

Archivio selezionato: Dottrina

SULLA DISPONIBILITÀ DELL'ORDINE DI ESAME DEI MOTIVI DI RICORSO

Dir. proc. amm., fasc.3, 2012, pag. 803

ANTONIO ROMANO TASSONE

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Interesse a ricorrere e a resistere - - in genere

1. Il problema della disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di impugnazione da parte del ricorrente non è certo ignoto alla dottrina, che vi si è più volte soffermata, e tanto meno alla giurisprudenza, che negli ultimi anni sembra voler riconsiderare *ab imis* la questione, per lungo tempo univocamente risolta dalle corti in senso pressoché del tutto negativo.

Malgrado ciò, non soltanto questo rappresenta un campo largamente inesplorato del diritto processuale amministrativo, ma una sia pur sommaria analisi dello stato dell'arte, rivela come l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sia tuttora sostanzialmente fluida, e non del tutto soddisfacente.

Da un lato, una giurisprudenza lodevolmente sensibile al nuovo, ma forse troppo autoreferenziale, si dibatte, apparentemente senza via d'uscita, in una spessa rete intessuta di questioni di fondo probabilmente non (più) ineludibili e di (pseudo)problemi dogmatici, cui pure la non abbondante letteratura scientifica aveva offerto da tempo, anche dal punto di vista « pratico », ineccepibili soluzioni.

Dall'altro, la riflessione dottrinale, ancorché autorevolissima, appare talvolta eccessivamente semplificante.

Ciò vale soprattutto per la letteratura più recente, incline a risolvere positivamente il problema sulla base del semplice richiamo al vigore del principio dispositivo (per primo, forse, Caianiello, 1976), argomentando per lo più nel senso che la graduazione delle censure costituirebbe un *minus* rispetto al potere del ricorrente di introdurre e di rinunciare ai motivi di ricorso (argomento nel quale non è difficile cogliere l'eco delle impostazioni « quantitative » sovente adottate dalla scienza del processo civile per inquadrare il fenomeno del cumulo condizionale di domande).

Ma non del tutto soddisfacente deve ritenersi, oggi, anche la dottrina più risalente (tra tutti, Nigro 1960, e soprattutto, sul tema specifico, Cavallo 1975), la quale, per quanto sostenuta da una visione assai più complessa e da una analisi ben più approfondita del problema, appare tuttavia datata, sia per impostazione che per ispirazione.

Per impostazione, perché la riflessione sul cumulo condizionale di domande da parte dei cultori del diritto processuale civile ha conseguito, nel frattempo, importanti risultati nella comprensione di questo meccanismo, di cui ha proposto nuove e più persuasive chiavi di lettura, tutt'altro che irrilevanti — come si spera di dimostrare — anche nel campo del diritto processuale amministrativo (per quanto connotato da indubbie specificità).

Per ispirazione, tematica e teleologica, perché chi pure ha affrontato il problema con maggiore approfondimento, negli anni '60 e '70, se ne è occupato nell'ambito di trattazioni più generali, dedicate soprattutto — com'è noto — a contrastare la discussa prassi del c.d. « assorbimento improprio », largamente diffusa nella giurisprudenza amministrativa meno recente, ma ormai quasi del tutto desueta, e comunque — questo almeno mi sembra che possa tranquillamente affermarsi — destinata ad un rapido abbandono.

2. Se è quindi del tutto comprensibile (ed anzi: senz'altro meritorio) che la questione sia stata a suo tempo inquadrata in un contesto tematico che portava ad enfatizzare il valore della libera determinazione della parte ricorrente (ciò che ha avuto evidenti ricadute anche sulla letteratura, ed

ancor di più sulla giurisprudenza, di questi ultimi anni, tutt'altro che immuni dall'influsso di questa problematica), è altrettanto chiaro che le argomentazioni (e dunque: le stesse soluzioni) di allora vanno oggi riconsiderate in una prospettiva che prescinda — per quanto possibile — da questo sfondo teleologico, se non altro perché, in un quadro normativo e giurisprudenziale ormai profondamente mutato, il c. d. « assorbimento improprio » appare ormai, sempre più chiaramente, come un vero e proprio diniego di giustizia, avverso il quale non ha più molto senso appuntare oggi i propri strali.

La questione della possibilità che la parte ricorrente imponga al giudice un ordine di trattazione dei motivi di ricorso che essa stessa ha predisposto (tutt'altro problema, ovviamente, è quello dell'ordine di esame delle impugnazioni avanzate da più parti) deve dunque essere affrontata in via diretta ed autonoma, perchè solo così potrà aversi piena consapevolezza dei suoi nessi sistematici e dei suoi risvolti assio-pratici (anche se — è chiaro — essa resta pur sempre indissolubilmente legata alla ben più ampia tematica dell'assorbimento, ma « proprio » assai più che « improprio », com'è reso evidente dal fatto stesso che il legittimo assorbimento dei motivi subordinati costituisce la ricaduta forse più rilevante di ogni meccanismo di cumulo condizionale).

Del solo « cumulo condizionale dei motivi », peraltro, ha senso a mio avviso occuparsi, per l'ovvia considerazione che l'osservanza (e dunque, a monte di essa: la posizione) di un ordine non condizionale di esame tra più censure di legittimità non presenta alcun concreto interesse né per il ricorrente, né per il giudice, che deve in ogni caso valutare la fondatezza di tutti i motivi così proposti (salvo l'eventuale « assorbimento proprio » che sia possibile operare tra di essi).

