



## **L'ORDINE DEI MOTIVI E LA SUA DISPONIBILITÀ\***

di

*Rosanna De Nictolis*

*(Consigliere di Stato)*

27 settembre 2010

### **Sommario:**

**1. Premessa.**

**2. Le questioni rilevabili d'ufficio.**

**3. Priorità del rito rispetto al merito e deroghe.**

**4. Ordine nell'ambito delle questioni di rito.**

**5. Ordine di esame delle questioni e graduazione dei motivi.**

**6. Ordine di esame delle questioni di merito. Il criterio dell'interesse e della satisfattività della pronuncia.**

**7. L'assorbimento dei motivi.**

**8. Assorbimento in primo grado e riproposizione in appello di motivi o eccezioni assorbiti.**

**9. Ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale.**

**10. Ordine di esame di appello principale e incidentale e questioni rilevabili d'ufficio nei giudizi di appello.**

**11. Conclusioni.**

---

\* Intervento al 56° Convegno di studi amministrativi, Varenna, Villa Monastero, 23-25 settembre 2010

## **1. Premessa.**

L'analisi che segue è dedicata all'ordine di esame dei motivi e alla sua disponibilità.

Si tratta di una tematica che si colloca, sul piano sistematico, nella fase di decisione del ricorso nel merito, anche se per certi profili può acquisire rilievo anche quando il giudice debba limitarsi a decidere l'incidente cautelare (il giudice privo di competenza non può pronunciarsi sulla domanda cautelare, sicché il motivo sulla competenza è prioritario rispetto al motivo sulla cautela).

In tale tematica si colloca non solo l'ordine di esame dei motivi di ricorso.

Infatti ordine di esame dei motivi significa, più in generale, ordine di esame delle domande nel rispetto del contraddittorio, e dunque il tema abbraccia anche l'ordine di esame di domande ed eccezioni, di ricorso principale e ricorso incidentale e reciproche eccezioni, e più in generale l'ordine di esame di tutti i ricorsi che vengono riuniti e decisi con un'unica sentenza.

L'ordine di esame dei motivi, e più in generale dei ricorsi decisi con unica sentenza, è tematica in cui si incontrano, e talora si scontrano, taluni 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.

Il principio della domanda, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, il principio della rilevabilità d'ufficio di talune "grandi" questioni afferenti al rito o al merito, sono enunciati nel c.p.c. (artt. 99, 112) e non riprodotti espressamente e singolarmente nel c.p.a.

Ma trattandosi di principi generali, devono intendersi compresi nella clausola di rinvio esterno divisata dall'art. 39, co. 1, c.p.a.

## **2. Le questioni rilevabili d'ufficio.**

Il tema dell'ordine di esame dei motivi, e dunque delle domande, va preceduto da una disamina delle questioni rilevabili d'ufficio e dei poteri esercitabili d'ufficio dal giudice.

Il c.p.a. non apporta innovazioni radicali, né detta una norma di sistema, ma in sparse disposizioni sostanzialmente riproduce la precedente normativa ed elaborazione giurisprudenziale sulle questioni e poteri rilevabili/esercitabili d'ufficio.

Tendenzialmente, le questioni rilevabili d'ufficio riguardano il campo in cui il giudice dirige la partita, vale a dire il processo. Si tratta per lo più di questioni processuali.

Ma non solo.

Da quando la nullità ha fatto ingresso nel diritto amministrativo sostanziale essa, al pari che nel diritto civile e nel processo civile, è rilevabile d'ufficio anche nel processo amministrativo.

Di seguito una rassegna delle questioni rilevabili d'ufficio secondo il c.p.a.

In relazione al processo, sono rilevabili d'ufficio:

a) il difetto di giurisdizione in primo grado (art. 9 c.p.a.); nei giudizi di impugnazione il difetto di giurisdizione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che in modo implicito o esplicito ha statuito sulla giurisdizione; non è chiaro cosa accada nel giudizio di impugnazione quando la sentenza impugnata non si è pronunciata neppure implicitamente sulla giurisdizione, p. es. perché ha dichiarato irricevibile o inammissibile il ricorso. Per tali ipotesi, le sez. un. avevano ritenuto possibile il rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione in grado di appello<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass., sez. un., 9 ottobre 2008 n. 24883, in *www.federalismi.it*, ottobre 2008, con nota di M.A. SANDULLI, *Dopo la "translatio iudicii", le sezioni unite riscrivono l'art. 37 c.p.c. e muovono un altro passo verso l'unità della tutela (a primissima lettura in margine a cass. ss.uu., 24883 del 2008 e sui suoi possibili riflessi sulla doppia giurisdizione sui contratti pubblici)*, secondo cui quando il giudice pronuncia nel merito, questo implica sia pure in modo implicito la soluzione della questione circa la sussistenza della giurisdizione; sicché se l'implicita statuizione sulla giurisdizione non viene impugnata, le parti pongono in essere un comportamento incompatibile con la volontà di eccepire tale difetto e, quindi, si verifica il fenomeno dell'acquiescenza per incompatibilità con le conseguenti preclusioni sancite dagli artt. 329, co. 2, c.p.c. e dall'art. 324 c.p.c.; la sentenza passa in giudicato, e la giurisdizione non è più contestabile. In deroga a tale principio generale, le sezioni unite ritengono che l'eccezione di difetto di giurisdizione può essere sempre proposta, senza preclusioni, in tutti i casi in cui la sentenza non contenga statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello dell'ammissibilità della domanda, e quello in cui dalla motivazione della sentenza impugnata risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra motivazione (ad es. manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito *per saltum*, superando la progressione stabilita dal legislatore, per ragioni, in questo caso, di economia processuale; v. anche Cass., sez. un., 18 dicembre 2008 n. 29523, in *Urb. e app.*, 2009, 813, con nota di G. DE MARZO, *Rilevabilità delle questioni di giurisdizione, tra interventi ricostruttivi delle Sezioni Unite e innovazioni legislative* (814-817).

Con il c.p.a., e più a monte con il nuovo istituto della *translatio iudicii* tra giurisdizioni diverse riconosciuto normativamente con la l. n. 69/2009 dopo l'intervento delle sez. un. e della Corte cost., si può dare una soluzione esegetica nel senso che la questione di giurisdizione deve precedere tutte le altre questioni di rito, sicché una pronuncia di rito diversa dal difetto di giurisdizione, p.es. una declaratoria di irricevibilità o di difetto di procura alle liti, è da intendersi come sempre contenente un'implicita statuizione sulla (sussistenza della) giurisdizione; così riletto, l'art. 9 c.p.a. può essere inteso nel senso che nei giudizi di impugnazione la questione di giurisdizione emerge solo se dedotta con specifico motivo. Resta una contraddizione di fondo, peraltro insita non solo nel c.p.a. ma anche nel c.p.c., in quanto mentre all'interno di ciascuna giurisdizione la questione di giurisdizione emerge nei gradi successivi al primo solo se oggetto di motivo, una volta che la causa sia riassunta davanti a diverso ordine giurisdizionale, il giudicato sulla giurisdizione può essere superato mediante lo strumento officioso del conflitto negativo di giurisdizione (art. 11 c.p.a.).

b) il difetto di competenza in primo grado; nei giudizi di impugnazione il difetto di competenza è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che in modo implicito o esplicito ha statuito sulla competenza (art. 15, co. 1, c.p.a.); si sottolinea che la pronuncia implicita o esplicita sulla competenza è sempre una pronuncia che dichiara la competenza del giudice *a quo*, perché la declaratoria di incompetenza avviene con ordinanza, contro la quale è ammesso il rimedio "dedicato" del regolamento di competenza, che ha come unico e specifico motivo, per definizione, la questione di competenza. Come per la giurisdizione, si deve osservare che la questione di competenza nell'ordine logico segue quella di giurisdizione e precede tutte le altre, sicché anche una pronuncia di rito diversa da quella sulla giurisdizione o competenza, contiene sempre, implicitamente, una statuizione sulla (sussistenza della) competenza;

c) l'errore scusabile con conseguente rimessione in termini (artt. 11, co. 5, e 37, c.p.a.); qui il giudice esamina o rileva una questione attinente alla ricevibilità e d'ufficio esercita un potere che consente la prosecuzione del processo;

d) il difetto di integrità di contraddittorio e il relativo ordine di integrazione, ove non si siano verificate decadenze (art. 27, co. 2, c.p.a.); qui il giudice esamina o rileva una questione e d'ufficio esercita un potere che consente la prosecuzione del processo;

e) l'ordine di intervento in causa di un terzo (art. 28, co. 3, c.p.a.); qui il giudice rileva una questione e d'ufficio esercita un potere che consente la prosecuzione del processo;

- f) la qualificazione della domanda proposta e la conversione del rito (art. 32, co. 2, c.p.a.); qui il giudice esamina o rileva una questione e d'ufficio esercita un potere che consente la prosecuzione del processo;
- g) le altre questioni di rito, che il c.p.a. consente espressamente siano rilevabili d'ufficio, e che classifica in irricevibilità, improcedibilità e inammissibilità (art. 35, co. 1, c.p.a.);
- h) è da ritenere che sia rilevabile d'ufficio anche l'estinzione del processo o dell'azione (mancata prosecuzione o mancata riassunzione, perenzione, rinuncia), anche se l'art. 35, co. 2, c.p.a., a differenza del co. 1, non prevede il potere d'ufficio del giudice (è da ritenere si tratti di refuso omissivo, perché nella prassi si è sempre ritenuto che l'estinzione sia rilevabile d'ufficio, e per la perenzione è detto espressamente in altro articolo, l'art. 83 c.p.a.); va osservato che nel c.p.c., prima della l. n. 69/2009, era stabilito che l'estinzione dovesse essere eccepita dalla parte, con la l. n. 69/2009 è stabilito che l'estinzione è dichiarata dal giudice anche d'ufficio (art. 307, ult. co., c.p.c.);
- i) la riunione dei giudizi (art. 70 c.p.a.); qui il giudice esamina o rileva d'ufficio la questione della riunibilità dei giudizi ed esercita un potere d'ufficio;
- l) la rimessione della causa sul ruolo ordinario se non ricorre il presupposto dell'unica questione di diritto necessario per accedere alla definizione prioritaria (art. 72, co. 2, c.p.a.);
- m) il potere di fissazione d'ufficio dell'udienza a prescindere dalla domanda di parte, previsto in taluni riti (quelli in camera di consiglio ex art. 87, co. 3, c.p.a., il rito appalti ex art. 120, co. 6, c.p.a.; il rito elettorale ex artt. 129, co. 5, 130, co. 2, c.p.a.).

In relazione al diritto amministrativo sostanziale è rilevabile d'ufficio:

la nullità dell'atto (art. 31, co. 4, c.p.a.);

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

Il c.p.a. tace sul regime del rilievo della nullità degli atti processuali. Invero l'art. 31, co. 4, c.p.a., riferendosi all'azione di nullità e al rilievo d'ufficio della nullità, si riferisce solo alla nullità degli atti amministrativi sostanziali, e non anche alla nullità degli atti processuali.

Data la clausola di rinvio esterno (il c.p.a. rinvia alle disposizioni del c.p.c. in quanto compatibili o espressione di principi generali), si pone la questione se si applichino o meno nel processo amministrativo le regole in tema di nullità degli atti processuali, recate dagli artt. 156 e art. 157 c.p.c.

Sembrano senz'altro applicabili i principi di cui all'art. 156 c.p.c. in tema di tassatività delle nullità degli atti processuali e sanatoria per raggiungimento dello scopo.

L'art. 157 c.p.c. aggiunge che la nullità non può essere pronunciata senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata d'ufficio.

Prima dell'entrata in vigore del c.p.a. si è discusso in ordine all'applicabilità dell'art. 157 c.p.c. nel processo amministrativo.

Si discute se tali regole siano applicabili anche al processo amministrativo.

Una parte della dottrina riteneva che le regole dettate dall'art. 157 c.p.c. (tranne quella che vieta di far valere la nullità alla parte che vi ha dato causa) non sarebbero applicabili al processo amministrativo. L'art. 157, secondo questa impostazione, conterrebbe, infatti, non principi validi per la teoria generale del processo, bensì previsioni proprie del processo civile<sup>2</sup>.

Si ritiene, pertanto, che il vizio dell'atto possa essere dedotto in appello come motivo di impugnazione, anche se la parte abbia ommesso di farlo nella prima istanza o difesa successiva all'atto (emanato nel giudizio di primo grado) o alla notizia di esso.

A favore dell'applicabilità si è espressa, invece, una parte della giurisprudenza secondo cui non vi sarebbero motivi logici, né sistematici per negare l'applicabilità degli artt. 157 e 159 c.p.c. al processo amministrativo «che al pari di ogni altro processo di parti esige un corretto funzionamento degli istituti processuali volti a garantire [...] la conservazione degli atti e il raggiungimento dello scopo»<sup>3</sup>.

Ora, l'art. 44 c.p.a. indica i casi di nullità del ricorso e della sua notificazione, ma non prevede espressamente che la nullità sia rilevabile d'ufficio.

