

**N. 00005/2015REG.PROV.COLL.**

**N. 00029/2014 REG.RIC.A.P.**



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 29 di A.P. del 2014, proposto dalla società Postest s.a.s. di Sottile Cervini Gianantonio & C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Carlin e Federica Scafarelli, con domicilio eletto presso quest'ultima in Roma, Via Giosue' Borsi, 4;

*contro*

Comune di Belluno, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Claudia Alpagotti, con domicilio eletto presso lo studio di Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, 2;

*nei confronti di*

Consorzio Hibripost, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del T.a.r. per il Veneto - Sezione I - n. 879 del 21 giugno 2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Belluno;

Viste le memorie difensive depositate dalle parti prima davanti alla V Sezione del Consiglio di Stato e successivamente in vista dell'udienza pubblica celebrata innanzi all'Adunanza plenaria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2015 il consigliere Vito Poli e udito per la parte appellante l'avvocato Carlin anche in dichiarata delega dell'avvocato Scafarelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

**1. LA PROCEDURA OGGETTO DEL PRESENTE GIUDIZIO.**

1.1. Oggetto del presente giudizio è la procedura di evidenza pubblica indetta dal Comune di Belluno per l'affidamento del servizio sperimentale di corrispondenza nell'ambito della Valbelluna.

1.2. Alla gara hanno partecipato due sole imprese: il consorzio Hibripost (che si è classificato al primo posto) e la Postest s.a.s. di Sottile Cervini Gianantonio & C. (in prosieguo ditta Postest, classificatasi al secondo posto).

1.3. La gara è stata aggiudicata al consorzio Hibripost (determinazione dirigenziale n. 597 del 26 ottobre 2012).

1.4. Con provvedimento dirigenziale in data 28 dicembre 2012, sollecitato dalla ditta Postest, è stato rifiutato l'esercizio dell'autotutela rispetto al contratto di affidamento.

## 2. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO.

2.1. La ditta Postest ha adito il T.a.r. per il Veneto proponendo sia la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e del diniego di autotutela, sia la domanda di risarcimento di tutti i danni subiti per la mancata aggiudicazione del servizio.

2.2. Questi, in sintesi, i motivi posti a sostegno dell'impugnativa, come elencati in primo grado dalla parte ricorrente, ma non anche espressamente graduati:

a) Violazione di legge e di regolamento – Violazione o falsa applicazione degli artt. 41, 42, 46, 121, 125 e 233 del d.lgs. 163/2006 e dell'art. 334 d.P.R. 207/2010 – Impossibilità della prestazione – Nullità del contratto per mancanza del requisito di cui all'art. 1346 del Codice Civile.

Il consorzio affidatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara per non aver documentato nella propria domanda di partecipazione di essere in possesso dei dipendenti necessari a svolgere il servizio di corrispondenza in esame;

b) Violazione del principio di pubblicità nell'esame delle offerte e del principio generale di trasparenza.

La stazione appaltante non avrebbe comunicato alle due ditte concorrenti il luogo e la data di apertura ed esame delle offerte;

c) Violazione dei principi in materia di efficacia e di esecutività del provvedimento e di sua revoca (artt. 21 *quater* e 21 *quinquies* della legge 241/1990).

L'amministrazione avrebbe dovuto esercitare l'autotutela perché il Consorzio aggiudicatario non risulterebbe in possesso della necessaria autorizzazione ministeriale a svolgere il servizio di corrispondenza oggetto di gara.

2.3. Radicatosi il contraddittorio nei confronti della sola amministrazione comunale, l'impugnata sentenza:

a) ha respinto l'eccezione di tardività del ricorso sollevata dal comune di Belluno (tale capo non è stato impugnato ed è coperto dalla forza del giudicato interno);

b) in considerazione della natura assorbente del vizio lamentato con il secondo motivo di ricorso – consistente nella violazione di una regola riconducibile direttamente ai principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., capace di travolgere l'intera procedura di gara – lo ha esaminato ed accolto annullando gli atti impugnati;

c) ha respinto la domanda di risarcimento del danno <<... atteso che all'esito dell'annullamento integrale della procedura selettiva, Parte ricorrente vanta al più una mera chance di aggiudicazione in cui verrà integralmente reintegrata in forma specifica qualora la Stazione appaltante procederà all'indizione di una nuova gara ...>>;

d) ha compensato le spese di lite.

## 3. IL GIUDIZIO DI APPELLO DAVANTI ALLA V SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO.

3.1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato – allibrato al nrg. 6921/2013 – la ditta Postest ha interposto appello affidato, nella sostanza, ai seguenti quattro autonomi motivi:

a) con il primo mezzo ha dedotto, sotto diversi profili, l'erroneità della sentenza che avrebbe dovuto esaminare i motivi nell'ordine in cui erano stati formulati nel ricorso introduttivo; il primo giudice avrebbe fatto un cattivo uso della tecnica dell'assorbimento dei motivi, che, specie all'indomani dell'introduzione dell'azione risarcitoria nel giudizio amministrativo, sarebbe utilizzabile soltanto quando sia evidente che anche sotto il profilo risarcitorio nessuna utilità deriverebbe al ricorrente dall'esame di tutte le censure prospettate; nella specie, pertanto, il primo motivo del ricorso introduttivo avrebbe dovuto essere esaminato prioritariamente dal T.a.r. per il Veneto, essendo la censura in questione maggiormente satisfattiva, tanto che al suo accertamento sarebbe seguito il risarcimento del danno non della perdita di *chance*, ma del mancato guadagno e della lesione curriculare, considerato che si era in presenza di una gara partecipata da due soli concorrenti;

b) con il secondo mezzo ha evidenziato che, dall'accoglimento del primo motivo del ricorso, il T.a.r. avrebbe dovuto desumere l'assorbimento del secondo motivo, e la verifica della sussistenza del terzo vizio (posto a base del corrispondente motivo), solo per qualificare a fini risarcitori come illecita la condotta serbata dalla stazione appaltante;

c) con il terzo mezzo ha rilevato che il T.a.r., se anche si dovesse ritenere che abbia esaminato nell'ordine

corretto i motivi di ricorso, sarebbe dovuto giungere a conclusioni differenti sotto il profilo della richiesta risarcitoria per il danno da perdita di *chance*, non solo per la necessità di riconoscere a quest'ultima la valenza di bene giuridico, ma anche per la circostanza fattuale che al momento della decisione non vi erano più i presupposti per la riedizione della gara, essendo già stato svolto il servizio oggetto della stessa;

d) con il quarto e ultimo mezzo, infine, ha dedotto che il T.a.r. avrebbe fatto mal governo della disciplina delle spese di giudizio in quanto, nonostante la soccombenza dell'amministrazione comunale e l'assenza di gravi ed eccezionali ragioni, le ha compensate integralmente.

3.2. Si è costituita in giudizio l'amministrazione comunale di Belluno, che ha evidenziato la correttezza della pronuncia impugnata, stante i principi secondo cui sarebbe tutt'ora attuale, da un lato, l'obbligo del giudice di graduare l'esame dei motivi principiando da quello che denota la più radicale delle illegittimità denunciate, dall'altro, la regola per cui l'accoglimento di una doglianza, allorquando determini la caducazione dell'atto, comporta la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre.

