v. le riflessioni di C.E. GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urb. app.*, 2011, 694 ss., secondo cui "il codice ha voluto sicuramente ricondurre alla fase della cognizione tutto quanto era impropriamente attribuito al giudizio di ottemperanza, al fine di instaurare un vero dibattito tra le parti e di definire in modo più puntuale i ruoli dei due rimedi, quello di cognizione e quello di esecuzione"). Conseguentemente, non sembrano esservi ostacoli a ritenerla ammissibile (tanto più che, come nota ancora L. FERRARA, *op. ult. cit.*, 655, se è "ammessa la condanna ad adempiere all'obbligo di concludere il procedimento amministrativo entro il termine previsto, non è ragionevolmente possibile escludere una condanna ad attuare ogni altro vincolo di legge"), potendosi al più dubitare circa l'effettiva utilità di un suo esperimento: il vantaggio che il ricorrente conseguirebbe ove tale domanda venisse accolta, infatti, non eccederebbe in alcun modo quello comunque ritraibile (*sub specie* appunto di effetto conformativo dell'annullamento) dall'accoglimento dell'impugnazione.

Che poi, sul piano dommatico, una sentenza ordinatoria sia sede più 'congrua' (rispetto a una sentenza costitutiva) per la regola di condotta della p.a. è notazione su cui - raccogliendo le indicazioni di F. CAMMEO, *La nullità parziale degli atti amministrativi e le giurisdizioni di annullamento*, in *Giur. it.*, 1911, III, 25 - si può anche convenire: l'Autore, ragionando di ricorsi avverso agli atti negativi, notava come l'accoglimento degli stessi presentasse invero le sembianze di una condanna, che è cosa "ben diversa da un annullamento".

Ma poiché oggi non è in discussione che la pronuncia demolitoria vincoli la successiva azione amministrativa (perché in tal senso depongono non pochi argomenti di diritto positivo), resta vero che l'azione condannatoria, se votata unicamente a veder esplicitato in dispositivo quel vincolo, costituisce in ultima analisi un inutile 'doppione'.

¹³³ Anche a prescindere dai (ben più incisivi) rilievi critici che si svolgeranno subito *infra*, nel testo, si può subito far notare che l'art. 30, comma 1, c.p.a., testualmente recita: "L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione [...]". Ora, il dettato normativo, nella parte in cui qualifica come facoltà l'esperimento della domanda ordinatoria, avrebbe invero ben poco senso ove la stessa dovesse ritenersi sempre e comunque 'ricompresa' in quella di annullamento. Ma privo di senso sarebbe pure l'art. 113 c.p.a., laddove fa riferimento a un "contenuto dispositivo e conformativo dei provvedimenti di primo grado": se l'azione di annullamento contenesse quella di condanna, tanto varrebbe - per le ragioni che si sono illustrate nella precedente nota - parlare unicamente di contenuto dispositivo.

Altro è dire è che il ricorrente, avanzando la pretesa demolitoria, ha di mira anche la produzione dell'effetto conformativo – ciò che non pare contestabile, atteso che la regola di condotta per l'ulteriore dispiegarsi dell'azione amministrativa è una delle implicazioni che, come detto, promanano *ex lege* dall'accoglimento di detta pretesa¹³⁴ –, altro ancora è elevare quell'effetto a *petitum* di una pretesa diversa, di tipo ordinatorio, che non è stata formalmente introdotta in giudizio.

Perché possa parlarsi di domanda implicita occorre che la stessa costituisca antecedente logico-giuridico necessario di altra formulata in via espressa¹³⁵; il che, se non ci si inganna, non è predicabile nell'ipotesi qui considerata¹³⁶.

L'impressione, dunque, è che la descritta linea ricostruttiva, nel conclamato tentativo di ricomprendere le doglianze nell'alveo di operatività del principio recato dall'art. 112 c.p.c., finisca invero per disattendere quello stesso principio sotto altro e opposto profilo: si vuol dire, in termini chiari, che per qualificare come infra-petizione il mancato

¹³⁴ Così, oltre a R. VILLATA, *op. ult. loc. cit.* (delle cui riflessioni si è dato conto alla precedente nota __), cfr. anche E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa*, in AA. VV., *Scritti in onore di G. Miele*, Milano, 1979, secondo cui “[s]e il giudizio può produrre l'effetto di preclusione, la domanda non è solo di annullamento ma [...] è anche domanda di produzione di tale effetto”.

¹³⁵ In tal senso, tra altri, cfr. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., 94, nota 15 e A. CARRATTA, *sub art. 112*, cit., 176. In giurisprudenza si vedano, a titolo esemplificativo, Cass., 31 marzo 2014, n. 7502; sez. , 11 gennaio 2011, n. 455; sez. , 8 febbraio 2010, n. 2772).

¹³⁶ Semmai, si potrebbe sostenere il contrario: in F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 990, dopo essersi preso atto che l'art. 30, comma 1, c.p.a. richiede che la domanda ordinatoria si ‘accompagni’ a quella demolitoria, si fa polemicamente notare come la condanna “implic[hi] necessariamente l'annullamento del provvedimento sfavorevole adottato dall'amministrazione”, talché “fare dell'annullamento l'oggetto di un'azione separata che, ove non espressamente proposta, rende inammissibile l'azione di condanna, sembra eccessivo”.

Rilievi non dissimili si ritrovano anche in L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione*, cit., 1138-1139, il quale, pur auspicando, in una prospettiva *de iure condendo*, l'emancipazione dell'azione di condanna da quella di annullamento (fermo il rispetto del termine decadenziale), osserva che, “salvo non si ritenga la seconda implicitamente contenuta nella prima”, occorre ‘arrendersi’, *de iure condito*, di fronte all'art. 30, comma 1, c.p.a., ove “la contestualità tra le due azioni è positivamente stabilita”.

esame di una censura si 'autorizza', di contro, l'extra-petizione, lasciando che il giudice si pronunci su una domanda mai proposta, nemmeno tacitamente¹³⁷.

¹³⁷ Preziose si rivelano al riguardo le considerazioni di L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, 1134 ss., che, censurando la soluzione propugnata dalla già richiamata Cons. Stato, n. 2755/2011 (la quale, lo si rammenta a beneficio del lettore, aveva accolto il gravame espungendo dalla propria pronuncia l'effetto caducatorio - asseritamente contrario all'interesse nella specie dedotto dal ricorrente - per farne salvo il solo effetto conformativo), sostiene che a quello stesso risultato pratico oggi (ma non all'epoca, atteso che la vertenza era stata promossa prima dell'adozione del codice di rito) si potrebbe bensì pervenire, a condizione però che l'atto introduttivo del giudizio rechi, "unitamente all'azione di annullamento [...], pure l'azione di condanna [ex art. 30, comma 1, c.p.a.]" (p. 1135).

In questo modo, l'eventuale carenza (originaria o sopravvenuta) dell'interesse processuale a coltivare la pretesa demolitoria sarebbe messa in non cale dalla concomitante pendenza della pretesa ordinatoria, talché il giudice potrebbe rigettare in rito la prima (dichiarandola inammissibile o improcedibile) e nondimeno (accertare l'invalidità del provvedimento onde) statuire sulla seconda.

Ma a tal fine - ed è questo il punto che, nell'economia del nostro discorso, maggiormente rileva - "è indispensabile che all'interno della domanda giudiziale formulata dal ricorrente coesistano l'azione di annullamento e quella di condanna": ove la seconda manchi, l'accertamento non costitutivo dell'illegittimità dell'atto, preordinato alla sola affermazione della regola di condotta per l'amministrazione, urterebbe tanto con la tipicità dell'esito favorevole della prima, quanto con il principio della domanda, *sub specie* di divieto di pronunciare *extra petita* (p. 1136. Per questi ultimi rilievi cfr. anche R. VILLATA, *Ancora spigolature sul nuovo processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1516). E con ciò si dice, evidentemente, che l'azione di condanna non può ritenersi implicitamente contenuta in quella di annullamento.

In definitiva, la dinamica processuale sottesa alla ricostruzione che, nel testo, si sta criticando, ci pare non lontana da quella (correttamente) stigmatizzata da Cons. Stato, ad. plen. 13 aprile 2015, n. 4 (su cui v., in particolare, G.D. COMPORI, *Azione di annullamento e dintorni nell'ottica della soggettività delle forme di tutela*, in *Giur. it.*, 2015, 1691 ss.; F. MANGANARO - A. MAZZA LABOCETTA, *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Urb. e app.*, 2015, 927 ss.; M. SILVESTRI, *Il principio della domanda nel processo amministrativo. L'Adunanza Plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro Amm.*, 2015, 2207 ss.; D. TURRONI, *Justice delayed is (not) justice denied. L'annullamento dell'atto non è "variabile dipendente" dalla durata del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 183 ss. e L. BERTONAZZI, *Il principio della domanda: insospettabile ostacolo ad un'ulteriore accentuazione come denegata della giustizia ritardata*, *ivi*, 640 ss.).

Sintetizzando al massimo, in tale pronuncia si è detto che il principio della domanda impone al giudice di attenersi alle forme di tutela che la parte abbia prescelto.

Vero è che, nella specie, si discuteva della possibilità di disporre il risarcimento del danno anziché il richiesto annullamento dell'atto, che è operazione indubbiamente diversa dal disporre, in uno con (e non in luogo del) l'annullamento, la condanna a riesercitare il potere nel rispetto dei vincoli comunque ricavabili (*sub specie* di effetto conformativo) dall'accoglimento dell'impugnativa.

Ma, al netto di queste (pur innegabili) differenze, la logica di fondo appare la stessa: la misura ordinatoria è forma di tutela diversa rispetto alla misura costitutiva, sicché è precluso al giudice disporla ove il ricorrente non la abbia espressamente chiesta.

Questi rilievi ci inducono ad accantonare la concezione dei motivi di ricorso come distinte azioni di condanna, tanto più che, come più sopra si è cercato di mostrare, l'obbligo per il giudice di scrutinarli tutti può sostenersi quandanche li si consideri ragioni a supporto di un'unica pretesa (di annullamento).

In tal senso, del resto, depone espressamente la lettera dell'art. 13-ter all. 2 c.p.a.¹³⁸, il quale, nel prescrivere il rispetto dei limiti dimensionali per la redazione del ricorso¹³⁹, stabilisce, al comma 5, che "[i]l giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti".

Si è ben consapevoli che scopo precipuo della norma richiamata è quello di declinare sul piano precettivo il principio di sinteticità degli atti di cui all'art. 3, comma 2, c.p.a.¹⁴⁰. Tuttavia, essa (non si limita a sanzionare l'inosservanza di quel principio¹⁴¹, ma) pone, sia pure incidentalmente, un chiaro dovere procedurale, che, in quanto riferito testualmente alle

¹³⁸ Introdotto nel corpo del codice di rito dall'art. 7-bis, comma 1, lett. b), n. 2), d.l. 31 agosto 2016, n. 168 (conv. con l. 25 ottobre 2016, n. 197), recante "Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa".

¹³⁹ Al comma 1 dell'art. 13-ter all. 2 c.p.a. è previsto che "[a] fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i principi di sinteticità e chiarezza di cui all'articolo 3, comma 2, del codice, le parti redigono il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del presidente del Consiglio di Stato". Ad oggi la disciplina di dettaglio in tema di limiti dimensionali del ricorso è recata dal d.P.C.S. 22 dicembre 2016, n. 167, reso in attuazione della disposizione predetta.

¹⁴⁰ In argomento, con precipuo riguardo ai limiti dimensionali prescritti per il ricorso, cfr., tra altri, F. SAITTA, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, in F. FRANCIOSI-M.A. SANDULLI (a cura di), *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, cit., spec. 223 ss.; F. FRANCIOSI, *Principio di sinteticità e superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 129 ss., ID, *Il principio di sinteticità*, in *Libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018, 683 ss.; E.M. BARBIERI, *I principi di sinteticità, di chiarezza e di specificità dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 777 ss., M. SANTISE, *sub Art. 13-ter*, in R. CHIEPPA, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, 877 ss.

¹⁴¹ Lo stesso comma 5 dell'art. 13-ter all. 2 c.p.a. stabilisce, al secondo periodo, che "[l]'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione". Si può già qui rilevare come anche tale previsione - non diversamente da quella contenuta nel primo periodo della stessa disposizione - offra a propria volta (ma sul che v. subito *infra*, nel testo) una conferma, sia pure indiretta, di quanto sin qui sostenuto.

“questioni”, offre una conferma (o se non altro un fondamento alternativo¹⁴²) a quanto sin qui sostenuto.

In ogni caso – ci si riconosca nel nostro ragionamento o ci si ‘accontenti’ della previsione di cui all’art. 13-ter all. 2 c.p.a. testé richiamata – il punto che, ai nostri fini, preme sottolineare è il seguente: dire che il giudice deve esaminare tutte le censure articolate nell’impugnativa equivale a dire che le censure concorrono a definire il *thema decidendum*.

Ma allora, se si rammenta che – come già rilevato *supra* – il principio della domanda (o principio dispositivo sostanziale¹⁴³) esprime il potere monopolistico delle parti “di determinare l'oggetto del giudizio, ovvero d'individuare il contenuto della richiesta di tutela avanzata dalla parte e l'ampiezza del dovere decisorio di merito che incombe sul giudice”¹⁴⁴, deve poi necessariamente riconoscersi che la deduzione dei motivi di gravame (*rectius*: la signoria del ricorrente quanto scelta dei motivi – tutti o soltanto alcuni di quelli ‘spendibili’ – da prospettare) rinviene in quel principio il proprio fondamento¹⁴⁵.

A identiche conclusioni, peraltro, sembra di potersi giungere pure muovendo da un angolo visuale diverso: se è vero – come è vero – che la tutela ritraibile dall’azione di annullamento si apprezza e si misura avuto riguardo non solo all’effetto eliminatorio che promana dal relativo accoglimento, ma anche al suo effetto conformativo, allora non pare di

¹⁴² A nostro avviso, la disposizione ha carattere ricognitivo, valendo a ribadire un obbligo (quello che incombe in capo al giudice di scrutinare tutti i motivi di ricorsi) già ricavabile *aliunde* (muovendo cioè dall’art. 112 c.p.c.). Tuttavia, ove pure non ci si riconoscesse nel ragionamento che si è svolto sopra, l’art. 13-ter all. 2 c.p.a., consentirebbe (e anzi imporrebbe), pure se isolatamente considerato, di ritenere sussistente quell’obbligo.

¹⁴³ Sulla distinzione tra principio dispositivo sostanziale (o principio della domanda) e principio dispositivo formale (o principio della trattazione) cfr. *infra*, nel testo, al paragrafo successivo.

¹⁴⁴ In termini C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., 56. Similmente anche E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra o extra petitione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 395 ss.

¹⁴⁵ E non invece (o comunque non solo) nel valore di terzietà del giudice, valore che si è visto essere - secondo la dottrina del processo civile di cui si è dato conto nel precedente paragrafo - l’unico fondamento del vincolo giudiziale alle allegazioni di parte ove si disconosca alle stesse rilievo identificatore dell’azione esperita.

potersi negare che i singoli motivi di doglianza – nella misura in cui, ove fondati, si traducono in altrettanti e diversi limiti per l'amministrazione in sede di rinnovazione dell'atto caducato – integrino ciascuno un modo di disporre della posizione sostanziale che, con tale azione, si fa valere in giudizio¹⁴⁶.

E poiché "il «principio dispositivo» indica tutto e solo quel tanto che sulla sfera giurisdizionale si riflette come conseguenza logicamente e giuridicamente necessaria del carattere privato (e perciò disponibile) dell'oggetto litigioso"¹⁴⁷, si deve – una volta di più – riconoscere che la scelta di denunciare oppure no un certo vizio del provvedimento va ricondotta a tale principio.

3. Il principio dispositivo (quantomeno formale) come fondamento della facoltà del ricorrente di graduare i motivi

Chiarito che è il principio dispositivo – e non (o perlomeno non solo) il valore della terzietà del giudice – a consentire al ricorrente di non denunciare – e così di sottrarre dal bagaglio cui la decisione può legittimamente attingere – un vizio del provvedimento che pure abbia colto (omettendo *ab inizio* di censurarlo ovvero rinunciando in corso di causa alla relativa deduzione), si tratta ora di vedere se detto principio valga altresì a premettergli di prospettare quel vizio in via subordinata, impedendo per questa via al giudice di esaminarlo non già *tout court*, ma solo fintanto che non abbia previamente riscontrato l'inconsistenza (giuridica o fattuale) di quello lamentato in via principale¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Che l'interesse legittimo abbia carattere disponibile può dirsi ormai senz'altro acquisito. In tal senso si veda, per tutti, A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020, spec. 279 ss..

¹⁴⁷ Così M. CAPPELLETTI, *La testimonianza*, cit., 319.

¹⁴⁸ Questa, come si è visto, la conclusione cui perviene Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015, cit., *sub* 8.1., secondo cui "come il più contiene il meno, se alla parte è dato di delimitare ineludibilmente il perimetro del *thema decidendum* (perché al giudice non è

In proposito, si è già avuto occasione di anticipare che, nella dottrina del processo civile, non sono mancate voci nel senso di ritenere che la facoltà dell'attore di segnare, in modo intangibile per il giudice, l'ordine di esame delle pretese avanzate incontrerebbe invero taluni limiti.

A tali conclusioni si è giunti assumendo che, a fronte di due domande proposte in forma graduata, ad essere condizionata all'esito della prima sarebbe (soltanto) la decidibilità nel merito della seconda¹⁴⁹, e non invece – come vorrebbe la tesi tradizionale – la sua stessa litispendenza (*i.e.* l'introduzione in giudizio)¹⁵⁰.

consentito di cercare vizi di legittimità *sua sponte*), così deve ammettersi che la parte possa imporre a quest'ultimo la tassonomia dell'esame dei vizi di legittimità [...]"

¹⁴⁹ Così, in particolare, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 262, ove si afferma che "assoggettato a condizione risult[a] solo lo stadio «terminale» della litispendenza, consistente nella situazione di attuale decidibilità [...] del merito della causa introdotta dalla domanda subordinata; laddove basilariamente la pendenza «generica» di tale domanda, la presa di contatto del giudice con essa, si verifica immediatamente e in modo incondizionato e, pertanto, del tutto stabile".

¹⁵⁰ Tale ricostruzione affonda le proprie radici nella letteratura tedesca. Qui ci si limita a richiamare i tre contributi con i quali maggiormente "dialoga" Consolo nell'ampio saggio dinnanzi citato: si tratta dei lavori di H. BROX, *Zur problematik von haupt-und hilfsanspruch*, in *Recht im Wandel, Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag*, Monaco, 1966; W. MERLE, *Zur eventuellen Klagenhäufung*, ZZP, 83 (1970), 436-469 e H.J. KION, *Eventualverhältnisse im zivilprozess*, Berlino, 1971. Gli Autori da ultimo rammentanti ritengono che il vincolo condizionale impresso dall'attore alla domanda subordinata varrebbe a renderne precaria l'introduzione in giudizio: la relativa litispendenza sarebbe cioè risolutivamente condizionata alla decisione favorevole della domanda principale. La dottrina (sempre tedesca) più risalente, invece, riteneva eventuale l'esercizio dell'azione subordinata, assumendo che la pendenza di quest'ultima fosse condizionata in senso sospensivo rispetto all'esito (questa volta sfavorevole) dell'azione principale. Ancora diversa, e più articolata (ma non intermedia, in quanto ben più vicina all'impostazione descritta per prima) la posizione di J. GOLDSCHMIDT, *Der prozess als Rechtslage*, Berlino, 1925, 480 ss., secondo cui la domanda subordinata sarebbe invero sottoposta a una duplice condizione, l'una sospensiva, intesa a impedirne la trattabilità nel merito fintanto che la principale non sia stata rigettata; l'altra, invece, di natura risolutiva in quanto volta a caducarne retroattivamente ogni effetto (*ergo* la relativa deduzione in giudizio) in caso di accoglimento dell'azione sovraordinata. La tesi di tale studioso merita di essere ricordata nella misura in cui, distinguendo – all'interno della complessiva nozione di litispendenza – i diversi profili cui può dare luogo la deduzione in giudizio di una causa, essa ha in qualche misura dato il destro alla diversa ricostruzione del fenomeno del cumulo condizionale operata da Consolo (sulla quale v. la nota che precede).

In Italia, aderiscono alla descritta impostazione tradizionale E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 672 ss. e soprattutto E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, 170 ss., spec. 238; ID, *Le impugnazioni incidentali*, Milano, 1973, 55 ss., spec. nota 58, secondo il quale nel cumulo condizionale "non si tratta [...] della mera determinazione dell'ordine temporale delle decisioni *ma della stessa posizione della domanda che il giudice deve*

Così ricostruito, il vincolo condizionale impresso dalla parte all'azione subordinata non potrebbe – come invece dovrebbe ove ci si attendesse all'impostazione 'classica' – considerarsi sempre e necessariamente cogente per il giudice.

Il punto, per divenire chiaro, necessita di una breve precisazione preliminare.

Ben nota, oltrech  ormai non pi  in discussione,   l'acquisizione per cui l'unica e generica locuzione "principio dispositivo" vale, invero, a esprimere due concetti affatto diversi e non riducibili a unit : da un lato, la signoria esclusiva delle parti quanto all'esercizio della tutela giurisdizionale (pi  nello specifico: quanto all'instaurazione del giudizio e all'individuazione del suo oggetto); dall'altro, il monopolio delle stesse quanto alla determinazione, passo per passo, del corso meramente interno del processo¹⁵¹.

Si tratta, rispettivamente, del principio della domanda strettamente inteso (c.d. *Dispositionsmaxime* o principio dispositivo 'sostanziale'), che si declina nei divieti *nemo iudex sine actore* (o, esprimendosi identico significato, *iudex ne procedat ex officio*) e *ne eat iudex ultra vel extra petita partium*¹⁵²; e del

ritenere come proposta soltanto se egli stesso verificher  l'impossibilit  di accogliere un'altra domanda [i.e. la principale]" (corsivi aggiunti).

¹⁵¹ Il merito di avere sceverato questi due aspetti del generale principio dispositivo   da attribuirsi a T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, 695 ss., spec. 716 ss., il cui sforzo   stato a stretto giro ripreso e puntualizzato da M. CAPPELLETTI, *Principio dispositivo ed interrogatorio della parte*, in *Annali dell'Universit  di Macerata*, 1959, 233 ss.; ID, *La testimonianza della parte*, cit., 305 ss. Per ulteriori approfondimenti si vedano altres , tra altri, E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 551 ss. e ID, *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 3 ss.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 65 ss.; E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 380 ss.; B. CAVALLONE, *Crisi delle "Maximen" e disciplina dell'istruzione probatoria*, ivi, 1976, 678 ss. e L. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialit  del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, 189 ss..

Nella dottrina processualamministrativistica cfr., in particolare, F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 90 ss..

¹⁵² Sul principio della domanda e, pi  in particolare, sul duplice vincolo che da questo discende (vale a dire, per un verso, necessaria iniziativa di parte e, per altro verso, necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato), si vedano, nella dottrina processualciviltistica, *ex multis*, G. VERDE, *Domanda (principio della) - Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in E. ALLORIO (a cura di),

principio della trattazione (c.d. *Verhandlungsmaxime* o principio dispositivo 'formale'), che, pur se con esclusivo riferimento all'istruttoria – la quale ne rappresenta il terreno elettivo di approfondimento (e, più a monte ancora, di operatività) – trova riscontro nel vincolo *iudex secundum probata partium iudicare debet*¹⁵³.

Per quel che qui più da vicino rileva, il fondamentale tratto distintivo tra i due principi testé succintamente illustrati risiede in ciò, che mentre il primo è ineluttabile proiezione del carattere privato (e perciò disponibile) della *res in iudicium deducta*¹⁵⁴, non così il secondo: le regole che a questo fanno capo attengono alla tecnica del processo e riflettono ragioni di mera opportunità¹⁵⁵.

Commentario del codice di procedura civile, II, Torino, 1980, 3 ss.; M. MONTANARI, sub art. 112, in C. CONSOLO – F.P. LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Farigliano, 1997, 425 ss.; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991, 582- 597; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 44 ss.; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2004, 188-198.

Tra gli studiosi del processo amministrativo, cfr. in particolare M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 270; ID, *Domanda (principio della)*, - *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989; M.G. ANTONIUCCI, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2002, 69; L. MAZZAROLLI, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 463; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 321; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, 116-120; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 36-40; O. TENTOLINI, *La prova amministrativa*, Milano, 1950, 42.

¹⁵³ Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2003, 104-105; R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo, procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 207-208; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 272.

¹⁵⁴ Sul principio della domanda come conseguenza logicamente e giuridicamente necessaria della disponibilità della posizione agita, si vedano T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale*, cit., 740 ss.; B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 100; G. VERDE, *Dispositivo (principio)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 2; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 88-89, il quale afferma che il principio della domanda riflette "la disponibilità della tutela giurisdizionale", nel senso che l'interessato "è libero di chiedere oppure non chiedere tale tutela, come anche di rinunciare ad essa una volta chiestala". Una tale disponibilità "sta a sua volta in correlazione con la disponibilità" di cui l'interessato si afferma titolare, "poiché il chiedere o il non chiedere la tutela" di quella situazione "è un modo" di disporre.

¹⁵⁵ Cfr., espressamente, G. VERDE, *Norme inderogabili*, cit., 224, ma v. altresì C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 276, il quale avverte che il principio della trattazione andrebbe riguardato (piuttosto che alla stregua di principio propriamente inteso) come "semplice orientamento".

Ovvio corollario di tale ontologica differenza è che la *Dispositionsmaxime* (in un sistema ispirato alla disponibilità delle posizioni agite in giudizio) ha portata tendenzialmente assoluta, la *Verhandlungsmaxime*, invece, ammette (anche) ampi temperamenti¹⁵⁶: pure quando il rapporto controverso abbia carattere disponibile, ben potrebbero prevedersi, accanto (o persino in alternativa) ai poteri delle parti, poteri dirigistici (o “di trattazione”) del giudice¹⁵⁷.

Ora, a fronte di simili premesse, risulta di immediata percezione come, ricostruendosi il cumulo condizionale in termini di pendenza soltanto futura e potenziale (se si intende la condizione come sospensiva) o comunque precaria (se viceversa si assume che la condizione abbia natura risolutiva) della seconda domanda, non vi siano ostacoli (meglio, alternative) a ritenere il giudice sempre vincolato all’ordine che la parte abbia dato alla propria iniziativa processuale: in quest’ottica, l’esercizio di due azioni in forma subordinata l’una all’altra si risolverebbe in un’opzione quanto all’ampiezza (finale) dell’oggetto del giudizio (unitario e confinato alla sola pretesa principale ove questa dovesse venire accolta, duplice nell’ipotesi opposta); un’opzione che, come tale, ricadrebbe senz’altro nello spettro applicativo del principio dispositivo sostanziale¹⁵⁸,

¹⁵⁶ Così M. CAPPELLETTI, *Ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali*, in *Giust. civ.*, 1960, 880 e S. CHIARLONI, *L’impugnazione incidentale nel processo civile*, Milano, 1969, 124 ss. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 275-276; A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità*, cit. 819-820.

¹⁵⁷ Cfr., in particolare, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 105, ove, ancorché con riferimento (non alla trattazione in generale, ma, più nello specifico) all’istruttoria, si rileva l’impossibilità di “tacciare d’incoerenza quell’ipotetico legislatore che, pur nell’ambito di un sistema ispirato alla disponibilità dei diritti, da un lato rispettasse la regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, ma al contempo consentisse, dall’altro lato, al giudice di avvalersi di ogni mezzo di prova da esperirsi anche d’ufficio”: “ciò sarebbe, infatti, in funzione della [sola] bontà *tecnica* del giudizio” (corsivo aggiunto).

¹⁵⁸ In tal senso cfr. E. GRASSO, *La pronuncia d’ufficio*, cit., 170 ss. e ID, *Le impugnazioni*, cit., 55 ss., nota 58. È da dire che anche la giurisprudenza maggioritaria riporta il cumulo condizionale di domande al principio dispositivo sostanziale, sia pure in modo meno impegnativo sul piano dommatico (senza cioè prendere posizione in ordine ai connotati strutturali del fenomeno). Di ciò si da conto, oltre che in C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 270, nota 13; in A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità*, cit., 819.

sfuggendo così inevitabilmente a qualsivoglia ingerenza di poteri officiosi (perlomeno se non espressamente prevista dal legislatore).

Posto infatti che l'azione subordinata, *in thesi*, non può dirsi effettivamente esperita fintanto che la principale non sia stata respinta, il giudice che dovesse deciderla con priorità (disattendendo per questa via l'ordine stabilito dall'attore) incorrerebbe in una violazione del divieto di pronunciarsi *extra petita*¹⁵⁹.

E poiché detto divieto, al pari di ogni altra regola che sia espressione del principio della domanda, non tollera smentite - in quanto proiezione necessaria del carattere privato-disponibile della *res* litigiosa - accogliendosi la descritta impostazione non potrebbe che concludersi nel senso della illimitata ammissibilità (e cogenza) del cumulo condizionale¹⁶⁰. Il discorso è tuttavia destinato a cambiare ove al contrario si voglia accreditare la tesi alternativa dinnanzi riassunta: assumendo che l'esito della prima pretesa valga a condizionare la sola possibilità per il giudice di esaminare nel merito la seconda (radicata però in modo attuale e fermo la relativa pendenza), il fenomeno cessa di poter essere coerentemente ricondotto (*rectius*: legittimato in base) alla *Dispositionsmaxime*¹⁶¹.

Così opinando, infatti, il processo sarebbe in ogni caso (che si avveri o meno l'evento dedotto in condizione) cumulativo, talché l'abbinamento di due azioni l'una subordinata all'altra non potrebbe venire utilmente

¹⁵⁹ Lo rilevano C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 272, nota 15 e A. ROMANO TASSONE, *op. ult. loc. cit.*, il quale osserva che, se ci si attiene alla ricostruzione tradizionale del meccanismo del cumulo condizionale, "non può immaginarsi [...] che il giudice conosca del merito della domanda subordinata prima di quella principale [...], in quanto al giudice verrebbe consentito di pronunciarsi su una pretesa che la parte non ha, almeno in quei termini [nel senso di: non ha ancora] inteso avanzare".

¹⁶⁰ In questo senso si veda in particolare E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 170 ss..

¹⁶¹ Così C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 271, ove il rilievo per cui, una volta "mutata radicalmente la prospettiva ricostruttiva - ravvisando nel fenomeno non già un'ipotesi di processo con cumulo di domande solo eventuale, quanto piuttosto [...] un particolare modo di prodursi e di svolgersi della pendenza della domanda cumulata (incondizionatamente) alla domanda principale - [...] dovrà anche riconoscersi [per le ragioni di cui subito *infra*, nel testo] che il riferimento al principio dispositivo («sostanziale») è destinato a risultare notevolmente sfocato ed inappropriato".

spiegato alla stregua di opzione diretta a incidere sulla (finale) latitudine del *thema decidendum* (qui, appunto, immediatamente e stabilmente – anziché solo eventualmente o precariamente – duplice)¹⁶².

In questa prospettiva, il vincolo di subordinazione impresso dall'attore alla seconda domanda atterrebbe non al 'se', ma al 'come' della tutela giurisdizionale (che con quella domanda si intende perseguire)¹⁶³: il relativo fondamento legittimante, pertanto, andrebbe rintracciato (non già, come detto, nel principio dispositivo sostanziale, ma semmai) nella *Verhandlungsmaxime*¹⁶⁴, venendo così meno – a guisa di corollario ulteriore – la possibilità di considerare (perlomeno aprioristicamente, stante il silenzio della legge sul punto) il cumulo condizionale sempre ammissibile e cogente per il giudice¹⁶⁵.

Il principio dispositivo formale, nella misura in cui non integra una conseguenza logicamente e giuridicamente necessaria della disponibilità

¹⁶² Si osserva in C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 272, che, se ci si attiene alla ricostruzione strutturale del cumulo condizionale secondo cui ad essere impedita dall'accoglimento della pretesa principale è la sola decidibilità nel merito della subordinata, il significato del fenomeno "non può venire espresso in termini semplicemente *quantitativi*, cioè assumendo che l'attore abbia inteso restringere la portata della propria iniziativa processuale; e questo precisamente nel senso di dare vita a un processo [solo eventualmente] cumulativo [perché] suscettibile di vedere contratto il suo oggetto nella sola causa «principale» all'avverarsi dell'evento individuato dall'attore stesso". Qui, infatti, "il processo viene originariamente impostato con una duplicità di domande e tale duplicità *rimane ferma fino alla fine di esso*" (corsivi dell'Autore).

¹⁶³ Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 275, ove si rileva che a venire in questione è "il potere delle parti (in specie dell'attore) di stabilire [...] *in quale modo*, ed in sostanza con quali conseguenze in ordine ai poteri attribuiti al giudice, debba specificamente avvenire la deduzione e trattazione in giudizio del diritto che si vanta, influenzando così in misura non indifferente il corso ordinario della pendenza giudiziale della relativa causa" (corsivo dell'Autore).

¹⁶⁴ Cfr. C. CONSOLO, *op. ult. loc. cit.*, ma, ben prima, si erano già espressi in tal senso (pur senza prendere posizione in ordine ai caratteri strutturali del cumulo condizionale di domande) M. CAPPELLETTI, *Ricorso incidentale*, cit., 880 e S. CHIARLONI, *L'impugnazione incidentale*, cit., 124 ss.; *contra*, invece, si vedano E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 69 e G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, cit., 280, che riconducono al principio della domanda non solo *l'an*, ma anche il *quomodo* della deduzione giudiziale del diritto.

¹⁶⁵ Cfr. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 271, ove si afferma che, una volta esclusa la riconducibilità del fenomeno al principio della domanda, "improponibile si rivelerà immediatamente la deduzione che si vorrebbe trarre dal raccordo così operato fra generale vigenza di quel principio e fondamento dell'ammissibilità del cumulo subordinato, cioè la conclusione della illimitata proponibilità di domande «ausiliarie» in via eventuale".

dell'oggetto litigioso, non si presta a generalizzazioni e non consente perciò all'interprete di trarre conclusioni interpretative di portata illimitata¹⁶⁶: in assenza di disposizioni espresse che valgano a declinarlo (e dunque a permettere di ritenerlo pienamente operante) in relazione alla fattispecie che ci occupa, non potrebbe escludersi che al giudice sia talora consentito di non attenersi alla graduazione operata dalla parte.

Merita però subito soggiungere che proprio la dottrina processualcivilistica che ha così (ri)definito la struttura (e di conseguenza il presupposto giustificativo) del cumulo condizionale ha poi concluso nel senso che "l'incidenza di un potere giudiziale, piuttosto che del solo potere dispositivo [formale] delle parti, sull'articolazione delle domande" andrebbe considerata "indubbiamente eccezionale"¹⁶⁷: più nello specifico, si è sostenuto che la possibilità di graduare le domande in modo intangibile per il giudice incontrerebbe due soli limiti, l'uno, per così dire, estrinseco (ossia relativo all'ammissibilità stessa dell'abbinamento condizionale),

¹⁶⁶ Così C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 276, ove, dopo essersi rilevato come la *Verhandlungsmaxime* si risolva, piuttosto che in un principio vero e proprio, in un semplice orientamento (che trova variabile grado di ricezione nell'ordinamento), si avverte di guardarsi dal farvi discendere troppo agevoli deduzioni.

¹⁶⁷ Cfr. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 413. Secondo l'Autore tale conclusione (assoluta eccezionalità dei poteri 'correttivi' da riconoscersi al giudice) si imporrebbe in quanto il meccanismo in parola, pur risolvendosi, sul piano strutturale e tecnico, in una scelta su tempi, modi e ampiezza della trattazione della causa (ed essendo perciò da ricondurre al principio dispositivo formale), risulta tuttavia "funzionalmente vicino alla stessa scelta di disporre della tutela giudiziale" (la quale invece ricade nell'orbita del principio dispositivo sostanziale). Tale circostanza non potrebbe rimanere priva di conseguenze allorché si tratti di ricercare un punto di equilibrio tra poteri di parte e poteri officiosi, dovendosi in particolare escludere che, con riguardo a detto profilo, l'articolazione (condizionale) delle domande si presti a venire equiparata alla formazione della prova. In particolare, si sostiene che la portata del cumulo condizionale non sarebbe "degradabile al livello cui di consueto è chiamato a operare il principio dispositivo formale e gli istituti che a esso si riportano [...] dovendosi riconoscere che effettivamente è in gioco, per quanto la questione non si risolve nella semplice alternativa di proporre o meno la domanda [...], il potere di disporre della tutela giurisdizionale" (p. 279). In altre parole, il vincolo condizionale impresso alle domande opererebbe in un momento che, seppur "interno" al processo, sarebbe tuttavia "preliminare rispetto a quello della ripartizione delle iniziative istruttorie", le quali andrebbero perciò ricondotte ad "altra accezione del principio della trattazione" (p. 577). Sulla necessità di distinguere tra una pluralità di principi dispositivi formali, diversi per intensità e pervasività, si v. altresì (sia pure non con riferimento al problema specifico del cumulo condizionale), F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo*, cit., 90

l'altro intrinseco (attinente cioè all'*ordo procedendi* che con quel tipo di abbinamento si mira a segnare)¹⁶⁸¹⁶⁹.

Il primo limite sarebbe da ricercare nella doverosa sussistenza di un collegamento di tipo causale o funzionale tra le azioni che si vogliono avanzare in via subordinata l'una all'altra: sarebbe cioè necessaria – ai fini dell'ammissibilità del cumulo condizionale – la comunanza alle pretese abbinate di una o più questioni controverse, ovvero la loro convergenza (o almeno comparabilità) quanto al risultato avuto di mira sul piano sostanziale¹⁷⁰.

L'assenza del descritto legame tra le azioni graduate, "se certo non vale a render[le] irricevibili entrambe [...], e dunque anche quella incondizionatamente esperita, di per sé conduce a dichiarare comunque [e

¹⁶⁸ Cfr. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 412-419 e, *amplius*, 571-598.

¹⁶⁹ Va detto invero che, in tempi risalenti, si era ipotizzato un limite alla graduazione di parte ulteriore rispetto ai due cui si è fatto cenno nel testo e dei quali a breve si dirà approfonditamente. In particolare, si era sostenuto che al giudice dovesse riconoscersi il potere di alterare l'ordine condizionale impresso alle domande dalla parte ogniquale volta quell'ordine fosse risultato non aderente ad "alcun suo interesse, nemmeno morale" (così G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 1131). Quest'idea, pur se autorevolmente sostenuta, non ha mai fatto capolino in giurisprudenza, ed è stata fermamente contestata dalla dottrina successiva: si è infatti osservato che "un orientamento similmente volto a controllare il «reale» interesse della parte – e così, fra l'altro, venato da un ruolo paternalistico e tutorio del giudice – significherebbe [...] riconoscere efficacia vincolante non tanto e direttamente alla volontà espressa dalla parte, quanto piuttosto all'esito di un controllo giudiziale di «convenienza»", implicandosi per questa via "un radicale rovesciamento della prospettiva in cui nacque e si è sviluppato il cumulo subordinato, stando alla quale la parte è il miglior arbitro della valenza che, ai propri occhi, rivestono i vari interessi alla cui tutela le singole domande rispettivamente tendono" (C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 415). Non solo, si è altresì osservato che la proposizione graduale delle domande può non rispondere "soltanto a valutazioni d'interesse, ma anche a convinzioni di verità, che impegnano in vario modo la responsabilità del domandante", talché, "per un giudizio su tale «interesse morale» della parte, contrariamente a quanto sostenuto dal Chiovenda, d[ovrebbe] senz'altro escludersi così la competenza come l'idoneità dell'organo giudiziale" (G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, cit., 281).

¹⁷⁰ Così C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 574 ss., ove si dice che "la domanda principale e quella subordinata debbono giuridicamente o economicamente mirare allo stesso scopo, od a scopi comunque omogenei; oppure tali domande debbono entrambe riferirsi ad una fattispecie costitutiva essenzialmente comune". In senso analogo cfr. altresì G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 283, il quale afferma l'esigenza che il rapporto di eventualità processuale formulato dal domandante trovi un qualche obiettivo fondamento funzionale nella natura delle pretese sollevate e poste in tale peculiare (leggasi: condizionale) relazione.

cioè a prescindere dal segno della decisione data a quella domanda] insuscettibile di trattazione nel merito la domanda subordinata”¹⁷¹.

In altre parole, a fronte di pretese l’una all’altra estranee, il giudice, pur non potendo disattendere l’ordine in cui la parte le abbia articolate, sarebbe tuttavia esonerato – ove pure la prima risultasse infondata – dal dovere di pronunciarsi sul merito della seconda.

Tale conclusione si imporrebbe in ragione della funzione stessa cui il cumulo condizionale risponde: posto che l’attore, avanzando le domande in rapporto di subordinazione, deduce in giudizio due diritti aspirando a vedersene riconosciuto soltanto uno (auspicabilmente quello dedotto in via principale), una simile iniziativa non avrebbe ragion d’essere se tra tali diritti mancasse un collegamento causale o teleologico.

Detto altrimenti, soltanto la sussistenza di un certo grado di succedaneità pratico-economica tra le due pretese ne giustificherebbe l’abbinamento in forma graduata, finendosi altrimenti “per assicurare rilevanza processuale a un mero capriccio”¹⁷².