L'omissione è rimediabile in via esegetica per la nullità della notificazione, atteso che se la parte destinataria della notificazione si costituisce la nullità è sanata, se non si costituisce il giudice ha facoltà, in presenza di determinati presupposti, di ordinare il rinnovo della notifica. Se ne desume che se non ricorrono i presupposti legale per ordinare il rinnovo della notifica, la nullità della stessa è rilevabile d'ufficio.

Più complesso è il caso della nullità del ricorso; il c.p.a. distingue la nullità dall'irregolarità e consente il rinnovo del ricorso, su ordine del collegio, in caso di irregolarità. Se ne desume che la nullità non è sanabile, ma non se ne desume anche che sia rilevabile d'ufficio.

E se il silenzio dell'art. 44 c.p.a. si combina con l'art. 157, co. 1, c.p.c., se ne dovrebbe desumere che la nullità del ricorso non è rilevabile d'ufficio.

---

<sup>2</sup> CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 476.

<sup>3</sup> T.r.g.a. Trentino Alto Adige, Trento, 14 agosto 1997 n. 233, in *Trib. amm. reg.*, 1997, I, 3606.

Tale risultato sembra però paradossale quando il ricorso è privo di sottoscrizione e, soprattutto, quando è del tutto generico e determina incertezza assoluta sull'oggetto della domanda o sui destinatari di essa.

In tal caso, potrebbe soccorrere, se non la declaratoria di nullità d'ufficio, la declaratoria d'ufficio dell'inammissibilità, che è sempre possibile quando “sussistano ragioni ostative ad una pronuncia sul merito” (art. 35, co. 1, lett. b), c.p.a.).

Sarebbe comunque auspicabile una correzione dell'art. 44 c.p.a. volta ad esplicitare la rilevabilità d'ufficio della nullità del ricorso.

### **3. Priorità del rito rispetto al merito e deroghe.**

In linea di principio, i motivi e le eccezioni, e dunque più in generale le domande di parte, vanno esaminati secondo l'ordine questioni di rito – questioni di merito, secondo quanto si desume dall'art. 276, co. 2, c.p.c., a tenore del quale il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa.

Tale norma, espressione di un principio generale, è sempre stata applicata nel processo amministrativo, in passato in virtù del rinvio operato al c.p.c. dall'art. 64, r.d. n. 642/1907, ora in virtù del rinvio espresso operato dall'art. 76, co. 4, c.p.a. all'art. 276, co. 2, c.p.c.

Talora tuttavia nella prassi del processo amministrativo si è finora ammesso l'assorbimento delle questioni di rito se si ritiene che il ricorso sia comunque infondato nel merito.

Tale prassi non può però più essere ritenuta corretta in caso di questione di giurisdizione, atteso che con la *translatio iudicii* tra diversi ordini giurisdizionali la causa può trasmigrare ad altro ordine giurisdizionale, a cui è riservata la definizione del merito. Mentre, dunque, prima dell'introduzione della *translatio iudicii* tra diversi ordini giurisdizionali, la declaratoria di difetto di giurisdizione chiudeva la causa definitivamente, sicché poteva essere indifferente chiudere la causa sul rito o sul merito, con la *translatio iudicii* viene meno tale rapporto di indifferenza. Il giudice che non ha giurisdizione non può prescindere dalla questione di giurisdizione per definire il giudizio nel merito, perché così operando priva la parte di una *chance* di vittoria che sussiste mediante la *translatio* davanti al diverso ordine giurisdizionale. Sicché la questione di giurisdizione va sempre esaminata prima di quella di merito.

In tal senso militano non solo considerazioni di effettività e satisfattività della tutela, ma anche di ordine costituzionale, atteso che la Costituzione prevede diversi ordini giurisdizionali e dunque sembra imporre la soluzione che a pronunciarsi sul merito sia il giudice munito di giurisdizione.

Per le questioni di rito diverse dalla giurisdizione, la possibilità di assorbimento per passare direttamente all'esame del merito quando il ricorso è infondato, va riesaminata alla luce del c.p.a.

L'art. 49, co. 2, c.p.a., dispone che l'integrazione del contraddittorio non è ordinata nel caso in cui il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato.

Se ne desume, in positivo, un ordine di esame delle questioni di rito, a cui è da ascrivere quella di integrità del contraddittorio. Ciò in quanto in difetto di contraddittorio integro il ricorso va dichiarato inammissibile, e il c.p.a. ascrive l'inammissibilità al novero delle pronunce di rito (art. 35, co. 1, lett. b), c.p.a.).

Sembra desumersi dalla nuova previsione (che peraltro codifica una certa prassi giurisprudenziale) che la questione dell'integrità del contraddittorio segue l'esame delle altre questioni di rito e di merito, passandosi alla verifica dell'integrità del contraddittorio, e alla sua integrazione ove possibile, solo se il ricorso non è ritenuto irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato.

In definitiva, l'integrità del contraddittorio è *conditio sine qua non* solo per una pronuncia di accoglimento del ricorso. Una pronuncia che dia torto al ricorrente, vuoi in rito, vuoi in merito, resta *res inter alios*, che non tocca il terzo e che non ne esige la partecipazione al giudizio.

L'art. 49, co. 2, c.p.a., ha anche una rilevanza sistematica, ove si consideri che è l'unico caso in cui nel c.p.a. si consente di prescindere dall'ordine di esame rito-merito.

Sembrerebbe desumersene *a contrario*, e altresì alla luce di altri dati sistematici, che le altre questioni di rito debbano sempre essere esaminate prima di quelle di merito, anche se il ricorso sia, nel merito, infondato.

Gli ulteriori dati esegetici, oltre a quello che si desume per argomento *a contrario* dall'art. 49, co. 2, c.p.a., sono i seguenti:

a) il già ricordato rinvio operato dall'art. 76, co. 3, c.p.a., all'art. 276, co. 2, c.p.a., da cui si desume che l'ordine di esame delle questioni si snoda secondo la sequenza questioni pregiudiziali, questioni di merito;

b) quanto alla giurisdizione, il già ricordato meccanismo della *translatio iudicii* tra giurisdizioni, che preclude una pronuncia di merito quando si deve pronunciare il difetto di giurisdizione;

c) il nuovo regime della competenza del giudice amministrativo introdotto dal c.p.a.; la competenza è sempre inderogabile, e il difetto di competenza preclude l'esame di qualsivoglia domanda, cautelare o di merito; v. art. 15, co. 5, c.p.a., secondo cui se c'è domanda cautelare



e il giudice non ritiene di essere competente, non può pronunciare sulla domanda cautelare (salve alcune precisazioni alla fine del presente paragrafo);

d) le questioni di rito afferenti l'estinzione e l'improcedibilità possono essere decise con decreto monocratico (art. 85 c.p.a.); sebbene non vi sia un ordine di priorità tra la forma del decreto monocratico e della sentenza collegiale (v. art. 85, co. 1, c.p.a. che indica il decreto come strumento facoltativo, e art. 85, co. 9, c.p.a.), è da ritenere che il principio ispiratore dell'economia processuale imponga di utilizzare, finché possibile, lo strumento del decreto monocratico, e segnatamente ogni qualvolta la questione sia di pronta soluzione.

Tali dati potrebbero a prima lettura far ritenere che eccettuato il caso della questione relativa all'integrità del contraddittorio, l'esame delle questioni di rito debba sempre precedere quello delle questioni di merito.

Si tratta tuttavia di una lettura un po' affrettata.

Tali dati vanno infatti letti alla luce del più generale principio di economia processuale mediato con l'interesse delle parti del giudizio.

Pertanto, fermo restando che le questioni di giurisdizione e di competenza non possono mai essere assorbite e devono sempre essere esaminate prima del merito, e che le questioni di estinzione e improcedibilità tendenzialmente precedono le questioni di merito e le altre questioni di rito, dovendo finché possibile essere definite con decreto, per le altre questioni di rito (p.es. questioni relative alla procura, questioni relative alla ricevibilità e ammissibilità) deve ancora ritenersi possibile il loro assorbimento, in caso di infondatezza del ricorso, laddove ragioni di economia processuale suggeriscano di definire la lite nel merito piuttosto che in rito.

Il che accade quando la soluzione della questione di rito sia complessa o richieda accertamenti istruttori (p.es. acquisizione di documenti per verificare se il ricorso sia o meno ricevibile), laddove la questione di merito sia di pronta soluzione nel senso della manifesta infondatezza.

In tal senso milita la lettura dell'art. 74 c.p.a. che consente la sentenza in forma semplificata in caso di manifesta fondatezza, manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso.

E' vero che formalmente nell'art. 74 c.p.a. viene fissato un ordine logico, parlandosi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità, "prima" della manifesta infondatezza, ma sembrerebbe solo un ordine espositivo, e non anche un ordine logico decisorio imposto al giudice. E di ciò si trae conferma dal fatto che la motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo. Il che significa che il giudice può scegliere l'elemento risolutivo, tra rito e merito, assorbendo ciò

che non è risolutivo. La norma è ispirata al principio di economia processuale ed autorizza l'assorbimento dei motivi e delle questioni, consentendo una deroga all'ordine logico rito-merito.

Una precisazione sulla questione di competenza. Dalla regola secondo cui il giudice privo di competenza non può dare tutela cautelare sembrerebbe desumersi il corollario che non può neppure esaminare il merito assorbendo l'incidente sulla competenza. La *ratio* dell'inderogabilità assoluta della competenza territoriale nel nuovo c.p.a. è stata quella di impedire la prassi nota come *forum shopping*, ossia la scelta, da parte del ricorrente, del giudice ritenuto più adeguato al caso di specie, per ragioni legittime o illecite. Ora, se il giudice adito, ancorché incompetente, assorbe la questione di incompetenza e respinge il ricorso, il pericolo del *forum shopping* resterebbe comunque scongiurato. Questo non toglie che la sentenza verrebbe impugnata in punto di competenza e quindi il risultato dell'assorbimento per ragioni di economia processuale non verrebbe raggiunto.

Si deve perciò ribadire la conclusione sopra raggiunta, che l'esame della questione di competenza non può mai essere assorbito.

#### **4. Ordine nell'ambito delle questioni di rito.**

Nell'ambito delle questioni di rito, prima del c.p.a. si è dibattuto se esista o meno un ordine.

Secondo una tesi elaborata prima del c.p.a., anche nell'ambito delle questioni di rito esiste un ordine logico, dovendosi esaminare per prime quelle di puro rito inerenti la forma e poi quelle che attengono ai presupposti della domanda e quindi più vicine all'esame del merito; sicché, ad es. le questioni di giurisdizione e di ricevibilità precedono quelle di ammissibilità del ricorso, e da ultimo vengono le questioni inerenti le cause estintive.

Secondo altra tesi, pure formatasi prima del c.p.a., non esisterebbe una regola sull'ordine di trattazione delle questioni di rito, ordine che deriverebbe piuttosto da ragioni di opportunità e da soluzioni caso per caso.

Sempre prima del c.p.a., era controverso se andasse esaminata prima la questione di giurisdizione o prima quella di ricevibilità del ricorso.

Secondo una tesi la ricevibilità del ricorso ha carattere prioritario, quanto meno nel giudizio di appello, perché la questione di giurisdizione ha ingresso se <<ritualmente>> e dunque tempestivamente proposta (nel caso di specie la questione di giurisdizione era stata riproposta in appello con ricorso incidentale, del quale si eccepiva la tardività, per cui il giudice aveva

prima esaminato la questione di ricevibilità del ricorso incidentale, e a seguire quella di giurisdizione)<sup>4</sup>.

Altra questione dibattuta è se la questione relativa allo *jus postulandi* preceda o segua quella di giurisdizione.

Tali questioni vanno affrontate sia alla luce del c.p.a., sia alla luce dell'istituto della *translatio judicii* tra diversi ordini giurisdizionali.

Come si è già osservato, la possibilità di *translatio judicii* tra diversi ordini giurisdizionali ha un forte impatto in termini di interesse della parte. La circostanza che la declaratoria di difetto di giurisdizione consente di rivolgersi ad un giudice diverso, ha per immediata conseguenza che la parte ricorrente ha interesse non solo e *in primis* all'accoglimento del ricorso ma anche, ove non possa ottenere l'accoglimento del ricorso, alla corretta scelta del motivo per cui le viene dato torto. Tra i vari possibili motivi per cui può esserle dato torto, il più soddisfacente è il difetto di giurisdizione, che lascia integra la *chance* di vittoria rivolgendosi ad un giudice diverso.

Pertanto, ove vi siano una pluralità di vizi di rito, ad es. difetto di giurisdizione, difetto di procura, irricevibilità, andrebbe prescelto sempre il difetto di giurisdizione.

Quindi le dispute finora agitate, sulla priorità o meno delle questioni di ricevibilità e regolarità della procura alle liti rispetto alla questione di giurisdizione, dovrebbero essere risolte nel senso che tra le questioni di rito ha ordine prioritario quella di giurisdizione.