#### 4. L'ORDINANZA DI RIMESSIONE DELLA CAUSA ALL'ADUNANZA PLENARIA.

Con ordinanza n. 6204 del 22 dicembre 2014, la V Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver diffusamente illustrato, in chiave storica e sistematica, gli istituti giuridici applicabili nella presente vicenda contenziosa, ha sottoposto all'Adunanza plenaria le seguenti cinque questioni:

- 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 pretermisione del ricorrente, si sia dinanzi ad una o a più domande;*
- b) *se nel processo amministrativo, il principio della domanda e quello dell'interesse al ricorso consentono di ritenere che il ricorrente possa graduare implicitamente i motivi di ricorso attraverso il mero ordine di prospettazione degli stessi;*
- c) *se e in che termini il giudice amministrativo, in assenza di espressa indicazione della parte, sia vincolato ad osservare l'ordine di esame dei motivi di ricorso proposti all'interno della stessa domanda, utilizzando come parametro il massimo soddisfacimento dell'utilità ritraibile dal ricorrente;*
- d) *se e in che termini il giudice amministrativo, in assenza di espressa indicazione della parte, sia vincolato ad osservare l'ordine di esame delle domande proposte all'interno di uno stesso giudizio da un'unica parte, utilizzando come parametro il massimo soddisfacimento dell'utilità ritraibile dal ricorrente;*
- e) *se il vizio di incompetenza relativa, in quanto vizio dell'organizzazione e non della funzione amministrativa, sfugga alla facoltà di graduazione, esplicita o implicita, dei motivi di ricorso.*

#### 5. LA DELIMITAZIONE DELL'AMBITO DI INTERVENTO DELL'ADUNANZA PLENARIA.

5.1. La tassonomia delle modalità di esercizio della *potestas iudicandi* da parte del giudice amministrativo è una tematica di particolare vastità, delicatezza e complessità dal punto di vista diacronico, sistematico e per le interazioni con il valore costituzionale ed internazionale del <<giusto processo>>.

In relazione al primo aspetto, è sufficiente porre mente alla circostanza che essa può acquisire rilievo decisivo sin dal momento in cui il giudice deve decidere, in una fase del tutto iniziale della causa, l'incidente cautelare. In relazione al secondo aspetto, si osserva che in tale ambito si colloca non solo il tema dell'ordine di esame dei motivi di ricorso in senso proprio (ovvero i c.d. vizi – motivi e le singole censure che li compongono), ma, in linea più generale ed astratta, l'ordine di esame di tutte le questioni, domande ed eccezioni nel rispetto del contraddittorio (siano introdotte col ricorso principale o incidentale); il tema, dunque, abbraccia anche quello dell'ordine di esame di tutti i ricorsi che vengono riuniti e decisi con un'unica sentenza.

In relazione al terzo aspetto si evidenzia che la <<regola processuale di fonte legale che impone al giudice di rispettare la tassonomia propria delle questioni ...garantisce e attua il principio di "parità delle armi" perché predetermina, in astratto ed in via generale, per tutti i litiganti, le modalità di esercizio del potere giurisdizionale>> (cfr. Cons. Stato, Adunanza plenaria 25 febbraio 2014, n. 9).

5.2. E' una tematica in cui si incontrano, e talora si scontrano, principi cardine del processo.

Infatti si schierano, al momento della decisione, da un lato i poteri delle parti e dall'altro quelli del giudice, e dunque il principio della domanda e i temperamenti di esso che derivano dai poteri ufficiosi, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e il principio di economia processuale che fa sempre più concessioni all'assorbimento dei motivi che, da prassi censurabile, nella legislazione recente è divenuto

istituto normativo corollario dell'economia processuale.

Questo metodo di analisi della tematica in esame, è stato di recente proposto da due fondamentali sentenze gemelle delle Sezioni unite della Corte di cassazione - sia pure nell'ambito proprio delle interazioni fra azioni contrattuali di impugnazione e di nullità e delle specifiche disposizioni del processo civile - secondo cui: <<Non sempre il rispetto dell'ordine logico nella trattazione delle questioni esprime una scelta di efficienza e di coerenza processuale: l'efficienza, la stabilità e la definitiva strutturazione di una decisione dipende invece dal tipo di controversia e dal tipo di decisione che il giudice intende adottare, e costituisce un valore pregnante, ma non assoluto, delle decisioni stesse... Non bisogna, pertanto, sovrapporre la successione cronologica delle attività di cognizione del giudice con il quadro logico della decisione complessivamente adottata in esito ad esse, all'interno delle quali si collocano i passaggi che portano alla decisione finale. L'ordine di trattazione delle questioni va infatti distinto dall'ordine di decisione delle stesse. Il principio trova conferma nel diritto positivo: sia l'articolo 276 c.p.c., comma 2, sia l'articolo 118 disp. att. c.p.c., comma 2 - del quale le modifiche originariamente apportate dal Decreto Legge n. 69 del 2009, articolo 79 sono state poi soppresse in sede di conversione - disciplinano rispettivamente l'attività del collegio e la struttura della motivazione del provvedimento decisorio finale, a conferma della correlazione tra ordine delle questioni e struttura della decisione. Più in generale, anche a voler prescindere dal dato normativo, non sembra discutibile che il nostro ordinamento processuale contempli un modello di trattazione unitaria, in cui esame sul rito e trattazione del merito si svolgono all'interno dell'unico processo>> (cfr. Cass. civ., Sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243).

5.3. Per prevenire ogni possibile equivoco, è bene precisare sin da ora che esulano dal perimetro dei temi sottoposti all'odierno vaglio dell'Adunanza plenaria le problematiche concernenti:

a) l'ordine di esame delle questioni processuali in primo grado - *inter se* ed in relazione a quelle sostanziali (ovvero ai vizi - motivi dedotti negli atti introduttivi del giudizio di primo grado) - sicuramente sottratte alle scelte processuali vincolanti delle parti e sempre rilevabili d'ufficio; sul punto è sufficiente rimandare alle coordinate ermeneutiche elaborate dalle Adunanze plenarie 25 febbraio 2014, n. 9, 3 giugno 2011, n. 10, e 7 aprile 2011, n. 4, che hanno fatto applicazione delle norme sancite dal combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c.; per completezza e chiarezza si ribadisce che l'ordine di esame delle questioni processuali investe i seguenti aspetti:

I) l'accertamento dei presupposti del processo (nell'ordine: giurisdizione, competenza, capacità delle parti, *ius postulandi*, ricevibilità e remissione in termini, contraddittorio, estinzione del giudizio), e delle condizioni dell'azione (interesse ad agire, titolo o legittimazione al ricorso, *legitimatatio ad causam*);

II) l'accertamento delle cause di nullità degli atti processuali che, traducendosi in una ragione ostativa alla pronuncia sul merito, impone una declaratoria di inammissibilità del ricorso (art. 35, co.1, lett. b), c.p.a.);

III) la statuizione sulle altre questioni di rito (ordine di intervento in causa del terzo, qualificazione della domanda e conversione del rito, riunione dei giudizi, remissione della causa sul ruolo ordinario se non ricorre il presupposto dell'unica questione di diritto ex art. 72, co. 2, c.p.a., potere di fissazione d'ufficio dell'udienza a prescindere dalla domanda di parte previsto per taluni riti dagli artt. 87, co. 3, 120, co. 6, 129, co. 5, 130, co. 2, c.p.a.);