Il secondo limite, invece, si risolverebbe nell’obbligo per la parte di rispettare, nella tassonomia data alle domande avanzate, l’eventuale nesso di dipendenza sostanziale intercorrente tra le stesse: la pretesa avente natura pregiudiziale, intendendosi per tale quella la cui “decisione

¹⁷¹ In termini C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 418, il quale precisa poi come a tale rigorosa conclusione sia possibile sottrarsi soltanto “valorizzando notevolmente il potere-dovere giudiziale di avvertire della riscontrata inammissibilità onde, alla luce di ciò, richiedere all’attore chiarimenti sulla sua effettiva volontà, stimolandone così in sostanza un’espressa ed univoca iniziativa di «purificazione» del cumulo (senz’altro da consentirsi) od invece di rinuncia alla seconda domanda, evitandone così il rigetto per ragioni di rito”.

¹⁷² cfr. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 590-592) Ritiene invece A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità*, cit., 816 che la restrizione si spiegherebbe in ragione dell’esigenza di “omogeneità dell’oggetto del processo”: la tesi non convince, non foss’altro perché nulla vieta all’attore di cumulare in forma semplice (anziché condizionale) domande tra loro estranee (dal punto di vista causale o funzionale), obbligando così il giudice a esaminarle entrambe (con buona pace dell’omogeneità dell’oggetto processuale)

influenzi il tenore del giudizio sul merito dell'altra", andrebbe sempre "proposta quale [...] principale e così incondizionatamente"¹⁷³.

In particolare, nel cumulo subordinato la cennata pregiudizialità viene in rilievo "nella sua forma negativa, cioè quale situazione in cui la fondatezza dell'una domanda implica la carenza di uno degli elementi costitutivi della fondatezza dell'altra"¹⁷⁴.

Così, a titolo esemplificativo, l'azione di nullità del contratto è pregiudiziale rispetto all'azione di annullamento o risoluzione, come pure a qualunque altra azione nascente dal rapporto negoziale.

Allo stesso modo, l'azione di adempimento (ma altrettanto potrebbe dirsi dell'azione di risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento) pregiudica, ove accolta, (l'esito del) l'azione di indebito arricchimento.

Ancora, rovesciando la prospettiva, l'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie è dipendente dall'azione di nullità del testamento¹⁷⁵.

Il descritto legame di pregiudizialità sostanziale, come detto, dovrebbe necessariamente trovare riflesso nella tassonomia data alle pretese abbinate: esso, pertanto, integrerebbe un limite non alla facoltà della parte di cumulare le domande in forma condizionale¹⁷⁶, ma alla cogenza *dell'ordo*

¹⁷³ Così C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 593, il quale peraltro si premura di precisare come il limite in parola integri una *species* del *genus* individuato dal limite visto in precedenza: il rapporto di pregiudizialità, infatti, non è altro che un nesso sostanziale qualificato (p. 418).

¹⁷⁴ Cfr. C. CONSOLO, *op. ult. loc. cit.*.

¹⁷⁵ Tutti gli esempi riportati nel testo si devono a C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 593-595, il quale si cura poi di individuare talune fattispecie di cumulo in cui, all'opposto, il nesso di pregiudizialità-dipendenza tra le pretese abbinate non sia riscontrabile: si tratta, tra altri, dell'ipotesi di azione di separazione personale fra i coniugi cumulata all'azione di annullamento del matrimonio; oppure dell'azione di garanzia per evizione proposta contestualmente all'azione per inadempimento del contratto.

¹⁷⁶ In tal senso si veda C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 595, ove si dice che il nesso di pregiudizialità sostanziale eventualmente riscontrabile tra le domande che si intendano cumulare in forma condizionale "non vale a impedire tale tipo di abbinamento", purché quel nesso trovi riscontro nella tassonomia impressa alle stesse. Rimanendo al primo degli esempi adottati nel testo, l'attore ben potrebbe proporre in via principale l'azione di nullità del negozio e, soltanto in subordine, quella di risoluzione: ciò che gli è precluso fare – come già si è accennato e come subito si ribadirà nel testo – è articolare le due azioni in rapporto di pregiudizialità invertita.

procedendi che per quella via si mira a segnare: ove le azioni venissero articolate in rapporto di pregiudizialità invertita, al giudice non potrebbe che riconoscersi un potere-dovere di esaminare e pronunciarsi con priorità quella (esperita in via) subordinata¹⁷⁷, ch  altrimenti su di essa (in caso di accoglimento della principale) si formerebbe una decisione implicita di rigetto suscettibile di acquisire autorit  di giudicato¹⁷⁸.

Ora, le conclusioni in punto di ammissibilit  e attitudine vincolante della graduazione che si sono test  riassunte appaiono per noi della massima importanza, giacch  entrambi i limiti individuati al riguardo dalla dottrina processualcivilistica risultano destinati ad assumere, nel processo amministrativo, rilievo assai scarso (per non dire nullo).

Per un verso, infatti, un legame sostanziale tra i motivi di ricorso (per connessione causale o, se non altro, per concorrenza funzionale-finalistica) potr  sempre riscontrarsi: quand'anche le questioni di fatto controverse non siano comuni a ciascun mezzo di gravame, vi sar  in ogni caso convergenza quanto allo scopo avuto di mira, posto che essi tendono tutti

¹⁷⁷ Cos  C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 416, ove si dice che le volte in cui "l'attore non abbia avuto cura di rispettare, nell'impostare [la] graduazione, i vincoli di pregiudizialit -dipendenza in ipotesi intercorrenti fra le domande cumulate [...], dovr  senz'altro previamente procedersi [...] all'esame del merito della domanda pregiudiziale, bench  proposta in subordine; indi trascorrersi [in caso di rigetto della prima] all'esame della domanda sostanzialmente dipendente".

¹⁷⁸ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, cit., 236, ove si dice che a fronte di domande articolate in rapporto di pregiudizialit  invertita, l'accoglimento della principale presuppone e implica il rigetto (suscettibile di acquisire autorit  di giudicato) della subordinata. Si pensi all'esempio dell'azione di nullit  del negozio proposta in via sussidiaria rispetto all'azione di adempimento contrattuale: la prima (cio  la subordinata) "  logicamente contrastante con l'accertamento implicito di validit  del negozio, il quale funge da presupposto necessario della statuizione finale [l'accoglimento della seconda, dedotta in via principale], declaratoria dell'avvenuta produzione degli effetti" (cos  S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 1988, 120). Dunque, anche detto limite, non diversamente da quello visto in precedenza,   coerente e connaturale alla funzione del cumulo condizionale, il quale mira a far s  che la pretesa sussidiaria sia esaminata e decisa soltanto a fronte del rigetto della principale: tale funzione non verrebbe realizzata nelle ipotesi descritte, giacch  la decisione dell'azione esperita con priorit  postula l'esame e il rigetto di quella avanzata in subordine. Ammettere un simile scenario (e quindi negare al giudice il potere di sovvertire l'ordine stabilito dall'attore) equivarrebbe perci  a consentire l'impiego di tale meccanismo per perseguire un intento diverso da quello lo ispira (e in definitiva lo legittima).

- perlomeno in via immediata - alla caducazione del provvedimento cui si riferiscono¹⁷⁹.

Per altro verso, poi, non sembrano immaginabili motivi che si pongano tra loro in rapporto di pregiudizialità sostanziale nel senso dinnanzi precisato¹⁸⁰: un nesso di tal tipo non è certamente riscontrabile (a onta di quanto talvolta si trova scritto in giurisprudenza) tra motivi che siano incompatibili avuto riguardo agli effetti (di tipo conformativo) che promanerebbero dal relativo accoglimento¹⁸¹. Si pensi, per esemplificare, a

¹⁷⁹ Osserva correttamente A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità*, cit., 816 -817, che “nel giudizio amministrativo di legittimità uno stretto collegamento funzionale non sembra poter mai mancare, essendo ovviamente garantito, almeno nella generalità dei casi concreti, dall’identità del provvedimento amministrativo cui le varie censure si riferiscono, e del quale tutte prospettano a caducazione”.

¹⁸⁰ Quand’anche la fondatezza di un motivo escluda quella di un altro, il nesso che tra questi intercorre pare doversi descrivere in termini di ‘paritaria’ o biunivoca alternatività piuttosto che di dipendenza (del secondo rispetto al primo o viceversa). Si ponga mente, a titolo esemplificativo, all’ipotesi in cui il Ministero dei beni culturali adotti un provvedimento con il quale eserciti il diritto di prelazione su di un immobile di interesse artistico, ritenendo che nella fattispecie debba trovare applicazione (ai fini dell’esercizio di tale diritto) il termine lungo di 180 giorni (decorrente dall’avvenuta conoscenza della compravendita intercorsa tra due privati) di cui all’art. 61, comma 2, d. lg. 22 gennaio 2004, n. 42, per non avere asseritamente l’alienante effettuato la prescritta denuncia (che avrebbe fatto decorrere, ai fini dell’esercizio del diritto di prelazione, il termine breve di 60 giorni decorrenti dall’inoltro della stessa di cui all’art. 61, comma 1, d. lg. n. 42/2004)

Si pensi poi al ricorso avverso detto provvedimento che l’alienante affidi, tra altri, ai due motivi che seguono: con il primo si lamenta la violazione del citato art. 61, comma 1, assumendo che l’onere di denuncia del contratto sarebbe stato invero assolto (pur se non con l’ossequio delle formalità richieste *ex lege*), di guisa che la prelazione sarebbe stata esercitata tardivamente rispetto al termine breve di 60 giorni. Con il secondo si contesta invece che (pure a voler escludere l’esatto adempimento dell’onere di denuncia) in ogni caso l’amministrazione sarebbe venuta a conoscenza dell’alienazione in un momento diverso e anteriore rispetto a quanto affermato, con il che il provvedimento sarebbe tardivo pure rispetto al termine lungo di 180 giorni.

Ora, è chiaro che, nella fattispecie ipotizzata, la fondatezza di un motivo esclude quella dell’altra. Nondimeno, non sembra di potersi scorgere tra i due un legame di pregiudizialità del tipo descritto nel testo.

¹⁸¹ Cfr. ad esempio, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 11 giugno 2010, n. 1795, relativa a un’ipotesi in cui il ricorrente - impugnando gli esiti di un concorso - lamentava con un motivo il malgoverno da parte della commissione dei criteri di valutazione di cui al d.p.c.m. 298/1994 e, con un altro motivo, l’illegittimità del richiamo a quel decreto (in altre parole: assumeva che avrebbero dovuto impiegarsi criteri valutativi diversi). Nell’occasione, il Collegio si era risolto nel senso che alla seconda doglianza si sarebbe dovuto riconoscere “carattere pregiudiziale [...], posto che l’eventuale impossibilità di fare applicazione dei predetti criteri comport[erebbe] l’assorbimento” della prima censura.

Nondimeno, come subito si chiarirà in termini più generali nel testo, la circostanza che la commissione non dovesse impiegare quei determinati criteri (e dunque la fondatezza

un gravame avverso gli esiti di una procedura competitiva affidato a due censure con le quali si contesti, rispettivamente, l'illegittima composizione della commissione giudicatrice e la mancata esclusione del concorrente risultato aggiudicatario: la fondatezza dell'una (quale che sia) non vale in alcun modo a influenzare il tenore del giudizio sul merito dell'altra, né è sostenibile che sulla censura destinata a rimanere assorbita (in ipotesi quella relativa al vizio più radicale) si formi una decisione implicita di rigetto: ben potrebbe l'amministrazione – ricorrendone le condizioni – procedere, sulla base dell'illegittimità ivi denunciata, all'annullamento d'ufficio dell'intera gara¹⁸².

Ne discende, allora, che le conclusioni raggiunte nel processo civile, se le si ritenesse integralmente trasponibili nel processo amministrativo,

della seconda doglianza) non esclude affatto che li abbia poi malgovernati (e quindi la fondatezza della prima doglianza).

¹⁸² Al riguardo appaiono preziose le considerazioni svolte da P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 61-62, secondo cui "nel giudizio amministrativo [...] non sussiste la ragione che ha indotto dottrina e giurisprudenza a fondare nel processo civile un potere del giudice di modificare l'ordine di esame delle domande definito dalla parte, in nome della corretta pregiudizialità: vale a dire, l'esigenza di evitare che la pronuncia sulla domanda principale [in ipotesi: l'azione di adempimento contrattuale] comporti implicitamente [...] un giudicato di rigetto sulla subordinata [in ipotesi: l'azione di nullità del negozio], pregiudiziale e incompatibile rispetto alla prima". Nel processo amministrativo, il giudicato si riferisce soltanto ai vizi in concreto presi in considerazione dalla pronuncia cassatoria (in termini, *ex multis*, si veda da ultimo S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo*, cit., 202 ss.): non vi è alcuna forza di accertamento della legittimità dell'atto gravato rispetto ai profili non esaminati (non importa se perché non dedotti ovvero perché assorbiti in quanto incompatibili con – o dedotti in via subordinata ad – altri scrutinati e favorevolmente decisi). Ciò comporta: i) anzitutto, che l'ulteriore provvedimento (adottato in seguito all'annullamento del primo) identico al precedente ma epurato dal vizio accertato non sia al riparo da una nuova impugnativa (eventualmente affidata a quelle stesse censure dapprima non vagliate); ii) in secondo luogo, che per tutto ciò che non è statuito dalla sentenza, l'amministrazione possa ancora decidere e possa, in ogni caso, avvalersi dell'autotutela (cfr. P. CERBO, *op. ult. cit.*, spec. 54-55; nonché A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità*, cit., 821, i quali affermano entrambi che la sentenza di annullamento pronunciata in base all'accoglimento del vizio-motivo principale non impedisce all'amministrazione di esercitare l'autotutela con riferimento al vizi-motivo subordinato); iii) infine (ed è ciò che in questa sede maggiormente rileva), che "non vi [sia] alcuna ragione di ordine processuale per la quale il giudice, richiesto in via principale di accogliere un motivo riguardante la mancata esclusione di un candidato risultato vincitore e solo in via subordinata un motivo comportante l'annullamento dell'intero concorso, debba disattendere l'ordine prospettato dal ricorrente, pronunciando prioritariamente su tale ultimo motivo *in nome della sua pregiudizialità «logica»*" (P. CERBO, *op. ult. loc. cit.*, corsivi aggiunti).

consentirebbero di ritenere senz'altro e sempre cogente per il giudice la graduazione dei motivi di ricorso: i limiti ivi 'opposti' alle scelte tassonomiche di parte, infatti, si rivelano qui - per le ragioni poc'anzi illustrate - per definizione rispettati.

Tuttavia, non può negarsi che, una volta rintracciato ricondotto il cumulo condizionale dei motivi al principio dispositivo formale - il quale, come detto, ammette temperamenti senza che ciò valga, di per sé, a mettere a repentaglio la natura soggettiva della giurisdizione - sarebbe operazione interpretativa eccessivamente semplicistica e in definitiva arbitraria ritenerlo da solo sufficiente a mettere fuori gioco quelle esigenze (rispettivamente: cura dell'interesse generale alla legalità e cura dell'interesse pubblico concreto) che la giurisprudenza amministrativa ha tradizionalmente invocato onde limitare le scelte di parte in punto di ordine di esame dei motivi¹⁸³¹⁸⁴.

¹⁸³ Sembra opinare in tal senso A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità*, cit., 820, laddove afferma che se si ritiene "che il motivo «condizionato» sia anch'esso immediatamente e stabilmente proposto dalla parte con il ricorso introduttivo" - e che, conseguentemente, il fondamento della graduazione vada rintracciato nel principio dispositivo formale - allora "limitazioni alla cogenza dell'ordine di trattazioni dei motivi condizionalmente cumulati dal ricorrente diverrebbero possibili senza che ne segua necessariamente [...] la qualificazione in senso marcatamente oggettivo della giurisdizione di legittimità".

¹⁸⁴ Certo, si potrebbe - nel tentativo di smarcarsi dal problema - sollevare qualche perplessità in ordine all'idea che il *quomodo* della tutela, che qui viene in rilievo, sia e da ricondurre al principio della trattazione e non invece a quello della domanda (così, del resto, ragiona non poca dottrina: cfr., ad esempio, E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 69, secondo il quale al principio della domanda è da ascrivere non solo il "se", ma anche il "come" della deduzione giudiziale del diritto)..

Del pari, si potrebbe rilevare che la ricostruzione del fenomeno della graduazione in termini di decidibilità (e non di introduzione in giudizio) condizionata della domanda proposta in subordine trae giustificazione dall'asserita impossibilità di immaginare una litispendenza precaria o eventuale (così, con ampiezza di argomentazioni, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., spec. 27 ss e 62 ss): quest'ostacolo - ammesso pure che in effetti vi sia - non si presenta però nel processo amministrativo di legittimità, quantomeno ove si aderisca alla tesi (qui accreditata) secondo cui i motivi sono ragioni a sostegno di un'unica azione (talché non vi sarebbe modo di riferire la litispendenza alla singola censura).

Cionondimeno, appare più sicuro, oltre che metodologicamente più corretto, assumere che parametro dommatico di riferimento sia in effetti principio della trattazione, verificando così se le peculiarità che indubbiamente connotano il processo amministrativo - distinguendolo da quello civile - valgano o meno a giustificare limiti alla graduazione di parte diversi e ulteriori.

Si tratterà allora di vedere se nel dato positivo sia dato rintracciare un qualche appiglio che consenta di ritenere effettivamente ammissibile, nel processo amministrativo, un potere tassonomico del giudice ispirato alle esigenze predette.

Non è dubbio, infatti, che, pur potendosi riconoscere poteri d'ufficio anche estesi nella trattazione della causa, tale riconoscimento debba pur sempre trovare riscontro a livello normativo o, quantomeno, sistematico, non potendo invece quel riconoscimento operare sulla (sola) base dell'opera nomopoietica della giurisprudenza¹⁸⁵.

A questa ricerca saranno allora dedicate le pagine che seguono.

4. Inconferenza dell'interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa ...

Si è visto come in giurisprudenza l'orientamento a lungo prevalente fosse nel senso che, siccome il processo amministrativo assolve la funzione di controllo sull'esercizio del potere pubblico, la trattazione del ricorso non potrebbe che principiare dall'esame del motivo con cui è fatta valere l'illegittimità più radicale¹⁸⁶.

Ora, che giudizio di impugnazione valga anche ad assicurare la conformità a diritto del pubblico operato è sicuro¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Per i concetti espressi e per il lessico impiegato si è debitori di A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in AA. VV., *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, I, Napoli, 2013, 463-464, ove si legge "pur potendosi riconoscere al giudice poteri officiosi, anche estesi, nella trattazione della domanda, tale riconoscimento deve operare sulla base di una espressa disposizione normativa, e non dell'opera nomopoietica della giurisprudenza (pratica o teorica che sia)". In senso analogo cfr. anche, G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d'ufficio del giudice*, cit., 60 ss; e L.R. PERFETTI, *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 72 ss., spec. 91

¹⁸⁶ Cfr. l'ampia giurisprudenza richiamata *supra*, al par. 3 del Capitolo I

¹⁸⁷ Rileva V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in F. FRANCIOSI - M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017, 87, che garantire il rispetto della legge (da parte dell'amministrazione) è "[s]copo che il processo amministrativo ha sicuramente in sé", ma lo stesso vale per "ogni altro processo": pure il giudizio civile, infatti, è inteso (anche) "ad assicurare, nell'interesse generale, l'ordinato svolgersi della vita

Ben meno sicuro, invece, è che la tutela dell'interesse generale alla legalità amministrativa possa fungere da limite alle scelte che chi agisce compie a tutela del proprio interesse individuale; il dato positivo, infatti, milita semmai nella direzione opposta: neppure la più patente illegittimità commessa dall'amministrazione può essere condannata dal giudice se chi ha titolo a sollecitarne l'intervento si risolve diversamente - non interpone, cioè, l'impugnativa - o, pur promuovendo la lite, omette (poco importa se consapevolmente o meno) di far valere quello specifico vizio.

Vero è che né la regola *iudex ne procedat ex officio*, né il vincolo giudiziale agli *alligata partium* consentono - per il solo fatto di essere positivamente previsti - di escludere che il processo debba poi svolgersi a tutela del diritto oggettivo: si pensi, per dirne uno, al processo penale¹⁸⁸.

sociale". Nel senso che il ricorso al giudice amministrativo sia rivolto a presidiare l'osservanza del diritto nella stessa misura in cui lo è l'azione proposta avanti al giudice ordinario, cfr. altresì, e ben prima, U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1935, 196 e S. SATTA, *Ultime tendenze della teoria dell'azione*, in *Teoria e pratica del processo: saggi di diritto processuale*, Roma, 1940, 238; S. PIRAINO, *L'azione nel processo amministrativo*, Milano, 1981, 135 ss. e V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, 121.

¹⁸⁸ Che il processo penale abbia natura oggettiva - pur potendo 'indirettamente' tutelare anche interessi personali di singoli soggetti (si, allude, in particolare, alla parte civile) - non richiede certo di venire dimostrato; tuttavia, ciò non vale a 'emancipare' il giudice dalla necessità di un impulso esterno che ne stimoli l'intervento, né gli consente di fondare la decisione su fatti che le parti non abbiano sottoposto al suo esame (in proposito v. A. ANGIULI, *L'adunanza plenaria e l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in F. FRANCIOSI - M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi*, cit., ove si da atto che "la strutturazione del giudizio secondo il modello del processo di parti è ormai propria anche del processo penale, prototipo dei giudizi che si svolgono nell'interesse dell'ordinamento ed all'insegna del ripristino dell'ordine giuridico violato"). Ciò che dimostra, evidentemente, come i vincoli giudiziali a non procedere *ex officio* e ad attenersi agli *alligata partium* non valgano, di per sé soli, a connotare in senso soggettivo (la natura e le finalità de) la giurisdizione ove gli stessi trovano applicazione.

Del resto, anche senza 'scomodare' altri processi, si è già segnalato come in passato - ferma l'operatività di quei vincoli - il carattere oggettivo del processo amministrativo fosse stato autorevolmente difeso (cfr., oltre a S. SPAVENTA, nel discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880, adesso in ID, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949, anche A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 777 ss.; F. D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Roma, 1915, 91 ss.; E. BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti*, Camerino, 1921, 32 ss.; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1923, 126 ss.; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 1923, 357 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943, 153; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 69 ss.)

Tuttavia, più sopra non solo si è mostrato come, nel nostro caso, l'una e l'altro siano (positivamente previsti in quanto) ineludibile proiezione del carattere disponibile della posizione sostanziale azionata, ma si è pure dato conto di come le pertinenti disposizioni costituzionali (artt. 24, 103 e 113 Cost.) configurino chiaramente la giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto soggettivo, a presidio degli interessi dei singoli a fronte dell'esercizio del potere¹⁸⁹.

Che poi un processo di parti possa tollerare 'contaminazioni' di stampo oggettivistico (*sub specie* in particolare di poteri 'dirigistici' del giudice) lo si è, anche questo, già detto¹⁹⁰. Ma queste contaminazioni devono risultare (o perlomeno potersi trarre) da una previsione legislativa espressa¹⁹¹.

Che poi questa posizione - nella misura in cui faceva coincidere l'interesse individuale con l'interesse al ricorso - fosse già all'epoca censurabile lo si è già rilevato; ma decisiva per affermare la natura soggettiva processo amministrativo è la natura sostanziale e disponibile della posizione (di interesse legittimo) azionata (così, per primo, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, 733 ss.), e non invece la circostanza che ivi trovino applicazione la regola *ne procedat iudex ex officio* e quella *iudex secundum alligata partium iudicare debet* (regola, quest'ultima, che, come ricorda F. LA VALLE, *Il vincolo*, cit., 100, nota 215, veniva ritenuta in passato un portato, più che - o oltre che - del principio dispositivo, del principio di separazione dei poteri).

¹⁸⁹ Sul punto, come già si è avuto occasione di dire, la dottrina è unanime. Qui ci si limita a rammentare nuovamente V. BACHELET, *La giustizia amministrativa*, cit., 473 ss.; V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, cit., 92 ss., spec. 132; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 46 ss.; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento*, cit., 198 ss..

¹⁹⁰ Cfr., ad esempio, M. NIGRO, *Processo amministrativo*, cit., 17, ove il rilievo per cui "[e]sistono paesi civilissimi in cui processi dispositivi, processi di parti, processi fatti per soddisfare l'interesse di singoli soggetti, sono condotti [...] secondo direttive di valorizzazione dei poteri d'ufficio". Più di recente anche G. GALLONE, *Processo dispositivo e processo dirigistico*, in E. FOLLIERI - A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015, spec. 748 ss., il quale in sintesi afferma che pure nell'ambito di una giurisdizione soggettiva non possono escludersi poteri finalizzati a obiettivi di interesse pubblico attinenti a vario titolo alla gestione del procedimento.

¹⁹¹ Cfr. L. BERTONAZZI, *Il principio della domanda*, cit., 656-657, laddove si afferma che, come nel processo civile, anche nel processo amministrativo sono ammissibili "deroghe al principio dispositivo", ma, "nell'ambito di una disciplina [...] rispettosa del principio di legalità processuale", deve trattarsi "di deroghe tassativamente previste dalla legge"; G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d'ufficio del Giudice*, cit., 59-60, secondo cui "[i]n presenza di una situazione giuridica soggettiva sostanziale disponibile per il suo titolare, non si può riconoscere al giudice per via extratestuale nessun potere di intervento [...], occorrendo un'espressa previsione normativa". Con precipuo riferimento al principio dispositivo formale, si vedano le già ricordate pagine di A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit., 463-464, ove si legge "pur potendosi riconoscere al giudice poteri officiosi,

Non basta quindi affermare che il giudizio amministrativo ha anche lo scopo di ripristinare la legalità violata¹⁹², né che questo scopo è tanto “più evidente” ove si consideri che “l’amministrazione, nello Stato di diritto, è sottoposta alla legge in tutte le sue manifestazioni”¹⁹³: se si vuole

anche estesi, nella trattazione della domanda, tale riconoscimento deve operare sulla base di una espressa disposizione normativa, e non dell’opera nomopoietica della giurisprudenza (pratica o teorica che sia)” e di L.R. PERFETTI, *L’istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, cit., 72 ss., spec. 91.

Nella dottrina del processo civile si veda, per tutti, V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 234 rileva che il processo dispositivo “non implica che l’autonomia delle parti non possa essere limitata o anche soppressa tutte le volte in cui l’interesse pubblico lo richieda, ma ciò può aver luogo solo quando le limitazioni siano esplicitamente stabilite nel diritto”.

¹⁹² Rilievo in sé esatto, ma – come già si è avuto occasione di osservare – inidoneo (o perlomeno insufficiente) a far propendere per il carattere oggettivo della giurisdizione di legittimità.

Anzi, in V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “soggettiva”*, cit., 87-88, si nota come la circostanza che il processo amministrativo valga pure ad assicurare la conformità alla legge del pubblico operato “non ne modific[hi] la natura (derivante dalla disciplina di esso propria) di processo di tipo soggettivo”.

¹⁹³ In termini, V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, 85.

Ora, che la funzione pubblica sia interamente assoggettata al diritto è certo. Ma che, per ciò solo, la funzione anche ‘legalitaria’ (o oggettiva) del processo amministrativo debba ritenersi “più evidente” ci sembra assertivo o, quantomeno, discutibile. Occorrerebbe dimostrarlo muovendo dal dato positivo. E proprio a questo proposito è forse significativo che l’Autore giunga a tale conclusione, apparentemente di portata generale, nell’ambito di un discorso che si appunta invero su un tema specifico e ben circoscritto: la legittimazione a ricorrere – asseritamente “oggettiva”, cioè a presidio dell’ordine giuridico violato – di (alcune) autorità amministrative; legittimazione che, in effetti, è espressamente prevista dalla legge (si allude in particolare all’art. 21-bis della l. 10 ottobre 1990, n. 287 con riferimento all’Agcm per quanto riguarda l’Agcm e all’art. 211, commi 1-bis e 1-ter, del Codice dei contratti pubblici per Anac. In argomento cfr., tra tanti, F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, 12/2012; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell’esercizio dei nuovi poteri rimessi all’AGCM ex art. 21-bis della l. 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell’interesse alla sollecitazione del sindacato*, ivi; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’AGCM nell’art. 21-bis L. n. 287 del 1990*, ivi; F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell’Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in *Apertacontrada.it*, 2012; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell’AGCM nell’art. 21-bis Legge n. 287/1990*, in *Giustamm.it*, 10/2012; G. URBANO, *I nuovi poteri processuali delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1022 ss.; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis L. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 465 ss.; H. SIMONETTI, *L’art. 21 bis della Legge 287/1990 ed il potere di impugnazione dell’Agcm: è ancora il secolo della “giustizia dell’amministrazione”?*, in *Giustamm.it*, 2/2014; L. DE LUCIA, *Legittimazione al ricorso e sfiducia sociale nell’Amministrazione pubblica. Tre modelli a confronto*, ivi, 1/2017; G. CUSENZA, *Il nuovo istituto del “parere motivato” e la legittimazione straordinaria dell’ANAC a ricorrere in giudizio*, in *Lexitalia.it*, 3/2018; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, spec. 362 ss.; nonché, da ultimo, E. ROMANI, *La legittimazione straordinaria dell’ANAC:*

fondatamente sostenere che al giudice è dato alterare, in nome dell'interesse generale alla correttezza dell'azione amministrativa, l'ordine impresso ai motivi del ricorrente, occorre ancorare tale conclusione a un qualche appiglio normativo.

un frammento di giurisdizione oggettiva nel processo di parti. Riflessioni a margine del parere del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 1119, in Dir. proc. amm., 2019, 261 ss.; N. PICA, La tutela processuale dell'interesse pubblico: considerazioni a partire dalla legittimazione ad agire dell'Agcm, ivi, 807 ss.).

Tuttavia, non può farsi a meno di rilevare come, anche così contestualizzata (*i.e.* anche se riferita non al processo amministrativo in genere, ma al profilo più ristretto da ultimo precisato), la riportata conclusione non vada immune da critiche. E infatti:

in primo luogo, non è per nulla pacifico che la legittimazione a ricorrere di cui trattasi abbia natura oggettiva: secondo taluno, le *authorities* agirebbero, non diversamente dai privati, a tutela di una posizione sostanziale di vantaggio che a esse fa capo (questa la tesi di M.A. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 5-9, condivisa, al netto di alcune diversità di impostazione, da F. GOISIS, *op. ult. cit.*, 491-497; G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 716-717 e F.G. COCA, *Relazione al Convegno Il giudice amministrativo nei conflitti tra pubbliche amministrazioni: giurisdizione, mediazione, supplenza*, organizzato dal T.A.R. Puglia, Sezione di Lecce, 21-22 settembre 2018).

anche tra chi nega che le amministrazioni facciano valere in giudizio un interesse (legittimo) proprio, l'opinione prevalente è nel senso che le stesse agiscano non nell'interesse (generale) alla legalità, ma semmai nell'interesse (pubblico) alla cui cura sono preposte (cfr., ad esempio e per primo, R. GIOVAGNOLI, *op. ult. cit.*, par. 1.3.).

Ai nostri fini non occorre entrare nel merito di tali questioni; preme piuttosto sottolineare come la dottrina (almeno) su un punto sia unanime: il giudizio incardinato dinanzi al giudice amministrativo a seguito di ricorso proposto da una *authority* rimane un giudizio di parti, rigidamente ancorato al principio dispositivo (così, per tutti, lo stesso V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, spec. 76, ove infatti si dice che, in questi casi, "piuttosto che di giurisdizione «di diritto oggettivo», si tratta di legittimazione «oggettiva», che è un concetto diverso, e di ben più limitate implicazioni").

Conseguentemente, anche a voler concedere che in questi casi il giudizio sia votato ad assicurare il rispetto della legge (o comunque a tutelare una posizione che non 'appartiene' a chi promuove la vertenza) il giudice rimane pur sempre vincolato alle scelte di parte (nel senso che nulla può fare ove l'amministrazione non proponga il gravame, oppure lo proponga ma poi vi rinunci, o ancora lo proponga e tuttavia non colga una certa illegittimità, magari più grave di quella o quelle che ha denunciato).

Ma allora - ed è questo il punto che, nell'economia del nostro discorso, precipuamente rileva - le norme che attribuiscono alle *authorities* la legittimazione ad agire, ove pure le si voglia intendere come "frammenti di giurisdizione oggettiva" (secondo il lessico di E. ROMANI, *op. ult. loc. cit.*), in alcun modo si prestano a venire impiegate onde fondare poteri officiosi orientati ad assicurare la legalità dell'azione amministrativa.

Semmai, dette norme offrono ancoraggio per giungere a conclusioni opposte; perché - giova rimarcarlo, a costo di essere ripetitivi - se neppure quando il giudizio volge alla tutela della legge (o perlomeno alla tutela di un interesse pubblico che esula dalla disponibilità di chi agisce) il giudice ha strumenti per 'divincolarsi' dalle scelte di parte, a maggior ragione non gliene si possono riconoscere quando il giudizio è invece preordinato alla tutela di posizioni soggettive.

E non può essere tale – a onta di quanto talora si trova scritto in proposito¹⁹⁴ - l'art. 100 Cost., che definisce il Consiglio di Stato come “organo di tutela della giustizia nell'amministrazione”.

Se, infatti, già la collocazione sistematica della disposizione – ubicata nella sezione III del titolo III, concernente gli “organi ausiliari” del Governo – induce a dubitare che la formula “tutela della giustizia dell'amministrazione” riguardi le attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, a fugare ogni incertezza soccorrono i lavori preparatori dell'Assemblea costituente, dai quali emerge in modo chiaro come con quella formula si intendesse invero fare riferimento alla sola attività consultiva del Consiglio di Stato, e segnatamente alla funzione contenziosa

¹⁹⁴ Cfr., oltre agli Autori di cui si darà conto poco più avanti, M. SILVESTRI, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 5/2015, 8, ove, dopo essersi dato conto di come la dottrina sia concorde nel far discendere dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. la natura necessariamente soggettiva della giurisdizione amministrativa, si afferma che tale natura “non sembra l'unica compatibile con la Carta costituzionale, che tra l'altro, all'art. 100, primo comma, consacra tra i compiti del Consiglio di Stato, organo supremo della giurisdizione amministrativa, proprio il perseguimento della «giustizia nell'amministrazione», più confacente, ad avviso di che scrive, con le strutture di una giurisdizione (anche) oggettiva”. In senso analogo, ancorché in termini più 'sfumati', v. pure G. MONTEDORO, *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*, in *Apertacontrada.it*, 2014, par. 1.

(o giustiziale) che a esso compete nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica¹⁹⁵¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente*, IV, sedute dal 20 luglio 1947 al 30 ottobre 1947, edizione curata dalla Camera dei deputati – Segretariato generale, Roma, 1970, 3574, ove si riporta che, nella seduta del 25 ottobre 1947, l'on. Romano, nell'auspicio di veder poi affermata l'unità dell'ordine giudiziario (di cui si sarebbe discusso in sede di approvazione del successivo art. 103 Cost.), aveva proposto l'espunzione dal testo definitivo dell'art. 100 della frase “e di tutela della giustizia nell'amministrazione”, ritenuta idonea a ipotecare, in senso favorevole, la conservazione in capo al Consiglio di Stato di competenze anche giurisdizionali. Questa, in particolare, la sua posizione: “non è possibile parlare del particolare [la tutela della giustizia nell'amministrazione da parte del Consiglio di Stato] se non si prende prima in esame il generale [l'unità o meno della giurisdizione, che avrebbe di lì a poco – cioè in sede di approvazione del successivo art. 103 Cost. – formato oggetto di dibattito]. Perché se si dovesse affermare il principio dell'unità dell'ordine giudiziario, cadrebbe il Consiglio di Stato come organo giudiziario”.

A tali parole replicò l'on. Ruini (allora Presidente del Consiglio di Stato), osservando che “questa espressione di «giustizia nell'amministrazione» [...] non pregiudica in alcun modo la questione se la giurisdizione debba essere unica o no. *La giustizia nell'amministrazione si riferisce [...] al Consiglio di Stato nelle sue funzioni consultive*”, tra le quali “vi è il ricorso in via straordinaria al Capo di Stato, che ha perfettamente lo scopo della giustizia nell'amministrazione” (corsivi aggiunti).

In termini pressoché identici si espressero anche l'on. Bozzi e, soprattutto, l'on. Tosato, il quale fece notare, per un verso, che la disposizione “è compresa nella sezione del Titolo III dedicata, espressamente, alla pubblica amministrazione” e che “quindi [...] non è pregiudicata alcuna questione che attenga alla funzione giurisdizionale”; per altro verso, che “la funzione di consulenza giuridico-amministrativa del Consiglio di Stato si estende ai ricorsi straordinari al Capo dello Stato” e “il parere obbligatorio e, praticamente vincolante” che il Consiglio di Stato rende in tale sede “costituisce un apporto considerevole ai fini di assicurare la giustizia nell'amministrazione” (corsivi aggiunti).

Su queste basi, l'Assemblea costituente respinse la proposta dell'on. Romano e approvò quello che sarebbe poi divenuto l'art. 100, comma 1, Cost., rinviando al prosieguo dei lavori (cioè alla discussione del successivo art. 103) la questione se ridurre o meno a unità l'ordine giudiziario.

¹⁹⁶ In L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008, 309 ss., dopo essersi rilevato che i lavori preparatori della Costituzione “inducono a escludere che la formula «tutela della giustizia nell'amministrazione» indichi le funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato”, si aggiunge che detta formula deve necessariamente intendersi come riferita non genericamente all'attività consultiva – ché, se così fosse, “il binomio «consulenza giuridico-amministrativa» e «tutela della giustizia nell'amministrazione» [binomio contenuto all'art. 100 Cost.] si risolverebbe in una inutile endiadi” – ma, più nello specifico, al parere che il Consiglio di Stato è chiamato a rendere in occasione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Il che, evidentemente, impedisce di invocare la norma di cui trattasi onde attribuire al giudice amministrativo il ruolo di garante della legalità della pubblica funzione¹⁹⁷¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Cfr. L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 571, ove l'ammonimento: "E non si dica, come talvolta si fa, che è l'art. 100 Cost. a configurare in tale modo [cioè come giudice della legalità dell'operato pubblico] il giudice amministrativo, perché i lavori dell'Assemblea costituente mostrano chiaramente che definendo il Consiglio di Stato «organo di tutela della giustizia nell'amministrazione» si intendeva fare riferimento all'attività consultiva prestata in occasione del ricorso straordinario al presidente della Repubblica, in piena conformità alla collocazione della disposizione nella sezione III del titolo III, dedicata agli «organi ausiliari» del Governo". Per identiche riflessioni si vedano, ben prima, le già richiamate pagine di L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, cit., 307 ss., spec. 310-311, in cui peraltro si rileva come a escludere la riconducibilità dell'espressione "tutela della giustizia nell'amministrazione" alle attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato siano non solo "i lavori preparatori e la collocazione sistematica degli artt. 100 e 103 Cost.", ma anche "il parallelo con le funzioni (amministrative e giurisdizionali) di altro organo ausiliario, quale la Corte dei Conti": a essa, infatti, "l'art. 100, comma 2, Cost. affida funzioni amministrative («controllo preventivo di legittimità sugli atti di Governo», controllo «successivo sulla gestione del bilancio dello Stato», «controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria»), che non hanno nulla da spartire con le funzioni giurisdizionali di cui all'art. 103, comma 2, Cost. («la Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge»)".

Ancora in egual senso, cfr. V. FALZONE - F. PALERMO - F. COSENTINO, in S. BARTOLE (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana*, 1991, 323; M. DE ROSA - B.G. MATTARELLA, *sub art. 100*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 1944 e, infine, D. NOCILLA, *Funzione consultiva e Costituzione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2008, 1, ove - a ulteriore riprova della circostanza che "la «tutela della giustizia nell'amministrazione» di cui all'art. 100, comma 1, Cost. non indica le attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato" - si osserva come la conformazione della giustizia amministrativa che risulta dall'intero sistema della Carta repubblicana, che 'descrive' "il giudice amministrativo come vero giudice e come giudice che tutela situazioni giuridiche soggettive proprie dei ricorrenti nei confronti della pubblica amministrazione", mal si concilierebbe con la formula "tutela della giustizia nell'amministrazione", la quale rimanda a "un modo tradizionale - di ascendenza, per così dire, spaventiana - per designare la giustizia amministrativa come giurisdizione di diritto oggettivo svolta nel solo interesse della p.a. alla legittimità dei propri atti".

Contra, invece, oltre agli Autori citati alla precedente nota __, G. CARBONE, *sub art. 100*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994, 80, secondo cui la formula "tutela della giustizia nell'amministrazione" di cui all'art. 100 Cost. sarebbe "formula binomia" o "ambivalente", nel senso che già alluderebbe (anche) alle funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato. Un collegamento (soltanto) implicito tra "tutela della giustizia nell'amministrazione" e competenze giurisdizionali del Consiglio di Stato è operato anche da C. cost., 6 luglio 2004, n. 204 (punto 2.2. del "Ritenuto in fatto"); nonché, in dottrina, da M.A. SANDULLI, *Verso un processo amministrativo "oggettivo" (nota a margine dell'art. 146 co. 11 d.lgs. n. 42 del 2004)*, in *Foro amm. Tar*, 2004, 2423, la quale - pur senza inferire dall'art. 100 Cost. conclusioni di portata generale in ordine al ruolo del giudice amministrativo - afferma che l'abrogato art. 146, comma 11, del d. lg. n. 42/2004 (ove si stabiliva che "L'autorizzazione paesaggistica è impugnabile con ricorso al tribunale amministrativo regionale [...] dalle associazioni ambientaliste portatrici di interessi diffusi [...] e da qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse. Il ricorso è deciso anche se, dopo la sua

Neppure può farsi leva, a tal fine, sull'art. 99, comma 5, primo periodo, c.p.a., a mente del quale l'Adunanza plenaria, quando definisce la controversia con una sentenza in rito dichiarativa di inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità del ricorso, o ancora di estinzione del giudizio, "può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge" se ritiene che "la questione" sottesa all'impugnativa sia "di particolare importanza".