In quest'ultima ipotesi, dunque, l'indicazione da parte del ricorrente di un ordine di trattazione delle varie censure da esso stesso cumulativamente avanzate non potrebbe ritenersi in nessun caso vincolante per il giudice, per il semplice fatto che essa risulterebbe concretamente inutile, e questo anche riconoscendo la piena ed integrale vigenza, in questa materia, del principio dispositivo in ordine alla introduzione della domanda.

Con riferimento al problema posto dal mero cumulo oggettivo di censure, in buona sostanza, ha senz'altro ragione la consolidata giurisprudenza che si è sempre rifiutata di riconoscere valore cogente all'ordine con cui i motivi di impugnazione sono presentati nel ricorso (sia pure, talvolta almeno, al non lodevole fine di esaminare prioritariamente quelli di più agevole decisione, e di assorbire quindi, ma in modo assolutamente « improprio », gli altri).

3. Vi è subito da osservare piuttosto, a questo proposito, che questa giurisprudenza, ed il relativo interesse della dottrina per il cumulo condizionale dei motivi, trovano storicamente spiegazione (anche) nella scarsa utilità pratica che tale congegno sembrava presentare all'interno di una tutela di legittimità concepita come di carattere essenzialmente demolitorio: non è certo casuale che l'attenzione per questo meccanismo si sia accentuata soltanto nell'ultimo decennio, ossia nel momento in cui, pur restando apparentemente intatte le forme e le categorie del giudizio di impugnazione, attraverso di esse son venute realizzandosi, in realtà, forme di tutela che si riportano invece al diverso modello del c.d. « giudizio di spettanza ».

Ed è appunto dal diffondersi di un simile modello che ci si deve attendere la (possibile) espansione di tale meccanismo, il ricorso al quale sembra sia a tutt'oggi concretamente limitato, nel giudizio di legittimità, alla sola ipotesi in cui l'accoglimento del motivo condizionante precluda al giudice l'esame — *ergo*: il possibile accoglimento — del motivo condizionato (c.d. « cumulo eventuale »); mentre è assai più difficile (salvo quanto più oltre si dirà) rinvenire ipotesi in cui sia l'esame del motivo condizionato ad esser consentito al giudice dall'accoglimento del motivo condizionante (c.d. « cumulo successivo »).

Almeno la prima di tali evenienze, in ogni caso, sembra destinata a godere di una stabile fortuna, ed appare tutt'altro che priva di pratico rilievo, come dimostra il fatto che proprio in ordine ad essa si sia svolto il recente dibattito giurisprudenziale, sul quale è ora opportuno concentrare

l'attenzione.

4. Le decisioni maggiormente significative sul punto sono individuate, in un recente scritto dedicato all'argomento (De Nictolis 2010), in due pronunce della Sez. VI (n. 213/2008 e n. 7387/2009) ed in altrettante sentenze della Sez. V (n. 5108/2006 e, soprattutto, n. 2143/2009).

Le sentenze che in qualche misura si pronunciano sulla materia sono invero ben più numerose, ma non è sempre chiaro se esse intervengano effettivamente sul problema che qui interessa, ovvero, più genericamente, si occupino della questione relativa all'eventuale configurabilità di un ordine legale di esame di — almeno taluni — motivi di ricorso (*per incidens*: la giurisprudenza, e non di rado la stessa dottrina, non mostrano sempre adeguata consapevolezza del fatto che ordine legale e ordine condizionale di esame dei motivi non sono per nulla fenomeni coincidenti, e — a ben guardare — nemmeno omogenei, se non per il dato estrinseco del possibile vincolo che da essi può derivare al lavoro del giudice).

Si tratta, in tutti i casi, dell'impugnazione degli esiti di procedure *lato sensu* concorsuali (gare d'appalto ed elezioni amministrative), nelle quali il ricorrente propone cumulativamente dapprima censure dirette a conseguire la vittoria nella competizione, quindi censure il cui accoglimento porta invece alla ripetizione, più o meno integrale, della procedura.

In (quasi) tutte queste vicende, emerge con chiarezza come il ricorrente stesso avesse espressamente subordinato l'esame di questi ultimi motivi all'eventuale rigetto dei primi.

La Sezione VI si attiene — parrebbe: senza remora o dubbio alcuno — all'ordine posto dal ricorrente, in un caso *sic et simpliciter* e senza alcuna osservazione esplicita o giustificativa (n. 7387/2009), nell'altro accompagnando questa statuizione con considerazioni circa il carattere (si sostiene: logicamente) prioritario dell'esame delle censure maggiormente soddisfattive dell'interesse della parte, e comunque all'assoluta improprietà dell'assorbimento di queste ultime in seguito all'accoglimento dei motivi che conducono alla rinnovazione delle operazioni concorsuali.

L'ordine di esame posto dal ricorrente viene dunque ritenuto vincolante, in palese — ancorché non dichiarata — contraddizione con l'indirizzo giurisprudenziale assolutamente prevalente, che sosteneva la piena libertà del giudice in punto di trattazione dei motivi di ricorso.

Più articolato e denso discorso svolge invece la Sezione V, soprattutto nella sentenza n. 2143/2009, nella quale l'affermazione del ricorrente circa la vincolatività del cumulo condizionale dei motivi non è condivisa dalla Sezione, che ritiene di aderire, sul punto, all'indirizzo tradizionale.

Sostiene infatti la Sezione che il principio dispositivo, che consente al ricorrente di articolare come meglio creda le proprie domande, debba considerarsi limitato, nel processo amministrativo di legittimità, dalla particolare funzione di tale giudizio, destinato ad incidere fortemente sulla determinazione dell'assetto dell'interesse pubblico, sicché vanno comunque privilegiati, nell'esame giudiziale, i motivi che portino ad una più completa ed esaustiva definizione di tale interesse, piuttosto che alla soddisfazione di quello del ricorrente (cui non è dato, pertanto, vincolare il giudice).