IV) la possibilità, come affermato dalla consolidata giurisprudenza, che il giudice, in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali in connessione con quello del rispetto della scarsità della risorsa - giustizia (cfr. da ultimo Sez. un., nn. 26242 e 26243 del 2014 cit.; Ad. plen., n. 9 del 2014 cit.), derogando alla naturale rigidità dell'ordine di esame, ritenga preferibile risolvere la lite rigettando il ricorso nel merito o nel rito in base ad una ben individuata ragione più liquida <<...sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, co. 2, e 74 c.p.a. ....sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del contro interessato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della lite...>> (Ad. plen. n. 9 del 2014 cit.), e purché sia stata preventivamente assodata, da parte del medesimo giudice, la giurisdizione e la competenza (Ad. plen., n. 9 del 2014 e n. 10 del 2011 cit.);

b) l'esame, in primo grado, di talune questioni preliminari di merito - altre, infatti, integrando vere e proprie eccezioni in senso stretto sono sottratte *ex lege* al rilievo officioso (è il caso emblematico dell'eccezione di prescrizione, sul punto cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 29 dicembre 2004, nn. 14 e 15) -; si pensi alla nullità del provvedimento amministrativo che, da quando ha fatto ingresso nel diritto sostanziale, al pari che nel diritto e nel processo civile, è rilevabile d'ufficio anche nel processo amministrativo (art. 31, co. 4); ovvero alla

cessazione della materia del contendere, che il c.p.a. classifica tra le pronunce di merito e che attiene, al tempo stesso, al diritto sostanziale ed a quello processuale (art. 34, co. 5, c.p.a.);

c) il problema del corretto ordine di esame delle questioni, domande, eccezioni e motivi sollevati nell'appello principale e nell'appello incidentale (sia o meno condizionato), ovvero riproposti dall'appellato ai sensi dell'art. 101, co. 2, c.p.a.; il principio secondo cui la tassonomia della *potestas indicandi* è rimessa al giudice (e non può essere condizionata dal potere dispositivo delle parti, specie se si tratti di questioni rilevabili d'ufficio), vale, infatti, solo per il giudizio di primo grado. Quando, invece, la decisione su una questione, una domanda, un'eccezione o un motivo vi sia stata, ovvero sia stata assorbita (esplicitamente o implicitamente attraverso il non esame), la sottoposizione della stessa al giudice dell'impugnazione è rimessa necessariamente all'impulso di parte, per il principio devolutivo attenuato che regge il sistema delle impugnazioni e che ha portato a considerare il relativo giudizio una *revisio prioris instantiae* e non un mero *iudicium novum* (cfr. da ultimo le pregevoli considerazioni sviluppate da Cons. Stato, Sez. VI, 23 marzo 2015, n. 1596), fermo restando il dovere del Consiglio di Stato di assodare, preliminarmente e d'ufficio, la tempestività e ritualità della costituzione del rapporto processuale in appello.

5.4. Per concludere sul punto, si evidenzia che rientra nel fuoco dell'intervento nomofilattico cui è chiamata la Plenaria ogni processo impugnatorio di legittimità limitatamente al giudizio di primo grado, con le esclusioni precisate al precedente § 5.3., e indipendentemente dal fatto che si controverta di gare di appalto, ben potendo le medesime esigenze riscontrarsi tendenzialmente in tutti i tipi di contenzioso di tale natura (si pensi alle complesse controversie in materia elettorale, di pianificazione urbanistica, di esproprio, di concorrenza e così via).

## 6. UNICITA' O PLURALITA' DI DOMANDE DI ANNULLAMENTO.

6.1. Per stabilire se un unico ricorso (corredato da eventuali motivi aggiunti ovvero contrastato da ricorso incidentale), introduca (no) nella singola causa, una o più domande di annullamento, ancorché il provvedimento impugnato sia unico ma molteplici e distinti i vizi – motivi articolati nei confronti del medesimo, non si deve fare applicazione del c.d. criterio della maggiore satisfattività dell'interesse.

Come ben evidenziato dall'ordinanza di rimessione <<... *utilizzando lo schema tradizionale che individua i tre elementi costitutivi della domanda (soggetti, causa petendi e petitum), potrebbe dirsi che la domanda sia unica e fondata su più ragioni, poiché a fronte di un unico interesse legittimo che si assume essere leso, si invoca l'eliminazione dal mondo giuridico dell'atto impugnato*>>.

6.1.1. 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.

Nel processo amministrativo impugnatorio, infatti, la regola generale è che il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i vizi – motivi si correlino strettamente a quest'ultimo, salvo che tra gli atti impugnati esista una connessione procedimentale o funzionale (da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l'abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato), tale da giustificare la proposizione di un ricorso cumulativo (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4277; Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 398; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537).

6.1.2. E' questa l'impostazione tradizionale che la Plenaria intende ribadire e che riposa su dati testuali eloquenti rinvenibili dal tenore letterale delle disposizioni codicistiche di riferimento ricondotte a sistema:

a) art. 40, co. 1, lett. b), e art. 42, co. 2, che, nell'individuare il contenuto del ricorso (principale e incidentale), correlano l'oggetto della domanda al singolo provvedimento impugnato;

b) art. 43, co.1, che, nel recepire la giustapposizione fra motivi aggiunti propri e impropri, fonda la distinzione a seconda che sia o meno impugnato un provvedimento ulteriore e diverso rispetto a quello(i) oggetto del

ricorso introduttivo e dell'eventuale ricorso incidentale;

c) art. 104, co. 3, che circoscrive rigorosamente la proposizione dei motivi aggiunti in appello esclusivamente nei confronti del medesimo atto (o dei medesimi atti) che hanno costituito l'oggetto delle domande proposte in primo grado;

d) art. 120, co. 7, che, eccezionalmente per le sole controversie disciplinate dal c.d. rito appalti, impone il ricorso ai motivi aggiunti c.d. impropri allorché si debbano impugnare nuovi provvedimenti attinenti alla medesima procedura di gara.

6.1.3 Del resto, 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 (di solito costitutivi di una complessa fattispecie procedimentale). L'esempio classico, cui ha avuto riguardo l'ordinanza di rimessione, è quello delle procedure selettive scindibili in più sub procedimenti, ciascuno dotato del proprio grado di autonomia e culminante in un distinto provvedimento amministrativo (determinazione a indire la gara e relativo bando, nomina dei componenti della commissione, esclusione, aggiudicazione o approvazione della graduatoria, e così via): 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.

6.1.4. E' appena il caso di rammentare che, ovviamente, tali conclusioni non possono estendersi alla diversa situazione in cui la parte ricorrente, nelle forme e con le modalità sancite dal codice, proponga domande diverse rispetto a quella di annullamento (ovvero di accertamento, di condanna, di adempimento, di esecuzione, di interpretazione); in tal caso, infatti, il giudice amministrativo è sempre vincolato dalla prospettazione delle parti.

6.2. La soluzione prescelta, dal punto di vista strettamente dogmatico, è coerente con il paradigma di riferimento rappresentato dalle azioni costitutive del processo civile, la cui *causa petendi* si atteggia, secondo l'opinione comune, in un modo intermedio rispetto ai due estremi delle azioni a tutela di diritti di credito (dove la *causa petendi* si identifica tendenzialmente col singolo fatto genetico del diritto relativo), e di quelle a tutela di diritti assoluti (dove la *causa petendi* si identifica con tutti i possibili fatti genetici); per le azioni costitutive, invero, la *causa petendi* può investire una serie di fatti genetici in quanto considerati dalla legge, *quoad effectum*, come costitutivi del medesimo ed unico diritto (cfr. fra le tante Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1058; Cass. civ., Sez. III, 24 ottobre 2007, n. 22329).

