

Margherita Ramajoli

L'atto introduttivo del giudizio amministrativo tra forma e contenuto

in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 4, 2019, pag. 1051

Sommario. 1. Le questioni di fondo. – 2. L'antitesi processo da ricorso-processo da citazione. – 3. La mancata correlazione tra forma dell'atto introduttivo del giudizio e funzione del processo: la riflessione processual-civilista. – 4. La mancata correlazione tra forma dell'atto introduttivo del giudizio e funzione del processo: la riflessione processual-amministrativista. – 5. La proposizione del ricorso e la pendenza della lite. – 6. Il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio e la corrispondenza tra chiesto e pronunciato. – 7. L'ordine "logico" di trattazione dei motivi di ricorso. – 8. Il condizionamento del passato.

1. L'atto introduttivo del giudizio assolve a una duplice funzione: esso, da un lato, è strumento iniziatore del processo, ponendosi come atto d'impulso dell'intera vicenda processuale; dall'altro lato, determina e delimita l'oggetto del giudizio, ossia individua il contenuto della richiesta di tutela avanzata dalla parte e l'ampiezza del dovere decisorio di merito legittimamente esercitabile dal giudice¹.

Da ciò consegue che l'atto introduttivo del giudizio si presti ad essere analizzato sotto angolature diverse, intese a privilegiarne vuoi la forma vuoi il contenuto.

Posto che nel processo amministrativo "le domande si introducono con ricorso" (art. 41, comma 1, c.p.a.), laddove invece nel processo civile l'atto introduttivo del giudizio è indicato con la formula "citazione" (art. 163 c.p.c.), la prospettiva d'analisi incentrata sulla forma dell'atto introduttivo porta con sé alcune domande di fondo: se

¹ Cfr. G. VERDE, voce *Domanda (principio della)*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1989, 1 ss., 2, 3, secondo cui la domanda non è solo l'atto introduttivo del processo, ma deve essere rapportata al potere decisorio del giudice, chiamato a provvedere nei limiti di tale richiesta; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, vol. VII, Torino, 1991, 44 ss., 47, 56, che, correlando l'art. 99 c.p.c. con l'art. 2907, comma 1, c.c., ribadisce la tendenziale subordinazione dell'esercizio della funzione giurisdizionale alla proposizione di un atto d'eccitazione da parte di un soggetto terzo e sottolinea altresì come nella domanda si riflettano i caratteri fondamentali della natura essenzialmente dialogica del processo.

la forma di proposizione della domanda giudiziale sia in grado di condizionare la struttura del relativo processo, al punto da ritenere che il processo amministrativo obbedisca al modello teorico di processo da ricorso, caratterizzato da un importante “condizionamento pubblicistico”; se, più a monte, sia ravvisabile un rapporto tra il modello teorico di processo da ricorso, la funzione assegnabile al processo e la situazione giuridica soggettiva da tutelare; se, infine, questo modello sia da ritenersi datato e ora superato in ragione degli attuali profondi cambiamenti di disciplina normativa, oppure, invece, se esso continui a esercitare una capillare influenza e s’insinui negli interstizi non legislativamente determinati, mettendo in luce uno scollamento tra le (più o meno) recenti evoluzioni dottrinarie e alcune soluzioni giurisprudenziali.

La prospettiva riguardante il contenuto dell’atto introduttivo del giudizio fa invece emergere la questione dei rapporti tra il potere della parte e il potere del giudice in ordine alla fissazione del *thema decidendum* e quindi l’essenza del principio della domanda. Merita infatti di essere indagato se esistano ed eventualmente quali siano i limiti entro i quali la domanda sia idonea a vincolare il giudice, allo scopo di stabilire il *minimum* oltre il quale l’attività interpolatrice del giudice non è permessa. In particolare, viene in rilievo la questione della disponibilità dell’ordine di esame dei motivi di impugnazione da parte del ricorrente e la consistenza del vincolo del giudice ai motivi di ricorso. Torna, ancora una volta e sotto una diversa angolatura, il tema del “condizionamento pubblicistico” del processo amministrativo, come se il giudice attribuisse (tuttora) alla propria giurisdizione lo scopo primario di ripristinare la legalità violata. In questo caso poi lo scollamento con la dottrina risulta più evidente, se si considera il fatto che da ormai tempo immemorabile quest’ultima mette in guardia dai pericoli derivanti da considerazioni di mera opportunità espresse dal giudice nell’ambito della giurisdizione generale di legittimità.

Il prisma dell’atto introduttivo del giudizio amministrativo consente dunque di verificare quanta parte dell’indubbia e perdurante specialità del processo amministrativo mantenga un’attuale giustificazione e di contro quanta parte sia tributo

a un'immagine tralattiva del giudizio amministrativo come di uno strumento di verifica della legalità dell'agire amministrativo, piuttosto che di tutela di situazioni giuridiche soggettive².

2. Una duplice spiegazione di carattere storico sta alla base dell'impiego della forma del ricorso per la proposizione della domanda giudiziale nel processo amministrativo.

Come è noto, il ricorso era ed è tuttora la forma introduttiva dei procedimenti contenziosi non giurisdizionali. In tali procedimenti il ricorso è rivolto alla controparte del rapporto medesimo, è un invito al soggetto che ha emanato l'atto controverso e contemporaneamente deve decidere su di esso.

Così l'art. 3, comma 1, della legge istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato (legge 21 marzo 1889, n. 5992), qualificando come ricorso l'atto introduttivo del relativo giudizio, utilizzò un termine che, in quanto già impiegato per i rimedi amministrativi, consentiva di lasciare aperta la questione sulla natura giurisdizionale o amministrativa delle funzioni attribuite alla IV sezione³.

Altrettanto è noto che anche il processo davanti alla Corte di cassazione era ed è tuttora introdotto da un ricorso giurisdizionale. È stato soprattutto V.E. Orlando a ritenere che il processo davanti al Consiglio di Stato potesse essere parificato a quello già compiutamente disciplinato davanti alla Cassazione, perché in entrambi i casi il processo avrebbe ad oggetto un atto (più precisamente, nel caso del giudizio in

² Restano ancora insuperate ai giorni nostri le pagine di V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1962, volte a valorizzare in "chiave sistematica" le disposizioni costituzionali allo scopo di configurare la giustizia amministrativa non più come "giurisdizione di diritto obiettivo e tendente comunque in via principale a reintegrare l'ordine giuridico e ad attuare la legalità dell'azione amministrativa e a tutelare quindi solo occasionalmente l'interesse dei singoli" (*op. cit.*, 26), bensì come insieme di "mezzi giurisdizionali che, avanti a giudici indipendenti, sono offerti al cittadino a presidio dei suoi diritti e dei suoi interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione" (*op. cit.*, 66).

³ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1958, 44, osserva come gli autori della riforma del 1889 non cercarono "per quanto possibile, di definire come giurisdizionali tali funzioni, prospettando i nuovi ricorsi ... come semplici perfezionamenti ... delle difese amministrative ... contemplate nell'art. 3 della legge del 1865". Sul punto cfr. anche V. CAIANIELLO, voce *Ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, 2, chiaro nel precisare che "il diritto di azione dinanzi al giudice amministrativo si esprimeva come diritto di ricorso, che, per la sua derivazione da quello amministrativo, spiega l'identificazione terminologica del rimedio con l'atto introduttivo del giudizio e con il giudizio stesso, cioè con il procedimento che si instaura con il ricorso".

Cassazione una sentenza di secondo grado) e comporterebbe una cognizione di pura legittimità⁴.

Su un piano di teoria generale del processo il ricorso si caratterizza quale atto processuale di parte presentato direttamente al giudice e formulato per iscritto al di fuori dell'udienza. La forma del ricorso può essere impressa all'atto introduttivo del giudizio e in quest'ipotesi si parla di *vocatio iudicis*, atto con il quale si chiama il giudice a provvedere sull'oggetto della domanda. Di contro la citazione è prevalentemente *vocatio in ius*, in quanto diretta all'altra parte⁵.

A Feliciano Benvenuti si deve, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, l'elaborazione della distinzione tra un modello di processo da citazione e un modello di processo da ricorso⁶. Secondo tale teoria il processo da ricorso non sarebbe semplicemente il processo introdotto mediante ricorso. Il tipo di atto introduttivo spiegherebbe integralmente tutti gli aspetti del processo, anche quelli di natura processual-sostanziale relativi non a connotati strutturali, ma alla funzione stessa del giudizio.

L'individuazione di una categoria di processi da ricorso è compiuta allo scopo di predicare una doppia interdipendenza: vuoi tra la forma di proposizione della domanda e l'oggetto del giudizio, vuoi tra la forma di proposizione della domanda e la situazione sostanziale da tutelare.

Partendo dal presupposto che “ciò che forma oggetto della domanda e quindi oggetto del giudizio è sempre e soltanto la validità dell'atto impugnato” si configura un processo che, per utilizzare l'esempio grafico fatto dallo stesso Autore, corrisponde

⁴ La posizione di V. E. ORLANDO è stata espressa in *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, pt. 1, Milano, 1901, 711 ss.

⁵ A. CERINO CANOVA, voce *Ricorso* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1991, 1.