Questo risultato — afferma ancora la Sezione, richiamando propri precedenti, più e meno remoti — non si conseguirebbe se fosse rispettato l'ordine condizionale imposto dalla parte, nel qual caso la sentenza d'accoglimento produrrebbe una situazione contraria a legalità (più precisamente: la vittoria da parte del ricorrente di una procedura selettiva svoltasi, per altro verso, in modo illegittimo).

A parziale correzione di queste affermazioni (ma forse: ad ulteriore riprova della bontà della soluzione data al caso concreto), la Sezione, aderendo a quanto già sostenuto in proposito nella

sentenza n. 5108/2006, ritiene tuttavia che a queste conclusioni debba giungersi solo quando siano cumulativamente condizionati dalla parte più motivi inerenti alla medesima domanda, ma non quando siano poste in relazione condizionale più e diverse domande, nel qual caso l'indicazione del ricorrente, *dominus* assoluto della formulazione della pretesa giudiziale, non può che vincolare il giudice (la Sezione V, nella decisione del 2006, aveva appunto esaminato prioritariamente, accogliendola, la « domanda » relativa alla correzione dei risultati elettorali, assorbendo quella condizionata, relativa all'integrale annullamento delle elezioni).

5. Non è agevole discernere le effettive linee portanti della giurisprudenza sopra succintamente riportata, spesso commiste ad argomentazioni estemporanee e/o tralaticie, non sempre intimamente coerenti (ed anzi: talvolta dissonanti).

I punti di maggior interesse, perchè di più denso spessore sistematico, possono tuttavia esser indicati nei seguenti.

In primo luogo, traspare chiaramente una ben diversa idea del ruolo del giudice amministrativo, visto ora come il tutore dell'interesse del ricorrente, ora come il garante dell'interesse pubblico — concepito peraltro, a quanto sembra, come mero interesse alla « piena legalità » dell'azione amministrativa (nell'espone gli inconvenienti cui darebbe luogo l'osservanza dell'ordine condizionale d'esame nel caso di accoglimento del solo motivo che consenta al ricorrente di vincere una selezione per altro verso illegittima, non si accenna nemmeno ad una eventuale distinzione a seconda che la censura subordinata esponga un vizio « formale » ovvero « sostanziale »).

Questa divergenza di prospettiva sembra mettere capo, in prima battuta, alla formulazione di un diverso criterio « logico » di priorità nell'esame delle censure oggettivamente (ma non condizionatamente) cumulate, funzionale — a quanto pare di capire — a consentire al giudice l'assorbimento « proprio »: criterio che la Sezione VI orienta verso l'interesse materiale del ricorrente (si che il giudice dovrebbe esaminare in via prioritaria le censure più intensamente soddisfattive, e — in caso di accoglimento — « assorbire » le altre), mentre la Sezione V lo ricostruisce appunto in relazione al conseguimento della « piena legalità » dell'azione dell'amministrazione.

Non saprei dire — né qui, in fondo, è necessario esaminare- se effettivamente criteri così delineati possano giustificare l'assorbimento « proprio » (a fondamento del quale, personalmente, inclinerei a porre piuttosto fenomeni di continenza ovvero di chiara incompatibilità tra le varie censure).

Il diverso orientamento sopra evidenziato — per quanto qui specificamente interessa — mette comunque capo, infine, ad una contrapposizione tra giurisdizione di diritto oggettivo e giurisdizione di diritto soggettivo, nel cui ultimo ambito soltanto il principio dispositivo troverebbe piena realizzazione, con la conseguente affermazione (nella giurisprudenza della Sezione V) secondo cui quest'ultimo vigerebbe in forma solo attenuata nel processo amministrativo, destinato a soddisfare soprattutto esigenze della stessa p.a..

Come emerge anche dallo scritto di commento sopra menzionato (dovuto ad un valoroso magistrato di Palazzo Spada), la soluzione del problema della vincolatività del cumulo condizionale (di domande, come di motivi) nel processo amministrativo dipenderebbe infatti, in ultima analisi, dalla definizione della *vexata* (ma tutt'altro che risolta) *quaestio* circa il carattere soggettivo ovvero oggettivo di tale giurisdizione.

Si tratta di un'opzione di fondo che emerge anche dalla letteratura più recente, ove è condivisa, in buona sostanza, da tutti coloro che si sono occupati del problema negli ultimi anni, ma che — come si vedrà — non è forse così obbligata e cogente come la si raffigura (già Nigro, nel 1975, metteva in guardia dal rischio che, ragionando in base ad essa, si pervenisse ad un'eccessiva semplificazione del contesto problematico in cui si colloca il processo amministrativo).

Accanto a questa opzione di fondo, ma in funzione — parrebbe — limitativa e correttiva della sua portata, emerge peraltro, dalla giurisprudenza sommariamente richiamata, un'altra e più particolare argomentazione, potenzialmente idonea ad incidere direttamente sulla soluzione del problema della vincolatività del cumulo condizionale dei « motivi » di ricorso: si tratta dell'affermazione secondo cui non già questi ultimi, ma le sole « domande » possono esser collocate dalla parte in relazione condizionale, sicchè per le « domande » soltanto potrebbe propriamente invocarsi il vigore del principio dispositivo.

Nello scritto di commento più volte ricordato, ci si interroga quindi, coerentemente con questa impostazione, su cosa debba intendersi per « domanda » nel giudizio di legittimità, ponendosi in particolare il problema se la proposizione, nell'ambito di un unico ricorso, di più censure dirette ciascuna contro un diverso atto di una medesima sequenza procedimentale, dia vita ad un cumulo oggettivo di domande (soluzione preferita dall'Autore, in ossequio al principio dispositivo), ovvero ad una sola.

