

**Aspetti critici della sentenza dell'A.p. n. 5/2015**  
**in relazione ai quattro principi di diritto che essa elenca conclusivamente al punto 10**

**a) «nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, 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 autonomamente lesivi»**

All'affermazione di tale principio la sentenza perviene trattando al punto 6 della "unicità o pluralità di domande di annullamento", a proposito della questione posta dall'ordinanza di rimessione della V Sez. e così enunciata al precedente punto 4, sub *a*: «se nel processo amministrativo, a fronte di un ricorso di annullamento avverso l'aggiudicazione, qualora si facciano valere diverse tipologie di censure, alcune che denunciano una radicale illegittimità della gara ed altre che denunciano l'illegittima mancata esclusione dell'aggiudicatario ovvero l'illegittima pretermissione del ricorrente, si sia dinanzi ad una o a più domande». Dal contesto dell'ordinanza sembra evidente che per la V Sez., se di diverse domande si trattasse, varrebbero il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato e quello per il quale non v'è domanda senza interesse, sicché se la parte graduisse le domande manifestando l'interesse per l'una condizionato al rigetto dell'altra, il giudice sarebbe indiscutibilmente vincolato dalla graduazione.

Nella sua risposta l'A.p. sembra limitarsi a confermare - genericamente e senza particolari approfondimenti - l'accezione tradizionale, nella quale il termine "domanda" è inteso come richiesta di annullamento di un provvedimento impugnato.

Essa sostiene (punto 6.1.1) che «l'apprezzamento delle diverse declinazioni dell'interesse materiale (o bene della vita) avuto di mira dal ricorrente (principale o incidentale) può rilevare, anche in relazione alle singole censure, ai fini della valutazione della sussistenza delle condizioni dell'azione o degli effetti rinnovatori e conformativi del giudicato, ma non assume valore dirimente per individuare se si è in presenza di una o più domande di annullamento: in questo caso, infatti, ciò che conta è l'effetto cassatorio avuto di mira, che è unico, se si dispiega nei confronti di singoli e ben individuati atti (ciascuno espressione di autonoma volontà provvedimentale dell'amministrazione), ovvero plurimo, se aggredisce distinti provvedimenti».

Trova argomenti di conferma nel tenore testuale di alcune disposizioni del c.p.a. (artt. 40, c. 1, lett. b; 42, c. 2; 43, c. 1; 104, c. 3; 120, c. 7) e precisa che l'unicità della domanda di annullamento ovviamente non esclude che in relazione allo stesso provvedimento possano ad essa accompagnarsi domande d'altro tipo (di accertamento, di condanna, ecc.).

Non considera, invece, l'eventualità che la richiesta di annullamento riguardi una parte del provvedimento (nel qual caso occorrerebbe chiedersi se sarebbe *altra* la domanda di annullamento relativa ad una parte diversa) e neppure si sofferma sui concetti di "autonoma volontà provvedimentale" o di "provvedimento autonomamente lesivo" e sulle connesse tematiche relative ai "provvedimenti presupposti", agli "atti preparatori" e ai "subprocedimenti": sicché alla fine non si comprende chiaramente se nel caso che ha originato il quesito della V Sez. si debba o meno riconoscere una distinta domanda di annullamento del bando di gara accanto a quella di annullamento dell'aggiudicazione.

Peraltro l'A.p. nega, condivisibilmente, ogni rilevanza alla questione dell'unicità o pluralità delle domande rispetto al *thema decidendum* sottoposte. Osserva infatti (al punto 6.1.3) che «nella visione d'insieme che ha correttamente ispirato l'ordinanza di rimessione, ciò che effettivamente rileva, è stabilire se sia possibile o meno che la parte gradui i motivi posti a sostegno dell'unica domanda di annullamento proposta ovvero gradui le diverse domande di annullamento proposte avverso una pluralità di autonomi provvedimenti» e che «dal punto di vista delle conseguenze sui poteri esercitabili *ex officio* dal giudice amministrativo è irrilevante che si sia in presenza di una sola o di più domande di annullamento».