In effetti, se ci si arrestasse al solo richiamo all'"interesse della legge" - svincolato tanto dall'interesse (legittimo) che fa capo al ricorrente, quanto dall'interesse (pubblico) alla cui cura è preposta l'amministrazione -, si potrebbe pure pensare che quello delineato dalla disposizione sia un potere d'ufficio preordinato a ricondurre a diritto il *munus* pubblico scorrettamente esercitato¹⁹⁹.

Quest'impressione, però, svanisce non appena si guardi ad altri dati testali: si allude, per un verso, al passaggio in cui si dice che il principio di diritto

proposizione ovvero in grado di appello, il ricorrente dichiara di rinunciare o di non avervi più interesse. Le sentenze e le ordinanze del Tribunale amministrativo regionale possono essere impugnate da chi sia legittimato a ricorrere avverso l'autorizzazione paesaggistica, anche se non abbia proposto il ricorso di primo grado") avrebbe potuto aprire la strada "tutt'altro che inopportuna" verso un "giudizio amministrativo più oggettivo e probabilmente più coerente con il ruolo di «garante della giustizia nell'amministrazione», che [...] è ad esso affidato dalla Costituzione".

¹⁹⁸ A nulla vale obiettare che il ricorso straordinario si è, nel tempo, sostanzialmente 'giurisdizionalizzato' (in tema, cfr. P. GOTTL, *La natura giuridica del ricorso straordinario al Capo dello Stato e l'individuazione del giudice competente per l'ottemperanza, al vaglio dell'Adunanza plenaria*, in *Foro amm.*, 2013, 2592 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, 2013, III, 483 ss.): resta fermo, infatti, che a tale procedimento il Consiglio di Stato partecipa in veste consultiva (o se si vuole giustiziale, ma, in ogni caso), non in veste di giudice.

¹⁹⁹ Così parrebbe orientato F. FRANCIOSI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, in F. FRANCIOSI - M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi*, cit., 15, secondo cui il codice di rito offre "spunti decisamente orientati nel senso di rimarcare il carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa. Esempio è il caso della possibilità riconosciuta all'Adunanza plenaria di «enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile ovvero l'estinzione del giudizio» (art 99 5° c), e quindi a prescindere dall'esigenza di tutela di un interesse di parte".

Tenta la strada di una lettura in chiave oggettivistica dell'art. 99, comma 5, c.p.a., anche A. ANGIULLI, *L'adunanza plenaria e l'enunciazione del principio di diritto*, cit., 178-183, che finisce però per abdicare riconoscendone (per le ragioni di cui subito si dirà nel testo) l'impraticabilità.

è enunciabile “comunque”, cioè nonostante l’esito in rito del giudizio – passaggio che, evidentemente, chiarisce come quel principio non sia in alcun modo destinato a incidere sulla decisione della vertenza –, e per altro verso (e più ancora) al secondo periodo dello stesso comma 5, ove è espressamente stabilito che “la pronuncia dell'Adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato”.

L’uno e l’altro elemento – affrancazione dalla lite sottostante (definita con pronuncia processuale) della *regula iuris* affermata dalla Plenaria e sua irrilevanza rispetto alla vicenda che a quella lite ha dato scaturigine²⁰⁰ - stanno a indicare che l’art. 99, comma 5, c.p.a. guarda in realtà all’avvenire, non al passato.

Si vuol dire, in termini chiari, che l’enunciazione del principio di diritto vale non a sterilizzare le deviazioni dal paradigma legale in cui l’amministrazione sia incorsa nel caso di specie, ma a (orientare la successiva giurisprudenza²⁰¹, e per questa via a) prevenire che identiche deviazioni si ripropongano in futuro in casi analoghi²⁰².

²⁰⁰ Lo scollamento tra il principio di diritto e la vicenda concreta che offre alla Plenaria l’occasione di enunciarlo è divenuto tanto più evidente a seguito del c.d. primo correttivo (d. lg. 15 novembre 2011, n. 195). Nella sua formulazione originaria, infatti, il secondo periodo dell’art. 99, comma 5, c.p.a. escludeva che la *regula iuris* affermata dal *plenum* sortisse effetti “sulla sentenza impugnata”, lasciando così residuare il dubbio che quella *regulae*, ancorché irrilevante ai fini della definizione della vertenza (esitata in rito), dovesse nondimeno essere tenuta in considerazione dalla pubblica amministrazione. La sostituzione del riferimento alla “sentenza” con quello al “provvedimento”, però, ha fugato ogni incertezza, chiarendo una volta per tutte che il sottostante episodio di esercizio del potere non è in alcun modo pregiudicato (né in un senso né nell’altro) dal principio di diritto.

²⁰¹ Il comma 5 dell’art. 99 va letto in combinato disposto con il precedente comma 3, a mente del quale “Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”. Dunque, la *regula iuris* affermata dal *plenum* ai sensi del comma 5, pur senza incidere sul giudizio e sulla vicenda concreta sottostanti, nondimeno vincola le Sezioni semplici del Consiglio ad adeguarvisi (salvo nuova rimessione) allorché si trovino successivamente a decidere controversie simili. Su questo punto si tornerà subito *infra*, nel testo.

²⁰² Spunti in tal senso in S. SPUNTARELLI, *Tecniche di interpretazione dell'adunanza plenaria e valore del precedente*, Napoli, 2019, 280 ss., spec. 293, secondo cui le decisioni della Plenaria sarebbero serventi non solo al processo, ma anche alla disciplina dell'azione, perseguendo l'intento di indirizzare l'attività amministrativa in modo conforme ai parametri normativi.

Quanto testé osservato basterebbe a impedire un'esegesi dell'art. 99, comma 5, c.p.a. nei termini dinnanzi ipotizzati²⁰³ - in termini, cioè, di norma diretta a ristabilire la legge in concreto piuttosto che ad affermarla in astratto -, ma si deve altresì rilevare come un ulteriore ostacolo a una simile lettura si rinvenga in ciò, che identica previsione è contenuta - sol che con riferimento alla Corte di cassazione - al comma 3 dell'art. 363 c.p.c.²⁰⁴.

La coincidenza tra le due disposizioni dimostra, anzitutto, che la prima non vale a connotare in modo peculiare il processo amministrativo (e dunque nulla ha da spartire con la circostanza che, in quel processo, si controverte dell'esercizio di un pubblico potere) e, in secondo luogo, che l'"interesse della legge" cui in essa si fa riferimento è non l'interesse alla legalità dell'azione amministrativa, ma, ben più semplicemente, l'interesse all'uniforme interpretazione (e così, in ultima analisi, alla certezza) del diritto²⁰⁵.

L'art. 99, comma 5, c.p.a., dunque, vale a null'altro che a rafforzare (in uno con i precedenti commi 3 e 4²⁰⁶) la funzione nomofilattica dell'Adunanza

²⁰³ Osserva correttamente A. ANGIULI, *op. ult. cit.*, 182-183, che gli aspetti da ultimo evidenziati nel testo "mal si concilierebbero con l'inquadramento della fattispecie nella prospettiva oggettivistica della giurisdizione amministrativa", giacché "il carattere essenziale della giurisdizione obiettiva [è] costituito non solo dalla riaffermazione del diritto obiettivo, ma altresì del suo ripristino nella fattispecie concreta [...]; elemento, quest'ultimo, [...] espressamente escluso dalla dinamica della disciplina giuridica dell'art. 99, comma 5, c.p.a."

Esclude che il comma 5 dell'art. 99 c.p.a. possa venire "additato quale [...] elemento sintomatico di oggettivizzazione del processo amministrativo" anche N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in corso di pubblicazione in *Dir. proc. amm.*, 2020, spec. nota 21.

²⁰⁴ L'art. 363 c.p.c., recante "Principio di diritto nell'interesse della legge", stabilisce al comma 3 che "[i]l principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza". Il successivo comma 4 si premura poi di precisare che "[l]a pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito".

²⁰⁵ Cfr., oltre alla ulteriore dottrina che si richiamerà a breve, A. TRAVI, *Lezioni*, cit., 334, ove si dice che il codice, con gli ultimi tre commi dell'art. 99, persegue "l'obiettivo di assicurare una maggiore omogeneità nella giurisprudenza amministrativa", omogeneità che "è un fattore di garanzia per la certezza del diritto".

²⁰⁶ Mentre i primi due commi dell'art. 99 c.p.a. (i quali recitano, rispettivamente: "La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha

Plenaria²⁰⁷, senza minimamente intaccare la fisionomia e la finalità soggettive della giurisdizione amministrativa.

dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'Adunanza plenaria" e "Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'Adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali") riproducono sostanzialmente le previsioni di cui al previgente art. 45, commi 2 e 3, t.u. Cons. Stato, (ma cfr. già l'art. 17, comma 3, della legge istitutiva della IV Sezione, a mente del quale "Se la sezione riconosce che il punto di diritto sottoposto alla sua decisione ha dato luogo a precedenti decisioni tra loro difformi della stessa sezione, potrà rinviare con ordinanza la discussione della controversia ad altra seduta plenaria [...]"), non altrettanto può dirsi dei successivi tre commi, che, alla funzione tipica della nomofilachia – garantita attraverso i procedimenti per così dire "tradizionali" di rimessione (previsti ai commi 1 e 2) – aggiungono strumenti ulteriori per realizzarne un "potenziamento" (in termini M.A. MERCATI, *Impugnazioni in generale*, in R. GAROFOLI - G. FERRARI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 1399; ma in egual senso anche R. CHIEPPA, *Le impugnazioni in generale* (artt. 91-99), in AA. VV., *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 437; S. BARCHIESI, *Le impugnazioni*, in AA.VV., *Il processo amministrativo nella giurisprudenza. Commento sistematico ai principali istituti*, Milano, 2012, 235 ss.).

Del comma 5 si è già detto nel testo (ma v. pure subito oltre, alla nota successiva). Il comma 3, invece, stabilendo che "Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso", pone, sia pure per implicito, un vincolo (se non per tutti i giudici sottordinati, quantomeno) per le Sezioni semplici del Consiglio di Stato ad attenersi alle *regulae iuris* affermate dal Supremo consesso di giustizia amministrativa. Il solo modo per 'sottrarsi' a quelle *regulae*, infatti, è sollecitare una nuova pronuncia del *plenum* sulla questione.

Infine, il comma 4 ("L'Adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla Sezione remittente") introduce una 'rottura' rispetto alla funzione indefettibilmente devolutiva del deferimento del ricorso all'Adunanza plenaria, cui è ora consentito – in esito a una valutazione del tutto discrezionale – limitarsi ad affermare il principio di diritto, lasciando che a decidere in concreto la vertenza (applicando quel principio) sia la Sezione remittente.

Su queste novità, e più in generale sull'istituto della rimessione all'Adunanza plenaria, cfr., oltre alla dottrina già richiamata, M. LIPARI, *sub art. 99 c.p.a.*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 735; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011; A. GIUSTI, *L'organizzazione della giurisdizione*, in R. VILLATA - B. SASSANI (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 195 ss. (spec. 202 ss.); G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012; nonché E. FOLLIERI, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI - A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria*, cit., 30 ss..

Per ragguagli sull'evoluzione storica della disciplina pertinente cfr. altresì M. SANINO, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 108-110.

²⁰⁷ Che questa sia la (sola) *ratio* dell'art. 99, comma 5, c.p.a., è affermato, oltre che dai già citati M.A. MERCATI, *Impugnazioni in generale*, cit., spec. 1401; R. CHIEPPA, *Le impugnazioni in generale*, cit., spec. 443 e S. BARCHIESI, *Le impugnazioni*, cit., 237; anche da S. PERONGINI, *Le impugnazioni in generale*, , secondo cui la disposizione varrebbe a valorizzare la funzione di nomofilachia della Plenaria, consentendo a quest'ultima la creazione di "precedenti" – e così riconoscendole la possibilità di "porre in essere orientamenti giurisprudenziali di indirizzo

Né eccezioni o limiti a tali fisionomia e finalità sembrano potersi rintracciare altrove²⁰⁸.

Conseguentemente, e in conclusione, consentire al giudice di alterare la graduazione di parte (e più in generale di definire l'ordine di trattazione dell'impugnativa) in nome dell'interesse generale alla legalità amministrativa sarebbe soluzione in contrasto con il principio di legalità processuale consacrato dall'art. 101, comma 1, Cost.²⁰⁹, che esige – tra l'altro – la predeterminazione (o quantomeno la 'desumibilità') *ex lege* dei poteri d'ufficio²¹⁰.

5. (segue) ... e dell'interesse pubblico concreto.

Considerazioni (e conclusioni) non dissimili a quelle che precedono si prestano a venire estese anche all'idea – che, come si è avuto occasione di rilevare *supra*, ha fatto talora capolino in giurisprudenza – secondo cui l'ordine d'esame dei motivi andrebbe determinato *ex officio* avendo di mira l'interesse di cui è portatrice l'amministrazione intimata²¹¹.

interpretativo relativamente a questioni di particolare importanza” – anche quando le parti non abbiano proposto ritualmente ricorso o, più in generale, anche in tutte quelle situazioni in cui la vicenda concreta sottostante non possa giovare della (o esser pregiudicata dalla) enunciazione del principio di diritto. Analogamente, cfr. N. DI PAOLA, *Guida al nuovo codice del processo amministrativo*, Rimini, 2010, 245 ss.; G. PALLIGGIANO, *Il codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2012, 179-180; C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2013, 980.

²⁰⁸ Si veda in proposito S. BACCARINI, *Processo amministrativo e ordine di esame*, cit., 787, ove, con precipuo riguardo al tema della tassonomia d'esame del ricorso, descrive il riconoscimento giurisprudenziale di un potere officioso capace di determinarla in funzione dell'interesse generalità dell'amministrazione in termini di “trapianto di direttive «oggettivistiche» [...] praticato *senza una base di legge*” (corsivi aggiunti).

²⁰⁹ Sul principio di legalità processuale si rinvia, per tutti, a M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 109 ss.

²¹⁰ Cfr., per tutti, L. LANFRANCHI, *Giusto processo, I) processo civile*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2001, 20 ss.. Nella dottrina del processo amministrativo, oltre a M. RAMAJOLI, *op. ult. loc. cit.*, si v. anche M. MACCHIA – M. NUNZIATA, *La sanatoria della notifica nulla: effettività e specialità della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 553.

²¹¹ Così paiono ragionare tanto Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015 (sia pure con esclusivo riferimento all'ipotesi in cui il ricorrente non si sia premurato di graduare in modo esplicito le censure), quanto Cons. Stato, n. 2143/2009 (con riferimento invece anche all'ipotesi in cui la parte abbia cumulato i motivi in forma espressamente condizionale). Su

Va detto che, a differenza di quanto visto con riferimento all'interesse generale alla legalità, non mancano disposizioni che incaricano il giudice amministrativo di curarsi dell'interesse pubblico concreto.

Si allude, oltre naturalmente all'art. 134 c.p.a., che enumera le ipotesi di giurisdizione estesa al merito²¹² - in cui al giudice è espressamente dato "sostituirsi all'amministrazione" (art. 7, comma 6, c.p.a.) -, agli artt. 121 e 122 c.p.a., in tema di sorte del contratto stipulato a valle di una procedura (poi rivelatasi) illegittima²¹³²¹⁴.

tale ultima pronuncia si vedano le (pur fugaci) riflessioni di A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra giudizio amministrativo e interesse pubblico*, in AA. VV., *Annuario AIPDA 2012 - Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Napoli, 2013, 246-247, (ma anche ID, *Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit., 468 ss.) che la richiama quale esempio delle recenti "chiarissime prese di posizione giurisprudenziali" nel segno di una "nuova" forma di oggettivismo, intesa a giustificare deroghe al principio dispositivo in nome (non più della tutela della legalità amministrativa) ma della "necessità che la decisione della controversia, per quanto essa implica in ordine alla definizione dell'«interesse pubblico concreto», non sia lasciata al confronto dialettico tra le parti processuali, ma resti in massima parte affidata ai poteri officiosi del giudice".

²¹² Non è certo questa la sede per attardarsi sul tema della giurisdizione di merito, per un approfondimento del quale si rimanda ai recenti lavori di A. POLICE, *Giurisdizione di merito* (voce), in *Diritto online Treccani*, 2015 e F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, ove anche ampi riferimenti bibliografici.

²¹³ I contributi in argomento sono innumerevoli. Qui si possono richiamare, senza pretesa alcuna di esaustività, G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 729 ss.; M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *Federalismi.it*, n. 22/2010; A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 900 ss.; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del Codice del Processo Amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1068 ss.; G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 871 ss.; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 664 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in A. CAVALLARI - G. DE GIORGI CEZZI - G.L. PELLEGRINO - P.L. PORTALURI - E. STICCHI DAMIANI - A. VANTAGGIATO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Napoli, 2011, 278 ss.; S. FANTINI, *L'inefficacia del contratto*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, cit., 1037; F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo delle parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3 ss.; P. GOTTI, *Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1/2012, 26; C. BENETTAZZO, *L'inefficacia del contratto tra disciplina comunitaria e rimedi interni: aspetti sostanziali e processuali*, in R. VILLATA - M. BERTOLISSI - V. DOMENICHELLI - G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 2104 ss. e A. CARBONE, *sub artt. 121-124* in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2015

²¹⁴ Secondo taluni Autori gli artt. 121 e 122 c.p.a. individuerrebbero ipotesi che, sebbene non richiamate dall'art. 134 c.p.a., andrebbero ascritte alla giurisdizione estesa al

Il primo, dopo avere individuato, al comma 1, le “gravi violazioni” in presenza delle quali il giudice, annullata l’aggiudicazione, “dichiara l’inefficacia del contratto”²¹⁵, fa salva, al successivo comma 2, l’eventualità

merito (così, ad esempio, R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010; G. GRECO, *op. ult. cit.*, spec. 735-737; G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2017, 391; A. POLICE, *Giurisdizione di merito*, cit., par. 5). Questo inquadramento, però, non convince, perché se anche è innegabile che le citate disposizioni – come si vedrà subito oltre, nel testo – chiamino il giudice a compiere una ponderazione di interessi e una valutazione delle situazioni di fatto, è d’altro canto parimenti innegabile che manchi qui l’elemento connotante la giurisdizione di merito, vale a dire l’esercizio, da parte del giudice, di poteri amministrativi in via sostitutiva (cfr. il citato art. 7, comma 6, c.p.a.): l’amministrazione, infatti, non ha il potere di decidere le sorti dei negozi giuridici privati (in questi termini, tra altri, M. LIPARI, *L’annullamento dell’aggiudicazione e gli effetti sul contratto*, cit., spec. 7 ss., ove si fa leva in tal senso anche sul principio della tassatività dei casi di giurisdizione estesa al merito; F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, cit., spec. 22 ss., secondo cui neppure potrebbe sostenersi che la asserita “discrezionalità” affidata al giudice dagli artt. 121 e 122 c.p.a. sia “simile a quella propria della p.a.”, posto che “una comparazione di interessi, capace di privare di effetti un certo contratto, sembra davvero estranea all’esperienza e alla ragion d’essere della discrezionalità amministrativa”; R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, cit., spec. 60 ss.; nonché, infine, G. TAGLIANETTI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici: ratio e profili applicativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, spec. 138; il quale sostiene che il giudice compie qui valutazioni di opportunità, “ma non per sostituirsi all’amministrazione nell’individuazione della decisione amministrativa, bensì per scegliere il tipo di tutela (in forma specifica ovvero per equivalente; inefficacia del contratto *ex tunc* ovvero *ex nunc*, ecc. ...) migliore possibile da accordare in considerazione dei rapporti giuridici coinvolti nella controversia”).

²¹⁵ Ai nostri fini non occorre entrare nel merito della dibattuta questione se la dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto a fronte del riscontro di una “grave violazione” denunciata dal ricorrente richieda o meno una domanda che tale dichiarazione implichi, come accade nel caso in cui si faccia valere la pretesa a subentrare nel contratto (nel primo senso cfr., in particolare, F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici*, cit., 20-21; nel secondo si v., ad esempio, F.G. SCOCA, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2/2011, par. 24, secondo cui “la legge stabilisce che, se è annullata l’aggiudicazione, il giudice dichiara (presente indicativo) l’inefficacia del contratto” e dunque “non c’è bisogno che vi sia una domanda, ulteriore rispetto a quella relativa all’annullamento dell’aggiudicazione [...]”).

Anche a voler ammettere che l’art. 121 consenta al giudice di pronunciare d’ufficio l’inefficacia del contratto, recando perciò una deroga al principio dispositivo (e segnatamente alla regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato), si deve in ogni caso osservare che: i) si tratterebbe pur sempre di una deroga disposta nell’interesse del ricorrente e non a tutela dell’interesse pubblico concreto (così, tra altri, E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro*, cit., 3001); ii) la norma in questione (come subito si avrà modo di ribadire nel testo) è norma eccezionale e perciò di stretta interpretazione. Per questa duplice ragione, l’art. 121 c.p.a. non potrebbe in alcun modo fungere da perno su cui costruire in via ermeneutica un potere officioso capace di alterare, in nome della miglior cura dell’interesse pubblico, l’ordine impresso ai motivi dal ricorrente.

in cui a tale esito si opponga l'accertamento "di esigenze imperative connesse a un interesse generale" di segno contrario²¹⁶.

Il secondo, relativo alle violazioni 'non gravi', rimette al giudice che ne accerti la sussistenza la decisione se lasciare o meno in piedi il contratto, tenendo conto, a tal fine, (anche) "degli interessi delle parti".

Si tratta però di disposizioni, l'una e le altre, aventi carattere eccezionale, ciò che impedisce di inferirne indicazioni di valenza generale²¹⁷: nei casi

²¹⁶ Va rilevato che, secondo taluna dottrina (cfr., in particolare, M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi: il "rito appalti" e le esigenze imperative di interesse generale*, in *Federalismi.it*, 5/2017, spec. 53-54) la nozione di "interesse generale" di cui all'art. 121, comma 2, c.p.a., non sarebbe invero identificabile con quella di "interesse pubblico" di cui è portatrice l'amministrazione appaltante (i.e. l'interesse alla realizzazione dell'opera, del servizio o della fornitura oggetto d'incanto): per individuare i motivi imperativi di interesse generale, infatti, occorrerebbe fare riferimento (atteso che la disposizione in parola recepisce l'art. 2-*quinques*, par. 3, della direttiva ricorsi) a quelli riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali rientrano, ad esempio, l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale. Conseguentemente, "soltanto l'interesse generale (non l'interesse pubblico) potrebbe in concreto essere tale da prevalere come «esigenza imperativa» sulle garanzie della concorrenza e dell'accesso al mercato" (*contra*, tra altri, M. SPAINI, *Le novità in tema di comunicazioni post-gara e il termine sospensivo per l'aggiudicazione del contratto*, in P.G. TORRANI – M. RENNA (a cura di), *Direttiva ricorsi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Le novità introdotte dal nuovo codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, ove si legge che "la norma richiede [...] un giudizio sulla rilevanza dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione mediante la procedura contestata"). Si deve però osservare, anzitutto, che la giurisprudenza tende invece a far coincidere l'"interesse generale" con quello - per vero pubblico - a veder eseguita la prestazione messa a gara (cfr., a titolo esemplificativo, Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759) e, in secondo luogo, che lo stesso legislatore (domestico) pare ragionare in questo modo, tenuto conto che il comma 8-*ter* dell'art. 120 c.p.a. (ivi introdotto dal d. lg. 18 aprile 2016, n. 50), relativo alla fase cautelare del rito in materia di appalti, riproduce la formula di cui al successivo art. 121, comma 2 - "esigenze imperative connesse a un interesse generale" - aggiungendo subito dopo "all'esecuzione del contratto" (se questa disposizione è più in generale su tali aspetti si v. le ampie riflessioni di G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale (con particolare riguardo alla riforma del 2016 dell'art. 120 del codice del processo amministrativo*, in F. FRANCARIO – M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi*, cit., 113 ss.).

²¹⁷ Sul carattere tassativo delle ipotesi di giurisdizione estesa al merito è superfluo dilungarsi (cfr., per tutti,). Quanto invece alla eccezionalità delle previsioni di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. (con conseguente ostacolo per l'interprete a prodursi in esegesi estensive e a maggior ragione analogiche), si può richiamare Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2011, n. 10 (vedila in *Foro it.*, 2011, III, 365, con nota di M. GRANIERI, *Di università imprenditoriale, società « spin-off » e finalità istituzionali dell'ente; nonché in Dir. proc. amm.*, 2011, 1351, con nota di F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*), la quale, dopo avere rilevato

diversi da quelli ivi contemplati, la regola – pacifica, perlomeno in dottrina – è che “l’interesse pubblico”, esaurita l’eventuale fase cautelare²¹⁸, “deve

che il cd. rito appalti, “per quanto progressivamente esteso ad un rilevante numero di materie, non è un rito ordinario ma un rito speciale, vale a dire un’eccezione al rito ordinario” aveva concluso che proprio “dal carattere speciale del rito [...] deriva come conseguenza immediata e diretta che le ipotesi in cui esso si applica sono tassative e di stretta interpretazione”.

²¹⁸ Che in fase cautelare il giudice debba considerare (l’incidenza della misura richiesta su) l’interesse pubblico e operare un bilanciamento tra questo e l’interesse del cittadino (a ottenere la predetta misura) è regola che da sempre costituisce diritto vivente (in proposito cfr., per tutti, A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1997, 380 ss.).

In tal senso si è tradizionalmente fatto leva sulla ‘concretezza’ della decisione interinale – più in particolare: sulla sua idoneità a compromettere (magari erroneamente, atteso il carattere giocoforza sommario del giudizio sottostante) l’esercizio della pubblica funzione –, che imporrebbe di apprezzare il *periculum* avuto riguardo alla posizione non solo del ricorrente, ma anche dell’amministrazione intimata (cd. bilateralità del *petitum*).

Va detto per la verità che l’art. 55, comma 1, c.p.a. (come già il previgente art. 21, comma 8, legge Tar, siccome novellato dalla l. n. 205/2000), laddove discorre di “pregiudizio grave e irreparabile” lo riferisce esclusivamente a chi richiede la misura (cfr. pure il comma 9 dello stesso art. 55).

Tuttavia, deve escludersi che il legislatore abbia inteso per questa via spogliare l’interesse pubblico della veste di filtro (e se del caso impedimento, anche eventualmente a cagione del *fumus*) rispetto alle ragioni di urgenza rappresentate dal ricorrente (in tal senso invece Cass., sez. un., 24 marzo 2004, n. 11750, rimasta però priva di seguito tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, ove anzi non sono mancate voci – si allude in particolare a M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 20/2009, 10, che ritiene tale pronuncia il “frutto di un evidente errore interpretativo” – fortemente critiche).

E infatti - anche a non voler aderire alla tesi (eccentrica, ancorché autorevolmente sostenuta) che scorge nel giudizio cautelare un’ipotesi ‘innominata’ di giurisdizione estesa al merito (A. ROMANO, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1987, III, 2491), e pure a voler prescindere dal diritto europeo (su cui invece insiste G. VERCILLO, *La tutela cautelare nel processo amministrativo ed il paradigma imposto dalla Corte di Giustizia nell’ottica del giudizio sul rapporto*, in *Giustamm.it*, 12/2008, valorizzando le diverse norme della cd. direttiva ricorsi che espressamente prescrivono un bilanciamento, in fase cautelare, tra interessi privati e interessi pubblici) – si deve in ogni caso rilevare che: i) la valutazione delle conseguenze della pronuncia interinale sulle altri parti in causa (e persino sui terzi) è un criterio generale, operante in tutte le esperienze processuali (civile, penale, tributaria, ecc.); ii) l’art. 55, al comma 2, prescrive al giudice di tenere in debita considerazione, ai fini della decisione sulla domanda cautelare, gli “effetti irreversibili” che potrebbero promanare dal relativo accoglimento: sebbene non si faccia espresso riferimento all’interesse pubblico, non sembrano esservi dubbi che proprio quest’ultimo debba fungere da (principale) parametro alla cui stregua valutare l’irreversibilità o meno delle implicazioni materiali della misura richiesta (per tutte queste riflessioni, cfr. M. LIPARI, *La nuova tutela cautelare degli interessi legittimi*, cit., 11 ss.).

Sei aggiunta, poi, che la Corte costituzionale, nella sentenza 1° febbraio 1982, n. 8, aveva affermato la necessità del doppio grado di giudizio, ponendo specificamente l’accento sull’incidenza dell’accoglimento dell’istanza cautelare sul pubblico interesse.

restar fuori dallo spettro delle valutazioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale”²¹⁹²²⁰.

In definitiva, non diversamente dalle ipotesi cui si è fatto cenno *supra*, nel testo, anche con riguardo alla fase cautelare la valutazione dell’interesse pubblico da parte del giudice rinviene nella legge il proprio fondamento.

²¹⁹ Queste le parole di R. VILLATA, *Ancora spigolature*, cit., 1516. Ma di “necessaria estraneità dell’interesse pubblico dallo spettro delle valutazioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale” discorre anche A. SCOGNAMIGLIO, *La valutazione degli effetti sistemici nelle decisioni dei giudici*, in F. FRANCIOSI – M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi*, cit., 262 e 272, precisando che tale conclusione è imposta “dal principio dell’esclusiva soggezione del giudice alla legge e al diritto, e dunque dal carattere neutrale della giurisdizione, sancito dall’art. 101, comma 2, Cost., nonché dal principio della domanda, che ha anch’esso un fondamento costituzionale nell’art. 24”. L’Autrice, peraltro, rileva come tali limiti costituzionali – che “riguardano il giudice amministrativo come ogni altro giudice” – impediscano di ritenere che “la giurisdizione amministrativa [sia] speciale nel senso che nel decidere valuta anche l’interesse pubblico” e, più in generale, “si oppong[ano] a questa forma di «oggettivizzazione»”. Considerazioni analoghe si rinvencono pure in L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo*, cit., 570, secondo cui “[i]l giudice, quale esso sia, deve applicare la legge, non fare mediazione tra interessi. A maggior ragione non deve perseguire l’interesse pubblico, che è l’interesse di cui è portatrice una parte. L’interesse pubblico di fronte alla legge vale quanto l’interesse privato”.

Cfr. infine L. BERTONAZZI, *Il principio della domanda*, cit., 649, ove non solo si dice che “al di fuori degli stretti limiti in cui ciò è consentito dalla legge («valutazione sostitutiva dell’interesse pubblico in sede di giudizio di ottemperanza o in sede cautelare», disposizioni che consentono al giudice di modulare le ripercussioni sull’efficacia contrattuale dell’accertamento dell’illegittimità dell’aggiudicazione)”, “non è percorribile [...] l’idea di una giurisdizione di diritto oggettivo quale sede deputata alla cura di interessi pubblici”, ma si aggiunge altresì, subito dopo, che “non milita in senso contrario la giurisprudenza CEDU sull’intima omogeneità qualitativa della funzione amministrativa e di quella giurisdizionale (accomunate dall’applicare norme a casi concreti), sia perché diretta (unidirezionalmente) a garantire un sindacato giurisdizionale sostitutivo capace di (compensare i deficit procedurali e) assicurare piena protezione ai diritti convenzionali (e giammai a renderli cedevoli a fronte di altri interessi, pubblici o privati), sia perché mai i giudici di Strasburgo hanno messo in discussione il principio della domanda, che anzi l’adeguatezza (al canone del giusto processo) della risposta al bisogno di tutela, da parte del giudice nazionale, va valutata in base alla domanda di giustizia sottopostagli, in concreto, dal ricorrente”.

²²⁰ Quanto alla giurisprudenza, deve invece registrarsi una certa resistenza ad abbandonare del tutto l’idea che “*juger l’administration c’est encore administrer*” (mutuando la nota terminologia di P.P. HENRION DE PANSEY, *De l’autorité judiciaire en France*, Paris, 1818); idea che emerge (neppure troppo) latente sia nelle Relazioni dei Presidenti del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali in occasione delle cerimonie di inaugurazione degli anni giudiziari – ove, come nota G.D. COMPORI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 754-755 è “crescente, quasi rassicurante, il richiamo [...] alla «stella polare dell’interesse pubblico»” – sia in alcune pronunce. Tra queste, si può citare, a titolo esemplificativo (e in aggiunta agli arresti che riguardano precipuamente l’ordine d’esame dei motivi, richiamati alla precedente nota __), Cons. Stato, ord. 18 gennaio 2011, n. 351, la quale, in tema di ricorsi escludenti incrociati (la letteratura in argomento è sterminata; qui, pertanto, ci si limita a rinviare al recentissimo L. BERTONAZZI, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, ove ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza), prende posizione a favore del carattere paralizzante del ricorso incidentale perché, a opinare diversamente, si finirebbe per sacrificare, sull’altare di un “interesse a dir poco ipotetico” (quello del ricorrente principale

Tanto basterebbe a destituire di adeguato fondamento teorico un potere officioso 'capace' di alterare, proprio in nome (della miglior cura) dell'interesse pubblico, l'ordine impresso ai motivi dal ricorrente²²¹.

a ri-giocarsi le proprie *chances* di aggiudicazione in una nuova gara), "l'interesse pubblico", invece "indubbio e attuale, all'esecuzione dell'opera": interesse, quest'ultimo, che dovrebbe necessariamente prevalere, sia perché "l'esecuzione [dell'opera] in tempi ragionevoli" è asseritamente "auspicata e pretesa in tutti i modi dal legislatore", sia perché altrimenti si rischierebbe la "perdita di finanziamenti comunitari".

Nello stesso solco si inserisce pure la già rammentata Cons. Stato, n. 2755/2011, che, riscontrata l'illegittimità del calendario faunistico-venatorio impugnato, 'rinuncia' ad annullarlo (per tener fermo il solo effetto conformativo dell'accertamento) assumendo che la relativa caducazione (oltre a non corrispondere, *in thesi*, all'interesse dedotto in giudizio dal ricorrente) avrebbe condotto al risultato "gravissimo e paradossale" di privare il territorio di ogni regolamentazione, così compromettendo (letteralmente: "ritorce[ndosi] a carico del") l'interesse pubblico alla tutela della fauna per tutto l'arco temporale necessario all'approvazione di un nuovo piano.

Ancora, andando (parecchio) più indietro nel tempo, l'esempio forse più celebre di questa censurabile abitudine pretoria a farsi carico dell'interesse di cui è portatrice l'amministrazione intimata è offerto da Cons. Stato, ad. plen., 8 gennaio 1966, n. 1 (vedila in *Foro amm.*, 1967, II, 28, con nota fortemente critica di C. CATELANI, *In tema di interesse pubblico e di interesse privato nella giurisdizione amministrativa di legittimità*) nella quale (la valutazione di) quell'interesse diviene dirimente non già ai fini della decisione sulla fondatezza o meno del ricorso, ma, più a monte ancora, ai fini della decisione circa la sua stessa ammissibilità: ivi, in particolare, si afferma che il ricorso andrebbe rigettato in rito ogniqualvolta all'interesse privato all'annullamento non corrisponda la possibilità di soddisfacimento del pubblico interesse.

Concludendo, si devono sottoscrivere le parole di M. SPASIANO, *L'assorbimento dei motivi nell'evoluzione del processo amministrativo*, in F. FRANCIOSI - M.A. SANDULLI, *Omessa pronuncia*, cit., 147, secondo cui questa "perdurante [...] tentazione del giudice amministrativo" a farsi amministratore, o perlomeno "a non tralasciare del tutto la circostanza che il processo amministrativo si occupa comunque dell'esercizio di funzioni nel pubblico interesse", si può accettare unicamente laddove trovi sfogo entro i rigidi "limiti segnati dall'ordinamento".

²²¹ Significative appaiono al riguardo le pagine di L. BERTONAZZI, *Il principio della domanda*, cit., 656-657, laddove si afferma che, come nel processo civile, anche nel processo amministrativo sono ammissibili deroghe ai poteri dispositivi di parte, ma, in primo luogo, deve trattarsi "di deroghe tassativamente previste dalla legge" e, in secondo luogo, non può trattarsi di deroghe giustificate dal semplice "coinvolgimento di interessi pubblici, come [invece] talvolta accade nel processo civile": "così ragionando", infatti, "un processo avente ad oggetto provvedimenti espressivi di poteri amministrativi finalizzati alla cura d'interessi pubblici dovrebbe essere [sempre] affrancato, come regola generale, dal principio della domanda". Considerazioni simili si leggono anche in D. TURRONI, *Justice delayed is (not) justice denied*, cit., 194, nota 25, secondo cui nel processo amministrativo, a differenza che nel processo civile, l'interesse pubblico, in quanto "immanente, [...] non giustifica alcuna deroga" al principio dispositivo.

Non meno significative risultano inoltre le parole di G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d'ufficio del Giudice*, cit., 62, secondo cui l'idea che il principio dispositivo (riguardato dall'Autrice nella sua duplice accezione, sostanziale e formale) possa venire piegato in nome dell'interesse pubblico sostanziale coinvolto nella controversia va respinta con forza perché, a tacer d'altro, il giudice non è "per struttura organizzativa - reclutamento, composizione, *habitus* e concreti strumenti operativi - in grado di definire autonomamente quale sia

Si deve però aggiungere come a ciò ostino pure ragioni ulteriori, di carattere pratico²²².

Per coglierle occorre considerare le ipotesi, alquanto frequenti, in cui l'esercizio del potere amministrativo sia regolato (anche) da norme poste a presidio di interessi pubblici diversi da quello alla cui realizzazione il potere tende: a fronte di un ricorso che lamenti la violazione di tali norme (o anche solo di una tra queste), se il giudice fosse chiamato a scandire la trattazione della causa in funzione (della tutela) dell'interesse pubblico, l'individuazione del motivo da scrutinare per primo risulterebbe tutt'affatto agevole (e potenzialmente arbitraria), perché gli interessi che l'amministrazione 'riversa' nel processo sono molteplici (e comunque non meno di due)²²³.

Un esempio aiuta a rendere più chiaro il punto: si pensi all'impugnazione degli esiti di una gara per l'affidamento di un contratto di lavori con cui il ricorrente, secondo in graduatoria, deduca i seguenti vizi: *i. illegittima composizione della commissione giudicatrice, versando uno dei suoi*

l'interesse pubblico concreto, curandolo e realizzandolo a dispetto della stessa p.a., e dunque: senza, se non contro di essa".

Si veda infine V. DOMENICHELLI, *La trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa: una conquista irrinunciabile del processo amministrativo*, in F. FRANCIOSI - M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi*, cit., 331, ove si dice che "il primo elemento su cui dobbiamo riflettere quando parliamo di giurisdizione soggettiva" è quello di "evita[re] di cadere nella tentazione di affidare al giudice un ruolo che è dell'amministrazione [...] nella gestione del caso concreto".

²²² Si è consapevoli che addurre inconvenienti non vale (di per sé) a dimostrare l'insostenibilità di una certa tesi, ma il discorso cambia quando gli stessi - come accade nella specie (cfr. poco più avanti, nel testo) - trasmodano in dubbi di legittimità costituzionale.

²²³ È da segnalare che, quando l'amministrazione porta davanti al banco del giudice - in virtù delle norme che nel ricorso si assumono violate - interessi pubblici ulteriori rispetto a quello alla cui cura volge il potere sindacato, un problema analogo a quello che si sta affrontando nel testo (potenziale arbitrarietà della 'scelta' giudiziale) si pone anche in fase cautelare, ove il giudice è tenuto - *ex art. 55, comma 2, c.p.a.* - a valutare gli effetti irreversibili che la misura interinale richiesta potrebbe dispiegare in relazione a tutti gli interessi di segno opposto rispetto a quello che fa capo al ricorrente. In proposito si v. in particolare G. SEVERINI, *Tutela cautelare e interesse generale*, cit., 119, ove il rilievo per cui "[l]o scenario mostra un ampliamento del novero degli interessi pubblici coinvolti e toccati [nell'ambito di uno stesso procedimento]: un'espansione in progressione che va a riguardare il loro perimetro come i modi e i limiti del loro rapporto reciproco e della loro valutazione". Il che "per il certo, [...] è non poca ragione dell'incertezza e dell'imprevedibilità che spesso caratterizza la pratica cautelare".

membri in posizione di conflitto di interessi; *ii.* incongruità – rispetto alle tabelle ministeriali di cui all’art. 23, comma 16, d. lg. n. 50/2016 – dei costi della manodopera indicati dall’aggiudicatario nella propria offerta economica; *iii.* omessa indicazione, da parte dell’aggiudicatario, dei cd. oneri di sicurezza.

Qui, il giudice, per stabilire da quale motivo principiare il proprio sindacato (nell’ottica del perseguimento dell’interesse pubblico concreto), si troverebbe di fatto a dover istituire una gerarchia tra i diversi interessi di cui l’amministrazione risulta nella specie affidataria (vale a dire, oltre all’interesse alla realizzazione dell’opera, l’interesse al corretto spiegamento della dinamica concorrenziale, sotteso al motivo *sub i.*, l’interesse a un’equa retribuzione, sotteso al motivo *sub iii.*, e l’interesse alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro, sotteso al motivo *sub ii.*).