Tale impostazione è stata definitivamente consacrata dalle già menzionate decisioni delle Sezioni unite (cfr. nn. 26242 e 26243 del 2014 cit.) secondo cui: <<la ricostruzione della tutela costitutiva nella ristretta dimensione del diritto alla modificazione giuridica, ipotizzata come situazione soggettiva rivolta verso lo Stato-giudice, piuttosto che nei confronti della controparte, e' destinata a infrangersi sulla piu' ampia linea di orizzonte rappresentata dalla necessita' che il giudice dichiara, in sede di tutela costitutiva e non solo, e in modo vincolante per il futuro, il modo d'essere (o di non essere) del rapporto sostanziale che, con la sentenza, andra' a costituirsi, modificarsi, estinguersi>>.

In questo senso le Sezioni unite hanno rilevato, in presenza dell'impugnativa del medesimo atto negoziale, l'unicità della situazione soggettiva sostanziale ad esso ricollegabile, l'unicità della *causa petendi* e la conseguente unicità dell'azione proposta.

6.3. In conclusione, avuto riguardo alla prima questione sottoposta all'Adunanza plenaria, deve enunciarsi il seguente principio di diritto: <<nel giudizio impugnatorio di legittimità, 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>>.

## 7. IL DOVERE DEL GIUDICE DI PRONUNCIARE SU TUTTA LA DOMANDA E LE SUE DEROGHE.

7.1. Il principio della domanda, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il principio della rilevanza d'ufficio di talune "grandi" questioni afferenti al rito o al merito, sono enunciati nel c.p.c. (artt. 99 e 112) e nel c.c. (art. 2907, al quale l'art. 99 c.p.c. è strettamente collegato, perché sancisce che alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte), ma non riprodotti

espressamente e singolarmente nel codice del processo amministrativo, anche se l'art. 34, co. 1, del medesimo codice stabilisce, in perfetta consonanza con essi, che <<In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti, della domanda...>> eroga le varie forme di tutela ivi disciplinate (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4). In ogni caso, trattandosi di principi generali, devono intendersi compresi nella clausola di rinvio esterno divisata dall'art. 39, co. 1, c.p.a. non rinvenendosi su tali aspetti <<...nel processo amministrativo una sufficiente ed esaustiva declinazione regolatoria>> (Cons. Stato, Ad. plen., 10 dicembre 2014, n. 33; Ad. plen. n. 4 del 2015 cit.). Questa soluzione, del resto, era largamente condivisa anche prima della vigenza del codice.

7.2. Da qui la ricorrente affermazione che il processo amministrativo è certamente un processo di parte governato, in linea generale e salvo quanto si dirà in prosieguo, dal principio della domanda nella duplice accezione di principio dispositivo sostanziale – inteso quale espressione del potere esclusivo della parte di disporre del suo interesse materiale sotto ogni aspetto compresa la scelta di richiedere o meno la tutela giurisdizionale – e di principio dispositivo istruttorio (sia pure con i temperamenti enucleabili dagli artt. 63 e 64 c.p.a., in relazione al processo impugnatorio, ed ispirati al c.d. sistema dispositivo con metodo acquisitivo). Sul punto non può che ribadirsi quanto più volte enunciato da questa stessa Adunanza plenaria (cfr. da ultimo n. 4 del 2015; n. 9 del 2014, n. 7 del 2013, n. 4 del 2011), in ordine all'impossibilità di considerare quella amministrativa una giurisdizione di diritto oggettivo e su come tale approdo sia coerente con il significato che assume il principio della domanda nel dettato dell'art. 24, co. 1, Cost. che affianca, sia pure prendendo atto per ciò solo della loro diversità, le due situazioni soggettive attive del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo quali presupposti per l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale intesa come principio fondamentale costitutivo dell'ordine pubblico costituzionale (cfr. da ultimo le fondamentali conclusioni cui è pervenuta Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238).

E' assodato, pertanto, che il principio della domanda e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, hanno dignità di *Generalklausel* nel processo civile (cfr. Sez. un., nn. 26242 e 26243 del 2014 cit.) ed in quello amministrativo (cfr. Ad. plen. n. 4 del 2015, n. 9 del 2014 e n. 4 del 2011).

A queste prime conclusioni si saldano le ulteriori considerazioni – che contribuiscono alla migliore comprensione del fenomeno nella sua portata teorica e nelle conseguenti soluzioni operative – sul ruolo del giudice amministrativo come giudice naturale degli interessi legittimi in virtù di diretta attribuzione costituzionale di tale competenza (art. 103 co. 1, Cost.); sulle peculiari modalità di erogazione della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo attraverso il controllo necessario sull'esercizio (o il mancato esercizio) della funzione pubblica financo all'interno dell'amministrazione (art. 100, co. 1, Cost.); sull'importanza strategica dell'iniziativa della persona che agisce in giudizio, nella logica del *private enforcement*, perché, sia pure nei limiti della domanda, concorre a (e rende possibile la) tutela dell'interesse pubblico mediante il ripristino della legalità violata.

7.3. Sempre in linea generale è bene precisare sin da ora che l'obbligo del giudice amministrativo di pronunciare su tutti i vizi – motivi e le domande di annullamento non è però incondizionato (cfr., sul principio generale, Ad. plen. n. 4 del 2015 cit.).

Il punto di equilibrio fra la tutela dell'interesse pubblico e la tutela degli interessi privati, nel processo amministrativo dominato dal principio della domanda, si coglie, infatti, in primo luogo nelle norme e nei principi che ne rappresentano il punto di emersione a livello positivo (*infra* §§ 8.3. e 9.3.); al di fuori di tali casi, però, non è possibile sostenere una esegesi della disciplina processuale che dia vita ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all'ordinamento ed al principio di legalità (Ad. plen., n. 4 del 2015 e n. 9 del 2014 cit.); al tempo stesso, il principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato comporta il divieto di attribuire un bene della vita non richiesto o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda, ed è da ritenersi violato ogni qual volta il giudice, 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 situazioni estranei alla materia del contendere, ma non anche quando procede alla qualificazione giuridica dei fatti e della domanda giudiziale ovvero alla sua interpretazione (Ad. plen. n. 7 del 2013 cit.).

Entro questi limiti è chiamato ad esercitare il suo *munus* il giudice amministrativo che, giova ribadirlo, non è però sempre e incondizionatamente tenuto a scrutinare, in caso di accoglimento del ricorso, tutti i vizi – motivi e le correlate domande di annullamento.

## 8. LA GRADUAZIONE DEI MOTIVI E DELLE DOMANDE COME DEROGA ALL'OBBLIGO DEL GIUDICE DI PRONUNCIARE SU TUTTA LA MATERIA DEL CONTENDERE.

### 8.1. Nozione di graduazione.

La graduazione è un ordine dato dalla parte ai vizi - motivi (o alle domande di annullamento), in funzione del proprio interesse; serve a segnalare che l'esame e l'accoglimento di alcuni motivi (o domande di annullamento) ha, per la parte, importanza prioritaria, e che i motivi (o le domande) indicati come subordinati o graduati per ultimi, hanno minore importanza e se ne chiede l'esame esclusivamente in caso di mancato accoglimento di quelli prioritari; la graduazione impedisce, pertanto, al giudice di passare all'esame dei vizi – motivi subordinati perché tale volizione equivale ad una dichiarazione di carenza di interesse alla loro coltivazione una volta accolta una o più delle preminenti doglianze.