Tale soluzione va ritenuta senz'altro corretta per il primo grado di giudizio.

Più problematica è la soluzione della questione nel giudizio di impugnazione. Infatti in esso la questione di giurisdizione non è rilevabile d'ufficio, ma solo se dedotta con specifico motivo rivolto contro il capo di sentenza che esplicitamente o implicitamente ha statuito sulla giurisdizione.

Trattandosi, allora non di questione rilevabile d'ufficio, ma solo su istanza di parte, occorre che la parte la abbia introdotta ritualmente, vale a dire tempestivamente, con motivo specifico, e mediante difensore munito di procura.

Pertanto tali questioni, che sono rilevabili d'ufficio, devono nell'ordine logico precedere l'esame della questione di giurisdizione.

Quanto all'ordine tra le questioni di rito diverse da quella di giurisdizione, dal c.p.a. si desumono alcuni spunti esegetici, peraltro eterogenei, che militano in tre direzioni:

a) ordine vincolato;

---

<sup>4</sup> Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2008 n. 2279.

- b) ordine tendenziale;
- c) disordine o, meglio, “non ordine”.

Dopo la questione di giurisdizione, ha un ordine vincolato la questione di competenza, essendo la competenza divenuta inderogabile e non potendo il giudice incompetente esaminare alcuna questione, nemmeno quelle cautelari.

Tale soluzione può tuttavia suscitare alcune perplessità se si esamina il rapporto tra questione di competenza e questione di ricevibilità.

Sul piano logico, sembra che se la competenza è inderogabile, il giudice privo di competenza non può esaminare nessuna questione, nemmeno la ricevibilità.

Il dato logico trova conforto sul piano normativo perché il giudice incompetente sembra del tutto paralizzato, non potendo nemmeno erogare cautela.

Ma se si segue tale soluzione, occorre interrogarsi sulla sorte del ricorso tardivamente proposto a giudice incompetente e in prosieguo tempestivamente riassunto davanti al giudice competente (art. 16, co. 2, c.p.a.); il primo giudice, dovendosi dichiarare incompetente, tace sulla irricevibilità; ci si chiede se la questione di ricevibilità (avuto riguardo alla data di notificazione e deposito davanti al primo giudice), possa essere esaminata dal giudice davanti a cui la causa è riassunta.

L'art. 16, co. 2, c.p.a., si limita a dire che se nel termine perentorio di 30 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza che dichiara l'incompetenza, la causa è riassunta davanti al giudice dichiarato competente, il processo segue davanti al nuovo giudice. Nulla si dice su eventuali decadenze in cui la parte sia già incorsa. Ma certo la declaratoria di incompetenza con successiva riassunzione non può essere strumento per la rimessione in termini. Sicché il secondo giudice potrà e dovrà esaminare la questione di ricevibilità del ricorso, sotto il duplice profilo sia della tempestività dell'originaria notifica e deposito, sia della tempestività dell'atto di riassunzione (con l'ulteriore questione se nel termine di trenta giorni vada solo notificato, o anche depositato, l'atto di riassunzione).

Qui si pone un ulteriore profilo di ordine logico delle questioni: infatti il giudice davanti a cui la causa è riassunta, può a sua volta ritenersi incompetente e sollevare regolamento di competenza. Ci si chiede se il secondo giudice, prima di sollevare regolamento di competenza, dovrà verificare la tempestività della riassunzione, e dunque la questione di rito della tempestività della riassunzione precede la questione di rito della competenza, o se invece il secondo giudice prima solleva regolamento di competenza, e solo se dichiarato competente dal Consiglio di Stato, può verificare la ricevibilità dell'originario ricorso e la tempestività dell'atto di riassunzione.

Ci sono spunti esegetici per entrambe le soluzioni.

A favore della prima milita la considerazione che per sollevare il regolamento di competenza occorre un processo ritualmente instaurato, ed esso non vi è se la riassunzione non è tempestiva. Inoltre sembrerebbe un'incongruenza in contrasto con il principio di economia processuale che il secondo giudice verifica la tempestività dell'atto di riassunzione solo dopo che è stato dichiarato competente per il merito da parte del Consiglio di Stato. Se infatti la riassunzione fosse riconosciuta tardiva, sarebbe stata svolta inutilmente la fase davanti al Consiglio di Stato.

A favore della seconda considerazione milita la considerazione che se il secondo giudice è effettivamente incompetente ed è invece competente il primo giudice adito, l'errore del primo giudice inficia tutto il successivo iter e rende irrilevante la tardività della riassunzione.

Un ordine tendenziale hanno, dopo le questioni di giurisdizione e di competenza, le questioni di improcedibilità e di estinzione che, come già osservato, vanno, tendenzialmente, definite fuori udienza con decreto monocratico (art. 85 c.p.a.).

Seguono le questioni di irricevibilità e inammissibilità, che vengono dal c.p.a. ascritte al novero delle pronunce di rito, ma per le quali non è consentito l'utilizzo del decreto monocratico, evidentemente, perché ritenute questioni più complesse rispetto a quelle di procedibilità e di estinzione (v. art. 35, co. 1, lett. A) e b) e art. 85 c.p.a., quest'ultimo prevede il decreto presidenziale per le pronunce di estinzione e improcedibilità, non anche per quelle di irricevibilità e inammissibilità).

Se, dunque, in passato si riteneva che le questioni di ricevibilità avessero nell'ordine logico priorità rispetto alle questioni di improcedibilità e di estinzione, tale ordine sembra stato ribaltato nel c.p.a., per ragioni di economia processuale.

Pertanto, sia pur muovendosi nell'ambito di un ordine tendenziale, più logico che normativo, le questioni di improcedibilità ed estinzione precedono le questioni di irricevibilità e di inammissibilità, e le questioni di irricevibilità dovrebbero, sul piano logico, precedere quelle di inammissibilità, sempre che a ciò non osti l'economia processuale.

Se dunque una questione di inammissibilità è di più pronta soluzione rispetto a una questione di irricevibilità, l'ordine logico può essere invertito.

Un ulteriore spunto esegetico si desume dall'art. 76, co. 4, c.p.a., quanto all'ordine di esame delle questioni di rito eccepite dalle parti o rilevabili d'ufficio.

Non vi è un ordine nel senso che vanno prima esaminate le questioni proposte dalle parti rispetto a quelle rilevabili d'ufficio, o viceversa. E a tale conclusione si perviene alla luce dell'art. 276, co. 2, c.p.c., richiamato dall'art. 76, co. 4, c.p.a.

Infatti il collegio decide “gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d’ufficio e quindi il merito della causa”. Vi è dunque un ordine solo nel senso prima le questioni pregiudiziali, poi il merito della causa, ma non vi è alcun ordine tra le questioni pregiudiziali proposte dalla parti o rilevabili d’ufficio.

Il Collegio ha pertanto il potere di scegliere se esaminare prima una questione eccepita da una parte o prima una questione rilevabile d’ufficio, e la scelta sarà orientata dai criteri oggettivi sin qui visti, e non dal criterio soggettivo riferito all’autore della questione.

Per le questioni rilevabili d’ufficio, tuttavia, *condicio sine qua non* per il suo esame è che la questione “rilevabile” d’ufficio sia stata effettivamente “rilevata” con le garanzie formali divise dall’art. 73, co. 3, c.p.a.

In ossequio all’elaborazione pregressa della giurisprudenza civile e amministrativa, tale disposizione stabilisce che il giudice, se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest’ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.

Tale previsione incide in modo indiretto, e nei limiti dell’economia processuale, sull’ordine di esame di questioni di rito sollevate dalle parti o dal giudice.

In astratto, se il giudice si accorge di una questione rilevabile d’ufficio solo dopo il passaggio della causa in decisione, e ci sono già questioni di rito sollevate dalle parti, al giudice non è precluso di rimettere la causa sul ruolo, per dare priorità alla questione rilevata d’ufficio. Ma è chiaro che per ragioni di economia processuale, se una delle questioni di rito sollevate dalle parti è fondata, potrebbe essere preferibile dare priorità ad essa, e definire la causa subito, anziché rimetterla sul ruolo. Tanto, sempre che non vi sia un ordine vincolato oggettivo, ad es. se la questione che il giudice intende rilevare d’ufficio è il difetto di giurisdizione, anche se vi sono altre questioni di rito eccepite dalle parti, la prima è prioritaria e il giudice deve rimettere la causa sul ruolo.

Si coglie l’occasione per segnalare il diverso regime del rilievo d’ufficio delle questioni recato dall’art. 73, co. 3, c.p.a. rispetto all’art. 101, co. 2, c.p.c. Infatti nel c.p.c. ogni qualvolta il giudice intende rilevare una questione d’ufficio deve riservare la decisione e assegnare alle parti, a pena di nullità, un termine per memorie. Invece nel c.p.a. non solo non è prevista la sanzione di nullità, ma non occorre assegnare alle parti un termine per memorie se la questione è indicata dal giudice in udienza, ma solo se sorge dopo il passaggio della causa in decisione.

## **5. Ordine di esame delle questioni e graduazione dei motivi.**

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.

La graduazione è un ordine dato ai motivi dalla parte, in funzione del proprio interesse. La graduazione serve a segnalare che l'esame e accoglimento di alcuni motivi ha, per la parte, importanza prioritaria, e che i motivi indicati come subordinati o graduati per ultimi, hanno minore importanza e se ne chiede l'esame solo in caso di mancato accoglimento di quelli prioritari.

Se la parte ha graduato i motivi, si pone la questione se la graduazione sia vincolante o meno per il giudice.

L'art. 99 c.p.c., applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno recato dall'art. 39, co. 1, c.p.a., pone il principio della domanda, e l'art. 112 c.p.c. il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Peraltro nessuna di tali norme pone espressamente un vincolo del giudice a rispettare la graduazione dei motivi.

Il giudice incontra il vincolo di doversi pronunciare nei limiti della domanda, su tutta la domanda e non oltre essa, il che significa che deve rendere una pronuncia soddisfattiva.

Peraltro il principio di completezza, che ha come corollario il divieto dell'assorbimento, incontra un temperamento nella sentenza breve (che facoltizza l'assorbimento) di cui si dirà nel par. che segue.

Da tali considerazioni segue che la graduazione va tendenzialmente rispettata dal giudice in funzione del principio di satisfattività e completezza, con il temperamento delle questioni rilevabili d'ufficio.

Se determinate questioni sono rilevabili di ufficio, la graduazione dei motivi indicata dalle parti non è vincolante e non può derogare l'ordine legale.

Già prima dell'entrata in vigore del c.p.a. la dottrina affermava che il principio dispositivo che caratterizza il giudizio amministrativo comporta che il ricorrente abbia la possibilità di indicare l'ordine con il quale ritiene che i motivi di ricorso debbano essere esaminati, dichiarando l'interesse all'accoglimento di alcuni di essi solo in via subordinata, per l'ipotesi in cui altri non vengano accolti<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> R. GIOVAGNOLI, in F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, R. GIOVAGNOLI, V. POLI, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cap. ; inoltre riconoscono al ricorrente il potere di graduare i motivi di ricorso, fra gli altri, V. CAIANIELLO, *Manuale*, cit., 639; E.

Ulteriore questione è se la graduazione dei motivi sia vincolante quando la sua osservanza porti ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico.

Sul punto prima del c.p.a. si è delineato un contrasto tra quinta e sesta sezione del Consiglio di Stato, negli ultimi anni, in quanto la sesta sezione dà il massimo rilievo al principio dispositivo mentre la quinta sezione dà maggior rilievo alla tutela dell'interesse pubblico: il c.p.a. non offre spunti puntuali per la soluzione di tale contrasto, ma piuttosto lascia spazio a considerazioni di sistema.

Secondo la giurisprudenza della sesta sezione in linea generale il principio dispositivo che caratterizza ogni tipo di processo ad impulso di parte, ed il giudizio amministrativo in particolare, comporta che il ricorrente abbia il potere di scegliere le domande da proporre e la possibilità di indicare l'ordine con il quale ritiene che i motivi, all'interno della domanda, debbano essere esaminati, dichiarando l'interesse all'accoglimento di alcuni di essi solo in via subordinata, per l'ipotesi in cui altri non vengano accolti.

Avuto riguardo a processi in materia di appalti, la sesta sezione ha dato rilievo al risultato maggiormente soddisfacente per l'interesse del ricorrente piuttosto che per l'interesse pubblico, ritenendo che in presenza di un motivo diretto ad escludere il primo classificato di una gara di appalto e di altro motivo tendente ad una rinnovazione (parziale o totale) delle operazioni di gara, l'accoglimento del primo motivo è maggiormente soddisfacente per l'interesse del ricorrente secondo classificato rispetto all'accoglimento dell'altro motivo, e il giudice pertanto deve preferire l'accoglimento del primo motivo<sup>6</sup>. Ancora, nella stessa logica, la sesta sezione ha ritenuto che a fronte di un motivo diretto contro l'aggiudicazione, e di un altro motivo, espressamente proposto in via subordinata, contro il bando, va esaminato per primo il motivo contro l'aggiudicazione e, se lo stesso è accolto, va assorbito il motivo diretto contro il bando<sup>7</sup>; infatti nel caso specifico l'accoglimento del motivo contro l'aggiudicazione aveva come conseguenza immediata e diretta l'aggiudicazione in favore del ricorrente, invece l'esame ulteriore anche del motivo contro il bando avrebbe avuto come conseguenza l'annullamento dell'intera gara, sicché il ricorrente non avrebbe conseguito l'aggiudicazione, ma solo una *chance* di vittoria se ed in quanto la stazione appaltante avesse bandito nuovamente la gara.