Non si tratta, almeno per alcuni suoi risvolti, di una questione priva di fondamento, se non altro perché — come subito vedremo — è certamente vero che nessun legame condizionale con efficacia vincolante può esser istituito tra più motivi di impugnazione, nel caso in cui l'accoglimento di uno qualsiasi di essi determini, per il ricorrente, i medesimi risultati.

Poiché il positivo riscontro della fondatezza di tale affermazione risolverebbe in radice, in senso ovviamente negativo, il problema di cui ci si sta occupando, sembra necessario affrontarne subito l'esame.

6. Il primo quesito che la giurisprudenza (si e ci) pone, è dunque quello della stessa configurabilità di un vincolo del giudice al rispetto dell'ordine condizionale dei « motivi » di ricorso posto dalla parte, considerato che — si sostiene — il principio dispositivo consentirebbe di prospettare un siffatto vincolo con esclusivo riferimento alle « domande » del ricorrente, da intendere, in senso stretto, come le pretese che la parte stessa avanza in giudizio (*petita*), ma non con riguardo alle, pur varie, ragioni addotte a sostegno di una medesima domanda giudiziale (*causae petendi*).

Ed i « motivi di ricorso », tradizionalmente ricondotti tra le *causae petendi*, sarebbero appunto da inquadrare, ove attengano al medesimo atto o complesso di atti impugnati con il ricorso originario, tra le « ragioni » a sostegno di una medesima domanda (quella d'annullamento), e non tra le « domande ».

Opinione, quest'ultima, che parrebbe espressamente confermata, oggi, dal ben noto testo dell'art. 43 C.p.a., là dove appunto si distingue tra i « motivi aggiunti » a seconda che essi siano rivolti avverso il medesimo provvedimento originariamente impugnato — ed allora si tratterebbe di « nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte » —, ovvero contro altri provvedimenti (non necessariamente, ma per lo più) successivi ai primi — nel qual caso soltanto il legislatore fa parola di « domande nuove ».

Ne risulterebbe corroborata, infine, la tesi tradizionale secondo cui l'ordine di esame dei motivi di ricorso proposto dal ricorrente non può mai vincolare il giudice amministrativo, il quale può sempre, ciò malgrado, liberamente indirizzarsi là dove lo portano le esigenze di economia processuale, ovvero la necessità di soddisfare in misura più piena l'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa, perché a proposito della graduazione dei « motivi » non verrebbe in gioco, per definizione, il principio dispositivo.

Non intendo soffermarmi sull'annoso problema dell'inquadramento dei motivi all'interno della domanda giudiziale esperibile nel giudizio di legittimità, per la semplice ragione che è del tutto evidente la relativa inconferenza di una simile impostazione del problema, su cui mi auguro che la giurisprudenza non si attardi eccessivamente.

Il principio dispositivo, infatti, non copre soltanto le « domande » strettamente intese, ma attiene a qualsiasi aspetto delle domande stesse che possa portare ad una pronuncia giudiziale che rivesta un apprezzabile interesse per il ricorrente.

Questo risulta — se si vuole: indirettamente, ma — inequivocabilmente confermato dal dibattito svoltosi nella dottrina civilprocessualistica in ordine ai limiti intrinseci dell'ammissibilità del cumulo condizionale, che sarebbe da escludere, in buona sostanza, soltanto ove il ricorso a tale meccanismo non appaia idoneo a soddisfare alcuna concreta e tangibile esigenza di tutela della parte che pretende di avvalersene.

Sia pur non con specifico riferimento alla questione del cumulo condizionale (ma nell'ambito della disamina del problema, strettamente connesso alla prima, della individuazione delle ipotesi in cui al giudice amministrativo è consentito far luogo al c.d. « assorbimento proprio »), era già stato dimostrato con dovizia di argomentazioni da Nigro (1960), e con ancor maggiore dettaglio e finezza d'analisi da Cavallo (1975), che non è affatto indifferente per il ricorrente che l'annullamento del provvedimento impugnato avvenga per l'uno ovvero per l'altro motivo, potendone conseguire ben diversi effetti, soprattutto del tipo c.d. « conformativo ».

Sicchè, pur ammessa l'unicità della domanda di annullamento diretta avverso il medesimo provvedimento amministrativo, l'introduzione di un motivo il cui accoglimento porta ad effetti complessivi differenziati (quantitativamente e/o qualitativamente) rispetto a quelli derivanti dalle censure già proposte, assume la consistenza di un autonomo « capo di domanda » (concetto che Nigro ricostruisce come fondamentalmente corrispondente e speculare, mentre Cavallo tende a distinguere maggiormente dalla figura del « capo di sentenza »), nei cui confronti è inammissibile l'assorbimento da parte del giudice, e rispetto al quale è dunque possibile immaginare un condizionamento graduato da parte del ricorrente stesso (salvo vedere, poi, a quale versione del principio dispositivo si debba per questo far riferimento).

Siano pure i motivi di impugnazione « ragioni » e non « domande », dunque, un utile — *ergo*: un potenzialmente efficiente — cumulo condizionale tra di essi non può affatto esser escluso, se non nella misura in cui il loro accoglimento porti ad esiti del tutto sovrapponibili ai fini della tutela del ricorrente, nel qual caso soltanto essi potranno farsi rientrare in un identico « capo di domanda » (venendo ad assumere la veste di semplici « punti di decisione »).

Sia consentito fare alcuni esempi.