La graduazione dei motivi o delle domande diventa allora un limite al dovere del giudice di pronunciare per intero sopra di esse, prescindendo dall'ordine logico delle medesime o dalla loro pregnanza. Tale limitazione è coerente con il canone logico di non contraddizione: come il più contiene il meno, se alla parte è dato di delimitare ineludibilmente il perimetro del *thema decidendum* (perché al giudice non è consentito di cercare vizi di legittimità *sua sponte*), così deve ammettersi che la parte possa imporre a quest'ultimo la tassonomia dell'esame dei vizi di legittimità e delle eventuali plurime correlate domande di annullamento.

Siffatta conclusione, inoltre, non è in contrasto con il codice del processo amministrativo: in relazione al contenuto del ricorso, il c.p.a., come già la previgente disciplina, si limita ad indicare il contenuto necessario, non anche quello eventuale. Esige la specificità dei motivi, non anche la loro graduazione, che resta una facoltà della parte non vietata dalla disciplina processuale.

La graduazione dei motivi, pertanto, vincola 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; tale fenomeno, come bene evidenziato dalla ordinanza di rimessione, si manifesta in particolare nelle controversie aventi ad oggetto procedure competitive o selettive, allorché il ricorrente anteponga l'esame delle censure che gli permettono di conseguire il bene della vita finale (l'aggiudicazione di una gara d'appalto, la nomina ad un pubblico ufficio, l'inserimento in un graduatoria), rispetto a quelle il cui accoglimento implicherebbe l'eliminazione di tutta o parte della sequenza procedurale attraverso la rimozione di tutti i vizi riscontrati.

In definitiva, 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, laddove nei processi connotati da un primato assoluto dell'interesse pubblico l'ordine dei motivi non è vincolante per il giudice: nei giudizi di costituzionalità, ad esempio, secondo il costante insegnamento della Corte costituzionale, a fronte del denunciato contrasto delle norme impugnate con uno o più parametri costituzionali, rientra nella discrezionalità della Corte la scelta dell'ordine di esame dei differenti parametri, e, inoltre, dichiarata l'incostituzionalità della norma alla luce di un determinato parametro, la Corte può dichiarare assorbiti gli altri, per difetto di rilevanza, e per ragioni di economia processuale (cfr. fra le tante Corte cost., 19 ottobre 2009 n. 262).

Risulta, pertanto, definitivamente superato il tradizionale e più risalente orientamento giurisprudenziale - maggiormente preoccupato di assicurare una coerente tutela all'interesse pubblico, sembrando incoerente e paradossale che il ricorrente vittorioso consegua il bene della vita finale sulla scorta di una procedura viziata molto spesso *ab imis* - 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.

### 8.2. Modalità della graduazione.

La graduazione dei vizi - motivi, consistendo in una eccezione all'obbligo del giudice di esaminare tendenzialmente tutti i vizi di legittimità costitutivi del *thema decidendum* (siano essi articolati in un'unica o in più domande di annullamento proposte in via principale o incidentale), e trovando fondamento nella



disponibilità degli interessi dei soggetti che agiscono in giudizio, richiede una puntuale ed esplicita esternazione da parte di questi ultimi; tanto, sia per ragioni di certezza dei rapporti processuali, che per evitare che sia il giudice a sostituirsi alle parti nella ricerca, per ciò solo arbitraria, della maggiore satisfattività dell'interesse concreto perseguito da queste ultime. In tale contesto, non può considerarsi menomato il principio di pienezza ed effettività della tutela sancito dal codice del processo amministrativo (art. 1), in quanto lo sforzo collaborativo richiesto alle parti ha un contenuto minimo, è di pronta esecuzione ed è coerente con l'obbligo di queste ultime di cooperare col giudice per la realizzazione del giusto processo (art. 2).

In questa prospettiva risulta confermata la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha sempre richiesto, ai fini della rituale ed effettiva subordinazione dei motivi (ovvero delle domande di annullamento), che questa sia espressa e non desumibile implicitamente dalla semplice enumerazione delle censure o dal mero ordine di prospettazione delle stesse (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1662; Cons. giust. amm., 7 marzo 2014, n. 98; Cons. Stato, Sez. III, 24 maggio 2013, n. 2837).

8.3. Limiti al potere della parte di graduare i motivi e le domande.

8.3.1. La situazione precedente il codice del processo amministrativo.

L'art. 26, co. 2, l. T.a.r. imponeva, in caso di accoglimento del vizio di incompetenza, di rimettere l'affare all'autorità competente.

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 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; il che trovava positiva conferma nel menzionato art. 26, co. 2, primo periodo. Si era conseguentemente escluso che la parte potesse subordinare l'esame del vizio di incompetenza al rigetto di altri motivi di impugnazione.

L'indirizzo tradizionale che si era formato all'interno della giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143; Sez. V, 6 marzo 2001, n. 1253; Sez. IV, 1 agosto 2001, n. 4214; Sez. IV, 12 marzo 1996 n. 310), aveva in conclusione stabilito che:

- a) nel conflitto fra ordine legale di esame dei motivi di ricorso - quanto al vizio di incompetenza ai sensi dell'art. 26, l. T.a.r. - e potere dispositivo della parte, 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 proposto dalla parte subordinatamente agli altri motivi, con conseguente obbligo del giudice di esame con priorità degli altri motivi, cui la parte aveva interesse prevalente;
- b) 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;
- c) l'accoglimento del ricorso giurisdizionale per la riconosciuta sussistenza del vizio di incompetenza comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi di impugnazione, in quanto la valutazione del merito della controversia si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente, cui spetta l'effettiva valutazione della vicenda e che potrebbe emanare, o non, l'atto in questione e comunque, provvedere con un contenuto diverso.

8.3.2. La situazione dopo il c.p.a.

Nonostante sia formalmente scomparsa la previsione dell'art. 26, co. 2, l. T.a.r., con il nuovo 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.

Invero l'art. 34, co. 2, c.p.a., dispone che <<in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati>>.

Una parte della giurisprudenza ha valorizzato tale disposizione in chiave di limite normativo espresso del potere di graduazione delle parti (cfr., oltre all'ordinanza di rimessione, Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 761).

Tale situazione, si badi, può riscontrarsi:

- a) nella fase iniziale del procedimento (si pensi alla mancanza della proposta vincolante prevista *ex lege* come indefettibile);
- b) nel corso del procedimento (si pensi alla mancata acquisizione di un parere obbligatorio per legge, ed alla complessa disciplina sostanziale sancita dagli artt. 16 e 17 l. n. 241 del 1990 per fronteggiare tale evenienza);
- c) alla fine del procedimento (è questo il caso classico del provvedimento reso da un'autorità diversa da quella legalmente competente).

Secondo una lettura oggettiva, i poteri cui si riferisce l'art. 34, co. 2, c.p.a. sono quelli mai esercitati da alcuna autorità; secondo una opposta lettura, d'indole soggettiva, il riferimento è anche ai poteri non esercitati dall'autorità competente, ovvero quella chiamata a esplicare la propria volontà provvedimentale in base al micro ordinamento di settore.

E' senza dubbio da preferirsi quest'ultima esegesi, più rispettosa del quadro sistematico e dei valori costituzionali che si correlano a tale norma: diversamente opinando, del resto, verrebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all'autorità amministrativa competente nel senso dianzi precisato - sia essa appartenente al medesimo ente ovvero ad ente diverso ma comunque interessato alla materia - dato che la regola di condotta giudiziale si formerebbe senza che questa abbia partecipato, prima al procedimento, e poi al processo, in violazione di precise coordinate costituzionali: l'art. 97, co. 2 e 3 Cost., infatti, riserva alla legge l'ordinamento delle amministrazioni ed il riparto delle sfere di competenza ed attribuzione, impedendo all'autorità amministrativa di derogarvi a suo piacimento (cfr. Cons. Stato, n. 761 del 2013 cit.).