Qualunque ‘scelta’ sarebbe con ogni evidenza opinabile (tanto più che, nel caso testé tratteggiato, ciascuno degli interessi coinvolti trova presidio in disposizioni di rango costituzionale²²⁴), con conseguente rischio che vicende identiche o comunque analoghe possano venire decise in modo difforme.

Ma allora, consentire al giudice di determinare autonomamente l’ordine d’esame dell’impugnativa in funzione della miglior cura dell’interesse pubblico è strada non percorribile: una simile soluzione, infatti, urterebbe due volte con il principio di legalità processuale *ex art. 101, comma 1, Cost.*, che non solo esige – come già si è visto – la predeterminazione *ex lege* dei

²²⁴ Il riferimento è all’art. 97 Cost. per l’interesse all’esecuzione del contratto, all’art. 41 Cost. per l’interesse al corretto svolgimento della dinamica concorrenziale, all’art. 36 Cost. per l’interesse a un’equa retribuzione e agli artt. 1, 2, 4, 32, 35 e 41 per l’interesse alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro (così Cons. Stato, ad. plen., 20 marzo 2015, n. 3, punto 2.8.).

poteri d'ufficio²²⁵, ma richiede altresì la (almeno relativa) prevedibilità delle decisioni giudiziali²²⁶.

6. Le conseguenze della graduazione dei motivi: obbligo per il giudice di attenersi all'ordine di esame con essa segnato e di assorbire il motivo subordinato in caso di fondatezza di quello principale.

A fronte delle riflessioni svolte nei precedenti paragrafi, si può concludere che, nel processo amministrativo (di impugnazione)²²⁷ deve senz'altro ammettersi la vincolatività della graduazione delle censure espressa dal ricorrente.

A questo punto necessita analizzare un po' più nel dettaglio le conseguenze (per vero già largamente anticipate) che discendono (*sub specie* appunto di vincoli giudiziali) dalla strutturazione condizionale dei motivi. Si tratta del duplice obbligo per il giudice:

- i) di esaminare i motivi nell'ordine in cui essi risultino articolati nel ricorso e
- ii) di arrestarsi (assorbendo il/i motivo/i subordinato/i) quando quello dedotta in via principale (o taluno tra questi, ove siano plurimi) si riveli fondato.

Quanto al vincolo *sub i*), ferma l'impossibilità per il giudice di disattendere la tassonomia data alle doglianze dal ricorrente, occorre vedere se un potere di incidere su di essa sussista o meno in capo alle parti intime.

²²⁵ Cfr., sul punto, le già richiamate pagine di L. LANFRANCHI, *Giusto processo*, cit., 20 ss.; M. RAMAJOLI, *Giusto processo*, cit., 109 ss e M. MACCHIA - M. NUNZIATA, *La sanatoria della notifica nulla*, cit., 553.

²²⁶ Sulla contrarietà al giusto processo di cui all'art. 101 Cost., di regole che conducano (*rectius*: possano condurre) a decisioni imprevedibili cfr., per tutti, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, spec. 117 ss..

²²⁷ Quanto al giudizio "di spettanza" cfr. *infra*, al par. 8 del presente Capitolo.

A tale riguardo, non poca dottrina si è risolta nel senso che il ricorso incidentale consentirebbe (quantomeno²²⁸) al controinteressato di rendere incondizionata la censura che il ricorrente (principale) abbia avanzato in via sussidiaria²²⁹.

La tesi (che ha fatto capolino pure in qualche arresto pretorio²³⁰) merita convinta adesione, purché però la si intenda nei termini di seguito chiariti. Che il controinteressato – deducendo in via incidentale (da sola o comunque con priorità) la medesima censura che nel gravame introduttivo sia prospettata in subordine – possa in concreto porre nel nulla il legame condizionale impresso ai motivi dal ricorrente principale è senz'altro condivisibile²³¹.

Non pare invece accettabile – come viceversa taluno ha affermato – che il ricorso incidentale possa valere a veicolare la semplice richiesta di esaminare il (merito del) ricorso principale secondo una scansione diversa da quella in esso articolata²³².

²²⁸ Come poco più avanti si avrà modo di vedere, taluna dottrina riconosce identico potere anche all'amministrazione resistente.

²²⁹ In questo senso, pur con le diverse sfumature di cui subito oltre si darà conto, A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame*, cit., 822 ss.; P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 55-56; D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi*, cit., 1195, L. PERFETTI – G. TROPEA, "Heart of darkness", cit., 290 ss..

²³⁰ Il riferimento è a Tar Piemonte, sez. I, 10 marzo 2011, n. 248.

²³¹ Così, se si è inteso correttamente, D. VAIANO, *op. ult. loc. cit.*, 1195, laddove afferma che le parti private resistenti potrebbero introdurre a propria volta in giudizio, "con apposito ricorso incidentale [...] la censura mossa in via subordinata dal ricorrente, [...] evitando così che la sentenza produca i temuti effetti conformativi". Analogamente anche M. TRIMARCHI, *Principio della domanda*, cit., 1125, nota 46, secondo cui al controinteressato è dato introdurre in giudizio con ricorso incidentale "la censura mossa in via subordinata dal ricorrente, ottenendo così che il giudice, pur avendo accolto il motivo condizionante dedotto dal ricorrente principale, sia poi obbligato a pronunciarsi anche su di essa".

Nello stesso senso, con riguardo al processo civile, si vedano L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, cit., 218, il quale osserva che la tassonomia delle domande articolata dall'attore viene meno a fronte "della deduzione di eccezioni in senso proprio che, in quanto «semplificanti», modificano l'ordine di esame" e C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit. 443.

²³² Così A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame*, cit., 823, ove si dice che il ricorso incidentale andrebbe inteso come "semplice formalità di introduzione in giudizio di ogni tipo di domanda difensiva". Analogamente parrebbe ragionare P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 56, il quale afferma che tra le richieste che i controinteressati possono formulare con ricorso incidentale "ben può esservi anche quella volta a rendere incondizionata la domanda proposta dal ricorrente in via condizionata (subordinata)".

Verò è che l'art. 42, comma 1, c.p.a., letteralmente, configura il ricorso incidentale come veste formale per tutte le "domande il cui interesse sorg[a] in dipendenza della domanda proposta in via principale", ma - in disparte in rilievo che la pretesa di modificare la graduazione formulata dal ricorrente principale non sembra certo potersi qualificare come domanda in senso tecnico²³³ - non può omettersi di rilevare come, così opinando, si finisca per snaturare l'istituto in parola, deviandolo dalla funzione sua propria che - come emerge chiaramente dal richiamo, contenuto nello stesso art. 42 c.p.a. (comma 2) all'art. 40 - (era e) rimane l'impugnazione di un atto amministrativo²³⁴.

Parimenti da escludere, per analoghe ragioni, è l'idea - pure autorevolmente sostenuta - secondo cui la facoltà di incidere con ricorso incidentale (sovvertendola) sulla tassonomia delle censure articolata dal ricorrente (principale) andrebbe riconosciuta anche all'autorità resistente²³⁵.

In proposito deve osservarsi come il citato art. 42, comma 1, c.p.a. - per quanto in effetti contempra, tra i soggetti legittimati a proporre ricorso incidentale, anche la pubblica amministrazione - sia stato fin qui

Adesivamente anche L. PERFETTI - G. TROPEA, "Heart of darkness", cit., 291; nonché, in giurisprudenza, Tar Piemonte, n. 248/2011 cit..

²³³ Così che, anche a voler accedere a quelle tesi che attribuiscono al ricorso incidentale valore di domanda riconvenzionale (cfr. E. CANNADA BARTOLI, *La difesa del controinteressato e la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, Milano, 1967, 196-197; F. LA VALLE, *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 554-555; S. BACCARINI, *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo tra tradizione ed innovazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 633-636; F. LUBRANO, *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 772; A. DI GIOVANNI, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004, *passim*), riuscirebbe difficile ricomprendere tra i possibili oggetti di quella domanda la semplice richiesta al giudice di esaminare il ricorso principale secondo un ordine diverso da quello ivi prospettato.

²³⁴ Cfr., per tutti, C. BENETAZZO, *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, 2016, spec. 91 ss..

²³⁵ In questo senso A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 823, ma già in ID, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 581 ss., spec. 607. Analogamente, cfr. L. PERFETTI - G. TROPEA, *op. ult. loc. cit.*. *Contra*, condivisibilmente, P. CERBO, *L'ordine di esame*, cit., 74.

interpretato²³⁶ (perlomeno in giurisprudenza) nel senso che all'autorità resistente è consentito servirsi di tale strumento unicamente allo scopo di aggredire un altrui provvedimento invocato dal ricorrente principale come parametro di legittimità (asseritamente violato dall'atto oggetto d'impugnativa)²³⁷.

Il riconoscimento al ricorrente (principale) della possibilità di cumulare condizionalmente le censure (in modo vincolante per il giudice) non sembra ragione sufficiente per discostarsi dalla lettura da ultimo riferita²³⁸, tanto più che l'amministrazione può comunque sottrarsi alle conseguenze pregiudizievoli (per la legalità o per l'interesse pubblico concreto²³⁹) in potenza derivanti dalla graduazione avvalendosi – a valle del processo – dell'autotutela²⁴⁰

²³⁶ E ciò sempre in ragione del rinvio all'art. 40 c.p.a. contenuto nel comma 2 dell'art. 42.

²³⁷ In senso contrario, in dottrina, si vedano (oltre agli Autori richiamati alla nota precedente) G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, nonché, più di recente, G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479 ss., ove, nell'ambito di una ricostruzione volta a valorizzare i caratteri del processo amministrativo odierno in linea con una giurisdizione sulla "spettanza", nell'ottica di una configurazione "finale" dell'interesse legittimo, si ritiene che la controversia possa essere sempre ricondotta al conflitto sostanziale grazie (anche) al ricorso incidentale dell'amministrazione resistente.

²³⁸ Del resto, anche a voler concedere, per un momento, che il ricorso incidentale si presti a tale scopo (e dunque a veicolare la richiesta di alterare l'ordine impresso ai motivi con il gravame principale), l'autorità resistente si troverebbe comunque nell'impossibilità di evitare le descritte conseguenze distorsive per la legalità o per l'interesse pubblico le volte in cui il ricorrente principale, anziché dedurre il motivo più soddisfacente per l'interesse pubblico in via sussidiaria, si risolvesse nel senso di non prospettarlo affatto.

La circostanza che, in consimili evenienze, l'amministrazione non abbia strumenti processuali di 'reazione' dimostra, ad avviso di chi scrive, come le remore della dottrina a lasciarla 'disarmata' a fronte della graduazione (perlomeno nei casi di giudizio "di spettanza") siano invero immotivate (o comunque eccessive). Per queste osservazioni, cfr. E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro*, cit., 3001; nonché M. TRIMARCHI, *Principio della domanda*, cit., 1128.

²³⁹ Si allude all'eventualità che il ricorrente – deducendo con priorità un motivo per sé (*rectius*, per l'interesse che deduce in giudizio) più soddisfacente e, soltanto in subordine, un motivo afferente a un vizio che infici in radice il procedimento – consegua (s'intende: in caso di fondatezza della censura principale) un risultato favorevole ancorché il procedimento (di cui quel risultato rappresenta l'epilogo) sia integralmente illegittimo.

²⁴⁰ Valorizzano l'autotutela quale strumento nella disponibilità dell'amministrazione per scongiurare i potenziali effetti "perversi" della graduazione A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame*, cit., 822 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d'ufficio del Giudice*, cit., 62; P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 53 ss.; D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi*, cit.,

Venendo poi all'obbligo per il giudice di assorbire i motivi che nel ricorso siano stati prospettati in subordine rispetto a quello accolto, è piuttosto diffusa - tanto in dottrina quanto in giurisprudenza - l'idea che la graduazione impedisca al giudice di passare all'esame dei vizi-motivi subordinati perché tale volizione equivale ad una dichiarazione di carenza di interesse alla loro coltivazione una volta accolta una o più delle preminenti doglianze²⁴¹.

La tesi non convince: in disparte il rilievo che, a volerla prendere sul serio, le censure sussidiarie rispetto a quella positivamente apprezzata dal giudice dovrebbero (coerentemente e necessariamente) considerarsi non semplicemente assorbite, ma dichiarate improcedibili (per sopravvenuta carenza di interesse) - con evidenti ricadute (non certo di poco momento) sul terreno delle impugnazioni²⁴² - si deve in ogni caso osservare come, a

1195, L. PERFETTI - G. TROPEA, "Heart of darkness", cit., 290 ss.. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, n. 4592/2012, cit., ove si dice che l'accoglimento della censura principale riguardante la mancata esclusione dell'originario vincitore della gara (con conseguente assorbimento del motivo subordinato riguardante l'illegittimità dell'intera procedura) non pregiudica in modo irreversibile l'interesse pubblico, giacché "nulla vieta [all'amministrazione aggiudicatrice] di provvedere in autotutela all'annullamento integrale della procedura che ritenga effettivamente viziata".

²⁴¹ Così Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015 cit, sub 8.1. Analogamente, nella giurisprudenza precedente, cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, 1662; nonché Cons. giust. amm., 7 marzo 2014, n. 98.

In dottrina, aderisce a tale ricostruzione D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi*, cit., 1181-1182. Richiama altresì la nozione di interesse, in modo però - almeno apparentemente - del tutto generico e dunque meno impegnato sotto il profilo dommatico, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 778, ove il rilievo per cui il ricorrente, graduando i motivi "dichiar[a] l'interesse all'accoglimento di alcuni di essi solo in via subordinata, per l'ipotesi in cui altri non vengano accolti". Nello stesso senso, cfr. altresì G. URSI, *Ricorso giurisdizionale amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 5261, il quale osserva che la graduazione dei motivi è operata dal ricorrente "in ragione di un interesse all'accoglimento in via principale di alcune doglianze rispetto ad altre, le quali vengono, pertanto, sollevate solo in via subordinata".

²⁴² È noto che, in base dell'art. 101, comma 2, c.p.a. (che ricalca quanto disposto dall'art. 346 c.p.c.), al ricorrente vittorioso in primo grado è sufficiente una memoria onde far "rivivere" in appello le censure che il Tar abbia assorbito (in specie: perché dedotte in via sussidiaria rispetto a quella accolta). A voler accedere alla ricostruzione della Plenaria, invece, diverrebbe necessaria a tal fine l'impugnazione incidentale della decisione nella parte in cui questa abbia dichiarato improcedibili (per sopravvenuta carenza di interesse) le doglianze subordinate.

Vero è che, se si ritiene che la domanda di annullamento sia unica quanti e quali siano i motivi dedotti, si potrebbe provare a sostenere che l'appello proposto

opinare in tal senso, si finisca per soggettivizzare (nei termini che subito si chiariranno) una nozione (quella di interesse al ricorso) la quale invece – perlomeno per come la si è tradizionalmente concepita – ha tratti sicuramente oggettivi²⁴³.

Sul punto è bene debitamente intendersi: che il ricorrente annetta minore importanza (o, appunto, minore interesse) ai motivi dedotti in via subordinata (importanza peraltro destinata in effetti a svanire del tutto a fronte della pronuncia favorevole sul motivo principale) è innegabile²⁴⁴; nondimeno, ciò che qui si vuole dimostrare è che quell'importanza nulla ha a che fare con l'interesse al ricorso tecnicamente inteso²⁴⁵, la cui sussistenza viene – e deve essere – valutata avendo riguardo (oltreché all'attualità e alla concretezza della lesione cui si chiede di porre giudizialmente rimedio) all'utilità che – a prescindere da personali

dall'amministrazione soccombente (o dall'eventuale controinteressato) avverso la sentenza resa dal giudice di prime cure (*rectius*: il relativo effetto devolutivo) “coinvolga” anche le doglianze ivi non esaminate, con il che l'originario ricorrente (vittorioso avanti al Tar) potrebbe in ogni caso giovare della previsione di cui al richiamato art. 101, comma 2, c.p.a..

Una simile idea, però, urta contro la tesi prevalente in dottrina e giurisprudenza, secondo cui il capo di sentenza (in relazione al quale deve apprezzarsi l'effetto devolutivo dell'impugnazione) ha portata più ristretta rispetto al capo di domanda, venendo a coincidere con ogni questione risolta dalla pronuncia gravata. Di qui, l'impossibilità di far operare l'art. 101, comma 2, c.p.a. ove si aderisca alla ricostruzione (in termini di sopravvenuta carenza di interesse in relazione alle censure avanzate sussidiariamente) operata dalla Plenaria.

²⁴³ È proprio all'accennata soggettivizzazione dell'interesse processuale che sembra fare riferimento C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 446, laddove afferma che tale nozione (quella di interesse processuale), “pur se notoriamente non poco disputata”, non pare tuttavia “a tal punto volgarizzabile ed annacquabile” da poter venir impiegata (*sub specie* di sua sopravvenuta carenza) onde spiegare l'obbligo del giudice di arrestarsi una volta che, a fronte di due domande abbinate in forma condizionale, accerti la fondatezza di quella principale. L'Autore infatti si premura poi di precisare che, per quanto la graduazione delle domande rifletta senz'altro il diverso valore (o, appunto, interesse) che il ricorrente nutre nei riguardi dei vari diritti cumulativamente dedotti in giudizio, quel valore (o interesse) è altro rispetto all'interesse ad agire tecnicamente inteso.

²⁴⁴ Del resto, si è avuta già occasione di dire più di una volta che l'abbinamento delle censure (così come delle domande) in forma graduata, piuttosto che *sic et simpliciter* concorrente, è diretto a far sì che il corso del processo risponda (o, se si preferisce, aderisca) al diverso valore che il ricorrente attribuisce all'accoglimento di ciascuna di esse.

²⁴⁵ In tema, cfr., per tutti, R. VILATA, *Interesse ad agire, II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVII, 1989, 4 ss..

valutazioni di convenienza o strategia processuale – discenderebbe sul piano sostanziale dall'accoglimento di ciascuna censura²⁴⁶.

Vero è che, talora, il positivo riscontro del vizio denunciato con priorità determina il venir meno (non solo dell'interesse soggettivo del ricorrente a veder scrutinati gli ulteriori profili di illegittimità lamentati, ma anche) dell'interesse (oggettivo) a supporto delle censure subordinate: è il caso, a titolo esemplificativo, dell'impugnazione degli esiti di una procedura concorsuale affidata in via principale a un motivo cd. escludente (il quale, se fondato, assicurerebbe al ricorrente il subentro nell'aggiudicazione) e in via sussidiaria a un motivo che, ove accolto, condurrebbe invece al travolgimento (e così, al più, alla riedizione daccapo) della gara.

In consimili evenienze, in effetti, la pronuncia favorevole sulla prima doglianza fa sì che nessun vantaggio ulteriore possa prospettarsi per il ricorrente, risultando così superfluo (in termini soggettivi così come oggettivi) l'esame della seconda²⁴⁷.

²⁴⁶ Sull'estraneità della nozione di interesse ad agire propriamente intesa (*ex art. 100 c.p.a.*) rispetto al funzionamento del cumulo condizionale di domande nel processo civile (sulla scorta di argomentazioni senz'altro estensibili alla graduazione dei motivi di ricorso nel processo amministrativo) cfr. L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, 129 ss., ove il rilievo per cui tale nozione mira unicamente a determinare l'ammissibilità (o procedibilità) di ciascuna azione sulla base del rapporto di "utilità" fra provvedimento richiesto e situazione tutelanda. In senso analogo, come già si è avuto modo di accennare, anche C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 444 ss., secondo il quale il riferimento all'interesse processuale può condividersi soltanto se con esso si intende "denotare il fondamento eminentemente dispositivo dell'istituto [del cumulo condizionale di domande], univocamente volto a realizzare un meccanismo [...] aderente e funzionale all'articolazione e graduazione di interessi, appunto, che l'attore ha ravvisato di nutrire nei riguardi dei vari diritti cumulativamente dedotti in giudizio. L'interesse in questione appare insomma – piuttosto che quello che tradizionalmente si vorrebbe originato dallo stato di lesione del diritto azionato rimediabile solo mercé l'intervento giurisdizionale – un interesse del tutto esterno alle singole domande in sé prese, le quali vengono a tale riguardo considerate piuttosto in un'ottica, per così dire, «relazionale» o d'insieme, ossia in vista della loro coordinata utilità per la realizzazione di dati obbiettivi, per l'attore di valore (*i.e.* interesse, appunto) diseguale e tuttavia, in qualche modo, almeno praticamente raffrontabile e graduabile.

²⁴⁷ È appena il caso di precisare che identiche conclusioni valgono anche nell'ipotesi speculare a quella considerata, ossia quando a venire dedotto con priorità sia non il vizio escludente, ma quello che inficia *ab imis* la gara (nulla vieta, infatti, un simile scenario, ben potendo il ricorrente – magari perché dubita della sostenibilità della propria offerta, o ancora perché consapevole di avere *medio tempore* 'perduto' un requisito di partecipazione – preferire la riedizione della procedura). A parere di chi scrive, l'accoglimento di detta

Lo stesso non può dirsi, però, in altre fattispecie. Si pensi, per cogliere il punto, alla seguente ipotesi: a fronte di un diniego di permesso di costruire viziato sia per violazione del (pertinente) piano regolatore generale, sia per contrarietà al (pertinente) regolamento edilizio, il soggetto che se lo sia visto opporre, nell'insorgere giudizialmente avverso lo stesso, decide – dubitando della legittimità *in parte qua* (*sub specie* di conformità alle norme di rango primario) dello stesso regolamento edilizio²⁴⁸ – di far valere il secondo vizio (ossia appunto la violazione di detto regolamento) soltanto in via subordinata. Ebbene, qui l'accoglimento del motivo principale (pur “esaurendo” l'interesse soggettivo del ricorrente, ché altrimenti non avrebbe graduato i motivi) non determina affatto la (sopravvenuta) carenza di interesse (oggettivo e “tecnico”) a coltivare la censura sussidiaria, posto che l'eventuale fondatezza di quest'ultima varrebbe a ulteriormente veicolare (e vincolare) il successivo dispiegarsi della funzione amministrativa (accordando perciò al ricorrente vittorioso una maggiore utilità)²⁴⁹.

censura varrebbe a far venir meno (anche) l'interesse oggettivo (ossia l'interesse processuale propriamente inteso) a coltivare quella “escludente”: dovendo la procedura ripetersi (in ragione dell'effetto conformativo della pronuncia favorevole sul motivo principale), nessuna utilità deriverebbe al ricorrente dal vedere accertato anche il vizio dedotto in via subordinata (che anzi, un simile accertamento rischierebbe semmai di “fare l'interesse” del controinteressato: si ipotizzi che la doglianza escludente riguardi la carenza del requisito del fatturato in capo all'originario aggiudicatario; ebbene, nella nuova gara costui – appreso di non essere in grado di integrare da solo il requisito economico di partecipazione – potrebbe a quel punto ricorrere all'avvalimento, ottenendo di nuovo – e questa volta legittimamente – la vittoria). Sembrano però ragionare diversamente L. PERFETTI – G. TROPEA, “Heart of darkness”: *l'Adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, cit., 262 ss..

²⁴⁸ Indugiare sul tema sarebbe evidentemente un fuor d'opera, talché ci si limita qui a rilevare che, in ordine alla natura giuridica del regolamento edilizio, la giurisprudenza, sin da tempo risalente (tra le tante, per una completa ricostruzione, si veda Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2003, n. 8280) è stata concorde nell'affermare esso, esprimendo l'autonomia normativa riconosciuta ai comuni dall'ordinamento, ha natura giuridica di fonte normativa secondaria (cfr. Cass., 16 novembre 1983, n. 6817); come tale, esso è subordinato al criterio ermeneutico della coerenza con le fonti primarie (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 1981, n. 363).

²⁴⁹ Più in generale, osserva correttamente P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 57, che, venendo il vincolo per il futuro comportamento della pubblica amministrazione a coincidere con i soli vizi accertati, “non si può ritenere che l'interesse [processuale] alla decisione del motivo subordinato venga sempre meno in ragione dell'accoglimento del motivo principale”.

Del resto, anche a voler risalire dal terreno pratico e concreto degli esempi a quello teorico e generale, una conferma di quanto si va dicendo (*i.e.* dell'irrelevanza delle valutazioni soggettive sottese alla scelta di cumulare le doglianze in forma condizionale rispetto all'interesse al ricorso propriamente inteso²⁵⁰) si trae dal rilievo che il ragionamento qui contestato, se portato alle estreme conseguenze, condurrebbe a ritenere che al ricorrente sia sufficiente "articolare una qualche graduazione dei motivi per sottrarsi a ogni scrutinio sulla sussistenza [...] dell'interesse [oggettivo] alla pronuncia"²⁵¹: il giudice, infatti, dovrebbe esaminare (e decidere) la censura principale (cui il ricorrente, deducendola con priorità, ha dimostrato di annettere sicuro e preminente interesse) ove anche

²⁵⁰ Si è consapevoli che quanto si va dicendo in ordine all'alterità e alla non commistione tra valutazioni (d'interesse) personali del ricorrente e interesse processuale propriamente inteso parrebbe trovare una smentita nella previsione di cui all'art. 84, comma 4, c.p.a.. Il citato articolo, dopo avere disciplinato – ai commi 1 e 3 – gli adempimenti rituali cui il ricorrente deve attenersi onde effettuare la rinuncia (la quale integra lo strumento che attribuisce rilevanza processuale al venir meno dell'interesse soggettivo in ordine) al ricorso o a taluno dei motivi cui questo è affidato, stabilisce – al comma 4 appunto – che "[a]nche in assenza delle formalità di cui ai commi precedenti il giudice può desumere dall'intervento di fatti o atti univoci dopo la proposizione del ricorso ed altresì dal comportamento delle parti argomentanti di prova *della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della causa*" (corsivi aggiunti).

La portata di tale disposizione – che recepisce un orientamento pretorio sviluppatosi nel vigore della normativa pregressa, ove era contemplata unicamente la rinuncia rituale (cfr. tra altre Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2009, n. 2501, in cui si afferma che la rinuncia, ove anche non veicolata nella forma all'uopo richiesta, "denota comunque una carenza di interesse al ricorso") – non deve tuttavia essere sopravvalutata: la stessa mira ad assicurare un (discutibile) ancoraggio dommatico a un atteggiamento (quello che permette la rinuncia irrituale) in sé comprensibile e financo giustificabile (se non sul piano strettamente giuridico, su quello della politica del diritto) in quanto ispirato da finalità deflative.

Il vero è, però, che la revoca nulla ha a che fare con l'interesse al ricorso strettamente inteso (tanto che essa ben potrebbe investire un motivo assistito da oggettivo interesse processuale, magari persino già accertato dal giudice a fronte dell'eccezione sollevata al riguardo dall'amministrazione resistente o dall'eventuale controinteressato) e la riprova si trae dal rilievo che quando questa è effettuata nel rispetto delle forme previste *ex lege*, la censura che ne forma oggetto non viene deciso in quanto (appunto) rinunciato e non in quanto (divenuto) improcedibile per carenza d'interesse. In ogni caso, a ulteriore conferma delle conclusioni che si intendono qui avvalorare si veda quanto subito oltre, nel testo.

²⁵¹ In termini P. CERBO, *op. ult. cit.*, 29, ove si osserva che, così opinando, "si configurerebbe [...] una sorta di presunzione *iuris et de jure* della sussistenza dell'interesse [processuale]".

emergesse che dal relativo accoglimento non potrebbe discendere alcuna utilità sul piano sostanziale²⁵².

Una simile conclusione appare, però, con ogni evidenza insostenibile, e del resto mai la giurisprudenza vi è giunta: il che dimostra, una volta di più, che il richiamo alla nozione di interesse onde descrivere il concreto funzionamento della graduazione dei motivi può condividersi soltanto a condizione di intendere quella nozione in senso atecnico, ossia con il significato di valore (diseguale) che il ricorrente attribuisce all'accoglimento di ciascuna delle censure condizionalmente cumulate.

Meno eversiva – ma pur sempre non condivisibile, per le ragioni che immediatamente si cercherà di illustrare – è la tesi, avanzata in talune pronunce meno recenti, secondo cui il dovere del giudice di arrestarsi una volta che, scrutinando le doglianze nell'ordine (condizionale) articolato dal ricorrente, ne riscontri una fondata, rinverrebbe il proprio fondamento in ciò, che la graduazione equivarrebbe a “una rinuncia preventiva a determinati motivi di ricorso [quelli dedotti in via sussidiaria], condizionata all'accoglimento di quelli [...] prospettati in posizione di preminenza”²⁵³.

In dottrina si è osservato che l'idea di una rinuncia così caratterizzata (ossia anticipata, sottoposta a condizione e implicita) urta irrimediabilmente con la disciplina propria di tale istituto²⁵⁴, che ne subordina gli effetti intanto al deposito in udienza o presso la segreteria di una specifica dichiarazione in tal senso (sottoscritta dalla parte o dal procuratore munito di mandato

²⁵² Cfr., ancora, P. CERBO, *op. ult. cit.*, 28.

²⁵³ In termini Cons. Stato, n. 6625/2011, cit., ma, ben prima, nello stesso senso Tar Sardegna, sez. I, 23 giugno 1989, n. 506. Si rileva in P. CERBO, *op. ult. cit.*, 28, che tale ricostruzione – cui le pronunce richiamate fanno ricorso onde poter poi affermare la cogenza della graduazione dei motivi operata dal ricorrente – si spiega in quanto all'epoca era piuttosto radicata l'idea che soltanto la rinuncia al motivo (e non invece l'ordine degli stessi) vincolasse il giudice.

²⁵⁴ L'obiezione è di P. CERBO, *op. ult. loc. cit.*, ma in senso analogo si vede altresì D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi*, cit., 1184.

speciale, cfr. il comma 1 dell'art. 84 c.p.a.)²⁵⁵, e in secondo luogo, all'accettazione della stessa (*rectius*: alla mancata opposizione) delle parti intimiate (cfr. il comma 3 del citato art. 84 c.p.a.)²⁵⁶.

Né vale obiettare che per giurisprudenza costante – la quale peraltro può oggi contare sulla previsione di cui all'art. 84, comma 4, c.p.a.²⁵⁷ – è ammessa anche la rinuncia irrituale (effettuata cioè senza rispettare le formalità testé riepilogate), giacché a tal fine si richiede pur sempre che la volontà di avvalersene risulti in qualche modo esplicitata²⁵⁸.

Più in generale, i descritti tentativi di giustificare (ric conducendolo ora dalla sopravvenuta carenza di interesse, ora all'istituto della rinuncia) l'obbligo giudiziale di non esaminare le censure dedotte in subordine rispetto a quella accolta non convincono, oltre che per i rilievi critici già formulati, anche perché – se ci si attiene la concezione di domanda di annullamento qui accreditata – essi finiscono per rivelarsi del tutto ultronei.

Il rilievo necessita di essere un poco approfondito onde divenire chiaro.

Se si ritenesse di far corrispondere a ogni motivo una (diversa) azione demolitoria, si porrebbe poi l'esigenza di chiarire cosa ne sia, una volta decisa favorevolmente la principale, della (pendenza della) subordinata.

Invero, il problema potrebbe elidersi in radice accreditandosi la tesi tradizionale secondo cui (come più sopra si è avuto modo di vedere) la graduazione delle domande varrebbe a condizionare all'esito della principale la stessa introduzione in giudizio della subordinata, la quale

²⁵⁵ A mente dell'art. 84, comma 1, c.p.a., “[l]a parte può rinunciare al ricorso in ogni stato e grado della controversia, mediante dichiarazione sottoscritta da essa stessa o dall'avvocato munito di mandato speciale e depositata presso la segreteria, o mediante dichiarazione resa in udienza e documentata nel relativo verbale”.

²⁵⁶ Dispone il comma 3 dell'art. 84 c.p.a. che “[l]a rinuncia deve essere notificata alle altre parti almeno dieci giorni prima dell'udienza. Se le parti che hanno interesse alla prosecuzione non si oppongono, il processo si estingue”.

²⁵⁷ Cfr. la precedente nota __

²⁵⁸ Si veda, tra molte, la già richiamata Cons. Stato, n. 2501/2009.

pertanto dovrebbe considerarsi come mai proposta in caso di accoglimento della prima²⁵⁹.

Non così, invece, laddove al contrario si aderisse alla tesi alternativa che vuole condizionata all'esito della principale non la pendenza, ma la sola decidibilità nel merito della pretesa avanzata in via sussidiaria²⁶⁰.

Qui, l'esigenza spiegare le sorti (della pendenza) di tale domanda (a fronte dell'accoglimento di quella dedotta con priorità) non potrebbe venire obliterata²⁶¹, talché l'idea della sopravvenuta carenza di interesse, come pure quella della rinuncia, avrebbero – al netto delle rilevate criticità – una qualche ragion d'essere.

Se però si nega che le singole censure identifichino ciascuna una diversa azione di annullamento, la cennata esigenza non viene affatto ad emersione: la pendenza della (a quel punto unica) domanda è infatti risolta dalla pronuncia che accerta la fondatezza della censura cui il ricorrente abbia annesso posizione di preminenza.

Non occorre, pertanto, riconoscere natura decisoria (*sub specie* di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse) alla dichiarazione di assorbimento della censura subordinata²⁶², né ricorrere a un fattore estintivo quale la rinuncia: per spiegare l'obbligo del giudice di arrestarsi

²⁵⁹ Cfr. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 170 ss. e ID, *Le impugnazioni*, cit., 55 ss., nota 58; nonché l'ulteriore dottrina citata *supra*, al par. 1 del presente Capitolo.

²⁶⁰ Si tratta della ricostruzione del meccanismo del cumulo condizionale operata da C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 262 ss., di cui si è dato ampiamente conto al par. 1 del presente Capitolo.

²⁶¹ È infatti in C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 442 ss., si sostiene che l'assorbimento dell'azione subordinata abbia natura decisoria, risolvendosi, in particolare, in una pronuncia di *absolutio ab instantia* (e perciò in una pronuncia definitiva di rito) che, *in thesi*, darebbe luogo "a un distinto, ma non indipendente, capo della sentenza resa sul giudizio oggettivamente cumulativo".

²⁶² Sempre C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 419 ss., rileva che ove si neghi – come nel caso delle domande cd. autodeterminate, che i fatti costitutivi del diritto azionato abbiano dignità di autonome domande, il relativo assorbimento "opera non sul piano del giudizio e del suo oggetto, ma su quello del processo argomentativo su cui il giudizio della causa si innesta, nel senso in particolare di una semplificazione del percorso che il giudice deve seguire per definire la domanda; [...] nessuna esigenza ricorre conseguentemente per una pronuncia decisoria dichiarativa dell'assorbimento, non trattandosi di un autonomo *thema decidendum* [...], ma solo di un punto di cognizione".

una volta trovato fondato il motivo principale è sufficiente rilevare che la graduazione vale a rendere superfluo – a fronte dell'accoglimento del motivo principale – l'esame del/i motivo/i subordinati, semplificando il percorso che il giudice deve seguire per definire la (unica) domanda.

7. L'ordine di esame dei motivi in assenza di una espressa graduazione da parte del ricorrente.

Già in apertura del presente lavoro si è avuto modo di vedere che, le volte in cui nel ricorso siano dedotti motivi incompatibili, il problema di definire la progressione da seguire nel relativo esame (risulta ineludibile e, pertanto) si pone ove pure il ricorrente non abbia indicato alcuna preferenza.

Alla luce delle riflessioni svolte nei precedenti paragrafi²⁶³, si può subito escludere che, in assenza di graduazione espressa, al giudice sia dato farsi carico dell'interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa o di quello pubblico sostanziale coinvolto nella vicenda.

Mancando nel dato positivo e sistematico un qualsivoglia appiglio cui ancorare poteri d'ufficio a ciò preordinati, poco cambia – a questi fini – che le censure siano state o meno strutturate in forma condizionale.

Sul punto, del resto, la dottrina è (pressoché) concorde, avendo – condivisibilmente – rilevato come “direttive «oggettivistiche» [...] senza una base di legge” non possano trovare spazio per il solo fatto che il ricorrente abbia trascurato di esplicitare un ordine preferenziale²⁶⁴.

²⁶³ Cfr. *supra*, parr. 4 e 5 del presente Capitolo

²⁶⁴ Così S. BACCARINI, *Processo amministrativo e ordine di esame*, cit., 787-788, ove si aggiunge altresì che non persuade che, in mancanza di graduazione “il processo di parti d[ebba] essere riposto in soffitta”. Similmente, pur se con termini diversi, M. TRIMARCHI, *Principio della domanda*, cit., 1126 ss.; L. PERFETTI – G. TROPEA, “Heart of darkness”, cit., 264 ss., e E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro*, cit., 2193 ss.; D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi*, cit., 1194 ss.. *Contra*, F. MANGANARO – A. MAZZA LABOCSETTA, *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva*, cit., 927, ove, a commento della sentenza n. 5/2015 dell'Adunanza plenaria, si dice che la soluzione ivi propugnata per l'ipotesi di

A non convincere, però, è l'idea - prospettata da quella stessa dottrina - secondo cui "la natura soggettiva della giurisdizione richiederebbe che venisse esaminata con priorità la censura che consente la migliore realizzazione dell'interesse del ricorrente"²⁶⁵.

Tanto per cominciare, non diversamente dall'interesse pubblico, anche l'interesse privato che fa capo a chi agisce deve rimanere estraneo alle valutazioni dal giudice, cui non spetta sindacare l'opportunità della domanda (che è affare esclusivo della parte), ma soltanto accertare che la stessa sia sorretta dall'interesse processuale²⁶⁶.

In secondo luogo, occorre rilevare che la censura astrattamente più appagante per il ricorrente ben potrebbe, in concreto, non rivelarsi tale.

Si ponga mente al solito esempio del gravame avverso gli esiti di una procedura a evidenza pubblica in cui siano dedotti un motivo escludente e a un motivo invalidante l'intera gara.

Per quanto *ex ante* il primo motivo appaia senz'altro maggiormente soddisfacente, non si può escludere (né avrebbe modo di saperlo il giudice) che il ricorrente sia invero privo - magari per averlo *medio tempore*

mancanza di graduazione, e quindi "il ripiegare del processo amministrativo verso il modello della giurisdizione di diritto oggettivo", sarebbe "perfettamente giustificabile, se mantenuto - come sembra fare l'Adunanza plenaria - nei limiti del principio dispositivo".

²⁶⁵ In termini M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 1128; ma nello stesso senso si vedano, di nuovo, L. PERFETTI - G. TROPEA, *op. ult. cit.*, 267 ss.; E. FOLLIERI, *op. ult. loc. cit.*; S. BACCARINI, *op. ult. loc. cit.*.

²⁶⁶ Per i concetti espressi e per i termini impiegati si è debitori di R. VILLATA, *Ancora spigolature*, cit., 1516, ove si afferma, "per un verso, che (la tutela del) l'interesse pubblico deve restar fuori, superata l'eventuale fase cautelare, dallo spettro delle valutazioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, e per altro verso che quello della parte è affare esclusivo della medesima, una volta positivamente accertata la sussistenza dell'interesse processuale: si finisce infatti altrimenti con il valutare l'opportunità dell'azione proposta". Considerazioni analoghe si rinvengono pure in L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo*, cit., 570; nonché in A. SCOGNAMIGLIO, *La valutazione degli effetti sistemici nelle decisioni dei giudici*, cit., 272, la quale precisa che tale conclusione è imposta "dal principio dell'esclusiva soggezione del giudice alla legge e al diritto, e dunque dal carattere neutrale della giurisdizione, sancito dall'art. 101, comma 2, Cost., nonché dal principio della domanda, che ha anch'esso un fondamento costituzionale nell'art. 24". Si v., infine, P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 63, ove - richiamandosi M. NIGRO, *Processo amministrativo*, cit., 20 - si che al giudice è inibito "effettuare un giudizio prognostico rispetto a quanto accadrà dopo la sua decisione, se non a costo di far dipendere l'esito della lite da considerazioni puramente soggettive".

'perduto'²⁶⁷ - di un requisito di partecipazione: se così fosse, l'accoglimento di quel motivo (con contestuale assorbimento dell'altro) si rivelerebbe *ex post* deleterio per l'istante (pure vittorioso) ch , a valle del giudizio, non solo andrebbe incontro a un'inevitabile estromissione²⁶⁸, ma vedrebbe altres  sfumare - almeno in presenza di un terzo concorrente - la possibilit  di rigiocarsi le proprie *chances* in una nuova gara.

Ma, come   stato correttamente osservato, "[l]e fattispecie che si possono porre sono in realt  le pi  varie e in molte di esse risulta pressoch  impossibile stabilire - fra l'altro *a priori* rispetto allo sviluppo dell'attivit  amministrativa successiva alla sentenza- quale sia l'ordine di esame pi  vantaggioso per la cura degli interessi del ricorrente"²⁶⁹.

In altre parole, il giudice, allorch  conosce della validit  del provvedimento, non   in grado di stabilire con certezza - in considerazione dello spazio di amministrazione attiva (e in ogni caso di autotutela) che comunque residua a valle del processo - quanto accadr  dopo la decisione, ch  ci  si chiarir  al di fuori di ogni sua attivit ²⁷⁰: conseguentemente, ogni valutazione prognostica in ordine all'utilit  che il ricorrente potrebbe in

²⁶⁷   noto come i requisiti partecipativi debbano essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del bando, ma anche alla data dell'aggiudicazione. In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 22 novembre 2012, n. 6487.

²⁶⁸ Che a valle del giudizio la stazione appaltante debba procedere al vaglio della sussistenza dei requisiti partecipativi in capo al ricorrente vittorioso   pacifico. Cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. IV, 16 dicembre 2011, n. 6625, che, nell'accogliere il ricorso sulla base di un motivo escludente, si premura di precisare che rimangono pur sempre "ferme [...] le verifiche d'obbligo della stazione appaltante prodromiche alla sottoscrizione del contratto" con l'aggiudicatario subentrante.