⁶ Il primo scritto rilevante in tal senso è F. BENVENUTI, *Struttura del processo amministrativo e decadenza per il mancato deposito dell'atto impugnato*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, 1257; cui hanno fatto seguito ID., *Lo svolgimento del giudizio innanzi al Consiglio di Stato, nella teoria e nella pratica*, in *Atti del III Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione. La giustizia nella amministrazione*, Milano, 157 ss.; ID., voce *Contraddittorio* (*dir. amm.*), in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, 740; ID., voce *Giustizia amministrativa*, *ivi*, vol. XIX, Milano, 1970, 589 ss.; ID., voce *Processo amministrativo (struttura)*, *ivi*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 460 ss., ora tutti in *Scritti giuridici*, voll. I-V, Milano, 2006. Sull'autonomia sistematica del processo da ricorso cfr. altresì U. POTOTSCHING, voce *Appello* (*diritto amministrativo*), in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 786 ss.; A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato*, Napoli, 1963, 324 ss.; A. ANDREANI, *Forma del ricorso ed esercizio dell'azione nel giudizio amministrativo*, in questa *Rivista*, 1983, 246 ss.

a un triangolo isoscele e non a un triangolo equilatero, il cui oggetto è il solo atto impugnato e che fornisce tutela ai soli interessi legittimi⁷.

La teoria ha un risvolto concreto dal momento che numerosi sono i corollari ricavati dalla presenza di un processo da ricorso: dal mancato effetto sospensivo dell'atto impugnato ricollegabile alla proposizione del ricorso al divieto di prove testimoniali, dalla decadenza per la mancata produzione da parte del ricorrente della copia del provvedimento impugnato all'irrelevanza degli eventi interruttivi, dall'esclusione delle prove testimoniali all'assenza della contumacia, dal fatto che la rinuncia al giudizio da parte di chi lo promuove operi indipendentemente dall'accettazione delle controparti alla costituzione del rapporto processuale non a seguito della notifica dell'atto introduttivo, bensì a seguito del deposito dello stesso⁸.

3. Nel codice di procedura civile del 1865 la distinzione tra *vocatio in ius* e *vocatio iudicis* era piuttosto chiara, "aggravata da una corriva giurisprudenza che per es. ammetteva che nella citazione d'appello non fosse necessaria l'indicazione dei motivi"⁹.

Tuttavia nel processo civile alla distinzione tra ricorso e citazione non è mai stata attribuita importanza di tipo sistematico.

Già Chiovenda ebbe ad affermare, con riferimento all'atto di citazione, che "essenziale è la invocazione del giudice con ciò che essa comprende, ma la chiamata del convenuto davanti ad esso (*vocatio in ius*) non è un atto di potere né del giudice, né dell'usciera, né molto meno della parte; essa non è oggi, sotto veste antica, che la necessaria comunicazione al convenuto della invocazione del giudice"¹⁰.

Lo stesso Carnelutti, che nel suo Sistema del diritto processuale civile degli anni Trenta del secolo scorso, contrappone una proposizione mediante ricorso e una

⁷ F. BENVENUTI, *Lo svolgimento del giudizio*, cit., ora in *Scritti giuridici*, vol. II, 1851.

⁸ La teorica è sviluppata in vari scritti di F. BENVENUTI (*Struttura del processo amministrativo*, cit.; *Lo svolgimento del giudizio*, cit.; voce *Contraddittorio (dir. amm.)*, cit.; voce *Giustizia amministrativa*, cit.; voce *Processo amministrativo (struttura)*, cit.), cui si rinvia.

⁹ Così A. DE VALLES, *Specificazione dei motivi nel ricorso giurisdizionale*, in *Foro it.*, III, 1942, 67 ss., 69, nt. 1, che prosegue osservando che "nel sistema del nuovo codice la differenza funzionale tra citazione e ricorso è stata, se non del tutto soppressa, certo attenuata".

¹⁰ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 636.

proposizione mediante citazione, negli anni successivi tende a minimizzare la differenza tra *vocatio iudicis* e *vocatio in ius*¹¹.

Il passaggio dall'originaria concezione dell'azione come diritto concreto verso l'altra parte alla concezione dell'azione come diritto astratto sempre nei confronti dell'avversario per poi approdare alla configurazione dell'azione come diritto astratto verso il giudice erode progressivamente il fondamento della costruzione della domanda giudiziale come negozio giuridico, sottesa alla primigenia immagine della citazione¹².

Ai giorni nostri nel giudizio civile la scelta discrezionale del legislatore fra citazione e ricorso è divenuta un'opzione di organizzazione interna del processo, che si ricollega a ragioni eminentemente di tecnica processuale¹³.

Manca una nozione generale e uniforme di ricorso, stante la varia fenomenologia in cui l'atto è impiegato. Si spazia dal ricorso introduttivo del procedimento sommario *ex art. 702 bis c.p.c.*, dalla latitudine potenzialmente assai vasta nel campo di

¹¹ "... ho già definito la citazione come un avviso della domanda dato previamente da chi intende proporla alla controparte (...). La citazione serve soltanto alla preparazione della controparte al processo, non anche alla preparazione dell'ufficio." Invece nel caso di proposizione tramite ricorso l'attore "comunica senz'altro la domanda al giudice, il quale, avutane conoscenza, prenda le disposizioni necessarie per preparare l'ufficio e la controparte alla istruzione". (F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. III, Padova, 1939, 13). Ma cfr. poi anche, sempre dello stesso AUTORE, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 92 ss.

¹² Cfr. riassuntivamente F. CORDOPATRI, voce *Ricorso (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 739 ss., secondo cui la disciplina normativa del c.p.c. del 1865 ha profilato i contorni del ricorso quale forma di domanda introduttiva di un processo orale, concentrato e d'ispirazione pubblicistica, mentre "la configurazione in senso prettamente sostanzialistico della pretesa, *melius* dell'azione, per un verso, geneticamente collegata al diritto soggettivo, e, per l'altro verso, consequenzialmente diretta verso l'altra parte, nonché la correlativa costruzione del processo a guisa di rapporto giuridico ... eleggono a forma naturale e privilegiata di proposizione della domanda giudiziale l'atto di citazione"; sull'autonomia dell'azione (e del processo) rispetto al diritto sostanziale cfr. soprattutto E. T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, vol. II, 47 ss., ma cfr. già anche G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1935, 21 ss.; ID., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 1931, 1 ss., spec. 15 ss.; sulla relatività delle diverse concezioni di azione, ognuna delle quali mostra i profondi nessi con una serie di altri concetti basilari, cfr. P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Studi sul processo civile*, vol. V, Padova, 1947, 1 ss.; R. ORESTANO, voce *Azione in generale*, a) *Storia del problema*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 785 ss., spec. 817 ss.

¹³ F. CORDOPATRI, voce *Ricorso*, cit., che cita a tal riguardo gli artt. 165, 415, 442, 619, 673, 681, 694 e 709 c.p.c.; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., 106-107.

applicazione¹⁴, al ricorso per cassazione, dal ricorso nel rito del lavoro al ricorso amministrativo per arrivare al nostro ricorso giurisdizionale amministrativo¹⁵.

Ognuna di queste figure di ricorso ha un suo specifico regime¹⁶ e ognuna di queste figure è posta a tutela vuoi di diritti soggettivi vuoi di interessi legittimi, vuoi contemporaneamente di diritti soggettivi e interessi legittimi.

Delle due l'una: o la situazione giuridica soggettiva influenza la struttura del processo da ricorso e quindi tutti i processi da ricorso, a struttura omogenea, dovrebbero sottendere identiche situazioni giuridiche soggettive; oppure la struttura del processo da ricorso sottende situazioni sostanziali diverse e quindi essa dovrebbe restare insensibile a queste ultime¹⁷.

Conferma del fatto che atto di citazione e ricorso siano atti interscambiabili e fungibili si ricava dagli artt. 121 (sulla libertà di forme) e 156 (sulla rilevanza della nullità) c.p.c., fondati sui principi di conservazione dell'atto e di raggiungimento dello scopo¹⁸.

¹⁴ Articolo inserito dall'art. 51, comma 1, della l. 18 giugno 2009, n. 69. La giurisprudenza ha di recente affermato che, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14 del d. lgs. 1° settembre 2011, n. 150, la controversia per la liquidazione delle prestazioni professionali può essere introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo e la relativa opposizione va proposta con ricorso *ex art. 702 bis c.p.c.*, come pure l'attività di costituzione dell'opposto, con l'importante precisazione che, "nel caso in cui l'opposizione sia stata proposta con citazione, ... il giudice debba disporre il mutamento del rito e, in tale evenienza, gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono secondo le norme del rito seguito prima del mutamento, restando ferme le decadenze e le preclusioni maturate secondo le norme del rito seguito prima del mutamento" (Cass. civ., sez. II, 14 maggio 2019, n. 12796).

¹⁵ Da segnalare poi il passaggio dalla forma del ricorso a quella della citazione per l'atto introduttivo del processo avverso le delibere condominiali. Infatti la legge di riforma del condominio (l. 11 dicembre 2012, n. 220) ha riformulato l'art. 1137 c.c., con la conseguenza che attualmente "il giudiziale gravame dei deliberati assembleari condominiali deve essere introdotto con le forme processuali ordinarie, deponendo chiaramente in tal senso l'eliminazione, dal testo dell'articolo, del riferimento al 'ricorso' riportato nella sua previgente formulazione... Nel nuovo contesto di disciplina, l'impugnativa *ex art. 1137 c.c.* va, quindi, certamente proposta con atto di citazione" (Trib. Roma, sez. V, 11 giugno 2019, n. 12283). Del resto, già la Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8491, aveva affermato che le impugnazioni delle delibere dell'assemblea condominiale avrebbero dovuto essere proposte con citazione, in base alla regola generale dettata dall'art. 163 c.p.c., rimanendo priva di rilievo l'espressione 'ricorso' utilizzata dall'art. 1137 c.c.; in tema cfr. M. LUPANO, *Sull'introduzione del processo secondo un modello formale errato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 121 ss.

