

NOTA A CONSIGLIO DI STATO – ADUNANZA PLENARIA

SENTENZA 27 aprile 2015, n. 5

“Pluralità di azioni, graduazione delle domande e assorbimento dei motivi:

il principio dispositivo al vaglio dell’Adunanza Plenaria

e la primazia del principio di effettività”

A cura di MARTINA PROVENZANO

La Sentenza che si annota risponde ai quesiti posti dall’Ordinanza di rimessione della Sez. V del 22 dicembre 2014, n. 6204 e riguardanti delle questioni oggetto di lungo dibattito¹: 1) quali siano gli elementi dinanzi ai quali il Giudice amministrativo può ravvisare una pluralità di domande; 2) se nel processo amministrativo sia possibile, per il ricorrente, graduare i motivi di ricorso attraverso il mero ordine di prospettazione degli stessi; 3) se, in mancanza di espressa indicazione, il Giudice amministrativo sia vincolato ad osservare l’ordine d’esame attribuito, dal ricorrente, ai motivi di ricorso; 4) se, in mancanza di espressa graduazione delle domande, il Giudice amministrativo debba essere guidato dal principio del massimo soddisfacimento dell’utilità ritraibile dal ricorrente; 5) se il vizio di incompetenza sia sottratto all’operatività della graduazione, esplicita o implicita, dei motivi di ricorso.

Ciascuno dei quesiti rimessi all’Adunanza Plenaria è stato oggetto di un’approfondita trattazione che sembra aver posto rimedio definitivamente ai contrasti giurisprudenziali registrati in materia².

La prima delle questioni riguarda la fattispecie del ricorrente che abbia richiesto la tutela demolitoria contro il medesimo provvedimento ma per ragioni distinte: in particolare, si è chiesto se dinanzi ad un’unica impugnazione, per censurare diversi profili di illegittimità, ci si trovasse dinanzi ad una pluralità di domande, o meno.

¹ V. da ultimo: Cons. Stato, Sez. VI, Ord. 11 febbraio 2013, n. 761.

² V. di recente: Cons. Stato, Sez. IV, Sent. 4 febbraio 2015, n. 552 e T.A.R. Puglia – Bari, Sent. 13 gennaio 2015, n. 22.

Orbene, come noto, la soluzione del quesito di cui sopra s'era basata finora sull'analisi dei tre elementi costitutivi della domanda (soggetti, *causa petendi* e *petitum*), di talché il numero delle domande veniva misurato sul numero delle ragioni sulle quali esse si fondavano³. Contrariamente all'approccio tradizionale, l'Adunanza Plenaria in commento ha statuito invece che *“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”*.

Stando al ragionamento seguito dai Giudici dell'Adunanza Plenaria, il parametro sul quale determinare un'eventuale pluralità di domande non deve essere ricercato nelle declinazioni che il bene della vita potrebbe assumere in relazione all'accoglimento delle diverse doglianze, bensì sul numero di provvedimenti (autonomamente lesivi) che sono stati oggetto d'impugnazione. L'Adunanza Plenaria si è conformata dunque al *decisum* delle “Sentenze gemelle” delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nn. 26242 e 26243 del 2014 che, con riferimento al processo civile e ai rapporti tra privati, hanno rilevato l'unicità delle azioni proposte sulla base dell'unicità della *causa petendi* e della situazione soggettiva sostanziale, relativamente all'impugnazione dell'unico atto in cui era stata consacrata la volontà negoziale⁴.

In definitiva, secondo l'Adunanza Plenaria, l'unico strumento oggettivo per la verifica del numero delle domande non potrà che essere il provvedimento amministrativo impugnato⁵. Posto che l'interesse materiale del ricorrente continua (e deve continuare) ad essere misura delle condizioni dell'azione, tale principio, invece, non trova applicazione nei processi in cui siano proposte domande di diversa natura come, ad esempio, nel caso di un'azione di annullamento e di un'azione di condanna al risarcimento dei danni. Infatti, nell'ipotesi appena descritta, mentre nell'azione di annullamento la *causa petendi* consiste nella declaratoria d'illegittimità del

³ V. Cons. Stato, Sez. IV, Sent. 11 settembre 2012, n. 4827, in cui si è ritenuto che la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione non coincidesse con la domanda di annullamento del provvedimento stesso. Secondo il G.A., infatti, mentre la prima domanda era finalizzata alla ripetizione della gara, la seconda domanda mirava all'aggiudicazione della gara: la diversa ragione fondante le due domande, benché basate sulla stessa azione (di annullamento), avrebbero dovuto ritenersi diverse, tanto da imporre una diversa e autonoma trattazione.