**b) «nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, la parte può graduare, esplicitamente e in modo vincolante per il giudice, i motivi e le domande di annullamento, ad eccezione dei casi in cui, ex art. 34, co. 2, c.p.a., il vizio si traduca nel mancato esercizio di poteri da parte dell'autorità per legge competente»**

Nell'ampia motivazione sviluppata (soprattutto ai punti 7 e 8) sull'argomento l'A.p., tra l'altro, ribadisce la «impossibilità di considerare quella amministrativa una giurisdizione di diritto oggettivo», rileva che «la graduazione è un ordine dato dalla parte ai vizi-motivi (o alle domande di annullamento) in funzione del proprio interesse», osserva che «da un esame complessivo del sistema si evince il principio per cui nei processi connotati da parità delle parti e principio dispositivo, l'ordine dei motivi vincola il giudice» e giunge ad affermare categoricamente questo vincolo per il giudice amministrativo «sebbene la sua osservanza possa portare, in concreto, ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità».

Nell'enunciazione di tale regola il principio di diritto in esame merita piena adesione.

Peraltro anche l'ordinanza di rimessione riassunta nelle lettere del punto 4 sembra dare per scontata la possibilità che la parte gradui esplicitamente le domande e i motivi, giacché le questioni che pone riguardano invece la possibilità di una graduazione *implicita* dei motivi (lett. *b*) e l'ordine che il giudice debba seguire *in mancanza* di una graduazione esplicita dei motivi proposti all'interno della stessa domanda (lett. *c*) o delle domande proposte all'interno dello stesso giudizio da un'unica parte (lett. *d*). Essa esprime solo il dubbio se il vizio di incompetenza sfugga alla facoltà di graduazione, esplicita o implicita, dei motivi.

È per aver accolto, addirittura ampliandola, questa eccezione che l'affermato principio di diritto si espone a critica.

L'A.p. affronta la questione inquadrandola prima (punto 8.3.1) nella situazione precedente il codice, quando l'art. 26, c. 2, l. TAR (come, può aggiungersi, l'art. 45, c. 1, t.u. CdS) prevedeva che, in caso di accoglimento del ricorso per vizio di incompetenza, l'affare fosse rimesso all'autorità competente. Osserva a tal riguardo che «in ossequio al dettato legislativo, secondo un costante orientamento, il vizio di incompetenza doveva essere sempre scrutinato per primo, in quanto la valutazione del merito della controversia si sarebbe risolto [*rectius*: risolta] in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente cui spettava l'effettiva valutazione della vicenda e che avrebbe potuto emanare o meno l'atto in questione o comunque provvedere con un contenuto diverso. Diversamente opinando si sarebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all'autorità competente dato che la regola di condotta giudiziale si sarebbe formata senza che questa abbia partecipato al giudizio», sicché «la richiesta del ricorrente di previo esame degli altri motivi rispetto alla censura di incompetenza costituiva una condizione nulla, che come tale non soltanto era inutile, ma rendeva inammissibile per carenza di interesse il motivo di incompetenza».

Sembra, tuttavia, che il suddetto “costante orientamento” - formatosi prima del codice e dal quale l'A.p. sostanzialmente non si discosta, ritenendo (punto 8.3.2) che, dopo l'abrogazione del citato art. 26 ma in presenza dell'art. 34, c. 2, c.p.a., «i termini del dibattito restano invariati e, anzi, si amplia il novero dei vizi che impediscono alla parte di graduare *ad libitum* i relativi motivi» - non meriti adesione e vada accomunato a quei casi di disinvolto ricorso alla tecnica dell'assorbimento, in passato particolarmente frequenti, che la stessa A.p. non si esime dal criticare, con convincenti argomenti, ai punti 9.3.1 e 9.3.2.

Occorre intanto osservare che il c. 2 dell'art. 26 l. TAR, considerato nella sua interezza, ben poteva essere letto nel senso che il giudice, se accoglie il ricorso *solo o anche* per motivi di incompetenza, annulla necessariamente *tutto* l'atto e non una sua parte, come può talvolta accadere quando accoglie *solo* per altri motivi, né può mai riformare o sostituire l'atto, come può fare nell'ambito della giurisdizione di merito se accoglie *solo* motivi diversi da quelli di incompetenza.