¹⁶ Ad esempio, come si avrà modo di sottolineare anche in seguito, nel processo amministrativo il ricorso viene prima notificato alle altre parti e solo successivamente depositato (art. 45 c.p.a.), mentre nel processo del lavoro è atto presentato al giudice prima della notifica alle altre parti (art. 415 c.p.c.). Ancora, mentre la legge descrive chiaramente l'intero modello formale del ricorso per cassazione, precisando quali inosservanze conducano l'invalidità (art. 366 c.p.c.), per il ricorso introduttivo del processo del lavoro nessuna regola di nullità è dettata (art. 414 c.p.c.).

¹⁷ Cfr. F. CORDOPATRI, voce *Ricorso*, cit.

¹⁸ "L'equipollenza tra citazione e ricorso è giustificata dall'applicazione del principio di convalidazione per raggiungimento dello scopo di cui all'art. 156 c.p.c., comma 3, oppure facendo richiamo al principio di conservazione degli atti processuali, talora ricollegato all'art. 159 c.p.c." (Cass. civ., sez. II, n. 12796/2019, cit.).

Inoltre gli elementi formali prescritti dall'art. 414 c.p.c. per la domanda proposta con ricorso ricalcano essenzialmente quelli contemplati dall'art. 163 per la domanda proposta con citazione.

Tutto ciò spiega come Cerino Canova abbia potuto definire “ingiustificata” e “arbitraria” l'idea che la forma dell'atto introduttivo sia correlata a una specifica funzione attribuibile al processo¹⁹.

4. La più generale trasformazione del processo amministrativo, posto chiaramente a garanzia di situazioni soggettive, processo di parti in senso stretto, utilizzato per ottenere vari rimedi dal giudice non esauriti semplicemente nell'annullamento dell'atto impugnato, ha portato anche nello specifico ambito della riflessione sulla giustizia amministrativa alla svalutazione dell'importanza della distinzione tra processi che iniziano con citazione e processi che iniziano con ricorso e a un ridimensionamento della qualificazione del processo amministrativo come processo da ricorso.

In disparte del fatto che l'introduzione del giudizio con ricorso è sempre stata la regola generale anche in sede di giurisdizione amministrativa esclusiva, ove vengono fatti valere anche diritti soggettivi e il processo può svolgersi senza l'impugnazione di un provvedimento²⁰, già a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso la dottrina più attenta aveva iniziato a sottolineare che “quegli elementi della struttura del processo da ricorso, che sono rimasti nelle nostre leggi sulla giurisdizione amministrativa, non sono nulla più che residui di una concezione del nostro processo, ormai superata”²¹.

¹⁹ Così, efficacemente, A. CERINO CANOVA, voce *Ricorso*, cit., 2.

²⁰ Sul punto cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2018, 247; M. D'ORSOGNA, *La fase introduttiva*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VII ed., Torino, 2017, 306-307, che ricorda anche quella giurisprudenza (Cons. giust. amm. reg. sic., 14 maggio 1982, n. 18, in Cons. Stato, 1982, I, 719), secondo cui l'impugnativa proposta con atto di citazione non comporterebbe alcuna nullità o preclusione qualora l'atto abbia ugualmente raggiunto il suo effetto.

²¹ Così A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, 117-118, nt. 133. In senso conforme cfr. E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Nss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, 1077 ss.; M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 35 ss. e 275 ss.; ID., *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, V, 17 ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 295 ss.

Tante le critiche mosse alla tesi del processo amministrativo come processo da ricorso. Esse in parte si riallacciano alla riflessione dei processualciviliisti secondo cui l'impiego del ricorso non si ricollega a uno schema di processo generale e uniforme contraddistinto dalla *vocatio iudicis*. Si osserva che la forma del ricorso non caratterizza un atto presentato al giudice prima della notifica alle altre parti. Ciò accade sì per il ricorso nel rito del lavoro, che si distingue così dalla citazione nel processo civile ordinario, ma non invece per il ricorso giurisdizionale amministrativo, che è dapprima notificato alle altre parti e solo successivamente depositato presso la segreteria del giudice (ora art. 45 c.p.a.), “di guisa che la differenza tra *vocatio in ius* e *vocatio iudicis* appare in concreto puramente formale”²².

Molti degli affermati corollari della categoria del processo da ricorso sono stati smantellati dalla dottrina²³, altri invece sono stati superati dal diritto positivo, che ha provveduto a sgretolare dall'interno la consistenza della categoria. Si pensi all'irrelevanza degli eventi interruttivi su cui era già intervenuto, prima del codice, l'art. 24 della legge Tar; oppure all'onere di depositare l'atto impugnato, originariamente gravante solo sulla parte ricorrente, a pena di decadenza (art. 9, commi 3 e 4, della legge n. 5992/1889), successivamente privato di qualsivoglia sanzione (art. 21 legge Tar), ora infine posto in capo all'amministrazione resistente all'atto della sua costituzione (art. 46, comma 2, c.p.a.); oppure, ancora, al divieto di prove testimoniali, attualmente superato dall'art. 63, comma 3, c.p.a., che ha previsto questo mezzo di prova per ogni tipo di giurisdizione davanti al giudice amministrativo.

Altre peculiarità del processo amministrativo si legano più propriamente alla perentorietà dei termini per l'impugnativa, piuttosto che alla forma dell'atto introduttivo del giudizio. Valga l'esempio della disciplina in materia di rinuncia al ricorso giurisdizionale amministrativo, per lungo tempo mai subordinata all'accettazione della controparte, e che la giurisprudenza basava sulla “distinzione fra

²² E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo*, cit., 1080.

²³ Ancora E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo*, cit., 1080, che chiarisce, tra l'altro, come il fatto che il ricorso non produca un effetto sospensivo del provvedimento impugnato non si ricollegli a presunte peculiarità del processo, bensì “sia conforme ai principi generali sul processo di impugnazione”.

la forma della *vocatio iudicis* e quella della *vocatio in ius*”²⁴. Se si ha riguardo al giudizio d’impugnazione, l’amministrazione solitamente non nutre interesse a proseguire un giudizio al quale il ricorrente abbia rinunciato non solo perché essa è sempre titolare di un potere di annullamento d’ufficio o di revoca, ma anche perché alla rinuncia non è in grado di seguire la riproposizione della domanda in ragione della perentorietà dei termini per l’impugnativa²⁵. Se si ha poi riguardo ai giudizi non d’annullamento, in cui l’amministrazione può nutrire interesse alla prosecuzione del giudizio, il codice ha superato la disciplina pregressa²⁶, contemplando espressamente che se di fronte alla rinuncia del ricorrente le parti che hanno interesse alla prosecuzione non si oppongono, il processo si estingue (art. 84, comma 3, c.p.a.)²⁷.

Altri presunti portati emblematici dell’antitesi processo da ricorso-processo da citazione sono in realtà falsi problemi, come la mancata previsione dell’istituto della contumacia nel processo amministrativo.

Nel processo civile la dichiarazione di contumacia del convenuto prevista all’art. 171, comma 3, c.p.c., ha la sola funzione di attestare che il giudice ha verificato che l’atto introduttivo del processo è stato notificato all’effettivo legittimato passivo nei modi di legge, che il convenuto ne ha acquisito conoscenza effettiva o legale ma non si è costituito in giudizio e che pertanto il processo può continuare nonostante la mancata costituzione della controparte.

La dichiarazione di contumacia ha quindi portata meramente ricognitiva: suo scopo è richiamare l’attenzione del giudice sulla necessità di verificare sin dalla prima udienza la ritualità delle notifiche dell’atto introduttivo del giudizio, tutelando così il convenuto che non sia stato debitamente notiziato e assicurando il corretto e celere

²⁴ La correlazione tra processo da ricorso e mancata previsione dell’accettazione della rinuncia è evidenziata da F. BENVENUTI nella voce *Estinzione del processo (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, 941 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, cit., 2449 ss., spec. nt. 26, e per quanto riguarda la giurisprudenza, da Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2002, n. 4805, su cui, in senso critico, M. RENNA, *Unilateralità e irrevocabilità della rinuncia al ricorso nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, C.d.S., 2002, 2983 ss.

²⁵ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 271 ss.; E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo*, cit., 1080.

²⁶ Cfr. art. 46 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, poi però sostituito dall’art. 26, comma 7, della legge Tar.

²⁷ Sul punto cfr. S. MORO, *L’andamento anormale del processo: sospensione, incidente di falso, interruzione, estinzione*, in B. SASSANI e R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1184 ss.

svolgimento del processo che sarebbe di contro compromesso qualora l'irrituale notifica dell'atto introduttivo del giudizio venisse scoperta in una fase avanzata del giudizio²⁸.

La mancata previsione espressa dell'istituto della contumacia nel processo amministrativo non significa che il giudice di tale processo non sia tenuto, sin dal primo incombente, a verificare la regolare convocazione in giudizio dei contraddittori necessari, come emerge dal dettato degli artt. 44, comma 4, 55, comma 6, e 56, comma 2, del codice di rito.

Pertanto nel processo amministrativo, nonostante non sia contemplata la dichiarazione di contumacia, la parte resistente non regolarmente evocata in giudizio e non costituitasi a mezzo di procuratore gode dell'identica tutela a disposizione del convenuto contumace nel processo civile. Con l'ulteriore conseguenza che alla parte regolarmente evocata e non costituita nel processo amministrativo si devono applicare tutte le norme del c.p.c. che si riferiscono al convenuto contumace, se e in quanto richiamate dal codice del processo amministrativo²⁹.

Ne consegue che la mancata previsione dell'istituto della contumacia nel processo amministrativo non produce in concreto conseguenze tali da impedire a tutte le parti una concreta possibilità di difesa e quindi non è spia di un condizionamento pubblicistico, corollario della struttura del processo da ricorso.

5. Nonostante sia mutato il contesto di diritto positivo e la consapevolezza del pensiero dottrinale, la contrapposizione tra modello da ricorso e modello da citazione continua a mantenere una perdurante vitalità nel processo amministrativo ed è tuttora frequentemente invocata dalla giurisprudenza dei Tar e del Consiglio di Stato.

²⁸ Si veda la pregevole ricostruzione dell'istituto fatta da Tar Piemonte, sez. I, ord. 9 novembre 2012, n. 1179. Coerentemente con l'affermata natura meramente ricognitiva della dichiarazione di contumacia la giurisprudenza civile ritiene che l'omessa dichiarazione di contumacia del convenuto non costituitosi in giudizio non incida sulla regolarità del processo e non determini un vizio della sentenza qualora tale omissione non abbia in concreto pregiudicato il diritto di difesa (Cass. civ., sez. III, 14 dicembre 2010, n. 25238) e alla medesima conclusione deve pervenirsi in caso di erronea dichiarazione di contumacia (Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2012, n. 3704).

²⁹ Cfr. ancora Tar Piemonte, sez. I, ord. n. 1179/2012, secondo cui anche nel processo amministrativo la morte della parte regolarmente evocata in giudizio e non costituitasi a mezzo di procuratore determina l'interruzione del processo ai sensi dell'art. 300, comma 4, c.p.a., il cui richiamo da parte dell'art. 79, comma 2, c.p.a. non avrebbe altrimenti alcun senso.

Ne costituisce la riprova il tema dell'individuazione del momento in cui la controversia deve ritenersi pendente e si producono gli effetti processuali e sostanziali della domanda³⁰.

Secondo la teorica del modello del processo da ricorso il momento in cui sorge l'obbligo del giudice di decidere la controversia coincide con quello in cui si determina la pendenza della lite. In altri termini, il fatto in virtù del quale il processo viene a esistere s'identificherebbe con il momento in cui la domanda è depositata presso la cancelleria del giudice (art. 45, comma 1, c.p.a.), non essendo sufficiente il solo compimento della notifica alle controparti (art. 27, comma 1, c.p.a.)³¹.

La giurisprudenza è divisa al suo interno e l'orientamento che richiede anche il deposito dell'atto introduttivo del giudizio per determinare la pendenza della lite si basa proprio sull'argomentazione secondo cui “nel processo amministrativo, a differenza che nel processo civile, il rapporto processuale è retto dallo schema della *vocatio iudicis* e non da quello dalla *vocatio in iudicium*”³².

Il modello del processo da ricorso condizionerebbe a tal punto la struttura del processo da impedire di ritenere valida anche per il processo amministrativo la regola, consacrata dall'art. 39, comma 3, c.p.c., che stabilisce che la litispendenza è determinata dalla notificazione della citazione. In altre parole, il modello del processo da ricorso impedirebbe il rinvio esterno previsto all'art. 39, comma 1, c.p.a. (“per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali”),

³⁰ Sulla “pendenza della lite” o litispendenza come “stato” cfr. V. COLESANTI, voce *Litispendenza* (*dir. proc. civ.*), in *Nss. D. I.*, vol. IX, Torino, 1963, 976 ss.; sugli effetti processuali (*perpetuatio iurisdictionis*, la regola dell'immutabilità delle parti, ecc.) e sugli effetti sostanziali (interruzione della prescrizione, impedimento della decadenza, ecc.) della litispendenza cfr. A. CERINO CANOVA, voce *Ricorso*, cit., 4; R. ORIANI, voce *Domanda giudiziale*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 1 ss.

³¹ La questione non riguarda ovviamente quei particolari meccanismi di instaurazione della lite che prevedono dapprima il deposito del ricorso e successivamente la notifica, come, ad esempio, il procedimento in materia elettorale contemplato dall'art. 130 c.p.a.

³² Tar Veneto, sez. I, 23 ottobre 2018, n. 981; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 7 giugno 2017, n. 3060; sez. II, 15 marzo 2017, n. 1496; Tar Sardegna, sez. II, 5 dicembre 2016, n. 926; Tar Campania, Salerno, sez. I, 4 dicembre 2015, n. 2557

disposizione che più d'ogni altra è ispirata a una logica di creazione di un unico generalizzato modello processuale³³.

Così nel processo amministrativo la notificazione del ricorso esplicherebbe unicamente la funzione di acquisita conoscenza legale di un'iniziativa giudiziaria del ricorrente, di manifestazione della volontà di agire in giudizio, mentre con il deposito del ricorso si realizzerebbe la presa di contatto tra il ricorrente e l'organo giurisdizionale, investendo il giudice della controversia e generando così la costituzione del rapporto processuale³⁴.

Secondo l'Adunanza plenaria "da questa presa di contatto" tra la parte titolare del potere di azione e l'organo che deve rendere giustizia trarrebbe fondamento l'interesse processuale delle altre parti e ne giustificherebbe la loro partecipazione al processo³⁵.

La questione assume un'importanza particolare con riferimento ad alcune vicende concrete. Si pensi alla determinazione del termine di decadenza speciale per la proposizione del ricorso giurisdizionale relativamente a controversie di pubblico impiego contrattualizzato attinenti a un periodo del rapporto anteriore a una certa data, sulle quali il giudice amministrativo ha conservato a esaurimento la propria giurisdizione (art. 45, comma 17, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, poi trasfuso nell'art. 69, comma 7, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165)³⁶.

Per lungo tempo il giudice amministrativo ha ritenuto che, al fine d'individuare il limite temporale posto all'esercizio del diritto d'azione, il ricorso avrebbe dovuto

³³ Il problema dell'individuazione del momento in cui il giudizio deve considerarsi pendente si è posto anche con riferimento a un altro processo che ha inizio con un ricorso e cioè al processo del lavoro. Pure in questa ipotesi la normativa non offre una soluzione testuale, dal momento che, appunto, l'art. 39 c.p.c. considera il solo giudizio promosso in base a citazione e l'art. 643 c.p.c. si riferisce a un fenomeno eccezionale quale è il procedimento ingiuntivo; sul punto cfr. G. TRISORIO LIUZZI, *La pendenza dei processi da ricorso*, in *Dir. giur.*, 1979, 262 ss.

³⁴ Cons. Stato, ad.pl., 31 maggio 2002, n. 5; Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 1982, n. 2; Cons. Stato, ad. plen., 28 luglio 1980 n. 35; Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1849; Tar Campania, Napoli, sez. V, 3 marzo 2010, n. 1277.

³⁵ Cons. Stato, ad. plen., n. 35/1980.

³⁶ Ma si pensi anche alla questione dell'individuazione del momento in cui i giudizi "promossi" anteriormente alla data di prima attribuzione di competenza ai tribunali amministrativi regionali, restavano devoluti, a tre mesi dalla data del loro insediamento, alla competenza del Consiglio di Stato in unico grado (art. 38, comma 2, della legge Tar). Come sopra accennato alle note precedenti, la decisione n. 35/1980 dell'Adunanza Plenaria ha stabilito che in relazione a queste ipotesi il rapporto processuale si costituisse solo con il deposito del ricorso. Critico a tal riguardo V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, 607, secondo cui, intervenuto il deposito del ricorso, il momento della notifica diviene rilevante come quello iniziale del processo, in virtù di un effetto retroattivo.

essere non soltanto notificato ma anche depositato presso la segreteria del tribunale amministrativo regionale entro una certa data. La giustificazione addotta per l'orientamento secondo cui “nel processo amministrativo il rapporto processuale può considerarsi instaurato solo all'esito dell'adempimento dell'onere del deposito, non essendo sufficiente il completamento entro detto termine della sola procedura di notifica” si fonda, ancora una volta, sul fatto che in tale processo, “a differenza che nel processo civile, il rapporto processuale è retto dallo schema della *vocatio iudicis* e non da quello della *vocatio in ius*”³⁷.

Tuttavia la valorizzazione del principio costituzionale del diritto di difesa ha condotto la giurisprudenza a un mutamento del suo originario orientamento. Abbandonando ogni riferimento allo schema della *vocatio iudicis* essa ha stabilito che, ai fini della corretta individuazione dei limiti temporali per l'esercizio dell'azione, debba farsi riferimento alla data di notifica dell'atto introduttivo del giudizio e non a quella del deposito del ricorso³⁸. Così la tempestiva notifica del ricorso impedisce ogni decadenza, mentre il deposito assume rilevanza esclusivamente al fine della procedibilità dello stesso³⁹.

Altra breccia nel muro della regola pretoria che impone il deposito del ricorso, anziché la semplice notifica, per far decorrere gli effetti sostanziali e processuali della domanda è stata di recente aperta con un'apprezzabile decisione del Tar Calabria⁴⁰. Il giudice amministrativo è stato chiamato a stabilire se una controversia relativa a provvedimenti autonomamente e immediatamente lesivi che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento di un appalto pubblico sia regolata dal rito super accelerato previsto dall'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., nonostante quest'ultima disposizione sia stata abrogata dal c.d. decreto sblocca cantieri⁴¹, entrato in vigore lo

³⁷ Cfr., Cons. Stato, sez. IV, 16 luglio 2007, n. 4002, in questa *Rivista*, 2007, 1137 ss., con nota di S. BACCARINI, *Piccolo mondo antico: la teoria del “processo da ricorso”*; Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2796; sez. III, 30 gennaio 2012, n. 443.

³⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2018, n. 5961; ma cfr. altresì nello stesso senso Cons. Stato, sez. III, 1° agosto 2014, n. 4124; 11 luglio 2014, n. 3607; 7 maggio 2012, n. 2619; sez. V, 5 agosto 2011, n. 4704; sez. IV, 22 marzo 2011, n. 1753.

³⁹ In questo senso cfr. l'inciso contenuto nell'ordinanza della Corte costituzionale, 26 maggio 2005, n. 213.

⁴⁰ Tar Calabria, sez. Reggio Calabria, 13 maggio 2019, n. 324.

⁴¹ Art. 1, comma 4, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32.

stesso giorno del deposito del ricorso, notificato in data anteriore. La questione si pone perché il legislatore (art. 1, comma 5, del d.l. n. 32/2019) ha assunto quale riferimento temporale per l'applicabilità della riforma non già la pubblicazione del bando di gara o la spedizione dell'invito oppure ancora il momento dell'avvio della procedura di affidamento, bensì l'inizio del processo ("le disposizioni di cui al comma 4 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto").

Anche in questa ipotesi "esigenze di effettività della tutela giurisdizionale", nonché "di ordine logico-sistematico" hanno condotto a ritenere che i processi iniziati dopo la data in vigore del decreto debbano essere intesi come i processi in cui il ricorso introduttivo viene notificato (e non anche depositato) entro la data di entrata in vigore del decreto legge, valorizzando l'ottica di chi agisce in giudizio.

Ma, al di là di questi due casi specifici, che presentano comunque caratteristiche peculiari e sono influenzati da particolari esigenze di tutela (nel primo caso l'esigenza di difesa in ragione della previsione di un termine decadenziale di tipo sostanziale, nel secondo le esigenze di speditezza procedimentale tipiche del contenzioso in materia di contratti), resta fermo l'orientamento tradizionale figlio del modello del processo da ricorso: il rapporto processuale si considera instaurato solo all'esito dell'adempimento dell'onere del deposito, non essendo sufficiente il completamento della sola procedura di notifica. Con varie conseguenze, come, ad esempio, quella dell'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per tardività della riassunzione⁴², oppure dell'irricevibilità per tardività dell'appello in vicende di diritto transitorio⁴³.

Infatti il Consiglio di Stato continua a ritenere che la litispendenza sussista solo quando la "fattispecie complessa dell'incardinamento della lite" (composta dalla

⁴² Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2011, n. 6578; ma cfr. anche Cons. Stato, sez. I, 23 gennaio 2019, n. 562, nell'analizzare il rapporto di alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario precisa che "il momento della scelta difensiva (giurisdizionale) va individuato nel giorno del deposito del ricorso presso la segreteria dell'organo giurisdizionale, essendo il ricorso *una vocatio in ius* e non una *vocatio iudicis*".

⁴³ Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2016, n. 5363, secondo cui, "poiché nel caso in esame il deposito del ricorso di primo grado avvenne dopo l'entrata in vigore del citato art. 46 della legge n. 69, anche la causa così instaurata dagli appellanti restò regolata da detta novella, ancorché ciò avvenne in un tempo anteriore al vigente c.p.a. ... Non coglie invero nel segno l'obiezione degli appellanti, secondo cui il loro ricorso di primo grado fu spedito ... il giorno prima dell'entrata in vigore della l. 69/2009. Sicché, a loro dire, corretto sarebbe il mantenimento del previgente regime del termine "lungo" (cioè annuale, più i quarantasei giorni di sospensione feriale) per proporre l'appello in esame. Tale tesi parte dall'erroneo presupposto che la sola notificazione del ricorso introduttivo sia bastata a radicare la pendenza del giudizio amministrativo".

notificazione alle controparti e dal deposito dell'atto introduttivo presso l'ufficio) si sia perfezionata in tutti i suoi elementi, perché “diversamente opinando si verificherebbe l'assurdo che una lite, che ancora si incardina secondo un meccanismo di *vocatio iudicis* e non di *vocatio in iudicium*, possa dirsi pendente senza che l'ufficio, primo destinatario della domanda di giustizia, ne conosca l'esistenza”⁴⁴.

Questa impostazione sopravvaluta l'elemento formale dell'essere il ricorso indirizzato al giudice, anziché alla controparte, e non considera che l'onere processuale di deposito dell'atto introduttivo del giudizio è un mero adempimento condizionante lo svolgimento del processo, è, più precisamente, una condizione di procedibilità la cui inosservanza determina l'estinzione del processo⁴⁵.

Inoltre, dal punto di vista sistematico, sono molte le disposizioni del c.p.a. che ricollegano il concetto di “proposizione” dell'atto introduttivo del giudizio al termine di decadenza e quindi al momento della notificazione (artt. 41, 42, 119 e 120) e lo stesso discorso vale per le disposizioni sulla proposizione delle impugnazioni (art. 92)⁴⁶.

Del resto, anche nel processo civile da citazione il giudice in realtà è concretamente investito della controversia solo successivamente alla notifica dell'atto introduttivo del giudizio, con la costituzione in giudizio delle parti e la conseguente iscrizione della causa a ruolo (artt. 165, 166 e 168 c.p.c.); eppure in tale processo la legge stabilisce, come già sopra osservato, che la litispendenza è determinata dalla notificazione della citazione (art. 39, ult.comma, c.p.c.)⁴⁷. Inoltre sempre nel processo civile per i procedimenti costruiti sul modello della *vocatio iudicis*, come il

⁴⁴ Cons. Stato, sez. V, n. 6578/2011.

⁴⁵ Infatti l'art. 35, comma 1, lett. a e c, c.p.a., configura il ricorso depositato tardivamente o non depositato come oggetto di una sentenza di rito, ossia rispettivamente una declaratoria di irricevibilità o di improcedibilità. In dottrina cfr. sul punto A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., 200, nt. 49-a; S. BACCARINI, *Piccolo mondo antico*, cit., 1145, 1153-1154.

⁴⁶ Per questi rilievi cfr. Cons. giust. amm. reg. sic., parere 12 dicembre 2012, n. 1330.

⁴⁷ “Sfuggono le ragioni del perché nel processo civile, sia pur ispirato al modello della *vocatio in ius*, l'esercizio di tale potere si manifesta, conformemente al ... art. 39, ultimo comma, c.p.c., con la notifica della citazione, dell'atto cioè con cui l'attore formula la domanda giudiziale e chiama il soggetto che egli assume essere legittimato passivamente a comparire davanti al giudice (art. 163 c.p.c.), nel processo amministrativo, per il solo fatto che questo è ispirato al modello della *vocatio iudicis* debba attendersi, per ciò solo, anche l'ulteriore adempimento del deposito del ricorso” (Cons. Stato., sez. IV, 18 febbraio 2009, n. 946; Tar Campania, sez. IV, 24 aprile 2012, n. 1930).

procedimento d'ingiunzione, la pendenza della lite è determinata dalla notificazione del ricorso alla controparte (art. 643, comma 3, c.p.c.).

Infine, nel processo amministrativo la qualità di parte intimata s'acquista al momento della notificazione del ricorso (art. 46 c.p.a.⁴⁸) e qualora il ricorrente non provveda a depositare il ricorso, il legittimato passivo potrebbe comunque costituirsi, se non altro al fine di domandare al giudice una pronuncia d'improcedibilità⁴⁹.

Trascurare tutto ciò, da un lato, impedisce al processo amministrativo di ergersi a moderno processo di parti improntato alla tutela del principio costituzionale del diritto di difesa, come invece impongono gli art. 24 e 111 Cost., dall'altro, impedisce alla proposizione del ricorso giurisdizionale di assolvere la sua tipica funzione di introduzione del processo.

6. Passando dalla forma al contenuto del ricorso, si è già sopra osservato che all'atto introduttivo del giudizio compete non solo di operare come strumento iniziatore del processo, ma anche di determinarne e delimitarne l'oggetto.

La domanda condiziona non solo l'emanazione della sentenza, ma pure il suo contenuto: essa, in quanto destinata a provocare la pronuncia di merito del giudice su un determinato oggetto, "riflette in sé medesima la struttura propria del giudizio giuridico, e non rileva se eventualmente espressa in forma ancora dubbiosa, purché ne emerga l'apprezzamento dell'attore su *che cosa è il precetto della legge nel caso concreto*"⁵⁰.

In questa logica l'art. 40 c.p.a., raffrontato con l'art. 6 del regolamento di procedura davanti al Consiglio di Stato (r.d. 17 agosto 1907, n. 642), è espressione della profonda evoluzione attraversata dal processo amministrativo. Se nel regio

⁴⁸ Che ha innovato sul punto la disciplina previgente, in base alla quale nel termine di venti giorni successivi a quelli stabiliti per il deposito del ricorso l'organo che aveva emesso l'atto impugnato e le altre parti interessate potevano presentare memorie, fare istanze e produrre documenti (art. 22 della legge Tar).

⁴⁹ Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2011, n. 4704; Cons. giust. amm. reg. sic., parere n. 1330/2012.