²⁶⁹ Cos  P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 58-59, il quale coerentemente (e condivisibilmente) conclude che, anche in assenza di graduazione espressa, "risulta difficile riconoscere al giudice un potere di farsi interprete dell'interesse della parte" (p. 62).

²⁷⁰ Cfr. G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimit  e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 316, ove si dice che "il giudice amministrativo, nel momento in cui fa salvi gli *ulteriori provvedimenti*, per definizione *non sa* se il provvedimento che l'interessato ha richiesto spetti o no a colui che al quale l'amministrazione l'ha pure illegittimamente negato: [...] la situazione della spettanza si chiarir  al di fuori di ogni attivit  del giudice, che non sia l'annullamento, eventualmente ripetuto, degli atti illegittimi che via via l'amministrazione assuma" (corsivi dell'Autore).

concreto ritrarre dall'accoglimento dell'una o dell'altra censura finirebbe giocoforza per risultare opinabile²⁷¹.

Quanto detto basterebbe per destituire di solido fondamento l'idea che il giudice, in assenza di una strutturazione condizionale dei motivi di ricorso, debba farsi interprete dell'interesse della parte. Si può però altresì aggiungere che, se realmente la natura soggettiva della giurisdizione reclamasse la più piena tutela della posizione sostanziale azionata²⁷², allora dovrebbe ammettersi l'alterabilità d'ufficio della graduazione le volte in cui la censura dedotta con priorità non risulti quella più soddisfacente per il ricorrente²⁷³.

²⁷¹ Di "opinabilità del giudizio sul vantaggio che può derivare al ricorrente dall'accoglimento dei vari motivi di ricorso" discorre espressamente P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 62.

²⁷² Così, espressamente, M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 1108, secondo cui elemento connotante la natura soggettiva del processo sarebbe "l'essere proteso alla tutela della situazione giuridica dedotta in giudizio". In senso analogo anche Perfetti-Tropea, Severini, Follieri - vaiano

²⁷³ Non che una simile idea non sia stata (in passato) propugnata in dottrina. Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 1131, (che però riteneva sufficiente, ai fini della vincolatività della graduazione, un interesse anche solo "morale"), nonché, nel processo amministrativo, B. CAVALLO, *Processo amministrativo*, 149 ss., ove si ammette un potere correttivo del giudice volto a "verificare la reale sussistenza dell'interesse [alla graduazione così come articolata] e correggere l'eventuale incongruità della domanda". Si deve però avvertire che questa opinione, oltre a non aver mai fatto capolino in giurisprudenza, è stata recisamente criticata in dottrina: in particolare, è stato obiettato che "un orientamento similmente volto a controllare il «reale» interesse della parte - e così, fra l'altro, venato da un ruolo paternalistico e tutorio del giudice - significherebbe [...] riconoscere efficacia vincolante non tanto e direttamente alla volontà espressa dalla parte, quanto piuttosto all'esito di un controllo giudiziale di «convenienza»", implicandosi per questa via "un radicale rovesciamento della prospettiva in cui nacque e si è sviluppato il cumulo subordinato, stando alla quale la parte è il miglior arbitro della valenza che, ai propri occhi, rivestono i vari interessi alla cui tutela le singole domande rispettivamente tendono" (cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 415). Non solo, si è altresì evidenziato che la proposizione graduale delle domande può rispondere non "soltanto a valutazioni d'interesse, ma anche a convinzioni di verità, che impegnano in vario modo la responsabilità del domandante"; conseguentemente, "per un giudizio su tale «interesse morale» della parte, contrariamente a quanto sostenuto dal Chiovenda, d[ovrebbe] senz'altro escludersi così la competenza come l'idoneità dell'organo giudiziale" (cfr. G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, cit., 281). Per rilievi simili, nella dottrina processualamministrativistica, si v. F. BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., 43, ove si legge che "spetta solo al ricorrente di individuare il proprio (interesse all') oggetto del giudizio", talchè "è necessario anche riconoscere al ricorrente la titolarità di un potere corrispondente all'interesse per cui agisce".

E infatti, per quanto il più delle volte vizio dedotto in via principale sia quello dal cui accertamento il ricorrente possa ritrarre la maggiore utilità possibile, nulla gli impedisce di dolersi prioritariamente del vizio oggettivamente più consistente (o più radicale), relegando il primo in subordine²⁷⁴.

Ma consentire al giudice, in consimili evenienze, di sovvertire l'ordine impresso alle censure dalla parte appare soluzione che, lungi dall'essere in linea con la natura soggettiva del processo, varrebbe semmai a contraddirla.

Perché, a parere di chi scrive, quello che un processo di parti reclama è (non la più piena tutela della posizione sostanziale fatta valere con la domanda, ma) che il contenuto – inteso come perimetro – della decisione dipenda (da una scelta posta in essere) dalla parte e non dal giudice; che la tutela erogata con la pronuncia di accoglimento della domanda corrisponda alla tutela ivi richiesta.

Conseguentemente, posto che, quando il gravame risulti affidato a due motivi tra loro incompatibili e non graduati in via espressa, la tutela che la decisione favorevole è in grado di accordare non può coincidere (del tutto) con quella richiesta (ché una delle due censure è inevitabilmente destinata a restare assorbita), la sola via percorribile affinché il contenuto (finale) della decisione rimanga imputabile (a una scelta che faccia capo) direttamente, piuttosto che solo indirettamente, al ricorrente anziché al giudice è ritenere quest'ultimo vincolato a principiare l'esame (nel merito)

²⁷⁴ Sembrano invece dare per scontata la coincidenza tra motivo dedotto in via principale e motivo "più soddisfacente" M. TRIMARCHI, *op. ult. loc. cit.*, e L. PERFETTI – G. TROPEA, *op. ult. cit.*, 268-269. Al contrario, rileva correttamente P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi*, cit., 19, che per quanto l'interesse in concreto perseguito dal ricorrente (e quindi l'interesse espresso nella graduazione) e quello astrattamente rilevabile dal giudice di frequente coincidano, "non è detto che ciò accada sempre".

del ricorso dal motivo che in esso sia prospettato per primo (ancorché non in via principale)²⁷⁵²⁷⁶.

Ogni altra strada si rivela non in linea con la natura soggettiva del processo, perché l'individuazione della censura da mettere al riparo dall'assorbimento e di quella da "condannare" a tale sorte (e dunque l'individuazione di ciò che ricadrà e, per contro, esulerà dai confini della

²⁷⁵ Né vale obiettare che in ogni caso il contenuto della decisione sarebbe imputabile al ricorrente, posto che questi, nel dedurre i due motivi (incompatibili tra loro) senza graduarli, ha dimostrato di annettere eguale importanza a entrambi.

La riferita obiezione risulta non decisiva perché inidonea a condurre a una soluzione univoca: essa, in altre parole, non porta in alcun modo a preferire (nel senso di richiedere il previo scrutinio di) un motivo rispetto all'altro. La soluzione ipotizzata nel testo, invece, fa sì che il contenuto della decisione possa ricondursi al ricorrente non solo mediatamente (come viceversa sarebbe ove si seguisse il ragionamento della Plenaria o della dottrina, le quali "svincolano" il giudice dall'ordine in cui i motivi sono prospettati), ma anche in via immediata.

²⁷⁶ Si è anticipato che l'Adunanza plenaria (sent. 5/2015) ha escluso che un legame condizionale tra le diverse censure possa ricavarsi dalla semplice enumerazione delle stesse o dall'ordine in cui esse siano state prospettate, che una simile soluzione, *in thesi*: i) minerebbe la certezza dei rapporti processuali e ii) aprirebbe al rischio di scelte arbitrarie del giudice, chiamato a sostituirsi alle parti nella ricerca della maggiore satisfattività dell'interesse concreto da queste perseguito.

Nessuno dei due argomenti appare però persuasivo. Inizierei sgombrando il campo dal primo, non perché la certezza dei rapporti processuali sia valore trascurabile o appaia inconferente rispetto alla questione di cui trattasi, ma perché tale esigenza risulterebbe adeguatamente appagata (e non invece messa a repentaglio) ove pure si ammettesse la graduazione implicita. Che anzi, a destare maggiori perplessità è, semmai, proprio la (idoneità allo scopo della) soluzione accolta dalla Plenaria stessa, posto che il criterio da questa offerto onde stabilire la tassonomia dei motivi si rivela, all'atto pratico (si avuto modo di mostrarlo *supra*, al par. 5 del presente Capitolo), tutt'affatto univoco.

Nessuna incertezza, invece, sorgerebbe (in merito al rapporto processuale cui il gravame da scaturigine) ove si facesse discendere dalla semplice enumerazione delle censure la relativa graduazione.

Considerazioni pressoché identiche possono altresì svolgersi nei riguardi del secondo argomento.

Che investire il giudice del compito di ricercare la maggiore satisfattività dell'interesse in concreto perseguito dal ricorrente possa aprire al rischio di scelte arbitrarie è rilievo, in sé, esatto (lo si è del resto appena detto nel testo). Nondimeno, la graduazione implicita, nella misura in cui verrebbe desunta dalla enumerazione dei motivi o comunque dal mero ordine di prospettazione degli stessi, non richiederebbe affatto quel tipo di ricerca (e anzi non ne richiederebbe alcuna), dovendo il giudice limitarsi a principiare l'esame (nel merito) dell'impugnativa dal motivo che ivi sia prospettato per primo.

L'argomento in questione appare dunque inservibile, e si rivela tanto più debole ove si osservi che questo, oltre a non poter esser impiegato - alla luce di quanto poc'anzi si è visto - per escludere l'ammissibilità della graduazione implicita, vale casomai (se non a destituire di fondamento, quantomeno) a mettere in discussione - ancora una volta, e per le stesse ragioni (v. *supra*, al par. 5 del presente Capitolo) proprio la soluzione alternativa offerta dalla Plenaria.

decisione) verrebbe in ultima analisi a essere rimessa a una scelta opinabile del giudice²⁷⁷.

Si vuol dire, in termini chiari, che se certo è da escludere che – in assenza di graduazione – il giudice sia tenuto a salvare l'amministrazione da sé stessa (esaminando con precedenza quel motivo che, ove accolto, condurrebbe un risultato pienamente conforme alla legalità o all'interesse pubblico concreto)²⁷⁸, parimenti insostenibile (per identiche ragioni) è l'idea per cui questi debba ergersi a co-tutore del ricorrente (scrutinando prioritariamente quella censura il cui accoglimento gli permetterebbe di conseguire la maggiore utilità possibile).

È sì vero che l'ordine (non condizionale) in cui le censure sono prospettate nel ricorso potrebbe non essere frutto di una scelta consapevole della parte, ma è pure vero che a ritenere il giudice del tutto svincolato da tale ordine (e chiamato ad attenersi ad altro criterio, non improntato alla miglior cura dell'interesse generale, di quello pubblico o, ancora, di quello del ricorrente), il contenuto della decisione finirebbe per essere eterodeterminato (ossia riconducibile alla parte soltanto mediamente, perché stabilito in via immediata, appunto, dal giudice)²⁷⁹.

²⁷⁷ Del resto, anche la dottrina del processo civile si espressa nel senso che, in caso di proposizione di domande alternative incompatibili non graduta (ipotesi, ai nostri fini, assimilabile a quella del ricorso affidato a censure preordinate a vincoli conformativi in contrasto tra loro che non siano state articolate in forma condizionale), il giudice "debba chiedere chiarimenti alla parte" (così C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 417; ma v. pure G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, cit., 283)

²⁷⁸ Ritengono L. PERFETTI – G. TROPEA, *op. ult. cit.*, 281 ss., spec. 293, che sia proprio (o perlomeno anche) questa la ragione (inespressa) a fondamento della regola che vuole scrutinato per primo il motivo che – ove accolto – assicurerebbe la miglior tutela dell'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa. Nello stesso senso cfr. anche M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 1131; D. VAIANO, *op. ult. cit.*, 1194; G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d'ufficio del giudice*, cit., 62; nonché, per primo, nonché, prima ancora, A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit. 476.

²⁷⁹ È appena il caso di precisare che la soluzione della graduazione implicita che qui si è inteso accreditare è destinata a operare unicamente in presenza di motivi di motivi incompatibili. Poiché infatti graduazione delle censure, come detto, obbliga il giudice non solo a scrutinarle nell'ordine in cui il ricorrente le abbia articolate, ma anche ad arrestarsi non appena ne "incontri" una fondata (con conseguente assorbimento delle altre ove pure, in ipotesi, assistite da interesse processuale), ammettere sempre – e quindi pure nei casi in cui non vi sia incompatibilità tra i motivi – che la semplice enumerazione (o finanche la mera

Il solo modo per evitare tale esito (e dunque la sola soluzione davvero compatibile con un processo di parti) è ritenere che l'ordine di prospettazione dei motivi, anche quando non condizionale, debba essere rispettato dal giudice.

8. L'ordine di esame dei motivi nel giudizio "di spettanza".

Sin qui si è ragionato del tipo per così dire 'classico' di processo amministrativo, vale a dire il processo di mera impugnazione, per tale intendendosi quello in cui il giudice conosce e decide (esclusivamente) della validità dell'atto gravato, impregiudicate (al netto dell'effetto conformativo della pronuncia) le sorti del bene che il ricorrente mira a conseguire o mettere al riparo dal potere sindacato²⁸⁰.

Al riguardo si è mostrato:

- a. che i motivi di ricorso, pur non identificando ciascuno una distinta e autonoma azione, valgono nondimeno a definire il *thema decidendum*²⁸¹;

progressione) data ai motivi all'interno del ricorso valga (implicitamente) a istituire tra gli stessi un legame condizionale, equivarrebbe di fatto inibito al giudice (almeno potenzialmente) l'esame dell'intero ricorso. In altre parole, ritenere che i motivi siano sempre cumulati in forma condizionale va escluso (salvo, appunto, il caso di censure incompatibili) perché così opinando il giudice potrebbe completare l'esame dell'impugnativa unicamente laddove tutti i motivi (o perlomeno tutti quelli precedenti al motivo dedotto per ultimo) risultassero infondati (ché altrimenti dovrebbe arrestarsi prima di avere esaurito l'intero compendio delle censure).

²⁸⁰ Giova in proposito richiamare nuovamente le considerazioni di G. FALCON, *Il giudice amministrativo*, cit., 316, ove si legge che il giudice amministrativo, quando accoglie l'azione demolitoria, "per definizione *non sa* se il provvedimento che l'interessato ha richiesto spetti o no a colui che al quale l'amministrazione l'ha pure illegittimamente negato: [...] la situazione della spettanza si chiarirà al di fuori di ogni attività del giudice, che non sia l'annullamento, eventualmente ripetuto, degli atti illegittimi che via via l'amministrazione assuma" (corsivi dell'Autore).

²⁸¹ Cfr. in proposito le riflessioni svolte *supra*, al par. 2 del presente Capitolo.

- b. che, pertanto, la facoltà per il ricorrente di imprimere agli stessi un ordine condizionale rinviene il proprio fondamento dommatico nel principio dispositivo (quantomeno formale)²⁸²;
- c. che i limiti alla coerenza della graduazione (ri)conosciuti sul terreno del processo civile – necessaria connessione causale o teleologica tra le domande esperite (in forma l’una all’altra subordinata) e doveroso rispetto dei nessi di pregiudizialità sostanziale tra le stesse intercorrenti²⁸³ – non hanno ragion d’essere

²⁸² Cfr. il par. 3 del presente Capitolo.

²⁸³ Minore risalto si è dato alla tesi, pure propugnata in sede civile (cfr. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 1131), secondo cui al giudice sarebbe dato alterare l’ordine graduale dato ai motivi dall’attore, a beneficio di quest’ultimo, le volte in cui quell’ordine risulti non rispondere ad “alcun suo interesse, nemmeno morale”.

La scarsa considerazione si spiega in quanto detta tesi, sebbene autorevolmente sostenuta, è stata nondimeno avversata dalla dottrina successiva (in particolare da C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 414-415, e da G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, cit., 281) e, soprattutto, non ha trovato alcun seguito in giurisprudenza.

Del resto, può dirsi acquisizione pacifica – perché in tal senso depone, a tacer d’altro, l’art. 101, comma 2, Cost. affermando il carattere neutrale della giurisdizione – quella per cui il giudice deve applicare la legge e non curarsi degli interessi delle parti (salvo l’accertamento dell’interesse processuale), che sono affare esclusivo delle stesse (cfr., in tal senso, R. VILLATA, *Ancora spigolature*, cit., 1516 e L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo*, cit., 570)

In ogni caso, (si è già avuto occasione di notarlo a suo tempo, *sub par. 3 del presente capitolo*, ma) è d’uopo ribadire che pure qui valgono le conclusioni cui si è giunti con riguardo agli altri limiti ‘civilistici’ alla graduazione: anche detto limite, infatti, è per definizione rispettato nel processo amministrativo, posto che il motivo di gravame astrattamente meno soddisfacente per il ricorrente è pur sempre sorretto da un interesse (sostanziale e processuale, e dunque invero molto più che) morale a coltivarlo. Senza dire poi che – anche a voler prescindere da tale ultimo rilievo – una valutazione prognostica da parte del giudice amministrativo quanto al maggiore o minore vantaggio che il ricorrente ritrarrebbe in concreto dall’accoglimento dell’uno o dell’altro motivo si rivela, in sostanza, tutt’affatto agevole (e in definitiva opinabile). Mentre infatti nel processo civile la sentenza definisce una volta per tutte la vicenda conflittuale – con la conseguenza che per il giudice non vi è alcuna difficoltà a individuare *a priori* la domanda che meglio appaga l’interesse agitato dall’attore –, non così nel processo amministrativo, posto che a valle di quest’ultimo la palla torna in mano all’autorità (che per un verso può ancora decidere, nei limiti di quanto non ‘compromesso’ dall’accertamento giudiziale, e per altro verso può sempre avvalersi dell’autotutela). In altre parole, il giudice amministrativo, a differenza di quello civile, non sa – quando dispone l’annullamento dell’atto gravato – se il bene cui il ricorrente anela gli spetti o meno, chè ciò si chiarirà in seguito e al di fuori di ogni attività del giudice medesimo (per queste osservazioni, parimenti già svolte in precedenza, cfr. G. FALCON, *Il giudice amministrativo*, cit., 316). Conseguentemente, non gli è possibile stabilire *ex ante*, con sufficiente grado di certezza, quale censura sia maggiormente vantaggiosa.

(meglio: sono per definizione rispettati) nel processo amministrativo²⁸⁴;

d. che i limiti alla cogenza della graduazione tradizionalmente invocati dalla giurisprudenza amministrativa – necessaria cura ora dell'interesse generale alla legalità, ora dell'interesse pubblico concreto²⁸⁵ – non trovano alcun appiglio nel dato positivo (ove semmai si rinvengono non pochi argomenti di segno contrario), ciò che impedisce – in virtù del principio di legalità processuale consacrato dall'art. 106, comma 1, Cost. (che esige la predeterminazione *ex lege* dei poteri d'ufficio, tanto più se derogatori rispetto al principio dispositivo) – di ritenerli operanti;

e. che, per tali ragioni, la tassonomia data alle censure dal ricorrente è sempre vincolante per il giudice.

A questo punto, si tratta di vedere se le conclusioni testé riepilogate si prestino a venire confermate anche con riguardo a quelle ipotesi in cui – pur non ricadendosi nell'ambito della giurisdizione esclusiva (e ferma pertanto l'impugnazione di un provvedimento) – è dato al giudice conoscere e decidere, oltre che della legittimità del potere siccome nella specie esercitato, anche della spettanza del bene della vita che a quel potere è esposto.

Si allude, in particolare, ai riti in materia elettorale e di contratti pubblici, ove da tempo è previsto che in uno con l'annullamento la statuizione

²⁸⁴ Cfr., ancora, il par. 3 del presente Capitolo.

²⁸⁵ Si è visto *supra* (Cap. 1, par. 3) che non sono mancate in passato pronunce in cui si riconosce espressamente al giudice il potere di stabilire in via autonoma la progressione da seguire nella trattazione dell'impugnativa avendo di mira (la miglior cura del) l'interesse del ricorrente. Tuttavia, tutti questi arresti riguardavano ipotesi in cui nel gravame nulla si diceva quanto alla tassonomia d'esame delle censure, talché è parso di dover escludere che detto orientamento (pur parlando di un potere d'ufficio) individuasse – nell'interesse della parte – un limite alla vincolatività dell'eventuale graduazione espressa. Del resto, ove anche così fosse, varrebbero – per escluderlo – le considerazioni di cui alla nota precedente, nonché, più in generale, le riflessioni svolte al par. 5 del presente Capitolo.

giudiziale debba (elezioni²⁸⁶) o possa (appalti e concessioni²⁸⁷) altresì disporre l'attribuzione diretta e definitiva al ricorrente del bene anelato (rispettivamente, correzione dei risultati elettorali e subentro nell'aggiudicazione o nel contratto).

Ma il riferimento è anche al caso più 'generale' della azione di condanna al rilascio del provvedimento ampliativo richiesto, resa esperibile - accanto a

²⁸⁶ A mente dell'art. 130, comma 9, c.p.a., il giudice, "quando accoglie il ricorso, corregge il risultato delle elezioni e sostituisce ai candidati illegittimamente proclamati coloro che hanno diritto a esserlo". Questo peculiare potere giudiziale (che peraltro si ascrive alle ipotesi di giurisdizione estesa al merito, come emerge dal richiamo contenuto all'art. 134, comma 1, lett. b), c.p.a.), rinviene la propria giustificazione nella natura 'fisiologicamente' temporanea degli organi - le Commissioni elettorali - che adottano gli atti oggetto d'impugnativa, posto che le relative funzioni (e, più a monte, la loro stessa 'esistenza') vengono meno una volta proclamati gli eletti. Prova ne sia che, ai sensi dell'art. 130, comma 3, lett. a), c.p.a., il ricorso ha quale 'controparte' l'ente locale interessato dalle elezioni, che - come nota E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988, 168 ss. - assume le vesti di resistente ai soli fini del contraddittorio processuale, senza però poter esprimere alcuna volontà in merito al provvedimento gravato. Per ragguagli sulla disciplina del rito elettorale cfr., per tutti, N. SAITTA, *I giudizi elettorali*, Milano, 2010.

²⁸⁷ A differenza di quanto visto per il rito elettorale, nel rito appalti l'attribuzione al ricorrente del bene cui aspira non consegue automaticamente all'annullamento dell'aggiudicazione, ma è subordinata intanto a un'apposita e specifica domanda in tal senso (cfr. art. 124, comma 1, c.p.a.) e, in secondo luogo, a una valutazione del giudice in ordine alla 'opportunità' di privare di efficacia il contratto *medio tempore* stipulato con l'originario vincitore (cfr. gli artt. 121, comma 2, e 122 c.p.a.). In ogni caso, quand'anche manchino le condizioni per la tutela in forma specifica (i.e. per il subentro nel contratto), è previsto che il giudice disponga il risarcimento del danno per equivalente (cfr. ancora l'art. 124, comma 1, c.p.a.), il quale parimenti- e pacificamente (v. G. FALCON, *Il giudice amministrativo*, cit., 317) - presuppone (l'accertamento del) la spettanza del bene della vita. Sul rito appalti, con precipuo riguardo agli aspetti che qui interessano, cfr., in luogo di molti, G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative*, cit., 729 ss.; M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *Federalismi.it*, n. 22/2010; A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 900 ss.; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del Codice del Processo Amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1068 ss.; G. FONDERICO, *I poteri del giudice nel processo amministrativo sui contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 871 ss.; P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 664 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in A. CAVALLARI - G. DE GIORGI CEZZI - G.L. PELLEGRINO - P.L. PORTALURI - E. STICCHI DAMIANI - A. VANTAGGIATO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Napoli, 2011, 278 ss.; S. FANTINI, *L'inefficacia del contratto*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, cit., 1037; F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo delle parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3 ss.; P. GOTTI, *Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1/2012, 26; C. BENETTAZZO, *L'inefficacia del contratto tra disciplina comunitaria e rimedi interni: aspetti sostanziali e processuali*, in R. VILLATA - M. BERTOLISSI - V. DOMENICHELLI - G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 2104 ss..

quella (costitutiva) preordinata alla caducazione del diniego (o a quella di accertamento dell'illegittimità del silenzio) – dall'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.²⁸⁸: vero è che, qui, l'attribuzione del bene al ricorrente è mediata da un'attività amministrativa successiva alla sentenza (l'adozione del provvedimento fatto oggetto della pretesa ordinatoria); ma è pure vero che la logica che ispira il giudizio è la medesima vista sopra: il giudice si pronuncia non solo sulla legittimità del diniego o del silenzio, ma anche sulla fondatezza della pretesa sostanziale.

Ed è appunto questa logica – ben più vicina a quella propria del processo civile che a quella sottesa al processo di mero annullamento – che costringe a interrogarsi circa la tenuta degli esiti finora raggiunti.

L'interrogativo, peraltro, è tanto più ineludibile ove si consideri che la dottrina che più di ogni altra ha approfondito il tema dell'ordine di esame dei motivi nel processo amministrativo²⁸⁹ ha distinto nettamente, in proposito, tra giudizio meramente impugnatorio e giudizio di spettanza: mentre nel primo si afferma la piena vincolatività della graduazione delle richieste espressa dal ricorrente²⁹⁰, non così nel secondo²⁹¹.

Conviene allora muovere proprio dagli argomenti che, secondo la dottrina richiamata, imporrebbero di riconoscere al giudice – allorché chiamato a decidere della fondatezza della pretesa sostanziale – un potere 'correttivo' rispetto alle scelte tassonomiche di parte. Tali argomenti si prestano a venire così sintetizzati:

²⁸⁸ In argomento si vedano, *ex plurimis*, A. CARBONE, *L'azione di adempimento*, cit., spec. 225 ss.; L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., 617 ss.; C. GUACCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, spec. 195 ss.; F. SAITTA, *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in *Giur. it.*, 2012, 2679 ss.; D. VAIANO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, 720; I. PAGNI, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., 339 ss.; P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss.

²⁸⁹ Ci si riferisce a P. CERBO, cui si deve l'unico lavoro di taglio monografico in argomento (*L'ordine di esame*, cit.).

²⁹⁰ Cfr. P. CERBO, *op. ult. cit.*, 53 ss.

²⁹¹ Cfr. P. CERBO, *op. ult. cit.*, 69 ss.

- a) posto che, a valle della statuizione attributiva del bene, in capo all'amministrazione non residua alcun potere decisorio (neppure nelle forme dell'autotutela)²⁹², autorizzare il ricorrente a graduare i motivi – e così, ad esempio, a impugnare l'altrui aggiudicazione deducendo con priorità un vizio escludente e, soltanto in via sussidiaria, un vizio invalidante l'intera procedura – equivarrebbe a consentirgli di condizionare impropriamente la funzione amministrativa²⁹³;
- b) proprio perché il giudizio di spettanza fa calare definitivamente il sipario sulla vicenda conflittuale (impedendo all'amministrazione di riprendersi la scena e rimettere in discussione le sorti del bene in questione), "alla statuizione sul

²⁹² Che non residui alcun potere in capo all'amministrazione una volta che il giudice abbia disposto il subentro del ricorrente nel contratto o la correzione dei risultati elettorali è circostanza immediatamente percepibile. Diverso (almeno un poco) è il caso di accoglimento della domanda *ex art. 34, comma 1, lett. c)*, c.p.a., ché qui è pur sempre necessaria un'attività amministrativa (*sub specie* di rilascio del provvedimento fatto oggetto di quella domanda) successiva alla pronuncia. La dottrina è però concorde nel ritenere che l'attività amministrativa che segue (*rectius*: deve seguire) la condanna all'emanazione del provvedimento non si presti a venire riguardata alla stregua di potere, quantomeno in senso proprio.

Al riguardo si v. in particolare A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, relazione all'incontro dell'Associazione dei giudici amministrativi italiani, francesi e tedeschi (Milano, 7 ottobre 2011), 6, ove si dice che, mentre nel caso di annullamento giudiziale di un diniego di permesso di costruire, "l'amministrazione può esercitare ancora il potere, negando nuovamente il permesso [...] per ragioni diverse da quelle del primo diniego"; nel caso di sentenza di condanna "l'amministrazione può solo rilasciare il permesso richiesto dal cittadino" e "l'attività successiva dell'amministrazione, di esecuzione della sentenza, non può essere considerata esercizio di potere, perché la sentenza assorbe i profili più caratteristici del potere amministrativo"; in termini analoghi cfr. sia L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo*, cit., 665, secondo cui "dopo la condanna [...] sussiste solo l'obbligo sottoposto a coercizione, perché l'esercizio del potere permane esclusivamente come strumento di attuazione di quell'obbligo" e "in questo senso, non è più potere, se per tale si intende potere riservato alla p.a."; sia P. CERBO, *L'azione di adempimento*, cit., 18, ove il rilievo per cui la statuizione di condanna "coinvolg[e] l'amministrazione in una logica meramente esecutiva", talché non è possibile parlare di "potere nel senso tecnico del termine".

²⁹³ Cfr. P. CERBO, *op. ult. cit.*, spec. 73-74 (ma già 54-55), ove si dice che, a fronte delle peculiarità che si connettono allo svolgimento di un giudizio sulla funzione amministrativa, alla graduazione dei motivi prescelta dal ricorrente può essere riconosciuto valore vincolante per il giudice purché ciò non comporti in alcun modo un condizionamento [di tale funzione].

motivo di ricorso proposto in via principale [con cui si lamenti un vizio escludente], si accompagna una statuizione negativa (implicita) sul motivo di ricorso proposto in via subordinata che abbia carattere pregiudiziale [è il caso del motivo con cui ci si dolga di un vizio invalidante]”. Si ricade pertanto “nella situazione che nel processo civile giustifica il riconoscimento al giudice del potere di invertire l’ordine delle domande proposto dalla parte”²⁹⁴.

Comincerei a sgombrare il campo dal primo argomento, la cui scarsa consistenza emerge sol che ci si avveda che il ricorrente ben potrebbe risolversi nel senso di non far valere affatto (neppure in via eventuale) il vizio più radicale, affidando la propria domanda (*rectius*, le proprie domande: quella di annullamento e quella preordinata a vedersi riconosciuto l’anelato bene della vita²⁹⁵) al solo motivo più soddisfacente.

Ora, in questo caso, laddove la censura dedotta (l’unica) dovesse rivelarsi fondata, l’amministrazione non conserverebbe alcun potere a seguito della statuizione giurisdizionale (salvo, al più, quello – che autentico potere non è – di rilasciare all’istante vittorioso il provvedimento richiesto²⁹⁶): conseguentemente, se si muove dall’assunto che un improprio condizionamento della funzione amministrativa sia scenario non tollerabile, dovrebbe qui ammettersi la rivelabilità d’ufficio dell’illegittimità (più consistente) non denunciata²⁹⁷.

²⁹⁴ Cfr. P. CERBO, *op. ult. cit.*, 73.

²⁹⁵ Non così nel rito elettorale, ove la domanda è soltanto una (quella di annullamento) e l’attribuzione consegue *ex lege* (art. 130, comma 9, c.p.a.) al relativo accoglimento (purché fondato su un motivo cd. escludente)

²⁹⁶ Cfr. in proposito la dottrina poc’anzi richiamata alla nota __

²⁹⁷ Non che una simile idea debba considerarsi peregrina: prima dell’adozione del codice, autorevole dottrina, ragionando dell’ammissibilità o meno dell’azione di adempimento, affermava che l’accertamento della spettanza, “in un giudizio che investe una posizione «dinamica» come il potere amministrativo”, richiederebbe “o la capacità del giudice d’introdurre d’ufficio nel processo i fatti rilevanti [...], o l’introduzione di un severo meccanismo di preclusioni, che imponga all’amministrazione [...] di enunciare subito nei suoi atti, in modo esaustivo, ogni ragione contraria alla pretesa del privato” (così A. TRAVI, *La*

Si vuol dire, in termini chiari, che se davvero l'assenza di un *agere* amministrativo a valle del giudizio (o comunque la sua riduzione a mera esecuzione della pronuncia) fosse condizione da sola sufficiente a giustificare un sacrificio del principio dispositivo²⁹⁸, dovrebbe allora consentirsi al giudice non soltanto di scrutinare con priorità il vizio

reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria, in *Dir. proc. amm.*, 229, corsivi aggiunti).

Ma - in disparte il rilievo che quella dottrina aggiungeva poi: "non mi sembra che il nostro ordinamento si ispiri a criteri del genere" (p. 230), concludendo così per l'inammissibilità (in base alla disciplina all'epoca vigente) dell'azione di adempimento - ai nostri fini preme osservare che, delle due l'una: o si dice che, nel giudizio di spettanza, l'assenza di un *agere* amministrativo a valle della pronuncia deve portare a consentire al giudice (in quanto arbitro finale della vicenda) il vaglio prioritario del vizio dedotto in subordine, ma allora gli si deve permettere anche di ricercare quel vizio d'ufficio ove il ricorrente non l'abbia denunciato, oppure si negano entrambe le possibilità (*rectius*: entrambi i poteri). *Tertium non datur*.

²⁹⁸ Va detto che in P. CERBO, *L'ordine di esame*, cit., 53 ss., la cogenza, nel giudizio di mera impugnazione, dell'ordine impresso ai motivi dal ricorrente viene fatta discendere non dal principio dispositivo (testualmente: "tale conclusione non è da fondarsi sulla disponibilità della posizione sostanziale"), ma (proprio) dalla circostanza che, a valle di quel giudizio, residua sempre (se non altro nelle forme dell'autotutela) un potere amministrativo. Si sostiene infatti che, fin quando "per tutto ciò che non è statuito dalla sentenza, l'amministrazione, per un verso, può ancora decidere e, per altro verso, può ancora avvalersi dei poteri di autotutela, la vincolatività della graduazione dei motivi di parte non presenta peculiari problemi", perché "l'accoglimento del motivo principale e il correlativo assorbimento di quello subordinato non possono comportare alcun *vulnus* per l'interesse ultraindividuale coinvolto nella vicenda".

A fronte di simili premesse, dunque, non sorprende che l'Autore, passando a occuparsi del giudizio di spettanza - ove invece manca un *agere* amministrativo (quantomeno 'autentico') a valle della pronuncia - giunga a conclusioni opposte, ammettendo un potere 'correttivo' del giudice in punto di ordine da seguire nella trattazione del ricorso.

Ma, anche a voler disconoscere un qualsivoglia ruolo al principio dispositivo, resta ferma l'obiezione che, nel testo, si va svolgendo: se davvero il problema fosse quello di evitare che un'astuta strategia processuale del ricorrente possa tradursi in un irreparabile *vulnus* all'interesse ultraindividuale coinvolto nella vicenda, allora dovrebbe spiegarsi perché quel problema sia rimane senza soluzione quando l'astuto ricorrente si determina, anziché a dedurre il vizio più radicale in via subordinata, a non dedurlo affatto. La circostanza che l'ordinamento non predisponga alcun rimedio (*sub specie* di potere 'correttivo' del giudice) per questo secondo scenario (mancata deduzione *tout court* dell'illegittimità più consistente) dimostra, ad avviso di chi scrive, che il legislatore non avverte l'esigenza di scongiurare a ogni costo che una scelta di parte possa pregiudicare irrimediabilmente l'interesse individuale. Non si comprende, pertanto, per quale ragione quella stessa esigenza (perlomeno se isolatamente considerata, ché altra cosa è l'esigenza di evitare il giudicato implicito o surrettizio sul vizio più radicale) debba invece costringere l'interprete a trovare soluzioni capaci di adeguatamente appagarla.

lamentato in subordine, ma anche di attivarsi *motu proprio* nella relativa ricerca, allorché il ricorrente abbia rinunciato a dolersene²⁹⁹.

Se non ci si spinge a tanto – se, cioè, si nega che la descritta condizione valga a giustificare un potere *ex officio* quanto all'individuazione del materiale cognitorio e decisorio³⁰⁰ – deve poi anche escludersi, per ragioni

²⁹⁹ Non è un caso che in Germania – ove pure non si dubita della natura soggettiva della giurisdizione amministrativa – si ritenga che, perlomeno di fronte all'azione di adempimento (da tempo prevista *ex* § 113 VwGO), al giudice sia consentito, per un verso, fissare autonomamente il “programma di decisione”, e così l'ordine da seguire nell'esame delle questioni (cfr. D. CORLETTI, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1992, 193, ove si da conto della posizione di G. BARBEY, *Bemerkungen zum Streitgegenstand im Verwaltungsprozess*, in *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, Colonia, 1985, 186) e, per altro verso – almeno secondo la tesi prevalente –, introdurre d'ufficio i fatti rilevanti per definire la vertenza (in tal senso F.O. KOPP – W.R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar*, Monaco di Baviera, 2007, 1106 ss.).

Vero è che, ivi, tali soluzioni sono in qualche modo agevolate dalla formulazione perplessa – o comunque a maglie larghe – del § 88 VwGO, a mente del quale “il tribunale non può andare oltre la domanda, ma non è vincolato alla formulazione delle richieste” (questa la traduzione offerta da G. FALCON – C. FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO)*, Trento, 2000. Su tale disposizione si v. A. PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., 142, ove si dice che la stessa autorizzerebbe il giudice a “ricercare e scegliere nella realtà extraprocessuale” i fatti da porre a fondamento della propria pronuncia).

Ma, ai nostri fini, preme sottolineare come le conclusioni cui perviene la dottrina tedesca confermino che, se si ‘emancipa’ il giudice dalle scelte tassonomiche di parte, lo si svincola pure dalle relative allegazioni.

³⁰⁰ Sebbene in passato fosse piuttosto diffusa l'idea che il vincolo giudiziale ai motivi di ricorso – asseritamente ‘figlio’ o portato della concezione del processo amministrativo come processo sull'atto – sarebbe ‘caduto’ una volta costruita la giustizia amministrativa come giustizia sui rapporti (cfr., ad esempio, G. VERDE, *Norme processuali ordinarie e processo amministrativo*, in U. ALLEGRETTI – A. ORSI BATTAGLINI – D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Bologna, 1987, 257 ss.; V. DOMENICHELLI, *I motivi di ricorso: un ritorno alla giurisdizione oggettiva?*, in *Reg.*, 1975, 802; M. NIGRO, *Processo amministrativo*, cit., 19), si deve dar conto che, da quando è stata introdotta nel nostro ordinamento l'azione di adempimento, nessuno è giunto ad affermare che il giudice, quando è chiamato a pronunciarsi su tale azione, dispone del potere di introdurre di ufficio i fatti rilevanti.

Semmai, si è sostenuto che, nel giudizio di spettanza, l'amministrazione può (e anzi deve, nel senso che, se intende evitare la condanna, ha l'onere di) allegare gli eventuali fatti impeditivi, ossia le circostanze che ostano al rilascio al ricorrente del richiesto bene della vita (così, tra altri, S. VACCARI, *Il giudicato amministrativo*, cit., spec. 322 ss.; A. CARBONE, *L'azione di adempimento*, cit., 253; L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., 650; S. BACCARINI, “Scelta” delle azioni e valutazioni sulla “necessità” dell'annullamento per la tutela del ricorrente, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1280. Perplessa invece P. CERBO, *L'azione di adempimento*, cit., 34-35, per il quale riconoscere all'amministrazione la facoltà di allegare i fatti impeditivi apre questioni delicate, anzitutto perché equivale a consentirle l'integrazione postuma della motivazione del provvedimento negativo – ciò che, se da un lato “è in qualche modo connaturat[o] ad un giudizio che non vert[e] solo sulla legittimità atto”, dall'altro lato comporta “il rischio di una sostanziale abdicazione da parte dell'amministrazione stessa al ruolo normativamente assegnate, con «scivolamento» di ogni questione dalla sede procedimentale a quella

di intima coerenza, l'ammissibilità di un'invasione officiosa (perlomeno se motivata sulla base di quella stessa condizione) in punto di progressione da seguire nella trattazione della causa³⁰¹.

Si aggiunga poi - a ulteriore riprova dell'inservibilità dell'argomento in esame - che l'amministrazione potrebbe venirsi a trovare nell'impossibilità di 'smarcarsi' dal *decisum* del giudice (né mediante il riesercizio del potere sindacato, né in via di autotutela) anche quando il ricorrente si sia limitato a proporre in giudizio la sola domanda di annullamento.

processuale" -, e in secondo luogo perché "è in ultima analisi la difesa dell'amministrazione [...] a «disporre» dei fatti rilevanti ai fini della condanna" e, "stante l'innegabile connessione fra disponibilità dei fatti e disponibilità della posizione sostanziale in un consimile modello di giudizio, le scelte difensive finiscono per costituire indirettamente una modalità di disposizione del potere amministrativo").

Ma consentire all'amministrazione l'introduzione in giudizio dei fatti impeditivi, per un verso, dimostra che, anche di fronte all'azione di adempimento, il giudice rimane pur sempre vincolato alle prospettazioni di parte - ché altrimenti non avrebbe alcun senso discorrere di facoltà (e tantomeno di onere) dell'amministrazione di allegare quei fatti - e, per altro verso, offre ulteriore 'materiale' a sostegno dell'inconsistenza dell'argomento che, nel testo, si sta confutando. E infatti, se presupposto per ammettere nel giudizio di spettanza un potere tassonomico d'ufficio è la (asserita) impossibilità per l'amministrazione di 'reagire' alle astute scelte processuali del ricorrente (ché una volta accolta l'azione di condanna nessun potere residua in capo a essa), non si fatica a comprendere come quel presupposto in realtà non sussista se all'amministrazione è dato allegare i fatti impeditivi: quest'ultima, ancorché disarmata a valle della pronuncia, ha però un'arma da sfruttare nel corso del giudizio. Di talché, non può essere questo (solo) argomento a giustificare la derogabilità officiosa della graduazione di parte.

