

20 settembre 2013 h. 15.30

Castello di Udine

XVIII Convegno - Ciclo convegni "Il diritto amministrativo che cambia..."

Intervento del Prof. Avv. Eugenio Picozza

IL CUMULO (CONDIZIONALE) DELLE DOMANDE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.
RELAZIONE DEL PROF.AVV. EUGENIO PICOZZA ORDINARIO DI DIRITTO
AMMINISTRATIVO PRESSO LA SCUOLA DI SPECIALIZZAZIONE PER LE PROFESSIONI
LEGALI NELLA UNIVERSITA' DI ROMA "TOR VERGATA".

1.Premessa. Per poter affrontare con cognizione di causa, e seppure nei limiti ristretti di tempo imposti dalla presente occasione, occorre chiarire alcuni punti fermi che fungono da sicuro orientamento per fornire un minimo contributo alla problematica oggetto di questo incontro.

Il primo riferimento come abbiamo sentito dalla brillante relazione del Collega di Facoltà e caro Amico, prof. Bruno Sassani, è nel codice di procedura civile che sviluppa da par suo tutti i problemi derivanti dall'istituto del cumulo delle domande nel processo civile. Ora l'interrogativo primario che ci si deve porre è quanta dogmatica del processo civile in argomento può essere validamente nel processo amministrativo, sia in considerazione della diversità dell'oggetto sia soprattutto in ordine ai limiti del c.d. "rinvio esterno" contenuto nell'articolo 39 del vigente codice del processo amministrativo.

a)Inizio subito da questo perché ha una portata molto più vasta della giurisdizione dello stesso oggetto del processo. L'articolo 39 comma prima dispone lapidariamente: "Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali".

Abbiamo quindi ben due limiti espliciti:

-Il primo riguarda il c.d. principio di autosufficienza delle disposizioni del codice del processo amministrativo: vedremo subito che nel caso dell'articolo 32 (Pluralità di domande e conversione delle azioni) il codice del processo è stato molto più lasco e anzi molto più generico delle corrispondenti disposizioni del codice di procedura civile (articoli 40 per la connessione soggettiva e articoli 103 e 104 c.p.c. per la connessione oggettiva) e quindi la "specificità" della disciplina processualistica in questo caso non ci aiuta per niente;

-il secondo limite riguarda come intendere l'applicabilità delle disposizioni generali in quanto espressione di "principi generali".

Ora il cumulo di domande è sicuramente espressione di principi generali del processo amministrativo (più di uno: la integrità, completezza e parità del contraddittorio, l'economia del giudizio, l'effettività della tutela giurisdizionale e il giusto processo ecc..) ma non è in se stesso un principio generale, né una categoria giuridica ben definita, ma appunto un istituto che serve per assicurare l'effettività di applicazione alla categoria giuridica (sostanziale e processuale) della connessione; e che spetta al legislatore disciplinare positivamente seppure in conformità alla c.d. interpretazione costituzionalmente orientata: occorre quindi che il principio generale venga utilizzato in modo "compatibile" con la specificità del processo amministrativo, dal momento che come è a tutti noto, dal punto di vista soggettivo il giudice amministrativo è titolare di una giurisdizione diversa da quella ordinaria dotata di un proprio organo di autogoverno; e dal punto di vista oggettivo l'oggetto della giurisdizione ed in particolare del giudizio è parzialmente diverso da quello civile.

Occorre quindi per prima cosa concentrarsi proprio su questa diversità oserei dire "ontologica": su questo punto, almeno, la legge positiva e cioè l'articolo 7 (giurisdizione) del codice del processo amministrativo, sulla scorta delle serie di sentenze comandamento inaugurate dalla ormai celebre 204/2004 apportano una notevole chiarezza perché centrano l'oggetto del giudizio amministrativo – oltre che naturalmente per disposto costituzionale sulla distinzione tra situazioni giuridiche protette – soprattutto sull'esercizio o mancato esercizio di un potere amministrativo considerando per altro al secondo comma come "Pubbliche amministrazioni" tutti i soggetti- ancorchè formalmente costituiti in forma di diritto privato – purchè equiparati dalla legge o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

Anche in tal caso dobbiamo fare ricorso alle nozioni di teoria generale del diritto o come una

volta si insegnava alla “dogmatica del diritto”: emerge che il potere è una fattispecie dinamica ancorata al mondo della produzione giuridica, mentre il diritto soggettivo è una fattispecie relativamente statica ancorata al mondo della imputazione giuridica.

Ecco perché è semplice affermare sulla scorta del codice civile, che l’oggetto del processo civile è l’accertamento del rapporto, ma altrettanto non si può predicare del processo amministrativo, se non nei limiti in cui esso possa essere pienamente equiparato al processo civile.

Orbene tale equiparazione, a mio personale avviso può essere consentita (e esplicitamente la consente lo stesso articolo 7 del codice del processo amministrativo) solo laddove si tratti di accertare la lesione di diritti soggettivi puri, cioè non legati all’esercizio del potere ma alla manifestazione di una volontà privatistica sia pure sorretta dalle forme della evidenza pubblica. Il quinto comma dell’articolo 7 del c.p.a. infatti recita:” Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall’articolo 133, il giudice amministrativo, conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questioni di diritti soggettivi”.