⁵⁰ Così C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., 57. Come noto, la teoria della domanda come postulazione di giudizio si deve a S. SATTÀ, *Diritto processuale civile*, a cura di C. PUNZI, 1988, Padova, 141 ss.; sulla correlazione tra domanda e sentenza cfr. anche A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 389; G. VERDE, voce *Domanda*, cit., 5.

decreto l'unico oggetto menzionato era l'atto o provvedimento impugnato⁵¹, ora i contenuti necessari del ricorso prescritti dall'art. 40 c.p.a. includono "l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso il provvedimento eventualmente impugnato"⁵².

Tralasciando le questioni più controverse in tema di individuazione dell'oggetto del processo, che qui non possono essere affrontate⁵³, la prospettiva incentrata sul contenuto dell'atto introduttivo del giudizio suggerisce d'indagare l'essenza del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che costituisce una delle tre articolazioni del principio della domanda⁵⁴.

Ciò al fine di verificare vuoi il grado di garanzia assicurato al ricorrente di trovare nella sentenza adeguato soddisfacimento alla tutela richiesta, vuoi la consistenza del divieto in capo al giudice di ingerirsi nel processo in maniera diversa rispetto a quanto richiesto dalla sollecitazione di parte⁵⁵.

Torna ancora il tema -già affrontato nelle pagine precedenti sotto la particolare angolatura della forma dell'atto introduttivo del giudizio- del "condizionamento pubblicistico" del processo amministrativo, che qui assume le specifiche sembianze di

⁵¹ Ai sensi dell'art. 6, n. 2, del regolamento di procedura il ricorso doveva contenere "la indicazione dell'atto o provvedimento amministrativo che s'impugna e della data della sua notificazione".

⁵² Sulla lettera dell'art. 40 c.p.a. cfr. R. VILLATA e L. BERTONAZZI, *Commento all'art. 40 c.p.a.*, in A. QUARANTA e V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 390 ss.

⁵³ In particolare, se il processo amministrativo di legittimità abbia come oggetto il provvedimento impugnato ovvero il rapporto tra pubblica amministrazione e ricorrente, o, sotto diversa angolatura, se la pretesa processuale sia ricostruibile come richiesta di provvedimento di tutela o come affermazione di una situazione giuridica soggettiva. Sul punto cfr., da ultimo, B. TONOLETTI, *Il dualismo dell'oggetto del giudizio di annullamento dopo il codice del processo amministrativo*, in P. CERBO (a cura di), *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Napoli, 2019, 13 ss. che rifugge da formulazioni semplificatrici; ma cfr. anche, per due posizioni antitetiche sostenute con ricchezza e complessità di argomentazioni, R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, Milano, 1982, 707, ora anche in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 561 ss., ove anche *Addendum*, 578-584, e L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in questa *Rivista*, 2013, 617 ss.; per quanto riguarda il processo civile cfr., sempre da ultimo, E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzioni del diritto processuale*, Torino, 2016. Utile in ogni caso il monito di C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., 65, secondo cui "è certo possibile l'eventualità che il legislatore assuma nozioni differenziate di oggetto del processo a seconda dei diversi problemi concreti da risolvere"; in termini analoghi A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, *Commentario al c.p.c.*, a cura di E. ALLORIO, vol. I, Torino, 1973, 1046 ss., 1057-1058.

⁵⁴ Assieme al principio della necessaria iniziativa di parte e al principio del contraddittorio; così M. NIGRO, voce *Domanda (principio della)*, II) *Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 1 ss., 1.

⁵⁵ A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario al c.p.c.*, a cura di E. ALLORIO, vol. II, 2, Torino, 1980, 1 ss., 115 ss., considera l'art. 112 c.p.c. una regola di relazione tra i due fondamentali momenti del processo, la domanda e la pronuncia, che offre la struttura portante dell'intero processo; in questi termini cfr. altresì C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., 57; G. VERDE, voce *Domanda*, cit., parr. 3 e 4.

un giudizio che nell'ottica di chi lo governa appare dominato dall'esigenza di salvaguardare la legalità nella funzione pubblica.

Su un piano generale recita l'art. 112 c.p.c. che il giudice deve pronunciarsi “su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa”. Quindi non solo “nei limiti della domanda” (come invece si riduce a statuire il nostro art. 34, comma 1, c.p.a.), ma anche sull'intera domanda. Si tratta di principio vigente pure nel nostro giudizio in virtù del richiamo al c.p.c. effettuato dal già altrove menzionato art. 39 c.p.a., norma fondamentale per la costruzione di un giusto processo amministrativo⁵⁶.

Avendo riguardo alla modalità di proposizione della domanda nella sua articolazione in motivi di ricorso e assumendo che -per lo meno nel tradizionale processo impugnatorio- i singoli motivi rappresentano ciascuno una specifica domanda⁵⁷, divengono rilevanti la questione della disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di impugnazione da parte del ricorrente e quella, ad essa connessa, del divieto di assorbimento dei motivi.

Si tratta di profili non di poco conto, dal momento che la determinazione di un certo ordine d'esame delle questioni in presenza di un cumulo non condizionale dei motivi è in grado d'influire sul complessivo esito del giudizio⁵⁸.

⁵⁶ Sul fatto che il principio della domanda e il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, trattandosi di principi generali, siano compresi nella clausola di rinvio esterno di cui all'art. 39, comma 1, c.p.a., non rinvenendosi su tali aspetti “nel processo amministrativo una sufficiente ed esaustiva declinazione regolatoria”, cfr. Cons. Stato, ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 33; Cons. Stato, ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4.

⁵⁷ In questo senso cfr., per tutti, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, spec. 535 ss.; tra i più recenti approfondimenti sul tema cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in questa *Rivista*, 2012, 803 ss., a detta del quale il principio dispositivo “non copre soltanto le domande strettamente intese, ma attiene a qualsiasi aspetto delle domande stesse che possa portare ad una pronuncia giudiziale che rivesta un apprezzabile interesse per il ricorrente”. Di contro Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, punto 6, *ivi*, 2016, 205 ss., con nota di L. R. PERFETTI e G. TROPEA, “*Heart of darkness*”: *l'Adunanza plenaria tra ordine di esame e assorbimento dei motivi*, ha affermato invece che nel giudizio impugnatorio “l'unicità o pluralità di domande proposte dalle parti, mediante ricorso principale, motivi aggiunti o ricorso incidentale, si determina esclusivamente in funzione della richiesta di annullamento di uno o più provvedimenti”. Con la conseguenza -sulla quale si avrà modo di ritornare- che “laddove il giudice ritenga che, a fronte di una domanda di annullamento basata su diversi motivi, sia configurabile pur sempre un'unica domanda ... allora sarà anche possibile predicare il possibile assorbimento dei sottesi motivi”. Su questa specifica presa di posizione dell'Adunanza plenaria n. 5/2015, cfr. le osservazioni critiche di M. TRIMARCHI, *Principio della domanda e natura del processo secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, *ivi*, 2016, 1101 ss.; L. R. PERFETTI e G. TROPEA, “*Heart of darkness*”: *l'Adunanza plenaria tra ordine di esame e assorbimento dei motivi*, *cit.*

⁵⁸ Che il giudice finisca per condizionare surrettiziamente l'esito concreto della lite “esaminando senza alcun ordine i motivi di illegittimità dedotti a fondamento della domanda” e considerando “assorbiti dall'accoglimento di uno qualsiasi dei motivi dedotti tutti gli altri (in ipotesi fondati) posti alla base dell'azione” è stato ben evidenziato da M. S. GIANNINI e A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 257 ss.; cfr. altresì M. NIGRO, *L'appello*, *cit.*, 431 ss., cui si deve il più compiuto approfondimento sul rapporto tra graduazione dei motivi ed effetto conformativo del giudicato; da ultimo,

A maggior ragione oggi, perché attualmente è interesse del ricorrente avere una disamina della questione su tutti i profili prospettati non solo al fine dell'effetto conformativo del giudicato e del successivo giudizio di ottemperanza, ma anche ai fini della tutela risarcitoria⁵⁹.

7. La problematica dell'ordine di esame dei motivi di ricorso non è risolvibile grazie alla disciplina di diritto positivo visto che le uniche norme rilevanti in materia sono state abrogate con l'entrata in vigore del codice (art. 45 del T.U. Cons.Stato e art. 26 legge Tar, sulle quali si dovrà ritornare) e di conseguenza è demandato alla giurisprudenza il compito di risolvere la questione⁶⁰.

L'originario rispetto dei motivi del ricorso da parte del giudice amministrativo non era tanto applicazione del principio della domanda così come modernamente inteso, quanto piuttosto limite al potere giudiziale d'esame dei vizi, esteso solo a quelli denunciati dal ricorrente e non ad altri, magari maggiormente evidenti, ma non colti dalla parte. Pertanto in un primo momento il riconoscimento di un vincolo ai motivi di ricorso era posto a garanzia per la pubblica amministrazione a non subire un sindacato per ragioni diverse e più estese rispetto a quelle individuate dal ricorrente⁶¹.

Successivamente e per lungo tempo la giurisprudenza prevalente ha sostenuto la piena libertà del giudice in punto di trattazione dei motivi di ricorso, anche nel caso di espressa graduazione da parte del ricorrente. L'orientamento si fondava su un postulato espressamente esplicitato: partendo dal presupposto che il giudizio generale di legittimità venisse a incidere sulla determinazione dell'assetto dell'interesse pubblico,

sul fatto che l'accoglimento del ricorso per un vizio, anziché per un altro, comporti, anche sul piano giuridico, risultati radicalmente differenti, nonostante che i vizi dedotti si riferiscano tutti esclusivamente a un unico provvedimento cfr. P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, 2012, Tricase, 7 ss., che considera emblematica l'ipotesi in cui venga esaminato per primo (ed accolto) un motivo tendente all'annullamento di un'intera procedura concorsuale oppure quello che comporta la sola esclusione dell'originario vincitore della medesima procedura; A. TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, 286 ss.