³⁰¹ Cfr. E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro*, 2193, secondo cui "è una falsa prospettiva quella di avere remore ad accogliere un motivo satisfattivo dell'interesse del ricorrente, in presenza di altra censura che produrrebbe la totale eliminazione di un procedimento affetto da un vizio radicale, così assegnandosi all'istante un risultato favorevole, ma conseguito con un procedimento illegittimo. Infatti, la questione nemmeno si può porre se il ricorrente non deduca un vizio radicale perché è il *dominus* sulla proposizione del ricorso e dei motivi [...]".

In senso analogo anche M. TRIMARCHI, *Principio della domanda*, cit., 1128, il quale parimenti osserva che l'esigenza di evitare un *vulnus* per l'amministrazione "potrà pur sempre essere impedit[a] dalla mancata deduzione da parte del ricorrente del vizio più «radicale»".

Vero è che gli Autori parrebbero guardare al caso di proposizione della sola domanda di annullamento, ma è pure vero che le riferite considerazioni si prestano a venire estese (fintanto che la 'preoccupazione' rimane solamente quella di non lasciare 'disarmata' l'amministrazione, e non invece quella di evitare il giudicato implicito sul motivo subordinato) anche all'ipotesi in cui alla pretesa demolitoria si accompagni quella di condanna.

Si allude all'ipotesi di un ricorso che: i) abbia a oggetto un provvedimento ampliativo³⁰²; ii) venga discusso, o comunque giunga in decisione quando ormai – cosa affatto rara a verificarsi – siano trascorsi oltre diciotto mesi dalla data di adozione dell'atto gravato; ili) risulti affidato in via principale a un motivo che, se fondato, varrebbe, sul piano conformativo, a rendere del tutto vincolato (nel senso qui di non discrezionale) il potere da (ri)esercitare e, in via subordinata, a un motivo che, se fondato, preluderebbe invece a una nuova valutazione (discrezionale) della vicenda a opera dell'amministrazione.

Nel caso testé tratteggiato, qualora il motivo dedotto con priorità venisse accolto, l'amministrazione conserverebbe bensì, a seguito del giudizio, la possibilità di intervenire nuovamente sulla vicenda controversa (non mediante l'annullamento d'ufficio, a ciò ostando la previsione di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1³⁰³, ma mediante la rinnovazione del provvedimento accertato come illegittimo), e tuttavia il precetto del caso concreto non potrebbe che essere quello individuato (o comunque direttamente ricavabile) dalla sentenza.

Ne discende che, a voler seguire la logica che qui si intende confutare, dovrebbe riconoscersi al giudice, in consimili evenienze, il potere di sovvertire l'ordine impresso alle censure dal ricorrente, accordando

³⁰² S'intende: il cui destinatario sia altri rispetto a colui che propone il gravame.

³⁰³ Come è noto, la legge 7 agosto 2015, n. 124 (cd. legge Madia) è intervenuta sul comma 1 dell'art. 21-*nonies* l. 241/1990, fissando un limite temporale massimo (pari appunto a diciotto mesi decorrenti dalla data di adozione del provvedimento di primo grado) oltre il quale all'amministrazione non è consentito in alcun caso (e quindi ove pure sussistano i presupposti 'sostanziali' per l'esercizio del potere) procedere all'annullamento officioso di atti ampliativi (testualmente: di "provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20 [ossia *per silentium*]), salva solo l'eventualità in cui quegli atti siano stati "conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato". In argomento si v., almeno, L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies*, in *Giustamm.it*, 5/2016, spec. parr. 2 e 4; nonché M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 20/2015, 2 ss.

precedenza a quella dedotta in subordine (*in thesi* capace di far salvo un qualche margine di discrezionalità in capo all'amministrazione)³⁰⁴.

Ma che un elemento accidentale – quale è la durata del processo – possa condurre a esiti differenziati quanto alla cogenza dell'ordine è soluzione all'evidenza inappagante³⁰⁵. E ciò dimostra, una volta di più, che il potenziale condizionamento improprio della funzione amministrativa non è destinato a giocare alcun ruolo rispetto al problema che ci occupa.

Ben diversa considerazione merita invece il secondo argomento: in effetti, alla statuizione (attributiva del bene fondata) sul motivo di ricorso proposto in via principale (con cui si lamenti, ad esempio, la carenza, in capo all'aggiudicatario, di un requisito di partecipazione), si accompagna una statuizione negativa implicita sul motivo di ricorso pregiudiziale e incompatibile proposto in via subordinata (ad esempio: illegittima composizione della commissione giudicatrice).

Conseguentemente, si ricade in quella situazione che – come si è visto – nel processo civile legittima un'inversione, a opera del giudice, dell'ordine delle domande segnato dalla parte³⁰⁶.

Se dunque su tale punto non può che convenirsi con la dottrina del cui pensiero si sta qui dando conto, vi è un aspetto che richiede di essere un poco precisato.

La ragione per cui in tal caso si forma una decisione implicita, di segno negativo, sulla censura subordinata – suscettibile di acquisire autorità di cosa giudicata – non è da rintracciarsi nella circostanza che la statuizione

³⁰⁴ L'ipotesi di cui si sta discorrendo nel testo non viene presa in considerazione in P. CERBO, *L'ordine di esame*, cit., e tuttavia non avrebbe potuto essere altrimenti, posto che al tempo in cui scriveva l'Autore l'art. 21-*nonies* l. 241/1990 ancora non prevedeva un tetto temporale massimo (perlomeno non rigido, ché allora la disposizione si limitava a discorrere di un "termine ragionevole") per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

³⁰⁵ Al riguardo si veda L. BERTONAZZI, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, cit., par. 5, ove, sia pure in diverso contesto e ad altri fini, si dice che "[c]ontrasta con il più elementare canone di razionalità" quella soluzione interpretativa "che funzion[i] ad intermittenza, a seconda di come vengano ad atteggiarsi fattori del tutto accidentali e neutri quali la lunghezza del giudizio".

³⁰⁶ Cfr. *supra*, al par. 3 del Capitolo II

attributiva del bene fa calare definitivamente il sipario sulla vicenda (impedendo all'amministrazione di riprendersi la scena e rimettere in discussione le sorti del bene in questione); quella ragione va invece individuata in ciò, che antecedente logico necessario della statuizione attributiva del bene è l'insussistenza del vizio – pur sempre introdotto in giudizio, ancorché allegato in via eventuale³⁰⁷ – che della censura subordinata forma oggetto.

Proseguendo nell'esempio di cui sopra, l'accoglimento della domanda di subentro nel contratto postula (la spettanza e, perciò, l'accertamento del) la legittimità dell'intera procedura di gara, salvo solo il segmento in cui la stazione appaltante ha mancato di escludere il concorrente poi risultato aggiudicatario. Postula, quindi, (l'accertamento del) la legittima composizione della commissione giudicatrice, contestata con il motivo dedotto in via eventuale.

L'implicito rigetto di quest'ultimo, pertanto, costituisce non un effetto della statuizione sul bene, ma un suo presupposto: decisiva, in altre parole,

³⁰⁷ Ove anche si ritenga che il fatto oggetto del motivo subordinato (nel nostro esempio l'illegittima composizione della commissione giudicatrice) non possa considerarsi allegato dal ricorrente (ché tale fatto potrebbe considerarsi davvero allegato soltanto a fronte del rigetto del motivo principale, il quale invece si ipotizza qui essere fondato), la circostanza che in questo caso il giudice conosca e decida – oltre che della validità del provvedimento, anche – della spettanza consente di ritenere che – non diversamente da quanto accade nel processo civile – quel fatto possa (e anzi debba) pur sempre considerarsi introdotto in giudizio (sulla distinzione tra "allegazione del fatto" e "introduzione del fatto", e sulla possibilità per il giudice di porre il "fatto introdotto" a fondamento della propria decisione – salva la necessità di stimolare il contraddittorio sul punto – cfr., per tutti, D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 26 ss.).

Del resto, se – proseguendo nell'esempio fatto nel testo – il contratto fosse stato già integralmente eseguito e il giudice dovesse quindi (conoscere della spettanza non ai fini del subentro, ma allo scopo di) pronunciare sul risarcimento del danno, pacificamente accerterebbe anche (e peraltro con priorità) la (il)legittimità della commissione giudicatrice, ancorché censurata con il motivo dedotto in subordine. Ove quest'ultimo si rivelasse fondato, il ricorrente giammai si vedrebbe liquidato l'intero utile correlato all'esecuzione del contratto (ove pure fosse fondato anche il motivo dedotto in via principale). Ebbene, non v'è ragione per distinguere quest'ultima ipotesi da quella in cui il contratto non sia stato ancora (del tutto) eseguito e sia perciò passibile di subentro. In ambo i casi, infatti, il giudice conosce della fondatezza della pretesa sostanziale, e ciò comporta che pure il fatto storico oggetto della doglianza sussidiaria debba ritenersi introdotto in giudizio (a prescindere dalla fondatezza o meno di quella principale).

non è tanto l'assenza di margini per un *agere* amministrativo a valle del giudizio, ma è piuttosto la relazione – di pregiudizialità sostanziale – che intercorre tra la pretesa al rilascio del bene (o del provvedimento), affidata al motivo principale³⁰⁸, e la pretesa demolitoria (nella parte in cui è) affidata al motivo subordinato³⁰⁹.

L'esito (meritale) della prima dipende da quello della seconda, ch  la fondatezza di questa implica la carenza di uno degli elementi costitutivi della fondatezza dell'altra³¹⁰:  per questa ragione (perch , cio , il fatto che ne forma oggetto   fatto impeditivo – e quindi semplificante – rispetto al rilascio del bene) che il giudice deve esaminare con precedenza la doglianza dedotta in via eventuale³¹¹.

³⁰⁸   appena il caso di sottolineare che l'azione di condanna   evidentemente affidata soltanto al motivo (di annullamento) dedotto in via principale, giammai al motivo (di annullamento) dedotto in via subordinata, posto che il fatto che ne costituisce oggetto   fatto impeditivo rispetto al rilascio del bene.

³⁰⁹ A nostro avviso, se per assurdo vi fosse una disposizione che consentisse espressamente e genericamente il ricorso all'autotutela a seguito della statuizione di spettanza – cio  che imporrebbe di ritenere che il giudicato copre solo il dedotto e non anche il deducibile –, nell'ipotesi presa in esame nel testo la stazione appaltante – a fronte dell'accoglimento dell'azione di subentro nonostante in giudizio fosse stato introdotto anche il fatto impeditivo dell'illegittima composizione della commissione giudicatrice – potrebbe bensì annullare d'ufficio la gara perch , ad esempio, le offerte economiche sono state vagliate prima di quelle tecniche, ma non potrebbe annullare d'ufficio la procedura sulla base del vizio dedotto col motivo subordinato (cio  sulla base appunto dell'illegittima composizione della commissione). Perch  la statuizione attributiva del bene   logicamente in contrasto con (la fondatezza di) quel motivo che, in quanto dedotto, dovrebbe (comunque) ritenersi implicitamente rigettato (e coperto da giudicato).

³¹⁰ Cos  definisce il rapporto di pregiudizialit  sostanziale tra due domande C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit.,

³¹¹ Ci  appare tanto pi  vero ove si consideri che   opinione diffusa – e condivisibile – quella per cui, quando viene esperita, in uno con l'azione di annullamento, quella di condanna, la prima si "perda" nella seconda (cos , A. CARBONE, *L'azione di adempimento*, cit., 196 ss.), nel senso che il fatto storico (cio  il profilo di illegittimit ) oggetto del motivo di ricorso, nella prospettiva del giudizio di spettanza, "non rilev[a] quale fatto costitutivo del diritto all'annullamento del provvedimento amministrativo", ma quale fatto costitutivo "[del]l'inadempimento, precisamente, [del]l'inesatto adempimento" (in termini L. FERRARA, *Domanda giudiziale*, cit., 646 ss., ma similmente v. anche A. TRAVI, *Alla ricerca dell'azione di adempimento*, cit., 10; nonch  P. CERBO, *L'azione di adempimento*, cit., 30).

Ma se   cos , se, cio , l'accertamento del giudice – allorch  chiamato a pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa sostanziale – si incentra (quantomeno preliminarmente) sull'affermazione che il bene (o il provvedimento) negato dall'amministrazione   invece dovuto, in quanto sussistono tutti i presupposti per il suo rilascio, allora non   dubbio che il giudice – nel caso che qui ci occupa – debba non solo esaminare il motivo subordinato (ch , come si   detto, deve pur sempre ritenersi, in quest'ottica, introdotto in giudizio), ma, posto

che il fatto storico che ne forma oggetto è fatto impeditivo al conseguimento del bene (o del provvedimento), debba anche esaminarlo per primo, in quanto semplificante.

Semmai - una volta assodato (e ammesso ci si riconosca in quanto si va dicendo) che nel giudizio di spettanza finisce per rilevare in prima battuta (non la validità o meno dell'atto gravato, ma) la fondatezza della pretesa - non è chiaro se il giudice, esaminato con priorità il fatto storico dedotto con il motivo subordinato e riscontrata l'effettiva sussistenza, debba rigettare l'azione di condanna (su quella base) e annullare il provvedimento (sempre su quella base) o invece rigettare l'azione di condanna e, a quel punto, dichiarare improcedibile (per sopravvenuta carenza dell'interesse a coltivarla) l'azione di annullamento. L'interrogativo appare complesso e offrirvi una risposta soddisfacente richiederebbe un maggiore spazio - che la sede non offre - e, soprattutto, maggiori capacità. Ci si può, qui, limitare a dire che, ad avviso di chi scrive, quandanche si optasse per il secondo corno dell'alternativa, gli esiti pratici del giudizio - nella fattispecie di procedura a evidenza pubblica che si è presa in esame nel testo - dovrebbero essere identici: l'accertamento contenuto nella sentenza che rigetta nel merito l'azione di condanna a disporre il subentro nel contratto (sulla base del fatto-vizio più radicale, cioè l'illegittima composizione della commissione giudicatrice) e rigetta in rito quella di annullamento imporrebbe all'amministrazione di travolgere la gara mediante annullamento d'ufficio. Quella sentenza, infatti, contiene l'accertamento che il contratto non spetta (non solo al ricorrente, ma) a nessuno.

CAPITOLO III
L'OBBLIGO DI ESAME PRIORITARIO DELL'INCOMPETENZA E DEI
VIZI A QUESTA ASSIMILATI

SOMMARIO: 1. L'art. 34, comma 2, c.p.a. e il divieto di pronunciare con riferimento ai poteri non ancora esercitati. – 2. La necessità di leggere la disposizione in chiave soggettiva. – 3. L'ambito di applicazione della disposizione. – 4. Compatibilità dell'esegesi qui accolta con la natura soggettiva del processo amministrativo.

1. L'art. 34, comma 2, c.p.a. e il divieto di pronunciare con riferimento ai poteri non ancora non esercitati.

Già in apertura del presente lavoro si è avuto occasione di anticipare che, secondo taluno, l'art. 34, comma 2, primo alinea, c.p.a., imporrebbe al giudice di scrutinare con precedenza la censura di incompetenza – ove pure dedotta dal ricorrente in via subordinata – e ivi arrestarsi (assorbendo ogni altra doglianza articolata nell'impugnativa) ove ne appuri la fondatezza³¹².

Testualmente, la richiamata disposizione stabilisce che “[i]n nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”; a fronte di una *littera legis* a maglie piuttosto larghe, in dottrina e in giurisprudenza si sono fatte strada due diverse interpretazioni della stessa: secondo una prima lettura, di indole (restrittiva e) oggettiva, i “poteri” ivi richiamati sarebbero quelli mai esercitati da alcuna autorità³¹³, sicché la norma varrebbe a null'altro che a

³¹² Cfr. Cap. I, parr. 1, 2 e 6.

³¹³ In questo senso si vedano, tra altre, 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. In dottrina, cfr. P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 94 ss.; M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati*, in *P.A. Persona e*

salvaguardare la tradizionale scansione che vuole il processo situarsi a valle del procedimento; secondo una opposta lettura, di natura questa volta (estensiva e) soggettiva, il riferimento sarebbe invece (anche) ai poteri non esercitati dall'autorità preposta, con la conseguenza che la norma varrebbe allora a gravare il giudice del duplice obbligo di cui sopra si è detto (*ergo*: esame prioritario del motivo afferente all'incompetenza e assorbimento di ogni altro motivo in caso di accoglimento del primo)³¹⁴³¹⁵.

Anticipandosi sin d'ora che la lettura in chiave soggettiva appare senz'altro da preferire, nelle pagine che seguono si provvederà ad

amministrazione, 2018, 321 ss., ma già ID, *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", cit., 223-225, spec. nota 7, e 271; N. PAOLANTONIO, *Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo ed oggettivo (osservazioni sparse)*, in *www.giustamm.it*, 2013, par. 3; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 461.

³¹⁴ Questa la lettura preferita, come si è avuto occasione di dire, dalla Plenaria. Nello stesso senso pareva orientata anche l'ordinanza di rimessione (Cons. Stato, n. 6204/2014, cit., punto 14) e, in precedenza, l'analoga ordinanza di rimessione Cons. Stato, n. 761/2013, cit., punto 10.11, non riscontrata *in parte qua* da Cons. Stato, ad. plen., n. 8/2014, cit., 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. Analogamente, cfr. altresì 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. Una menzione a parte meritano C.g.a.r.s., 6 marzo 2012, n. 273 e Tar Lazio, Roma, sez. II, 7 gennaio 2014, n. 86, ove - in maniera del tutto eccentrica - si riconosce al ricorrente la facoltà di dedurre il motivo relativo all'incompetenza in via subordinata, salvo però 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 dottrina, la lettura in chiave "soggettiva" dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., era stata prospettata da R. DE NICTOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *federalismi.it*, 2010, 27; P. CARPENTIERI, *I provvedimenti del giudice*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di) *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1099. Più di recente, cfr. D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi*, cit., 1201; G. FANELLI, "Tassonomia delle modalità di esercizio della potestas iudicandi" e tecnica decisoria dell'assorbimento, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1264-1265. Aderisce infine all'esegesi della Plenaria (sia pure nei termini, in parte diversi, di cui si dirà oltre) L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 831 ss..

³¹⁵ Così intesa, la disposizione varrebbe, di fatto, a riprodurre il contenuto precettivo dell'abrogato art. 26, comma 2, della legge istitutiva dei Tar, (che a sua volta ricalcava il previgente art. 45, comma 1, secondo periodo, del t.u. Cons. Stato) ove si stabiliva - in modo certo più risoluto - che "[s]e [il tribunale amministrativo regionale] accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente".

argomentare tale conclusione, mostrandone poi la piena compatibilità con le conclusioni raggiunte nel precedente Capitolo.

2. La necessità di leggere la disposizione in chiave soggettiva.

A sostegno della lettura di indole soggettiva dell'art. 34, comma 2, c.p.a. si sono tradizionalmente invocati i seguenti argomenti:

- a) la tutela del contraddittorio (artt. 24, comma 2, e 111, comma 2, Cost.), che a opinare diversamente (consentendosi cioè al giudice di vagliare e decidere anche i motivi ulteriori e diversi dall'incompetenza), l'autorità amministrativa preposta si troverebbe poi a dover dare attuazione a regole di condotta maturate in esito a un giudizio cui non ha preso parte³¹⁶;
- 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”³¹⁷³¹⁸.

³¹⁶ In questo senso, oltre alla Plenaria n. 5/2015, cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143, *sub* 7.1. Ma si veda, ben prima, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 460, ove il rilievo per cui “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”.

³¹⁷ In Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2015, n. 3813, come pure, più in generale, in tutta la giurisprudenza che in passato aveva accolto la lettura “d'indole soggettiva” dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit., l'argomento della “separazione dei poteri” è il solo a venire addotto a supporto della stessa.

³¹⁸ Nella Plenaria n. 5/2015 si afferma che il principio della separazione dei poteri trova declinazione in molteplici disposizioni del codice di rito, e segnatamente, nel divieto di sindacato giurisdizionale sugli atti politici (art. 7, comma 1, ultimo periodo, c.p.a.); nel 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.); nella tassatività dei casi di giurisdizione estesa al merito (art. 134 c.p.a.). La giurisprudenza era solita rintracciare la *ratio* dell'art. 26, comma 2, primo periodo, cit. nel principio di separazione dei poteri e, in particolare, 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: “L'accoglimento del ricorso giurisdizionale per la riconosciuta sussistenza del vizio di

Premesso che l'unico argomento davvero convincente è il primo - e che, una volta acquisito che la sola *ratio* della disposizione è da rintracciarsi nella (esigenza di) tutela del contraddittorio, s'imporrà una ripermetrazione del relativo ambito applicativo - conviene dapprima dimostrare l'inconsistenza degli altri due.

Cominciando dal secondo, occorre in proposito rilevare che, in effetti, laddove si consentisse al ricorrente di dedurre l'incompetenza in via subordinata rispetto ad altro profilo di illegittimità, si aprirebbe al rischio di veder fatto salvo - in caso di accertata fondatezza del motivo prospettato in via principale - un provvedimento adottato da un'autorità diversa da quella preposta³¹⁹.

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" (sentenza n. 5/2015, cit., *sub* 8.3.1).

³¹⁹ Merita però avvertire che l'argomento in parola, se anche consente - perlomeno in astratto (ma sul che si vedano i rilievi critici di cui subito *infra*, nel testo) - di spiegare l'obbligo per il giudice di scrutinare in ogni caso per primo il motivo afferente l'incompetenza, non così con riferimento all'ulteriore obbligo di assorbire ogni altra censura: quand'anche il giudice esaminasse, oltre al vizio di incompetenza (in ipotesi positivamente riscontrato), anche gli altri vizi censurati (in ipotesi a loro volta sussistenti), il provvedimento finale - intendendosi per tale quello susseguente alla pronuncia che abbia annullato l'atto posto in essere dall'autorità incompetente - verrebbe adottato (in conformità alla sentenza di annullamento) dall'amministrazione preposta.

Di talché, l'argomento in parola non sembra affatto deporre nel senso di rendere obbligata - almeno con riguardo a detto profilo - l'esegesi preferita dalla Plenaria, posto che, anche a volersi leggere l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. in chiave oggettiva, l'ordine legale di attribuzioni e competenze risulterebbe ugualmente salvaguardato.

È ben vero che, le volte in cui la censura di incompetenza - tra tutte quelle dedotte - sia l'unica fondata, la paternità sostanziale del provvedimento finale rimarrebbe in capo all'autorità (diversa da quella preposta) che ha adottato quello annullato; d'altra parte, non è meno vero che, ai fini del rispetto dell'ordine legale di attribuzioni e competenze, quel che rileva è unicamente la paternità formale del provvedimento (e questa, come detto, verrebbe in ogni caso assunta dall'autorità competente).

L'argomento di cui trattasi, dunque, non può valere a giustificare l'obbligo di assorbimento (s'intende: delle censure ulteriori rispetto all'incompetenza), se non a condizione di accogliere l'idea - avanzata in qualche (isolato) arresto pretorio e condivisa da taluna dottrina (Cfr. G. SORRENTINO, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 90 e la giurisprudenza ivi richiamata) - secondo cui, ameno nei casi di impugnazione di un provvedimento vincolato (perché tale *ab initio* o perché così divenuto, in sostanza, in ragione dell'esaurimento di ogni adempimento istruttorio), il motivo di incompetenza andrebbe dichiarato inammissibile (per carenza di interesse a coltivarlo) ove ogni altra censura dedotta risultasse infondata. Soltanto se si ragiona in questi termini

Sennonché, un simile esito non risulta scongiurato neppure dalla lettura soggettiva dalla disposizione citata, posto che il ricorrente ben potrebbe non dolersi (per non averlo colto o per essersi di proposito determinato in tal senso) del vizio di incompetenza (o degli ulteriori vizi a questa assimilati): indipendentemente dalla fondatezza o meno del ricorso, troverebbe in tal caso “cittadinanza” nella realtà giuridica un provvedimento riconducibile a un’ autorità incompetente³²⁰.

Si tratta di un’ inevitabile “corollario [...] della natura decadenziale del termine per il ricorso, in relazione al vizio d’ incompetenza che il ricorrente avrebbe potuto ma non ha fatto valere: di fronte a ciò, e alla cogenza della sentenza per le parti, capitola la ripartizione legale di attribuzioni e competenze”³²¹.

Il che – se da un lato legittima qualche dubbio in ordine alla costituzionalità (in relazione al richiamato art. 97, commi 2 e 3, Cost.) di una disposizione (e più in generale di una disciplina processuale) che non prevede la rilevabilità *ex officio* del vizio di incompetenza (ma sul che vedi

l’ esame di tutti i motivi (e dunque anche di quelli diversi dall’ incompetenza) determina il rischio di “salvezza” di un provvedimento adottato da un’ autorità diversa da quella preposta.

Ma anche a voler concedere che la descritta idea “regga”, si deve in ogni caso osservare come l’ argomento che fa perno sull’ ordine legale di competenze e attribuzioni risulti ugualmente inservibile, per le ragioni che immediatamente si chiariranno nel testo.

³²⁰ Rilievo, questo, che non sfugge alla stessa Plenaria (punto 8.3.2.), la quale anzi finisce quasi per incoraggiare la strategia di quei ricorrenti propensi, nel selezionare i motivi di diritto, a “concentrarsi solo sull’ interesse sostanziale effettivamente perseguibile”. Ed è appunto perché la Plenaria è ben consapevole di una simile eventualità che non può non condividersi la critica che a questa viene mossa, sul punto, da E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro*, cit., 2202 e L.R. PERFETTI - G. TROPEA, “Heart of darkness”, cit., 272-273, i quali correttamente osservano come sia paradossale impiegare l’ argomento (della necessaria salvaguardia) dell’ ordine legale di attribuzioni e competenza a sostegno della lettura soggettiva dell’ art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. e poi riconoscere la (persistente) possibilità (peraltro finanche incentivata) che questo venga alterato (in caso di mancata deduzione del vizio di incompetenza).

³²¹ Così, L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell’ incompetenza*, cit., 837, ove si sottolinea (alla nota 11) che l’ alterazione dell’ ordine legale discende unicamente da tali ragioni (*i.e.* termine decadenziale per dedurre il vizio di incompetenza e cogenza della sentenza per le parti) e non invece, come pure si legge talora in giurisprudenza, dal principio – che si vorrebbe (a torto) applicabile anche al processo amministrativo – secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

infra), dall'altro - vale a dimostrare l'inservibilità dell'argomento in parola³²².

Non v'è chi non veda, infatti, come una certa esigenza (nella specie: salvaguardare l'ordine legale di attribuzioni e competenze) possa coerentemente essere posta a sostegno di una certa esegesi normativa unicamente laddove la disposizione di cui trattasi, ove intesa nel senso prospettato, risulti effettivamente idonea ad assicurarla.

Poiché, in tal caso, così non è, l'argomento in parola deve essere scartato. Parimenti (e anzi ancora più) debole si rivela poi l'argomento che prende le mosse dalla "separazione dei poteri" e dalla "riserva di amministrazione"³²³, le quali asseritamente varrebbero a richiedere dapprima l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione preposta e, soltanto dopo, il sindacato del giudice.

In disparte il rilievo che la separazione dei poteri attiene invero ai plessi giudiziario e amministrativo globalmente riguardati - talché detto principio varrebbe, al più, a inibire al giudice uno scrutinio anticipato rispetto a un potere che nessuna autorità abbia ancora esercitato (ma non anche rispetto a un potere esercitato da un'amministrazione incompetente) - si deve in ogni caso osservare come l'argomento in parola appaia inspendibile in un sistema che conosce l'azione di condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto (artt. 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c) c.p.a.)³²⁴

³²² A nulla rileva, a tal proposito, che lo stesso problema (*i.e.* l'eventuale mancata deduzione del vizio di incompetenza) possa porsi anche a voler leggere l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. in chiave oggettiva: posto che neppure l'esegesi soggettiva è in grado di salvaguardare (almeno non in ogni caso) l'ordine legale di attribuzioni e competenze, detto argomento non può essere utilmente impiegato onde privilegiare tale interpretazione.

³²³ "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 il sindacato del giudice situarsi a valle dell'esercizio della funzione da parte dell'autorità amministrativa preposta.

³²⁴ In termini L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza*, cit., 837-838, il quale osserva - richiamando le riflessioni in argomento di R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 584-586; E. CANNADA BARTOLI, *Processo*

Se la separazione dei poteri non preclude al giudice di accertare – sia pure soltanto in ipotesi circoscritte e ben definite – la fondatezza della pretesa del ricorrente a conseguire il provvedimento ampliativo anelato, non si vede come la stessa possa valere a inibirgli di “pregiudicare” (attraverso il sindacato di un provvedimento adottato da un’ autorità incompetente) l’ esercizio del *munus* da parte dell’ autorità amministrativa preposta.

Il che, peraltro, vale a più forte ragione ancora ove si consideri che l’ azione di adempimento può cumularsi a quella contro il silenzio: in tale evenienza, il giudice si pronuncia su un potere che l’ autorità competente non ha ancora esercitato, predeterminando l’ epilogo di un procedimento mai svolto mediante sussunzione di fatti semplici entro le pertinenti norme (compito che, *in thesi*, non potrebbe che spettare – almeno in prima battuta – all’ amministrazione).

Anche qui, dunque, valgono considerazioni non dissimili a quelle che si sono svolte con riferimento all’ argomento vagliato in precedenza: una certa esegesi normativa può essere utilmente fondata su una data esigenza soltanto se quest’ ultima risulta, a livello di sistema, effettivamente avvertita.

Poiché ciò non può dirsi della (esigenza di preservare sempre e comunque la) separazione dei poteri, deve escludersi che questa possa essere impiegata onde giustificare la (necessaria) lettura in chiave soggettiva dell’ art. 34, comma 2, c.p.a..

amministrativo (considerazioni introduttive), in *Nov. dig. it.*, 1966, XIII, 1087; G. SORRENTINO, *Vizio di incompetenza*, cit., 87-90 e A. TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda*, cit., 286 (ma si v. pure B. CAVALLO, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, cit., 79-84) – come forti dubbi circa la persuasività della concezione rigida di separazione dei poteri invocata a fondamento di tale lettura potessero invero nutrirsi anche nel sistema previgente al codice (ove pure non era contemplata l’ azione di adempimento).

Sgombrato il campo anche dal secondo argomento³²⁵, rimane da concentrarsi sul primo, il quale, come già si è anticipato, appare persuasivo.

Laddove il giudice, riscontrato il vizio di incompetenza, procedesse a esaminare anche gli ulteriori motivi di ricorso (non importa se accogliendoli o meno), si formerebbero regole giudiziali di condotta cui l'autorità preposta, che pure non ha preso parte al processo, dovrebbe tuttavia conformarsi.

Ebbene, un simile esito appare evidentemente incompatibile con il diritto di difendersi in giudizio, sicché deve convenirsi con la Plenaria – salvo quanto subito appresso – circa la necessità di leggere l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., in senso soggettivo³²⁶³²⁷.

³²⁵ In L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza*, cit. 838, onde dimostrare l'inservibilità dell'argomento che ruota attorno alla separazione dei poteri si si rileva altresì come "il canone della «piena giurisdizione», prescritto dall'art. 6 CEDU onde compensare i (fatali) *deficit* di garanzie (del giusto processo) nell'ambito del procedimento amministrativo, certamente non tollera un giudice nazionale che, arrestandosi ben prima di aver esaurito l'intero compendio delle censure sottopostegli finisce per menomare la capacità della sua stessa sentenza di appagare ben più intensamente la sfera giuridica del ricorrente". Il rilievo non persuade appieno, per due ordini di ragioni: anzitutto, un sindacato ispirato al canone della *full jurisdiction* non è precluso, ma solo rimandato dall'obbligo di assorbire le censure diverse dall'incompetenza in caso di fondatezza di quest'ultima. In secondo luogo, in tutti i casi di sanzioni amministrative (che rappresentano peraltro il terreno privilegiato di operatività del canone in parola), l'annullamento (ancorché pronunciato sulla sola base del vizio di incompetenza) si rivela (attesa l'ordinaria previsione di un termine di decadenza per l'esercizio del potere sanzionatorio, che nel più dei casi risulta ormai spirato una volta che il ricorso sia stato deciso) perfettamente idoneo (quasi "troppo", nell'ipotesi – di scuola – di sanzione perfettamente legittima ma adottata da un'autorità diversa da quella preposta) a compensare i *deficit* di garanzie scontati nel corso del procedimento. In altre parole, la pronuncia (meramente) demolitoria risulta pienamente soddisfattiva per il ricorrente.

³²⁶ Nello stesso senso L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza*, cit., 839, il quale peraltro non nega (845) che la disposizione debba leggersi pure in senso oggettivo (avendo perciò "due volti"), valendo in quest'ottica a imprimere "un ordine tendenziale ai rapporti tra amministrazione e giurisdizione" che vuole il controllo del giudice collocarsi a valle dell'esercizio della funzione amministrativa. L'Autore, peraltro, discorre di ordine "tendenziale" perché questo incontra delle deroghe tanto nell'ipotesi di azione avverso il silenzio (vieppiù se cumulata con l'azione di adempimento), quanto nell'ipotesi di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, secondo alinea, c.p.a.

³²⁷ La lettura soggettiva dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. si impone perché manca nel codice altra disposizione che consenta di assicurare identico risultato (*i.e.* di garantire il diritto di difesa all'amministrazione preposta). Non può infatti reputarsi tale l'art. 28, comma 3, c.p.a., che non si presta a venire interpretato nel senso di imporre al giudice –

Una volta che però si riconosca che la *ratio* dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., risiede solo ed esclusivamente nell'esigenza di garantire la tutela del contraddittorio, occorre necessariamente ridefinirne lo spettro di operatività: una simile esigenza, infatti, non si pone ogniqualvolta sia dedotto il vizio di incompetenza³²⁸.

Nel paragrafo che segue si procederà allora a individuare puntualmente i singoli casi in cui, in concreto, deve ritenersi sussistente in capo al giudice il duplice obbligo di vagliare per primo motivo afferente al vizio in parola e di assorbire le ulteriori illegittimità ove ne riscontri la fondatezza.

3. L'ambito di applicazione della norma.

Se è vero che la sola *ratio* che giustifica l'interpretazione in chiave soggettiva dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. è da rintracciarsi nell'esigenza di assicurare all'autorità preposta (chiamata come tale a conformarsi al vincolo conformativo che promana dalla sentenza che accolga il ricorso) il diritto di difesa in giudizio, deve poi giocoforza riconoscersi che la disposizione è destinata a dispiegare la portata precettiva di cui si è detto soltanto laddove l'incompetenza censurata dal ricorrente attenga a relazioni intersoggettive (e sempreché, ovviamente, l'amministrazione che ha invaso l'altrui sfera di competenza e quella che se ne è vista privata risultino entrambe titolari di attribuzioni convergenti

a fronte di un ricorso affidato, tra altre, alla censura di incompetenza - di ordinare l'intervento dell'amministrazione competente.

³²⁸ Lo rileva anche L. BERTONAZZI, *op. ult. cit.*, 839 ss.. Ma, in epoca ben più risalente (e nel vigore di una disposizione - l'art. 26 della legge Tar - la cui formulazione letterale non pareva lasciare spazio a interpretazioni restrittive), si vedano le intuizioni in tal senso di B. SASSANI, *In tema di incompetenza "infrasogettiva"*, cit., 724-725.

nello stesso settore, posto che altrimenti si ricadrebbe nel difetto assoluto di attribuzione³²⁹).

Non così, invece, quando l'incompetenza lamentata con il gravame inerisca a relazioni interorganiche: in consimili casi – essendo parte necessaria del giudizio l'amministrazione cui fanno capo sia l'organo che in concreto ha agito, sia quello a ciò deputato *ex lege* – non si avrebbe all'evidenza alcun pregiudizio del diritto di difesa³³⁰.

Non solo: devono parimenti ritenersi estranei all'ambito di applicazione dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., quelle ipotesi in cui l'incompetenza prospettata dal ricorrente attenga bensì a relazioni intersoggettive, e tuttavia l'amministrazione preposta (volontariamente o dietro ordine del giudice: art. 28, commi 2 e 3, c.p.a.) sia intervenuta nel processo, affianco alla (o in luogo della, laddove questa non si sia costituita) autorità (incompetente) che ha emanato il provvedimento impugnato e ivi figura (perciò) come resistente.

Ne deriva che, in tutti i casi da ultimo compendiati – i quali come detto si collocano al di fuori dell'orbita dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. –, non solo deve consentirsi al ricorrente di prospettare il vizio di incompetenza in via subordinata rispetto ad altri³³¹, ma deve altresì escludersi che il giudice, appuratane la consistenza, sia tenuto ad assorbire gli ulteriori motivi dedotti (salvo che – naturalmente – questi

³²⁹ Sulla distinzione tra incompetenza relativa e assoluta e sulla progressiva dilatazione della prima a scapito della seconda in base ai criteri del "settore" o della "branca" di amministrazione (o ancora del "plessso organizzativo" o del "settore amministrativo") si veda, per tutti, R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 488 ss.

³³⁰ In tal senso, cfr. 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..

³³¹ 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.

siano stati prospettati subordinatamente al rigetto del motivo relativo all'incompetenza³³²)³³³.

È bene precisare come non valga a infirmare le conclusioni testé raggiunte l'assenza di una disposizione che imponga al giudice, una volta riscontrato il vizio di incompetenza, di accertare l'autorità competente.

Il punto necessita di essere brevemente chiarito: sebbene il motivo relativo all'incompetenza sia sempre consistito nella (sola) negazione della competenza dell'autorità che ha adottato l'atto³³⁴, l'art. 26, comma 2, primo periodo, della legge n. 1034/1971³³⁵ imponeva di ritenere, "se le parole del legislatore" avevano "un senso", "che la dichiarazione circa l'autorità competente" fosse "suscettibile di acquistare forza di giudicato"³³⁶.

L'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., invece, non prevede l'obbligo per il giudice di accertare (anche) l'amministrazione preposta: una simile

³³² Trattasi di eventualità rara ma non impossibile a verificarsi: si pensi, tanto per fare un esempio, ai casi in cui il potere amministrativo che viene in rilievo sia sottoposto a un termine di decadenza già decorso nelle more del giudizio o, comunque, prossimo a spirare.

³³³ In L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale*, cit., 841, si rileva altresì come, in dette ipotesi, risulti anche "ipotizzabile l'accoglimento della c.d. azione di adempimento, esperita contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento negativo". In effetti, nelle fattispecie che ricadono nel perimetro dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. (vale a dire quelle di incompetenza che attiene a relazioni intersoggettive, senza che l'Amministrazione titolare del potere prenda parte al 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.

³³⁴ In proposito cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, 248, ove il rilievo per cui "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".

³³⁵ E, prima, l'art. 45, comma 1, secondo periodo, r.d. n. 1054/1924.

³³⁶ A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 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.

pronuncia integra oggi soltanto una facoltà, che trova fondamento nell'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.³³⁷.

Cionondimeno, anche laddove il giudice non esercitasse detta facoltà³³⁸, l'autorità amministrativa prima o dopo individuata come titolare della competenza³³⁹ si troverebbe ad attuare regole di condotta scaturite da un giudizio in cui non è stata evocata né è altrimenti intervenuta.

Tornando all'ambito applicativo della disposizione, è da dire che la giurisprudenza vi ha attratto, oltre all'incompetenza, l'assenza della proposta vincolante prevista *ex lege* come indefettibile e la mancata acquisizione di un parere obbligatorio o di una valutazione tecnica *ex artt.* 16 e 17 l. n. 241 del 1990.

Al riguardo, valgono le medesime considerazioni svolte sopra: procedendo dall'intima *ratio* della disposizione, occorre circoscriverne coerentemente lo spettro di operatività alle sole fattispecie in cui l'organo competente a formulare la proposta, a rendere il parere o la valutazione tecnica sia inserito in un'Amministrazione diversa da quella precedente (titolare della competenza ad adottare il provvedimento finale).

³³⁷ 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. Non serve sottolineare che ove il giudice eserciti detta facoltà individuando nella pronuncia l'autorità competente, detto accertamento sarebbe idoneo al giudicato.

³³⁸ Da una rassegna della pertinente giurisprudenza emerge come l'individuazione dell'autorità competente sia pressoché costante. Peraltro, l'esercizio di facoltà risulta senz'altro da incentivare per evitare possibili abusi a opera dell'amministrazione: si pensi, per cogliere il punto, a 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 ricorrente.

³³⁹ Non importa, nell'economia del discorso che si sta conducendo, se in sede di ottemperanza o in esito ad un ulteriore giudizio di cognizione.

Esulano, per contro, dalla disposizione i casi in cui: a) l'organo competente a formulare la proposta, a rendere il parere o la valutazione tecnica appartenga alla stessa Amministrazione procedente³⁴⁰; b) pur appartenendo quell'organo ad Amministrazione diversa da quella procedente, la prima intervenga 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 evenienze, i vizi in parola sono graduabili dal ricorrente e il giudice, ove pure li riscontri, può (e anzi deve) esaminare anche gli altri motivi³⁴¹

Per concludere le presenti riflessioni, conviene individuare uno a uno, a mo' di riepilogo, quei vizi (ulteriori rispetto all'incompetenza) che ricadono nel perimetro dell'art. 34, comma 2, c.p.a..