Si immagini che Tizio abbia partecipato ad una procedura selettiva, nella quale si sia collocato in seconda posizione a distanza di 2 punti dal vincitore Caio; si ipotizzi che Tizio impugni la graduatoria, sostenendo con il motivo a) che a Caio sono stati illegittimamente attribuiti 3 punti, e, con il motivo b), che allo stesso Tizio sono stati illegittimamente negati 3 punti.

I due motivi, per quanto strutturalmente diversi, esporranno allora una medesima domanda giudiziale (se si vuole: un medesimo « capo di domanda »), il cui oggetto diretto è costituito dall'annullamento della graduatoria, ed il cui oggetto indiretto è costituito dalla pretesa ad un effetto conformativo che determini la preposizione in graduatoria di Tizio a Caio.

Se anche (in ipotesi) Tizio abbia posto i due motivi in relazione condizionale eventuale, il giudice amministrativo potrà liberamente esaminare per primo uno qualsiasi di essi (si presume: quello di più facile risoluzione), e, se lo accoglierà, potrà legittimamente assorbire l'altro.

Se invece Tizio abbia avanzato, oltre ai motivi sopra indicati, anche un motivo c), concernente, per esempio, la illegittima formazione della commissione di concorso, tale motivo, il cui accoglimento spiega palesemente effetti conformativi diversi rispetto ai primi due, potrà essere posto in relazione condizionale con (uno qualsiasi de —) gli altri, ed a quest'ordine di esame il giudice sarà (potrà esser) tenuto ad attenersi.

Al di là di questi ovvi corollari della *Begründungstheorie*, si potrebbe inoltre tracciare, oggi, un percorso argomentativo ancor più chiaramente dimostrativo dell'applicabilità del meccanismo del cumulo condizionale ai motivi di ricorso, nel momento in cui e per il fatto stesso che tramite essi si esprimano — in questa prospettiva, senza dubbio alcuno — « domande » diverse.

Se infatti si conviene che insieme all'azione di annullamento sia oggi consentito al ricorrente proporre un'azione innominata di condanna, *ex art. 30, 1° comma, C.p.a.*, e se si ritenesse — come personalmente ritengo — che la relativa domanda sia appunto destinata ad ottenere che il giudice espliciti nel dispositivo il contenuto ordinatorio del c.d. « effetto conformativo » dell'annullamento in quanto concesso in base ad una certa censura (ovvero ad un complesso di motivi indirizzato sinergicamente verso un certo risultato), la proposizione di più motivi di ricorso, il cui accoglimento abbia diversa portata conformante, sarebbe destinato a dar vita, allora, ad una serie di pretese condannatorie di differente contenuto — *ergo*: a « domande » diverse, il cumulo condizionale eventuale posto tra le quali dovrebbe quindi, per definizione, ritenersi cogente per il giudice (si noti, *per incidens* e sotto altro aspetto, che in tal modo si darebbe vita, altresì, anche ad una serie di cumuli condizionali « successivi » tra ciascuna domanda d'annullamento e ciascuna pretesa condannatoria).

Anche in tale prospettiva, peraltro, dovrebbe riconoscersi il carattere non vincolante dell'eventuale cumulo condizionale istituito tra domande condannatorie di identico contenuto, ancorchè sostenute da diversi « motivi » di impugnazione.

7. L'affermazione secondo cui non sarebbe ammessa la cumulabilità condizionale dei vari « motivi » di ricorso, in conclusione, ha il solo merito di porre in evidenza quanto sia imprecisa ed approssimativa la *communis opinio* secondo cui il carattere vincolante o non vincolante del cumulo condizionale discenderebbe pianamente dall'applicazione o non applicazione del principio di disponibilità della domanda (a sua volta tendenzialmente desunto, sia in dottrina che in giurisprudenza, dal riconoscimento del carattere oggettivo o soggettivo della giurisdizione di legittimità): si è visto infatti che il giudice — pur assumendo vigente il principio dispositivo — non può essere obbligato ad esaminare i motivi di ricorso nell'ordine indicatogli dalla parte ricorrente, se non nella misura in cui quest'ultima abbia un apprezzabile interesse al rispetto di tale ordine, altrimenti il giudice sarà libero di esaminare prioritariamente, accogliendoli, i motivi che ritenga di più agevole decisione (ovviamente: al solo fine di poter legittimamente dichiarare assorbiti gli altri, la cui fondatezza invece appare di più laborioso accertamento).

Che la *querelle* sull'ammissibilità del cumulo condizionale dei motivi di ricorso (*recte*: sul vincolo che da esso si vuole discenda sull'*iter* decisionale del giudice amministrativo) sia stata sovente integralmente ricondotta nei termini della secca alternativa tra vigenza o non vigenza del principio dispositivo nel giudizio di legittimità, almeno con riferimento alla domanda del ricorrente (principale e, forse, incidentale), poteva forse giustificarsi in un contesto in cui appariva essenziale contrastare la prassi dell'assorbimento c.d. « improprio », ma questa linea argomentativa (tuttora, a quanto sembra, seguita sia in dottrina che in giurisprudenza) appare oggi eccessivamente meccanica e semplificante, perchè indebitamente riduttiva di un contesto assiologico assai più ricco ed articolato.

Risulta con evidenza, da quanto osservato più sopra circa il carattere non cogente del cumulo condizionale di « motivi » di impugnazione il cui accoglimento comporti esiti decisori integralmente sovrapponibili, che la forza vincolante del cumulo condizionale non può essere *sic et simpliciter* desunta dalla vigenza del principio dispositivo.

Ne offre ulteriore dimostrazione il fatto stesso che nell'ambito processualciviltistico — in cui pure il principio dispositivo si dispiega al massimo grado — si prospettino, almeno problematicamente, non pochi limiti intrinseci alla cumulabilità condizionale (tanto eventuale quanto successiva) delle domande, il principale dei quali sarebbe da ricondurre al collegamento funzionale che taluni ritengono debba sussistere tra domanda condizionante e domanda condizionata.