⁵⁹ Sul punto cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213.

⁶⁰ Sulle ragioni che, con riferimento a questa problematica, non consentono una meccanica trasposizione dei principi e regole propri nel processo civile anche nel processo amministrativo si rinvia a P. CERBO, *L'ordine*, cit., 65 ss., che valorizza la presenza dell'ulteriore attività amministrativa successiva alla decisione. Sul versante processualciviltistico cfr., per tutti, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, II, Padova, 1985, spec. 593 ss.

⁶¹ In questo senso cfr. V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, 160 ss., nonché da ultimo, sempre dello stesso Autore, *Il principio della domanda nel processo amministrativo*, in corso di pubblicazione su questa *Rivista*.

se ne desumeva che l'esame giudiziale avrebbe dovuto privilegiare i motivi comportanti -a detta del giudice- la più completa definizione di tale interesse. Si veniva così a riconoscere un ordine logico per l'esame delle censure proposte dalla parte, determinato dando la precedenza alla censura il cui accoglimento avrebbe potuto realizzare la garanzia della legittimità amministrativa nella maniera più radicale. In questa prospettiva il giudizio amministrativo era volto al conseguimento della piena legalità dell'attività amministrativa, come in un lontano passato, piuttosto che direttamente ed essenzialmente alla tutela di situazioni giuridiche soggettive⁶².

Più di recente e non senza fatica sta emergendo una posizione giurisprudenziale favorevole a ritenere vincolante per il giudice l'ordine di esame dei motivi posto dal ricorrente e volto a censurare la correlata pratica dell'assorbimento dei motivi, valorizzando l'interesse della parte⁶³.

La nota Adunanza plenaria n. 5 del 2015 funge ora da spartiacque per il tema, ma presenta in sé alcune criticità⁶⁴.

⁶² Emblematica di siffatto orientamento è Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143. Osservava giustamente F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 40 ss., 98, che “dalla circostanza che il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte, là dove è positivamente stabilito, fa capo ... al principio dispositivo, e quindi trova in definitiva la sua ragione nella situazione giuridica soggettiva, alla cui tutela il processo amministrativo è preordinato, non può senz'altro argomentarsi che, là dove invece sia positivamente disposta l'assenza di tal vincolo, l'officialità dell'attività del giudice risponda ad esigenze di tutela dello *interesse pubblico*”. Tuttavia, la correttezza di questo rilievo viene meno quando è lo stesso giudice amministrativo, come è accaduto nella giurisprudenza in questione, ad affermare che il potere officioso del giudice relativamente all'ordine dei motivi di ricorso si fonda su un'esigenza di tutela dell'interesse pubblico all'interno del processo. Va comunque riconosciuto che, accanto all'orientamento giurisprudenziale che assegnava la precedenza al vizio più radicale dal punto di vista logico, allo scopo di salvaguardare la legalità nella funzione pubblica, vi era un orientamento giurisprudenziale favorevole a dare la precedenza all'esame del motivo il cui accoglimento avrebbe comportato la massima soddisfazione dell'interesse di parte (Cons. Stato, sez. III, 22 agosto 2012, n. 4592). Per una compiuta analisi della “discrezionalità” del giudice amministrativo favorevole a una graduazione dei motivi di ricorso diversa da quella domandata dal ricorrente, discrezionalità che trae alimento, come appena evidenziato, da “tendenze molto disomogenee” tra loro, cfr. P. CERBO, *L'ordine*, cit., 15 ss.; R. DE NICTOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano, 2011, 359 ss.; A TRAVI, *Recenti sviluppi*, cit.

⁶³ Cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. VI, n. 213/2008, cit.; anche su questo orientamento, antitetico a quello tradizionale, e fondato sul principio dispositivo cfr. P. CERBO, *L'ordine*, cit., 18 ss., che ne evidenzia alcune ambiguità. Osserva F. PATRONI GRIFFI, *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in questa *Rivista*, 2015, 17 ss., che “la soluzione del problema risiede nella prevalenza che voglia darsi all'ordine logico della trattazione delle questioni, nell'ambito di una visione tendenzialmente oggettiva della giurisdizione, oppure all'interesse della parte, in un'ottica prevalentemente soggettiva della giurisdizione amministrativa e della conseguente disponibilità dei motivi di ricorso”.

⁶⁴ Sulle tante criticità che la decisione presenta ci si permette di rinviare a R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II edizione, Torino, 2017, 567 ss.; cfr. altresì A. TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, cit., 286 ss.; E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. it.*, 2015, 2192; D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi, principio della domanda e funzione del giudice amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2015, 1186 ss.; N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015, 20 ss.; L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e*

Essa, da un lato, afferma di avere “definitivamente superato il tradizionale e più risalente orientamento giurisprudenziale ... secondo cui spetta sempre e comunque al giudice amministrativo individuare l’ordine di esame dei motivi dedotti dal ricorrente, sulla base della loro consistenza oggettiva, e del rapporto fra gli stessi esistente sul piano logico giuridico, non alterabile dalla mera richiesta della parte”⁶⁵.

D’altro lato, l’Adunanza plenaria ha però introdotto un’eccezione al principio dalla stessa affermato del vincolo al giudice quanto a graduazione delle censure: la censura relativa all’incompetenza -tra l’altro interpretata in senso molto lato⁶⁶- avrebbe carattere non solo preliminare, ma anche così radicale e assorbente da non ammettere di essere graduata dalla parte. Di conseguenza, il ricorrente, qualora intenda ottenere una pronuncia relativa alle modalità d’esercizio del potere amministrativo, ha davanti solo due strade obbligate: non sollevare la censura d’incompetenza oppure sollevarla ma nella consapevolezza dell’impossibilità di graduarla⁶⁷.

La riaffermazione del limite pretorio al potere dispositivo del ricorrente è stata riconosciuta dall’Adunanza plenaria nonostante sia mutato proprio quel diritto positivo che era servito in passato a giustificare una deroga al vincolo del giudice nei confronti del potere della parte di graduare i motivi di ricorso. Prima dell’avvento del c.p.a. l’art. 45 T.U. del Cons. Stato e l’art. 26, comma 2, della legge Tar avevano previsto che nel caso di accoglimento del ricorso per motivi d’incompetenza il giudice amministrativo avrebbe dovuto annullare l’atto e rimettere l’affare all’autorità competente. Tali disposizioni normative erano state interpretate dal giudice amministrativo nel senso di

dei vizi ad essa assimilati, in questa *Rivista*, 2016, 830 ss.; G. TROPEA e L. R. PERFETTI, “*Heart of darkness*”: *l’Adunanza plenaria tra ordine di esame e assorbimento dei motivi*, cit.

⁶⁵ Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015, cit., punto 8.1.

⁶⁶ Infatti Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2015, cit., punto 8.3.2, include nel vizio di incompetenza ogni ipotesi in cui sia stata censurata l’assenza di un intervento da parte dell’amministrazione competente nelle fasi procedurali precedenti all’emanazione dell’atto finale. Inoltre l’Adunanza plenaria provvede ad attenuare la generalità del divieto di assorbimento, oltre che nel caso di vizio di incompetenza, pure nel caso di espresse previsioni di legge (art. 49, comma 2 e art. 74 c.p.a.), oppure allorché ricorrano ragioni di pregiudizialità necessaria (questioni di rito rispetto a questioni di merito, oppure nella relazione tra ricorso principale e ricorso incidentale) o di economia processuale. Per puntuali critiche a questa tipizzazione dei casi in cui è legittimo l’assorbimento di una censura cfr. A. TRAVI, *Recenti sviluppi*, cit.

⁶⁷ Ad. pl., Cons. Stato, n. 5/2015, cit., punto 8.3.2, secondo cui il riscontrato vizio di incompetenza “preclude al giudice, per il suo carattere assorbente, l’esame delle altre censure dedotte, che costituirebbe un giudizio anticipato sui futuri provvedimenti dell’autorità riconosciuta competente e un vincolo anomalo all’attività dell’autorità stessa”, che non è neppure parte necessaria del giudizio. In termini, successivamente alla suddetta decisione, Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 2018, n. 1955; sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 358; TAR Campania, sez. V, 30 maggio 2018, n. 3589.

ritenere obbligatorio per primo lo scrutinio del vizio di incompetenza che, se ritenuto sussistente, avrebbe comportato l'assorbimento dei restanti motivi d'impugnazione⁶⁸.

Tuttavia, già in costanza di questa disciplina, parte della dottrina aveva sostenuto che la normativa non precludeva affatto l'esame dei vizi denunciati insieme con l'incompetenza, perché le disposizioni dovevano essere interpretate come intese a precisare le conseguenze dell'accoglimento del motivo di incompetenza, "senza badare al concorso con altri motivi". Il problema del concorso con altri motivi avrebbe dovuto essere risolto "secondo l'intrinseca funzione del processo amministrativo", "per cui il giudice deve pronunciare su tutti i motivi di ricorso che prospettino censure autonome"⁶⁹.

Ora, nonostante questi rilievi critici che evidenziano come l'assorbimento di motivi si risolva in una omissione di pronuncia, e nonostante il codice non abbia ripreso la disciplina preesistente -si presume per una precisa scelta e non per mera dimenticanza⁷⁰-, l'Adunanza plenaria ha riproposto la vecchia soluzione precodificistica, che consente al giudice di svolgere un controllo di tipo oggettivo sulla legalità violata ("a tutela della legalità dell'azione amministrativa e degli interessi pubblici sottostanti")⁷¹.