È, poi, da ritenere che lo scrutinio di motivi ulteriori dopo aver accolto quello d'incompetenza non configuri affatto un giudizio “ipotetico” sull'atto che avrebbe dovuto emanare l'organo competente, ma resti un giudizio “storico” sull'atto impugnato. Un giudizio di indubbia utilità giacché, tra l'altro, potrebbe sopravvivere quando dovesse essere riformato quello di incompetenza, potrebbe

salvare o conformare elementi procedurali indipendenti dalla competenza a provvedere e potrebbe avere effetti conformativi nei confronti dell'autorità competente che non fosse estranea al giudizio.

Sotto quest'ultimo profilo e in relazione alla paventata lesione del principio del contraddittorio, va osservato che normalmente l'incompetenza-vizio di legittimità, essendo necessariamente "relativa", comporta che chi ha emanato l'atto e chi avrebbe dovuto o potuto farlo siano organi della stessa amministrazione che sta in giudizio attraverso chi unitariamente la rappresenta, sicché non può dirsi che la regola di condotta che fosse affermata dopo l'accertamento dell'incompetenza si formerebbe senza che l'autorità competente abbia partecipato al giudizio.

È vero, peraltro, che un orientamento da tempo affermatosi (benché ispirato più da sensibilità pratica che da rigore sistematico) considera "relativa" anche l'incompetenza di chi abbia agito invece di un organo di altro ente dello stesso "plesso organizzatorio", assunto come unitariamente titolare del potere.

Solo in questi casi (nei quali, incongruamente, il c.d. plesso organizzatorio non è ammesso come tale al giudizio e nei quali potrebbe forse oggi trovare applicazione nei confronti dell'ente cui appartiene l'organo reputato competente l'istituto dell'intervento *iussu iudicis* di cui all'art. 28, c. 3, c.p.a.) può avvenire che l'autorità competente non sia stata parte in causa e che, dunque, non possa dirsi vincolata a rispettare la regola di condotta affermata dal giudice: ma questo vale anche quanto alla competenza, poiché neanche essa può esserle attribuita senza contraddittorio!

Quanto detto è perfettamente riferibile anche alla situazione attuale, nella quale, come già ricordato, la stessa A.p. reputa che «i termini del dibattito restano invariati». L'art. 34, c. 2, c.p.a. appare anzi ancor meno adatto dell'abrogato art. 26, c. 2, l. TAR a sostenere l'orientamento qui criticato. Deve, infatti, riconoscersi con l'A.p. che la norma codicistica, stabilendo che «in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati», è «espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione)» e che «tale principio fondamentale è declinato nel codice del processo amministrativo in svariate disposizioni che si ricompongono armonicamente a sistema», ma la stessa norma non può in alcun modo limitare il giudizio di legittimità su un provvedimento che, non essendo nullo, rappresenta un potere già efficacemente esercitato, sia pure col vizio dell'incompetenza relativa. Men che mai la supposta forza assorbente dell'incompetenza può, come reputa l'A.p., risultare estesa dalla nuova norma alla carenza di proposte o pareri, che tra l'altro, pur se "obbligatori" o "vincolanti", non è detto che nella varietà dei procedimenti amministrativi coprano necessariamente tutto l'ambito del *decidendum* provvedimentale.

**c) «nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, non vale a graduare i motivi di ricorso o le domande di annullamento il mero ordine di prospettazione degli stessi»**

Il principio conferma una giurisprudenza consolidata e nel suo tenore letterale è condivisibile.

Nell'argomentazione di cui al punto 8.2 si afferma tuttavia, con eccessivo rigore formale, che la graduazione, essendo espressione del principio dispositivo, «richiede una puntuale ed esplicita esternazione»: sembra invece sufficiente che comunque risulti e sia giuridicamente apprezzabile l'interesse che la sorregge. Al contrario - è appena il caso di aggiungere - una graduazione, pur formalmente puntuale ed esplicita, sarebbe del tutto irrilevante se non ne fosse riconoscibile tale interesse.

**d) «nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, in mancanza di rituale graduazione dei motivi e delle domande di annullamento, il giudice amministrativo, in base al principio dispositivo e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è obbligato ad esaminarli tutti, salvo che non ricorrano i presupposti per disporre l'assorbimento nei casi ascrivibili alle tre tipologie precisate in motivazione (assorbimento per legge, per pregiudizialità necessaria e per ragioni di eco-**

*nomia*)»

Il principio enuncia una regola e prevede tre tipologie di eccezioni.

La regola, nel suo tenore letterale (prescindendo, cioè, dall'estensione logica attribuitale dalle argomentazioni che la sorreggono) è condivisibile, con un solo appunto riguardante l'aggettivo "rituale", che accompagna ultroneamente l'espressione "graduazione dei motivi" e che sembra echeggiare quella richiesta di "puntuale ed esplicita esternazione" già criticata, trattando del principio *c*, per l'eccessivo rigore formale.

Il problema è nella definizione delle eccezioni, ossia dei casi in cui l'accoglimento (o il rigetto) di un motivo impedisce di giudicarne altri: a quest'effetto di "assorbimento" si collega la necessità che il giudice rispetti comunque un'ordine nell'esame del *thema decidendum*.

Su tale ordine la sentenza argomenta in generale al punto 9.2, rigettando la tesi secondo la quale «la stella polare che deve guidare il giudice nell'ordinare i vizi-motivi, sia sempre e solo quella di assicurare la maggior soddisfazione dell'interesse del privato» e concludendo che «in assenza della graduazione operata dalla parte, in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato al controllo sull'esercizio della funzione pubblica, 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 [*rectius*: gli stessi] sul piano logico-giuridico e dia-cronico procedimentale».

Sembra, invece, che la tesi rigettata dall'A.p. sia quella corretta.

Nel nostro ordinamento il giudizio amministrativo è da intendere *retto*, non semplicemente *occasionato* dalla domanda dell'interessato.

Il giudice amministrativo giudica la legittimità dell'attività amministrativa solo al fine di assicurare tutela piena ed effettiva all'amministrato che a lui ricorra, non può mai ergersi a tutore dell'interesse pubblico, che è invece nell'esclusiva disponibilità della p.A. Oltre alla terzietà del suo ruolo, glielo vietano *in apicibus* il principio della divisione dei poteri e ancor più quello di democraticità, sancito in apertura della nostra Costituzione, per il quale la definizione e cura in concreto dell'interesse che deve prevalere in quanto pubblico non può che spettare ad organi elettivi o rispondenti ad organi elettivi, quali sono - a differenza dei giudici - le autorità amministrative, e non può che avvenire attraverso le forme, solitamente procedimentali, proprie dell'attività amministrativa.

Né il ripristino della legittimità violata dal provvedimento rappresenta di per sé un reale interesse pubblico, già compiutamente definito dalla legge e dunque direttamente tutelabile dal giudice.

Anche dopo la conclusione del procedimento amministrativo, la p.A. conserva infatti l'esclusiva disponibilità dell'interesse pubblico, che può esercitare resistendo nel giudizio (pure, eventualmente, attraverso il ricorso incidentale) a chi contesta la legittimità del provvedimento che quell'interesse persegue oppure esercitando l'autotutela.

La disciplina, ormai espressa, di quest'ultima prevede, com'è noto, che possa (e anzi in certi casi, secondo una nuova discutibile norma, dopo un termine *debba*) considerarsi prevalente e dunque pubblico l'interesse non ad annullare ma a conservare il provvedimento illegittimo, il che esclude in radice che il giudice, senza alcuna utilità per il ricorrente, possa sanzionare un'illegittimità, rischiando di ledere in realtà proprio l'interesse pubblico!

L'anzidetta disciplina dell'autotutela e la stessa fondamentale distinzione fra nullità ed illegittimità dell'atto amministrativo depongono nel senso che quest'ultimo può essere annullato solo nei limiti dell'interesse privato rappresentato in giudizio dal ricorrente quale interesse legittimo o dell'interesse pubblico rappresentato in autotutela dall'amministrazione. È peraltro da ritenere che nulla vieta all'amministrazione resistente di proporre ricorso incidentale non solo quando voglia attrarre nel giudizio un atto che provenendo da altra amministrazione sfugga al proprio potere di autotutela, ma anche in ogni caso in cui ravvisi un interesse pubblico che, non essendo attuale, non legittimi l'esercizio dell'autotutela, ma meriti d'essere tutelato in giudizio dall'eventualità di accoglimento del ricorso principale.

La "massima aurea" che un novello Romagnosi potrebbe dare, insomma, al nostro giudice amministrativo sembra essere quella di *assicurare la maggior tutela alle parti che la chiedano, incidendo*

*il meno possibile sull'attività prodotta, anche illegittimamente, dall'amministrazione.*

In base a quanto si è detto, passando ora a considerare propriamente il tema dell'assorbimento, il divieto in generale di utilizzare tale "tecnica", quando non sia imposta dalla graduazione dei motivi o delle domande secondo gli interessi rappresentati dalle parti, si fonda certamente sul principio di spositivo e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, come afferma l'A.p. nelle sue conclusioni, ma non anche, come invece la stessa aggiunge al punto 9.3.3, sulle «esigenze di miglior cura dell'interesse pubblico e della legalità».

Mentre in relazione alla tipologia dei casi di assorbimento per così dire "d'ufficio" sembrano da condividere pienamente le articolate argomentazioni di cui al punto 9.3, attraverso le quali l'A.p. giunge alle sue conclusioni, ma si impongono due non lievi correzioni: non vi è il c.d. assorbimento "per legge" nei casi in cui siano accolti i motivi di incompetenza oppure di carenza di proposta o parere obbligatorio (o vincolante che sia) e il c.d. assorbimento "per pregiudizialità necessaria" non comporta anche il dovere del giudice di «procedere, nell'ordine logico, preliminarmente all'esame di quelle domande o di quei motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento (o dei provvedimenti) impugnato (i)».

### **Osservazioni conclusive (fuor dell'opera e dei denti)**

Talvolta in passato, quando la concezione "oggettiva" del giudizio amministrativo aveva ancora i suoi fautori, veniva loro non a torto rivolta l'accusa d'esser poco sensibili alle ragioni dell'amministrato e assai d'ostacolo alla piena emancipazione del giudice amministrativo dalla pubblica amministrazione.

Poi, con la "processualizzazione" della disciplina, si è affermata, pressoché incontrastata, la concezione "soggettiva" (alla quale anche in questa sentenza l'A.p. proclama in linea di principio la sua adesione), senonché, soprattutto in dottrina, spesso si giunge a declinarla nel senso che la tutela "piena ed effettiva" dell'amministrato esiga che in ogni caso si giudichi fin sulla spettanza del bene della vita, dimenticando che l'interesse legittimo è per sua natura protetto solo in modo "indiretto e semipieno" e che esistono pur sempre i confini del merito amministrativo (quell'insuperabile "abisso" che lo separa dalla legittimità, del quale scriveva Giannini nella famosa *querelle* con Mortati).

Oggi l'A.p. torna a scorgere nel giudizio amministrativo aspetti di oggettività, limitati nella loro immediata rilevanza applicativa ma di enorme portata concettuale, che consentirebbero di spingere il giudizio a soddisfare un preteso interesse pubblico alla legittimità, oltre o contro l'interesse della parte e quasi sottomettendo a tutela la stessa p.A.

Queste due attuali tendenze, pur muovendosi nell'ambito delle contrapposte concezioni soggettiva e oggettiva, sembrano esprimere - come a voler compensare i difetti dell'attività amministrativa, certamente accentuatisi con l'improvvida elisione di troppe garanzie organizzative e procedurali - una comune ideologia, per così dire di tipo "giustizialista", che rischia tra l'altro di offrire ghiotti argomenti a chi già medita di ridimensionare drasticamente i poteri del giudice amministrativo o forse addirittura progetta il ritorno all'unicità della giurisdizione...

Donatantonio Mastrangelo

Bari, 18 dicembre 2015

*Il principio della domanda: "zone d'ombra" tra giurisdizione soggettiva e oggettiva*

Incontro di studio promosso dalla Camera Amministrativa distrettuale

sulle sentenze dell'Adunanza Plenaria n. 4 e 5 di aprile 2015

Dipartimento di Giurisprudenza, Palazzo Del Prete, Aula delle Lauree "G. Contento"