L’individuazione di queste fattispecie, peraltro, è tutt’altro che agevole perché come dimostra la giurisprudenza della Corte Costituzionale sul riparto di giurisdizione in tema di diritto fondamentali (sentenza 140/2007 e successive) è molto difficile che la tutela dei diritti soggettivi non coinvolga in un modo o nell’altro, – proprio attraverso l’esercizio o l’omesso esercizio di un potere amministrativo – anche la tutela degli interessi legittimi, invertendosi così storicamente il paradigma dell’articolo 103 della Costituzione secondo cui “il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi, ed in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”.

Questa limitazione d’altro canto non solo corrisponde alle esigenze di una interpretazione costituzionalmente orientata, ma anche alla sagace intuizione del Benvenuti che nella celebre voce Giudicato in Enciclopedia del Diritto abilmente sosteneva che la tutela della giurisdizione esclusiva si risolveva il più delle volte in una maggiore specificazione della tutela degli interessi legittimi. Quindi in ultima analisi, per potere affermare che l’oggetto del processo amministrativo è l’accertamento del “rapporto sostanziale “ in contestazione occorre riferirsi a fattispecie nelle quali non viene esercitato un potere amministrativo, ma si risponde di obblighi o obbligazioni pubbliche, private, contrattuali, precontrattuali, extra contrattuali (salvo le eccezioni e le deroghe alla responsabilità fissate di volta in volta dalle singole leggi).

Si tratta ad esempio di inadempimenti nei rapporti concessori; di mancata attuazione di accordi amministrativi (ma non della revoca per motivi di pubblico interesse); di risarcimento di danni contrattuali o extracontrattuali.

Del resto proprio Guido Greco con un libro che conserva tuttora la validità della impostazione originaria ha sostenuto che perfino nei procedimenti ad evidenza pubblica, detta evidenza può continuare oltre il perfezionamento del contratto: ipotesi che la Cassazione a Sezioni Unite ha ben applicato al c.d. subentro antimafia assegnato alla giurisdizione del g.a. e non del g.o..

Inoltre la stessa Cassazione non consente né la interpretazione estensiva né tanto meno quella analogica ai fini della determinazione delle materie di giurisdizione esclusiva come dimostra molto bene il caso Golfo Aranci sulla giurisdizione intorno agli atti societari a seguito di annullamento del provvedimenti di affidamento appalti e autorizzazione alla costituzione di società di trasformazione urbana.

Tutto questo per dire che l'istituto del cumulo soggettivo ed oggettivo di domande del processo civile può essere traslato sic et simpliciter nel processo amministrativo solo in queste limitate fattispecie., anche se in quanto concorso di azioni e di domande si inquadra nella connessione.

2.L'interpretazione letterale e quella "giurisprudenziale" dell'articolo 32 (pluralità delle domande e conversione delle azioni").

Come si è accennato all'inizio l'articolo 32 del c.p.a. propone una interpretazione molto lasca del concetto di cumulo di domande in quanto dispone:" E' sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale".

Emerge in questo caso il ruolo fondamentale della "connessione" che non è un istituto, bensì una categoria giuridica derivante dal concetto di "comunanza parziale o totale" della causa.

A ben vedere però anche la problematica della connessione (ampiamente svolta dal compianto Berti e dalla Ramajoli) impinge sull'oggetto del processo amministrativo e ci riporta alla fattispecie dinamica costituita dall'esercizio o dal mancato esercizio di un potere o di una serie

di poteri amministrativi, collegati mediante nessi che solo parzialmente corrispondono a quelli del diritto e del processo civile; infatti tradizionalmente i due nessi di collegamento tra procedimenti amministrativi (che come sempre insegnava Benvenuti sono la manifestazione formale dell'esercizio di una o più funzioni amministrative e cioè di trasformazione di poteri in provvedimenti) erano e sono quello di presupposizione e quello di parallelo, a sua volta aggregabile in nesso di incidentalità o di convergenza.

L'unico elemento di novità sotto questo profilo è rappresentato dall'istituto della conferenza di servizio che comunque pur costituendo un notevole strumento di semplificazione della azione amministrativa, mette comunque e capo di un provvedimento costitutivo di uno o più procedimenti amministrativi a monte.

Si pongono pertanto a proposito delle fattispecie di esercizio della giurisdizione generale di legittimità o di quella esclusiva intesa in senso ampio (tutela degli interessi legittimi e anche dei diritti soggettivi o dopo le liberalizzazioni comunitarie, anche viceversa) due delicate questioni:

a) l'accertamento dei requisiti perché si abbia una connessione oggettiva tra le domande;

b) l'interpretazione del rapporto di connessione tra domande contenute nel ricorso principale (e nei motivi aggiunti) e domande contenute nel ricorso incidentale (ed eventuali motivi aggiunti dello stesso).

Non costituisce invece un problema la connessione soggettiva perché la più recente giurisprudenza amministrativa tende ad escluderla almeno nel processo di legittimità.