---

FOLLIERI, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 404; CP. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, *Atti e ricorsi*, Milano, 1995, 345.

<sup>6</sup> Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213.

<sup>7</sup> Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2009 n. 7387.



In tali ipotesi, pertanto, i motivi che denunciavano vizi che, se ritenuti sussistenti, avrebbero comportato il rinnovo dell'intera gara, anche se in astratto fondati, non sono stati presi in esame, perché si è ritenuto maggiormente soddisfacente per l'interesse del ricorrente ottenere l'esclusione dell'aggiudicatario e dunque l'aggiudicazione in proprio favore, anziché il rinnovo dell'intera gara. È stato pertanto anteposto l'interesse del ricorrente all'interesse pubblico che sarebbe stato quello di rimuovere tutti i vizi della procedura.

Analogamente, in un contenzioso elettorale, si pone la questione se vada data priorità al motivo che tende all'annullamento del solo risultato elettorale, o a quello che tende al rinnovo delle intere operazioni elettorali. Nell'ottica del principio dispositivo, nel 2006 il Consiglio di Stato ha optato per la prima soluzione; ha così statuito: nell'ipotesi in cui le domande avanzate siano più e diverse per il rispettivo *petitum*, tale facoltà del giudicante trova il suo limite nel principio dispositivo, che governa anche il processo amministrativo, in applicazione del quale compete al ricorrente indicare al giudice quale delle domande proposte egli ritenga più ampiamente soddisfacente del suo interesse; in altre parole, la discrezionalità del giudice di ordinare l'esame della materia del contendere secondo un determinato ordine logico resta pur sempre correlata all'interesse di cui il ricorrente chiede tutela; cosicché quando più siano gli interessi o diverso sia il mezzo di tutela in relazione all'intensità dello stesso interesse, tanto da risolversi nella proposizione di domande aventi *petitum* diverso, l'esercizio di quella discrezionalità è consentito al giudicante soltanto riguardo alle questioni sollevate ed ai motivi di censura dedotti nell'ambito della stessa domanda (nel caso di specie, gli originari ricorrenti hanno chiesto, secondo quanto letteralmente indicato nell'epigrafe, nel corpo e nelle conclusioni, del ricorso di primo grado «la rettifica e/o l'annullamento ... delle risultanze delle operazioni, elettorali ... e conseguentemente ... la declaratoria del pieno titolo del ricorrente ad essere eletto sindaco ... ovvero, in via alternativa/gradata ... l'annullamento delle operazioni elettorali ...», cioè due diverse domande tra di loro incompatibili, giacché quella di correzione del risultato presuppone la conservazione del procedimento elettorale nel suo complesso)<sup>8</sup>.

A tale orientamento si contrappone un indirizzo espresso nel 2009 dalla V sezione, indirizzo che riconosce al giudice amministrativo ampi poteri officiosi nella scelta dei motivi di ricorso ai quali dare priorità e che, in materia di procedure concorsuali, si uniforma in particolare al criterio ispirato alla priorità dell'esame di quelle questioni che evidenziano, in astratto, una più radicale illegittimità della procedura.

---

<sup>8</sup> Cons. St., sez. V, 5 settembre 2006 n. 5108.

Secondo la V sezione, il principio dispositivo non può essere condiviso nella sua assolutezza ma deve essere coordinato con l'opposta tesi, sviluppata dalla giurisprudenza tradizionale, secondo cui rientra nel potere del giudice amministrativo, riveniente dal 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 fra le stesse esistente sul piano logico giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato.

Sulla base di tali premesse si è affermato che, impugnata una graduatoria concorsuale, il ricorrente non può pretendere che sia esaminata prima la censura che conduca al conseguimento della nomina o dell'aggiudicazione e poi, in caso di mancato accoglimento, far valere un motivo di illegittimità riguardante l'intera procedura; ciò sul rilievo secondo cui non si può conseguire una nomina o una aggiudicazione a seguito di una selezione la cui procedura sia integralmente invalida.

In tal caso, infatti, il giudice procede nell'ordine logico segnato da quei motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento, comunque idonei, in caso di accoglimento, a soddisfare l'interesse sostanziale dedotto in giudizio, e il principio dispositivo e la conseguente graduazione dei motivi non può vincolare il giudice fino a fargli alterare l'ordine logico delle questioni<sup>9</sup>.

Tale orientamento è espressione di una giurisprudenza tradizionale risalente negli anni che afferma che spetta 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 dell'interessato<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143, in *Foro it.*, 2009, III, 309, con nota di H. SIMONETTI; Tar Lombardia – Milano, 15 dicembre 2009 n. 5346. In tal senso già, in passato, Cons. St., sez. V, 25 febbraio 1997 n. 184, secondo cui impugnata una graduatoria concorsuale, il ricorrente non può pretendere che sia esaminata prima la censura di errata valutazione dei titoli, in modo da conseguire la nomina, e poi, in caso di mancato accoglimento, far valere un motivo di illegittimità riguardante l'intera procedura. Ciò sul rilievo secondo cui non si può conseguire la nomina a seguito di un concorso, la cui procedura sia, secondo quanto dedotto dal ricorrente, integralmente invalida.

<sup>10</sup> Cons. St., sez. VI, 5 settembre 2002 n. 4487; Cons. St., sez. V, 29 ottobre 1992 n. 1095: “*Il ricorrente ha il potere di determinare l'ambito e i limiti della cognizione del giudice sulla legittimità di un provvedimento amministrativo, definendo esattamente le censure con le quali ritiene di poterne ottenere l'annullamento; tuttavia, una volta che ha proceduto alla formulazione dei motivi, e salvo l'eventuale rinuncia a taluno di essi, egli non può pretendere di indicare l'ordine di esame dei motivi dedotti quando questi, per la loro consistenza oggettiva, siano tra loro in un rapporto ben definito sul piano logico giuridico e non alterabile su mera richiesta dell'interessato*”; Cons. St., sez. V, 7 settembre 1982 n. 635: “*Le censure proposte in giudizio devono essere esaminate dal giudice nell'ordine suggerito dall'ottica del processo*”.

Tale giurisprudenza più risalente tende ed escludere che la gradazione dei motivi prospettata nel ricorso abbia carattere vincolante per il giudice al quale soltanto spetta il compito di decidere l'ordine di trattazione delle censure<sup>11</sup>.

Tale orientamento è maggiormente preoccupato di assicurare una coerente tutela all'interesse pubblico, sembrando incoerente se non paradossale che il ricorrente vittorioso consegua l'aggiudicazione sulla scorta di una procedura il cui bando è viziato.

Anche tale più restrittivo orientamento, tuttavia, afferma che il potere officioso del giudice amministrativo deve essere esercitato nell'ambito di motivi sollevati all'interno di una medesima domanda; quando invece vengono avanzate più domande, diverse per *petitum*, tale facoltà incontra un limite nel principio dispositivo che non consente al giudice di superare le vincolanti indicazioni del ricorrente<sup>12</sup>.

E' però da capire cosa si intenda per domande diverse. Sembra chiaro che sono diverse le domande di annullamento e di risarcimento, e che pertanto le stesse possano essere graduate in ordine di importanza.

Se si chiede l'annullamento di una pluralità di atti della stessa sequenza procedimentale, è da chiedersi se la domanda di annullamento è una sola (perché unico è il procedimento) o se vi sono tante domande di annullamento quanti sono gli atti impugnati. Così, per ritornare al caso di impugnazione contestuale di aggiudicazione e bando di gara, ci si chiede se vi sono due domande, che possono essere graduate, o se la domanda è unica, con la conseguente problematica della graduabilità o meno vincolante per il giudice.

Il c.p.a. non fornisce indicazioni espresse su tale questione.

Esso, tuttavia, ancorato come è ai principi dispositivo e di effettività della tutela, sembra far propendere più per la prima che per la seconda soluzione.

Uno spunto puntuale si trae anche dalla disciplina del rito speciale degli appalti, dal quale si desume che il subentro nel contratto non è una pronuncia che il giudice può disporre automaticamente quando annulla l'aggiudicazione, ma solo se c'è domanda di parte in tal senso (art. 124, co. 1 e 2, c.p.a.). Indizio, questo, che il principio dispositivo è considerato prevalente sulla tutela coerente dell'interesse pubblico (che in tal caso potrebbe esigere che rimosso un aggiudicatario se ne faccia subito un altro nella persona del ricorrente vittorioso).

---

<sup>11</sup> Cons. St., sez. V, 7 aprile 1978, in *Cons. Stato*, 1978, I, 623; Cons. giust. amm., 13 febbraio 1980 n. 1, in *Cons. Stato*, 1980, I, 222; Cons. St., sez. V, 25 febbraio 1997 n. 184, in *Cons. Stato*, 1997, I, 227.

<sup>12</sup> Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143, in *Foro it.*, 2009, III, 309, con nota di H. SIMONETTI

Tuttavia le conclusioni sin qui raggiunte valgono solo quando la pluralità di motivi su atti che si collocano in momenti diversi del medesimo procedimento sono proposti nel medesimo ricorso. A diverse conclusioni si deve pervenire, come si vedrà, nel caso di contestuale presentazione di ricorso principale e incidentale, rivolti contro atti diversi della medesima procedura, se ricorrente principale e incidentale sono anche gli unici due soggetti nella procedura concorsuale di cui si disputa.

In definitiva, da un esame complessivo del sistema ordinamentale 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 dell'interesse pubblico l'ordine dei motivi non è vincolante per il giudice.

Nei giudizi di costituzionalità, ad es., secondo il costante insegnamento della Corte cost., 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<sup>13</sup>.

## **6. Ordine di esame delle questioni di merito. Il criterio dell'interesse e della satisfattività della pronuncia.**

Quanto all'ordine di esame delle questioni di merito, la l. Tar n. 1034/1971 imponeva di esaminare prima il vizio di incompetenza, con assorbimento di ogni altra questione in caso di accoglimento.

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 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 meno l'atto in questione o comunque provvedere con un contenuto diverso. Diversamente opinando verrebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all'autorità competente dato che la regola di condotta giudiziale si formerebbe senza che questa abbia partecipato al giudizio; il che trovava positiva conferma nell'art. 26, co. 2, primo periodo, l. Tar secondo cui se il Tar accoglie il ricorso per motivi di incompetenza annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente. Si era conseguentemente escluso che la parte

---

<sup>13</sup> Da ultimo Corte cost., 19 ottobre 2009 n. 262, in *Foro it.*, 2009, I, 2873, con nota di R. ROMBOLI.

potesse subordinare l'esame del vizio di incompetenza al rigetto di altri motivi di impugnazione, precisandosi che «nel conflitto tra ordine legale di esame dei motivi e potere dispositivo della parte, la condizione nulla non è soltanto inutile, ma rende inammissibile per carenza di interesse il motivo di incompetenza, proposta dalla parte subordinatamente ad altri motivi<sup>14</sup>.

Tale soluzione legislativa più di recente non era sembrata del tutto in linea con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Il c.p.a. non ha riproposto tale previsione.

Rimane però aperta la questione se l'accoglimento del vizio di incompetenza sia ancora un caso di assorbimento necessario degli altri motivi di merito, in base all'esegesi dell'art. 34, co. 2, c.p.a., o quanto meno un caso di assorbimento logico. Su tale tema v. amplius paragrafo che segue.

Se nulla dicono le parti, il giudice esamina i motivi secondo l'ordine legale e, in difetto, secondo un ordine logico, vi è dunque una sequenza ordine dato dalle parti, ordine legale, ordine logico.

In difetto di graduazione dei motivi, resta aperta la questione se il giudice debba esaminare per prime le questioni il cui accoglimento sarebbe maggiormente soddisfattivo per il ricorrente o invece per prime le questioni il cui accoglimento sarebbe maggiormente soddisfattivo dell'interesse pubblico.

Sembra preferibile la prima soluzione meglio rispondente al principio dispositivo e di parità delle parti che permea il processo amministrativo. Non va tralasciato che a fronte di vizi radicali di un procedimento amministrativo, la denuncia da parte del ricorrente dei soli vizi il cui accoglimento gli assicura soddisfazione, ovvero la denuncia in via subordinata di vizi radicali, non impedisce di per sé la piena soddisfazione dell'interesse pubblico, affidata ai poteri di autotutela della stessa amministrazione, ovvero al potere dei controinteressati di denunciare i vizi mediante ricorso incidentale.

L'ordine di esame delle questioni di merito discende dunque dal criterio dell'interesse.