Sul punto specifico, le opinioni divergono: la dottrina tedesca sembra in genere incline a sostenere che esista in materia un'assoluta libertà della parte, mentre più restrittiva è la posizione della dottrina italiana, in nome dell'omogeneità dell'oggetto del processo.

Ma, a dire il vero, la questione non presenta, ai nostri fini, rilievo particolare, e si può quindi tranquillamente prescindere dal suo esame, per il semplice fatto che nel giudizio amministrativo di legittimità uno stretto collegamento funzionale tra i motivi di ricorso non sembra poter (quasi?) mai mancare, essendo ovviamente garantito, almeno nella generalità dei casi concreti, dall'identità del provvedimento amministrativo cui le varie censure si riferiscono, e del quale tutte prospettano in giudizio la caducazione.

Vi sarebbe piuttosto da chiedersi, in questa prospettiva, se il legame funzionale che generalmente intercorre tra censure non logicamente alternative (in caso contrario, ovviamente, il condizionamento reciproco tra di esse sarebbe *in re ipsa*, impregiudicata restando la questione dell'ordine del rispettivo esame), si presti operativamente all'apposizione di un vincolo condizionale da parte del ricorrente, giacché tale legame appare di concorrenza e di rafforzamento piuttosto che di mutua esclusione: ma questo, chiaramente, è problema diverso, che attiene ai limiti di importanza pratica del meccanismo qui esaminato, limiti che sono certamente più ristretti di quanto non accada nel processo civile, ma che — come si è visto e come ancora si dirà — non escludono affatto la concreta utilità del cumulo condizionale dei motivi.

Il dibattito sulla necessaria esistenza di un « nesso funzionale » tra le varie domande perché possa istituirsi tra di esse un cumulo condizionale, dimostra tuttavia, ancora una volta, come l'ammissibilità di quest'ultimo (e dunque: la sua cogenza) non sia esclusivamente deducibile dall'eventuale vigore del principio dispositivo, ma debba esser considerata anche in relazione alle esigenze complessive di buon funzionamento del meccanismo processuale.

8. È forse possibile compiere un ulteriore, e decisivo, passo avanti su questa strada, e cogliere così l'effettiva dimensione assiologica e sistematica in cui va inquadrato il nostro tema.

Si è visto come, nel dibattito sull'ammissibilità, e soprattutto sulla cogenza del cumulo condizionale dei motivi di ricorso, affiori, quasi inevitabilmente, il richiamo ad una opzione di fondo che — si sostiene — sarebbe destinata ad orientare in maniera decisiva, se non del tutto automatica, le possibili soluzioni: quella relativa all'inquadramento della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto soggettivo ovvero di diritto oggettivo.

Sembra quasi che, risolta a monte questa grave questione, tutto debba poi fluire senza ulteriori inciampi, e che quindi, in buona sostanza, un giudice di diritto oggettivo non sia tendenzialmente tenuto ad osservare la graduazione condizionale di parte, mentre un giudice di diritto soggettivo debba per ciò soltanto attenersi strettamente.

In realtà, il problema è più complesso, perché se è vero che il carattere oggettivo del giudizio ripugna al condizionamento di parte, limiti, anche cospicui, alla vincolatività di tale condizionamento sono sicuramente immaginabili anche nell'ambito di una giurisdizione di diritto soggettivo.

Il che significa — in sintesi — che non vi è forse bisogno di etichettare *tout court* come « di diritto oggettivo » la giurisdizione di legittimità, per poter introdurre alcune non irragionevoli limitazioni al vincolo del giudice amministrativo al rispetto dell'ordine condizionale di trattazione dei motivi posto dal ricorrente.

È questo uno dei risultati più interessanti, almeno per i cultori del diritto processuale amministrativo, della ricostruzione alternativa del meccanismo del cumulo condizionale di domande proposta, ormai non pochi anni orsono, da un autorevole civilprocessualista (mi riferisco, ovviamente, al denso saggio di Consolo, risalente al 1985).

Si ricordano qui, in estrema (e doverosa) sintesi, solo le conclusioni di questo studio. Nelle quali si contesta che il meccanismo del cumulo condizionale di domande operi attraverso la subordinazione all'accoglimento ovvero al rigetto della domanda principale della litispendenza (*ergo*: dell'introduzione in giudizio) della domanda condizionata, ed afferma invece che in tal modo resti subordinato alla pronuncia del giudice sulla domanda principale soltanto il dovere dello stesso giudice di pronunciarsi sul merito della domanda secondaria.

Tralasciando altri aspetti, meno interessanti in questa sede, il punto che vorrei sottolineare è che, mentre seguendo la ricostruzione tradizionale (e, a dire il vero, tuttora dominante) la scelta dell'attore circa il condizionamento (sospensivo ovvero risolutivo) della domanda subordinata non può che esser intesa, fondamentale, come una opzione attinente alla introduzione o non introduzione in giudizio della domanda stessa, seguendo questa ricostruzione alternativa le domande rispettivamente condizionante e condizionata debbono invece considerarsi entrambe immediatamente e stabilmente (anche la seconda cioè, almeno in parte, incondizionatamente) introdotte in giudizio.

Per quel che più da vicino ci interessa, questo consente all'Autore di affermare che la disciplina del vincolo giudiziale al rispetto dell'ordine condizionale posto dalla parte non è retta, in realtà, dal principio della disponibilità della domanda, ma dal diverso principio della disponibilità della trattazione della causa.

