

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 aprile 2015 n. 5 – Pres. Giovannini, Est. Poli – Postest s.a.s. di Sottile Cervini Gianantonio & C. (Avv.ti Carlin e Scafarelli) c. Comune di Belluno (Avv. Alpagotti) e Consorzio Hibripost (n.c.). *Restituisce gli atti alla V Sezione per ogni ulteriore statuizione in ordine all'appello su T.A.R. Veneto, Sez. I, 21 giugno 2013, n. 879*

Processo amministrativo – Giudizio di annullamento – Individuazione della domanda – Criterio.

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.

Processo amministrativo – Giudizio di annullamento – Potere della parte di graduazione delle domande o dei motivi – Sussiste – Eccezioni art. 34, comma 2°, c.p.a. – Incompetenza.

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.

Processo amministrativo- Giudizio di annullamento – Graduazione delle domande o dei motivi – Modalità – Ordine di prospettazione degli stessi – Inidoneità.

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.

Processo amministrativo – Giudizio di annullamento – Vigenza del principio dispositivo e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato – Effetti – Divieto dell'assorbimento dei motivi – Eccezioni.

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: all'ipotesi previste per legge, alla pregiudizialità necessaria e a ragioni di economia.

Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento

Enrico Follieri

Il principio che risolve la controversia non viene indicato in quelli espressamente posti dalla sentenza e, da un lato, ne vengono valutate le conseguenze ai sensi dell'art. 99, comma 3°, c.p.a. e, dall'altro, si cerca di capire le ragioni per le quali non è stato posto espressamente il principio essenziale per decidere la causa. Si segue il percorso motivazionale della sentenza la quale afferma che il processo amministrativo di annullamento è di diritto soggettivo, con aperture parziali alla giurisdizione oggettiva, con tutte le conseguenze collegate ad un processo dispositivo. Vengono, quindi, considerate quelle che l'adunanza plenaria nella sentenza commentata e in quella quasi coeva, n. 4/2015, ritiene influenze del processo di diritto oggettivo su quello predominante di diritto soggettivo, elencate in cinque profili che vengono specificamente esaminati, per evidenziare che solo il criterio che il giudice deve seguire per scrutinare più motivi o domande di annullamento non graduate dalla parte, è espressione del modello di giurisdizione oggettiva ed è quello che la sentenza n. 5/2015 non indica tra i principi espressamente posti, per l'evidente contraddizione con quanto affermato nella stessa sentenza. Dopo la critica alla soluzione della plenaria, si sottolinea che non si tratta, però, di un'eccezione limitata e di poco conto, per cui nell'affermare la giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento, la plenaria compie due passi avanti ed uno indietro.

Esercizio preponderante della funzione nomofilattica

La sentenza del 27 aprile 2015 n. 5 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato detta in via espressa principi che riguardano la "tassonomia delle modalità di esercizio della *potestas iudicandi* da parte del giudice amministrativo"¹ e ha piena consapevolezza della "delicatezza e complessità" del tema².

Infatti, si affrontano problematiche che attengono al modello processuale del giudizio amministrativo di annullamento e, in considerazione dell'acquisita autorità delle pronunzie a seguito della previsione del terzo comma dell'art. 99 c.p.a.³, i principi stabiliti vengono virgolettati, per ridurre lo "spazio di manovra" delle sezioni che non possono, assumendo che si tratti di *obiter dicta* o della particolare controversia affrontata, non applicare le modalità di esercizio del potere giurisdizionale fissate dalla sentenza, salvo, in caso di non condivisione, rimettere all'adunanza plenaria, con ordinanza motivata, la decisione.

L'adunanza plenaria decide la controversia nel merito, come giudice di appello e, essendo investita in caso di contrasti di giurisprudenza, attuali o potenziali, risolve le contraddizioni, nell'esercizio della funzione

nomofilattica volta a rendere uniforme l'interpretazione delle norme di diritto e ad assicurare l'esatta osservanza della legge⁴.

L'adunanza plenaria, con una sentenza pregevole e di grosso spessore culturale e tecnico, si è concentrata solo sulla funzione nomofilattica, conscia della rilevanza della problematica. Ciò risulta da più elementi. Innanzitutto, si precisa che "rientra nel fuoco dell'intervento nomofilattico" ogni processo impugnatorio di legittimità "indipendentemente dal fatto che si controversa di gare di appalto"⁵ perché le medesime esigenze si riscontrano tendenzialmente in tutti i tipi di contenzioso di tale natura⁶, per cui si prescinde dalla controversia specifica che ha dato luogo alla rimessione. L'adunanza plenaria ha voluto porre i principi regolatori del modello processuale del ricorso di annullamento, staccandosi dalla concreta *res litigiosa*.

Di poi, non ha deciso il ricorso nel merito, restituendo "il giudizio alla sezione remittente"⁷.

Infine, non ha indicato negli espressi principi di diritto che la sezione deve rispettare nel decidere l'appello, quello necessario a risolvere la lite e che è enunciato esclusivamente nella motivazione.

Infatti, la fattispecie all'esame della remittente sezione V riguarda una gara per l'appalto di servizio "sperimentale" di corrispondenza alla quale partecipano solo due imprese; la seconda impugna l'esito adducendo, nella sostanza⁸, due motivi;

¹ Così il paragrafo 5 della sentenza che si annota. Le massime sopra riportate sono la trascrizione fedele dei principi espressamente posti dall'adunanza plenaria, alla fine della sentenza, tra virgolette.

² Cons. di Stato, Ad. Plen. 27 aprile 2015 n. 5, par. 5.

³ Art. 99, comma 3°, c.p.a.: "Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso". Critico su questa disposizione F. Follieri, *Correttezza (richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente* in *Dir. Amm.* 2014, 317 e ss. perché si impone la interpretazione dell'adunanza plenaria alle sezioni, sostituendo al convincimento proprio di una motivazione ben spesa, l'autorità dell'organo decidente, con la conseguenza che vincola la forza del precedente, a prescindere dalla "correttezza" del principio enunciato.

⁴ Sia consentito rinviare a E. Follieri, *La nomofilachia del Consiglio di Stato* in www.giustamm.it 2015 e ID., *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato in 1 principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010 – 2015)* a cura di Enrico Follieri e Antonio Barone, Padova 2015, in part. par. 2.

⁵ Sentenza annotata, par. 5.4.

⁶ La sentenza, in via esemplificativa, richiama le controversie in materia elettorale, di pianificazione urbanistica, di esproprio, di concorrenza: par. 5.4.

⁷ Art. 99, comma 4°, c.p.a.

⁸ Il ricorrente ha censurato anche il mancato esercizio del potere di autotutela, come terza censura, per non avere la

innanzitutto, denuncia l'illegittimità dell'ammissione della ditta vincitrice per non aver documentato di essere in possesso dei dipendenti necessari a svolgere il servizio di corrispondenza e, poi, la violazione del principio di pubblicità nell'esame delle offerte e del principio generale di trasparenza. Il TAR Veneto⁹ accoglie il motivo di ricorso di radicale illegittimità della gara, assorbe la censura relativa all'esclusione della ditta vincitrice dell'appalto e rigetta la domanda di risarcimento danni per perdita di *chance*. L'appellante impugna la sentenza lamentando la mancata considerazione del motivo esposto per primo che gli avrebbe assegnato l'aggiudicazione della gara e il risarcimento dei danni per mancato guadagno e lesione curriculare, siccome al momento della decisione è già stato svolto e completato il servizio.

La sezione V, in sintesi, evidenzia, nell'ordinanza di rimessione, che nel ricorso non vi è una graduazione dei motivi, ma l'appellante, da un lato, richiama l'ordine espositivo dei motivi e, dall'altro lato, "invoca una gerarchia ontologica collegata alla maggiore utilità retraibile, in termini di ottenimento dell'aggiudicazione della gara piuttosto che in quelli di ripetizione della stessa"¹⁰.

L'adunanza plenaria decide ponendo quattro principi al cui rispetto è chiamata la sezione remittente (ma anche le altre sezioni e la stessa sezione V per le alte controversie simili per la previsione dell'art. 99, comma 3°, c.p.a.) e cioè: a) la domanda è identificata dal provvedimento di cui si chiede l'annullamento; b) il giudice è vincolato, nell'esame dei motivi e delle domande di annullamento, dal potere della parte di graduarli esplicitamente, con l'eccezione dei casi in cui il vizio si traduca nel mancato esercizio dei poteri da parte dell'autorità per legge competente che precede tutte le altre censure, assorbendole; c) il mero ordine espositivo dei motivi non è esercizio del potere di graduare i motivi e le domande di annullamento; d) il giudice, se non viene esercitato il potere di graduare i motivi e le domande di annullamento, è obbligato ad esaminarli tutti, salvo le ipotesi di assorbimento previste per legge, pregiudizialità necessaria e ragioni di economia processuale.

Ebbene, alla sezione non è stato indicato, nella posizione dei principi espressi da rispettare, come deve procedere, ma solo che il giudice deve esaminare tutti i motivi, non avendo il ricorrente esercitato il potere di graduarli espressamente. Il problema da risolvere in concreto è se, in mancanza di graduazione, il giudice deve esaminare prioritariamente il vizio radicale che inficia tutta la procedura (come stabilito dalla sentenza del TAR Veneto impugnata) ovvero quello che comporta l'esclusione del concorrente vittorioso, con conseguente assegnazione dell'appalto al secondo concorrente.

La sezione remittente trova nella motivazione, e non nei principi espressamente posti, la soluzione della controversia: quando manchi la graduazione espressa,

stazione appaltante annullato la gara per gli stessi motivi oggetto, poi, del ricorso e denunciati all'amministrazione prima dell'inizio del giudizio.

⁹ TAR Veneto, Sez. I, n. 879/2013.

¹⁰ Cons. di Stato, Sez. V, ord. di rimessione del 22 dicembre 2014 n. 6204, par. 10.

il giudice "stabilisce l'ordine di trattazione dei motivi (e delle domande di annullamento) sulla base della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio) nonché del rapporto corrente fra le stesse sul piano logico-giuridico e diacronico procedimentale"¹¹, non potendo seguirsi la tesi del soddisfacimento del massimo interesse della parte che porterebbe a valutare prioritariamente, nella specifica controversia, il motivo che consente al ricorrente di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto. Questa impostazione conduce l'adunanza plenaria ad affermare la legittimità dell'assorbimento dei motivi ulteriori, in presenza di un (fondato) vizio che comporta la radicale illegittimità del provvedimento: "il giudice adito deve 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), per passare poi, soltanto in caso di rigetto di tali censure, all'esame degli altri motivi che, pur idonei a determinare l'annullamento dell'atto gravato, evidenzino profili meno radicali di illegittimità"¹².

Tale modalità di decisione non si può desumere dal quarto principio¹³, ancorché in modo del tutto implicito e certamente non chiaro. In particolare, si stabilisce che il giudice, in mancanza di graduazione, deve esaminare tutti i motivi e si indicano le eccezioni che consentono l'assorbimento; tra di esse vi è la "pregiudizialità necessaria". Nella "pregiudizialità necessaria" potrebbe ritenersi compreso l'esame prioritario del vizio "radicale" di illegittimità, anche se, tecnicamente, non è una "pregiudiziale". Sennonché, nella stessa sentenza, per lo "assorbimento logico necessario" si indicano i seguenti casi: a) la reiezione per motivi di rito che comporta l'assorbimento delle questioni di merito; b) l'accoglimento di una censura prospettata alternativamente o in via prioritaria rispetto ad un'altra che determina l'assorbimento della censura alternativa o subordinata; c) il rigetto del ricorso principale che comporta l'assorbimento di quello incidentale subordinato o condizionato all'accoglimento di quello principale¹⁴. E, comunque, è un'eccezione al divieto di assorbimento, e non la posizione della regola nella trattazione cronologica e logica dei motivi.

Quindi, la sezione remittente trova solo nella motivazione l'indicazione del criterio effettivamente rilevante per decidere lo specifico appello, ma non nei

¹¹ Cons. di Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015 n. 5, par. 9.2 alla fine.

¹² Sentenza che si commenta, par. 9.3.4.2.

¹³ "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 tra chiesto e pronunciato, è obbligato ad esaminarli tutti, salvo che non ricorrano i presupposti per disporre l'assorbimento nei casi ascrivibili: all'ipotesi previste per legge, alla pregiudizialità necessaria e a ragioni di economia".

¹⁴ Sentenza che si annota par. 9.3.4.2. E, infatti, Travi, nella nota redazionale alle sentenze dell'adunanza plenaria 13 aprile 2015 n. 4 e 27 aprile 2015 n. 5 in *Foro It.* 2015, III, 290, per la pregiudizialità necessaria, richiama le questioni di rito rispetto a quelle di merito e la relazione fra ricorso principale e ricorso incidentale.

principi espressamente posti tra virgolette al termine della motivazione.

E, allora, l'esercizio della funzione nomofilattica ha preso il sopravvento sulla risoluzione della concreta controversia.

Ciò attribuisce una particolare valenza ai principi espressamente posti e, nel contempo, induce a riflettere sulla ragione per la quale non è stato evidenziato il principio risolutivo della controversia rimessa all'adunanza plenaria e che stabilisce la tassonomia della *potestas iudicandi* quando non viene esercitato il potere di graduazione delle domande o dei motivi e cioè la prevalenza del vizio radicale di illegittimità del provvedimento la cui verificata sussistenza porta all'assorbimento di tutti gli altri motivi.

Escluso che si sia trattata di una mera "dimenticanza" per la fine fattura della sentenza a cui è stata dedicata un'evidente, attenta cura, occorre approfondire il punto sul presupposto che, volutamente, l'adunanza plenaria non abbia voluto porre tale principio tra quelli espressi in via diretta ed ineludibile¹⁵.

I principi vincolanti

Il modo di procedere all'esame delle domande di annullamento e dei motivi che la parte non abbia espressamente graduato costituisce un momento essenziale nello svolgimento logico del concreto giudizio sottoposto all'esame del Consiglio di Stato.

Esso costituisce un passaggio fondamentale e necessario in una controversia nella quale l'appellante, in primo grado, non ha seguito le modalità previste per la graduazione dei motivi e si duole che la sentenza impugnata non abbia dato la precedenza ad un motivo, esposto per primo, ed il cui accoglimento avrebbe soddisfatto integralmente il suo interesse che, invece, nonostante l'accoglimento del ricorso, è rimasto totalmente insoddisfatto per essere stato negato anche il risarcimento dei danni per perdita di *chance*.

Nella logica del precedente giudiziario, specie se vincolante, il caso deciso è un elemento che consente di applicare il principio ad altre controversie dopo la verifica che si è in presenza di una fattispecie concreta simile.

Anzi, il precedente non vincola se la controversia successiva presenti elementi di diversità ritenuti rilevanti dal giudice che deve applicare il principio¹⁶.

E, quindi, il principio, per così dire, pregnante e significativo della forza del (di questo) precedente, riguarda proprio il modo di esercitare il potere giurisdizionale, quando la parte non gradua i motivi e le domande e il giudice deve decidere quali censure (o domande) esaminare prioritariamente e, in particolare, se quelle che minano in radice il provvedimento amministrativo ovvero quelle che soddisfano l'interesse del ricorrente, assorbendo conseguenzialmente gli altri motivi.

Il principio calzante per la soluzione dell'appello non è, però, tra quelli espressamente posti dall'adunanza plenaria per cui va ricavato dall'interprete e, in particolare, dalle sezioni che si troveranno ad affrontare la medesima questione.

Questo modo di procedere è l'operazione che normalmente deve compiere il giudice per valutare il vincolo del precedente, ma quando l'adunanza plenaria enuncia in maniera chiara i principi, virgolettandoli, l'interprete può legittimamente ritenere che le altre affermazioni contenute nella stessa pronuncia non rientrino tra quelli per i quali, in caso di non condivisione, occorra rimettere la decisione all'adunanza plenaria. In altri termini, di fronte alla individuazione precisa del principio, interviene una sorta di interpretazione autentica del vincolo discendente dall'art. 99, comma 3°, c.p.a. che esonera le sezioni di andare alla "ricerca" dei principi (di altri principi) dettati dall'adunanza plenaria.

Ne consegue che il vincolo ex art. 99, comma 3°, c.p.a., posto dalla sentenza dell'adunanza plenaria n. 5/2015, può essere senz'altro affermato per i principi espressamente posti, mentre per quello rilevante ai fini dello specifico appello esaminato, occorre distinguere la posizione della sezione V cui è stato rinviato il ricorso per la decisione, da quella della stessa sezione per le altre controversie e delle altre sezioni.

Per la causa che ha determinato la rimessione all'adunanza plenaria, la sezione V deve tenere in debito conto quanto espresso dall'adunanza plenaria nella motivazione e decidere in conseguenza.

Per le altre controversie, la sezione V e le altre sezioni, sono vincolate ai sensi dell'art. 99, comma 3°, c.p.a. solo se: a) ritenessero necessario non fermarsi ai principi espressamente posti dall'adunanza plenaria e approfondire la motivazione allo scopo di individuare altro(i) principio(i); b) giungessero alla conclusione che è una *ratio decidendi* quella che impone l'esame prioritario ed assorbente del vizio radicale di illegittimità del provvedimento impugnato.

I principi sicuramente vincolanti sono quelli che la sentenza individua in modo espresso, ponendoli tra virgolette.

Per cercare di spiegare le ragioni che hanno indotto l'adunanza plenaria a non porre esplicitamente il principio essenziale per decidere la controversia, è necessario considerare le premesse teoriche da cui prende le mosse l'adunanza plenaria.

Il modello di processo amministrativo di annullamento.

L'adunanza plenaria precisa di intervenire sul processo amministrativo di annullamento. Ciò non significa che l'azione di impugnazione rimane il processo principale, stante la previsione codicistica di azioni di accertamento, di condanna, ma anche atipiche, ma solo che l'adunanza plenaria ha deciso in un giudizio nel quale sono stati impugnati atti amministrativi di cui si è chiesto l'annullamento.

Certamente, il campo di intervento ha consentito una disamina più approfondita e sicura perché quello di annullamento è stato, sin dalla istituzione della sezione IV del Consiglio di Stato, il processo forgiato dal giudice amministrativo che ne domina ogni aspetto, ma

¹⁵ E cioè i principi posti tra virgolette al termine della sentenza.

¹⁶ Cfr. Mattei, *Precedente giudiziario e stare decisis* in *Digesto delle discipline giuridiche*, sezione civile, vol. XIV, Torino 1996, 148 e ss.

la pluralità di azioni ammissibili non consente di confinare il processo amministrativo alla sola impugnazione degli atti amministrativi.

La sentenza annotata esclude alcune problematiche sottratte alla scelta delle parti e concernenti l'ordine di trattazione: delle questioni processuali; della nullità degli atti processuali; degli altri profili in rito; dell'economia dei mezzi processuali in connessione con quello del rispetto della scarsità della risorsa giustizia che induce il giudice a risolvere la lite rigettando il ricorso nel merito o nel rito in base ad una ragione "più liquida", non esaminando le ulteriori censure o domande di annullamento. Del pari, vengono tenute da parte l'esame delle questioni preliminari di merito ed il problema del corretto ordine di trattazione nei rapporti tra appello principale ed incidentale.

Sono stati affrontati: l'identificazione delle domande; il dovere del giudice di pronunciare su tutta la domanda e le deroghe; il potere della parte di graduare i motivi e le domande di annullamento e le modalità per l'esercizio di tale potere che vincola il giudice; l'esercizio del potere del giudice nel graduare d'ufficio i motivi e le domande di annullamento, in mancanza della specificazione di parte, con le ipotesi di assorbimento.

Sono aspetti che concernono le regole che deve seguire il giudice nel decidere in presenza di una controversia nella quale si agitano più motivi e più domande di annullamento: se li debba esaminare tutti o, in via prioritaria, uno di essi sufficiente a risolvere, in caso di suo accoglimento, la lite, con conseguente assorbimento di tutti gli altri, e se è vincolato dalla scelta della parte sulla priorità dichiarata e come deve procedere, se la parte non indica alcuna priorità.

Le soluzioni a tali problematiche sono consequenziali alla scelta teorica di fondo sull'individuazione del modello funzionale in cui si inquadra il processo amministrativo.

I modelli processuali, in astratto, si articolano in questa dicotomia: processo di diritto oggettivo, quando lo scopo è l'applicazione della legge al caso concreto, di diritto soggettivo, quando lo scopo è la tutela degli interessi dei soggetti litiganti¹⁷.

L'adunanza plenaria iscrive senz'altro il processo amministrativo nel processo di parte governato dal principio della domanda nella duplice accezione di principio dispositivo sia sostanziale che istruttorio¹⁸, rilevando che è una "ricorrente affermazione" coerente con il significato che assume il principio della domanda nell'art. 24, comma 1°, della Costituzione che affianca l'interesse legittimo al diritto soggettivo¹⁹.

È quanto già messo in evidenza nella precedente sentenza dell'adunanza plenaria di alcuni giorni

prima²⁰: la giurisdizione del giudice amministrativo è soggettiva e vale il principio della domanda, per cui il giudice non può mutare di ufficio l'azione di annullamento in altro tipo²¹ in considerazione degli interessi dei controinteressati, dell'interesse pubblico, del tempo trascorso, di ragioni di opportunità e così via²².

Non viene rinvenuto nel codice del processo amministrativo una "sufficiente ed esaustiva declinazione regolatoria"²³, se non nell'inciso contenuto nel primo comma dell'art. 34 c.p.a.²⁴.

E, infatti, l'adunanza plenaria utilizza il rinvio dell'art. 39 c.p.a. alle disposizioni del codice di procedura civile in quanto "espressione di principi generali" e richiama gli artt. 99 e 112 c.p.c. e l'art. 2907 c.c. (perché l'art. 99 c.p.c. è strettamente collegato a quest'ultimo)²⁵.

Il processo amministrativo si è dotato di un "codice" che ha bisogno di integrarsi con il codice del processo civile per individuare le norme che disciplinano aspetti essenziali per la qualificazione del modello di processo.

Già in altra occasione ho evidenziato che il codice del processo amministrativo, al di là della pomposità dell'espressione, non è un codice di stampo ottocentesco, né un codice di nuova generazione o di settore, né un testo unico poiché la completezza è elemento che connota tutti e tre i tipi normativi.

Addirittura, per stabilire il modello di processo, occorre una etero integrazione con disposizioni dettate dal codice di procedura civile²⁶.

²⁰ Cons. di Stato, ad. plen., 13 aprile 2015 n. 4.

²¹ Cfr. F. Follieri, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda* in *Dir. Proc. amm.* 2013, 177 e segg..