E' perciò da ritenere che alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale il giudice debba, nella disamina dei motivi, dare priorità a quelli dal cui accoglimento può derivare un effetto pienamente soddisfattivo. In particolare, in presenza di un motivo diretto ad escludere il primo classificato di una gara di appalto e di altro motivo tendente ad una rinnovazione (parziale o totale) delle operazioni di gara, solo l'accoglimento della prima

---

<sup>14</sup> Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143.

censura, che deve quindi essere esaminata per prima, soddisfa l'interesse della seconda classificata ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.

Quale che sia l'ordine di esame dei motivi, il giudice è tenuto a proseguire tale esame finché è certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non deriva più alcuna utilità al ricorrente; la prassi del giudice amministrativo di assorbire alcuni motivi del ricorso, che già in precedenza poteva condurre a risultati errati, deve essere del tutto riconsiderata ora che è ammesso il risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, in quanto, per assorbire un motivo, deve essere evidente che dall'eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio. Il mancato esame di alcune censure non può essere escluso in presenza di esigenze di carattere istruttorio, in quanto in alcun modo difficoltà istruttorie o esigenze di economia processuale possono condurre ad una limitazione della tutela<sup>15</sup>.

In sintesi, nell'affrontare le diverse questioni prospettate dal ricorrente, il giudice adito deve procedere, nell'ordine logico, preliminarmente all'esame di quelle questioni o di quei motivi che, evidenziando in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato, appaiono idonei a soddisfarne pienamente ed efficacemente l'interesse sostanziale dedotto in giudizio; 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 di gravame 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<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, 31; Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2008 n. 3002, in *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, 813.

<sup>16</sup> Cons. giust. sic., 22 aprile 2009 n. 299. Nella stessa linea di pensiero v. anche Cons. St., sez. V, 5 settembre 2006 n. 5108: "È rimesso alla discrezionalità dell'organo giudicante l'ordine con il quale intenda procedere all'esame delle questioni sottoposte al suo esame; in particolare, nel processo amministrativo di tipo impugnatorio, nell'affrontare le diverse questioni prospettate dal ricorrente, il giudice adito deve procedere, nell'ordine logico, preliminarmente all'esame di quelle questioni o di quei motivi che, evidenziando in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato, appaiono idonei a soddisfarne

## 7. L'assorbimento dei motivi.

Il riconoscimento in capo al giudice del potere di decidere l'ordine di esame delle censure ha favorito in passato la diffusione della prassi giurisprudenziale dell'*assorbimento dei motivi*: 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<sup>17</sup>.

La tecnica dell'assorbimento è stata in passato utilizzata in modo non del tutto corretto, tanto 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 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.

Per queste ragioni, la prassi dell'assorbimento è stata criticata dalla dottrina<sup>18</sup>, che ha rilevato che l'assorbimento di alcune censure riduce il c.d. *effetto conformativo* della sentenza e, di conseguenza, frena la tendenza del processo amministrativo ad atteggiarsi come processo a cognizione piena sul rapporto tra cittadino e amministrazione.

---

pienamente ed efficacemente l'interesse sostanziale dedotto in giudizio; 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"; Cons. St., sez. VI, 21 novembre 1992 n. 925:"Dall'art. 112 c.p.c., applicabile al processo amministrativo, alla stregua del quale il giudice deve pronunciare su tutta la domanda, discende il principio secondo cui, nell'affrontare le diverse questioni prospettate dalla parte ricorrente, il giudice deve, nell'ordine logico, procedere preliminarmente all'esame di quelle questioni o di quei motivi che, evidenziando in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento (o dei provvedimenti) impugnato, appaiono idonei a soddisfare più pienamente ed efficacemente l'interesse sostanziale del ricorrente medesimo, per passare poi, soltanto in caso di rigetto di tali censure, all'esame degli altri motivi che, pur idonei a provocare l'annullamento del provvedimento impugnato, evidenzino tuttavia profili meno radicali di illegittimità".

<sup>17</sup> Sull'assorbimento dei motivi cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale*, cit., 815; B. CAVALLO, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, Teramo, 1975; L. MAZZAROLLI, *L'atto definitivo e la teoria dell'assorbimento*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 701; M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, V, 17; Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo - Diritto amministrativo speciale*, vol. V, *Il processo amministrativo*, cit., 4473.

<sup>18</sup> B. CAVALLO, *Processo amministrativo e motivi assorbiti*, cit.; L. MAZZAROLLI, *L'atto definitivo e la teoria dell'assorbimento*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, cit., 701.

Si è rilevato, inoltre, come la stessa esigenza di economia 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<sup>19</sup>. 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.

Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e il conseguente dovere del giudice di pronunciarsi su tutta la domanda, comportano che il c.d. assorbimento dei motivi è in linea di principio vietato.

Una deroga al divieto di assorbimento è ammissibile nelle seguenti ipotesi generali:

- a) perché espressamente prevista dalla legge;
- b) per evidenti e inequivoche ragioni di ordine logico;
- c) in ossequio al principio di economia processuale, se comunque non ne risulti lesa l'effettività della tutela.

***Sub a)***

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 due ipotesi:

- in caso di giudizio immediato (sentenza in forma semplificata) in cui il giudice può motivare con riferimento al punto ritenuto risolutivo;
- in caso di manifesta irricevibilità, inammissibilità, infondatezza, che consente di assorbire la questione di mancata integrità del contraddittorio.

Nel caso di giudizio immediato 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 (art. 1, c.p.a.).

Pertanto, se è risolutiva una questione di rito, non vi sono ostacoli né logici né giuridici all'assorbimento delle questioni di merito.

---

<sup>19</sup> F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza amministrativa*, cit., 4473.



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.

Per pervenirsi, ad es., ad una pronuncia di rigetto, è indispensabile esaminare tutti i motivi di ricorso, essendo pacifico che l'assorbimento è ammissibile o su motivi di rito, se il ricorso va respinto nel merito (e salvo il caso di difetto di giurisdizione o di competenza), o nel caso di pronunce di accoglimento. Al più, in caso di sentenza di rigetto, si possono assorbire i motivi che sono meramente ripetitivi di altri già esaminati.

In un solo caso si può consentire l'assorbimento dei motivi di ricorso in caso di rigetto del medesimo, ed è quello in cui il provvedimento impugnato si fonda su una pluralità di ragioni autonome. Secondo la giurisprudenza, nei casi in cui il provvedimento impugnato risulti sorretto da più ragioni giustificatrici tra loro autonome, logicamente indipendenti e non contraddittorie, 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, indipendentemente dall'ordine con cui i motivi sono articolati nel gravame, in quanto la conservazione dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze<sup>20</sup>.

Tale ipotesi di assorbimento è riconducibile alla categoria sopra indicata sub c): ragioni di economia processuale che non pregiudicano l'effettività della tutela.

Quanto a una pronuncia di accoglimento, essa deve essere pienamente soddisfattiva, per cui anche in caso di utilizzo della sentenza in forma semplificata, non sembra corretto accogliere il ricorso per un vizio di pura forma che consenta il riesercizio dell'azione amministrativa con esito sostanziale immutato (es. omesso avviso di avvio del procedimento), laddove sia possibile accogliere il ricorso per un vizio di sostanza, con maggiore soddisfazione dell'interesse del ricorrente.

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. Dunque il punto "risolutivo" va inteso, in caso di sentenza di accoglimento, come punto "maggiormente soddisfattivo".

---

<sup>20</sup> Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2007 n. 3020; Cons. St., sez. V, 10 giugno 2005 n. 3052.

Nel c.p.a. non è stata riprodotta la regola recata dall'art. 26, l. Tar, che consentiva, in caso di accoglimento del vizio di incompetenza del provvedimento, di assorbire le altre censure.

La giurisprudenza aveva affermato che nel conflitto fra ordine legale di esame dei motivi di ricorso - quanto al vizio di incompetenza ai sensi dell'art. 26, l. Tar - e potere dispositivo della parte, la richiesta del ricorrente di previo esame degli altri motivi rispetto alla censura di incompetenza costituisce una condizione nulla, che come tale non soltanto è inutile, ma rende 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<sup>21</sup>.

Secondo la tesi prevalente, 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.

Si affermava, infatti, che 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<sup>22</sup>.

Diversamente opinando, del resto, verrebbe leso il principio del contraddittorio rispetto all'autorità amministrativa competente, dato che la regola di condotta giudiziale si formerebbe senza che questa ha partecipato al giudizio.

Tuttavia, si era anche dubitato della coerenza di tale assorbimento, che si tradurrebbe in una pronuncia non soddisfattiva perché nulla dice del corretto esercizio del potere.

La giurisprudenza aveva precisato che qualora l'incompetenza sia di tipo infrasoggettivo (vale a dire nell'ambito dello stesso ente) tale regola non trova applicazione, dato che, in tal caso, viene meno la ragione ispiratrice di tale divieto che è quella di non pregiudicare il futuro esercizio dell'azione amministrativa. Si era affermato, in particolare, che solamente quando

---

<sup>21</sup> Cons. St., sez. IV, 12 marzo 1996 n. 310.

<sup>22</sup> Cons. St., sez. V, 6 marzo 2001 n. 1253. In termini v. anche Cons. St., sez. IV, 1 agosto 2001 n. 4214: "L'annullamento del provvedimento per vizio primario, quale è quello della incompetenza, esaurisce l'oggetto stesso del giudizio e rende obbligatorio l'assorbimento delle eventuali censure sostanziali, sempre che le stesse siano rivolte contro il medesimo provvedimento e non si estendano anche al rapporto tra motivi di impugnazione riferiti ad atti diversi, ancorché legati da un nesso di presupposizione o comunque connessi".

l'organo competente è un soggetto differente, estraneo alla controversia in corso di svolgimento, viene a configurarsi la necessità di rimettere l'affare all'autorità competente, dato che esclusivamente in tale fattispecie la pronuncia sulle altre censure (nel dettare regole di condotta) verrebbe, in violazione del principio del contraddittorio, a porsi come vincolo anomale all'attività che lo stesso dovrà espletare<sup>23</sup>.

I termini del dibattito restano con il c.p.a. invariati nonostante sia formalmente scomparsa la previsione dell'art. 26, l. Tar, sul carattere assorbente dell'accoglimento del motivo sul vizio di incompetenza.

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". Secondo una lettura oggettiva, i poteri sono quelli mai esercitati da alcuna autorità, secondo una lettura soggettiva, il riferimento è anche ai poteri non esercitati dall'autorità competente. Nel caso di atto adottato da autorità incompetente, a ben vedere si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché sembrerebbe che il giudice non possa fare altro che dichiarare il vizio di incompetenza 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 potere.

Giova inoltre la considerazione che se il giudice ritiene che l'autorità che ha adottato l'atto è incompetente, tale vizio è radicale e assorbente di ogni altra questione, sicché si profilano elementi per l'assorbimento logico.

Alla parte che intende ottenere una pronuncia sulle modalità di esercizio del potere amministrativo si aprono perciò due strade: non sollevare la censura di incompetenza, sollevarla in via graduata e subordinata rispetto alle altre censure.

#### ***Sub b)***

Oltre all'assorbimento consentito 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<.

- 1) la reiezione per motivi di rito, comporta il necessario assorbimento delle questioni di merito;

---

<sup>23</sup> In questi termini cfr. Tar Lombardia - Brescia, 1° giugno 2001 n. 398.

- 2) l'accoglimento di una censura prospettata alternativamente ad un'altra, comporta l'assorbimento della censura alternativa;
- 3) il rigetto del ricorso principale comporta l'assorbimento del ricorso incidentale espressamente subordinato o condizionato all'accoglimento del principale;
- 4) l'accoglimento di una censura proposta in via principale comporta l'assorbimento della censura proposta in via subordinata.

In tale linea di pensiero la giurisprudenza ha 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 un intrinseco ordine motivatorio, 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<sup>24</sup>.

La giurisprudenza ha inoltre riconosciuto il potere-dovere del giudice di 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<sup>25</sup>.

### **Sub c)**

In passato, si affermava genericamente che l'accoglimento di una censura, che sia in grado di provocare la caducazione dell'atto impugnato, fa venire meno l'interesse del ricorrente all'esame degli altri motivi da parte del giudice e la potestà di questi di procedere a tale esame, autorizzando la dichiarazione di «assorbimento»<sup>26</sup>.

Tale soluzione non è condivisibile nella sua assolutezza, potendosi però ammettere l'assorbimento quando, nell'esaminare le censure proposte col ricorso giurisdizionale, il giudice dia la precedenza al motivo il cui accoglimento può soddisfare l'interesse più intenso

---

<sup>24</sup> Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 1982 n. 699.

<sup>25</sup> Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143, in *Foro it.*, 2009, III, 309, con nota di H. SIMONETTI; Cons. St., sez. VI, 5 settembre 2002 n. 4487; Tar Lombardia – Milano, 15 dicembre 2009 n. 5346.