Si tratta:

- a) della mancata richiesta di parere obbligatorio;
- b) della mancata acquisizione di un parere, obbligatorio o facoltativo, che deve essere rilasciato da amministrazioni preposte alla cura di certi interessi cd. sensibili³⁴² (pareri non prescindibili neppure se richiesti in via facoltativa: art. 16, comma 3, l. n. 241/1990);
- c) della mancata richiesta di parere vincolante, posto che questo è, anzitutto, obbligatorio;

³⁴⁰ 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.

³⁴¹ Rileva L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale*, cit., 843, nota 32, che "[i]dentica 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 titolo 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".

³⁴² Si tratta delle "[a]mministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini" (art. 16, comma 3, l. n. 241/1990).

- d) della mancata acquisizione di parere vincolante, in quanto tale di regola non prescindibile;
- e) della mancata richiesta di valutazione tecnica (art. 17, l. n. 241/1090);
- f) della mancata acquisizione di valutazione tecnica (sempre obbligatoria al pari della richiesta: art. 17, commi 1 e 2, l. n. 241/1990);
- g) della mancata richiesta e/o acquisizione di una proposta che la legge configura come “indefettibile” e “vincolante” rispetto al susseguente provvedimento³⁴³.

Esulano, per contro, dallo spettro di operatività dell’art. 34, comma 2, c.p.a., non potendo essere riguardati alla stregua di vizi “assimilati” all’incompetenza:

- a) la mancata acquisizione di parere obbligatorio debitamente richiesto, perché 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)³⁴⁴;
- b) la mancata richiesta di parere facoltativo, la cui richiesta esprime appunto una facoltà;
- c) la mancata acquisizione di parere facoltativo, perché (la regola è nel senso 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)³⁴⁵.

³⁴³ Così, espressamente, Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015, cit., punto 8.3.2..

³⁴⁴ Fa eccezione, evidentemente, l’ipotesi in cui il ricorrente lamenti l’illegittimo esercizio illegittimo di tale facoltà perché esplicita prima del decorso del termine previsto per rendere il parere.

³⁴⁵ Salvo, anche qui, che il ricorrente lamenti l’illegittimità della condotta del responsabile del procedimento assumendo che questi si sia risolto nel senso di prescindere dal parere facoltativo in pendenza del termine per l’esercizio della funzione consultiva.

4. Compatibilità dell'esegesi accolta con la natura soggettiva del processo.

Posto che l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., deve leggersi in senso soggettivo, valendo perciò a obbligare il giudice – sia pure nei soli casi che si sono da ultimo individuati – a scrutinare per primo il motivo relativo all'incompetenza (o ai vizi a questa assimilati) e ivi arrestarsi (assorbendo gli ulteriori motivi eventualmente dedotti) ove ne riscontri la fondatezza, si tratta a questo punto di chiarire se una simile soluzione sia o meno compatibile con le acquisizioni cui si è prevenuti nel Capitolo che precede.

Ivi si è sostenuto, lo si ricorderà, che in un processo di natura soggettiva (quale certamente è il processo amministrativo), governato dal principio dispositivo (sostanziale e formale), deve senz'altro riconoscersi al ricorrente la facoltà di graduare le censure in modo vincolante.

Di talché, l'esegesi in chiave soggettiva dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. – che pure si è detto qui essere condivisibile – risulta (almeno *prima facie*) porsi in contrasto con le riferite conclusioni.

Tuttavia, se si considera, per un verso, che detta lettura è preordinata (unicamente) a garantire il diritto di difesa dell'amministrazione preposta (altrimenti tenuta a dare esecuzione a una sentenza pronunciata in esito a un giudizio cui non abbia partecipato) e, per altro verso, che a connotare una giurisdizione soggettiva non è soltanto (la circostanza che in essa trovi applicazione) il principio della domanda, ma pure la parità delle parti³⁴⁶, si comprende come la contraddizione sia invero soltanto apparente³⁴⁷.

³⁴⁶ In tal senso, espressamente, Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015, cit., punto 8.1.

³⁴⁷ Non può dunque condividersi l'obiezione che non poca dottrina muove alla Plenaria, sostenendo che questa, laddove legge in chiave soggettiva l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., viene meno ai principi dalla stessa proclamati, recuperando per spazio a un

È innegabile che la previsione di un meccanismo in grado di assicurare all'Amministrazione (accertata come) competente la possibilità di esercitare il suo diritto di difesa in giudizio, sarebbe preferibile rispetto alla regola che discende dall'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a.³⁴⁸.

A fronte di un meccanismo di tal tipo, infatti, non vi sarebbero più tipologie di vizi sottratte alla facoltà di graduazione, che il giudice è tenuto vagliare con priorità e la cui fondatezza comporta il dovere di non esaminare gli altri motivi dedotti con l'impugnativa.

Il sistema, pertanto, assicurerebbe la parità delle parti senza per contro "comprimere" il principio dispositivo.

Nondimeno, il sacrificio del secondo in nome della prima (che parimenti connota una giurisdizione soggettiva) deve comunque ritenersi

controllo oggettivo sulla funzione pubblica. (così, invece, L.R. PERFETTI - G. TROPEA, "Heart of darkness", cit., 256 e 272; N. PAOLANTONIO, *Gli interessi generali*, cit., 3, che discorre di "retaggio... di stampo oggettivistico, contrario al principio di effettività della tutela"; M. TRIMARCHI, *Principio della domanda*, cit., 119 e 1121). Ora, che il duplice vincolo giudiziale promanante dall'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. (ove così interpretato) comprima il principio dispositivo è indubbio, come pure è indubbio che detto vincolo determini, di fatto, un sindacato pieno sulla legalità violata. Nondimeno, se ci si avvede che, sul piano dommatico, quel vincolo è funzionale a garantire la tutela del contraddittorio, l'asserita contraddizione (rispetto a una giurisdizione soggettiva) si rivela, per le ragioni viste nel testo, soltanto apparente.

³⁴⁸ Rileva L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale*, cit., 847, richiamando quanto già osservato in R. VILLATA - L. BERTONAZZI, *sub art. 41*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 399-400 e 409-410, che "forse" quel meccanismo cui si accennava nel testo già esisterebbe. Si sostiene in fatti che l'art. 27, comma 2, c.p.a. si presterebbe ad annoverare l'amministrazione competente (terza rispetto al giudizio) tra le parti necessarie nei cui confronti ordinare l'integrazione del contraddittorio. Tale soluzione muove dall'idea del "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". A voler intendere l'art. 27, comma 2, c.p.a. in tal senso, si conclude, 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 sistema sarebbe perciò più allineato alla matrice soggettiva che, come ormai si confida di avere chiarito, lo connota.

L'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. si ridurrebbe allora a disposizione che riflette un consolidato modello tendenziale delle relazioni tra amministrazione e giurisdizione, per cui il processo si colloca a valle del procedimento, salve le rilevate eccezioni dell'azione avverso il silenzio e della c.d. azione di adempimento

tollerabile, tanto più che al ricorrente è comunque dato “sottrarsi” alle conseguenze che discendono dall’art. 34, comma 2, primo alinea, c.p.a., omettendo di censurare il vizio di competenza (e quelli a essa assimilati).

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Azione di annullamento e azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto: logiche irriducibilmente differenti. – 2. Postilla: errore del giudice nella definizione dell'ordine di esame dei motivi e regime dell'appello.

1. Azione di annullamento e azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto: logiche irriducibilmente differenti.

Dal discorso sin qui condotto è emerso che, nel giudizio di mero annullamento, l'ordine dato ai motivi nell'impugnativa vincola il giudice³⁴⁹.

Ciò vale non solo a fronte di un'espressa graduazione delle censure da parte del ricorrente, ma anche quando quest'ultimo abbia affidato il gravame a doglianze incompatibili senza istituire tra le stesse una precisa gerarchia³⁵⁰.

Se infatti è da escludere che, in consimili ipotesi, il giudice si faccia carico di interessi pubblici perseguiti dall'amministrazione o di interesse generali dell'ordinamento³⁵¹, parimenti insostenibile è che questi si erga a tutore (o a interprete autentico dell'interesse) della parte privata³⁵²: il

³⁴⁹ Con la sola eccezione del vizio di incompetenza, e sempreché (i) il vizio in questione attenga a relazioni intersoggettive e (ii) l'autorità usurpata delle proprie funzioni non intervenga (volontariamente o *iussu iudicis*) nel processo (cfr. Cap. III, spec. parr. 2 e 3).

³⁵⁰ Ove i motivi di ricorso non siano incompatibili e il ricorrente non li abbia graduati, il giudice è tenuto a esaminarli tutti, talché l'*ordo procedendi* diviene del tutto irrilevante (cfr. Cap. II, par. 7, ma già Cap. I, par. I).

³⁵¹ Cfr. gli approfondimenti svolti al Cap. II, parr. _ e _ , ove si è mostrata l'assenza di un addentellato normativo cui fondatamente ancorare un potere officioso volto al più pieno ripristino della legalità violata o alla miglior cura dell'interesse pubblico concreto.

³⁵² Tanto più che, come rilevato *supra* (cfr. Cap. II, par. 7), la circostanza che a valle del giudizio residui un potere in capo all'amministrazione, quantomeno nelle forme dell'autotutela (s'intende: basata su tratti dell'azione amministrativa rimasti estranei alla pronuncia) rende impossibile al giudice pronosticare con certezza quale motivo sia più soddisfacente per il ricorrente.

contenuto della tutela accordata deve dipendere da una scelta – quand’anche non del tutto consapevole – di chi la richiede, non di chi la eroga³⁵³.

Si è poi visto, però, che identiche conclusioni non si prestano a venire estese al giudizio di spettanza: qui, se il motivo di annullamento dedotto in subordine è idoneo a impedire, ove fondato, l’accoglimento dell’azione di condanna in forza del motivo di annullamento prospettato in via principale, al giudice va riconosciuto il potere di esaminarlo prioritariamente.

Si tratta di soluzione che, lungi dall’essere preordinata a salvare l’amministrazione da sé stessa, è ineludibile corollario della logica che ispira il processo e del tipo di sentenza che lo definisce³⁵⁴.

Del resto, che il riconoscimento al giudice di un potere siffatto non ha nulla da spartire con la (tutela della) parte pubblica o (con la salvaguardia del)l’interesse ch’essa persegue, emerge compiutamente sol che si rammenti che:

- (i) identico potere trova cittadinanza nel processo civile, ove – almeno di regola – la parte convenuta non è una pubblica amministrazione, e men che mai quale autorità che ha inciso *iure imperii* l’altrui sfera giuridica sul piano sostanziale³⁵⁵;
- (ii) anche restando al processo amministrativo, nessuno si è mai scandalizzato dinnanzi alla (né ha intravisto forme di “neo-

³⁵³ Ove si consentisse al giudice di andare alla ricerca del motivo da cui principiare il proprio sindacato – poco conta se avendo di mira il massimo appagamento di interessi ultraindividuali o di quello privato facendo capo al ricorrente –, il contenuto di accertamento della decisione non sarebbe imputabile (perlomeno non in via immediata) a una scelta del ricorrente, ciò che – in assenza di una norma o di ragioni di ordine sistematico che valgano a fondare un siffatto potere d’ufficio – contrasta con la natura soggettiva che connota il processo (cfr. *supra*, Cap. II, par.7)

³⁵⁴ Cfr., *funditus*, Cap. II, par. 8.

³⁵⁵ Sul riconoscimento di identico potere al giudice nel processo civile cfr. Cap. II, par. 3.

oggettivismo”³⁵⁶ nella) circostanza che il giudice, quando chiamato a pronunciarsi sulla domanda risarcitoria – che segue le medesime logiche della pretesa di condanna al rilascio del provvedimento – esamini anche (e con priorità, in quanto fatto potenzialmente modificativo del diritto al risarcimento dei danni) il vizio più radicale, ove pure dedotto in via subordinata³⁵⁷.

Si aggiunga poi che, già in tempi risalenti, la dottrina aveva messo in guardia dall’idea (ancora oggi piuttosto diffusa) che “l’officialità dell’attività del giudice” necessariamente “risponda ad esigenze di tutela dello «interesse pubblico»”³⁵⁸.

Vi è allora da chiedersi, alla luce degli esiti raggiunti – e a costo di apparire attestati su posizioni retrograde –, se l’innesto dell’azione di adempimento nel tessuto della giustizia amministrativa si traduca davvero (meglio: in tutti i casi) in un effettivo progresso della tutela giurisdizionale per chi la invoca.

Valga come esempio il ricorso avverso l’altrui aggiudicazione con cui si dolga in via principale di un vizio escludente e, in subordine, di un vizio invalidante l’intera procedura.

Immaginando che entrambe le censure siano fondate, se l’atto introduttivo recasse la sola azione costitutiva il ricorrente confiderebbe di

³⁵⁶ Mutuando il lessico coniato da A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti*, cit., 463, e ripreso poi da G. DE GIORGI CEZZI, *Poteri d’ufficio del giudice*, cit., 39.

³⁵⁷ Si prenda a esempio il caso in cui il ricorrente insorga avverso l’altrui aggiudicazione dolendosi in via principale di un vizio escludente e, in subordine, di un vizio invalidante l’intera procedura. Si pensi altresì che il ricorso rechi, oltre all’azione di annullamento, anche la pretesa risarcitoria, per essere il contratto ormai integralmente (o in massima parte) eseguito. Nell’ipotesi emarginata il giudice, nel pronunciare sul risarcimento del danno, pacificamente accerterebbe anche (e anzi con priorità) la censura subordinata e, ove quest’ultima si rivelasse fondata, il ricorrente giammai si vedrebbe liquidato l’utile correlato all’esecuzione del contratto.

³⁵⁸ Così F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice ai motivi di parte*, cit., 98-99. Più di recente, stigmatizza l’asserita equazione poteri *ex officio*=tutela dell’interesse pubblico P. CERBO, *L’ordine di esame dei motivi*, cit., 87.

divenire aggiudicatario sulla base dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento.

Qualora invece il ricorso contenesse anche l'azione di condanna, il ricorrente vedrebbe disconosciuta quella pretesa.

2. Postilla: errore del giudice nella definizione dell'ordine di esame dei motivi e regime dell'appello.

Prima di concludere, resta da vedere quali rimedi siano esperibili a fronte dell'errore del giudice nella definizione dell'*ordo procedendi*.

Al riguardo occorre ancora una volta distinguere il giudizio meramente impugnatorio da quello di spettanza.

In quest'ultimo caso, si è mostrato che il giudice – indipendentemente dalle scelte di parte – deve procedere all'esame delle censure/pretese avendo cura di rispettare l'eventuale nesso di pregiudizialità/dipendenza tra le stesse intercorrente. Così, se un certo motivo tra quelli dedotti a sostegno della domanda di annullamento (ad esempio l'illegittima composizione della commissione giudicatrice) è tale da ipotecare negativamente, ove fondato, l'esito della domanda condemnatoria (evidentemente supportata da altra illegittimità, quale ad esempio la carenza di un requisito partecipativo in capo all'aggiudicatario), il giudice deve scrutinarlo con priorità, ove pure il ricorrente lo abbia prospettato in via subordinata.

Si è pure visto come tale conclusione si imponga giacché, in caso contrario – laddove cioè il giudice si limitasse ad appurare la bontà (del motivo dedotto in via principale, posto a fondamento) dell'azione di condanna – si formerebbe un giudicato implicito sul motivo di annullamento pregiudiziale incompatibile. Si comprende, dunque, come l'inversione dell'ordine di esame delle censure/pretese si traduca qui in un *error in*

iudicando, rimediabile dall'amministrazione impugnando nel merito la sentenza di primo grado.

Diverso discorso vale invece per il giudizio di mera impugnazione: in questo caso, l'eventuale decisione prioritaria (e assorbente) della doglianza subordinata³⁵⁹ nulla consente di desumere a proposito (delle sorti) della principale³⁶⁰: essa non può considerarsi implicitamente rigettata³⁶¹, talchè qui l'inversione dell'ordine di esame dei motivi si risolve (nell'assorbimento cd. improprio del motivo principale e, così) nella violazione del dovere di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Tanto precisato, tale *error in procedendo* può essere fatto valere dal ricorrente con l'appello, che – almeno secondo la tesi prevalente – si attegga qui non ad autentica impugnazione (mancando invero una decisione – di rigetto – contro cui scagliarsi), ma a strumento tecnico per far 'rivivere' la censura (o la domanda) lasciata senza risposta dal giudice di prime cure³⁶².

³⁵⁹ è appena il caso di precisare che identico ragionamento vale per l'ipotesi in cui il ricorso sia affidato a motivi incompatibili non espressamente graduati e il giudice accordi precedenza a un motivo diverso da quello dedotto per primo nell'impugnativa.

³⁶⁰ In tal senso M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello*, cit., par. 3, che richiama sul punto le pregnanti considerazioni di C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 803 ss..

³⁶¹ Così invece G. SIGISMONDI, *Appello al Consiglio di Stato*, cit., 402 ss., secondo cui la pronuncia sulla domanda subordinata "comporta la soluzione implicita della principale", da intendersi "decisa [...] in senso negativo". Nella dottrina del processo civile ragionano allo stesso modo V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 237, e A. CARRATTA - M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, cit., 208 ss., i quali però fanno riferimento esclusivo al cumulo (non subordinato ma) consequenziale, ove l'esame della seconda domanda (eventuale) è condizionata dall'attore all'accoglimento della prima (principale).

³⁶² Così, *ex multis*, E. F. RICCI, *Il doppio grado di giurisdizione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 66; N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, 169 ss., il quale osserva che, proprio in quanto il capo di sentenza omessa non esiste, non solo non è possibile parlare tecnicamente di soccombenza, ma la denuncia del vizio con l'appello comporta non una vera e propria caducazione della sentenza, bensì la possibilità di aprire il secondo grado per ottenere l'esame della domanda o della porzione di domanda omessa.

Contra, invece, R. POLI, *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 337, secondo cui bisognerebbe assumere un concetto più elastico di parte di sentenza e ritenere che con l'appello si impugni la sentenza nella parte in cui essa è priva del contenuto che avrebbe dovuto possedere

In questa direzione pare del resto militare la lettera dell'art. 101, comma 2, c.p.a., a mente del quale “[s]i intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio”: se già l’impiego del verbo riproporre legittima l’idea che di vero e proprio gravame non possa parlarsi, questa sensazione è ulteriormente avvalorata dalla possibilità riconosciuta alla parte appellata, risultata vittoriosa in relazione alla(e) domanda(e) decisa(e), di servirsi a tal fine – cioè per la riproposizione – di una semplice memoria anziché dell’appello incidentale³⁶³.

In ogni caso, al netto degli aspetti meramente teorici testé segnalati³⁶⁴, il problema (parimenti teorico, ma questa volta foriero anche di ricadute sul

³⁶³ Lo stesso non può dirsi – perlomeno non con altrettanta sicurezza – in ordine all’art. 346 c.p.c., norma di tenore analogo all’art. 101, comma 2, c.p.a., posto che ivi si discorre di domande ed eccezioni “non accolte nella sentenza di primo grado” ed è controverso se tale formula includa anche le domande impropriamente dichiarate assorbite o dimenticate (in tal senso in particolare N. RASCIO, *op. ult. loc. cit.*, nonché, nella dottrina del processo amministrativo, A. SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato. Brevi note a margine dell’Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 647, nota 68) oppure soltanto le domande dichiarate espressamente e propriamente assorbite (così, ad esempio, A. ATTARDI, *Note sull’effetto devolutivo dell’appello*, in *Giur. it.*, 1961, 158; R. POLI, *op. ult. loc. cit.*, e V. BATTAGLIA, *Ancora sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 433). In ogni caso, anche a voler aderire a questa seconda lettura, ciò non impedisce di escludere che l’atto d’appello funga – rispetto alle domande inspiegabilmente lasciate inevase in primo grado – da autentico mezzo di gravame (valendo semmai come *vestimendum* per la riproposizione di quella domanda), posto che tale impostazione si fonda – più che sul dato positivo – sull’idea – già segnalata – che in consimili evenienze non possa ravvisarsi una soccombenza né una decisione da aggredire. Prova ne sia che nel processo civile la riproponibilità in altro giudizio della domanda non decisa è pacificamente ammessa (cfr., tra altri, G. CRISTOFOLINI, *Omissione di pronunzia*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, 96; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., 1275 ss.; G. VERDE, *Domanda*, cit., 10; A. TEDOLDI, *L’appello civile*, Torino, 2016, 220 ss.; nonché A. ATTARDI, *op. ult. loc. cit.*).

³⁶⁴ Nel processo amministrativo (di legittimità), a differenza che nel processo civile, discutere della natura dell’appello a fronte dell’infra-petizione – vera impugnazione oppure nuova porta d’ingresso per la domanda rimasta inevasa – è esercizio di sola teoria, ché l’opzione per l’uno o l’altro corno dell’alternativa è destinata in concreto a rimanere priva di ricadute applicative. Mentre infatti in sede civile, negare che di autentico gravame si tratti, perché sulla domanda trascurata non vi è decisione (e non può perciò esservi, *a fortiori*, nemmeno giudicato), consente di ammettere la riproponibilità della stessa domanda in altro

piano) pratico che si pone è quello di stabilire se l'infra-petizione, una volta riscontrata, dia luogo o meno alla rimessione degli atti al giudice di prima istanza.

Nel processo civile, è pacifico che la domanda rimasta inevasa venga decisa direttamente dal giudice dell'appello, poiché l'inosservanza della regola di cui all'art. 112 c.p.c. non rientra tra le ipotesi di rinvio tassativamente indicate dall'art. 354 c.p.c.³⁶⁵.

In seno alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'opinione da sempre prevalente è nel senso che a identiche conclusioni debba giungersi anche nel processo amministrativo.

Questo orientamento ha trovato di recente avallo in quattro arresti pressoché contestuali dell'Adunanza plenaria³⁶⁶, ove la soluzione in parola viene ricavata, in positivo, dal già citato art. 101, comma 2, c.p.a. – che l'onere di riproporre la censura (o la domanda) trascurata dal primo giudice “non avrebbe giustificazione” se di quella censura (o di quella

giudizio (v. la nota precedente), nel processo amministrativo (di legittimità) tale soluzione è comunque impedita, di fatto, dai brevi termini per agire: qui, dunque, l'appello – quale ne sia la natura – è l'unico rimedio alla violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

³⁶⁵ Cfr., *ex plurimis*, G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, 349; E.F. RICCI, *Il doppio grado*, cit., 66; N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, 172. Per vero, non manca chi ritiene che il riferimento contenuto nell'art. 354, comma 1, c.p.a. alla sentenza dichiarata nulla a norma dell'art. 161, comma 2, c.p.c. ossia alla sentenza priva di sottoscrizione, sia in realtà la spia della più generale categoria della sentenza inesistente, cui andrebbe ricondotta l'omissione di pronuncia (la quale, pertanto, condurrebbe alla rimessione: così, ad esempio, A. LORENZETTO PESERICO, *Inesistenza della sentenza e rimessione al giudice di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 522 ss.). Va detto però che tale posizione, oltre a essere minoritaria in dottrina, mai ha fatto capolino in giurisprudenza.

³⁶⁶ Cfr. Cons. Stato, ad plen., 30 luglio 2018, n. 10; Cons. Stato, ad plen., 30 luglio 2018, n. 11; Cons. Stato, ad plen., 5 settembre 2018, n. 14; Cons. Stato, ad plen., 28 settembre 2018, n. 15. Per un commento a tali sentenze si v. A. TRAVI, in *Foro it.*, 2018, III, 584 ss.; M.A. SANDULLI, *Il Consiglio di Stato è giudice in unico grado sulle domande declinate o pretermesse dal T.A.R. La Plenaria definisce i confini del rinvio al primo giudice e stigmatizza la motivazione apparente della sentenza*, in *Federalismi.it*, 2018; A. CASSATELLA, *La Plenaria limita i casi di rinvio al giudice di primo grado*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 207 ss.; A. SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato. Brevi note a margine dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 616 ss.; C. E. GALLO, *Omessa pronuncia e annullamento con rinvio*, cit., 81 ss.; M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello*, cit.

domanda) il giudice d'appello non potesse conoscere³⁶⁷ – e, in negativo, dall'art. 105, c.p.a., ché il mancato esame di una censura o di una domanda non sarebbe ascrivibile ad alcuno dei casi di regressione della causa ivi tipizzati.

In particolare, si esclude che la violazione della corrispondenza tra chiesto e pronunciato possa riguardarsi alla stregua di lesione del diritto di difesa, posto che questa, *in thesi*, atterrebbe alla sola amputazione di talune facoltà della parte perpetratasi nel corso del primo giudizio, mentre nulla avrebbe a che vedere con i contenuti della sentenza del primo giudice³⁶⁸. Parimenti, si nega che l'infra-petizione – perlomeno quando parziale – integri un vizio di nullità della sentenza, assumendo che tale patologia, al di fuori dei casi in cui è espressamente prevista (nullità testuale *ex art.* 156, comma 1, c.p.c.), sia ravvisabile unicamente a fronte della mancanza degli elementi formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo (nullità c.d. virtuale *ex art.* 156, comma 2, c.p.c.). Soltanto quando il Tar, travisando il contenuto dell'azione, non pronunci sulla vera domanda proposta³⁶⁹, l'omissione (a quel punto

³⁶⁷ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 10/2018, punti 26 e 49; Cons. Stato, ad. plen., n. 14/2018, punti 8 e 10; Cons. Stato, ad. plen., n. 15/2018, par. 6.1.1., ove si dice che tale disposizione “chiaramente esclude che l'omesso esame di una domanda (e a maggior ragione di un motivo) possa determinare una regressione al primo giudice”, posto che, “altrimenti, [l'] onere di riproposizione non avrebbe giustificazione”.

³⁶⁸ Sintetizza in questi termini il pensiero – un poco involuto – della Plenaria A. SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato*, cit., 621

³⁶⁹ Invero, l'Adunanza plenaria affianca all'ipotesi in cui il primo giudice abbia deciso una domanda diversa quella – che pure determinerebbe nullità e rinvio – in cui manchi del tutto la decisione sull'unica domanda proposta. Sennonché, riesce alquanto difficile immaginare in concreto questa seconda eventualità: l'infra-petizione – e la sua denuncia in appello – presuppone pur sempre una sentenza cui riferire il vizio (cfr. N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit. 166, nonché G. VERDE, *La domanda*, cit., 10; G. FINOCCHIARO-E. POLI, *Art. 112*, in L. P. COMOGLIO-C. CONSOLO-B. SASSANI-R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, Utet, 2012, 226, ove si osserva che l'omissione non è logicamente configurabile a fronte di un totale rifiuto di provvedere, dal quale semmai deriva la responsabilità del giudice *ex art.* 55, c.p.c., e art. 3, l. n. 117/19), e non si comprende quale potrebbe essere (il contenuto del)la ipotetica sentenza che non pronuncia sulla sola domanda avanzata. Si deve dunque senz'altro convenire con M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello*, cit, par. 8, laddove osserva che “[l'] ipotesi della mancanza della pronuncia sulla domanda e l'ipotesi della pronuncia su domanda non

totale) trasmoda inevitabilmente nell'assenza di motivazione e, perciò, priva la sentenza di uno dei suoi elementi strutturali, valendo così a renderla nulla³⁷⁰.

Tralasciando per un attimo l'argomento a favore della ritenzione della causa in appello desunto dall'art. 101, comma 2, c.p.a., è da dire, con riguardo all'ulteriore argomento (a 'sfavore' del rinvio) tratto dall'art. 105 c.p.a., che, se anche si può convenire con le considerazioni spese dalla Plenaria in tema di (impossibilità di intendere l'infra-petizione quale)

proposta, che la Plenaria prospetta separatamente, [...] in realtà integrano una fattispecie unica, caratterizzata dalla presenza di una pronuncia che non risponde minimamente a ciò che era stato chiesto al giudice dal ricorrente".

³⁷⁰ Cfr. in particolare, Cons. Stato, ad. plen., n. 15/2010, punto 7; Cons. Stato, ad. plen., n. 14/2018, punto. 10; Cons. Stato, ad. plen., n. 10/2018, punti 46 ss., ove si mutua lo strumentario in tema di vizio di motivazione approntato dalla Cassazione, secondo la quale, a seguito dell'abrogazione nel 2012 del controllo di legittimità per le ipotesi di motivazione inesistente, insufficiente e contraddittoria dapprima previsto dall'art. 360 n. 5, c.p.c., tale controllo non sarebbe venuto del tutto meno, ma andrebbe tuttora esercitato se il vizio di motivazione sia tale da costituire una violazione di legge, il che non accade se la motivazione presenta il c.d. minimo costituzionale, cioè i requisiti previsti dall'art. 111, comma 6, Cost. (su tale orientamento della Suprema Corte, con accento fortemente critico, cfr. L. PASSANANTE, *Le sezioni unite riducono al «minimo costituzionale» il sindacato di legittimità sulla motivazione della sentenza civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 180, e, più ancora di recente, M. TARUFFO, *Brevi note sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 621 ss.).

Al netto degli ulteriori rilievi critici che si svolgeranno nel testo, si può qui già dire che la riconduzione, operata dalla Plenaria, dell'omissione di pronuncia totale al vizio assoluto di motivazione, se certo 'serve' alla Plenaria medesima per escludere che l'infra-petizione determini di per sé la nullità della sentenza (ciò che, poi, l'avrebbe costretta ad ascrivere l'omissione anche parziale nell'alveo dell'art. 105 c.p.a.), d'altra parte non può essere condivisa. E infatti, nota M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello*, cit., par. 8, che "l'inesistenza o l'apparenza della motivazione, per quanto gravi o estreme possano essere, sono patologie che attengono al corredo argomentativo della decisione e non alla decisione in sé e per sé, che si estrinseca nel dispositivo. Ne consegue che l'inesistenza o l'apparenza della motivazione non coincidono necessariamente con l'omesso esame della domanda, né lo determinano, tanto che si può ben avere il caso di una domanda che ottenga risposta nel dispositivo della sentenza, nei termini dell'accoglimento o del rigetto, senza che di questa decisione sia data la benché minima motivazione".

Si aggiunga poi che le elaborazioni della Cassazione cui l'Adunanza plenaria attinge riguardano il controllo di legittimità delle sentenze d'appello, e non sembra che le stesse si prestino a venire estese al controllo in appello delle sentenze di primo grado.: osserva A. SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato*, cit., nota 78, che, se si guarda a dottrina e giurisprudenza del processo civile, la tesi di gran lunga prevalente è nel senso che il giudice d'appello, quando riscontra la carenza, pure assoluta, di motivazione, debba decidere la causa senza rinviare (in proposito cfr. A. TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016, 612-613, ove ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali).

lesione del diritto di difesa³⁷¹ – essendo l'elaborazione giurisprudenziale, anche a livello costituzionale, tutta nel senso di attribuire a detto diritto il significato di sintesi di una serie di garanzie procedurali che vanno dal diritto al contraddittorio al riconoscimento della difesa tecnica anche per i meno abbienti³⁷² –, non così sul ragionamento condotto in punto di (mancato inquadramento dell'omissione tra i vizi di) nullità.

Tanto per cominciare, distinguere il regime (dell'appello, ma, prima e più a monte ancora) dell'invalidità afferente a uno stesso identico vizio – la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato – a seconda della sua maggiore o minore gravità (nullità se affligge la sentenza *in toto*, mera ingiustizia se ne inficia soltanto una parte³⁷³) appare operazione metodologicamente scorretta³⁷⁴, tanto più se, come nella specie, manca un qualsivoglia addentellato normativo o sistematico cui ancorare la soluzione propugnata³⁷⁵.

³⁷¹ In tal senso A. SQUAZZONI, *op. ult. cit.*, 621 ss., e M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, par. 10. *Contra*, per le ragioni di cui si dirà subito oltre, alla nota successiva, C. E. GALLO, *Omessa pronuncia e annullamento con rinvio*, cit., 97 ss..

³⁷² Per ampi riferimenti giurisprudenziali e v. U. GOLDONI -R. REALI, *Difesa, I) Difesa e autodifesa*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, *passim*. Peraltro, merita precisare che pure tra coloro che ascrivono al diritto di difesa (anche) il diritto di azione, non manca chi sostiene “che la garanzia di azione e di difesa deve ritenersi lesa soltanto se sia mancata alle parti la possibilità di interloquire in ordine ad un fatto [...] rilevante per la soluzione della controversia” (così N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, 388). Ritiene invece che il diritto di difesa menzionato all'art. 105 includa il diritto di azione e che questo, a sua volta, comprenda la regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (con la conseguenza che l'infrazione dovrebbe dar luogo a rinvio C. E. GALLO, *op. ult. loc. cit.* (ma già in precedenza v. E. PICOZZA, *Presentazione del libro III del codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 705).

³⁷³ È appena il caso di precisare come non valga a spostare i termini dell'obiezione che nel testo si va svolgendo la circostanza che, secondo la Plenaria, a determinare la nullità – quando la sentenza ne è inficiata nella sua interezza – non sia l'omissione di pronuncia (in sé considerata), ma – come si è detto – l'inesistenza o l'apparenza della motivazione.

³⁷⁴ Nota correttamente M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello*, cit., par. 8, che quello della maggiore o minore gravità del vizio è “criterio che, nell'ambito della teoria della invalidità degli atti giuridici, mostra quasi sempre gravi limiti e [...] denota spesso una carenza nell'indagine strutturale dell'invalidità”. Rilievi analoghi si ritrovano anche in A. SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato*, cit., 630, ove si dice “che la Plenaria ha perso di vista la necessità di dettare una soluzione «sistematica» del problema”.

³⁷⁵ A ulteriore riprova dell'arbitrarietà della distinzione – sia sul piano dell'invalidità, sia sul piano delle ricadute in punto di regime dell'appello – tra il caso

Non è infatti sostenibile, in senso contrario, che detta soluzione 'differenziata' - e quindi il confinamento della nullità (e con essa della restituzione degli atti al giudice di prime cure) alla sola ipotesi di omissione che riguardi la sentenza nella sua interezza - sia imposta dall'impossibilità di far luogo a un frazionamento nel rinvio³⁷⁶: come è stato da più parti notato (e come d'altro canto è dimostrato dalla giurisprudenza civile³⁷⁷) non vi è invero alcun ostacolo - né logico né tantomeno giuridico - a immaginare un giudizio che continua in appello per la parte decisa in primo grado e che ivi ritorna, invece, per la parte rimasta originariamente trascurata³⁷⁸.

In ogni caso, il passaggio più debole della parabola argomentativa seguita dalla Plenaria è da rintracciarsi nel richiamo all'art. 156 c.p.c.³⁷⁹, posto che

dell'omissione parziale è quello di omissione totale è utile dare stringatamente conto delle brillanti considerazioni di C.E. GALLO, *Omessa pronuncia e annullamento con rinvio*, cit., 101 ss., che si serve a tal fine di un efficace argomento *ad absurdum*.

L'Autore fa il caso di un soggetto che impugna due provvedimenti connessi con ricorsi separati e osserva che, se il giudice presso cui quei ricorsi pendono non li riunisce (perché non si avvede della connessione o per altra ragione) e ne lascia uno senza risposta, questo silenzio, a seguire il ragionamento della Plenaria, comporta nullità della sentenza e - in caso di denuncia dell'omissione in appello - regressione della causa in primo grado. Se però quel giudice, per avventura (o appunto per assurdo) dispone la riunione dei due ricorsi e parimenti non ne evade uno, la sentenza - sempre a dar credito alla Plenaria - è a quel punto soltanto ingiusta, cosicché il ricorso indebitamente pretermesso, se riproposto in appello, è deciso direttamente in quella sede. Ma - si conclude condivisibilmente - "[n]on si vede perché questa riunione accidentale debba avere effetti così perniciosi da condurre addirittura alla perdita di un grado di giudizio"

³⁷⁶ Che il supposto divieto di operare un rinvio frazionato sia la ragione (meglio: una delle ragioni) alla base della soluzione perorata dalla Plenaria emerge chiaramente dal passaggio in cui si dice che "sarebbe davvero incongruo ipotizzare [...] un rinvio limitato alla parte di giudizio relativo all'azione su cui non vi è stata pronuncia" (Cons. Stato, ad. plen., n. 14/2018, punto 10).

³⁷⁷ Cfr., Cass., sez. I, 2 marzo 2009, n. 5020; Cass., sez. lav., 3 luglio 1998, n. 6547; App. Ancona, 17 gennaio 2012, n. 44; nonché, più di recente, Cass., sez. lav., 17 ottobre 2016, n. 20965, le quali, a fronte di una pluralità di domande affrontate dal giudice di primo grado, ove solo su una o alcune di esse vi sia stata (erronea) declinatoria di giurisdizione, dispongono il rinvio soltanto parziale.

³⁷⁸ In tal senso A. SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato*, cit., 639; C.E. GALLO, *Omessa pronuncia e annullamento con rinvio*, cit., spec. 102, e M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello*, cit., par. 12.

³⁷⁹ Per questi rilievi cfr. in particolare A. SQUAZZONI, *op. ult. cit.*, e M. TRIMARCHI, *op. ult. loc. cit.*.

pacificamente tale disposizione (e in particolare il principio di tassatività ivi recato) non si applica alle nullità extraformali –intendendosi per tali quelle derivanti da violazioni non riferibili direttamente agli elementi costitutivi dell'atto³⁸⁰ – cui, per opinione (pressoché) unanime nella dottrina del processo civile, andrebbe senz'altro ricondotta la violazione della corrispondenza tra chiesto e pronunciato³⁸¹.

È poi vero che, in quella sede, l'infra-petizione non dà luogo alla regressione della causa, ma ciò si spiega in quanto l'art. 354 c.p.c. – norma corrispondente al 'nostro' art. 105 – circoscrive il rinvio alla sola nullità *ex*

³⁸⁰ Sulle nullità extraformali v., tra gli altri, F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, 128 ss.; E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, cit., 411, nota 49, dove si legge che a tale categoria è riferibile qualsiasi carenza non riferibile alla forma dell'atto che si manifesti nella fattispecie; S. LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991, 318 ss.; V. DENTI, *Invalidità (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir. agg.*, I, 1997, 709 ss.; Id., *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 470; F. P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2019, 430; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2010, 70, che definisce la nullità extraformale come mancanza di un presupposto, esterno all'atto, ma indispensabile per la sua validità. Con specifico riguardo all'inapplicabilità dell'art. 156 c.p.c. alla nullità extraformale cfr., in particolare, E. GRASSO, *op. ult. cit.*, 413, ove si dice che la stessa "deve ritenersi comminata per lo stesso fatto che è imposta l'osservanza di quel principio o di quella norma" che viene violata. In termini simili anche S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959-1971, II, 2, 206. Nella dottrina del processo amministrativo si v. L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza nel processo amministrativo: il caso delle sentenze "a sorpresa" e dintorni*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1063, nota 36, ove per un verso si rileva che la nullità extraformale è atipica in quanto per essa non vale il principio della tassatività previsto per le nullità formali e, per altro verso, si ammonisce a non confondere l'alternativa formale-extraformale con quella testuale-virtuale poiché si tratta di distinzioni che colgono profili diversi dell'invalidità dell'atto processuale (tanto che una nullità extraformale può tranquillamente essere testuale, come quella prevista dall'art. 101, comma 2, c.p.c.).

³⁸¹ Così, *ex plurimis*, E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*, cit., 411 ss.; A. CARRATTA – M. TARUFFO, *I poteri del giudice*, cit., 209; G. VERDE, *Domanda*, cit., 10; R. POLI, *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 335 ss. Più di recente, cfr. V. BATTAGLIA, *Ancora sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 427 ss., spec. 433, ove si dice ormai acquisito e non più in discussione che l'omissione integri un vizio-nullità dell'atto-sentenza. In giurisprudenza, per tutte, Cass., 11 novembre 2016, n. 23067. Si fa rilevare che anche la (poca, e piuttosto risalente) dottrina – peraltro senza eco in sede pretoria – che non si attesta su tale posizione, lungi dal ritenere che la sentenza viziata da infrapetizione sia soltanto ingiusta, reputa semmai che la stessa sia affetta dalla patologia più grave dell'inesistenza (così, ad esempio, A. LORENZETTO PESERICO, *Inesistenza della sentenza*, cit., 522 ss.).

art. 161, comma 2, c.p.c., concernente l'ipotesi di sentenza priva di sottoscrizione.

Nel processo amministrativo, invece, la restituzione degli atti al primo giudice è bensì impedita, ma in ragione (soltanto) dell'art. 101, comma 2, c.p.a., giammai dell'art. 105 c.p.a. (che, discorrendo genericamente di nullità della sentenza³⁸², varrebbe semmai a imporlo).

L'onere – previsto appunto dall'art. 101, comma 2, c.p.a. – di riproporre con l'impugnazione la domanda inevasa non avrebbe alcun senso se, di quella domanda, il Consiglio di Stato non potesse conoscere³⁸³.

³⁸² Altro discorso è che il generico riferimento alla nullità contenuto all'art. 105 c.p.a. conduce, se preso alla lettera, all'assurda conseguenza che il giudice d'appello dovrebbe rinviare la causa al primo in tutti i casi in cui la sentenza appellata sia invalida (e non meramente ingiusta), visto che – come si è visto – nel linguaggio processuale la nullità è la forma tipica di invalidità della sentenza (critici nei confronti del legislatore, reo di avere per questa via tradito lo scopo stesso della disposizione, cioè confinare il rinvio a ipotesi eccezionali e tassative: M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello*, cit., par. 14; F.P. LUISO, *Le impugnazioni*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, cit., 1215-1216. Ma, già con riferimento all'art. 35 legge Tar, che includeva tra le ipotesi di rinvio il riscontro di vizi di procedura, cfr. E. FAZZALARI, *Il «doppio grado» nella legge sui Tribunali amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, ove si notava come per effetto di tale disposizione il giudizio di secondo grado avesse assunto le sembianze di una sorta di “cassappello”).