Questa conclusione è, per noi, del massimo rilievo, perché mentre il principio della disponibilità della domanda ha struttura rigida, e non ammette smentite se non nel quadro di una concezione oggettiva della giurisdizione, il principio di disponibilità della trattazione ha carattere assai meno rigoroso, e può essere (come in effetti viene, in numerosi ordinamenti) variamente temperato e limitato in considerazione di diverse esigenze, pur muovendosi all'interno di un processo « di diritto soggettivo ».

Attenendosi al meccanismo tradizionale, infatti, non può immaginarsi, nell'ambito di una giurisdizione di diritto soggettivo, che il giudice conosca del merito della domanda subordinata prima di quella principale, se non ritenendo che il principio dispositivo riguardo all'introduzione della domanda sia nel caso inoperante, in quanto al giudice verrebbe consentito di pronunciarsi su una pretesa che la parte non ha, almeno in quei termini, inteso avanzare.

Ricostruendo in modo analogo il meccanismo operativo del cumulo dei motivi, il giudice amministrativo potrebbe legittimamente pronunciarsi prioritariamente sul motivo condizionato anziché su quello condizionante, solo sul presupposto che si tratti di un giudice di puro diritto oggettivo, in notevole misura non vincolato alla prospettazione del ricorrente circa i motivi di annullamento dell'atto (come accadeva, in effetti, almeno fino agli anni '10 del secolo scorso).

Se invece si ritiene che il motivo « condizionato » sia anch'esso immediatamente e stabilmente proposto dalla parte con il ricorso introduttivo, allora la eventuale priorità del suo esame non contraddice necessariamente la vigenza, nel processo amministrativo, del principio della disponibilità della domanda, ma può esser ricondotta ad espressione di una delle varie esigenze con le quali viene normalmente temperato il principio dispositivo relativo alla trattazione della causa.

Limitazioni alla cogenza dell'ordine di trattazione dei motivi condizionalmente cumulati dal ricorrente divengono così possibili senza che ne segua necessariamente (e nemmeno, forse, in via tendenziale) la qualificazione in senso marcatamente oggettivo della giurisdizione di legittimità.

9. Se si aderisce a questa ricostruzione del meccanismo del cumulo condizionale (delle domande e, nei limiti sopra indicati) dei « motivi » di impugnazione, in sintesi, il tema viene inserito, infine, all'interno di un contesto problematico più articolato e meno costrittivo, in gran parte assimilabile — perché fondamentale comune — a quello in cui si colloca il tema della formazione della

prova.

Si tratta peraltro — sia chiaro — di una assimilazione che attiene al solo complesso dei valori in campo, non alla disciplina positiva dei due istituti, ma in virtù della quale il potere officioso del giudice sembra comunque poter giocare, almeno in linea di principio, un ruolo più incisivo di quanto non riconosca chi riconduce il problema nei termini dell'osservanza o inosservanza del principio dispositivo c.d. « sostanziale ».

Non mi pare tuttavia che da questo (a mio avviso: più convincente) inquadramento possano farsi discendere immediate conseguenze in ordine alla soluzione del (l'unico?) problema di cumulo condizionale affrontato finora dalla giurisprudenza, né tanto meno che ciò renda più accettabile (o meno dirompente) la tesi secondo cui il giudice amministrativo potrebbe *tout court* ritenersi svincolato dalle indicazioni circa l'ordine condizionale dei motivi prospettati dal ricorrente, in nome della necessaria salvaguardia dell'interesse pubblico.

Un forte richiamo al quale mi sembra infatti (quasi) del tutto fuori luogo con riguardo alle concrete potenzialità applicative del cumulo condizionale, mentre esso assume un ben diverso spessore (concreto, se non altro) nel campo della formazione della prova.

In quest'ultimo ambito, infatti, l'eventuale strumentalizzazione distorsiva dei meccanismi processuali (che si immagina e teme possa per lo più derivare dall'incuria degli amministratori, quando non dalla loro connivenza con il ricorrente) si profila ben più concretamente pericolosa per l'interesse collettivo, perchè foriera di conseguenze negative assai difficilmente reversibili, una volta che si sia formato il giudicato sulla sentenza così emanata.

È ben più arduo immaginare che ciò possa effettivamente accadere nell'ipotesi che ha occupato finora la giurisprudenza (l'unica, peraltro, in cui il meccanismo del cumulo condizionale dei motivi possa ritenersi dar luogo a risultati non pienamente conformi a legalità).

Una volta che sia passata in giudicato la sentenza di annullamento pronunciata in base all'accoglimento del solo motivo condizionante (produttivo di effetti conformativi che si assumono non pienamente corrispondenti all'esigenza di una completa reintegrazione della legalità), è evidente che ciò non impedirebbe in genere alla p.a. di esercitare l'autotutela nei confronti del provvedimento impugnato anche con riferimento al motivo condizionato (ed assorbito dal giudice, in ossequio all'ordine di esame imposto dal ricorrente).

Così — riprendendo nelle sue linee generali il caso concretamente affrontato in giurisprudenza — il fatto che venga accolto in sentenza il solo motivo relativo all'erronea collocazione del ricorrente all'interno della graduatoria, non potrebbe impedire alla p.a. di annullare l'intera selezione per il vizio di maggiore portata demolitiva (e soprattutto: di diversa portata conformativa) non esaminato dal giudice, scongiurando — ammesso pure che si ritenga che esse vadano scongiurate — le negative conseguenze derivanti dalla vittoria del ricorrente stesso in una selezione che invece, in assenza del cumulo condizionale, la sentenza avrebbe integralmente caducato.

10. Ma forse può dirsi qualcosa di più.

La dottrina civilprocessualista tende ad ammettere che il convenuto, ove vi abbia interesse, possa porre nel nulla il legame condizionale posto dall'attore, chiedendo al giudice, pur in caso di accoglimento della domanda condizionante, di pronunciarsi anche sulla domanda condizionata.

Si debbono rinvenire, quindi, congegni processuali idonei a mettere al riparo le controparti dal meccanismo del cumulo condizionale predisposto dall'attore: affermazione, questa, che appare quasi un ovvio corollario della trasposizione della tematica qui affrontata nel più proprio ambito della disponibilità della trattazione della causa, piuttosto che della disponibilità della domanda.

A mio avviso, ciò può affermarsi anche nel processo amministrativo, dove un congegno del genere potrebbe forse ravvisarsi oggi nel ricorso incidentale, che l'art. 42 C.p.a. mette esplicitamente a disposizione di tutte le parti resistenti (dunque: anche della p.a.), così ricostruendolo — parrebbe — quale semplice formalità di introduzione in giudizio di ogni tipo di domanda difensiva.

In questa prospettiva, il ricorso incidentale parrebbe dunque aver definitivamente perduto le proprie originarie caratteristiche di vera e propria impugnazione (sia pure « in funzione difensiva »), ed assumerebbe piuttosto la veste di pura tecnica di introduzione delle istanze che le parti resistenti hanno l'onere di presentare al giudice.

Se si conviene con quanto qui ipotizzato, allora, di fronte ad un cumulo condizionale del tipo esaminato dalla giurisprudenza, sarebbe onere dei resistenti (ai sensi dell'art. 42: tanto dell'amministrazione emanante che degli eventuali controinteressati) introdurre essi stessi in giudizio, con apposito ricorso incidentale (*naturaliter* condizionato in senso diametralmente opposto al vincolo posto nel ricorso principale), la censura mossa in via subordinata dal ricorrente, ottenendo così che il giudice, pur avendo accolto il motivo condizionante dedotto dal ricorrente principale, sia poi obbligato a pronunciarsi favorevolmente anche su di essa, ed evitando così che la sentenza produca i temuti effetti conformativi distorsivi della legalità.

Ed è chiaro che non potrebbe dubitarsi, in questo caso, dell'interesse delle parti resistenti (soprattutto, ovviamente, dei controinteressati) ad ottenere dal giudice una tale pronuncia, dalla portata conformativa per esse assai meno lesiva e compromettente di quella ricercata dal ricorrente attraverso il cumulo condizionale dei motivi.

Se si conviene con quanto appena ipotizzato, non si vede, allora, come il giudice amministrativo possa autonomamente sottrarsi al vincolo condizionale, al preciso fine di evitare effetti, sia pure in ipotesi « perversi », che le parti resistenti avrebbero ogni mezzo ed ogni opportunità per scongiurare, senza alterare gravemente il principio della parità dei contendenti nel processo.

11. Ma queste considerazioni — come qualsiasi altra riflessione che è dato compiere, in base all'esperienza passata, sul nostro tema — hanno carattere puramente ed inevitabilmente limitato e preliminare, per il semplice fatto che il meccanismo del cumulo condizionale non ha, a tutt'oggi, trovato che scarsa, ancorchè non irrilevante applicazione pratica nella giurisdizione di legittimità.

Questo discende, in notevole misura, dalla logica interna del giudizio d'impugnazione, che non soltanto tende all'assimilazione funzionale delle varie censure, in quanto tutte idonee a determinare un esito demolitivo comunque apprezzabile per il ricorrente, ma che — soprattutto — conserva una struttura di base di carattere binario, incentrato com'è sulla questione di fondo circa la legittimità o non legittimità dell'atto impugnato, e non (e comunque, non direttamente) sull'assetto degli interessi variamente coalescenti intorno ad un determinato affare.

È appunto questa linearità strutturale ad impedire che la domanda e la stessa dinamica processuale si articolino e si dispieghino con la medesima ricchezza di opzioni e di varianti implicite nei rapporti che hanno invece direttamente ad oggetto le utilità discendenti da un bene della vita, e dunque: nelle controversie giudiziarie che di tali rapporti costituiscono proiezione.

Non deve stupire, pertanto, che un meccanismo destinato ad esaltare le variabili combinatorie del gioco degli interessi materiali non trovi (dapprima nessuno, ed ancor oggi solo relativo) spazio in un processo tuttora definibile, nel suo nucleo centrale, come « di annullamento ».

Ma poiché si ritiene che l'evoluzione di questo processo vada invece verso una maggiore incidenza ed una più ampia rappresentazione di tali interessi (anche se si dubita che essi possano comunque trovare adeguato inquadramento in una struttura di limitata elasticità), non può escludersi — ed anzi: deve, a mio avviso, presupporre — che il cumulo condizionale (a questo punto, non tanto di « motivi », quanto piuttosto direttamente) di « domande » possa godere, nel prossimo futuro, di

maggior fortuna.

Il ch , tuttavia, non costituisce tanto un punto di arrivo, quanto piuttosto un punto di partenza per pi  approfondite analisi circa le possibilit  combinatorie e le concrete attitudini funzionali del cumulo condizionale, tuttora sostanzialmente inesplorate all'interno del processo amministrativo.

In questa prospettiva, l'aggiornamento e l'arricchimento dello strumentario dogmatico della scienza del diritto processuale amministrativo con riferimento a questo congegno, anche se non conduce — almeno allo stato — a risultati applicativi di grande portata, appare comunque la necessaria premessa di ogni possibile, pi  ampia e convincente, applicazione futura.

Utente: ANTONIO ROMANO TASSONE
www.iusexplorer.it - 11.03.2015

  Copyright Giuffr  2015. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156