<sup>26</sup> Cons. St., sez. VI, 5 settembre 2002 n. 4487; Cons. St., sez. V, 8 ottobre 1992 n. 979.

del ricorrente; in tal caso possono essere dichiarati assorbiti altri motivi al cui esame il ricorrente non ha più interesse per effetto dell'accoglimento del primo<sup>27</sup>.

Tale ipotesi di assorbimento è riconducibile a ragioni di economia processuale.

Giova sul punto ricordare che lo schema originario di 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 evincibile dal sistema del c.p.a. e senz'altro operante pur in difetto di espressa previsione.

Si è sopra visto, inoltre, il caso di assorbimento consentito, per motivi di economia processuale, nell'ipotesi di rigetto del ricorso.

Fuori di tali ipotesi, la prassi dell'assorbimento dei motivi è da stigmatizzare, anche nei casi di accoglimento del ricorso, perché è interesse del ricorrente avere una compiuta disamina della questione sotto tutti i profili prospettati, anche ai fini del successivo giudizio di ottemperanza ovvero della tutela risarcitoria, e, segnatamente, avere una compiuta disamina dei motivi maggiormente soddisfatti.

La giurisprudenza ha affermato che i principi di effettività e completezza della tutela impongono di valorizzare il ruolo della domanda dell'interessato, riducendo la pronuncia di assorbimento dei motivi ai soli casi - in realtà del tutto marginali - in cui sussista un rapporto di chiara continenza, pregiudizialità logica, o implicazione, tra la censura accolta e quella non esaminata: si pensi alle ipotesi in cui il giudice accoglie il motivo riguardante l'omessa motivazione e, contestualmente, dichiara assorbita la censura di insufficiente motivazione.

---

<sup>27</sup>Cons. St., sez. V, 7 settembre 1982 n. 635.

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.

Così, esemplificando, non può ritenersi assorbente l'accoglimento del motivo relativo all'omessa comunicazione di avvio del procedimento; invero, in mancanza di una esplicita richiesta di segno diverso del ricorrente, deve escludersi che 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, possa comportare l'assorbimento delle censure "sostanziali", riferite ad altri aspetti contenutistici della determinazione impugnata<sup>28</sup>.

Nella stessa linea di pensiero si riporta la seguente casistica:

irritualmente si fa luogo al c.d. assorbimento dei motivi di ricorso ove il motivo accolto riguardi uno soltanto degli atti impugnati (nella specie, meramente esecutivo di altri) e non esaurisca l'intera materia del giudizio<sup>29</sup>;

posto che non tutte le censure proposte col ricorso giurisdizionale si pongono sullo stesso piano logico e sostanziale, ai fini dell'assorbimento dei motivi non è consentito prescindere dalla pronuncia di alcuna questione della quale si riconosca la rilevanza nella fattispecie, in considerazione esclusivamente del risultato cui praticamente il giudice pervenga in base a diverso criterio di decisione<sup>30</sup>.

La giurisprudenza ha osservato che la prassi dell'assorbimento dei motivi va radicalmente riconsiderata dopo l'introduzione della tutela risarcitoria nel processo amministrativo, in quanto, per potersi assorbire un motivo, deve risultare con evidenza che dall'accoglimento della censura assorbita non potrebbe derivare al ricorrente alcun vantaggio nemmeno sotto il profilo risarcitorio<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Cons. giust. sic., 22 aprile 2009 n. 299; Cons. St. sez. VI, 18 giugno 2008 n. 3002.

<sup>29</sup> Cons. St., sez. V, 24 maggio 1988 n. 328.

<sup>30</sup> Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 1986 n. 75; Cons. St., sez. VI, 21 novembre 1992 n. 925.

<sup>31</sup> Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213, cit.; Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2008 n. 3002, cit.

Tuttavia, la tecnica dell'assorbimento dei motivi non può ritenersi illegittima ogni qualvolta non sia frutto di arbitrio o casualità giudiziaria ma espressione consapevole del potere di controllo esercitato dal giudice amministrativo sull'esercizio della funzione pubblica.

Conseguentemente non può affermarsi meccanicamente che l'esame dei vizi sostanziali debba sempre precedere quello dei vizi procedurali al fine di un eventuale assorbimento di questi ultimi.

Talora, infatti, i vizi sostanziali appaiono chiaramente dipendenti da quelli formali che condizionano il contenuto della valutazione, come si verifica, oltre che nei casi di incompetenza relativa e scorretta composizione dell'organo decidente, anche nell'esempio classico di mancata acquisizione del parere obbligatorio dell'organo consultivo<sup>32</sup>.

### **8. Assorbimento in primo grado e riproposizione in appello di motivi o eccezioni assorbite.**

Prima del c.p.a. era assolutamente pacifico in giurisprudenza che la tecnica dell'assorbimento dei motivi consiste in una non pronuncia sul rilievo che la deduzione considerata assorbente assume, nel contesto decisionale, una valenza del tutto prioritaria e tale da impedire una disamina delle altre censure, ciò comporta che i motivi non esaminati per assorbimento non sono stati ritenuti infondati<sup>33</sup>.

Posto che la pronuncia di assorbimento di taluni motivi contenuti in un ricorso giurisdizionale non comporta un implicito rigetto, né la soccombenza della parte interessata, per la loro riproposizione in appello, prima del c.p.a. si considerava sufficiente l'espressa deduzione in un semplice atto defensionale, non occorrendo la notifica alla controparte, in quanto la loro devoluzione al giudice di secondo grado è connaturata con l'appello<sup>34</sup>.

Anche alla luce del c.p.a. si deve ritenere che, sul piano puramente logico, il motivo assorbito o non esaminato (il non esame è un assorbimento implicito) è un motivo non esaminato, sul quale non si delinea soccombenza.

Tuttavia non se ne trae sul piano normativo il corollario che non occorre atto di appello per la riproposizione.

Il c.p.a. muove dalla diversa prospettiva che il motivo non esaminato o assorbito in primo grado, se non riproposto in appello, si intende rinunciato, imponendo, pertanto,

---

<sup>32</sup> Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143.

<sup>33</sup> Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2001 n. 1397.

<sup>34</sup> Cons. St., ad. plen., 22 dicembre 1982 n. 19; Cons. St., sez. IV, 27 novembre 1998 n. 1635.

implicitamente, la regola dell'onere di riproposizione con atto di appello dei motivi o eccezioni non esaminati o assorbiti in primo grado (art. 101, co. 2, c.p.a.).

Viene perciò espressamente superato l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui motivi ed eccezioni non esaminati o assorbiti potevano essere riproposti con semplice memoria, o anche con dichiarazione verbale resa in udienza.

Tale soluzione sembra coerente con la delega che, se da un lato imponeva di tener conto dell'elaborazione giurisprudenziale, dall'altro lato richiedeva anche una complessiva razionalizzazione e accelerazione del processo.

L'innovazione risponde a indubbie esigenze di certezza e corretta delimitazione, sin dall'atto di appello, della materia del contendere.

Per le parti diverse dall'appellante, domande ed eccezioni assorbite o non esaminate in primo grado vanno proposte in appello con memoria da depositarsi, a pena di decadenza, entro il termine per la costituzione in giudizio.

Anche in tal caso il c.p.a. rispetto al passato imprime una brusca accelerazione alla delimitazione della materia del contendere.

## **9. Ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale.**

In linea generale, il ricorso incidentale va esaminato dopo quello principale e solo in caso di riconosciuta (astratta) fondatezza di quest'ultimo, poiché esso, di regola, opera come un'eccezione processuale in senso tecnico.

Tuttavia, anche mettendo da parte il rilievo di esigenze di economia processuale (peraltro da coordinare con il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato), si sono individuate fattispecie in cui l'esame del ricorso incidentale può (o deve) precedere la valutazione del ricorso principale.

In particolare, si è affermato che nel caso in cui sia proposto un ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, e tali sono le questioni che si riverberino sull'esistenza dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale, perché, pur profilandosi come questioni di merito, producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione, e quindi su una questione di rito<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Cons. St., sez. V, 24 novembre 1997 n. 1367; Cons. St., sez. V, 25 marzo 2002 n. 1695; Cons. St., sez. V, 8 maggio 2002 n. 2468.



Un'ipotesi di questo genere si verifica quando il ricorso incidentale concerne un aspetto del procedimento concorsuale in contestazione che incide sulla stessa legittimità della partecipazione del ricorrente. È il caso del ricorso principale proposto dal concorrente non vincitore di una gara o di un concorso contro la graduatoria della selezione.

In tali eventualità, quando il ricorso incidentale si rivolge contro l'ammissione del ricorrente principale, si prospetta una questione riguardante la stessa legittimazione dell'attore, che può (ed anzi, di regola, deve) essere esaminata con priorità rispetto alle altre<sup>36</sup>..

In concreto, in materia di gare d'appalto, l'esame del ricorso incidentale deve precedere l'esame del ricorso principale qualora l'impresa vincitrice deduca che l'impresa sconfitta doveva essere in radice esclusa dalla gara.

E ciò perché se in questo ordine l'incidentale è accolto il principale diviene inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnazione in capo alla impresa originaria ricorrente.

E la giurisprudenza ha ribadito che, in tali ipotesi, la proposizione del ricorso incidentale costituisce il veicolo necessario ed insostituibile per contestare la legittimazione del ricorrente principale.

Il controinteressato nei cui confronti sia stato proposto ricorso diretto alla sua esclusione da una gara pubblica per difetto di requisiti soggettivi richiesti deve proporre ricorso incidentale se vuole contestare l'ammissione alla gara del ricorrente<sup>37</sup>.

Occorre considerare che l'accoglimento del ricorso incidentale può comportare conseguenze molto diverse a seconda del contesto in cui esso concretamente si inserisce.

L'ipotesi più semplice è quella in cui l'accertamento delle contrapposte illegittimità, dedotte, rispettivamente, con il ricorso principale e con quello incidentale, comporta il riconoscimento della sostanziale legittimità del risultato sostanziale finale. In tal caso, anche per evidenti esigenze di economia processuale, l'amministrazione non è tenuta a rinnovare il procedimento, perché gli esiti conclusivi resterebbero identici.

La seconda ipotesi è quella in cui il giudice accerta l'illegittimità del concreto provvedimento impugnato (dedotta con il ricorso principale), e la contestuale illegittimità dell'atto normativo, generale (od anche singolare) presupposto (prospettata con il ricorso incidentale). Ma anche in questa eventualità non si verifica alcuna contraddizione, perché, in ultima analisi, la pronuncia accerta la conformità del singolo atto con l'ordinamento giuridico.

---

<sup>36</sup> Tar Piemonte, sez. II, 10 giugno 2002 n. 1190, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 2883; Cons. St., sez. V, 28 maggio 2004 n. 3456, in *Cons. St.*, 2004, I, 1147; *Foro amm. – CdS*, 2004, 1433;

<sup>37</sup> Cons. St., sez. V, 6 marzo 1990 n. 262.

Le altre ipotesi sono quelle in cui l'illegittimità dedotta con il ricorso principale non viene positivamente esclusa, ma il ricorso incidentale impedisce in radice la pronuncia di annullamento, per carenza di un requisito processuale in capo all'attore principale.

In tale eventualità manca qualsiasi valutazione sulla legittimità del provvedimento impugnato, in relazione alle censure dedotte in via principale. Il mancato accoglimento del ricorso principale deriva da ragioni puramente processuali, che non incidono sulla validità sostanziale dell'atto.

Proprio in tale eventualità viene in evidenza la correttezza dell'esame preventivo delle censure riguardanti il difetto di legittimazione del ricorrente principale. La sentenza non contiene un accertamento dell'illegittimità sostanziale del provvedimento amministrativo accompagnata dall'inammissibilità del ricorso, perché ciò determinerebbe un'inversione logica della sequenza delle diverse questioni e determinerebbe un esito iniquo e scarsamente comprensibile sul piano pratico.

La necessità di questa valutazione preliminare del ricorso incidentale mirato a contestare la legittimazione attiva del ricorrente principale resta ferma, di norma, anche quando la domanda originaria mira ad affermare l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'aggiudicatario.

In effetti, occorre considerare attentamente la peculiarità delle concrete vicende di volta in volta esaminate nel giudizio.

Delicata è l'ulteriore questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nel caso di gara di appalto con due soli concorrenti utilmente classificati, vale a dire i ricorrenti incidentale e principale.

Secondo un'impostazione, in tal caso, fermo l'esame prioritario del ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione del ricorrente principale, anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale il ricorso principale non diventerebbe improcedibile.

E, invero, si osserva che nel caso di gare con due soli concorrenti utilmente classificati il ricorrente principale vanta un interesse all'esame nel merito della sua impugnazione anche qualora l'accoglimento del ricorso incidentale *ex adverso* proposto abbia pregiudicato la sua possibilità di conseguire in via immediata l'appalto.

Tale interesse secondario – che è quello strumentale al rinnovo integrale della procedura selettiva – sopravvive all'effetto di paralisi che l'accoglimento del ricorso incidentale determina sull'interesse primario all'aggiudicazione perseguito dal ricorrente principale<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Cons. St., sez. V, 25 luglio 2006 n. 4657, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, 1120; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006 n. 2095; Cons. St., sez. V, 10 novembre 2005 n. 6285; Cons. St., sez. V, 23 agosto 2004 n. 5583.

In tale eventualità, in caso di fondatezza di entrambi i ricorsi, potrebbe apparire più congrua una decisione che, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il rinnovo delle operazioni concorsuali. Il ricorrente incidentale, attraverso l'accoglimento della propria domanda otterrebbe comunque un risultato utile, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dall'amministrazione<sup>39</sup>.

Secondo una diversa impostazione, il criterio generale di rito secondo cui l'accoglimento del ricorso incidentale relativo ad una causa di esclusione dalla gara del ricorrente principale rende improcedibile il ricorso principale, basandosi sul mero riscontro della perdita di legittimazione e quindi del venir meno di una condizione dell'azione la quale invece deve permanere in capo all'istante fino alla decisione - non può trovare deroga nell'ipotesi in cui i ricorsi sono stati proposti dagli unici due partecipanti ad una gara d'appalto.

Anche in questo caso infatti l'accoglimento del ricorso incidentale mette in discussione lo stesso titolo di legittimazione dell'impresa originaria ricorrente a proporre il gravame principale.

Per effetto di tale accoglimento, invero, l'impresa medesima risulta esclusa dalla gara d'appalto *de qua*, il che vuol dire che viene meno la legittimazione stessa della ricorrente originaria all'impugnazione: la legittima partecipazione alla gara costituisce l'indispensabile presupposto legittimante, che radica nell'impresa concorrente l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione e, di contro, l'estromissione dalla procedura concorsuale è fonte della perdita del titolo a dedurre vizi inerenti alle ulteriori fasi della medesima procedura, atteso che nel vigente ordinamento processuale in cui chi non ha legittimazione all'impugnazione non può far valere vizi a carico del controinteressato<sup>40</sup>.

Diversamente, nelle ipotesi in cui alla procedura concorsuale partecipano altri soggetti, oltre al ricorrente principale ed al controinteressato, ricorrente incidentale, l'accoglimento contestuale del ricorso principale e del ricorso incidentale non può risolversi in un annullamento di entrambi gli atti di ammissione, perché ciò determinerebbe un esito privo di utilità per entrambe le parti, tenuto conto che il vantaggio riguarderebbe la sfera giuridica di una diversa parte.

---

<sup>39</sup> Cons. St., sez. V, 8 maggio 2002 n. 2468.

<sup>40</sup> Cons. St., sez. IV, 30 dicembre 2006 n. 8265, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, 1781; v. anche Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2004 n. 8005.

La questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale nella materia dei contratti pubblici quando si sia in presenza di due sole imprese, è stata rimessa all'esame della plenaria<sup>41</sup>.

Sul punto l'ordinanza di rimessione ha manifestato la propria adesione all'orientamento per il quale – quando alla gara siano state ammesse due offerte – va dapprima esaminato il ricorso incidentale contro l'atto di ammissione alla gara del ricorrente principale e poi, nel caso di sua fondatezza, vanno esaminate le censure di questi contro l'ammissione della aggiudicataria, concludendo nel senso che il Tar può annullare entrambi gli atti di ammissione, con la conseguente indizione di una ulteriore gara.

La plenaria ha nella sostanza aderito alla soluzione prospettata dall'ordinanza di rimessione, facendo leva sulla nozione di interesse strumentale al ricorso e sul principio di imparzialità del giudice e parità delle parti, che prevalgono sulle regole relative all'ordine di trattazione delle questioni<sup>42</sup>.

Nel dettaglio, la plenaria ha ritenuto che la questione vada risolta tenendo conto:

- a) delle disposizioni applicabili per il ricorso incidentale nel giudizio di impugnazione;
- b) dei principi riguardanti l'ordine logico di trattazione delle questioni;
- c) del principio di imparzialità del giudice, che deve trattare le parti in condizioni di parità.

Quanto alle disposizioni applicabili al ricorso incidentale, prima del c.p.a. l'art. 22, l. Tar richiamava l'art. 37, r.d. n. 1054/1924 e l'art. 44, r.d. n. 642/1907; il citato art. 37, co. 6, disponeva che *«il ricorso incidentale non è efficace se è prodotto dopo la rinuncia al ricorso principale o se questo è dichiarato inammissibile per essere stato proposto fuori termine»*.

Con riferimento al giudizio di impugnazione, il legislatore si era dunque rimesso alla elaborazione giurisprudenziale, ponendo solo la regola - basata sul principio di economia processuale – per cui, se vi sono ragioni preclusive dell'esame della fondatezza del ricorso principale, diventa in sostanza improcedibile il ricorso incidentale, per sopravvenuta carenza di interesse.

L'art. 37, co. 6, si era espressamente riferito ai soli casi in cui le censure del ricorso principale non possano essere esaminate perché esso è rinunciato o è tardivamente proposto, ma risultava senz'altro applicabile per identità di *ratio* anche quando esso vada dichiarato perentorio o improcedibile per il superamento del termine del suo deposito.

---

<sup>41</sup> Cons. St., sez. V, 5 giugno 2008 n. 2669, ord., in *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, 728; *Urb. e app.*, 2008, 1046.

<sup>42</sup> Cons. St., ad. plen., 10 novembre 2008 n. 11, in *Urb. e app.*, 2008, 41, con nota di L. TARANTINO, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo* (48-53).

In tali casi, in cui il ricorso incidentale diventa improcedibile, ben può affermarsi che questo è subordinato e accessorio a quello principale.

Tali previsioni non sono formalmente riprodotte nel c.p.a., ma si devono ritenere operanti secondo i canoni logici perché l'art. 42, co. 1, c.p.a., afferma che le domande proponibili con il ricorso incidentale sono quelle il cui interesse sorge indipendentemente dalla domanda proposta in via principale. Vi è dunque un chiaro nesso di subordinazione del ricorso incidentale rispetto a quello principale.

Qualora il ricorso principale sia stato tempestivamente notificato e depositato, e non seguito dalla perenzione o dalla rinuncia, nell'assenza di indicazioni normative sul ricorso incidentale, sull'ordine di trattazione dei due ricorsi e sulle conseguenze processuali della loro fondatezza, l'operato del giudice amministrativo nella soluzione delle anzidette questioni non può che ancorarsi ai pilastri fondanti del giudizio e cioè ai principi di economia processuale e di logicità.

Quanto all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, a seconda dei casi il giudice può esaminare con priorità quello che risulta decisivo per dirimere la lite.

A volte, per ragioni di ordine logico il giudice può esaminare dapprima il ricorso principale (come avviene quando questo impugni il verbale di proclamazione degli eletti e lamenti la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti al controinteressato): solo se risulti fondato il ricorso principale, sussiste un effettivo interesse del controinteressato all'esame del suo ricorso incidentale (che, a sua volta, abbia lamentato sotto altri profili la mancata attribuzione di ulteriori propri voti di preferenza, ovvero l'illegittima attribuzione di voti di preferenza al ricorrente principale, al fine di ripristinare le posizioni antecedenti alla proposizione dei ricorsi).

Tuttavia, nulla preclude al giudice di esaminare prima il ricorso incidentale che risulti fondato e di dichiarare inammissibile il ricorso principale (per la 'prova di resistenza', poiché l'atto impugnato non potrebbe essere annullato anche nel caso di fondatezza del ricorso principale).

Analoghi criteri possono essere seguiti quando si tratti della impugnazione della graduatoria (di un concorso, di una gara o comunque per l'assegnazione di benefici) e il ricorrente principale lamenti la mancata attribuzione di un punteggio (o che al controinteressato sia stato attribuito un punteggio superiore a quello spettante), mentre corrispondenti censure siano proposte dal ricorrente incidentale (che sotto altri profili lamenti la mancata attribuzione di un punteggio o che al ricorrente principale sia stato attribuito un punteggio superiore a quello spettante).

In tutti tali casi, il ricorso incidentale – rivolto avverso il medesimo provvedimento impugnato in via principale - va esaminato tenendo conto delle esigenze di economia processuale e costituisce una eccezione in senso tecnico, la cui fondatezza preclude l'accoglimento del ricorso principale (senza comportare l'annullamento *in parte qua* dell'atto impugnato e conseguenze su soggetti non intimati nel giudizio).

In altri casi, il giudice può esaminare prima il ricorso incidentale, come avviene quando l'aggiudicatario di una gara - cui siano state ammesse almeno tre offerte – abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale.

Infatti, ove il ricorso incidentale vada accolto, per la risalente pacifica giurisprudenza (incontestata in sede dottrina):

- l'impresa ricorrente principale, che ha presentato l'offerta da escludere (come statuito dal giudice), non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara, poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione della aggiudicataria, l'amministrazione - salvo l'esercizio del potere di autotutela - non potrebbe che prendere in considerazione l'offerta o le offerte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili;

- il ricorso principale diventa dunque improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità.

Anche in tal caso, il ricorso incidentale costituisce una eccezione in senso tecnico, che, se accolta, preclude l'esame del ricorso principale, senza condurre all'annullamento dell'atto impugnato.

Tuttavia, nulla preclude al giudice di esaminare con priorità il ricorso principale che risulti infondato, per giungere alla statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale.

In tutti questi casi, dunque, il giudice si può ispirare alle esigenze di economia processuale per determinare l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, giungendo a determinare una soccombenza che di per sé comunque si produrrebbe (sia pure in base a una diversa *ratio decidendi*) anche invertendo l'ordine di trattazione delle questioni (e che, dunque, si basa su statuizioni rispettose del principio della parità delle parti).

Nel caso esaminato dalla plenaria in commento (caratterizzato dal ricorso principale e da quello incidentale delle due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuno dei quali volto a far accertare che la controparte è stata illegittimamente ammessa alla gara), il giudice deve dare rilievo all'interesse alla ripetizione della gara, sicché non può essere applicato il principio sopra richiamato, sulla improcedibilità del ricorso principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale riguardi una gara con più di due offerte ammesse.

La giurisprudenza amministrativa ha precisato da tempo che una impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse 'strumentale', mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando (ad esempio, quando una impresa, pure se esclusa, abbia impugnato tutti gli atti di ammissione delle altre imprese o abbia impugnato il bando in ragione di una sua 'clausola escludente': ad. plen., 23 gennaio 2003 n. 1).

Inoltre, anche per la giurisprudenza della C. giust. CE è meritevole di tutela l'interesse della impresa a ricorrere contro gli atti i cui effetti precludano l'indizione di una gara, affinché essa possa partecipare a quella che sarà indetta dopo l'annullamento (C. Giust. CE, 11 gennaio 2005 C-26/03, § 40-41).

Qualora siano state ammesse alla gara solo le loro due offerte, non si può dunque affermare che sussisterebbe un interesse di mero fatto della ricorrente principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale evidenzia l'illegittimità dell'atto che l'abbia ammessa alla gara.

Infatti, la stessa ricorrente principale – pur non potendo ottenere l'aggiudicazione della gara – in base al principio 'il più contiene il meno' conserva l'interesse 'minore' e 'strumentale' a vedere esaminate le sue censure rivolte avverso l'atto di ammissione della aggiudicataria e in via consequenziale avverso l'aggiudicazione, affinché anche questi siano annullati, per ottenere l'indizione di una gara ulteriore.

Rilevato che l'accoglimento del ricorso incidentale non fa venire meno l'interesse a ricorrere della ricorrente principale (quale titolare del descritto interesse strumentale), sorge la questione se – come ritenuto da un orientamento segnalato nella ordinanza di rimessione – questa soluzione debba intendersi preclusa perché andrebbe esaminato con priorità il ricorso principale.

Per tale impostazione, la fondatezza del ricorso principale comporterebbe l'improcedibilità di quello incidentale (in quanto proposto da una impresa il cui atto di ammissione alla gara è risultato illegittimo), con la conseguente preclusione processuale per la verifica della legittimità dell'atto di ammissione alla gara della stessa ricorrente principale.

Ad avviso dell'adunanza plenaria, questa conclusione non può essere condivisa, poiché non tiene conto della simmetria delle posizioni processuali della ricorrente principale e della aggiudicataria ricorrente incidentale, anch'essa titolare di un interesse 'strumentale' alla ripetizione della gara.

Infatti, qualora il Tar abbia accolto il ricorso principale ravvisando l'illegittimità dell'atto di ammissione alla gara della aggiudicataria, anche questa – pur non potendo mantenere

l'aggiudicazione a suo favore – è titolare di un interesse 'minore' e 'strumentale' alla ripetizione della gara, soddisfatto qualora risulti fondato il suo ricorso incidentale sulla illegittimità dell'atto di ammissione alla gara della ricorrente principale.

Poiché le posizioni delle due imprese sono perfettamente simmetriche e speculari, non può ritenersi corretta la soluzione per la quale l'accoglimento del ricorso principale – quando è esaminato con priorità - renderebbe improcedibile il ricorso incidentale.