Ma se certamente il rilievo testé svolto offre alla soluzione prospettata dalla Plenaria un'attenuante, va detto anche che detta soluzione – continuando a mutuare il gergo penalistico – resta punibile. E infatti, gli sforzi di dissociare l'omissione di pronuncia totale da quella parziale (ancorché animati dal comprensibile intento di porre un freno alla tendenza espansiva della formula di cui all'art. 105 c.p.a.) non possono alcun modo – per le ragioni evidenziate – ritenersi razionali. Sarebbe stato meglio, a quel punto, andare fino in fondo e scantonare *tout court* l'infra-petizione dalla nullità, salvando così (se non altro) l'intima coerenza. Cionondimeno, pure questa soluzione (sebbene più logica) non sarebbe andata esente da censura.

Perché come nota puntualmente A. SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato*, 643, “[l]a formula dell'art. 105 c.p.a. pone [...] l'interprete di fronte ad un'alternativa dagli esiti irrimediabilmente esposti a critica”: o ci si produce in una lettura il più possibile restrittiva della stessa (che è “tentazione fortissima”), ma ci si espone all'obiezione di avallare “un'interpretazione correttiva arbitraria”, oppure ci si attiene all'esplicito, ma in questo modo si giunge all'esito indifendibile – già rilevato – per cui “il Consiglio di Stato dovrebbe [...] sempre rinviare”.

³⁸³ In questo senso A. SQUAZZONI, *op. ult. loc. cit.*, ove si dice che l'art. 101, comma 2, c.p.a. “si presta felicemente all'idea che proprio ed anche in virtù di questa norma «speciale» si abbia la ritenzione in appello di un'ipotesi che altrimenti sarebbe passibile di inclusione in un fenomeno di nullità interessato dall'art. 105 c.p.a.”.

Si è di contro sostenuto che tale disposizione varrebbe invero a disciplinare unicamente le modalità per far valere in appello l'omissione di pronuncia, senza nulla dire in ordine ai poteri del giudice di secondo grado³⁸⁴.

L'assunto, però, non convince: sarebbe neutra rispetto all'alternativa tra ritenzione e rinvio l'ipotetica disposizione che si limitasse a richiedere la denuncia dell'infra-petizione con l'atto di impugnazione, pena l'implicita rinuncia alla domanda o alla censura rimaste inevase. L'onere di riproporle (e la possibilità per la parte appellata di assolverlo con memoria anziché mediante interposizione del gravame incidentale) può invece spiegarsi unicamente a condizione di ritenere che le stesse siano decidibili direttamente dal giudice d'appello³⁸⁵.

³⁸⁴ Così C.E. GALLO, *Omessa pronuncia e annullamento con rinvio*, cit., 98-99, secondo cui l'art. 101, comma 2, c.p.a. "non esclude affatto che l'omesso esame di una domanda o di un motivo possa determinare la restituzione degli atti al primo giudice, impone soltanto all'appellante di dichiarare espressamente qual'è l'ambito della controversia devoluta; l'appellante potrebbe scegliere volontariamente di non contestare il fatto che determinate domande o eccezioni non siano state esaminate e questo, evidentemente, impedirebbe al giudice d'appello di affrontare la relativa questione ma soltanto in relazione all'effetto devolutivo ed al suo ambito. [...] Analogamente, il fatto che lo stesso art. 101 stabilisca che per le parti diverse dall'appellante principale la proposizione delle domande non esaminate o assorbite può avvenire con semplice memoria difensiva, senza necessità di appello incidentale, nulla dice in merito, perché stabilisce soltanto che l'appellato risultato vittorioso in ordine ad una domanda pu riproporre in appello la domanda non esaminata mediante uno scritto difensivo che la richiami espressamente senza dovere interporre un appello incidentale perché su quel punto il giudice non si è pronunciato. Anche in questo caso, sono definite le modalità per proporre la questione, ma non si stabilisce affatto che queste modalità impediscano la rimessione della controversia al giudice di primo grado".

Pressoché identico è il ragionamento di M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello*, cit., par. 12, ove si legge che "la disposizione si limita a prevedere l'onere per l'appellante e le altre parti di riproporre la domanda non decisa, pena la rinuncia implicita alla sua trattazione; quanto alle modalità della riproposizione, essa prevede che l'appellante deve far valere l'omesso esame come motivo di appello, in applicazione del principio per cui le cause di nullità si convertono in motivi di appello, mentre le altre parti possono proporre la censura con semplice memoria, in deroga a quel principio. Si tratta, in sintesi, di una disposizione rivolta alle parti, le quali hanno l'onere di riproporre in appello le domande non decise, e non già di una disposizione relativa agli esiti del giudizio di appello".

³⁸⁵ Né l'obiezione potrebbe superarsi affermando che l'art. 101, comma 2, c.p.a., laddove impone riproposizione della domanda anziché la semplice denuncia dell'infra-petizione, perseguirebbe per questa via lo scopo (non di consentire al giudice dell'appello di pronunciarsi su quella domanda, ma, più semplicemente) "di evitare che il vizio di omessa trattazione sia strumentalmente dedotto, per ottenere l'annullamento della

Va detto che la (non poca, e autorevole) dottrina secondo cui l'omissione dovrebbe necessariamente condurre al rinvio si risolve in tal senso allo scopo – conclamato – di preservare il principio del doppio grado di giudizio, il quale – quandanche inteso non nell'accezione 'forte' di doppia pronuncia sul merito³⁸⁶, ma in quella, meno impegnativa, di doppio esame della causa³⁸⁷405 – non sarebbe assicurato ove si optasse per la ritenzione in appello della domanda pretermessa (posto che, su di essa, si avrebbe così soltanto un esame)³⁸⁸.

sentenza, da chi in realtà non abbia interesse alla decisione della domanda trascurata dal giudice di prime cure" (così M. TRIMARCHI, *op. ult. loc. cit.*). Anche a voler concedere che il fine avuto di mira dal legislatore fosse quello testé descritto, ciò costituirebbe (comunque) argomento a sostegno della ritenzione della domanda in appello, giammai della neutralità della disposizione rispetto ai poteri del giudice: ove infatti venisse disposto il rinvio, la parte ben potrebbe non darvi alcun seguito, omettendo di riassumere la causa avanti al giudice di prime cure. Talché, evidentemente, il rischio di una strumentale deduzione del vizio – che *in thesi* l'art. 101, comma 2, vorrebbe evitare – non sarebbe affatto scongiurato.

³⁸⁶ Che doppio grado di giurisdizione non significhi doppio esame nel merito della controversia è stato affermato dalla Corte costituzionale, sin dalla sentenza 31 maggio 1965, n. 41.

³⁸⁷ Per questa lettura C.E. GALLO, *Omessa pronuncia e annullamento con rinvio*, cit., 86, ove si dice che funzione dell'appello è riesaminare la controversia e "riesaminare significa esaminare una vicenda dopo che un esame vi è già stato". In termini simili v. altresì F. ASTONE, *Notazioni sull'omessa pronuncia del giudice amministrativo*, in F. FRANCIOSI-M.A. SANDULLI (a cura di), *Omessa pronuncia e errore di diritto*, cit., 282, e L. MURGOLO, *Processo amministrativo e diritto di appello*, in E. FOLLIERI (a cura di), *La giurisprudenza della Corte costituzionale sul processo amministrativo*, Bari, 2018, 687. Va rilevato però – al netto degli ulteriori rilievi critici di cui si dirà oltre, nel testo – che, per quanto quello in parola sia sovente presentato come "contenuto minimo" del principio di doppio grado di giudizio (così, ad esempio, M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, par. 13), non sono invero mancate (e non mancano tutt'oggi) voci nel senso che la relativa portata sia invero ben più ridotta: in L. MORTARA, *Appello civile* (voce), in *Dig. it.*, 1890, III, 2, 756, si legge che la funzione del giudice del gravame è fare ciò che il primo giudice – pur potendo – ha omesso di fare. Secondo M.T. ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni nuove prove in appello*, Milano, 1916, 138 ss., il doppio grado significa semplicemente "doppio invito a pronunciare (conoscere) intorno alle medesime domande". In senso analogo si esprime pure N. GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili*, cit., 99 ss., nonché, più di recente, G. BALENA, *La rimessione della causa*, cit., 302 ss., ove si sottolinea che il principio del doppio grado si risolve più che altro in una garanzia per l'esistenza dell'istituto dell'appello.

³⁸⁸ Così ragionano in particolare M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello*, cit., par. 13 e C.E. GALLO, *Omessa pronuncia e annullamento con rinvio*, cit., 86, secondo cui funzione dell'appello è riesaminare la controversia, e "riesaminare significa esaminare una vicenda dopo che un esame vi è già stato; non vi sarebbe un riesame se il primo esame non fosse stato compiuto". Muovendo da queste premesse, l'Autore conclude che, "se la valutazione [da parte del primo giudice] vi è stata, quand'anche errata, la medesima comunque costituisce valutazione e, di per sé, non consente il rinvio della controversia al giudice di primo grado quand'anche la si ritenga inesatta. Se però il giudice

Ma questo modo di ragionare disvela invero un approccio discutibile, sul piano del metodo, al principio del doppio grado, potendosi ormai ritenere acquisito che questo principio non preesiste al dato normativo, ma, semmai, ne è il risultato³⁸⁹.

In altre parole, è opinione pacifica che non sia la disciplina dell'impugnazione a doversi ricavare (e interpretare) deduttivamente dal principio astratto del doppio grado (poco importa se inteso in senso 'forte' o 'debole'), ma sia invece il contenuto concreto di quest'ultimo a dover essere ricostruito, induttivamente, in base alla disciplina delle impugnazioni³⁹⁰.

non compie nessuna valutazione perché semplicemente omette di considerare la domanda o il motivo, il giudizio di primo grado su questi aspetti non è stato celebrato e di conseguenza il giudice d'appello non può che riscontrare che il doppio grado impone la rimessione al primo giudice" (p. 97).

³⁸⁹ In tal senso, da ultimo, A. SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato*, cit., 636, ove dapprima si dice che "è il diritto positivo a coerenza il principio del doppio grado stabilendo di volta in volta che connotati questo assuma nelle singole discipline processuali e nei mutevoli momenti storici" e, subito dopo, si aggiunge che non si deve cadere "nell'equivoco di ritenere che il connotato di detto principio nei termini di una mera possibilità di secondo esame della controversia sia un tratto indeclinabile e costitutivo di esso" (equivoco in cui cade la dottrina dinnanzi citata). Ma la consapevolezza che soltanto le scelte del diritto positivo siano dirimenti per stimare la natura e la portata del principio del doppio grado emerge già in U. POTOTSCHNIG-A. TRAVI, *Appello (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1999, 153 ss; nonché in M. NIGRO, *L'appello*, cit., spec. 276 ss.. Per la dottrina del processo civile si veda A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 12 ss. nonché, in tempi ben più risalenti, L. MORTARA, *Appello civile*, cit., 450 ss., e, per primo, G. PISANELLI, in P. S. MANCINI - G. PISANELLI - A. SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, Torino, 1857, IV, 470, secondo cui "chi apprezza grettamente il sistema del doppio grado di giurisdizione può stimarlo violato ogni volta che il Tribunale di appello statuisce intorno ad una controversia sulla quale non ha pronunciato il primo giudice. Ma la legge non l'intende in questo modo, poiché il tribunale di appello è obbligato a sentenziare sopra le controversie trasandate dai primi giudici".

³⁹⁰ Va detto, per la verità, che tali direttive metodologiche non sfuggono a M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello*, cit., par. 13, il quale tuttavia ritiene che le stesse non valgano a precludere il ricorso al principio del doppio grado quale criterio-guida allorché si tratti di risolvere le aporie della disciplina processuale. Detto altrimenti, le volte in cui il dato positivo non sia "in grado di offrire una soluzione a certi profili del rapporto tra i due gradi giudizio", non sarebbe affatto inibito - ma anzi sarebbe "inevitabile" - appoggiarsi ai principi, incluso quello del doppio grado. E secondo l'Autore, "proprio questo [sarebbe] il caso dell'omessa pronuncia su domanda nel processo amministrativo: dove, per un verso, la previsione della «nullità della sentenza» tra le cause di rinvio apre uno spazio per questa soluzione; e, per altro verso, non sembra vi siano argomenti che impongano la ritenzione in appello".

E l'art. 101, comma 2, c.p.a., nella misura in cui milita chiaramente nel senso che la censura o la domanda indebitamente pretermesse dal Tar sono trattenute decise dal Consiglio di Stato, impedisce di ritenere che il diritto positivo accolga il principio del doppio grado come ineludibile doppio esame della controversia.

Né vale a mettere in crisi quanto si va dicendo la circostanza che, nel processo amministrativo, detto principio trovi presidio nell'art. 125 Cost³⁹¹.

Amnesso (e non concesso) che tale disposizione ponga davvero una "riserva di cognizione del merito della controversia a favore del giudice di primo grado"³⁹², non è dubbio che tale riserva sia priva di carattere assoluto, ben potendo il legislatore - come del resto riconosciuto dalla stessa Consulta³⁹³ - derogarvi.

Ora, se anche si può convenire sulla premessa maggiore del sillogismo testé riassunto (possibilità di ricorrere al principio del doppio grado quale strumento per porre rimedio alle eventuali lacune o incertezze che la disciplina del processo lasci residuare), non così sulla premessa minore (incertezza del dato positivo in punto di alternativa tra ritenzione e rinvio della domanda rimasta inevasa in prime cure). Con il che, evidentemente, viene meno la possibilità di seguirne le conclusioni.

³⁹¹ Ciò che invece non vale per il processo civile: rileva infatti L.P. COMOGLIO, *Rapporti civili*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 1981, 76, che "il concetto costituzionale di difesa non sembra ricomprendere il diritto di impugnazione [...] giacché la difesa come «partecipazione» rappresenta un momento necessariamente anteriore alla pronuncia giurisdizionale e l'eventuale difesa successiva non la può, in alcun caso, surrogare". Si deve peraltro rilevare che, nel processo civile, il 'rischio' che l'omissione si traduca nella perdita della possibilità di vedere esaminata e decisa due volte la domanda trascurata non si pone: per un verso, infatti, la parte - come già si è avuto occasione di dire - può riproporre quella domanda al primo giudice; per altro verso, quand'anche la parte si risolvesse nel senso di sottoporre la domanda direttamente al giudice dell'appello, potrebbe poi impugnarne la decisione con ricorso in cassazione.

³⁹² In termini A. CASSATELLA, *La Plenaria limita i casi di rinvio*, cit., 213. In senso analogo anche C. E. GALLO, *Omessa pronuncia e annullamento con rinvio*, cit., 86; M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello*, cit., par. 13; G. SERGES, *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, 265 ss.; nonché A. QUARANTA, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, III) Diritto processuale amministrativo, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989, 3.

Per l'idea - prevalente in dottrina - che l'art. 125 Cost., invece, non valga a definire il rapporto tra il giudice di primo grado e quello di secondo grado, ma esprima piuttosto l'esigenza di garantire un livello regionale nella giurisdizione amministrativa, conformemente all'assetto autonomista dello Stato, v., per tutti, A. POTOTSCHNIG-A. TRAVI, *Appello*, cit., 153.

³⁹³ Cfr. C. Cost., 31 marzo 1988, n. 395, la quale - nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 37 della legge Tar nella

Ebbene, l'art. 101, comma 2, c.p.a. - non diversamente dagli art. 104, comma 3 e 112, comma 3, c.p.a. - individua uno di quei casi in cui il Consiglio di Stato assume le vesti di decisore di prima istanza.

Conclusivamente, l'errore del giudice nella definizione dell'ordine di esame dei motivi, pur se riparabile, comporta - piaccia o meno - la perdita di un grado di giudizio.

parte in cui (commi 2 e 3) attribuisce al Consiglio di Stato in unico grado la competenza in ordine ai ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato - afferma che l'art. 125 Cost. "comporta soltanto l'impossibilità di attribuire al Tar competenze giurisdizionali in unico grado e la conseguente necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce [...]. Solo in tal senso assume rilevanza costituzionale [...] il principio del doppio grado di giudizio, non potendo, l'art. 125 della Costituzione comportare l'inverso, perché nessun'altra norma della Costituzione indica il Consiglio di Stato come giudice solo di secondo grado".

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali* (Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 2010), Milano 2011.
- ABBAMONTE G., *La tutela esecutiva*, in AA. VV., *Processo amministrativo, quadro problematico e linee di evoluzione* (Atti del XXXI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 1985), Milano, 1988.
- ADAMO G., *Il processo amministrativo tedesco, visto da vicino*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.
- ALLORIO E., *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, 245 ss.
- AMMANNATI L., *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90*, in AA.VV., *Le riforme crispine, II, La giustizia amministrativa*, Milano, 1990.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, 290 ss.
- ATTARDI A., *Frazionamento della domanda di danni e estensione della domanda*, in *Giur. it.*, 1987, 540 ss.
- BACCARINI S., *"Scelta" delle azioni e valutazione della necessità dell'annullamento per la tutela del ricorrente?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1277 ss.
- BACCARINI S., *Processo amministrativo e ordine di esame delle questioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 770 ss.
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966.

- BARBIERI E.M., *I principi di sinteticità, di chiarezza e di specificità dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 777 ss.
- BARCHIESI S., *Le impugnazioni*, in AA.VV., *Il processo amministrativo nella giurisprudenza. Commento sistematico ai principali istituti*, Milano, 2012, 235 ss.
- BENEDICENTI L., *Contributo allo studio della cosa giudicata nelle giurisdizioni amministrative*, Genova, 1930.
- BENETAZZO C., *Ricorso incidentale, ordine di esame delle questioni e principio di effettività*, Torino, 2016,
- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.
- BENVENUTI F., *Lo svolgimento del giudizio innanzi al Consiglio di Stato, nella teoria e nella pratica*, in AA.VV., *La giustizia nell'amministrazione (Varenna 19-22 settembre 1958)*, Milano, 1959.
- BENVENUTI F., voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970.
- BERTI G., *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970.
- BERTI G., *Corso breve di giustizia amministrativa*, Torino, 2004.
- BERTONAZZI L., *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 361 ss.
- BERTONAZZI L., *Noticine sull'ambito applicativo della problematica nozione di giudicato implicito nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1419 ss.
- BERTONAZZI L., *Il principio della domanda: insospettabile ostacolo ad un'ulteriore accentuazione come denegata dalla giustizia ritardata*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 646 ss..

- BERTONAZZI L., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008.
- BERTONAZZI L., *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, 2005.
- BERTONAZZI L., *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dall'effetto eliminatorio*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1128 ss.
- BETTI E., *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti*, Camerino, 1921.
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.
- BORSI U., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1935.
- BUONCRISTIANI D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001.
- CACCIAVILLANI C., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005.
- CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003.
- CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911.
- CAMMEO F., *La nullità parziale degli atti amministrativi e le giurisdizioni di annullamento*, in *Giur. it.*, 1911, III, 25 ss.
- CAMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, tomo I, Padova, 1980.
- CAMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, tomo II, Padova, 1982.
- CANNADA BARTOLI E., voce *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Nov. Dig. It.*, vol XIII, Torino, 1966.

- CANNADA BARTOLI E., *Aspetti processuali dell'assorbimento dei motivi*, in *Foro Amm*, III, 1996, 833 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, 1958, 490 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Dubbi sull'assorbimento*, in *Giur. It*, I, 1996, 161 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Aspetti processuali dell'art. 27, n. 4*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, 274 ss.
- CAPACCIOLI E., *Per la effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Impr. amb. pubbl. amm.*, 1977.
- CAPACCIOLI E., *Intervento*, in *Impr. amb. pubbl. amm.*, 1974.
- CAPACCIOLI E., *Diritto e processo, scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978.
- CAPONIGRO R., *La graduazione delle censure nell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo*, in *sentenzeitalia.it*, 2016.
- CAPONIGRO R., *Il rapporto tra la tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in *giustizia.amministrativa.it*, giugno 2016.
- CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, tomo I, MILANO, 1962.
- CARBONE A., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012.
- CARBONE G., *sub art. 100*, in PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006.

- CARNACINI T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in AA.VV., *Studi in onore di Enrico Redenti*, tomo II, Milano, 1951.
- CARPENTIERI P., *I provvedimenti del giudice*, in VILLATA R. - SASSANI B. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 1097
- CARRATTA A., *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in *Academia.edu*, 2016.
- CARRATTA A. - TARUFFO M., *Poteri del giudice*, in CHIARLONI S. (a cura di), *Commentario del Codice di procedura civile*, Bologna, 2011.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008.
- CASSARINO S., *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, tomo II, Milano 1987.
- CASSELLA A., *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020, spec. 279 ss..
- CASSESE S., *Lo Stato "pluriclasse" in Massimo Severo Giannini*, in AA. VV., *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, 11 ss.
- CAVALLO B., *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, 1975.
- CERBO P., *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, Tricase, 2012.
- CERBO P., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss.
- CERBO P., *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 94 ss.
- CERINO CANOVA A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Torino, 1980.
- CERRETO A., *l'ordo questionum nel giudizio amministrativo*, in *Lexitalia.it*, 2015.

- CERULLI IRELLI V., *Osservazioni sulla bozza del legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44 L. n. 88/2009 (presente alla commissione giustizia della Camera dei deputati l'11 febbraio 2010)*, in www.giustamm.it, 2010, 2.
- CERULLI IRELLI V., *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in F. FRANCIOSI – M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017.
- CHIARLONI S., *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, Milano, 1969.
- CHIEPPA R., *Sub. Art. 32*, in *Il codice del processo amministrativo: commentato a tutte le novità del giudizio amministrativo (D. lgs. 2 luglio 2010, n.104)*, Milano, 2010.
- CHIEPPA R., *Le impugnazioni in generale (artt. 91-99)*, in AA. VV., *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, vol.I, Napoli, 1923.
- CHIOVENDA G., *Sulla cosa giudicata (1905)*, riprodotto in ID, *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1993, 411 ss.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol.I, Napoli, 1965.
- CINTIOLI F., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *dir. proc. amm.*, 1/2012, p.3.
- CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.
- CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005.
- COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980.
- COMPORATI G.D., *Azioni di annullamento e dintorni nell'ottica della soggettività delle forme di tutela*, in *giur. It.*, luglio 2015, p.1697.

- COMPORTE G.D., *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2014, p.819.
- CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, tomo I, *Struttura e funzione*, Padova, 1985.
- CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, tomo II, *Il procedimento*, Padova, 1985.
- CONSOLO C., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo, I (Dei limiti e del giudicato costitutivo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 328.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2014.
- CONSOLO C. – GODIO F., *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, 225 ss.
- CONTESSA C., *Ordo quaestionum e assorbimento dei motivi nel c.p.a.*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, Roma, 2016, 1315.
- CORLETTI D., *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1992.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013.
- CORSO G., *Il giudicato e l'ottemperanza*, in AA. VV., *Giustizia amministrativa. Casi di giurisprudenza*, Torino, 2014, 372
- CORSO G., *Sub. Art. 32*, in *Il processo amministrativo: commentario al d.lgs. 104/2011*, QUARANTA A., LOPILATO V. (a cura di), Milano, 2011.
- D'ALESSIO F., *Rapporti e conflitti fra le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Roma, 1915, 91 ss...
- DE GIORGI CEZZI G., *Potere di ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, relazione al Convegna annuale AIPDA su *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo* (Trento, 5-6 ottobre 2012).

- DE NICTOLIS R., *Ordine dei motivi e loro responsabilità*, in AA.VV. *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali* (Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 2010), Milano, 2011.
- DE NICTOLIS R., *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in www.federalismi.it.
- DE NICTOLIS R., *Sub. Artt. 121-125*, in *Il Processo amministrativo: commentario al d.lgs. 104/2010*, (a cura di) QUARANTA A. - LOPILATO V., Milano, 2010.
- DENTI V., *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 212 ss.
- DE PRETIS D., *La giustizia amministrativo*, in AA.VV. (a cura di NAPOLITANO G.), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007.
- DE ROBERTO A., *Il processo amministrativo oltre l'annullamento*, in AA. Vv., *Studi per il centenario della IV sezione*, cit., 885, ripresa anche, in tempi più recenti, da VAIANO D., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002.
- DI MARCO G., *L'azione di adempimento e il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Corr. mer.*, 2011, 1234.
- DI PACE R., *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, ivi, 1358 ss.
- DI RENZO M., *L'eccezione nel processo amministrativo*, Napoli, 1968, 112.
- DOMENICHELLI V., *I motivi di ricorso: un ritorno alla giurisdizione oggettiva?*, in *Reg.*, 1975.
- DOMENICHELLI V., *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988.

- DOMENICHELLI V., *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in FRANCIOSI F. – SANDULLI M.A. (a cura di), *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, Napoli, 2019, 17
- DOMENICHELLI V., *La trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa: una conquista irrinunciabile del processo amministrativo*, in F. FRANCIOSI – M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017.
- DONATO L., *Sulla disponibilità degli effetti dell'annullamento giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2011, p. 547.
- DI CATALDO C., *Sul rilievo d'ufficio della nullità del contratto (nota a Corte di Cassazione- sezioni unite civili sentenze 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243)*, in *dirittoamministrativo.it*.
- D'ORSOGNA D., *La fase decisoria*, in AA.VV. (a cura di SCOCA F.G.), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011.
- D'ORSOGNA D., *La fase decisoria*, in F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, 400.
- DUNI M., *In tema di motivi assorbiti nel ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 1948, I, 186
- FALCON G.-FRAENKEL C., *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO)*, Trento, 2000.
- FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001.
- FANELLI G., *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1159 ss.
- FAZZALARI E., *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 126 ss.

- FELIZIANI C., *Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo*, in *Foro amm.*, CdS, 2012, 2. p. 427.
- FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 630 ss.
- FERRARA L., *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 571.
- FERRARI E., Sub. Art. 122. *Inefficacia del contratto degli altri casi*, in Garofoli-Ferrari, *Codice del processo amministrativo (annotato con dottrina, giurisprudenza a formule)*, tomo II, Roma, 2010.
- FERRI C., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 127 ss.
- FOLLIERI E., *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. Amm.*, ottobre 2015, p. 2197.
- FOLLIERI E., *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato (commento e sentenza 2755 del 2011)*, in *Giur.it*, 2012, II, 439.
- FOLLIERI E., *Lo svolgimento del processo di primo grado*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003.
- FOLLIERI E., *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2013, 1, p. 177.
- FOLLIERI E., *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 461.
- FOLLIERI E., *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del Codice del Processo Amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1068 ss.
- FRANCARIO F., *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1028.

- FRANCARIO F., *Principio di sinteticità e superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 129 ss.
- FRANCARIO F.- SANDULLI M.A. (a cura di), *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, cit., spec. 223 ss.
- FURNO E., *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940.
- GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2012.
- GALLO C.E., *Commento a Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2003, n. 7632*, in *Urb. e app.*, 2004, n.3, p. 327.
- GALLO C.E., *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urb. app.*, 2011.
- GALLO C.E., *Omessa pronuncia e annullamento con rinvio da parte del giudice di appello nel processo amministrativo*, in FRANCARIO F. - SANDULLI M.A.(a cura di), *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, Napoli, 2019.
- GALLO C.E., *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 280 ss.
- GALLONE G., *Processo dispositivo e processo dirigistico*, in FOLLIERI E. - BARONE A. (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Padova, 2015.
- GARCÌA DE ENTERRÌA E., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa: un cambio di paradigma?* (trad. it. di RODOLFO MASERA S.), Milano, 2010.
- GAROFOLI R - FERRARI G. (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, , Roma, 2010.

- GIACCARDI G., *Giudicato amministrativo ed ulteriore attività amministrativa*, in AA.VV., *Studi per il centenario della Quarta Sezione del Consiglio di Stato*, tomo II, Roma, 1989.
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, in *Riv. dir. proc.*, 1964.
- GIANNINI M.S., *La giustizia amministrativa*, Roma, 1966.
- GIANNINI M.S., *Relazione*, in AA. VV., *Problemi attuali della giustizia amministrativa*, Milano, 1976, ora in *Scritti giuridici (1970-1976)*, vol. VI, Milano, 2005.
- GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo. Dispense – Anno accademico 1964-1965*, Milano, 1965, 54 ss.
- GIANNINI M.S., *I poteri pubblici negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 389 ss.
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 391 ss.
- GIANNINI M.S., *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Padova, 1988, 55 ss
- GIANNINI M.S.-PIRAS A., voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970.
- GISONDI R., *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2012.
- GIUDICEANDREA N., *Le impugnative civili*, Milano, 1952, 328
- GIUSTI A., *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012.

- GIUSTI A., *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, *ivi*, 293 ss.
- GIUSTI A., *L'organizzazione della giurisdizione*, in VILLATA R. – SASSANI B. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012.
- GRASSO E., *La regola della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra ed extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965.
- GRASSO E., *Dei Poteri Del Giudice*, In E. Allorio (A Cura Di), *Commentario Del Codice Di Procedura Civile*, I, 2, Torino, 1973.
- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.
- GRECO G., *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 716-717.
- GRECO G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl.com.*, 2010.
- GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994.
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957.
- GUZZI F., *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2013.
- INVERICI G., *I problemi applicativi dell'art. 34, comma 3 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4/2013, p. 1323.
- KOPP F.O.-SCHENKE W.R., *Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar*, Monaco di Baviera, 2007.
- LA VALLE F., *Il vincolo del giudice ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966.

- LA VALLE F., *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, 168 ss.
- LIEBMAN E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 552.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, tomo i, Milano, 1973.
- LUCIANI F., *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna della tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2012, p.509.
- LUGO A., *Sulla struttura del giudizio amministrativo di legittimità*, in AA.VV. (a cura di MIELE G.), *La giustizia amministrativa* (Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione), Vicenza, 1968.
- LUGO A., *Il potere dispositivo e l'onere della parte nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983.
- LUISO F.P., *Diritto processuale civile, Principi generali*, I, Milano, 2013.
- MACCHIA M., *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310 ss.
- MAGRI M., *L'ordine di esame dei motivi nel processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2009, 1068.
- MAGRI M., *L'ordine di esame dei motivi nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1068.
- MANDRIOLI C., *Riflessioni in tema di "petitum" e "causa petendi"*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 465 ss.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, tomo I, Torino, 2000.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017.

- MANDRIOLI C. E CARRATTA A., *Diritto processuale civile I (nozioni introduttive e disposizioni generali)*, Torino, 2014.
- MANGANARO F. – MAZZA LABOCETTA A., *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Urb. e app.*, 2015, 927 ss.
- MARCHETTI B., *L'esecuzione della sentenza amministrativa prima del giudicato*, Padova, 2000.
- MAZZAROLLI L., *L'assorbimento dei motivi, ovvero "presto e bene" non vanno insieme*", in *Il dir. reg.*, 1983, 231.
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, Torino, 1988.
- MENCHINI S., *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa giudiziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico sorto dal contratto*, in *Foro.It*, 2015.
- MERCURIO BAFFA A., *I motivi assorbiti nel processo. amministrativo*, in *Riv. Corte dei conti*, 1988, 347
- MIELE G., *La giustizia amministrativa*, in AA.VV. (a cure di MIELE G.), *La giustizia amministrativa (Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione)*, Vicenza, 1968.
- MIELE G., *Note sull'ammissibilità dell'azione di condanna da parte del giudice amministrativo*, in *Atti del IX Conv. di studi di scienza dell'Amministrazione*, Milano, 1964, 516 ss
- MIGNONE G., *Il giudizio di primo grado*, in AA.VV. (a cura di MAZZAROLLI L. e altri), *Diritto amministrativo*, tomo II, Bologna, 2001.
- MONACO G., *Dalle "esperienze di giustizia costituzionale" al "giusto processo" costituzionale*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, 2010.

- MONTEDORO G., *Processo economico, sindacato giurisdizionale ed autonomia dell'amministrazione: la questione del merito amministrativo*, in *Apertacontrada.it*, 2014, par. 1.
- MORTARA L., *Manuale della procedura civile*, volume I, Torino, 1921.
- MOTTO A., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 178 ss., spec. 182-183.
- NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960.
- NIGRO M., *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, e in *La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980.
- NIGRO M., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro.it*, V, 1975.
- NIGRO M., *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in AA.VV. (a cura DI ALLEGRETTI U., ORSI BATTAGLINI A., SORACE D.), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, tomo II, Bologna, 1987.
- NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice ed amministratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974.
- NIGRO M., *Domanda (principio della) (dir. proc. amm.)*, in *Enc. Giur.*, vol XII, Roma, 1989 (ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, p.2008).
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 72 ss., spec. 83-86.
- ORLANDO V., *La giustizia amministrativa*, Milano, 1923, 126 ss.
- PAGLIANTINI S., *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, 113 ss.

- PAGNI I., *Giurisdizione del giudice amministrativo e risarcimento del danno: il nuovo volto dei rapporti tra tutela risarcitoria e tutela demolitoria*, in *Diritto pubblico*, 3/2008, p. 807.
- PAGNI I., *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 339.
- PAGNI I., *Il "sistema" delle impugnazioni negoziali dopo le sezioni unite*, in *Giur. It.*, 2015, p.71.
- PAOLANTONIO N., *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in corso di pubblicazione in *Dir. proc. amm.*, 2020, spec. nota 21.
- PAOLANTONIO N., *Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo ed oggettivo (osservazioni sparse)*, in *www.giustamm.it*, 2013.
- PASTORI G., *Per l'unità e l'effettività per la giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, ora in *Scritti scelti*, tomo II, Napoli, 2010.
- PATRONI GRIFFI F., *La sentenza amministrativa*, in AA.VV. (a cura di CASSESE S.), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte speciale, tomo V, Milano, 2003.
- PELAGATTI G., *Giudizio di costituzionalità e assorbimento dei motivi*, Napoli, 2004.
- PERFETTI L.R., *L'istruzione nel processo amministrativo e il principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 72 ss.
- PERFETTI L. R. - TROPEA G., *"Heart of darkness": l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2016, p.266.
- PERONGINI S., *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011.

- PIRAINO S., *L'azione nel processo amministrativo*, Milano, 1981.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, tomo I, Milano, 1962.
- PROIETTI R., *Inutilità dell'annullamento dell'atto e accertamento dell'illegittimità del provvedimento*, in *Urb. app.*, 2011, p. 1347.
- PROTO PISANI A., *Commento dell'art. 99 c.p.c.m.*, in AA.VV., *Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, Torino, 1973.
- PROTO PISANI A., *Dell'esercizio dell'azione*, in ALLORIO E. (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1980, 1064.
- PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.
- PUGLIESE G., *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 866 ss.
- QUINTO P., *La specificità della giurisdizione amministrativa ed sentenza di "buon senso"*, 2011, p.8.
- RAMAJOLI M., *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2013, p.106.
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 502.
- F. RICCIARDI, *L'annullamento per incompetenza non preclude l'esame degli ulteriori motivi di ricorso*, in *Corr. mer.*, 2010, 776 ss.
- ROEHRSEN G., *Problemi della giustizia amministrativa e del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, tomo III, Roma, 1981.
- ROMANO A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958.
- ROMANO A., *In tema di intervento nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1961.

- ROMANO TASSONE A., *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir.proc.amm.*, 2012.
- ROMANO TASSONE A., *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in AA. VV., *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, I, Napoli, 2013.
- ROMANO TASSONE A., *Sui rapporti tra giudizio amministrativo e interesse pubblico*, in AA. VV., *Annuario AIPDA 2012 - Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Napoli, 2013, 246
- SAITTA N., *I giudizi elettorali*, Milano, 2010.
- SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 777 ss.
- SALVANESCHI L., *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990.
- SANDULLI A.M., *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conferinarsi ai giudicati*, in AA.VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, 1962.
- SANDULLI A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, tomo II, Napoli, 1989.
- SANINO M. E COLOMBO I., *Principi generali*, in *Codice del processo amministrativo* (a cura di SANINO M.), Torino, 2011.
- SASSANI B., *Le azioni*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, SASSANI B. E VILLATA R. (a cura di), Torino, 2012.
- SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto: contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989.

- SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997.
- SATTA S., *Ultime tendenze della teoria dell'azione*, in *Teoria e pratica del processo: saggi di diritto processuale*, Roma, 1940.
- SATTA S., *Corte di Cassazione (dir. proc. civ.)*, voce in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 797 ss., spec. 801
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1962.
- SCOGNAMIGLIO A., *La valutazione degli effetti sistemici nelle decisioni dei giudici*, in F. FRANCARIO – M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Napoli, 2017.
- SCOCA F.G., *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014.
- SCOCA F.G., *Relazione al Convegno Il giudice amministrativo nei conflitti tra pubbliche amministrazioni: giurisdizione, mediazione, supplenza*, organizzato dal T.A.R. Puglia, Sezione di Lecce, 21-22 settembre 2018.
- SCOCA F.G., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 990.
- SCOCA S.S., *L'effettività dell'azione di annullamento*, www.giustamm.it, 2012.
- SIGISMONDI G., *Appello al consiglio di Stato e motivi assorbiti*, in *Dit. Proc. amm.*, 2000.
- SILVESTRI M.I., *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 5/2015.
- SILVESTRI M., *Il principio della domanda nel processo amministrativo. L'Adunanza Plenaria n. 4 del 2015*, in *Foro Amm.*, 2015, 2207 ss.
- SIMI V., *Il significato della "salvezza" degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa*, in AA. VV., *Atti del convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, 1962.

- SORDI B., voce *Interesse legittimo*, in *Enc. Dir., Annali*, tomo II, Milano, 2008.
- SORRENTINO G., *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 90
- SPASIANO M., *L'assorbimento dei motivi nell'evoluzione del processo amministrativo*, in FRANCARIO F. – SANDULLI M.A. (a cura di), *Omessa pronuncia ed errore di diritto nel processo amministrativo*, Napoli, 2019.
- SPAVENTA S., nel discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880, adesso in ID, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949.
- SPUNTARELLI S., *Tecniche di interpretazione dell'adunanza plenaria e valore del precedente*, Napoli, 2019.
- STELLA RICHTER P., *L'inoppugnabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1970.
- STICCHI DAMIANI E., *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988.
- STORTO A., sub. Art. 34, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, CARINGELLA F. E PROTTO M. (a cura di), Roma, 2010.
- TACCHI VENTURI P.C., *I limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1189 ss.
- TARDIVO P., *Il giudicato sulla motivazione*, Roma, 1967, spec. 69 ss.
- TASSONE A.R., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p.635.
- TASSONE A.R., *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc.amm.*, 3/2012, p.811.

- TRAVI A., *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, V, 1997.
- TRAVI A., *Verso una convergenza di modelli di processo amministrativo?*, in AA.VV. (a cura di FALCON G.), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010.
- TRAVI A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento"*, in *Urb. app.*, 8/2011, p.937.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Milano, 2014.
- TRAVI A., *La giurisdizione sul contratto fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria: la disciplina del c.p.a. e i nuovi interrogativi*, in *Urb. App.*, 2012.
- TRAVI A., *Commento a Cons. Stato, ad. plen., 13 aprile 2015, n.4*, in *Giur.it*, maggio 2015, p.1058.
- TRAVI A., *Commento a sentenza Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n.5*, in *Foro it.*, V, maggio 2015, p.286.
- TRIMARCHI M., *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.
- TRIMARCHI M., *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello (sull'alternativa tra ritenzione della causa e annullamento con rinvio)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020.
- TRIMARCHI M., *Principio della domanda e natura del processo secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1122
- TRIMARCHI M., *Full jurisdiction e limite dei poteri non ancora esercitati*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2018, 321 ss.

- TURRONI D., *Opposizioni a decreto ingiuntivo inammissibile: effetti sulle domande congiunte*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999.
- TURRONI D., *Justice delayed is (not) justice denied. L'annullamento dell'atto non è "variabile dipendente" dalla durata del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2016, p.199.
- URSI R., *Ricorso giurisdizionale amministrativo*, in AA.VV. (a cura di CASSESE S.), *Dizionario di diritto pubblico*, tomo V, Milano, 2006.
- VAIANO D., *Ordine di esame dei motivi, principio della domanda e funzione del giudice amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2015, p.1192.
- VALAGUZZA S., *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016.
- VERDE G., *Domanda (principio della)*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989.
- VERDE G., *Norme processuali ordinarie e processo amministrativo*, in AA.VV. (a cura di ALLEGRETTI U., ORSI BATTAGLINI A., SORACE D.), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, tomo I, Bologna, 1987.
- VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971.
- VILLATA R., *Ancora "spigalature" sul nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 5/2012, p.1516.
- VILLATA R., *Interese ad agire (dir. proc. amm.)*, in *Enc. Giur.*, XVII, 1989, p.2.
- VILLATA R.-BERTONAZZI L., *Commento dell'art. 40 c.p.a.*, in AA.VV. (a cura di QUARANTA A.-LOPILATO V.), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011.
- VILLATA R., *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 198 ss.

VILLATA R.-BERTONAZZI L., *Commento dell'art. 41 c.p.a.*, in AA.VV. (a cura di QUARANTA A.-LOPILATO V.), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011.

VILLATA R.-RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

VIPIANA P.M., *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990.

VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

VITTA C., *Diritto amministrativo*, tomo II, Torino, 1955.