²² Cfr. Gallone, *Processo dispositivo e processo dirigistico in I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010 – 2015)*, op. cit., par. 1 e par. 6, il quale sottolinea come sia ormai acquisita la natura soggettiva del giudizio amministrativo e che le pronunzie dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 4 e 5 del 2015, pur con qualche ombra, hanno sgombrato il campo dal tentativo di una parte minoritaria della giurisprudenza di far assumere al giudice una funzione dirigistica del processo, superando la volontà e la scelta delle parti nella proposizione delle azioni e nella indicazione dell'interesse al bene della vita.

²³ Cons. di Stato, ad. plen., 27 aprile 2015 n. 5, par. 7 che riferisce l'affermazione, confermandola, alle sentenze dell'adunanza plenaria del 10 dicembre 2014 n. 33 e del 13 aprile 2015 n. 4.

²⁴ Art. 34 c.p.a.: "1. In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda" e seguono, quindi, i provvedimenti decisori che può adottare il giudice.

²⁵ L'art. 99 c.p.c. recita: "Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente"; l'art. 112 c.p.c.: "Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti"; l'art. 2907, comma 1°, c.c.: "Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio".

²⁶ Cfr. E. Follieri, *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo* in *Dir. e Proc. Amm.* 2010, 367 e segg., part. 392 e segg. ove si prende in esame l'articolato provvisorio del codice del

¹⁷ Cfr. F.G. Scoca, *Il modello processuale in Giustizia amministrativa* a cura di Franco Gaetano Scoca, VI ed. Torino 2014, 150 il quale evidenzia che l'esempio principe del processo di diritto oggettivo è il processo penale, quello di diritto soggettivo, il processo civile.

¹⁸ Verde, *Dispositivo (principio)* in *Enc. giur.* vol. XI, Roma 1989; Ricci, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente* in *Riv. dir. proc.* 1974, 380 e segg.; Liebmann, *Fondamento del principio dispositivo*, ivi, 1960, 551.

¹⁹ Cons. di Stato, ad. plen., n. 5/2015, par. 7.2. Cfr. Domenichelli, *La parità delle parti nel processo amministrativo* in *Dir. Proc. amm.* 2001, 859.

Comunque, l'approdo è: il processo amministrativo di annullamento è una giurisdizione soggettiva²⁷ e si aggiunge, per sottolineare la diversità con il processo civile, "con aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo"²⁸ o "in linea generale"²⁹ è processo dispositivo.

Il giudice amministrativo afferma la natura soggettiva del processo in cui la parte ha il potere esclusivo di disporre del suo interesse al bene della vita "sotto ogni aspetto compresa la scelta di richiedere o meno la tutela giurisdizionale"³⁰ nonché il potere dispositivo istruttorio, sia pure con i temperamenti conseguenti alla disponibilità della pubblica amministrazione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere e di cui il giudice può disporre l'acquisizione anche d'ufficio³¹. Nel contempo, sottolinea la particolarità del processo amministrativo nel quale il giudice esercita dei poteri di ufficio, per cui non si è in presenza di un processo dispositivo puro.

La dottrina processualcivilistica ha evidenziato che nemmeno il processo civile è nel dominio totale ed esclusivo delle parti, evidenziando le diverse norme che attribuiscono poteri di ufficio al giudice, perché ogni processo, per il rispetto del contraddittorio e della parità delle armi, prevede dei poteri officiosi volti ad equilibrare il rapporto tra le parti³².

È stato rilevato che il principio dispositivo può operare in diversi modi e con "forza differente", conferendo forma al modello astratto³³.

Per il processo amministrativo, il modello dispositivo risente, secondo l'adunanza plenaria, di limitate influenze del processo di diritto oggettivo e che sono (esemplificativamente) indicate in parte anche nella sentenza quasi coeva n. 4/2015: A) nell'estensione

processo amministrativo e si giunge alla conclusione che, solo sul piano formale, può essere qualificato come codice di nuova generazione o di settore, per il richiamo della legge delega 18 giugno 2009 n. 69 all'art. 20, comma 3°, L. 15 marzo 1997 n. 59. Sul piano sostanziale, infatti, è privo del carattere della completezza che va inteso in senso documentale: tutta la normativa riguardante l'ambito considerato della disciplina deve essere nella raccolta di leggi, per cui l'interprete e l'operatore non deve munirsi di altre fonti normative per conoscere le disposizioni vigenti in quella materia. Quando è stata esposta la tesi, l'articolo provvisorio recava tra i "principi generali", nell'art. 8, la corrispondenza tra chiesto e pronunciato e, nell'art. 10, il diritto alla decisione di merito, poi eliminati, per cui, a maggior ragione, vale il discorso nei confronti del codice del processo amministrativo in versione definitiva.

²⁷ Cons. di Stato, ad. plen., 27 aprile 2015 n. 5 che richiama le decisioni dell'adunanza plenaria n. 4/2015, n. 9/2014, n. 7/2013 e n. 4/2011.

²⁸ Cons. di Stato, ad. plen., 13 aprile 2015 n. 4, par. 3.

²⁹ Cons. di Stato, ad. plen., 27 aprile 2015 n. 5, par. 7.2.

³⁰ Sentenza che si annota par. 7.2.

³¹ Art. 64, comma 3°, c.p.a.. Il comma secondo dell'art. 64 c.p.a. ricalca l'art. 115 c.p.c..

³² Cfr. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli 2008 il quale sostiene che occorre superare il dualismo processo dispositivo – processo inquisitorio perché i diversi sistemi processuali non conoscono se non modelli misti e la qualificazione del tipo può avvenire solo sotto il profilo quantitativo, non qualitativo.

³³ Gallone, *Processo dispositivo e processo dirigitico*, op. cit., par. 1.

della legittimazione, B) nella valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico in sede di giudizio di ottemperanza o in sede cautelare, C) nell'esistenza di regole speciali come quelle contenute negli artt. 121 e 122 c.p.a. che consentono al giudice di modulare gli effetti dell'inefficacia sui contratti di appalto³⁴, D) nella prioritaria assorbente considerazione di vizi di legittimità che esprimono una radicale alterazione dell'esercizio della funzione pubblica in quanto esercitate da autorità incompetente³⁵ e E) nell'interesse della collettività alla legittimità dell'azione amministrativa³⁶.

Sono dell'avviso che solo la considerazione dell'interesse della collettività alla legittimità dell'azione amministrativa possa collegarsi all'idea del processo di diritto oggettivo.

E, nel concreto, ha portato la sentenza n. 5/2015 a stabilire che, in mancanza di graduazione della parte dei motivi e delle domande di annullamento, il giudice deve esaminare innanzitutto il vizio che mina in radice il provvedimento e non quello che tuteli più adeguatamente l'interesse del ricorrente e che è il principio che non ha trovato espressa affermazione nelle proposizioni virgolettate alla fine della sentenza.

Occorre considerare partitamente quelli che l'adunanza plenaria sia nella sentenza n. 4/2015 che in quella qui commentata, indica come "contaminazioni" del modello dispositivo, pur nella sintesi richiesta dal genere del presente scritto.

Le contaminazioni del modello dispositivo del processo amministrativo di annullamento.

A) L'estensione della legittimazione fa evidente riferimento all'art. 21 *bis* della L. 10 ottobre 1990 n. 287 che attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti delle amministrazioni pubbliche che sono adottati in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, stabilendo il procedimento da seguire, prima di introdurre il giudizio di cui viene previsto il rito abbreviato secondo la disciplina del libro IV, titolo V, del c.p.a..

Invero, si può pensare anche: al potere dell'Autorità dei trasporti che, ai sensi dell'art. 36, comma 2°, lett. n) del D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012 n. 27, può impugnare le delibere regionali e comunali in materia di disciplina dei taxi; al potere del Ministero dell'Università e della Ricerca scientifica di impugnare gli statuti adottati dalle Università³⁷, ai

³⁴ Cons. di Stato, ad. plen., 13 aprile 2015 n. 4, par. 3. Nell'ordito motivazionale della sentenza, questi riferimenti sono passaggi non necessari ai fini del decidere e sono volti ad indicare, in via esemplificativa e senza alcuna pretesa di porre principi, profili che evidenziano gli inserimenti di elementi di giurisdizione oggettiva nel processo dispositivo. Si tratta, all'evidenza, di *obiter dicta* che non inficiano le soluzioni interpretative adottate nel concreto le quali vanno segnalate per l'incisività, la chiarezza e la totale condivisione dei principi posti.

³⁵ Sentenza annotata, par. 8.3.2.

³⁶ Sentenza che si commenta, par. 9.2 e 9.3.4.2.

³⁷ Art. 6 L. n. 168/1989 che prevede il ricorso al giudice amministrativo contro gli statuti ritenuti illegittimi, qualora

poteri, previsti dall'art. 14 T.U. intermediazione finanziaria (T.U.B.) della Banca d'Italia e della CONSOB di impugnare le delibere e gli altri atti adottati da titolari di partecipazioni di una Sim, una società di gestione del risparmio o di una Sicav privi dei requisiti di onorabilità.

È accaduto, però, che il dibattito dottrinale si è animato quando l'art. 35, comma 1, D.L. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito in L. 22 dicembre 2011 n. 214 ha inserito l'art. 21 *bis* nella L. 10 ottobre 1990 n. 287 stabilendo che "l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire" innanzi al giudice amministrativo per l'annullamento degli atti amministrativi di "qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato".

Parte, direi maggioritaria, della dottrina ha ritenuto trattarsi pur sempre, di un ricorso diretto a tutelare una situazione giuridica qualificata e differenziata, l'interesse alla migliore attuazione del valore della concorrenza di cui l'AGCM è diretta affidataria e, quindi, una giurisdizione di diritto soggettivo³⁸; altra parte, una giurisdizione di diritto oggettivo perché l'azione è concessa non a tutela di un interesse particolare, ma dell'interesse generale al rispetto delle regole³⁹.

Vi è stato chi ha sottolineato che il nostro sistema, a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, ha ormai assunto una connotazione puramente soggettiva, come il processo civile, ed è volta "alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive del ricorrente, nel pieno rispetto del principio della domanda, e non ha smarrito la colorazione oggettiva tradizionale, cioè di strumento volto a tutelare l'interesse al ripristino della legalità a beneficio della stessa pubblica amministrazione" e l'art. 21 *bis* L. n. 287/1990 è uno strumento volto a tutelare l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza "a prescindere dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva in capo al soggetto che agisce in giudizio"⁴⁰.

Ciò, però, secondo la dottrina richiamata, non mette in discussione l'impostazione soggettiva del processo amministrativo, non essendo indispensabile necessariamente la presenza di una situazione giuridica soggettiva sostanziale per promuovere il giudizio. E, infatti, nel processo civile che ha sicuramente natura soggettiva, i casi di legittimazione *ex lege* attribuita al pubblico ministero non mutano in oggettiva la giurisdizione.

Altra dottrina evidenzia che il valore della concorrenza è un bene della vita, protetto a livello costituzionale e comunitario, ed è qualcosa di diverso ed ulteriore rispetto alla semplice legalità dell'azione

amministrativa. Le norme a tutela del mercato e della concorrenza fanno nascere situazioni giuridiche qualificate in capo a tutti i soggetti che agiscono sul mercato, ma, in molte occasioni, è difficile individuare soggetti privati che si trovino in una posizione differenziata rispetto a tale bene della vita e si determina una situazione non molto diversa da quella che caratterizza gli interessi diffusi che vengono trasformati in interessi collettivi di cui diventano titolari gli enti esponenziali del gruppo, dotati dei necessari requisiti di rappresentatività. E questa dottrina ritiene che la filosofia alla base dell'art. 21 *bis* L. n. 287/1990 non è molto diversa, con la differenza che "la posizione differenziata è per legge riconosciuta non ad un qualsiasi ente esponenziale ma al soggetto pubblico istituzionalmente chiamato a tutelare la concorrenza"⁴¹. Da qui la conclusione che si tratti di giurisdizione di diritto soggettivo, come è quella conseguente ai ricorsi proposti dagli enti esponenziali degli interessi diffusi.

La tesi che l'art. 21 *bis* L. n. 287/1990 abbia introdotto un'eccezionale forma di giurisdizione oggettiva ha fatto proseliti nell'amministrazione regionale che hanno dubitato della compatibilità (anche) con l'art. 103 della Costituzione.

L'art. 103 della Costituzione attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione per la tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi, per cui il legislatore ordinario non può introdurre la possibilità di proporre ricorso solo per la tutela dell'interesse generale al rispetto delle regole. È stata, così, investita la Corte Costituzionale⁴² della questione di legittimità costituzionale che è stata dichiarata inammissibile⁴³.

Ritengo che l'estensione della legittimazione attiva non modifichi la funzione del processo amministrativo che resta di giurisdizione soggettiva.

Sono frequenti le controversie innanzi al giudice amministrativo nelle quali il ricorrente è un soggetto pubblico che fa valere l'interesse di cui è attributario che non potrà che essere pubblico e, quindi, il processo è funzionalizzato alla soddisfazione di questo interesse (pubblico). Ciò non trasforma il processo di annullamento che rimane lo stesso: il giudice verifica che vi sia stata lesione diretta, attuale e concreta dell'interesse del ricorrente, ancorché pubblico, e nella sussistenza dei presupposti e condizioni dell'azione, valuta la fondatezza delle domande e dei motivi addotti avverso gli atti dell'amministrazione resistente. La natura, pubblica o privata, dell'interesse del ricorrente non incide sulla funzione del processo che è volto a tutelare la situazione giuridica soggettiva (l'interesse) di chi promuove l'azione.

Il giudice, di fronte ad una domanda di annullamento, deve esprimere, se pur a volte implicitamente, un giudizio di "meritevolezza"

l'Università non si conformi ai rilievi ministeriali mossi in sede di controllo.

³⁸ Così A.M. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis L. n. 287/1990* in www.federalismi.it n. 12/2012.

³⁹ Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti* in www.federalismi.it n. 12/2012.

⁴⁰ Clarich, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21 bis L. 287/90*, relazione al convegno organizzato dall'AGCM a Roma il 27.3.2013, 3.

⁴¹ Giovagnoli, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21 bis legge n. 287/1990* in www.giustamm.it.

⁴² Il ricorso è stato sollevato in via principale dalla Regione Veneto con ricorso notificato il 21 febbraio 2012 e depositato il 23 febbraio successivo.

⁴³ Corte Cost. 14 febbraio 2013 n. 20.

dell'interesse di cui si fa portatore il ricorrente e cioè se è tutelato dall'ordinamento giuridico e questa indagine non è diversa se a ricorrere sia un soggetto pubblico e nemmeno l'AGCM il cui interesse – e questa è la differenza – è individuato dalla legge nella tutela del mercato e della concorrenza.

Il processo diverrebbe di giurisdizione oggettiva se venisse svolto non in funzione dell'interesse (pubblico o privato) del ricorrente, ma dell'amministrazione resistente.

Voglio dire che i dubbi e la relativa problematica sollevata sull'art. 21 *bis* L. n. 387/1990 potrebbero avere fondamento se il processo amministrativo avesse lo scopo di tutelare l'interesse di "qualsiasi amministrazione pubblica" contro cui l'AGCM promuove il ricorso per tutelare il mercato e la libera concorrenza. Ma così non è.

Il punto è che ogni interesse ottiene tutela se l'ordinamento giuridico lo protegge⁴⁴, anche se ne è titolare un privato. È il diritto positivo che assegna la natura pubblica ad un interesse che può essere attribuito alla cura di un determinato soggetto, semmai istituito *ad hoc*. Quando il titolare (pubblico o privato) dell'interesse (pubblico o privato) ricorre al giudice amministrativo contro gli atti di un'amministrazione chiede tutela della situazione giuridica soggettiva di cui lamenta la lesione (il sacrificio illegittimo dell'interesse) ed il processo amministrativo è funzionalizzato alla soddisfazione di tale interesse (pubblico o privato), se illegittimamente leso dall'atto impugnato. Si è pur sempre in presenza di una giurisdizione soggettiva.

La legittimazione di un soggetto pubblico ad impugnare, anche se espressamente attribuita per legge, non muta la giurisdizione da soggettiva ad oggettiva, come risulta da quanto innanzi chiarito e dalla stessa previsione di diritto positivo per il processo civile: "Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio"⁴⁵.

B) La valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico nella fase cautelare o nel giudizio di ottemperanza non rappresenta infiltrazioni di elementi connotativi della giurisdizione oggettiva.

Il processo amministrativo si svolge tra due parti necessarie, il ricorrente ed il resistente, e, quando viene coinvolto il suo interesse, il controinteressato.

Il processo di parti non può ignorare la posizione e gli interessi che fanno valere il resistente e, quando c'è, il controinteressato.

Il resistente è il soggetto che ha in cura l'interesse pubblico che informa il provvedimento impugnato e il controinteressato si preoccupa di tutelare la situazione di vantaggio acquisita con l'atto che il ricorrente ha impugnato.

La giurisdizione di diritto soggettivo è in funzione dell'interesse fatto valere dalla parte che propone la domanda, ma deve anche considerare gli interessi delle altre parti del processo e, quindi, del resistente e del controinteressato.

Il giudice verrebbe meno ai principi fondanti del giusto processo se non fosse terzo ed imparziale e non assicurasse il contraddittorio; quindi, deve, non solo sentire le altre parti, ma anche valutare i loro interessi e confrontarli con quello del ricorrente.

Insomma, processo dispositivo di giurisdizione soggettiva significa processo di parti i cui interessi non possono non avere la stessa considerazione e lo stesso rilievo, valutati dal giudice in posizione di terzietà ed imparzialità.

Il giudice non può ignorare in un processo teso a tutelare le situazioni giuridiche soggettive, gli interessi che fanno capo alle situazioni giuridiche soggettive delle parti, diverse dal ricorrente.

E, allora, il bilanciamento dell'interesse del ricorrente e di quello del resistente e del controinteressato in sede cautelare sono proprio espressione del processo dispositivo di parti e non manifestazione di giurisdizione oggettiva.

Nel giudizio di ottemperanza, il giudice dà esecuzione ad una sentenza a cui l'amministrazione non ha dato attuazione ovvero non si è adeguata correttamente.

Il giudice, nell'esercizio dei suoi più incisivi poteri cognitori e decisorio di merito, può adottare la soluzione più consona per assicurare effettiva soddisfazione all'interesse del ricorrente che il giudice ha già ritenuto illegittimamente leso dall'amministrazione.

La completa cognizione e valutazione della vicenda (estesa a tutti gli interessi) e la possibile adozione di provvedimenti sostitutivi non modificano il modello processuale che rimane di giurisdizione soggettiva, dal momento che tali più ampi poteri del giudice sono proprio strumentali a dare efficacia ed efficiente tutela alla situazione giuridica soggettiva che è stata ritenuta illegittimamente lesa.

L'ampiezza dei poteri del giudice non incide sulla funzione soggettiva del processo, anzi la implementa. Del resto, un processo in cui è parte un'amministrazione pubblica deve necessariamente prendere in considerazione gli interessi pubblici e diventa di diritto oggettivo solo se svolto per assicurare il rispetto della legge e non al fine di tutelare le situazioni giuridiche soggettive.

Credo si possa dire che, sia nella fase cautelare che nel giudizio di ottemperanza, è tutelata la situazione giuridica soggettiva del ricorrente, valutata in confronto con le situazioni giuridiche soggettive delle altre parti, per cui non vi è alcun cedimento verso la giurisdizione oggettiva.

C) Il potere del giudice di modulare gli effetti dell'inefficacia dei contratti di appalto è stato introdotto in attuazione della direttiva ricorsi (2007/66/CE) che ha come obiettivo quello di tutelare in via prioritaria l'interesse degli operatori economici al conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto, della stipula del contratto e dell'esecuzione dell'appalto.

È quanto di più efficace ed efficiente esista nel nostro sistema di giustizia amministrativa a tutela della situazione giuridica soggettiva del ricorrente che agisce per ottenere soddisfazione, a seconda dei casi, dell'interesse a divenire aggiudicatario, in vece del concorrente illegittimamente scelto, o a ripetere la gara, per avere un'altra *chance* per vincerla.

⁴⁴ A prescindere dalla "tecnica" di tutela: interesse legittimo o diritto soggettivo.

⁴⁵ Art. 2907, comma 1°, c.p.c..

E, infatti, il giudice può adottare sentenze di: annullamento dell'aggiudicazione definitiva e di conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto; condanna della stazione appaltante ad attribuire l'aggiudicazione ed il contratto a soggetto diverso da quello scelto dalla stazione appaltante o a ripetere la gara; condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente, nell'ipotesi che non sia possibile il subentro nel contratto, parzialmente o totalmente. E, per quest'ultima ipotesi – impossibilità del subentro nel contratto da verificare in base a parametri espressamente indicati dagli artt. 121 e 122 c.p.a. – sono attribuiti ampi poteri al giudice per stabilire: la decorrenza dell'inefficacia del contratto; la riduzione della durata del contratto; la condanna dell'amministrazione ad una sanzione pecuniaria, qualora non venga dichiarata l'inefficacia (necessaria) del contratto⁴⁶.

Sono tutte misure dirette a soddisfare il ricorrente vittorioso nella lite e ad assegnargli il bene della vita per il quale ha promosso la controversia. E, nel caso non sia possibile attribuire al ricorrente la specifica soddisfazione dell'interesse, per elementi di fatto e di opportunità rinvenienti dalla concreta fattispecie, comunque, è prevista soddisfazione per equivalente pecuniario e anche con sanzioni amministrative a carico della stazione appaltante.

In quest'ultima evenienza al giudice sono attribuiti poteri cognitori e decisorii estesi al merito, pur se la giurisdizione viene denominata solo esclusiva e non anche in merito⁴⁷, diretti non a garantire il rispetto obiettivo della legge, ma ad individuare una soluzione comunque soddisfacente per il ricorrente vittorioso e "punitiva" per l'amministrazione. Il giudice ha già stabilito, con l'annullamento, l'illegittimità della gara e le misure successive sono volte a dare efficacia ed effettività alla decisione, considerando tutti gli elementi ed interessi presenti nel concreto. Questi aspetti non sono manifestazione di giurisdizione oggettiva, anzi sono espressione di giurisdizione soggettiva perché funzionali a dare soddisfazione, in qualche modo, all'interesse del ricorrente vittorioso e l'esame a trecentosessanta gradi della problematica nascente dalla conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto si svolge, non in relazione all'applicazione oggettiva della legge, ma in considerazione della situazione di fatto venutasi a determinare *medio tempore* dalla proposizione del ricorso all'adozione della sentenza.

Anche in questo caso, la giurisdizione soggettiva del processo amministrativo non è snaturata verso una funzione oggettiva, ma è valorizzata attribuendo al giudice i poteri necessari per dare efficacia ed effettività alla decisione di accoglimento.

D) La prioritaria assorbente considerazione di vizi di legittimità che attengono all'incompetenza è indicata come eccezione al potere del ricorrente di graduare i motivi e le domande di annullamento.

L'adunanza plenaria n. 5/2015, in riconosciuta applicazione della giurisdizione soggettiva e del principio dispositivo che regolano il processo amministrativo, afferma consequenzialmente che il ricorrente ha il potere di chiedere (o non chiedere) l'annullamento e di dedurre alcuni vizi e non altri; il giudice, dal suo canto, non può emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda ed è a quest'ultima vincolato e viola tale principio "ogni qual volta, ...interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri uno degli elementi identificativi dell'azione, cioè il *petitum* e la *causa petendi*, attribuendo quindi un bene della vita diverso da quello richiesto ovvero ponga a fondamento della propria decisione fatti o situazione estranei alla materia del contendere"⁴⁸.

Il giudice, quindi, è tenuto a scrutinare, in caso di accoglimento del ricorso, tutti i vizi-motivi e le correlate domande di annullamento (con le eccezioni che la stessa sentenza poi precisa) e la parte può graduare i motivi o le domande di annullamento – ancorché in modo espresso – vincolando il giudice all'esame dei profili indicati come prioritari, con conseguente assorbimento di quanto domandato in via graduata e subordinata, se venga accolta la richiesta "principale". Il giudice non può invertire la espressa graduazione fissata dal ricorrente che ha, comunque, la facoltà di farlo, ben potendo non indicare alcuna scala tra le censure e le domande di annullamento.

L'effetto principale di tale affermazione è che il giudice non può, d'ufficio, prendere in prima considerazione un vizio che mini *ab imis* e totalmente un procedimento amministrativo, se il ricorrente abbia chiesto il preventivo esame di altro motivo che gli faccia conseguire un risultato (aggiudicazione di una gara d'appalto; risultato favorevole in un concorso pubblico; vizio di un provvedimento ablatorio che ne impedisca la ripetizione; risultato elettorale favorevole etc.), ritenuto per lui appagante dell'interesse fatto valere.

Quanto affermato dall'adunanza plenaria è estremamente rilevante perché il principio dispositivo è stato ritenuto, dalla giurisprudenza prevalente, limitato dall'influenza forte ad incidere sulla determinazione dell'interesse pubblico; in particolare, l'accoglimento del motivo imposto dalla parte e che soddisfa il suo interesse (es. vincere la gara di appalto) produrrebbe una situazione contraria a legalità in presenza di un motivo (fondato) volto a travolgere l'intero procedimento, ma dedotto in via graduata⁴⁹. Da qui la vigenza del principio dispositivo solo in forma attenuata che poteva valere solo per la graduazione delle domande e non dei motivi, con conseguente discussa individuazione della domanda⁵⁰.

Con questa sentenza, il giudice amministrativo supera e semplifica la complessa problematica, individuando la domanda con riferimento ad ogni atto

⁴⁶ Si rinvia per l'esame analitico di ogni profilo a: E. Follieri, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20.3.2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo* in *Dir. Proc. amm.* 2010, 1067.

⁴⁷ E. Follieri, *op. ult. cit.*, 1073 e segg.

⁴⁸ Sentenza annotata, par. 7.3, che così prosegue: "ma non anche quando procede alla qualificazione giuridica dei fatti e della domanda giudiziale ovvero alla sua interpretazione (Ad. plen. n. 7 del 2013)".

⁴⁹ Cfr. Romano Tassone, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso* in *Dir. Proc. Amm.* 2012, 803.

⁵⁰ Romano Tassone, *op. ult. cit.*, 808 e segg..

impugnato, sulla scia della tradizione, ed accetta l'idea di attribuire al ricorrente il risultato favorevole cui anela, pur se il procedimento sia illegittimo in radice perché la sua pronuncia è vincolata dalla scelta gradualistica della parte, come deve essere in un processo dispositivo.

È una forte affermazione di giurisdizione soggettiva che è conseguenziale ad un processo dispositivo. Se il ricorrente decide di iniziare l'azione (e può rinunziarvi) e sceglie i motivi e le domande di annullamento da sottoporre allo scrutinio di legittimità, può anche graduare le sue richieste secondo il suo interesse di cui è arbitro assoluto.

Del resto è una falsa prospettiva quella di avere remore ad accogliere un motivo soddisfacente dell'interesse del ricorrente, in presenza di altra censura che produrrebbe la totale eliminazione di un procedimento affetto da un vizio radicale, così assegnandosi all'istante un risultato favorevole, ma conseguito con un procedimento illegittimo. Infatti, la questione nemmeno si può porre se il ricorrente non deduca un vizio radicale perché è il *dominus* sulla proposizione del ricorso e dei motivi, per cui in presenza di graduazione, il giudice, esaminato e ritenuto fondato il motivo addotto in via prioritaria, non deve nemmeno passare allo scrutinio degli altri vizi prospettati solo subordinatamente.

Si può ben dire che la plenaria ha stabilito espressamente un principio⁵¹ che esplicita il modello del processo dispositivo di giurisdizione soggettiva.

Il potere di disporre ed imporre al giudice il modo di procedere nello scrutinio di legittimità, trova, secondo l'adunanza plenaria, un limite nel vizio di incompetenza che viene ravvisato all'inizio (così, mancanza della proposta vincolante prevista *ex lege* come indefettibile), nel corso (mancata acquisizione di un parere obbligatorio per legge) e alla fine del procedimento (provvedimento adottato da soggetto incompetente).

Nel caso venga dedotto il vizio di incompetenza, il giudice deve valutarlo prioritariamente, a prescindere dalla graduazione.

Per l'adunanza plenaria, ciò è conseguenza del divieto per il giudice di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"⁵² che ricorre non solo quando non è stato esercitato alcun potere (lettura oggettiva della norma), ma anche quando il potere è stato esercitato dall'autorità competente (lettura soggettiva della norma).

È un limite che deriva dal "principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e riserva di amministrazione) che, storicamente, nel disegno costituzionale, hanno giustificato e consolidato il sistema della giustizia amministrativa"⁵³, per cui, in situazioni in cui il potere non è stato ancora esercitato,

il giudice non può sindacare i vizi denunziati avverso atti che è come se non ci fossero.

L'eccezione non tocca il modello soggettivo del processo amministrativo perché si basa su un limite attribuito ai poteri del giudice nel rispetto del quadro costituzionale ed istituzionale. Anzi, l'adunanza plenaria avvalorata la sua adesione alla lettura soggettiva dell'art. 34, comma 2°, c.p.a. perché, diversamente, "verrebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all'autorità amministrativa competente" poiché "la regola di condotta giudiziale si formerebbe senza che questa abbia partecipato, prima al procedimento, e poi al processo, in violazione di precise coordinate costituzionali"⁵⁴.

La necessità di assicurare il contraddittorio e di sentire le parti effettivamente legittimate è carattere essenziale del giusto processo e di quello dispositivo che, appunto, è funzionale alle situazioni giuridiche soggettive che si confrontano sia quella del ricorrente che quelle del resistente e del controinteressato. Sotto questo profilo non si reca alcun *vulnus* al processo di giurisdizione soggettiva.

Mi pare eccessivo, però, inserire nell'eccezione, oltre all'incompetenza, la carenza di proposta dell'autorità legittimata e il parere obbligatorio reso da soggetto pubblico individuato dalla norma.

Basti considerare che nei confronti del soggetto legittimato alla proposta e ad esprimere il parere obbligatorio non vi è una carenza di contraddittorio nel processo, per cui la "regola di condotta giudiziale" si può formare legittimamente senza violare le regole del giusto processo.

Ma se si va al fondo, la stessa adunanza plenaria è ben conscia⁵⁵ che, se la parte non deduce il vizio di incompetenza riguardante l'amministrazione che ha adottato l'atto impugnato, il giudice deve scrutinare i vizi addotti, non potendo d'ufficio affermare l'incompetenza, pur palese. È, dunque, pur sempre rimesso al potere del ricorrente la deduzione del vizio di incompetenza.

Se non viene dedotta l'incompetenza, il giudice può superare tranquillamente i limiti posti all'esercizio dei suoi poteri violando le fondamentali norme costituzionali sulla separazione dei poteri. E a tale violazione è "autorizzato" dal ricorrente che non solleva alcun motivo sull'incompetenza.

Mi pare una situazione veramente paradossale.

Se si accetta il processo di giurisdizione soggettiva lo si deve seguire sino in fondo e se il giudice non può pronunciarsi in mancanza di una domanda della parte, quest'ultima ha il potere di fissare l'ordine di esame dei motivi e delle domande, senza eccezioni.

E) L'interesse della collettività alla legittimità dell'azione amministrativa è il criterio alla base dell'ordine dei motivi e delle domande di annullamento che il giudice deve seguire quando la parte non indichi espressamente la graduazione.

L'adunanza plenaria supera la tesi del soddisfacimento del massimo interesse della parte a

⁵¹ "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". La plenaria aggiunge subito dopo: "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" e di cui *infra* nel testo.

⁵² Art. 34, comma 2°, c.p.a..

⁵³ Sentenza annotata par. 8.3.2.

⁵⁴ Sentenza annotata par. 8.3.2.

⁵⁵ E infatti la sentenza precisa che il ricorrente ha due strade: non dedurre il vizio di incompetenza ovvero dedurlo ed accettarne le conseguenze.

favore dell'interesse generale dell'intera collettività ad una legittima gestione della cosa pubblica, in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato al controllo sull'esercizio della funzione pubblica.

E, quindi, il giudice stabilisce l'ordine di trattazione dei motivi e delle domande di annullamento "sulla base della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio) nonché del rapporto corrente fra le stesse sul piano logico giuridico e diacronico procedimentale"⁵⁶.

Il modello di processo è completamente ribaltato e diventa di giurisdizione oggettiva, quando il ricorrente non gradui motivi e domande di annullamento, perché è in funzione della legittimità dell'azione amministrativa, non a tutela dell'interesse del ricorrente.

Il mancato esercizio del potere della parte di graduazione trasforma la funzione del processo.

Mi sembra un po' forte come soluzione perché è in evidente contrasto con tutti i principi di diritto positivo, anche costituzionale, che la stessa sentenza ha proclamato.

E non si tratta di un'eccezione marginale perché è frequente il ricorso con più motivi e domande di annullamento che vengono ordinati con numeri progressivi, senza una espressa graduazione. Il potere di graduazione indicato come una facoltà della parte, diviene tecnica indispensabile per ottenere che il processo si svolga in funzione dell'interesse al bene della vita.

Vorrei provare a calare questo principio nella concreta fattispecie sottoposta al giudizio di appello, per saggiarne le effettive conseguenze sulla tutela degli interessi in contesa.

Il ricorrente, secondo classificato, adduce un vizio che lamenta la carenza di requisiti nel soggetto risultato aggiudicatario nella gara di appalto di servizi, a cui hanno partecipato solo due concorrenti, e un altro vizio attinente alla mancanza di pubblicità e trasparenza nell'apertura delle offerte, avvenuta senza preventiva comunicazione del luogo e della data di apertura ed esame delle offerte.

Se il ricorrente avesse indicata come prioritaria ed assorbente la carenza dei requisiti in capo all'aggiudicatario, il giudice avrebbe esaminato questo motivo e, riconosciuto fondato, gli avrebbe consentito di ottenere l'assegnazione dell'appalto, con assorbimento del secondo radicale motivo di illegittimità. In questo caso, il ricorrente avrebbe ottenuto soddisfazione del suo interesse e l'amministrazione appaltante avrebbe pur sempre assicurato il servizio (si fa l'ipotesi che il servizio non sia stato svolto ed esaurito), mentre l'interesse del controinteressato aggiudicatario sarebbe stato sacrificato.

In mancanza di graduazione, il giudice deve esaminare in via principale il vizio attinente alla violazione delle regole di trasparenza e pubblicità, con conseguente assorbimento del motivo che avrebbe assegnato l'appalto al ricorrente e ripetizione della gara.

In conseguenza, al ricorrente viene assegnata la *chance* di poter ottenere l'aggiudicazione e la stessa

chance è attribuita al controinteressato, mentre l'interesse della stazione appaltante non viene in alcun modo tutelato, anzi è costretta ad affrontare altre spese ed è in situazione di incertezza quanto meno per chi debba svolgere il servizio.

Alla fine, l'unica parte che effettivamente ottiene un vantaggio è il controinteressato che può ancora giocarsi la *chance* di aggiudicarsi la gara.

La tutela dell'interesse astratto della collettività alla legittimità dell'azione amministrativa favorisce il controinteressato e si risolve in un sacrificio dell'interesse del ricorrente al bene della vita e della stessa stazione appaltante che in giudizio rappresenta, pur sempre, l'interesse pubblico.

La stazione appaltante riceve, invece, un vantaggio se l'appalto si sia svolto, non si deve ripetere la gara ed il ricorrente vittorioso può chiedere il risarcimento dei danni solo per la perdita di *chance*, anziché per quelli più consistenti della mancata aggiudicazione.

Il principio applicato alla fattispecie concreta, dunque, mostra tutti i suoi limiti calati in un processo di parti funzionale alla giurisdizione soggettiva e non oggettiva.

Posso ipotizzare, cercando di rispondere a quanto problematicamente indicato nel primo punto della presente nota, che la ragione per la quale l'adunanza plenaria non ha dettato espressamente il principio che deve seguire il giudice nello scrutinare i motivi e le domande di annullamento, in mancanza di esercizio del potere della parte di graduazione, è nell'evidente contraddizione con il processo di giurisdizione soggettiva, come, peraltro condivisibilmente, disegnato dalla complessa ed articolata motivazione.

L'adunanza plenaria, quasi per ossequio alla tradizione, ha voluto richiamare il fantasma della giurisdizione oggettiva, ma le è forse sembrato eccessivo porlo come principio espresso, preferendo che siano semmai le sezioni a trarlo dalla motivazione.

Conclusioni

La sentenza pone espressamente principi che rappresentano un precipitato necessario dell'acclarato processo di annullamento come modello di giurisdizione soggettiva e il principio dispositivo viene esteso a tutto campo con il potere di graduazione dei motivi e delle domande di annullamento rimesso alla parte ed al quale il giudice è vincolato.

L'adunanza plenaria, altresì, stabilisce che il giudice deve esaminare tutti i motivi e le domande di annullamento, precisando che la domanda va identificata con l'atto impugnato.

Opportunamente, il supremo consesso amministrativo contiene la tecnica dell'assorbimento dei motivi, ma se la parte non gradua le domande di annullamento o i motivi, ritiene che il giudice debba esaminare in via prioritaria il vizio radicale che inficia il procedimento per il prevalere dell'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, pur non indicando questo criterio nei principi espressamente posti alla fine della motivazione.

Così facendo, l'adunanza plenaria concede alla giurisdizione oggettiva un'eccezione che non è limitata e di poco conto per la frequenza dei ricorsi con più domande di annullamento e motivi, non graduati.

⁵⁶ Sentenza che si commenta par. 9.2.

Pertanto, la sentenza compie due passi avanti e uno indietro nell'affermare che il processo amministrativo di annullamento è di giurisdizione soggettiva.