Per definire l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale e quali siano i conseguenti effetti processuali, nel caso di controversia tra le due uniche imprese che siano state ammesse alla gara, ritiene l'adunanza plenaria che sia decisivo il principio per il quale il giudice, per essere «imparziale», deve trattare le parti «*in condizioni di parità*».

Per i principi della parità delle parti e di imparzialità, dunque, quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardino l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale – esaminato prima - preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale – esaminato prima – preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara.

Quanto precede comporta che, nel rispetto dei principi processuali sull'interesse e sulla legittimazione a ricorrere, il giudice:

- a) per ragioni di economia processuale, può esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale), ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale);
- b) in base al principio della parità delle parti, non può determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni;
- c) qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), deve tenere conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e deve esaminare anche l'altro, quando la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'amministrazione di indirne una ulteriore. In tal caso, dunque, il ricorso incidentale ha natura impugnatoria dell'atto di ammissione alla gara della ricorrente principale, la cui efficacia precluderebbe l'indizione di quella ulteriore.



Secondo un'ulteriore precisazione di una successiva plenaria, se in gara vi sono solo due imprese ammesse e una fa ricorso principale e l'altra incidentale, nell'ordine di esame dei due ricorsi va esaminato prima quello che denuncia un vizio che attiene a una fase di gara anteriore nella sequenza procedimentale: nella specie, si è esaminato prima il ricorso principale di quello incidentale, perché esso contestava i requisiti generali di partecipazione della controparte, ai sensi dell'art. 38, codice appalti, laddove il ricorso incidentale contestava i requisiti dell'offerta tecnica della controparte. Dunque, il ricorso principale attaccava una fase di gara anteriore e pregiudiziale<sup>43</sup>.

In questa logica, si dovrebbe ritenere prioritario, l'esame del ricorso, sia esso incidentale o principale, che attacca il bando di gara rispetto al ricorso che attacca l'aggiudicazione o l'ammissione in gara del concorrente. Così, se il ricorrente principale attacca l'aggiudicazione e quello incidentale la fase dell'ammissione o il bando, è prioritario il ricorso incidentale, ovvero se il ricorrente principale attacca l'ammissione della controparte e la controparte attacca il bando.

#### **10. Ordine di esame di appello principale e incidentale e questioni rilevabili d'ufficio nei giudizi di appello.**

In prima battuta, alla luce delle considerazioni sin qui esposte, si potrebbe essere tentati di affrontare il tema di appello principale e incidentale, a fronte di questioni rilevabili d'ufficio, osservando che l'ordine di esame dei due appelli non è fisso ma condizionato dall'esservi una questione rilevabile d'ufficio.

Tuttavia, tale affermazione vale solo nei limiti in cui la questione rilevabile d'ufficio riguardi specificamente il giudizio di appello, o, pur riguardando l'intero giudizio, non abbia già formato oggetto di decisione esplicita o implicita da parte del giudice di primo grado.

In questa seconda ipotesi, la questione, che era rilevabile d'ufficio in primo grado, se viene decisa espressamente o implicitamente dal giudice di primo grado, in grado di appello non è più rilevabile d'ufficio, e può essere esaminata solo se c'è specifica impugnazione.

Sicché, la questione rimane una questione pregiudiziale di rito, ma non più rilevabile d'ufficio.

A questo punto si riespande la problematica ordine di esame appello principale e appello incidentale, con cui si incrocia quella ordine di esame di questioni di merito e questioni di rito.

---

<sup>43</sup> Cons. St., ad. plen., 15 aprile 2010 n. 2155.

All'interno del singolo appello (principale o incidentale), deve continuare a seguirsi l'ordine di esame, prima questioni di rito poi questioni di merito.

Ma si tratta di stabilire quale ordine dare all'appello principale e incidentale, se quello incidentale sollevi questioni di rito.

Il parametro di soluzione non potrà essere in tal caso prima le questioni di rito e poi quelle di merito, a prescindere se sono poste con appello principale o incidentale, bensì quello dell'interesse e conseguente ordine di esame appello principale e incidentale.

Occorre allora verificare la portata dell'appello incidentale, e stabilire se si tratti di appello autonomo retto da un autonomo interesse, o invece condizionato all'accoglimento dell'appello principale.

Se l'appello incidentale è autonomo, ossia retto da un autonomo interesse, dovranno esaminarsi prima le questioni di rito con esso sollevate.

Se l'appello incidentale è subordinato, esso va esaminato dopo quello principale, anche se solleva questioni di rito che, in astratto, in ordine logico andrebbero esaminate per prime.

Nel caso di appello incidentale della parte totalmente vittoriosa nel merito, che ripropone una eccezione di rito, ivi compreso il difetto di giurisdizione, si deve ritenere, secondo l'ultimo orientamento della Cassazione a sez. un., che si tratta di appello necessariamente condizionato (anche se non vi sono indicazioni espresse in tal senso). In tale ipotesi la questione di giurisdizione non va esaminata per prima (non essendo più rilevabile d'ufficio), e va esaminata solo nel caso in cui debba essere accolto l'appello principale.

In tal senso le sez. un. della Cass. hanno affermato che il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito che investa questioni pregiudiziali di rito, ivi comprese quelle attinenti alla giurisdizione, o preliminari di merito, ha natura di ricorso condizionato, indipendentemente da ogni espressa indicazione di parte, e deve essere esaminato con priorità solo se le questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, rilevabili d'ufficio, non siano state oggetto di decisione esplicita o implicita da parte del giudice di merito; qualora, invece, vi sia stata una tale decisione, il ricorso incidentale va esaminato solo in presenza dell'attualità dell'interesse, sussistente unicamente nell'ipotesi di fondatezza del ricorso principale: nella specie, il ricorrente incidentale in cassazione, totalmente vittorioso nel merito nei pregressi giudizi, aveva con il ricorso incidentale denunciato il difetto di giurisdizione l'eccezione era già stata sollevata nei gradi pregressi e respinta espressamente; nella motivazione la Corte precisa che la questione pregiudiziale di

rito relativa alla giurisdizione si deve ritenere in ogni caso decisa, sia pure implicitamente, quando è resa una sentenza di merito<sup>44</sup>.

Nella parte motiva le sez. un. fanno il punto sul ruolo dell'ordine logico di esame delle questioni nei giudizi di impugnazione, osservando che il "*principio secondo cui l'ordine logico delle questioni da esaminare è rimesso al giudice (...) vale solo per il primo grado. Quando, invece, la decisione su una questione vi è stata, il riesame della stessa da parte del giudice dell'impugnazione è rimesso necessariamente all'impulso di parte, per il principio devolutivo che regge il sistema delle impugnazioni. Se tale impulso di parte è condizionato all'accoglimento dell'impugnazione avversaria e quindi al sopravvenire della soccombenza anche formale e dell'interesse all'impugnazione, in questi termini va valutato dal giudice il mezzo impugnatorio proposto*".

Le sez. un. superano così il loro precedente orientamento secondo cui se la parte totalmente vittoriosa nel merito solleva con ricorso incidentale una questione pregiudiziale rilevabile d'ufficio, il ricorso incidentale va deciso con priorità, anche se esso è condizionato all'accoglimento del ricorso principale, non potendo le parti incidere sull'ordine di esame delle questioni recato dall'art. 276 c.p.c.<sup>45</sup>.

Il superamento della tesi precedente viene giustificato alla luce del mutamento di orientamento da parte delle sez. un. *medio tempore* intervenuto sul rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione (Cass., sez. un., n. 24883/2008).

Se infatti il difetto di giurisdizione nei giudizi di impugnazione non è rilevabile d'ufficio ma solo se c'è uno specifico motivo di impugnazione, tale motivo di impugnazione deve seguire l'ordine di esame secondo il criterio dell'interesse.

Ciò comporta, come affermano testualmente le sez. un., "che, in sede di impugnazione nel giudizio davanti all'autorità giudiziaria ordinaria o a giudici speciali diversi dal giudice amministrativo o contabile, se la parte soccombente nel merito non propone o ripropone la questione di giurisdizione, con i mezzi appropriati secondo il regime di impugnabilità della sentenza, il giudice non possa esaminarla; che, se la parte soccombente nel merito non la rileva, il giudice non possa esaminarla; se la parte vittoriosa, ma soccombente solo sulla questione della giurisdizione la solleva, il giudice potrà esaminarla solo quando per effetto dello sviluppo della sua decisione, tale parte già vittoriosa nel merito diventi soccombente nel merito".

---

<sup>44</sup> Cass., sez. un., 6 marzo 2009 n. 5456, in *Foro it.*, 2009, I, 3047, con nota di richiami di B. GAMBINERI e con nota di S. RUSCIANO, *Il ricorso incidentale della parte vittoriosa nel merito è condizionato de iure*.

<sup>45</sup> Cass., sez. un., 23 maggio 2001 n. 212, in *Foro it.*, 2002, I, 493,

**“In altri termini il giudice non ha più la piena disponibilità della questione della giurisdizione se non in primo grado** (a tal fine bisogna infatti tener conto dei principî in tema di giudicato implicito affermati da Cass., sez. un., 24883/08, cit.). Successivamente, egli può intervenire sulla questione solo se la parte soccombente sul punto glielo richiede, in presenza di un interesse processuale a tale richiesta (e quindi se trattasi della parte vittoriosa, allorché questa è divenuta soccombente per l'accoglimento dell'impugnazione di controparte); altrimenti egli «subisce» la giurisdizione implicitamente affermata nella statuizione di merito.”

La tesi viene fondata dalle sez. un. anche su ragioni di economia processuale e ragionevole durata del processo: “A fronte del ricorso di una parte che non contesta la decisione sulla giurisdizione, ma solo sul merito (e quindi chiede esclusivamente una decisione sullo stesso) ed a fronte della posizione del ricorrente incidentale, che chiede anzitutto che sia mantenuta ferma la decisione sul merito e, solo in caso negativo, sia rivisitata la decisione sulla giurisdizione, il decidere preliminarmente la questione di giurisdizione può comportare un irragionevole allungamento dei tempi processuali per giungere ad una decisione di merito. Infatti, mentre l'infondatezza dichiarata del ricorso principale esaminato per primo significa chiudere il processo con un definitivo provvedimento di tutela nel merito, la fondatezza dichiarata del ricorso incidentale esaminato per primo significa obbligare la parte interessata a ricominciare il processo da capo davanti ad altro giudice per ottenere presumibilmente il medesimo risultato finale, che per lui già era soddisfacente”.

## **11. Conclusioni.**

Sin qui si è offerta una ricostruzione del quadro normativo e giurisprudenziale anteriore al c.p.a., e del quadro normativo nuovo, vagliato a prima lettura e senza il supporto dell'applicazione pratica e dell'elaborazione giurisprudenziale.

Si è tentato di evidenziare come il tema, che sembra strettamente processuale, e forse bizantino, dell'ordine di esame dei motivi e relativa disponibilità, è fortemente influenzato da scelte di fondo sui poteri delle parti e del giudice nel processo, e da una scelta di fondo sul ruolo da attribuire alla tutela dell'interesse pubblico nel processo amministrativo.

Il nuovo codice valorizza infatti il principio dispositivo e, più in radice, il principio di “parità delle parti” (art. 2 c.p.a.).

Questo sembra segnare l'abbandono del tradizionale modello di processo amministrativo finalizzato alla tutela dell'interesse legittimo e, per il suo tramite, dell'interesse pubblico;

finalizzazione che giustificava i poteri d'ufficio del giudice amministrativo, quale tutore e guardiano, in definitiva, dell'interesse pubblico.

Nel nuovo modello processuale, la parità delle parti comporta anche un diverso ruolo di pubblica amministrazione e giudice amministrativo nella tutela dell'interesse pubblico, in quanto la pubblica amministrazione assurge alla maggiore età e deve, pertanto, assumere un ruolo attivo nella tutela, stragiudiziale e giudiziale, degli interessi a cui è preposta, non potendo più contare su un giudice amministratore-tutore e supplente.

Alla pubblica amministrazione non mancano gli strumenti, in un processo di parti ad armi pari: atti di autotutela, eccezioni, domande riconvenzionali. In tale quadro non sarebbe stato inutile mantenere l'azione di accertamento, prevista nello schema iniziale ed espunta dal Governo, che avrebbe potuto essere utilizzata dalla stessa amministrazione in via riconvenzionale.

Ma senza dubbio il nuovo modello processuale chiama ad un maggior impegno i difensori dell'amministrazione, e segnatamente l'Avvocatura erariale.

Questo è il nuovo modello processuale – salvi futuri ripensamenti- che sembra offrirci il cod. proc. amm., che lo si condivida o meno (secondo valutazioni e convinzioni soggettive).

Si sono seminati i dubbi esegetici che il tema affrontato pone, alla luce del nuovo codice.

La giurisprudenza e la dottrina a venire daranno le risposte alle domande rimaste aperte, mentre è da attendersi che la prassi applicativa del codice farà sorgere anche ulteriori interrogativi, che a prima lettura non sono stati scrutinati.