Così testualmente in punto di motivazione la sentenza del Consiglio di Stato Sezione V del 14 dicembre 2011 n. 6537 puntualmente richiamata quasi testualmente dalla più recente sentenza del Consiglio di Stato 22 gennaio 2013 n. 359 "a differenza che nel processo civile, in cui il cumulo delle domande può essere giustificato tanto da una connessione oggettiva, quanto da una connessione soggettiva, nel processo amministrativo di legittimità assume rilevanza soltanto la prima forma di connessione. La connessione soggettiva, al contrario, non consente l'impugnazione con un unico ricorso di provvedimenti diversi, a meno che sussista anche un collegamento oggettivo tra di essi. In altri termini nel processo amministrativo, occorre che le domande siano o contemporaneamente connesse dal punto di vista soggettivo e oggettivo,

oppure semplicemente connesse dal punto di vista oggettivo”.

A parte la confusione che l'egregio Consesso fa tra oggetto del ricorso e domanda giudiziale “Il ricorso cumulativo è quello con il quale vengono impugnati più provvedimenti amministrativi: al riguardo giova rilevare che nel processo amministrativo vale la regola, discendente da un'antica tradizione, secondo cui il ricorso deve essere diretto contro un unico provvedimento a meno che tra gli atti impugnati esista una connessione procedimentale o funzionale tale da giustificare un unico processo.”, è emblematico che comunque il carattere “impugnatorio” tipico del processo di legittimità è stato rafforzato proprio dall'istituto dei “motivi aggiunti” disciplinato dal c.p.a. secondo cui “i ricorrenti, principale e incidentale, possono introdurre con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domane nuove purchè connesse a quelle già proposte”.

In questo secondo caso abbiamo una nuova formula di “cumulo di domande” (e processualmente di ricorsi giacchè i nuovi motivi aggiunti sono sostanzialmente equiparati al ricorso introduttivo del giudizio perché ad essi si applica la stessa disciplina prevista per i ricorsi, ivi compresa quella relativa ai termini :articolo 43 comma 1) che era stata parzialmente introdotta già dall'articolo 1 della legge 205/2000 contenente la “miniriforma” del processo amministrativo, ma che postulava inderogabilmente anche il requisito della connessione soggettiva in quanto il provvedimento impugnato successivamente doveva riguardare le stesse parti, requisito decaduto nel c.p.a.

Non sfuggirà all'esperto uditor che peraltro il nesso (o il nodo gordiano se si preferisce) è anche in questo caso rappresentato dalla categoria della connessione, ed in tal caso si tratta di connessione oggettiva, perché deve sussistere tra domande giudiziali, essendo scontata l'identità soggettiva della parte che la propone (a parte il quesito sub b) cioè quello dei rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale che si pone anche per le domande proposte con i rispettivi motivi aggiunti: v. infra 4)

-Fortunatamente le stesse sentenze citate non si sottraggono alla individuazione dei requisiti dalla connessione oggettiva così richiamati anche sulla base di una plurima giurisprudenza: Cons. Stato Sez. V 17 gennaio 2011 n 202; sezione IV 27 novembre 2010 n. 8251; sez. VI 17 marzo 2010 n.1564): in altri termini si ha (o si avrebbe perché come vedremo ci sono profili critici in gioco)

a)quando fra gli atti impugnati viene ravvisata una connessione procedimentale di

presupposizione giuridica (es. tra dichiarazione di pubblica utilità e provvedimento di esproprio);

o una presupposizione di carattere logico (cioè un rapporto di pregiudizialità in senso sostanziale o almeno processuale, perché l'esame del provvedimento che costituisce un antecedente logico-giuridico è essenziale per potere esaminare il provvedimento conseguente: es. il diniego di nullaosta del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali rispetto al diniego del premesso di costruire), "in quanto i diversi atti incidono sulla medesima vicenda".

In particolare il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 8914 del 29.12.2009, sez. V, afferma che la presupposizione giuridica si basa su di uno schema normativo, mentre la presupposizione di carattere logico fa riferimento ad atti diversi che incidono sulla medesima vicenda.

Qui il linguaggio non è sinceramente molto corretto dal punto di vista giuridico: le vicende sono eventi umani; i fatti o meglio le fattispecie sono eventi giuridicamente rilevanti: dobbiamo quindi più correttamente correggere il giudice amministrativo nel senso di affermare che vi è rapporto di presupposizione logica "in quanto i diversi atti incidono sullo stesso rapporto giuridico oggetto di contestazione; ovvero sulla stessa fattispecie oggetto di contestazione, sia esse semplice o complessa, a formazione istantanea o molto più frequentemente a formazione progressiva."

Se non vogliamo usare un linguaggio tecnico ma egualmente giuridico possiamo affermare "in quanto i diversi atti incidono sullo stesso esercizio o mancato esercizio di potere amministrativo" nel quale occorre assolutamente non confondere tra "attribuzione" ed "esercizio" anche perché l'articolo 34 comma 2 del c.p.a ci avverte "In nessun caso il giudice amministrativo può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

Quindi, in ultima analisi "gli atti diversi che incidono nella medesima vicenda" debbono comunque riguardare un medesimo esercizio del potere (che essendo fattispecie dinamica, ovviamente non si esaurisce nella emanazione di un solo provvedimento amministrativo finale, anche se questa è la regola).

Altrimenti si può avere "interferenza" di vicende che può anche eventualmente determinare la riunione dei ricorsi per la loro discussione in un'unica udienza, ferma restando la necessità di emanare due sentenze in corrispondenza al principio generale tra domanda e pronuncia

giudiziale.

b) il secondo requisito (evidentemente alternativo o cumulativo con il primo) si ha quando le domande cumulativamente avanzate si basino sugli stessi presupposti di fatto o di diritto e siano riconducibili nell'ambito del medesimo rapporto o di un'unica sequenza procedimentale.

Questa è una affermazione veramente interessante e nel contempo ci leggo (alquanto maliziosamente) il tentativo del Consiglio di Stato di restringere la portata desumibile da una interpretazione meramente letterale degli articoli 32 e 43 del codice del processo amministrativo. Infatti non è sufficiente che le domande cumulativamente avanzate si fondino sugli stessi presupposti in fatto e/o in diritto, ma debbono essere riconducibili all'ambito di un medesimo rapporto giuridico, ovvero di unica sequenza procedimentale (o meglio di un unico procedimento amministrativo semplice o composto).

L'affermazione chiarisce molto bene il senso della seconda ipotesi di connessione oggettiva: da un lato esclude cumulo di domande che non siano riconducibili ad un'unica sequenza procedimentale (e si tratta di una indicazione preziosa per il punto b sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale); dall'altro devono comunque essere riconducibili nell'ambito di un medesimo rapporto giuridico.

Su questo la considerazione essenziale è che è il provvedimento amministrativo come insegna il nostro Presidente e lo stesso prof. Greco in libri antichi e recenti, ad aprire il rapporto giuridico sostanziale (caso delle autorizzazioni ricognitivi, permissive o costitutive o a fortiori delle concessioni costitutive e traslative); altrimenti vige il c.d. rapporto procedimentale (a suo tempo individuato dal Giannini) che forse può aprire una pluralità di legittimazioni alla impugnazione del provvedimento finale da parte dei soggetti controinteressati o parzialmente anche in capo agli interventori, ma individua e limita appunto nei connotati del rapporto procedimentale medesimo, la possibilità di cumulo di domande di ciascuna parte interessata.

c) l'ultimo requisito sussisterebbe (il condizionale è d'obbligo) quando sussistano elementi di connessione tali da legittimare la riunione dei ricorsi. In tal caso però l'argomento è debole perché la dottrina e la giurisprudenza rimettono la scelta tra nuovi ricorsi autonomi, o nuovi motivi aggiunti esclusivamente alla parte interessata, e come emerge si tratta di un atto del giudice meramente discrezionale (articolo 70 cpa: Il collegio può, su istanza d'ufficio, disporre la riunione dei ricorsi connessi).

Quindi per impedire che il giudice amministrativo possa essere caduto in una tautologia, occorre interpretare questo ultimo requisito nel senso che le domande contengono i primi due requisiti di connessione e quindi qualora fossero state proposte autonomamente in separati giudizi, avrebbero comunque consentito al giudice amministrativo di disporre la riunione ai sensi dell'articolo 70 cpa.

Infatti la mera riunione di ricorsi non ha nulla a che vedere con i problemi della connessione.

Basti pensare alle c.d. udienze tematiche al Tar del Lazio ad esempio in materia di energie rinnovabili, dove si trattano i temi più diversi, uniti dalla comunanza delle problematiche del diritto alla incentivazione: ad esempio in materia di serre, impianti fotovoltaici a terra, impianti eolici, biomasse e chi più ne ha ne metta.

In estrema sintesi a determinare l'insorgenza della connessione oggettiva nel processo amministrativo vi sono solo tre concetti giuridici, certo non di agevole percezione: la presupposizione cronologica e logico-giuridica; il procedimento amministrativo al quale è lecito equiparare il procedimento ad evidenza pubblica proprio delle procedure contrattuali pubbliche attive e passive; il rapporto giuridico il quale però –essendo un rapporto di diritto pubblico – non legittima certo l'interprete ad affermare che sempre e comunque l'oggetto del processo amministrativo sia l'accertamento del rapporto giuridico.

Ecco perché ho liquidato tale faccenda all'inizio della relazione.

Questi fattori determinanti la connessione oggettiva, individuano anche i limiti dei vari tipi di cumulo delle domande ed in particolare i due tipi di cumulo condizionale che costituiscono l'ultima parte di questa relazione.

3. Il cumulo (condizionale) delle domande nel processo amministrativo.

3.1. Problemi e prospettive.

Nell'ampio campo di applicazione della categoria giuridica della connessione i processualisti inseriscono anche il concorso di azioni: il quale si ha quando il presupposto della comunanza degli elementi della causa può determinare il risultato che la connessione assuma un particolare rilievo, quello cioè che l'esercizio di una azione attraverso un'apposita domanda giudiziale ai sensi dell'articolo 99 codice di procedura civile consegua il risultato pratico (non l'effetto giuridico si badi bene) anche dell'altra azione sicchè la medesima diviene obiettivamente inutile, perdendo o il requisito dell'interesse ad agire e quindi decretandosi la sua inammissibilità; o comunque infondata nel merito, e quindi decretandosi il suo rigetto).

Sotto questo profilo il c.d. cumulo che non a caso è definito in termini di "condizionalità" (appunto perché la proposizione di un'azione condiziona il risultato dell'altra) viene comunemente in dottrina e in giurisprudenza distinto in:

a) cumulo condizionale in senso improprio; in realtà cumulo alternativo di azioni e di domande, (o mi decreti l'annullamento o mi concedi il risarcimento) ma è nota la tendenza del giudice civile sia di merito che di legittimità a guardare con sfavore tale metodo di introduzione delle domande giudiziali, preferendosi nettamente il cumulo subordinato (v. infra) pena la dichiarazione di inammissibilità della stessa domanda giudiziale proposta in via alternativa;

b) il cumulo condizionale in senso proprio che si verifica quando due o più domande giudiziali sono introdotte nello stesso processo alla condizione alternativa che:

-la prima sia stata preventivamente accolta (c. cumulo successivo o condizionale in senso stretto). E' il caso del risarcimento dei danni patrimoniali consequenziali derivanti dal previo annullamento del provvedimento amministrativo.

Se il giudice amministrativo riconosce legittimo il provvedimento il danno non spetta oppure deve essere introdotta una domanda "connessa" (es. danno da ritardo, da contatto) ma non "condizionata" dall'annullamento del provvedimento;

-la prima domanda sia stata preventivamente respinta (c.d. cumulo "eventuale").

Una ipotesi di scuola è costituita dall'articolo 124 del codice del processo amministrativo secondo cui "L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionata alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1 e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato".

Si possono peraltro fare anche altri esempi compreso il celebre caso della giurisprudenza Caringella sull'annullamento ex tunc di atti amministrativi generali ecc...

E comunque il caso in cui il ricorrente non abbia più interesse all'annullamento (articolo 34 comma 3) ma rimetta al giudice la verifica dell'attualità dell'interesse stesso (vi sono casi molto dubbi come l'annullamento di un provvedimento di espropriazione per pubblica utilità quando l'opera pubblica sia stata già realizzata).

Nell'ottica tradizionale dell'articolo 34 si tratterebbe indubbiamente dove l'accertamento della illegittimità del provvedimento di esproprio funzionerebbe quale presupposto del risarcimento del danno: ma come è noto la CEDU ha imposto la facoltà di richiesta preventiva della restituzione del terreno il che obbliga l'amministrazione a considerare di esercitare o meno la facoltà di cui all'articolo 43 bis del d.p.r. 327/2001 c.d. acquisizione sanante.

3.2. Cumulo condizionale di domande e rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale.

Come accennavo fin dall'inizio della relazione, su questa complessa tematica apporta ulteriore problematicità il rapporto ancora non sciolto tra esame della domanda (o delle domande) principali e di quelle incidentali

In proposito non è possibile dare una risposta definitiva se non tornando ad un attento esame del concetto di oggetto del processo amministrativo.

Certa dottrina recente tende ad attrarre il rapporto di incidentalità nella connessione c.d. riconvenzionale ed in particolare nelle c.d. eccezioni riconvenzionali.

Ma non possono essere affatto esclusi come dimostra la più recente giurisprudenza altri collegamenti di connessione quali la pregiudizialità, l'accessorietà e la stessa garanzia.

Sotto questo profilo però anche il codice del processo amministrativo tiene accuratamente distinta la figura della connessione a proposito del concorso di azioni e di domande proposte da una parte con il ricorso principale o con quello incidentale (cumulo di azioni e di domande)- , dalla figura della connessione delle azioni proposte dalle varie parti legittimate nello stesso processo

Infatti come ben chiarisce l'articolo 42 (ricorso incidentale e domanda riconvenzionale) il ricorso incidentale e quello principale sono connessi sotto due ulteriori e distinti profili:

a) dal nesso di dipendenza dell'interesse ("Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale: per questo a mio avviso è relativamente difficile distinguere tra domanda incidentale ed eccezione pregiudiziale, anche se fortunatamente nella pratica il diligente avvocato assorbe le questioni di forma e di procedura presentando comunque eventualmente anche le eccezioni pregiudiziali nella e con la forma del ricorso incidentale);

b) dal nesso di competenza giudiziale perché secondo il comma 4 del medesimo articolo 42 la cognizione del ricorso incidentale è attribuita al giudice competente per quello principale, salvo che la domanda introdotta con il ricorso incidentale sia devoluta alla competenza del TAR del Lazio se di Roma, ovvero la competenza funzionale di un tribunale amministrativo regionale determinata ai sensi dell'articolo 14 (competenza funzionale inderogabile).

Come si può notare, dal punto di vista dogmatico le diverse figure di connessione che operano nelle rispettive fattispecie mettono capo all'esercizio di distinti poteri giurisdizionali in capo al giudice competente e rientrano nei suoi poteri "officiosi".

Infatti nel caso del cumulo di domande è il giudice che deve determinare quale deve essere "pregiudizialmente" esaminata per prima, ovvero se – pur staccato dal punto di vista meramente cronologico (pochi giudici sono dotati della funzione stereofonica o quadrifasica come Glenn Gould che riusciva a seguire contemporaneamente le quattro voci delle fughe di Bach), l'esame sia in realtà autonomo e indipendente.

Invece nel caso dell'esame del ricorso principale e di quello incidentale è il giudice (per lo meno in assenza di precise disposizioni del codice del processo amministrativo) a dover determinare se possono essere esaminati insieme o se si crea un rapporto di esame pregiudiziale (come avviene nella maggioranza dei casi pratici) del ricorso incidentale rispetto a quello principale.

Potremmo con una punta di fantasia definire tali operazioni come cumulo eterogeneo o cumulo intersoggettivo, interpartes o come più aggrada, ma non c'è dubbio che si tratta di operazioni diverse dalle prime.

E' vero però che la connessione di dipendenza propria del ricorso incidentale può avere il risultato pratico di incidere sulla stessa ammissibilità del cumulo di domande e perfino di azioni giudiziali proposte dalla stessa parte.

Così ad esempio – a voler seguire l'orientamento interpretativo della AP 4/2011- l'accoglimento della domanda incidentale tesa a paralizzare l'esercizio della domanda principale ne impedisce anche il cumulo, perché una volta dichiarata inammissibile la domanda di privazione di efficacia del contratto per difetto della legittimazione a ricorrere, diviene inammissibile anche la domanda condizionata di risarcimento del danno.

Tuttavia proprio allo scopo di non sfuggire all'interrogativo principale formulatoci dal nostro cortese ospite e Maestro, devo sommessamente indicare la mia opinione in proposito.

Il postulato fondamentale al quale mi ispiro (e al quale sembra ispirarsi la peraltro frettolosa sentenza della decima sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del luglio) è quello della effettività della tutela giurisdizionale in quanto espressione di un principio generale non solo del diritto comunitario ma anche del diritto costituzionale (articoli 24 e 113 Cost.) e perfino dello stesso codice del processo amministrativo (articolo 1).

Sotto questo profilo a mio personale avviso la tutela della effettività viene ancora prima del giusto processo (articolo 2) anche se ciò può dispiacere a qualche Collega particolarmente amante del diritto processuale (amministrativo).

A questo proposito il grado ed il limite della effettività peraltro si misura solo mediante due strumenti:

a) la effettiva titolarità di una situazione giuridica soggettiva che si assume violata dalla pubblica amministrazione.

b) L'esercizio effettivo del potere di una determinata pubblica amministrazione in quella fattispecie.

Orbene quanto al primo requisito è giocoforza distinguere tra fattispecie in cui è rilevante il diritto comunitario, da altre fattispecie in cui è rilevante il solo diritto amministrativo nazionale.

Infatti è proprio del diritto comunitario il particolare effetto giuridico di conformazione delle situazioni giuridiche soggettive nazionali.

Ad esempio quando vengono impugnati provvedimenti di attribuzione di ausili finanziari che non costituiscono aiuti di Stato o decisioni di recupero dei medesimi (recentemente attribuiti alla cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione amministrativa) è noto che secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione l'attribuzione dell'ausilio conferisce un diritto soggettivo perfetto all'interessato cui corrisponde un'obbligazione pubblica ex lege in capo alla p.a.: pertanto la cognizione spetta in via esclusiva al giudice ordinario, tranne i casi in cui l'esercizio del potere di autotutela abbia carattere autoritativo (il che conferma l'incidenza del secondo requisito cioè l'accertamento in concreto del potere amministrativo esercitato nel caso concreto della p.a.).

Alla luce di queste indicazioni penso di poter ricostruire in chiave sostanziale e non solo processuale l'orientamento ricavabile dalla citata sentenza della Corte di Giustizia:

in realtà, contro le affermazioni ampiamente sviluppate dalla Ap. N. 4/2011 e da precedenti e successive sentenze sia dei TAR che del Consiglio di Stato, non sarebbe vero che il ricorrente principale sia privo sia della legitimatio ad causam che dell'interesse concreto ad agire.

Non sarebbe privo della prima perché la situazione protetta includerebbe il rispetto del principio di concorrenza effettiva ed efficace tra operatori di settore nel campo dei pubblici appalti.

Quindi tale situazione giuridica soggettiva andrebbe tutelata anche se il ricorrente difetta di uno dei requisiti di cui all'articolo 38 del codice degli appalti pubblici.

Tuttavia mi rendo conto non solo delle critiche ma anche dei rischi che una accettazione acritica di tale posizione può comportare.

Soprattutto ne voglio sottolineare uno molto grave: che in tal modo si trasformi l'azione di legittimità nel processo amministrativo in uno strumento di controllo generalizzato (quindi in uno strumento di diritto oggettivo) perché non c'è ragione – una volta assunta tale opzione interpretativa – di limitarla ai contenziosi nel settore degli appalti e delle concessioni di servizi.

Non sarebbe privo del secondo requisito perché ciò che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato considera un interesse strumentale non degno di tutela, sarebbe in realtà un interesse a ricorrere finale, consistente nel "diritto" alla ripetizione della gara pubblica.

Sotto questo profilo, in vero, rispetto al primo requisito (quello della legittimazione ad agire) l'argomentazione della Corte di Giustizia della U.E. sembra trovare un supporto normativo più forte proprio nell'articolo 2 delle direttive 665/89 e 92/13 come modificate dalle direttive 17 e 18 del 2004.

Infatti tali disposizioni normative considerano interesse attuale al ricorso anche il rischio presente o perfino passato di lesione.

Non mi persuade invece l'argomentazione "processualistica" avanzata da parte della dottrina a sostegno della tesi della Corte di Giustizia, incentrata sulla parità delle armi (cioè parità del contraddittorio e del giusto processo).

Poiché come a suo tempo ho scritto sulla scorta di autorevole sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione Civile è la tutela processuale o doversi dimensionare su quella sostanziale e non viceversa, non c'è dubbio che il ricorrente principale – per poter reclamare l'identico trattamento processuale del ricorrente incidentale- deve dimostrare di avere subito una concreta lesione di una situazione giuridica soggettiva tutelabile in base al grado di protezione accordato dal diritto comunitario e/o dal diritto nazionale.

Ma – così opinando – si ritorna all'accertamento in concreto del primo requisito cioè quello della legittimazione ad agire, con tutte le conseguenze che ciò comporta sul piano dello svolgimento del processo.

In vero ci sono due vie d'uscita praticabili de jure condendo per salvare capra e cavoli:

a) la prima è quella considerare la tutela giurisdizionale in materia di contratti della pubblica amministrazione come una fattispecie di giurisdizione esclusiva su soli diritti soggettivi (articolo 7 quarto comma) e quindi rappresentare in termini di rapporto giuridico complesso sostanzialmente equiparato ad un rapporto di diritto privato plurilaterale, l'intera vicenda "appaltistica" che viene alla cognizione del giudice amministrativo, in modo assolutamente unitario.

E' un po' il senso della Adunanza Plenaria del 2008 anche se in quella sede è stata giustificata con argomenti diversi.

Con ciò però si deve sacrificare non solo l'applicabilità della figura del povero interesse legittimo pretensivo od oppositivo che sia – ma anche lo stesso esercizio di potere che va sotto il nome particolare di procedura ad evidenza pubblica.

Appare evidente che in tal modo non c'è più spazio per la figura della connessione da "dipendenza" ma solo un simultaneous processus con pluralità di azioni e di domande contrapposte che vengono esaminate insieme come accade per l'esame della domanda principale e di quella riconvenzionale.

In ossequio alla tradizione giuridica in tali casi probabilmente la domanda o le domande principali andrebbero esaminate prima di quella incidentale.

b) la seconda possibilità è legata all'influenza "processuale" del diritto comunitario sui diritti processuali nazionali.

Mi sembra che finora il Consiglio di Stato abbia risolutamente affermato che le norme processuali amministrative non possano essere direttamente disapplicate –se non in casi eccezionali- dallo stesso giudice amministrativo salvo rimanendo i distinti rimedi, peraltro cumulabili, del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E. ex articolo 267 TFUE; e/o il giudizio di costituzionalità sotto il parametro della violazione interposta dell'articolo 117 1 comma della Costituzione.

-Infine una ulteriore possibilità è quella di una interpretazione fortemente innovativa e quindi sostanzialmente "creatrice" della giurisprudenza amministrativa stessa, possibilmente a livello dell'esercizio della funzione nomofilattica della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ai sensi dell'articolo 99 del c.p.a.

Una funzione tutto sommato esercitata (anche se non ancora almeno a quanto mi consta a livello di Adunanza Plenaria) per quanto riguarda la ricostruzione del concetto di cumulo delle azioni e delle domande giudiziali nel processo amministrativo in specie sulla tipologia applicabile di connessione ai fini della evidenziazione del cumulo (c.d. cumulo oggettivo).

In effetti, proprio a proposito di questo, le richiamate sentenze del Consiglio di Stato hanno esplicitamente affermato che "In altri termini, nel giudizio amministrativo occorre che le domande siano o contemporaneamente connesse dal punto di vista oggettivo e soggettivo, ovvero semplicemente connesse dal punto di vista oggettivo.

La ratio del su riferito indirizzo di fonda:

a) sull'esigenza di evitare confusione tra controversie diverse con conseguente aggravio dei tempi del processo;

b) sulla necessità di impedire l'elusione delle disposizioni fiscali, atteso che con il ricorso cumulativo il ricorrente chiede più pronunce giurisdizionali provvedendo però, una sola volta, al pagamento dei relativi tributi (ma questa mi sembra più una argomentazione da analisi economica del diritto che da rigorosa applicazione delle nozioni generali del diritto processuale).

Anche nel caso delle controversie sugli appalti pubblici la decisione di esaminare insieme ricorso principale e ricorso incidentale potrebbe fondarsi sulla esigenza di evitare ulteriori contenziosi da parte dello stesso ricorrente principale (ad esempio sotto forma di diffida all'annullamento del provvedimento di attribuzione del contratto in quanto originariamente illegittimo) o a fortiori su un ricorso della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in quanto provvedimento di aggiudicazione illegittimo e per ciò stesso contrario alla rigorosa applicazione delle regole di concorrenza, secondo le recenti attribuzioni ad agire conferite alla stessa dalla legge.

Peraltro in tali casi si finirebbe "paradossalmente" con il ritornare all'antica concezione dell'interesse legittimo quale interesse occasionalmente protetto di riflesso all'interesse pubblico (facendo coincidere questo in una visione weberiana con la legittimità dell'azione amministrativa) contro l'attuale tendenza a considerare la tutela dell'interesse legittimo come protezione di un bene della vita.

In ogni caso il processo amministrativo si tingerebbe del colore attribuibile al processo di diritto oggettivo, proprio in cui l'enorme espansione della giurisdizione esclusiva ex articolo 133 cpa spinge per una spiccata colorazione propria del processo da diritto soggettivo.

Occorre poi prudentemente riflettere sui riflessi "a cascata" derivanti dalla assunzione di tale orientamento, che già si sono visti in tema di azione cautelare ante causa ai sensi dell'articolo 61 che il cpa ha in effetti potenzialmente generalizzato per ogni tipo di controversia.

Occorre considerare che ponendo mano al cambiamento dei delicati meccanismi che reggono le stesse nozioni di ricorso principale, ricorso incidentale, e perfino amministrazione resistente, si finirà veramente con il "civilizzare" l'intero processo amministrativo, demolendo le stesse concezioni peculiari delle parti necessarie del processo.

Il ricorrente diverrebbe attore, l'amministrazione e i controinteressati soggetti convenuti o per lo

meno legittimi contraddittori per utilizzare la specifica espressione utilizzata a suo tempo da Aldo Piras.

Tutto ciò non solo in assenza di una univoca definizione dell'oggetto del processo amministrativo (che a tutti gli effetti, almeno a mio personale avviso è eterogeneo come sono eterogenee le funzioni del giudice amministrativo rispetto a quelle del giudice civile di cognizione) ma a detrimento del secondo requisito per la sussistenza della stessa giurisdizione del giudice amministrativo medesimo a mente dell'articolo 7 del codice, cioè l'esercizio o mancato esercizio di un potere amministrativo.

Si aprirebbe cioè uno scenario proprio delle riforme costituzionali di base, in quanto la pubblica amministrazione dovrebbe essere pensata in termini di servizio e non di esercizio del potere.

Si suole a questo proposito (ma direi di frequente anche "a sproposito" portare ad esempio forme di esercizio della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione proprie dei paesi di common law: ma si dimentica che in tali Stati esiste un "potere governativo" autonomo e dotato di ampi spazi di decisione politica insindacabile (cioè in termini giuridici sovrana); e d'altro lato che la nostra stessa Costituzione ha inserito la Pubblica Amministrazione nella Sezione che disciplina il Governo (ed ora i Governi Regionali e Locali) con tutte le conseguenze che ne derivano.

In ogni caso senza voler privilegiare voli alquanto pindarici, ne uscirebbe stravolto l'intero processo amministrativo le cui regole per antica tradizione derivano proprio dalla conformazione della pubblica amministrazione quale potere autonomo, dotato di capacità giuridica speciale, con un proprio modello di azione amministrativa ora sintetizzato dalla legge 241/90.

Senza contare che questa presa di posizione potrebbe spingere i più scalmanati (e ce ne sono in abbondanza nella classe politica di ogni colore) a "privatizzare" le funzioni precedentemente assegnate alla p.a. come è accaduto in tema di S.C.I.A. e di D.I.A.; riforme che come è noto hanno posto il giudice amministrativo di fronte a notevoli difficoltà dovendo armonizzare la tutela giurisdizionale sia della parte interessata che dei terzi con l'esigenza di una azione rapida ed efficace a tutela dell'economia soprattutto in tempi di crisi economica "sistemica".

E con questi esempi penso che la mia relazione debba terminare dando il necessario spazio

agli interventi e alle domande del pubblico che spesso ci prospetta casi utilissimi per la riflessione anche teorica.

Desidero però lasciare a tutti, ringraziandoli per l'attenzione prestata, una riflessione finale: anche il concorso delle azioni e delle domande nel processo amministrativo va inquadrato nella categoria della connessione che come si è visto non può essere liquidata con gli stessi strumenti e categorie giuridiche del processo amministrativo (in particolare con istituti analoghi a quelli disciplinati dall'articolo 40, e 103-104 c.p.c. (ma si veda anche l'articolo 33 che disciplina il cumulo soggettivo di cause dinanzi allo stesso giudice civile). La connessione amministrativa infatti, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale, trae fondamento dall'esercizio o mancato esercizio di un potere; non da un rapporto giuridico sostanziale in contestazione tra le parti se non in limitati casi di giurisdizione esclusiva sui diritti soggettivi.

Grazie ancora per la attenzione cortesemente prestatami.