L'art. 34, co. 2, cit., è espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione) che, storicamente, nel disegno costituzionale, hanno giustificato e consolidato il sistema della Giustizia amministrativa (sul valore del principio e la sua declinazione avuto riguardo al potere giurisdizionale in generale, ed a quello esercitato dal giudice amministrativo in particolare, cfr. da ultimo Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; 23 febbraio 2012, n. 40; Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312 e 2313; Ad. plen. n. 9 del 2014 cit.; Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8).

Tale principio fondamentale è declinato nel codice del processo amministrativo in svariate disposizioni che si ricompongono armonicamente a sistema:

- d) divieto assoluto del sindacato giurisdizionale sugli atti politici (art. 7, co. 1);
- e) divieto del giudice di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali amministrativi e tecnici dell'amministrazione ancorché marginali (art. 30, co. 3);
- f) tassatività ed eccezionalità dei casi di giurisdizione di merito (art. 134).

Pertanto, in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo *munus*.

A ben vedere, nel disegno del codice tale tipologia di vizi è talmente radicale e assorbente che non ammette di essere graduata dalla parte.

A quest'ultima, se intende ottenere una pronuncia su tali peculiari modalità di (mancato) esercizio del potere amministrativo, si aprono perciò due strade: non sollevare la censura di incompetenza (e le altre assimilate), oppure sollevarla ma nella consapevolezza della impossibilità di graduarla.

Per concludere sul punto si osserva che bisogna prendere atto che taluni vizi di legittimità esprimono una così radicale alterazione dell'esercizio della funzione pubblica che il codice ha imposto al giudice amministrativo di non ritenersi vincolato, a tutela della legalità dell'azione amministrativa e degli interessi pubblici sottostanti, dalla prospettazione del ricorrente e dalla eventuale graduazione dei motivi da quest'ultimo effettuata. Tale impostazione produce, inoltre, effetti deflattivi sul contenzioso perché dissuade il ricorrente dalla proposizione di impugnative di procedimenti attinti da una pletora di motivi

sostanzialmente di facciata e lo stimola a concentrarsi solo sull'interesse sostanziale effettivamente perseguibile; si evitano, per tale via, gli eccessi di tutela spesso forieri di veri abusi del processo (il cui divieto assume, ormai, rilevanza costituzionale ex articolo 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in termini Sez. un., nn. 26242 e 26243 del 2014 cit.).

## 9. ASSENZA DELLA GRADUAZIONE E ASSORBIMENTO DEI MOTIVI E DELLE DOMANDE.

### 9.1. Conseguenze della mancata graduazione.

In mancanza di una espressa graduazione, si riespande nella sua pienezza l'obbligo del giudice di primo grado di pronunciare, salvo precise deroghe, su tutti i motivi e le domande (*retro* § 7, *infra* § 9.3.).

In tal modo il giudice assicura un completo controllo di legalità su tutti gli aspetti dell'azione amministrativa a lui sottoposti; garantisce il diritto di difesa della parte (consistente nel diritto ad una pronuncia esaustiva, arg. ex art. 105, co. 1, c.p.a.); infine, rende effettivo il doppio grado di giudizio imposto dall'art. 125 Cost. (sia pure in senso solo ascendente) e declinato dagli artt. 4 – 6 c.p.a. come principio generale del processo amministrativo (specie per quello impugnatorio di legittimità): qui, infatti, come dianzi evidenziato, la tutela dell'interesse legittimo passa per il sindacato della funzione pubblica, il che spiega, attesa la delicatezza della materia, la costituzionalizzazione del doppio grado (cfr., in termini e da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 401, ivi i richiami a Corte cost., n. 295 del 1988, n. 8 del 1982; n. 62 del 1981).

### 9.2. Superamento del criterio del soddisfacimento del massimo interesse della parte.

Una diversa diffusa tesi ritiene, invece, che 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, specie se trattasi di imprenditore, onde tutelare, in questo caso, i valori sovranazionali e nazionali compendiatosi nella libertà di iniziativa economica e di concorrenza, assunti come parametri (unici o prevalenti) di produzione normativa e di interpretazione della disciplina processuale secondo il rapporto annuale *Doing business* della Banca mondiale (poi sostanzialmente ripreso dalla Commissione europea nell'annuale *European Justice Scoreboard*) che dal 2003 elabora gli indicatori delle prestazioni dei sistemi giudiziari nazionali.

L'adesione acritica alla tesi che annette importanza dirimente, nell'interpretazione delle norme processuali, all'uso di indicatori economici e la funzionalizzazione della disciplina processuale ad obiettivi esclusivi di politica economica, è un approccio al tema dell'ordine di esame dei motivi che si inserisce in una delle linee classiche della dottrina del processo (civile ma anche amministrativo in quanto entrambi accomunati dalla logica del principio dispositivo): individuare lo scopo o la finalità del processo.

Si contrappongono opposte storiche visioni, per cui da un lato il processo è accertamento della volontà concreta della legge, dall'altro è composizione della lite; in chiave più moderna (ispirata all'analisi economica e comparata dei sistemi legali), il pensiero corre all'elaborazione teorica che ha ipostatizzato l'alternativa tra *conflict solving* e *policy-implementing justice*.

In contrario deve evidenziarsi, come osservato dalle più volte menzionate Sez. un., nn. 26242 e 26243 del 2014 cit., che la dove il principio della domanda lo consenta, da un lato, è necessario evitare una disarticolazione, tramite il processo, di una realtà sostanziale unitaria onde evitare che esso si presti a tattiche dilatorie, opportunistiche o ad un vero e proprio abuso; dall'altro, si deve accettare una concezione del processo troppo semplicisticamente definita come “pubblicistica”, ma che, ad una più attenta analisi, trae linfa applicativa proprio nel valore di “giustizia” della decisione.

Tale esigenza è ancor più avvertita nel processo amministrativo di legittimità concentrato sul controllo della legalità dell'azione amministrativa necessariamente esercitata in funzione dell'interesse pubblico: sarebbe paradossale che quanto teorizzato per il processo civile circa l'importanza della dimensione pubblica dello stesso, non trovasse piena applicazione per il processo amministrativo come disegnato, nella sua genesi storica repubblicana, dalla Costituzione.

Il principio dispositivo non può cancellare il dato di fatto che l'interesse pubblico di cui è portatrice una delle parti in causa rimane il convitato di pietra che impronta più o meno consapevolmente svariate disposizioni; la visione del processo amministrativo nella logica “parte privata contro parte pubblica”, “interesse privato contro interesse pubblico”, non considera, sullo sfondo, l'interesse generale dell'intera collettività da un lato ad una corretta gestione della cosa pubblica, e dall'altro ad una corretta gestione del processo, anche per le

ripercussioni finanziarie che ricadono sulla collettività; il processo in cui sia parte una pubblica amministrazione deve consentire l'accertamento di una verità processuale vicina se non coincidente con quella storica perché è interesse della collettività la legittimità dell'azione amministrativa; si comprende così, alla fine, che effettività e giusto processo significano soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi, senza incoraggiamento di azioni opportunistiche (specie sul piano risarcitorio come bene messo in luce dall'ordinanza di rimessione), emulative o pretestuose.

Conclusivamente, sul punto, deve ritenersi 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 sul piano logico - giuridico e diacronico procedimentale (in questo senso si erano già pronunciate, sia pure incidentalmente, Ad. plen., n. 9 del 2014, pag. 36; Ad. plen. n. 7 del 2014, pag. 16 e 18; Ad. plen., 14 aprile 2010, n. 1; successivamente, *funditus*, Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1662).

### 9.3. Assorbimento dei vizi - motivi e delle domande di annullamento.

In questo articolato (e tormentato) contesto deve essere affrontato l'ultimo sostanziale aspetto della tematica dell'ordine di esame dei vizi - motivi e delle domande di annullamento, rappresentato dalla prassi giurisprudenziale denominata "assorbimento dei motivi".

Invero, come illustrato in precedenza, in mancanza di una espressa graduazione dei vizi - motivi, si riespande il dovere del giudice amministrativo di vagliare, di regola, tutti i motivi e le domande, ma al contempo - potendo egli selezionare, in vista della completa tutela dell'interesse legittimo ed al contempo della legalità e dell'interesse pubblico, le censure da cui principiarsi secondo l'ordine dettato dalla maggior pregnanza del vizio di legittimità e dallo sviluppo logico e diacronico del procedimento - è possibile che, in taluni ben delimitati casi, l'esame del giudice si arresti prima di aver esaurito l'intero compendio delle censure (o delle domande) proposte.

Anticipando e sintetizzando gli argomenti più diffusamente esposti in prosieguo, deve ritenersi che nel processo amministrativo, la tecnica dell'assorbimento dei motivi deve ritenersi legittima quando è espressione consapevole del controllo esercitato dal giudice sull'esercizio della funzione pubblica e se è rigorosamente limitata ai soli casi disciplinati dalla legge ovvero quando sussista un rapporto di stretta e chiara continenza, pregiudizialità o implicazione logica tra la censura accolta e quella non esaminata.

Tale conclusione, strettamente collegata al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, espresso dall'art. 112, c.p.c., con disposizione avente il valore di principio generale di ogni processo, diventa inevitabile in un contesto sistematico diretto ad assicurare il più intenso e integrale accertamento del rapporto amministrativo controverso, in relazione ai profili ritualmente prospettati dalle parti interessate, anche per evitare lunghi e defatiganti contenziosi diretti a riproporre le stesse domande in seguito al rinnovo del provvedimento, affetto dagli stessi vizi non esaminati dal giudice.

#### 9.3.1. Nozione di assorbimento.

Il riconoscimento in capo al giudice del potere di decidere l'ordine di esame dei vizi - motivi (e delle domande di annullamento), ha favorito in passato la diffusione di tale prassi: il giudice "sceglie" un motivo fondato di ricorso e sulla base di questo solo motivo, che accoglie, annulla il provvedimento, omettendo di esaminare le altre censure proposte dal ricorrente, che vengono, appunto, dichiarate assorbite.

La tecnica dell'assorbimento è stata in passato utilizzata in modo tale da condurre, in alcuni casi, alla pronuncia di sentenze di annullamento per vizi di mera forma che lasciavano, invece, impregiudicate le questioni d'ordine sostanziale.

Ne derivava che:

- a) la pretesa del ricorrente, apparentemente soddisfatta dalla sentenza di accoglimento, poteva non esserlo nella sostanza, se l'amministrazione reiterava l'atto riproducendo i vizi dedotti dal ricorrente con i motivi assorbiti;
- b) l'Amministrazione rimaneva nell'incertezza circa la fondatezza delle censure sostanziali e dunque sulle modalità di un eventuale riesercizio della funzione pubblica.

### 9.3.2. Critiche alla prassi dell'assorbimento.

Muovendo da tali evidenze, la prassi dell'assorbimento è stata criticata rilevandosi che:

- a) l'assorbimento di alcune censure riduce il c.d. effetto conformativo della sentenza e l'effettività del giudizio di ottemperanza; conseguentemente frena l'ambizione del processo amministrativo ad atteggiarsi come processo a cognizione piena sul rapporto tra cittadino e amministrazione tutelando, in maniera tendenzialmente completa, l'interesse legittimo e la funzione pubblica;
- b) la stessa esigenza di economia dei mezzi processuali, che viene talvolta posta a giustificazione dell'assorbimento può, in concreto, mancare del tutto, soprattutto se ci si colloca nell'ottica non del singolo processo, ma della definizione del rapporto sostanziale tra amministrazione e cittadino; è evidente, infatti, che accogliere un motivo di difetto di motivazione, e assorbire profili di eccesso di potere e censure di violazione di legge, rende possibile la reiterazione dell'atto con altra motivazione, cui può seguire un nuovo giudizio nel quale saranno riproposte le stesse censure che il giudice avrebbe potuto e dovuto esaminare proprio al fine di ridurre il rischio di una nuova impugnazione;
- c) dopo che è stato ammesso il risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, per assorbire un motivo, deve essere certo che dall'eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio;
- d) il mancato esame di alcune censure, inoltre, non può mai essere giustificato da esigenze di carattere istruttorio, in quanto in alcun modo difficoltà istruttorie o esigenze di sollecita definizione della causa possono condurre ad una limitazione della tutela, salvi i casi di abuso del processo.

### 9.3.3. Divieto di assorbimento e nuovo codice del processo amministrativo.

Giova sul punto ricordare che lo schema originario del c.p.a., nel testo licenziato dalla commissione di studio istituita in seno al Consiglio di Stato, conteneva una disposizione espressa secondo cui <<*Quando accoglie il ricorso, il giudice deve comunque esaminare tutti i motivi, ad eccezione di quelli dal cui esame non possa con evidenza derivare alcuna ulteriore utilità al ricorrente*>>.

Tanto, in linea con la considerazione che il giudice deve esaminare tutte le relative censure, in modo da orientare il futuro esercizio del potere amministrativo sia in relazione ai vizi che riscontri sussistenti, sia in relazione a quelli che consideri infondati. Non vi è dubbio, infatti, che l'effetto conformativo può derivare anche dall'accertamento della riscontrata legittimità dell'atto nella parte considerata. La previsione è stata espunta nel testo finale (forse non a torto, visto che vietava espressamente l'assorbimento solo in caso di accoglimento del ricorso, mentre il divieto avrebbe dovuto operare, e a *fortiori*, in caso di rigetto del ricorso), ma essa costituisce un principio tendenziale evincibile dal sistema del c.p.a. e senz'altro operante pur in difetto di espressa previsione. Da ultimo, come manifestazione di tale principio generale, può leggersi la norma sancita dall'art. 40, co. 1, lett. a), d.l. n. 90 del 2014 nella parte in cui, novellando l'art. 120, co. 6, c.p.a., ha previsto esplicitamente che il <<*...il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti....*>>.

In conclusione, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e il conseguente dovere del giudice di pronunciarsi su tutta la domanda, unitamente alle esigenze di miglior cura dell'interesse pubblico e della legalità, comportano che il c.d. assorbimento dei motivi sia, in linea di principio, da considerarsi vietato.

### 9.3.4. Deroghe al divieto di assorbimento.

Limitate e ben circostanziate deroghe al divieto di assorbimento sono tuttavia ammissibili nelle seguenti ipotesi generali:

- a) espressa previsione di legge;
- b) evidenti e ineludibili ragioni di ordine logico - pregiudiziale;
- c) ragioni di economia processuale, se comunque non risulti lesa l'effettività della tutela dell'interesse legittimo e della funzione pubblica.

#### 9.3.4.1. Assorbimento previsto dalla legge.

L'assorbimento consentito dalla legge era, prima del c.p.a., previsto nel caso di accoglimento del vizio di incompetenza (art. 26, l. Tar) e in caso di giudizio immediato.

Con il c.p.a. l'assorbimento legale è previsto in tre ipotesi:

a) nel caso illustrato *retro* al § 8.3.

b) in caso di giudizio immediato (sentenza in forma semplificata) in cui il giudice può motivare con riferimento al punto ritenuto risolutivo (art. 74);

c) in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità e infondatezza, che consente di assorbire la questione di mancata integrità del contraddittorio (art. 49, co. 2).

Alcune precisazioni si impongono in relazione all'ipotesi sub b).

Nel caso di giudizio immediato, infatti, si consente al giudice di motivare avuto riguardo al punto ritenuto risolutivo, il che implica che il giudice è esonerato da una motivazione puntuale sulle singole questioni; anche tale autorizzazione legislativa, tuttavia, va mediata con il principio che la tutela deve essere piena ed effettiva nell'ambito della domanda. Pertanto, se è risolutiva una questione di rito, non vi sono ostacoli né logici né giuridici all'assorbimento delle questioni di merito.

Ma se vanno affrontate solo questioni di merito, la motivazione su un solo punto ritenuto risolutivo, con assorbimento degli altri motivi, non può tradursi in un'omissione di pronuncia o in una tutela non pienamente soddisfattiva.

Quanto a una pronuncia di accoglimento, essa deve essere pienamente soddisfattiva, per cui anche in caso di utilizzo della sentenza in forma semplificata, occorre rispettare quanto dianzi assodato circa la vincolatività della graduazione, le sue deroghe, l'obbligo del giudice di ordinare le questioni in base alla pregnanza dei vizi ed alla sequenza logico – procedurale.

Pertanto, nell'esegesi dell'art. 74 c.p.a., l'espressione “punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo” va intesa non solo nel senso di idoneità a chiudere il processo rapidamente, ma nel senso più ampio e sostanziale di idoneità a chiudere la lite definitivamente.

9.3.4.2. Assorbimento logico necessario.

Oltre all'assorbimento sancito dalla legge, deve ritenersi consentito l'assorbimento c.d. logico o necessario, che si profila quando evidenti ragioni di ordine logico comportano che l'accoglimento o il rigetto di un dato motivo implica l'assorbimento necessario di altre questioni; si pensi ai seguenti casi:

a) la reiezione per motivi di rito, comporta il necessario assorbimento delle questioni di merito (*retro* § 5.3.);

b) l'accoglimento di una censura (o domanda) prospettata alternativamente o in via prioritaria rispetto ad un'altra, comporta l'assorbimento della censura alternativa o subordinata (*retro* § 8.1.);

c) il rigetto del ricorso principale comporta l'assorbimento del ricorso incidentale (espressamente o implicitamente) subordinato o condizionato all'accoglimento di quello principale.

In tale linea di pensiero, sin da epoca risalente, è stato affermato che il principio formale dell'assorbimento può trovare applicazione da parte del giudice solo nei casi in cui fra le questioni sottoposte al suo esame siano accertati nessi di continenza logica sotto profili di pregiudizialità o di dipendenza, secondo una intrinseca tassonomia, mentre non è consentito prescindere dalla pronunzia su alcuna questione, della quale debba riconoscersi la rilevanza nella fattispecie, in considerazione esclusivamente del risultato cui praticamente il giudice pervenga in base a diverso criterio di decisione, comunque ostativo dell'accoglimento della domanda del ricorrente (Cons. Stato, Ad. plen., 16 dicembre 1980 n. 52; successivamente, Sez. IV, 20 dicembre 2013, n. 6160).

In quest'ottica rigorosa è consentito assorbire il motivo di per sé inammissibile in forza dell'estraneità della questione proposta rispetto all'oggetto del potere esercitato con il provvedimento impugnato, ed in ordine alla quale, l'accertamento anticipato, lungi dall'incidere direttamente sul provvedimento medesimo, oltre a non dare soddisfazione immediata all'interesse dedotto in giudizio, si risolverebbe in una proposizione incidentale, se non addirittura in un giudizio idoneo a compromettere, non fosse altro che per l'autorevolezza degli argomenti, il futuro assetto degli interessi.

In sintesi (e rinviando a quanto più diffusamente illustrato *retro* ai §§ 9.1. e 9.2.), 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 d'illegittimità.

Si deve pertanto escludere che la riscontrata fondatezza del motivo riguardante l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento possa assumere carattere assorbente, impedendo l'esame degli altri mezzi. È preferibile, invece, l'opposta tesi secondo cui, in mancanza di una esplicita richiesta di segno diverso del ricorrente, l'accoglimento di censure relative alla correttezza della sequenza procedimentale, comprese quelle relative alla rituale formazione del contraddittorio e alla comunicazione di avvio del procedimento, non comporta l'assorbimento delle censure "sostanziali", riferite ad altri aspetti contenutistici della determinazione impugnata.

Siffatta soluzione ha trovato conferma da parte della giurisprudenza anche dopo il c.p.a., alla luce del principio dispositivo cui esso si ispira (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011 n. 513).

9.3.4.3. Assorbimento per ragioni di economia processuale.

Secondo una condivisibile impostazione che non pregiudica l'effettività della tutela, rientrano in tale categoria:

a) la riezione della domanda in forza della c.d. ragione più liquida, nei casi e nei limiti in precedenza illustrati (*retro* § 5.3.);

b) l'assorbimento dei motivi meramente ripetitivi di altri già esaminati e respinti;

c) nel caso in cui il provvedimento impugnato si fondi su una pluralità di ragioni autonome, il giudice, qualora ritenga infondate le censure indirizzate verso uno dei motivi assunti a base dell'atto controverso, idoneo, di per sé, a sostenerne ed a comprovarne la legittimità, ha la potestà di respingere il ricorso sulla sola base di tale rilievo, con assorbimento delle censure dedotte avverso altri capi del provvedimento, in quanto la conservazione dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze.

Coerentemente, non si dà luogo ad assorbimento per ragioni di economia processuale:

d) in caso di accoglimento di censure relative alla rituale formazione del contraddittorio e alla comunicazione di avvio del procedimento, che non può consentire di non esaminare censure "sostanziali", riferite ad altri aspetti contenutistici della determinazione impugnata;

e) se il motivo accolto riguardi uno soltanto degli atti impugnati, non esaurendosi l'intera materia del contendere.

10. L'Adunanza plenaria restituisce gli atti alla V Sezione del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, co. 1, ultimo periodo, e 4, c.p.a., affinché si pronunci sull'appello principale della società Postest nel rispetto dei seguenti principi di diritto:

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>>;

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>>;

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>>;

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 economia)>>.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

a) formula i principi di diritto di cui in motivazione;

b) restituisce gli atti alla V Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente  
Riccardo Virgilio, Presidente  
Pier Giorgio Lignani, Presidente  
Stefano Baccarini, Presidente  
Alessandro Pajno, Presidente  
Vito Poli, Consigliere, Estensore  
Francesco Caringella, Consigliere  
Maurizio Meschino, Consigliere  
Carlo Deodato, Consigliere  
Nicola Russo, Consigliere  
Salvatore Cacace, Consigliere  
Sergio De Felice, Consigliere  
Raffaele Greco, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
Il 27/04/2015  
(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)  
Il Dirigente della Sezione