⁶⁸ Si riteneva infatti che "se il potere è stato esercitato da un'autorità incompetente, il giudice sul piano logico non può fare altro che rilevare il vizio di incompetenza, ma non può dettare le regole dell'azione amministrativa, posto che l'azione amministrativa non è ancora stata esercitata dall'organo preposto"; cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 1996, n. 310.

⁶⁹ Così E. CANNADA BARTOLI, voce *Processo amministrativo*, cit., 1087; cfr., sempre dello stesso Autore, *Novità sull'assorbimento dei motivi*, in *Giur. it.*, 1996, III, 617; nonché R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., 586; B. CAVALLO, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, 1975; F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipotesi degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Milano, 1993, 93 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 307 ss., 317, secondo cui l'assorbimento dei motivi "sminuisce grandemente non soltanto il risultato della decisione ma, ancor prima, il valore dell'affermazione giudiziale"

⁷⁰ In realtà un appiglio di diritto positivo è stato individuato in una particolare interpretazione del dettato dell'art. 34, comma 2, c.p.a. ("in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"). Tuttavia i poteri amministrativi cui questa disposizione codicistica si riferisce e sui quali il giudice non ha il potere di pronunciarsi sono da intendere come i poteri mai esercitati da alcuna autorità amministrativa e non specificamente i poteri non esercitati dall'autorità competente. Sul fatto che un principio analogo a quello racchiuso agli artt. 45 T.U. Cons. Stato e 26 della legge Tar non possa essere tratto dall'art. 34, comma 2, c.p.a., si rinvia a M. TRIMARCHI, *Principio della domanda*, cit., nt. 38, e dottrina e giurisprudenza ivi riportata; ID, *Il divieto di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm.-CDS*, 2013, 1103 ss.; ha convincentemente dimostrato che l'assolutezza del divieto introdotto dall'art. 34, comma 2, c.p.a. si stemperi significativamente se la norma è letta in combinato disposto con altre disposizioni del codice P. CERBO, *Il divieto di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in P. CERBO (a cura di), *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, cit., 57 ss.

⁷¹ Ad. pl., Cons. Stato, n. 5/2015, cit., punto 8.3.2. L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale*, cit., sottolinea poi che nell'ipotesi in cui il ricorrente si astenga, anche di proposito, dalla censura di incompetenza il giudice conoscerebbe i motivi dedotti e, accogliendoli, detterebbe regole di condotta che s'impongono all'amministrazione

Non solo. Nella diversa ipotesi di mancata graduazione dell'ordine dei motivi da parte del ricorrente, l'Adunanza plenaria, anche qui partendo dal presupposto che il processo amministrativo di legittimità è “concentrato sul controllo di legalità dell'azione amministrativa necessariamente esercitata in funzione dell'interesse pubblico”, provvede a dilatare nuovamente il potere del giudice di individuare e di selezionare le censure: è consentito anche l'assorbimento dei motivi, in vista, non solo e non tanto della maggiore soddisfazione dell'interesse del ricorrente, bensì “della legalità e dell'interesse pubblico”⁷².

Ma, in tale maniera, come si è osservato criticamente, “il processo di parti diviene recessivo” e il giudice “deve seguire una linea guida logica, quella del massimo effetto demolitorio, propria dell'amministrazione attiva, non del processo”⁷³.

8. Il ricorso, atto motore dell'intera vicenda processuale, è veste neutra dell'atto introduttivo del giudizio. Il suo contenuto non si risolve sempre e necessariamente nella richiesta della demolizione di un provvedimento e le situazioni giuridiche soggettive fatte valere sono indifferentemente interessi legittimi o diritti soggettivi.

L'apertura di un processo con ricorso, anziché con citazione, è solo un tributo alla tradizione e non è di per sé idonea a determinare conseguenze giuridicamente rilevanti. L'essere il ricorso indirizzato al giudice, anziché alla controparte, va inteso come elemento meramente formale.

Di conseguenza, in un giusto processo di parti sia la determinazione nel momento di instaurazione del rapporto processuale, sia la fissazione del *thema decidendum* devono spettare, appunto, alle parti⁷⁴.

resistente e soccombente in giudizio, anche se incompetente. Si consideri poi che il principio di economia processuale dovrebbe condurre il giudice a valutare anche gli altri vizi denunciati, in maniera da consentire all'amministrazione individuata come competente di non incorrere negli stessi vizi già compiuti dall'amministrazione reputata incompetente (così V. DOMENICHELLI, *Il principio*, cit.).

⁷² Ad. pl., Cons. Stato, n. 5/2015, cit., punto 9.2.

⁷³ S. BACCARINI, *Processo amministrativo e ordine di esame delle questioni*, in questa *Rivista*, 2016, 770 ss.

⁷⁴ Sul fatto che “non solo la determinazione sull'insorgere della controversia, ma anche la precisazione dei limiti di questa, è rimessa appunto alle parti” se il processo amministrativo intende essere un vero processo di parti cfr. A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 367.

Anche se su queste due specifiche questioni (come su tante altre) il c.p.a. non fornisce una soluzione espressa, nondimeno soccorrono il dato costituzionale e la sistematica da esso ricavabile, ora innervata nelle disposizioni di principio contenute nello stesso codice. Il condizionamento del passato, e cioè l'idea di un processo rivolto esclusivamente al giudice e orientato allo scopo primario di ripristinare la legalità nella funzione pubblica, non ha più ragion d'essere, nonostante una parte della giurisprudenza si mostri ancora fedele a tale modello.

Da un lato, il principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. ha trasformato il contraddittorio "da coordinamento intersoggettivo tra diritto di azione istituzionalmente diretto verso il giudice e diritto di difesa" "in oggettiva modalità costituzionalmente necessaria con cui il processo - in quanto processo tra le parti - si svolge davanti ad un giudice terzo e imparziale"⁷⁵. Con la conseguenza che sempre e in ogni caso la lite va considerata radicata al momento non del deposito, bensì della notificazione del ricorso ad opera della parte nei confronti delle controparti.

Dall'altro lato, l'art. 24 Cost. sancisce la garanzia generale dell'azione, instaurando un nesso finalistico tra l'agire in giudizio e la tutela di un proprio diritto soggettivo o interesse legittimo. E la garanzia contenuta nell'art. 24 comprende, oltre al potere di proporre una domanda introduttiva, anche il diritto di ottenere dal giudice un provvedimento tecnicamente idoneo a assicurare una tutela adeguata ed effettiva della situazione sostanziale azionata, di cui si lamenta e si allega l'intervenuta lesione. È la tutela piena della situazione giuridica soggettiva fatta valere il fulcro sistematico dell'intera disciplina. Con la conseguenza che il criterio guida nell'individuazione dell'ordine logico delle censure è dato dalla misura della satisfattività della domanda e non dalla tutela dell'interesse pubblico al controllo di legalità sull'esercizio del potere.

ABSTRACT: L'atto introduttivo del giudizio svolge una duplice funzione: è anzitutto l'atto d'impulso dell'intera vicenda processuale; in secondo luogo, esso determina e delimita l'oggetto del giudizio, individuando il contenuto della richiesta di tutela avanzata dalla parte e l'ampiezza del dovere decisorio di merito legittimamente esercitabile dal giudice. L'apertura di un processo con ricorso, anziché con citazione, è solo un tributo alla tradizione e non è di per sé idonea a determinare conseguenze giuridicamente rilevanti. Pertanto, in un giusto processo di parti sia la determinazione

⁷⁵ Così S. BACCARINI, *Piccolo mondo antico*, cit.

nel momento di instaurazione del rapporto processuale, sia la fissazione del *thema decidendum* devono spettare, appunto, alle parti. Infatti, da un lato, l'art. 111 Cost. impone che sempre e in ogni caso la lite si consideri radicata al momento della notificazione -e non al momento- del deposito del ricorso. Dall'altro lato, l'art. 24 Cost. impone che il criterio guida nell'individuazione dell'ordine logico delle censure sia dato dalla misura della satisfattività della domanda e non dalla tutela dell'interesse pubblico al controllo di legalità sull'esercizio del potere.

Parole chiave: Processo amministrativo – Ricorso giurisdizionale – Citazione – *Vocatio iudicis* - *Vocatio in ius* - Instaurazione del rapporto processuale – Ordine di trattazione dei motivi – Giusto processo

The notice of appeal to the administrative judge between form and content

ABSTRACT: The application initiating the judicial proceedings fulfils a twofold function: first of all, it is the impetus of the whole judicial proceedings; secondly, it determines and defines the subject of the proceedings, identifying the content of the request of the party and the extent of the court's duty to decide. The judicial application with request, rather than with citation, is only a tribute to tradition and does not in itself determine legally significant consequences. Therefore, in a fair trial parties should determine both the opening of the proceeding and the *thema decidendum*. On the one hand, article 111 Cost. requires that always and in every case the dispute is established at the time of service - and not at the sequent time of lodging the application. On the other hand, article 24 Cost. imposes that the identification of the logical order of the complaints must be found in the extent to which the claim is satisfied and not in the public interest of the control of lawful exercise of power.

Keywords: Administrative judicial proceedings– Judicial review– Judicial application – *Vocatio iudicis* - *Vocatio in ius* - Establishment of the procedural relationship – Order in examining complaints – Fair trial