⁴ Secondo i Giudici della Suprema Corte, infatti: *“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, è destinata a infrangersi sulla più ampia linea di orizzonte rappresentata dalla necessità che il giudice dichiarare, in sede di tutela costitutiva e non solo, e in modo vincolante per il futuro, il modo d'essere (o di non essere) del rapporto sostanziale che, con la sentenza, andrà a costituirsi, modificarsi, estinguersi”*. In dottrina cfr.: PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, 2014, p. 28, nonché MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, p. 701.

⁵ Nello stesso senso V.: Cons. Stato, Sentt. Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4277; Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 398; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537. I riferimenti normativi positivi sono stati individuati negli artt. 40, cm. 1, lett. b) e 42, com. 2 (correlazione tra oggetto della domanda e singolo provvedimento impugnato), negli artt. 43, cm. 1 e 104, cm. 3 (distinzione dei motivi aggiunti propri e impropri, e legittimità della proposizione dei motivi aggiunti in appello, nell'art. 120, cm. 7 (legittimità della proposizione dei motivi aggiunti impropri nel rito degli appalti).

provvedimento (e il *petitum* nel suo annullamento), nell'azione di condanna al risarcimento del danno essa riguarda l'illiceità del fatto (e il *petitum* il risarcimento in forma generica o in forma specifica)⁶.

Sembra consentito affermare che l'enucleazione di tale principio di diritto reca il pregio di oggettivizzare la valutazione sul numero di azioni proposte e, di conseguenza, influenza l'ampiezza della domanda ed il relativo pronunciamento del Giudice (in applicazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato).

Da quest'ultima osservazione nasce il secondo dei quesiti posti all'attenzione dell'Adunanza Plenaria: e, cioè, se nel processo amministrativo il ricorrente sia tenuto ad una specifica graduazione dei motivi di ricorso –da ritenersi- corrispondente al loro ordine di enumerazione. Appare evidente che la questione sia di non poca importanza dal momento che l'accoglimento di una domanda può pregiudicare l'accoglimento (se non addirittura la stessa analisi) di altre domande.

Come evinto dai Giudici dell'Adunanza Plenaria, purtroppo, all'interno del Codice del Processo Amministrativo non è possibile rinvenire specifici riferimenti normativi, che siano diversi dai principi generali già contenuti nel Codice di procedura civile⁷, e su cui ancorare il relativo principio di diritto. Per queste ragioni si sono avvicinati diversi orientamenti giurisprudenziali e, tra questi, ne sono emersi due di segno opposto: una prima tesi, volta a sostenere la potestà del giudice amministrativo d'individuare l'ordine di esame dei motivi, sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto esistente tra gli stessi sul piano logico giuridico⁸, una seconda tesi, invece, valorizzando il principio dispositivo e quello di effettività, ha prospettato la necessità di un giudice rispettoso dell'ordine indicato dal ricorrente⁹, nella misura in cui si ammette l'esistenza di una coincidenza tra ordine di prospettazione e massima utilità ritraibile dal ricorrente¹⁰.

⁶ In questo senso V. anche Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4.

⁷ L'art. 39 c.p.a. (contenente il rinvio esterno al Codice di procedura civile), per il tramite dell'art. 99 c.p.c., enuncia il principio della domanda, mentre l'art. 40 c.p.c. indica quale contenuto necessario del ricorso "i motivi specifici su cui si fonda", non dettando, dunque, una regola specifica per la trattazione degli stessi.

⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., Sent. 25 febbraio 2014, n. 9. "*Il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, cm. 4, c.p.a. e 276, cm. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione*". In senso critico V. Cons. Stato, Ad. Plen., Sent. 7 aprile 2011, n. 4. "*L'ordine di esame delle questioni non è subordinato alla veste formale utilizzata per la loro deduzione, ma dipende dal loro oggettivo contenuto. Ne discende che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale. E la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente*".

⁹ COMPORTI, *Il Giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 3, 2014, pg. 746.

¹⁰ V. pg. 12 della Sentenza che si annota: "*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*

E' proprio quest'ultima tesi che l'Adunanza Plenaria sembra aver confermato: *“nei processi connotati da parità delle parti e principio dispositivo, l'ordine dei motivi vincola il giudice (...) 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”*.

Tuttavia, quanto affermato trova il proprio limite nel disposto del secondo comma dell'art. 34 del Codice del Processo Amministrativo che, come noto, recita: *“in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*; una situazione che si verifica in una serie di ipotesi nel corso delle varie fasi procedurali¹¹, ma anche quando l'Autorità competente non abbia ancora esercitato i propri poteri¹². Orbene, i casi di mancato esercizio del potere possono essere facilmente individuati in tutte quelle situazioni in cui il vizio di illegittimità del provvedimento è talmente radicale (es. difetto assoluto di attribuzione, incompetenza) da non consentire nemmeno di sostenere che vi sia stato un esercizio di poteri (superfluo aggiungere: potere esercitato dall'Autorità competente, cioè che avrebbe potuto esercitare legittimamente i propri poteri).

In definitiva, con riferimento al quinto quesito posto dall'Ordinanza di rimessione e, cioè, se il vizio di incompetenza sia sottratto all'operatività della graduazione, esplicita o implicita, dei motivi di ricorso, l'Adunanza Plenaria ha risposto in senso positivo, fondando tale principio di diritto sul disposto del secondo comma dell'art. 34 del Codice del Processo amministrativo.

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”.

¹¹ V. pg. 15 della Sentenza che si annota: *“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)”*.

¹² Questo il principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria in contrapposizione alla diversa interpretazione della disposizione normativa citata fornita da altra parte della giurisprudenza la quale estendeva la nozione di “poteri amministrativi non ancora esercitati” a qualsiasi Autorità amministrativa (e non, invece, limitandoli all'Autorità amministrativa competente). In ogni caso il contenuto precettivo della disposizione in commento deve ritenersi attuazione del più ampio e generale principio –immanente nel nostro ordinamento costituzionale– di divisione dei poteri: il giudice non potrebbe sindacare sulla legittimità di provvedimenti che non sono stati ancora esercitati (dall'Autorità competente ad esercitarli secondo l'ordinamento di settore). Cfr. TRIMARCHI, *Il divieto di “pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati” attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, fasc. 4, 2013, p. 1097.

Orbene, posto che la graduazione dei motivi fornita dal ricorrente costituisce un vincolo per il Giudice, orientandolo sull'ampiezza della sua pronuncia, occorre indagare sulle conseguenze che potrebbero prodursi nel caso in cui il ricorrente, per scelta o per dimenticanza, non abbia proceduto alla graduazione delle domande. Ebbene, questo rappresenta il terzo quesito posto dall'Ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria e che ha portato ad elaborare il principio di diritto secondo cui l'assenza di una graduazione dei motivi da parte del ricorrente comporta una riesplorazione dell'obbligo del Giudice di pronunciare sulle domande proposte, il quale dovrà optare, non già per il criterio del soddisfacimento del massimo interesse, bensì per la prevalenza di un completo controllo di legalità su tutti gli aspetti dell'azione amministrativa¹³. Viene dunque confermato il principio secondo cui, in assenza di graduazione, *“rientra nel potere del Giudice amministrativo, in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto tra le stesse esistente sul piano logico-giuridico”*¹⁴.

Tanto premesso, l'indagine che si conduce non può che proseguire nel senso di perimetrare l'ipotesi di assorbimento dei motivi che, come noto, rappresenta un limite superiore al principio di effettività della tutela e di satisfattività del ricorrente. Proprio per questa ragione all'Adunanza Plenaria deve riconoscersi l'indubbio pregio della chiarezza ed esaustività, nella misura in cui arriva ad affermare che *“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”*¹⁵.

La considerazione della tecnica dell'assorbimento, intesa come omissione (o rinuncia) della disamina di determinate censure -magari legate a vizi di illegittimità di natura formale che non pregiudicano questioni di ordine sostanziale-, è stata da sempre ritenuta legittima perché ispirata al principio di economia processuale¹⁶, tuttavia, ad oggi, la ritenuta prevalenza del principio dell'effettività della tutela¹⁷ rispetto ad ogni altro principio immanente nell'ordinamento

¹³ V. pg. 18 della Sentenza che si annota: *“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”*.

¹⁴ V. *funditus*: Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1662.

¹⁵ V. pg. 21 della Sentenza che si annota.

¹⁶ COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, pg. 221.

¹⁷ Cfr. Art. 1 Codice del Processo amministrativo.

processuale amministrativo, impone il superamento della tecnica in commento e, pertanto, il suo divieto, salvo alcuni casi eccezionali¹⁸. I casi in cui è possibile derogare al divieto così imposto dall'Adunanza Plenaria sono stati individuati dagli stessi Giudici in: a) espressa previsione di legge; b) evidenti e ineludibili ragioni di ordine logico - pregiudiziale; c) ragioni di economia processuale (quando non si leda l'effettività della tutela dell'interesse legittimo e della funzione pubblica). Se, da un lato, appaiono di semplice individuazione le deroghe individuate *sub a)*, qualche considerazione critica andrebbe operata circa le ipotesi previste *sub b)* e *c)* le quali, *prima facie*, potrebbero addirittura apparire come una surrettizia reintroduzione della tecnica dichiarata come vietata¹⁹.

Invero, con riferimento all'ipotesi *sub b)*, l'Adunanza Plenaria detta il metodo che il Giudice è chiamato ad applicare: l'ordine logico, infatti, gli imporrebbe *“preliminarmente l'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”*. Viceversa, con riferimento all'ipotesi *sub c)*, sarebbe sempre illegittimo un assorbimento delle domande *“effettuato 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”*.

A parere di chi scrive quella in commento si tratta di una pronuncia dell'Adunanza Plenaria di carattere innovativo nella misura in cui si pone come *decisum* risolutivo di un contrasto giurisprudenziale annoso e –forse- ingiustificato, se visto alla luce dell'introduzione del Codice del

¹⁸ MANNELLA, *Giudizio in via principale e assorbimento dei motivi: quando la Corte non ricorre a tale tecnica decisoria*, Nota a C. Cost 19 luglio 2013, n. 221, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 4, 2013, pg. 3265.

¹⁹ La Sentenza che si commenta individua specifiche ipotesi *sub b)* – e che sembrano doversi ritenere come tassative-: 1) la reiezione per motivi di rito, che comporta il necessario assorbimento delle questioni di merito; 2) l'accoglimento di una censura (o domanda) prospettata alternativamente o in via prioritaria rispetto ad un'altra, che comporta l'assorbimento della censura alternativa o subordinata; 3) il rigetto del ricorso principale, che comporta l'assorbimento del ricorso incidentale (espressamente o implicitamente) subordinato o condizionato all'accoglimento di quello principale. V. pg. 22. Analogamente, con riferimento all'ipotesi *sub c)* si individuano: 1) la reiezione della domanda in forza della c.d. ragione più liquida; 2) l'assorbimento dei motivi meramente ripetitivi di altri già esaminati e respinti; 3) nel caso in cui il provvedimento impugnato si fondi su una pluralità di ragioni autonome, e 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, respinge 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). V. pg. 24.

Processo amministrativo del 2010. Sotto altro punto di vista, invece, si ritiene che la Sentenza annotata non influisca in alcun modo, se non a confermare ulteriormente la primazia del principio di effettività e di ciò che esso comporta in termini di una diversa lettura dello stesso principio dispositivo (e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato).