

Sulla disponibilità degli effetti dell'annullamento giurisdizionale: il caso del ricorso incidentale c.d. "autolesivo".**

1. Il ricorso incidentale "autolesivo": le ipotesi; 2. Il ricorso incidentale "autolesivo" ed il principio di parità delle parti; 3. Il ricorso incidentale "autolesivo" e la c.d. eccezione di impugnativa; 4.1 Il ricorso incidentale "autolesivo" e gli effetti della sentenza di annullamento; 4.2 La disponibilità dell'effetto di ripristinazione; 4.3 La disponibilità dell'effetto di conformazione; 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. Il ricorso incidentale ha recentemente posto all'attenzione di dottrina e giurisprudenza una ampia gamma di ipotesi che non hanno mancato di sollevare numerosi ed importanti problemi; tra queste, di un certo interesse è quella che attiene al ricorso incidentale così detto "autolesivo", figura che pone in luce alcune tra le fondamentali questioni che attengono alla natura del ricorso incidentale ed al suo atteggiarsi all'interno del processo amministrativo.

Tale figura ricorre in due occasioni: a) ogni qual volta il ricorrente incidentale eccepisce con il proprio ricorso un vizio che inficia la sua stessa posizione, al fine di paralizzare l'iniziativa processuale intrapresa dal ricorrente principale; b) ogni qual volta dall'esclusione del ricorrente principale scaturisce una nuova assegnazione dei punteggi, che ha quale effetto "collaterale" quello di determinare un diverso vincitore della procedura.

La questione appare interessante, non solo per il contrasto giurisprudenziale che l'ammissibilità dei motivi "autolesivi" ha suscitato, ma anche per le conseguenze che le diverse soluzioni a cui si approda producono sulla "dinamica" dello strumento difensivo¹.

*Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo nell'Università di Catania

**Il presente saggio è in corso di pubblicazione su "Diritto Processuale Amministrativo"

¹ La soluzione che si offre del problema del ricorso incidentale "autolesivo" è certamente condizionata: dalla natura che si riconosce allo strumento difensivo; dalla forza che si riconosce alle sentenze di accoglimento del ricorso incidentale (dichiarativa o costitutiva); dalla natura stessa del processo amministrativo. In questo senso ROMANO TASSONE A., *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* 2009, 581 e ss. *passim*; e più in generale TROPEA

La giurisprudenza ha infatti risolto il problema dell'ammissibilità del ricorso incidentale "autolesivo" pervenendo a soluzioni opposte, in ragione dell'incidenza del vizio lamentato dal ricorrente.

Una recente pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa² ha, così, ritenuto sussistente l'interesse del ricorrente incidentale ad far valere un vizio della procedura, relativo all'ammissione del ricorrente principale, nonostante quest'ultimo fosse comune allo stesso denunciante.

Questa soluzione trova fondamento nell'interazione tra l'effetto paralizzante prodotto dal ricorso incidentale e l'effetto di annullamento: l'inammissibilità per difetto di interesse del ricorso principale permette infatti, in questo caso, il consolidarsi del provvedimento di aggiudicazione, che non viene rimosso dal giudice.

Tale evenienza impedisce quindi la ripetizione della procedura, scongiurando così la produzione degli effetti conformativi altrimenti ricollegati alla sentenza, i quali - in forza del principio ivi espresso - determinerebbero l'esclusione (anche) del ricorrente incidentale.

In questo caso parrebbe infatti, seguendo il ragionamento dei Giudici siciliani, che nessun altro partecipante alla procedura, se non l'aggiudicatario, possa utilmente eccepire il vizio in parola, poiché solo la mancata ripetizione della gara è in grado di impedire il prodursi dell'effetto conformativo. Un simile motivo di impugnazione "autolesivo" non potrebbe invece essere proposto dal ricorrente principale: il suo accoglimento, infatti, farebbe venir meno l'aggiudicazione, aprendo la strada alla rivisitazione della procedura alla luce dell'effetto conformativo prodotto dalla sentenza di accoglimento, che determinerebbe, pertanto, l'esclusione dalla gara dello stesso ricorrente principale.

G., *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, *passim*. L'idea che il ricorso incidentale sia "la cartina di tornasole" da cui guardare l'evoluzione che ha interessato il giudizio amministrativo è presente in tutto il lavoro.

² Consiglio di Giustizia Amministrativa, 23 luglio 2008 n. 685, su www.giustizia-amministrativa.it.

Ad una diversa soluzione perviene invece il Giudice amministrativo nel caso sub b), cioè nell'ipotesi in cui, dall'accoglimento del ricorso incidentale, scaturisca "inevitabilmente" una diversa distribuzione dei punteggi, o comunque un diverso criterio di aggiudicazione, in grado di determinare un nuovo vincitore.

In particolare, nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici³, in seguito all'esclusione del ricorrente principale ed alla conseguenziale diminuzione del numero dei partecipanti, si sarebbe dovuto applicare un diverso punteggio aggiudicativo, il che avrebbe comportato la posposizione in graduatoria dello stesso ricorrente incidentale, che risultava quindi privo di interesse alla deduzione del relativo vizio.

In questi casi, il provvedimento di aggiudicazione non appare in grado di consolidarsi, perché l'effetto ripristinatorio connesso alla pronuncia di annullamento comporta la formazione una nuova graduatoria finale, in cui il ricorrente incidentale non è più l'aggiudicatario.

Da quanto sin qui esposto emerge che: nel primo caso, la lesione della posizione del ricorrente incidentale potrebbe verificarsi solo nell'ipotesi in cui si debba ripetere la procedura, ma questa evenienza non ricade nell'ambito di operatività della pronuncia di accoglimento del ricorso incidentale, che si limita a rimuovere l'ammissione alla gara del ricorrente principale ; nel secondo caso, invece, la ripristinazione della situazione *qua ante* comporta, direttamente e di per sé, un diverso assetto della situazione dei concorrenti, che - in presenza di determinate regole procedurali - impedisce all'aggiudicatario di muovere censure volte ad ottenere la sola esclusione del ricorrente principale.

Pertanto, nella prima ipotesi il ricorrente incidentale è l'unico a poter eccepire un vizio comune anche alla propria posizione; nella seconda, invece, allo stesso è preclusa la possibilità di dedurre vizi che non possono condurre alla sola esclusione del ricorrente principale.

³ TAR Sicilia, sez. Catania, 14 novembre 2008 n. 1821, in *Giur. Merito*, 2009, 517.

Appare opportuno analizzare se le soluzioni a cui perviene il giudice amministrativo, ancorché “tecnicamente” corrette, siano le uniche possibili e compatibili con la natura di strumento di difesa riconosciuta al ricorso incidentale⁴.

2. Analizziamo, in primo luogo, la compatibilità con il principio di parità delle parti del diverso trattamento che sarebbe talora riservato al ricorrente principale ed al ricorrente incidentale in ordine alla proposizione di un motivo di ricorso c.d. “autolesivo”.

La differente posizione che i ricorrenti stessi rivestono rispetto alla possibilità di proporre in giudizio un determinato motivo di impugnazione, potrebbe infatti apparire in contrasto con il forte richiamo al principio di parità delle parti⁵ proveniente dal Consiglio di Stato, proprio in ordine ai rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale (ancorché, esplicitamente, nelle gare con due soli concorrenti)⁶.

In quell’occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno più volte richiamato il principio in parola, sostenendo che le parti debbano essere poste, all’interno del processo, in condizioni identiche.

Tanto che una certa dottrina ha rinvenuto nell’affermazione della Plenaria una precipua applicazione del principio di uguaglianza sancito

⁴ In proposito è fin d’ora opportuno accennare che chi scrive accede alla tesi che inquadra il ricorso incidentale tra gli strumenti di difesa, ritenendo che quest’ultimo, attraverso la tecnica processuale dell’impugnazione introduce, ora una eccezione, ora una riconvenzione. Tale ricostruzione è stata recentemente riproposta da ROMANO TASSONE A., *op.cit.*, 594. L’autore punta a ricostruire l’istituto avuto riguardo alla sua natura di strumento defensionale affidato alla parte resistente. *Idem*, 581 e ss., *passim*.

⁵ In proposito, si è parlato del principio della parità delle parti come “fulcro” della decisione assunta. Così PELLEGRINO G., *Ricorso incidentale e parità delle parti. La Plenaria dopo la svolta della V e della VI*, in *Rivista telematica Giustamm.it*.

⁶ Ad. Plen., 10 novembre 2008 n. 11, in *Foro Amm. CDS*, 2008, 3308. I Giudici di palazzo Spada sul punto espressamente affermano: “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”[...] in base al principio della parità delle parti, (il giudice) non può determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell’ordine di trattazione delle questioni”.

dall'art. 3 della Costituzione, dettata dalla perfetta analogia che vi è tra i ricorrenti (*ergo*: tra le rispettive impugnazioni)⁷.

Questa affermazione giurisprudenziale potrebbe, per altro verso, essere vista quale elemento correttivo del formalismo processuale, volto ad evitare che il processo continui ad essere il “gioco” dove non vince la parte che ha “ragione”⁸, rappresentando pertanto una misura idonea a

⁷ PELLEGRINO G., *op. cit.*. “Parità delle parti, mutuando i principi di uguaglianza sostanziale rinvenuti dall'art. 3 Cost., vuol dire che il processo deve trattare allo stesso modo posizioni analoghe, ma non può trattare al medesimo modo posizioni differenti. Con l'ulteriore corollario scolpito nella stessa decisione in rassegna secondo cui il giudice «non può determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni». Si badi, però, che il principio così come espresso dai Giudici di Palazzo Spada, non ha mancato di suscitare in dottrina forti critiche c.f.r. *infra* nota n. 11.

⁸ CHIARLONI S., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 2008, 129 ss.

Le osservazioni formulate da coloro i quali intendono evitare che il processo si concluda con la vittoria della parte che non ha “ragione” possono apparire formalmente corrette, anche se occorre precisare che il problema della sentenza “ingiusta” non è certamente nuovo nel panorama giudico. Sul punto non possono essere taciute le parole di un illustre maestro, che considerava quello dell'ingiustizia della sentenza un “falso problema” determinato dalla confusione tra statica e dinamica dell'ordinamento, che esiste solo nelle valutazioni soggettive. Allo stesso modo si dimostra un falso problema quello determinato dalla disputa tra rapporto sostanziale e processo. Infatti, ciò che quest'ultimo produce è la determinazione del concreto, la situazione che concretamente viene in essere lascia sullo sfondo e rende irrilevante ciò che prima del processo vi era sul piano sostanziale. “Non vi è nella normativa giudiziale una realtà oggettiva, come non vi era una realtà oggettiva nella legge o nell'ordinamento prima del processo; vi è una determinazione del concreto incontestabile”. Così SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, Vallardi, 1959/60, 53. La ricerca della “giustizia” in senso assoluto è una legittima aspirazione dei cittadini e degli operatori del diritto, ma questa soccombe nel confronto con la realtà dinamica del processo, e con ciò che quest'ultimo produce. Ciò che si intende sostenere è cosa nota: la decisione è giusta non in quanto oggettivamente corretta, ma solo in quanto assunta nel rispetto delle regole (tanto procedurali, tanto di sussunzione) che stanno alla base del processo. In altre parole, il giudice ha il dovere di attribuire la ragione non a chi la ha nel mondo reale, ma a chi nel processo ha dimostrato di averla. Quanto detto è la conseguenza diretta dell'esigenza primaria cui attende il processo, cioè quella della certezza dei rapporti, in questo senso si veda BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1969, 589 e ss. ora in *Scritti Giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, 2645 e ss.. Infatti, è evidente che il perseguimento di un risultato intrinsecamente corretto non può che emergere da una rappresentazione fedele della verità dei fatti e da una rigida applicazione della norma. Orbene, anche ammesso che la seconda sia possibile, la prima condizione è certamente impossibile. La rappresentazione del fatto all'interno del processo è di per sé motivo di distacco dal fatto ontologico, a ciò si aggiunga che la stessa rappresentazione può (e deve) essere limitata dalle regole processuali, ed infine deve essere percepita ed interpretata (per tanto nuovamente modificata) dal giudice. Di per sé la sola modifica di quello che dovrebbe essere l'elemento oggettivo del processo, che non può che essere modellato e compresso dalla regola processuali, impedisce di attribuire la vittoria alla parte che ha ragione

garantire, in qualche modo, una decisione sostanzialmente giusta, al di là del rigoroso rispetto delle norme procedurali⁹.

Orbene, il principio espresso in Plenaria, portato alle estreme conseguenze, sembrerebbe condurre, così, ad affermare o la necessità che anche al ricorrente incidentale sia preclusa la possibilità di far valere contro il ricorrente principale un vizio che attiene alla sua stessa posizione, ovvero pure che una simile possibilità sia consentita anche al ricorrente principale.

Tale conclusione appare la diretta conseguenza della lettura offerta dai Giudici di Palazzo Spada del principio della parità delle parti, che, così come espresso, presuppone una identità sostanziale delle parti stesse che, appunto per questo, verrebbero ad assumere un ruolo “neutro”, indipendente dalle concrete possibilità di azione.

La parità è infatti affermata, in sentenza, attraverso una identificazione della posizione del ricorrente principale con quella del ricorrente incidentale, identità di posizione che si traduce nell’attribuzione del medesimo effetto all’accoglimento delle rispettive impugnazioni.

(assoluta o oggettiva), ma a garanzia della certezza e della oggettività del giudizio, garantisce la ragione a chi la poteva avere. La mancanza nel diritto dell’elemento della verità, non è per altro verso cosa nuova, numerosi sono gli studiosi che evidenziano il passaggio della scienza giuridica dalla verità alla verosimiglianza (per tutti si vedano GIANNINI M.S., *Certezza Pubblica*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 1959, 769 ss., ora Idem in *Scritti di Massimo Severo Giannini*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2004, 601; LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, 52.). Se si osserva sotto questo profilo la storia di un processo, non vi è una parte che ha ragione, né una che ha più ragione di un’altra, ma solo una parte cui le regole processuali prima, i fatti e la loro trasposizione nel mondo giuridico poi, attribuiscono la ragione del diritto.

⁹ Ormai da tempo, appare chiara questa spinta sostanzialista che ha condotto al superamento di alcune preclusioni processuali al fine di garantire la giustizia sostanziale del caso concreto: è in questo senso esemplificativo il caso della *translatio iudicii*, dove tanto la Suprema Corte di Cassazione, tanto il Giudice delle Leggi, hanno sottolineato la necessità di garantire giustizia al cittadino al di là dell’erronea individuazione del giudice giurisdizionalmente competente. In senso critico nei confronti di tali ultime tendenze che vedono prevalere i principi di concorrenza ed effettività sulle regole processuali si veda TROPEA G., *L’interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, in corso di pubblicazione su *Dir. Proc. Amm.*. L’autore richiama in proposito VILLATA R., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in *Dir. proc. Amm.*, 2009, 327-328; VILLATA R., *Tre anni dopo*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2004, 48-49.

La visione del principio di parità delle parti accolta e sostenuta dal Consiglio di Stato, traslata al caso in esame, dovrebbe quindi portare, in qualche misura, ad una “sterilizzazione” della veste del ricorrente (incidentale o principale che sia) rispetto alla possibilità di dedurre un vizio che inficia la sua stessa posizione.

Secondo una lettura di tale principio offerta da una recente dottrina, tuttavia, la parità delle parti, così come rappresentata, discende dalla esaltazione del momento impugnatorio nella ricostruzione dell’istituto, che comporta “l’omologazione dell’impugnazione incidentale all’impugnazione principale, le quali, quindi, vengono in tal modo tendenzialmente collocate sullo stesso piano, quasi fossero la medesima cosa”¹⁰.

La posizione su un piano di parità delle parti (*rectius*: delle impugnazioni proposte dalle parti) presuppone peraltro che l’effetto di annullamento prodotto dall’eventuale accoglimento di uno dei due ricorsi sia esattamente il medesimo.

Una sentenza di accoglimento per un identico motivo, a prescindere da chi la ottiene, porterebbe cioè sempre ai medesimi effetti di caducazione, ripristinazione e conformazione.

A ben guardare però, sembra si debba escludere che la disuguaglianza processuale delle parti rispetto al ricorso “autolesivo” possa essere risolta attraverso il richiamo al principio di parità delle parti.

Infatti, come autorevolmente osservato a margine della pronuncia dell’Adunanza Plenaria da altra parte della dottrina, “la parità delle parti esige uguaglianza di poteri all’interno del processo, ma non certo

¹⁰ ROMANO TASSONE A., *op. cit.*, 586. L’autore, che ricostruisce il ricorso incidentale quale strumento di difesa dove l’impugnazione è solo lo strumento che permette di introdurre la difesa nel processo, evidenzia come le ricostruzioni formulate in tema di ricorso incidentale finiscono per essere influenzate dal momento dell’impugnazione spesso assunto a paradigma ricostruttivo dell’istituto. Osserva, inoltre, che il prevalere della tesi che esalta il momento dell’impugnazione, conduce all’erronea omologazione del ricorso incidentale al ricorso principale, che “non può essere accolta, perché finisce per occultarne le relevantissime differenze reciproche”.

l'alterazione dell'ordine logico delle questioni da affrontare"¹¹, o, più in generale, un'alterazione della meccanica processuale.

Ciò comporterebbe un sostanziale "livellamento" delle posizioni delle parti, tanto da incidere sugli oneri e sui doveri che ciascuna di esse ha, in ragione della posizione sostanziale assunta.

In proposito va rammentato che quella definita come parità delle parti va piuttosto intesa come "parità delle armi"¹², e come tale richiede "eguaglianza di poteri (di allegazione, istruttori, ecc.) all'interno del processo"¹³, ma non è idonea ad incidere sugli effetti sostanziali di un'iniziativa processuale¹⁴.

Diversamente opinando, la collocazione delle parti in posizioni "ugualitarie" non potrebbe che essere affidata al giudice¹⁵, il che introduce una componente di arbitrio nella scelta processuale, che non può certo trovare condivisione¹⁶; il principio di imparzialità, il cui

¹¹ VILLATA R., *L'Adunanza Plenaria interviene sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 1187. L'autore ha criticato il principio così come espresso dai giudici di Palazzo Spada. In senso critico si attesta anche VALAGUZZA S., *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla CEDU, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 558 e ss. Quest'ultima in particolare critica "l'uso" che i giudici di Palazzo Spada fanno del principio espresso dalla CEDU in ordine all'imparzialità del giudice, generalmente richiamato in sede comunitaria nei casi in cui possa essere messa in discussione "la piena terzietà" del giudice e non certo per regolare o imporre l'esame delle domande proposte dalle parti. Si badi, inoltre, che il principio di parità delle parti, nell'occasione più significativa in cui è stato invocato, non è stato però oggetto di applicazione, poiché il giudice dopo averlo affermato ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso incidentale sul medesimo presupposto su cui generalmente, a seguito dell'esame prioritario del ricorso incidentale, si dichiarava l'inammissibilità dell'impugnazione principale. Si veda, sul punto, PELLEGRINO G., *Abuso di ricorso incidentale. Finalmente un segnale (ancora insufficiente)*, in *Rivista telematica Giustamm.it*, così anche SQUAZZONI A., *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 169.

¹² VILLATA R., *In tema di ricorso incidentale e di procedura di gara con due soli concorrenti*, in *Dir. Proc. Amm.* 2008, 947.

¹³ VILLATA R., *op. ult. cit.*, 947.

¹⁴ VILLATA R., *Riflessioni in tema cit.*, 327. "Per certi versi la posizione di chi agisce in giudizio risulta (fisiologicamente) più scomoda rispetto a quella di chi si difende".

¹⁵ Ad. Plen. 10 novembre 2008 n. 11, *cit.*. Il rispetto del principio di imparzialità del giudice, così come ribadito dall'Adunanza Plenaria, sembra essere affidato alla decisione del caso concreto.

¹⁶ In questo senso MENGOZZI M., *La riforma dell'art. 111 cost. e il processo amministrativo*, in *Giur. Cost.*, 2003, 2487. A ciò si aggiunga un evidente pericolo per il

scrutinio positivo, a giudizio del Consiglio di Stato, discende dalla posizione paritaria delle parti, impone infatti una rigida limitazione della discrezionalità dell'organo giudicante.

Altrettanto inidoneo ad eliminare la disuguaglianza in parola si dimostrerebbe il richiamo al giusto processo, inteso come procedimento giurisdizionale il cui scopo è quello di perseguire una decisione giusta.

Infatti, se è vero che “contraddittorio e parità delle armi sono garanzie pensate, anche, allo scopo di far scaturire, grazie alla dialettica processuale, la soluzione giusta delle questioni di fatto e di diritto dedotte nella controversia”¹⁷, è altrettanto vero che “la giustizia della procedura indirizzata a dirimere conflitti tra consociati (nei termini dell'art. 111: il "giusto processo") esige che si volga lo sguardo anche al risultato concretamente perseguito”¹⁸.

La giustizia della decisione va dunque intesa come “affermazione del diritto”: in questo senso un processo giusto è quello in cui sia garantito con la massima ampiezza il diritto di difesa a tutti i contendenti¹⁹.

La diversa posizione del ricorrente principale e di quello incidentale rispetto alla deduzione di motivi di impugnazione c.d. “autolesivi” non può ritenersi, in conclusione, in contrasto con il principio di “parità delle parti”, perché essa può esser giustificata alla luce della diversa meccanica processuale propria delle due impugnazioni, principale ed incidentale.

Tale diversità, anzi, dimostrerebbe, semmai, l'impossibilità di intendere correttamente il principio in parola, se si prescinde dalla differente posizione che le parti fisiologicamente rivestono nell'ambito del giudizio.

principio di certezza del diritto; in questo senso si esprime TROPEA G., *La Plenaria prende posizione sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 146 ss.. L'autore in particolare afferma che: “l'esigenza di certezza (diviene) la preconditione di ulteriori principi quali l'imparzialità, la trasparenza, la concorrenza sul mercato”.

¹⁷ CHIARLONI S., *op.cit.*, 129 e ss..

¹⁸ CHIARLONI S., *op. loc. ult. cit.*

¹⁹ DOMENICHELLI V., *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 859.

3. Ma, come si è visto, dalla giurisprudenza in esame emerge non soltanto una potenziale differenza tra ricorrente principale e ricorrente incidentale in ordine alla proposizione di taluni motivi “autolesivi”: da essa, infatti, risulta che la introduzione di tali censure sarebbe, per lo stesso ricorrente incidentale, ora possibile, ora no.

Ed è questo – a quanto sembra- l’aspetto problematico del ricorso incidentale “autolesivo” che merita di essere più attentamente esaminato.

A risultati diametralmente opposti a quelli indicati dalla giurisprudenza in tema di ricorso incidentale “autolesivo” si potrebbe pervenire, infatti, attribuendo alla pronuncia di accoglimento del ricorso incidentale efficacia sempre e soltanto dichiarativa.

Parte della dottrina ha sostenuto tale soluzione, muovendo dall’idea che l’impugnazione proposta dal ricorrente incidentale si atteggi quale eccezione in senso stretto²⁰, volta ad impedire, attraverso una declaratoria di inammissibilità, una pronuncia sul merito del ricorso principale.

In particolare, si avrebbe una pronuncia dichiarativa nelle ipotesi in cui attraverso il ricorso incidentale si intende fare venire meno una de- (o entrambe) le condizioni dell’azione in capo al ricorrente principale.

In questa prospettiva, l’eventuale pronuncia di accoglimento dell’impugnazione incidentale dovrebbe portare il giudice ad emanare una sentenza di inammissibilità del ricorso principale, che, almeno in linea di principio, è inidonea ad incidere sulla sorte del provvedimento impugnato.

Pertanto, gli effetti prodotti da quest’ultimo si consoliderebbero, lasciando immutata la situazione di fatto e di diritto esistente prima della proposizione del ricorso.

²⁰ Si esprimono in questo senso BENVENUTI F., *Contraddittorio (Dir. Amm.)*, In *Enc. Giur.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, 743.; LUBRANO F., *L’impugnazione incidentale nel processo amministrativo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1964, 778, nota 35.; VACIRCA G., *Appunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, 56.

Il meccanismo appena descritto, che si realizza attribuendo alla pronuncia efficace meramente dichiarativa, vede l'accertamento della fondatezza del ricorso incidentale idoneo ad incidere sulla situazione che si determina dopo il processo.

Seguendo questa ricostruzione, non pare si possa dubitare della generale proponibilità di motivi "autolesivi" da parte del ricorrente incidentale: infatti, gli effetti "collaterali" di tali motivi di ricorso sono direttamente connessi alla pronuncia costitutiva di annullamento che, alla luce dell'impostazione appena descritta, nel caso mancherebbe del tutto, e con essa, ovviamente, l'effetto di ripristinazione.

Questa soluzione però - è bene precisarlo subito - suscita tutte le perplessità relative alla compatibilità tra lo strumento "eccezione", inteso quale mezzo volto a paralizzare la domanda *ex adverso* proposta, e le modifiche che il suo accoglimento è in grado di produrre nel mondo giuridico: perplessità ancora più forti se contestualizzate nel processo amministrativo²¹.

Ammesso che il processo amministrativo conosca le eccezioni in senso stretto²² (cosa di cui è legittimo dubitare), l'ipotesi di cui qui ci si occupa è fortemente condizionata dalla particolare modalità con cui questa eccezione viene introdotta nel processo, e cioè per mezzo di una impugnazione.

La natura impugnatoria, ancorché non risulti determinante per la definizione dei caratteri propri del ricorso incidentale, è però

²¹ Sulle ragioni che impediscono l'inquadramento del ricorso incidentale nell'eccezione da ultimo si veda GAFFURI F, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla natura e sul rapporto con il ricorso principale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 1087 e ss. In particolare l'autore evidenzia che una simile impostazione parte dal presupposto che il ricorrente incidentale "non avrebbe alcun interesse all'annullamento dell'atto aggredito dal ricorrente principale", presupposto di per sé fallace, ed incontra l'ostacolo rappresentato dalla mancanza del potere generale in capo al giudice amministrativo di disapplicare il provvedimento illegittimo emesso dalla p.a..

²² Per un'efficace ricostruzione del problema dell'eccezione si veda TROPEA G., *Il ricorso incidentale cit.*, 269 e ss..

sintomatica della necessità di rimuovere il provvedimento illegittimo al fine di produrre l'effetto proprio dell'eccezione²³.

Ciò che si intende sostenere è che, affinché venga meno una delle condizioni dell'azione in capo al ricorrente principale, è necessario che il provvedimento amministrativo impugnato (anche parzialmente) in via incidentale venga rimosso, il che appare incompatibile con una pronuncia di segno dichiarativo²⁴.

In proposito, parte della dottrina ha affermato che la sentenza di accoglimento del ricorso incidentale è solo nominalmente una pronuncia di rito, scaturente dal difetto di interesse o dalla carenza di legittimazione, poiché presuppone comunque la rimozione dal mondo giuridico dell'atto amministrativo censurato: in altre parole, in questi casi si avrebbe una pronuncia (se del caso, implicita) di annullamento²⁵. Sembra, dunque, si possa dubitare del fatto che una eccezione, proposta attraverso un'impugnazione, avente ad oggetto un vizio autonomamente rilevabile in via di azione, possa condurre ad una pronuncia di tipo meramente dichiarativo, e che quest'ultima sia idonea a modificare la posizione sostanziale del ricorrente principale, anche ai soli fini processuali²⁶.

²³ GAFFURI F., *op.cit.*, 1098. "Il controinteressato ha l'onere di promuovere, in via incidentale un apposita azione costitutiva, finalizzata all'eliminazione delle determinazioni della p.a."

²⁴ Sul punto la dottrina ha avuto modo di precisare, pur pervenendo a soluzioni differenti in ordine alla natura da attribuire al ricorso incidentale, come tale evenienza non sia possibile sul piano della produzione degli effetti, e che anche nel caso di pronunce di inammissibilità del ricorso principale, si ha comunque una demolizione almeno "implicita" del provvedimento impugnato. Così ROMANO TASSONE A., *op.cit.*, 598. In senso analogo, anche se perviene ad una diversa ricostruzione dell'istituto, in chiave di impugnazione, si veda PELLEGRINO G., *Ricorso op. cit.*, loc. cit..

²⁵ ROMANO TASSONE A. *op.cit.*, 598; TROPEA G., *La plenaria cit.*, 146.

²⁶ Sul punto, la dottrina non ha mancato di avanzare i propri dubbi sulla configurabilità di una sentenza di tipo dichiarativo, in presenza di una statuizione provvedimentoale che, al fine di ottenere la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, va comunque rimossa. ROMANO TASSONE A., *op.cit.*, 598. In senso analogo si esprime CAPONIGRO R., *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Rivista telematica Giustamm.it*. In particolare l'autore, rilevato come non sia possibile prescindere dalla rimozione dell'atto amministrativo, sostiene che al ricorso incidentale debba essere attribuita "natura impugnatoria ma efficacia di eccezione processuale".

Il dubbio in questione si fa ancora più forte se solo si prova a sviluppare un breve ragionamento partendo da quelli che sono i tratti essenziali che la dottrina classica riconosce nell'eccezione.

Quando si parla di eccezione emerge immediatamente la stretta relazione²⁷ che intercorre tra questa e l'azione²⁸; infatti: tanto la prima quanto la seconda nascono dalla medesima fattispecie, e costituiscono una situazione giuridica soggettiva qualificata in capo alla parte²⁹, da questa liberamente azionabile³⁰.

In questo senso, l'azione e l'eccezione sono il frutto dell'attivazione di situazioni giuridiche soggettive identiche; pertanto, la sentenza che accoglie la domanda (proposta mediante l'esercizio dell'azione o dell'eccezione) deve necessariamente avere la medesima natura in entrambi i casi, natura che, nel caso del giudizio amministrativo, non può che essere costitutiva.

In altre parole, così come la sentenza di accoglimento del ricorso principale ha natura costitutiva, la medesima natura dovrebbe essere riconosciuta, in linea di principio, alla sentenza che accoglie il ricorso incidentale-eccezione: tale ultima pronuncia avrà però una portata limitata esclusivamente alla costituzione di una nuova situazione giuridica sostanziale idonea ad impedire l'accoglimento della domanda.

²⁷ PUGLIATTI S., *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1968, 159. L'illustre maestro messinese afferma come "l'omogeneità tra azione ed eccezione si trova nella comune radice dell'agere".

²⁸ La configurazione giuridica dell'eccezione è evidentemente influenzata dalla teoria dell'azione a cui si accede, in questo senso è bene chiarire sin da subito che chi scrive ritiene di dover porre alla base del ragionamento che seguirà la teoria dell'azione proposta da Liebman e che vede quest'ultima come il diritto processuale ad un provvedimento di merito. Per una analisi della "relatività" del concetto di eccezione rispetto alle tre più sostenute teorie dell'azione si veda COLESANTI V., *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1968, 187 e ss..

²⁹ L'eccezione è ricostruita dalla più autorevole dottrina come un controdiritto, in questo senso per tutti si veda CHIOVENDA G., *Sull'eccezione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma, 1930, 147 e ss.; PUGLIATTI S., *op. loc. ult. cit.*; COLESANTI V., *op. loc. ult. cit.*

³⁰ La proponibilità dell'eccezione rientra tra le facoltà di chi resiste, che è libero di utilizzare lo strumento difensivo al fine di paralizzare l'accoglimento della domanda proposta in via principale e ritenuta fondata dal giudice; in altri termini, se la domanda è fondata, solo un'eccezione altrettanto fondata è idonea a scongiurare una pronuncia di accoglimento.

Il limite sofferto dall'eccezione è dovuto alla sua natura di concetto di relazione³¹: il fatto stesso che l'azione venga esercitata in via d'eccezione è infatti idoneo a limitare la portata del suo accoglimento all'inibizione dell'esito favorevole della domanda proposta in via principale.

Se si accettano le premesse date, sarà altrettanto agevole ritenere che nel processo amministrativo, affinché si produca l'effetto di rimozione del provvedimento (da cui discende la pronuncia di inammissibilità del ricorso principale) è necessaria una pronuncia costitutiva³².

Quanto detto, ad avviso di chi scrive, non può incontrare le obiezioni che nel processo civile si muovono circa il rilievo incidentale dell'effetto costitutivo³³.

In altre parole, non sembra si possa applicare al processo amministrativo l'osservazione che esclude la compatibilità dell'effetto costitutivo con il rilievo del vizio in via di eccezione³⁴, né quella che vede

³¹ PUGLIATTI S., *op. cit.*, 159. "Una volta collegata al processo l'eccezione, qualunque sia il suo significato o contenuto, si pone spontaneamente in relazione con l'azione, anzi si oppone ad essa, quasi fosse una forza contrastante". L'eccezione ha natura di concetto di relazione, per esistere essa ha necessità di essere messa in contrapposizione alla figura dell'azione, senza la seconda la prima non ha ragione di essere, almeno in termini di eccezione.

³² Si potrebbe al contrario avere una pronuncia dichiarativa solo se l'effetto "dichiarato" in sentenza si sia già prodotto nel mondo giuridico indipendentemente dalla pronuncia giudiziale, il che può avvenire solo se: l'effetto costitutivo della nuova situazione giuridica è nella disponibilità della parte che aziona l'eccezione, o della legge; disponibilità evidentemente assente rispetto alle questioni di legittimità di un provvedimento amministrativo. Sul punto si veda, FORNACIARI M., *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato.*, Torino, Giappichelli, 1999, 42 e ss..

³³ FORNACIARI M., *op. loc. ult. cit.*. Il problema nel diritto processuale civile è conosciuto come: "eccezione di impugnativa", ed è generalmente risolto in senso negativo; questa (attiene) alla possibilità di far valere in via di eccezione quel certo vizio, sulla base del quale sarebbe possibile impugnare l'atto in via d'azione. Secondo la dottrina prevalente, il rilievo incidentale è possibile solo se l'effetto si produce indipendentemente dalla sentenza, il che lo rende incompatibile con l'eventuale natura costitutiva della sentenza. Se invece si riconduce l'effetto costitutivo alla sentenza, ciò sarà possibile perché è stata proposta una domanda riconvenzionale: "se le impugnative in questione sono costitutive, un rilievo incidentale non è possibile; se esso venga viceversa ritenuto ammissibile, vuol dire che esse non sono costitutive". Sulla compatibilità dell' "eccezione di impugnativa" con il processo amministrativo e la pronuncia di annullamento si veda, ROMANO TASSONE A., *op.cit.*, 599.

³⁴ FORNACIARI M., *op. ult., loc. cit.*; Sembra assumere una posizione favorevole rispetto all'applicazione del concetto di eccezione riconvenzionale nel processo amministrativo GAFFURI F., *op.cit.*, 1109.

l'eccezione inidonea a provocare una pronuncia sulla situazione giuridica soggettiva azionata dal resistente³⁵.

Quanto appena affermato, oltre che dalle osservazioni fin qui svolte in ordine alla figura dell'eccezione, emerge dalla strutturale incompatibilità che nel processo amministrativo sussiste tra pronuncia dichiarativa ed accertamento di un vizio di legittimità, e dunque rimozione del provvedimento (o della parte di esso) illegittimo.

Attraverso il ricorso incidentale si prospetta un vizio dell'atto che, in presenza di un interesse attuale, si sarebbe potuto dedurre autonomamente; così facendo, si produce inevitabilmente un ampliamento del *thema decidendum*.

Da ciò deriva la sostanziale "dequotazione", rispetto all'individuazione di ciò che il ricorrente incidentale intende introdurre nel processo (eccezione o riconvenzione), tanto del profilo impugnatorio, che dell'estensione della materia su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi³⁶.

In altri termini, la distinzione tra eccezione e riconvenzione non è determinata né dalla introduzione dello strumento difensivo per mezzo di una impugnazione, né dall'ampliamento del *thema decidendum*, bensì dalla portata dell'effetto costitutivo connessa all'accoglimento.

Sembra che l'ampliamento della materia di cognizione del giudice, connaturato allo strumento impugnatorio, si debba considerare un effetto "collaterale" del ricorso incidentale, che, ove fondato, conduce alla rimozione dell'atto.

³⁵ TROPEA G., *op.cit.*, 278. L'autore osserva che l'obiezione che vede l'eccezione non idonea ad estendere l'oggetto del giudizio, anche se sostenuto dalla maggioritaria dottrina processualcivile, sembra essere il frutto di una visione ormai superata almeno per ciò che attiene il processo amministrativo.

³⁶ ROMANO TASSONE A., *op.cit.*, 589 e ss.. Dalla ricostruzione offerta da questa autorevole dottrina appare evidente come una volta inquadrato il ricorso incidentale tra gli strumenti di difesa attiva, i profili che più propriamente attengono all'impugnazione dell'atto, perdono di importanza rispetto all'individuazione della difesa azionata dal resistente. In modo molto più sfumato giunge a soluzioni analoghe TROPEA G. *op.cit.*, 274.

Purtuttavia, quando ad essere accolto è un ricorso incidentale-riconvenzione, l'effetto costitutivo della pronuncia non incontra altri limiti se non quelli delle domande proposte dai contendenti; se invece ad essere accolto è un ricorso incidentale-eccezione, l'effetto costitutivo di una nuova situazione sostanziale si ha nei limiti di ciò che è necessario ai fini del rigetto della domanda proposta in via principale³⁷.

4.1 Al fine di “recuperare” l'ulteriore *chance* difensiva, costituita dalla proponibilità dei motivi “autolesivi”, è dunque possibile superare le affermazioni formulate in giurisprudenza attraverso una ulteriore ipotesi ricostruttiva, che, assumendo quale punto di partenza la natura di strumento di difesa del ricorso incidentale, orienti la propria analisi sulla portata dell'effetto di annullamento³⁸.

Le pronunce esaminate, infatti, presuppongono entrambe la indisponibilità degli effetti prodotti dall'annullamento per la stessa parte che lo richieda: ciò è evidente tanto nella pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa (allorquando osserva che il ricorrente incidentale può eccepire il vizio comune sol perché non avrà luogo la ripetizione della procedura a seguito della pronuncia); tanto nella sentenza emessa dal TAR siciliano (quando giudica inammissibile per difetto di interesse il ricorso incidentale che, ove accolto, comporterebbe una nuova regola di scelta del contraente e quindi una diversa graduazione delle imprese partecipanti).

³⁷ Nel primo caso tizio, ricorrente incidentale, chiede il riconoscimento di alcuni titoli che gli permetterebbero di mantenere la prima posizione nella graduatoria finale; l'accoglimento del suo ricorso, scrutinato solo dopo l'accoglimento del ricorso principale, comporterà la creazione di una nuova situazione di fatto in cui la posizione sostanziale di entrambe le parti sarà modificata. Nel secondo caso, se tizio lamenta l'illegittima ammissione del ricorrente principale, il suo ricorso sarà esaminato presumibilmente per primo, ed il suo accoglimento comporterà la modifica della sola posizione sostanziale del ricorrente principale così da elidere la legittimazione di quest'ultimo.

³⁸ In proposito autorevole dottrina ha sostenuto di recente che “gli effetti ripristinatori, ed ancor di più quelli conformativi della pronuncia di annullamento non sono invece immancabili, e comunque sono potenzialmente disponibili: sia nel senso che essi non debbono necessariamente verificarsi, sia nel senso che chi richiede l'annullamento può non domandarne la produzione, o può chiederne la produzione solo in alcune direzioni, e non anche in altre” ROMANO TASSONE A., *op.cit.*, 600.

Nell'uno e nell'altro caso, infatti, il giudice considera gli effetti di ripristinazione e di conformazione irrinunciabili ed indisponibili, tanto quanto lo è l'effetto di demolizione connesso alla sentenza di accoglimento. Si proverà nel prosieguo del lavoro a dimostrare come tale assunto possa quanto meno essere messo in discussione.

L'analisi non può che prendere le mosse dalla constatazione che l'annullamento è generalmente inteso come "reazione" tipica contro atti invalidi, consistente nella eliminazione *ex tunc* dell'efficacia attribuita a questi ultimi dall'ordinamento³⁹.

L'istituto rappresenta in questo senso⁴⁰ il "momento logico conseguente all'accertamento del vizio", e quindi la sanzione che l'ordinamento predispone in conseguenza dell'illegittimità dell'atto⁴¹.

Dottrina e giurisprudenza, secondo la più classica delle ricostruzioni, riconducono alla pronuncia di annullamento tre effetti: di demolizione; di ripristinazione; di conformazione⁴².

³⁹ L'annullamento fa venir meno sin dall'origine l'efficacia dell'atto: così SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, ed. XII, Napoli, Jovene, 1974, 502, Sembra esprimersi in questo senso anche GIANNINI, M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 1061. L'autore afferma che "l'annullamento si riferisce ad una fattispecie invalida, i cui effetti sono però disponibili per gli interessati". Autorevole dottrina ha, invece, osservato come a seguito dell'annullamento non viene rimossa la sola efficacia dell'atto, ma anche la sua rilevanza e ciò in ragione dell'efficacia retroattiva con cui opera l'annullamento. Così CANNADA BARTOLI E., *Annulabilità e annullamento (Dir.Amm.)*, vol. II, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, 497.; in senso analogo CORSO G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, 404. Tale impostazione è invece criticata da MODUGNO F., *Annulabilità e annullamento: I*, vol. II, in *Enc. Giur. Trecani*, Roma, 1988, 8. L'autore in particolare osserva che la ricostruzione dell'annullamento come eliminazione della rilevanza dell'atto invalido, non consente di spiegare "in qual modo quest'ultimo abbia comunque potuto produrre effetti giuridicamente rilevanti". Più in generale osserva PERRONE CAPANO R., *La retroattività degli atti amministrativi*, Napoli, Jovene, 1950, 24, che "attraverso l'annullamento si sostituisce uno stato di validità ad un precedente stato di invalidità determinato da un atto".

⁴⁰ Autorevole dottrina ha osservato come con il termine annullamento sia possibile intendere tanto il meccanismo giuridico attraverso cui vengono rimossi gli atti amministrativi invalidi, tanto l'effetto prodotto a seguito di una pronuncia di invalidità. CANNADA BARTOLI E., *op.cit.*, 497.

⁴¹ L'annullamento è la sanzione che l'ordinamento predispone in presenza di atti giuridici leciti. Così CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1960, 596.

⁴² Sul punto la dottrina non ha sempre espresso opinioni unanimi, infatti, le opinioni maggioritarie propendono per la tripartizione degli effetti. In questo senso certamente TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2005, 292.; SANDULLI A.M., *op. ult. loc. cit.*; VIPIANA P.M., *Contributo allo studio del giudicato*

L'effetto demolitorio si sostanzia nella rimozione dell'atto dal mondo giuridico; ciò determina il venir meno degli effetti prodotti dall'atto stesso, che è così privato dell'efficacia attribuitagli dall'ordinamento⁴³.

L'effetto di ripristinazione si sostanzia, invece, nella ricostituzione della situazione che si sarebbe avuta qualora il provvedimento non fosse mai stato emanato. Da ciò discendono due conseguenze: la prima, consistente nella reviviscenza di atti e qualificazioni giuridiche che precedono quelle disposte nell'atto invalido⁴⁴, e la seconda, ben più "complessa e dubitativa" della prima, che implica la cancellazione di tutti gli effetti che *medio tempore* hanno avuto modo di prodursi nella realtà giuridica⁴⁵.

Infine, l'effetto di conformazione si concretizza nella costituzione di un vincolo per il successivo esercizio del potere da parte

amministrativo, Milano, Giuffrè, 1990, 321. Altra parte della dottrina riconduce alla sentenza un unico effetto di annullamento al cui interno sono riscontrabili tre differenti aspetti. Così FERRARI E., *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, 603. Altri autori ancora, considerano, invece, l'effetto di ripristinazione un aspetto di quello demolitorio. Così CANNADA BARTOLI E., *op.cit.*, 497.; NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960, 224.

⁴³ L'annullamento fa venir meno sin dall'origine l'efficacia dell'atto SANDULLI A.M., *op.cit.*, 502. Sembra esprimersi in questo senso anche GIANNINI, M.S., *Diritto cit.*, 1061, l'autore afferma che "l'annullamento si riferisce ad una fattispecie invalida, i cui effetti sono però disponibili per gli interessati". Altra dottrina, invece, critica la ricostruzione dell'annullamento come eliminazione della rilevanza dell'atto invalido, poiché "non si spiegherebbe in qual modo quest'ultimo abbia comunque potuto produrre effetti giuridicamente rilevanti". Così MODUGNO F., *op.cit.*, 8.

⁴⁴ GIANNINI M.S., *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di impiego pubblico*, in *Foro Italiano*, LXVII, 1942, n. 15/16, III, oggi in *Scritti di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 2002, 465. Per l'autore l'effetto di ripristinazione è quello per cui "le qualificazioni giuridiche che precedono quelle disposte nell'atto invalido riacquistano efficacia".

⁴⁵ NIGRO M., *Giustizia Amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, 314. Per l'autore tale aspetto consiste nella costituzione di un obbligo in capo all'amministrazione di adeguare "lo stato di fatto e di diritto, esistente al momento della pronuncia giurisdizionale e venuto in vita sulla base dell'atto impugnato, alla situazione giuridica prodotta dalla pronuncia stessa". Tale ulteriore effetto trova la sua giustificazione per un verso nell'art. 65, n.5, reg. proc., allorché lo stesso prevede che le sentenze debbano essere eseguite dall'autorità giudiziaria, e per altro verso dall'esigenza di assicurare l'utilità di cui l'annullamento si fa portatore. In senso analogo TRAVI A., *op.cit.*, 292. Per quest'ultimo "la sentenza di annullamento opera *ex tunc*: essa pertanto, non solo elimina dalla realtà giuridica attuale il titolo che determinava un certo assetto di interessi, ma impone che quell'assetto di interessi sia eliminato sin dall'origine" e pertanto che sia ricostituita la situazione che si sarebbe avuta qualora il provvedimento non vi fosse stato.

dell'amministrazione⁴⁶: infatti, "il giudice amministrativo, pronunciando sul ricorso, accerta se la sistemazione (di interessi) sia conforme alla legge e, facendo ciò, delinea una nuova sistemazione degli interessi, aderendo in tutto o in parte a quella proposta dal ricorrente"⁴⁷.

Orbene, il primo degli effetti prodotti dalla pronuncia di annullamento, ovvero la demolizione, è certamente unico ed invariabile⁴⁸: la sua "portata" è indisponibile tanto per la parte, tanto per il giudice (anche se, ovviamente, la medesima cosa non può dirsi in merito all'estensione dell'effetto stesso, in quanto chi promuove l'azione può limitarsi a censurare anche solo una parte del provvedimento che lo lede).

L'indisponibilità dell'effetto demolitorio può essere rintracciata, in primo luogo, nella essenza dell'istituto dell'annullamento, che ha quale funzione ineludibile quella di rimuovere l'atto illegittimo⁴⁹, ed in secondo luogo nella materiale impossibilità di graduare la "forza" distruttiva con cui lo stesso agisce.

Ci si riferisce alla logica con cui opera la rimozione del provvedimento: questa infatti non può che essere di tipo binario, essendovi solo due possibilità: a) l'atto (o la parte di esso censurata) persiste nell'ordinamento; b) l'atto (o la parte di esso censurata) è rimosso dallo stesso.

Riconosciuta l'indisponibilità - e, dunque, l'automaticità - dell'effetto demolitorio, deve ora essere verificata l'ipotesi formulata in premessa, che considera disponibili per le parti gli ulteriori effetti prodotti dall'annullamento.

⁴⁶ NIGRO M., *op.ult.cit.*, 314.

⁴⁷ NIGRO M., *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸ GIANNINI M.S., *Sulla ripristinazione cit.*, 465.

⁴⁹ ROMANELLI V.M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, 107. L'autore sottolinea che "l'istituto dell'annullamento ha per oggetto, diretto ed immediato, la cessazione di atti giuridici, anche se ne segue, in via derivata, l'estinzione del rapporto originato dall'atto medesimo". In senso analogo CORSO G., *op.cit.*, 404. Il quale evidenzia che la funzione pratica dell'annullamento è di eliminare retroattivamente la efficacia dell'atto invalido".

4.2 La dottrina più risalente ha osservato come l'annullamento comporta la "trasformazione dell'annullabilità in nullità, fin dal momento cui l'invalidità risale"⁵⁰. Per opinione consolidata, quindi, la rimozione dell'atto illegittimo avviene sin dalla sua emanazione, o dal momento in cui è sorto il vizio di legittimità⁵¹; pertanto, il provvedimento è eliminato con effetto *ex tunc*⁵².

Dal carattere retroattivo dell'annullamento⁵³ discende l'effetto di ripristinazione, che si sostanzia -come detto- nella ricostituzione della situazione che si sarebbe avuta qualora il provvedimento non fosse mai stato emanato⁵⁴.

Sulla scorta della ricostruzione qui brevemente ripercorsa, la dottrina ha da sempre affermato l'automaticità dell'effetto di ripristinazione (se non addirittura la connessione di quest'ultimo con l'effetto di

⁵⁰ CODACCI PISANELLI G., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, 212.

⁵¹ GIANNINI M.S., *Sulla ripristinazione cit.*, 465.; ROMANO S., *Annulamento degli atti amministrativi*, in *Noviss. Dig. Italiano*, vol. I, Torino, 1947, 645. Il quale osserva che "l'annullamento distrugge l'esistenza dell'atto amministrativo sin dal momento in cui è sorta la sua invalidità", e fa sì che questo si consideri come mai esistito; ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1947, 238. Il quale chiarisce che "l'annullamento ha carattere costitutivo, perché fa cessare i rapporti in atto e in via di svolgimento; quanto alla sua efficacia, tuttavia, avendo causa in vizi contemporanei alla formazione dell'atto annullato, essa retroagisce al momento di tale formazione: l'atto viene posto nel nulla fin dalla sua origine e gli effetti da esso prodotti devono essere eliminati o riparati".

⁵² CODACCI PISANELLI G., *op.cit.*, 215, L'autore sostiene che la retroattività trova la sua ragion d'essere nello stesso modo in cui opera il meccanismo dell'annullamento, infatti la trasformazione dell'annullabilità in nullità, comporta necessariamente che questa operi dal momento in cui il provvedimento diviene annullabile. In senso analogo TOMMASINI R., *Annulabilità e Annulamento*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. II, Roma, 1988, 11. L'autore afferma espressamente che "il negozio una volta annullato non differisce dal negozio originariamente nullo. La differenza si coglie invece nella circostanza che l'atto annullabile può avere prodotto effetti precari che vanno eliminati", in questo senso è agevolmente spiegata la retroattività dell'istituto: "se l'atto è considerato nullo sin dal suo sorgere, inevitabilmente come non mai realizzate devono ritenersi le trasformazioni giuridiche che nell'atto trovano la loro giustificazione".

⁵³ CODACCI PISANELLI G., *op.cit.*, 207.; GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2007, 265.; PERRONE CAPANO R., *op.cit.*, 17 e 91. Quest'ultimo, evidenzia che "la retroattività di un atto implica azione regressa, azione nel passato, produzione di effetti per un tempo ormai trascorso".; ROMANELLI V.M., *op.cit.*, 347 e ss.; SANDULLI A.M., *op.cit.*, 1003.; CANNADA BARTOLI E., *op.cit.*, 484.; RESTA R., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1935, 35.; GIANNINI M.S., *Diritto cit.*, 285.; ROMANO S., *op.cit.*, 645.

⁵⁴ *Ex multis* ROMANELLI V.M., *op.cit.*, 347.; ALESSI R., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1942, 10.; PERRONE CAPANO R., *op.cit.*, 91.

demolizione) quale conseguenza diretta dell'efficacia retroattiva dell'annullamento⁵⁵.

La dottrina, invece, si è mostrata divisa in merito alla qualificazione della ripristinazione quale effetto autonomo rispetto a quello di demolizione⁵⁶, ed ancor di più sulle modalità operative dell'effetto stesso.

In particolare, le riflessioni formulate su quest'ultimo punto possono rappresentare un primo e fondamentale argomento per provare a sostenere la disponibilità per la parte degli effetti di ripristinazione.

Infatti, ove si dovesse ritenere che, in conseguenza dell'annullamento, l'operare dell'effetto ripristinatorio costituisca la medesima situazione che si sarebbe avuta qualora il provvedimento non fosse mai stato emanato, sarebbe la struttura stessa dell'istituto a non far residuare alcuna possibilità che, a seguito di una pronuncia demolitoria, si possa produrre una diversa situazione.

Sul punto, la dottrina si è attestata sostanzialmente su due differenti posizioni: secondo una prima impostazione, a seguito dell'annullamento si produrrebbe una *fictio iuris*⁵⁷, attraverso cui si crea la medesima

⁵⁵ VILLATA R., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, 548.; SANDULLI A.M., *op.cit.*, 1003.

⁵⁶ Una parte della dottrina ha, infatti, affermato l'autonomia dei due effetti che, ancorché scaturenti entrambe dall'annullamento, sono scindibili in due differenti momenti logici e giuridici. In questo senso si esprime VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1972, 483.; GIANNINI M.S. *Sulla ripristinazione cit.*, 465. Quest'ultimo, in particolare, rileva come tra effetto demolitorio ed effetto di ripristinazione non vi sia necessariamente contemporaneità e coincidenza. In senso analogo si esprime anche PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1962, 609. L'autore, però, come è noto, parte da una diversa idea di processo. Di contrario avviso si è, invece, dimostrata un'altra parte della dottrina che ha osservato come i due effetti siano in realtà due facce della medesima medaglia, in questo senso CANNADA BARTOLI E., *op.cit.*, 496; NIGRO M., *op.cit.*, 314. Orbene, ai fini della nostra indagine appare irrilevante la distinzione anche se a parere di chi scrive sembra si possa preferire la prima lettura che distingue i due effetti. Ciò perché l'effetto di ripristinazione è originato dal carattere retroattivo della demolizione.

⁵⁷ DE VALLES A., *La validità degli atti amministrativi*, Padova, Cedam, 1986, 444.; CODACCI PISANELLI G., *op.cit.*, 215. In proposito, l'autore parla dell'effetto di ripristinazione quale "finzione consistente nel ripristinare la situazione giudica che si sarebbe avuta se l'atto non fosse stato compiuto", ed osserva ancora che la "retroattività inconcepibile in fatto e resa, tuttavia, possibile dal diritto, mediante una finzione, consistente nel ripristinare la situazione giuridica che si sarebbe verificata se l'atto non fosse stato compiuto". La tesi della finzione è stata accolta anche da un'altra

situazione che si sarebbe avuta qualora l'atto non fosse mai stato emanato.

Una diversa lettura dell'operatività dell'effetto ripristinatorio vede, invece, la situazione emergente dalla pronuncia di annullamento come una "nuova situazione", diversa da -ancorchè quanto più possibile simile a- quella che si sarebbe avuta nel caso in cui l'atto non avesse mai visto la luce.

In altre parole, si sostiene che, più che ad una di rimozione degli effetti prodotti dall'atto impugnato o ad una finzione giuridica, attraverso la ripristinazione si dia vita ad una situazione "nuova"⁵⁸, sostanzialmente autonoma e comunque diversa da quella che si afferma di voler ricostituire.

Tale impostazione, che trova spiegazione nella impossibilità che il diritto domini il tempo reale⁵⁹, sembra maggiormente condivisibile, anche alla luce del fatto che non sempre la cancellazione di ciò che è stato (ovvero

parte della dottrina che ha però osservato come la *fictio* opera solo con riferimento agli atti intrinsecamente eliminabili. Così RESTA R., *op.cit.*, 14.

⁵⁸ ROMANELLI V.M. *op.cit.*, 346. Per l'autore, invece, "si tratta sempre di uno stato giuridico nuovo, che, nel suo contenuto, può riprodurre, e non sempre ciò può fare interamente e fedelmente, lo *status quo ante*, una continuazione dell'atto precedente che l'atto annullabile ha irreparabilmente estinto, alla stessa maniera che il posteriore annullamento fa cessare lo stato di cose creato dall'atto annullato [...] Non risorge, né può risorgere la vecchia situazione, ma uno stato che rimpiazza quello precedente, con un contenuto (solo) fino ad un certo punto ed in un certo senso equivalente". L'autore inoltre, si dimostra particolarmente critico rispetto alla retroattività intesa come finzione giuridica, tanto da sostenere la necessità di "bandire" la finzione, per avere di mira quello che è lo scopo e la funzione cui attende la retroattività. In *idem*, 355 e ss.

⁵⁹ In questo senso la dottrina ha avuto modo di osservare che la vera retroattività "assoluta" è cosa impossibile "un assurdo logico oltre che giuridico, perché ciò che è passato è fuori dalla pubblica a privata disponibilità", non può quindi essere richiamato l'istituto della finzione per spiegare la retroattività. Così PERRONE CAPANO R., *op.cit.*, 24-29; così anche PACE G. *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, s.a., Milano, 1944, 315-317, in CORSO G. *Efficacia cit.*, 400 nota 38. In particolare questo autore distingue tra retroattività e retrospettività, e chiarisce che la retroattività si ha quando oltre ad una retro-valutazione si svolge anche una ri-valutazione che si sostituisce *ex tunc* ad una valutazione diversa anteriore. Tra gli stessi autori che hanno sostenuto la ricostituzione di una situazione nuova a seguito dell'annullamento, non manca chi ha osservato che all'affermazione della retroattività dell'annullamento seguono tanti limiti ed eccezioni, che "se dovesse tenersi conto del loro numero e della loro importanza, dovrebbe addivenirsi alla regola opposta". Così ROMANELLI V., *op.cit.*, 352.

la reintegrazione di ciò che non è stato) è possibile⁶⁰, come dimostra la regola secondo cui *factum infectum fieri nequit*⁶¹.

Infatti, la retroattività opera attraverso il dominio del tempo giuridico, che, a differenza del tempo reale, non è un concetto di relazione⁶², bensì un concetto di quantità, e come tale soggetto ad essere modificato al di là del suo materiale trascorrere.

Questa ultima impostazione permette, inoltre, non solo di riconoscere il carattere dell'eventualità dell'effetto ripristinatorio, a differenza di quello di demolizione, ma, ancor di più, di concludere che il primo ha *naturaliter* una portata più ampia di quella costituita dalla semplice rimozione degli effetti dell'atto *ex tunc*, insita nella capacità di costituire

⁶⁰ Tutti gli autori che si sono occupati della ripristinazione, infatti, individuano quale limite invalicabile alla stessa quello del fatto avvenuto (*factum infectum*), il che ai nostri fini offre una prova ulteriore del fatto che sia possibile l'emersione di una situazione diversa e nuova rispetto a quella che si sarebbe avuta ove il provvedimento non avesse mai visto la luce. In questo senso, tra gli altri, CANNADA BARTOLI E., *op.cit.*, 485 PIRAS A., *op. ult. loc. cit.*; CORSO G., *op. ult. loc. cit.*. Quest'ultimo in particolare osserva come l'effetto retroattivo conseguente all'annullamento è in grado di rimuovere solo ciò che è stato "secondo il diritto", mentre il "fatto compiuto" nella realtà materiale dimostra l'inadeguatezza della retroattività nel rideterminare una situazione identica a quella che si sarebbe avuta qualora l'atto annullato non avesse mai prodotto i suoi effetti. Inadeguatezza questa, dovuta ad una impossibilità materiale prima ancora che giuridica.

⁶¹ Una parte della dottrina attribuisce al principio del *factum infectum fieri nequit* carattere materiale. Così CORSO G., *op.cit.*, 412.; CANNADA BARTOLI E., *op.cit.*, 497. Secondo questa dottrina, infatti, l'effetto retroattivo si arresta solo dinanzi alle trasformazioni irreversibili della realtà materiale: "fra l'ordine storico e degli accadimenti e l'ordine giuridico delle qualificazioni relative a detti accadimenti si verifica un contrasto, che costituisce un problema della retroattività dell'annullamento". Un'altra parte della dottrina, invece, considera il principio del fatto compiuto "un principio giuridico al pari di quello della retroattività". Così MODUGNO F., *op.cit.*, 9. Tale seconda impostazione permette di considerare il fatto compiuto non solo come il limite determinato dalla materiale impossibilità di ripristinare la situazione precedente, ma un fatto rappresentativo di interessi giuridicamente rilevanti (ad. es. una situazione di affidamento) e, pertanto, idoneo a ampliare il limite della retroattività oltre il confine segnato dalla impossibilità materiale.

⁶² Il tempo reale discende da "una relazione fra oggetti di percezione che appartengono a differenti classi di simultaneità". Così ARECCHI F.T., *Il ruolo del tempo nei sistemi complessi: le strategie adattive*, in AA. VV., *Aspetti del tempo*, Napoli, I.P.E., 1998, 120. In questa chiave la ricostituzione della situazione oramai passata non necessiterebbe della semplice cancellazione del fatto e dell'effetto prodottisi nell'ordinamento, ma di una ricostituzione globale del sistema che si assume quale punto di riferimento statico per commisurare il tempo nella storia. In questo senso vanno alcune riflessioni formulate sul tempo "ontologico" svolte da SANGUINETTI J.J., *Tempo naturale e tempo umano*, in AA.VV., *Aspetti cit.*, 239.

una situazione giuridica nuova funzionale a ristabilire l'equilibrio giuridico⁶³.

Il dato di maggior interesse è costituito, ai nostri fini, dalla dimostrazione dell'esistenza di uno spazio strutturale in cui è possibile che venga alla luce una situazione giuridica diversa, ed in quanto tale autonoma, rispetto a quella che si sarebbe avuta qualora l'atto non fosse mai stato emanato.

Fin qui, si è tentato di dimostrare, dunque, che l'effetto di ripristinazione opera costituendo una nuova situazione, ponendo così le premesse strutturali necessarie alla affermazione della disponibilità dell'effetto per le parti.

Ora, però, rimane da superare l'ostacolo costituito dall'automaticità con cui lo stesso si produce, e che deve essere considerata come la diretta conseguenza dell'efficacia retroattiva della pronuncia.

La retroattività della pronuncia, come prima rammentato, nasce dalle esigenze, di carattere "pratico" e non normativizzata, di rimuovere gli effetti precari prodotti da un atto che è divenuto nullo a seguito della pronuncia del giudice, e che come tale non avrebbe "dovuto" produrre effetti sin dalla sua emanazione⁶⁴.

⁶³ ROMANELLI V.M., *op.cit.* 357. L'autore, partendo dal presupposto che non è necessario ricorrere ad alcuna artificio giuridico, sottolinea come la restaurazione dell'equilibrio non passa necessariamente dalla "totale eliminazione di tutte quelle situazioni giuridiche che si sono avute nel periodo intermedio che va dall'emissione dell'atto invalido alla sua eliminazione [...] (a tal fine) basta solo far cadere quegli atti e quei rapporti che sono incompatibili con la creazione della nuova situazione". È opportuno precisare che tali affermazioni si riferivano a quei rapporti che avevano avuto solo un temporaneo contatto con la situazione giuridica annullata, il che però non priva di valore la tesi qui proposta poiché, quest'ultima viene elaborata in un contesto dottrinario in cui la funzione primaria dell'annullamento era quella di ripristinare la legalità e la posizione del singolo cittadino era invece tutelata solo di riflesso.

⁶⁴ CORSO G., *op.cit.*, 404. L'autore sottolinea che "la funzione pratica dell'annullamento è quella di eliminare retroattivamente l'efficacia dell'atto invalido" [...] "La retroattività è connaturata nell'annullamento. Ciò dipende dal fatto che l'atto annullabile, anche se invalido, ha prodotto i suoi effetti, onde per la eliminazione di questi si richiede che l'atto di annullamento retroagisca". In termini molto più netti, influenzata da un concetto fortemente sanzionatorio dell'istituto, si esprime la dottrina più risalente che, in ogni caso, riconosce la possibilità che vi siano deroghe alla ripristinazione totale: "Il potere di annullamento, da qualunque autorità esercitato, non incontra alcun limite nei diritti od interessi spettanti ad altri soggetti, perché

Quello della ripristinazione è, dunque, un effetto sanzionatorio⁶⁵, riconosciuto all'annullamento al fine di reintegrare la situazione giuridica preesistente alla emanazione dell'atto invalido: ed in questo senso, tale effetto non può che prodursi automaticamente.

In altri termini, se si considera l'annullamento una sanzione predisposta dall'ordinamento nei confronti degli atti invalidi, dovrà riconoscersi la necessità che gli effetti "indebitamente" già prodotti da questo siano rimossi⁶⁶.

E', appunto, quella che in una logica sanzionatoria si configura come "indebita produzione degli effetti", a giustificare l'automaticità della ripristinazione, non essendovi alcuna previsione normativa, né tanto meno una particolare necessità strutturale alla base della stessa, se non quella di realizzare interamente la portata sanzionatoria dell'istituto⁶⁷.

Se si considera l'annullamento come una sanzione predisposta dall'ordinamento avverso un atto che non avrebbe dovuto produrre

sopra gli atti invalidi non può basarsi nessun diritto o tutela giuridica. Gli effetti decorrono sempre *ex tunc*, perché, quando un atto sia riconosciuto viziato, deve essere eliminato fino al momento della sua formazione. Per questo anche gli effetti, che già l'atto può aver prodotto, sono annullati, nel senso che devono essere, fin dove possibile, eliminati o riparati. Questo principio comporta, tuttavia, delle eccezioni e dei temperamenti, talora stabiliti con speciali disposizioni, talora introdotti dalla stessa autorità amministrativa". Così ZANOBINI G., *op.cit.*, 249.

⁶⁵ CANNADA BARTOLI E., *op.cit.*, 485 ss.; GIANNINI M.S., *Sulla ripristinazione cit.*, 466 e 478. Quest'ultimo in particolare sottolinea che "l'annullamento è semplicemente il rimedio giuridico che eliminando le qualificazioni contenute in un atto viziato porta alla sanzione della ripristinazione".

⁶⁶ SANDULLI A.M., *op.cit.*, 503. L'autore osserva che la rimozione degli effetti sin dalla sua origine è conseguenza diretta dell'essere l'atto invalido sin dalla sua emanazione, l'ordinamento non può dunque consentire che questo faccia sorgere delle situazioni giuridiche.

⁶⁷ In questo senso appaiono illuminanti le parole di un autorevole dottrina per cui la retroattività costituisce una garanzia giuridica del pieno soddisfacimento dell'interesse, e non un'esigenza logica. PIRAS A. *op.cit.*, 611. Dunque, essa può essere concepita in alternativa ad altri congegni giuridici, il che dimostra come questa opera separatamente dall'effetto di demolizione, ed in via eventuale. Dello stesso avviso si mostra un'altra parte autorevole della dottrina che, prendendo spunto dall'osservazione della retroattività in questa chiave "funzionalistica" ha parlato di efficacia complementare dell'annullamento, CORSO G., *op.cit.*, 400. In particolare l'autore inquadra la retroattività come effetto ulteriore ed eventuale agli atti di secondo grado, caratterizzati invece per la retrospettiva, cioè per la loro capacità di orientarsi al passato, solo qualora la funzione pratica dell'atto richiede che gli effetti retroagiscano nel passato si ha l'effetto complementare della retroattività.

effetto alcuno, risulta evidente la necessità che l'effetto di ripristinazione sia automatico al pari di quello di demolizione, ed ancor più si comprende quella parte della dottrina che accomuna i due effetti considerandoli “due facce della stessa medaglia”, o che addirittura considera puramente nominalistica la corrente distinzione dell'uno dall'altro⁶⁸.

Ai fini della nostra analisi, tuttavia, appare utile sottolineare che le caratteristiche dell'automaticità così come quella dell'immancabilità non sembrerebbero a questo punto insite nella natura dell'annullamento, ma piuttosto correlate alla funzione pratica che lo stesso di volta in volta viene a svolgere.

Questa affermazione può forse trovare conforto in quella parte della dottrina che, a proposito dei provvedimenti di secondo grado, ha notato che quella della retroattività è una conseguenza complementare dell'annullamento: in particolare, si è osservato come tali atti siano caratterizzati dalla retrospettiva, e che solo qualora la funzione pratica dell'atto richiede che gli effetti retroagiscano nel passato si abbia l'effetto complementare della retroattività⁶⁹.

Se, dunque, sull'effetto incide il risultato che si vuole conseguire, non sembra scorretto sostenere che i caratteri dell'automaticità e della immancabilità si rendono necessari in un sistema in cui l'annullamento è visto come sanzione, e dunque tende ad eliminare quanto più possibile ogni traccia dell'atto che non avrebbe dovuto produrre i propri effetti.

Tuttavia, in un contesto in cui è mutato il quadro teorico di riferimento rispetto a quello in cui la figura dell'annullamento è stata elaborata, è legittimo chiedersi se non vi sia spazio per una diversa lettura dell'istituto.

Infatti, le tradizionali e consolidate teoriche sull'annullamento giurisdizionale si sono sviluppate in un contesto in cui il vero

⁶⁸GIANNINI M.S., *Diritto cit.*, 1061.

⁶⁹CORSO G., *op. loc. ult. cit.*.

protagonista del processo era l'interesse pubblico⁷⁰, la cui tutela era attivata attraverso l'azionamento dell'interesse della parte.

Oggi invece –com'è noto– al di là della più o meno completa trasformazione del processo amministrativo in un “giudizio di spettanza”⁷¹, è innegabile che chi agisce lo fa in nome ed a tutela di un proprio interesse⁷², ed all'interno di un processo improntato al principio della parità delle parti⁷³.

Ciò, dunque, potrebbe condurre a pensare all'annullamento non più come ad un istituto sanzionatorio volto a ripristinare la legalità violata, bensì come ad uno strumento attraverso cui la parte giunge a soddisfare integralmente il proprio interesse, e che garantisce, così, piena e sostanziale tutela alla situazione giuridica soggettiva azionata⁷⁴.

⁷⁰ Ci si riferisce alla nota teorica guicciardiana per cui il cittadino funge da impulso di un'azione che si svolge sostanzialmente nell'esclusivo interesse pubblico. Costruzione per altro, connessa alla *summa divisio* tra norma di azione e norme di relazione, e che prevedeva il giudizio nell'esclusivo interesse della parte pubblica solo in caso di violazione delle prime, essendo le stesse poste a tutela esclusiva dell'amministrazione. In questa chiave, dunque, il processo era visto in funzione della soddisfazione dell'interesse pubblico alla legalità, e l'interesse del cittadino riceveva invece tutela solo di riflesso. Per una ricostruzione del problema si veda FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. Proc. Amm.* 2001, 288.

⁷¹ ROMANO TASSONE A., *A proposito del libro II del progetto di codice del processo amministrativo*, in corso di pubblicazione sul fasc. n.4/2010 di *Diritto e processo amministrativo*.

⁷² Di ciò non sembra sia possibile dubitare, infatti il processo amministrativo, è retto dal principio della domanda, ed è azionato da colui che ne ha interesse per la soddisfazione di una propria pretesa materiale di base. Così ROMANO TASSONE A., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 2006, 273. Sul punto, per un diverso angolo visuale si veda VILLATA R., *op. ult. cit.*, 520. L'autore aderisce all'orientamento tradizionalmente sostenuto in dottrina, per cui risulta difficilmente negabile che il giudizio amministrativo sia destinato istituzionalmente a tutelare situazioni giuridiche subietive. Appare dunque evidente oggi che il cittadino intraprende un'azione processuale ad esclusiva difesa di una propria situazione giuridica soggettiva, il suo fine ultimo non è quello di soddisfare l'interesse pubblico ma di soddisfare il proprio interesse conformemente a quanto prescrive il diritto del caso concreto. Il processo amministrativo non è più strumento volto al perseguimento della certezza dei rapporti, ma bensì al perseguimento della giustizia e della effettività della tutela, nell'ambito di una tendenza alla parità delle parti. Così TROPEA G., *Il ricorso cit.*, cap. I. e II *passim*.

⁷³ Quello della automaticità della ripristinazione sembra essere una conseguenza della annullabilità vista come sanzione: se l'annullamento è sanzione deve rimuovere tutti gli effetti prodotti dall'atto invalido, ma se si considera l'annullamento quale strumento di soddisfazione della posizione del ricorrente allora muta questa necessità.

⁷⁴ La disponibilità degli effetti dell'annullamento potrebbe rappresentare un ulteriore strumento posto “al servizio” del ricorrente, utile a coniugare la tutela sostanziale del

Pertanto, attribuendo all'annullamento un carattere strumentale e non più finale, cioè considerando lo stesso non più un fine bensì un mezzo, l'automaticità e l'immancabilità degli effetti di ripristinazione possono essere messe in discussione, e con esse la stessa indisponibilità⁷⁵.

In altre parole, si intende sostenere che, se l'annullamento è uno strumento a disposizione del ricorrente per conseguire un determinato risultato, viene meno la intima necessità che tutti gli effetti prodotti *medio tempore* dall'atto annullato siano rimossi⁷⁶.

Infatti, la portata dell'effetto di ripristinazione potrebbe essere modulata in funzione dell'interesse delle parti, o, ancora, incontrare un limite concreto al suo completo esplicarsi in una particolare legittima esigenza delle stesse.

Del resto, già in passato, una autorevole dottrina, partendo da una ricostruzione del processo amministrativo come processo sul rapporto, aveva teorizzato la possibilità per il giudice di adottare misure retroattive ulteriori rispetto a quelle reali⁷⁷, scindendo così l'effetto di ripristinazione da quello di eliminazione e modulando lo stesso sulla tutela da accordare alla domanda.

ricorrente con la natura di processo sull'atto che ancora deve riconoscersi al processo amministrativo, in una ideale prosecuzione di quanto già in passato sostenuto da un autorevole dottrina, la quale aveva osservato che "il giudizio amministrativo come giudizio sull'atto, è contemporaneamente anche giudizio di tutela delle posizioni giuridiche soggettive". Così VILLATA R., *op. ult. cit.*, 525.

⁷⁵ In questo senso si è espressa autorevole dottrina, che partendo da una costruzione del processo amministrativo quale processo sul "rapporto", aveva attribuito all'annullamento una funzione propriamente strumentale. PIRAS A., *op.cit.*, 603. L'autore appare ancora più esplicito in uno scritto successivo in cui espressamente osserva che "L'annullamento, l'annullabilità non hanno i caratteri della sanzione: rappresentano piuttosto il contenuto di un effetto del quale spetta ad un soggetto di disporre, nei modi dell'azione e di fronte all'organo giurisdizionale" così PIRAS A., *Invalidità (Dir. Amm.)*, in *Enc Giur.*, vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 607.

⁷⁶ La diversa chiave di lettura prospettata, costituisce un ulteriore elemento a sostegno della tesi che vede l'annullamento operare attraverso la rimozione dell'efficacia, e non della rilevanza: infatti, l'elisione della rilevanza non permetterebbe di imputare la permanenza di tali effetti al provvedimento annullato, che smetterebbe di essere "punto di riferimento per la produzione dell'efficacia". Per una autorevole e significativa ricostruzione della rilevanza da cui discende la conseguenza ora segnalata si veda TRIMARCHI V.M., *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1940, 8.

⁷⁷ PIRAS A., *Interesse cit.*, 607. L'autore distingue tra effetti di ripristinazione reali, a cui se ne possono aggiungere ulteriori (di carattere obbligatorio) ad opera del giudice nel caso in cui i primi non siano sufficienti a soddisfare il ricorrente.

La soluzione, che per certi versi appare percorribile, a ben guardare non è del tutto sconosciuta al nostro ordinamento.

La disponibilità dell'effetto, infatti, caratterizza l'annullamento d'ufficio, laddove l'amministrazione, che intenda conservare alcuni effetti di un provvedimento illegittimo, può farlo attraverso un provvedimento di secondo grado, in cui assume centralità e costituisce limite concreto all'esercizio del potere l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto.

E' evidente che, nel tempo, l'annullamento d'ufficio ha mutato i suoi connotati classici attraverso il requisito dell'interesse⁷⁸, per mezzo del quale viene abbandonato l'orientamento che vedeva la potestà annullatoria quale oggetto di un dovere dell'amministrazione, da adempiere ogni qual volta si fosse in presenza di un atto illegittimo, al fine di perseguire il mero interesse alla legalità⁷⁹.

In questo senso, appaiono illuminanti le parole che provengono da una parte della dottrina, allorquando afferma che: "l'annullamento tende a perdere la sua tradizionale configurazione di rimedio all'errore e di controllo sul precedente operato, per assumere una veste diversa, di strumento di rinnovata gestione dell'interesse da curare"⁸⁰.

Da ciò, la convinzione che l'amministrazione la quale esercita i poteri di "autotutela" è in grado di "pilotare" la rimozione del provvedimento nei limiti dell'interesse/vantaggio che intende perseguire⁸¹.

⁷⁸ L'interesse pubblico visto da una parte della dottrina quale strumento per prevenire eventuali abusi dell'amministrazione che in nome di una esigenza assoluta di legalità tende invece a perseguire fini altrettanto illegittimi. IEMOLO A.C., *L'interesse come presupposto dell'annullamento di atti illegittimi - Licenziamento in via eventuale*, in *Foro It.*, 1931, III, 114.

⁷⁹ CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, E.S.I., 1991, 118.

⁸⁰ CONTIERI A., *op.cit.*, 125.

⁸¹ CONTIERI A., *op.cit.*, 128 e ss.. L'inserimento dell'annullamento d'ufficio nell'area dell'amministrazione attiva ha condotto una parte autorevole della dottrina a dubitare della compatibilità di questo con la retroattività degli effetti. L'autore, in particolare, dopo aver ricostruito l'interesse pubblico come il vantaggio a cui tende l'amministrazione attraverso l'annullamento, dubita che questo possa essere compatibile con l'immane retroattività dell'atto. La retroattività, che da sempre è stata elemento costante in ogni ricostruzione che si è fatta dell'annullamento, sembra essere il frutto di una esigenza ricostruttiva volta a consentire una lettura unitaria dell'effetto di annullamento. In senso analogo CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2004, 240.

Tale *chance* non è invece generalmente riconosciuta, in sede di annullamento giurisdizionale, sulla base di due differenti argomentazioni: la prima sostiene che l'annullamento giurisdizionale, avendo una funzione sanzionatoria, non può che retroagire senza soluzione di continuità fino ad eliminare tutti gli effetti potenzialmente rimuovibili; la seconda, invece, pone al centro dell'attenzione il ricorrente ed individua nel carattere della retroattività, che si sostanzia nell'effetto di ripristinazione, uno strumento volto ad assicurare una più forte tutela a quest'ultimo⁸².

Entrambe le argomentazioni non sembrano però decisive.

Infatti, se la prima è la diretta conseguenza del modo di considerare l'annullamento, che -come si è visto- può essere messo in discussione, la seconda potrebbe essere altrettanto bene (e fors'anche meglio) addotta a sostegno della tesi qui prospettata, per cui gli effetti di ripristinazione sarebbero disponibili.

Quindi, mutando il quadro logico di riferimento, risulta agevole considerare che, così come nell'annullamento d'ufficio la ripristinazione non è immancabile perché l'annullamento si configura come esercizio di amministrazione attiva, così anche, nell'annullamento giurisdizionale, non può giungersi a conclusione differente se si considera l'azione (di annullamento) proposta dal ricorrente come uno strumento attraverso cui costui mira a conseguire la soddisfazione della propria legittima pretesa.

In estrema sintesi: la stessa facoltatività che, in termini differenti, alcuni autori rinvennero nell'attività di secondo grado dell'amministrazione, ad avviso di chi scrive è possibile riscontrare anche in capo al privato, che esercita il diritto alla modificazione

⁸² CORSO G., *op.ult. loc. cit.*. Secondo quanto afferma l'autore, la parte che ha torto si avvantaggerebbe del tempo trascorso per giungere alla sentenza. In questo senso si esprime anche altra dottrina VILLATA R. *op. ult. cit.*, 546. Il che osserva come la p.a. debba eliminare "tutte le conseguenze del provvedimento lesivo, in modo che il ricorrente non abbia a ricevere alcun pregiudizio per il periodo in cui esso ha esercitato la sua efficacia".

giuridica⁸³ perché vi ha interesse, e nei limiti di quest'ultimo dovrebbe poter decidere, attraverso il filtro del giudice, la portata dell'effetto di ripristinazione e conseguentemente la consistenza della modifica.

In un processo di parti, in cui l'annullamento soddisfa la pretesa di una di queste, considerare l'effetto ripristinatorio come automatico significa attribuire all'annullamento una funzione che attende all'esigenza di soddisfare più l'interesse generale che quello del singolo.

Colui che chiede che il provvedimento venga annullato deve poter controllare la portata della propria domanda: infatti, così come il ricorrente può limitare la richiesta di annullamento di un atto ad una parte soltanto di esso, allo stesso modo deve poter controllare la portata degli effetti ripristinatori dell'annullamento affinché questi non si gli si "ritorcano contro".

Tale impostazione parrebbe coerente, per altro verso, con una visione lineare ed unitaria dell'istituto, che vuole l'annullamento d'ufficio limitato dall'interesse pubblico e l'annullamento giurisdizionale limitato in ogni suo effetto dall'interesse della parte, oltre che maggiormente rispettoso del principio della domanda per cui la tutela offerta dal giudice non può prescindere dalla volontà di chi l'ha proposta⁸⁴.

4.3 Al fine di completare il ragionamento sin qui condotto, occorre ora verificare la disponibilità del terzo effetto che generalmente si riconduce all'annullamento, ovvero il c.d. "effetto conformativo".

Questo effetto si aggiunge talvolta a quello di demolizione e di ripristinazione, e si concretizza nella costituzione di un vincolo per il successivo esercizio del potere da parte dell'amministrazione⁸⁵.

Val la pena di osservare subito che, nella sua genesi e nella sua intima *ratio*, l'effetto conformativo è unanimemente considerato come

⁸³ CLARICH V. M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989, 164.

⁸⁴ NIGRO M., *Giustizia cit.*, 271.

⁸⁵ NIGRO M., *op. ult. cit.*, 314.

strettamente funzionale alla soddisfazione dell'interesse materiale del ricorrente.

Infatti, "il giudice amministrativo, pronunciando sul ricorso, accerta se la sistemazione (di interessi) sia conforme alla legge e, facendo ciò, delinea una nuova sistemazione degli interessi, accogliendo in tutto o in parte quella proposta dal ricorrente"⁸⁶.

Pertanto, nella definizione degli effetti ulteriori rispetto a quello di demolizione assumono un ruolo determinante tanto l'utilità che il ricorrente può trarre dalla pronuncia, tanto la tipologia del vizio riscontrato nell'atto⁸⁷.

Questo segna il "passaggio da un conflitto strutturale formale ad un contrasto sostanziale di interessi"⁸⁸, in cui un ruolo fondamentale assumono le parti, che attraverso la proposizione dei motivi di ricorso vincolano la decisione del giudice che determinerà successivamente l'attività cui sarà tenuta l'amministrazione⁸⁹.

In altre parole, attraverso l'accertamento della fondatezza dei motivi di ricorso avanzati dalle parti, si "fornisce il contenuto dell'obbligo di ripristinare ed il contenuto dell'obbligo di conformazione"⁹⁰.

Il giudice quindi, attraverso l'accertamento che è chiamato a compiere, deve individuare "i limiti ed i modi in cui un problema amministrativo potrà riproporsi come possibile e strettamente necessario"⁹¹.

⁸⁶ NIGRO M., *op. loc. ult. cit.*

⁸⁷ NIGRO M., *op. loc. ult. cit.*

⁸⁸ NIGRO M., *op. ult. cit.*, 250.

⁸⁹ Si aderisce in questa sede alla tesi che vede confluire i motivi di ricorso all'interno del tema dell'oggetto del giudizio sostenuta con forza da autorevole dottrina. Così VILLATA R., *op. ult. cit.*, 535. Anche se sul punto è bene precisare che anche coloro i quali sostengono la tesi opposta che contesta radicalmente la possibilità che i motivi di ricorso facciano parte dell'oggetto del giudizio, riconoscono la costituzione da parte dei motivi stessi di un vincolo sulla futura attività dell'amministrazione attraverso un vincolo indiretto discendente dall'obbligo per il giudice di assumere quale motivo portante della propria decisione quello che garantisce la maggiore stabilità della stessa. In questo senso CLARICH V.M., *op.cit.*, 149. Per una ricostruzione in merito più di recente si veda TRIMARCHI M., *I motivi aggiunti nel codice del processo amministrativo*, in corso di pubblicazione sul fasc. n.4/2010 di *Diritto e processo amministrativo*, il quale osserva come "entrambe le tesi condividono il rilievo di fondo secondo cui gli effetti del giudicato si correlano all'oggetto del giudizio, cosicché ogni modifica di questo incide sui primi".

⁹⁰ NIGRO M., *op. ult. cit.*, 317.

Da quanto sin qui affermato, emerge chiaramente l'importanza che riveste il principio dispositivo, in forza del quale sono le parti a definire il limite entro cui il giudice potrà pronunciare l'annullamento del provvedimento: infatti, "il provvedimento sarà annullato se risulterà illegittimo, secondo le allegazioni contenute nella domanda del ricorrente"⁹².

I motivi dedotti nel ricorso, quindi, costituiscono non solo le ragioni dell'annullamento, ma anche "i limiti della decisione"⁹³, poiché non solo l'amministrato si serve del processo, ma egli delimita anche la misura entro cui servirsene⁹⁴.

L'effetto conformativo, quindi, in quanto espressione diretta e conseguente della pronuncia giurisdizionale, è già di per sé, in linea di principio, disponibile per le parti, se non altro nei limiti in cui lo è la proposizione di una determinata censura.

Ma a questo punto, sulla base delle considerazioni già svolte circa la portata non automatica dell'effetto ripristinatorio, che può in ipotesi

⁹¹ LEDDA F., *Efficacia del processo ed ipotesi degli schemi*, in *Scritti Giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 315. L'autore parte dalla definizione mayeriana dell'atto amministrativo per sostenere che l'oggetto del giudizio è costituito dalla valutazione sulla verità dell'affermazione di diritto fatta dall'amministrazione alla luce delle affermazioni proposte dal ricorrente. In particolare lo stesso osserva che, "se si muove dall'idea che il giudizio amministrativo verte su proposizioni giuridiche, le quali vengono riscontrate nella loro correttezza e verità, riesce forse meno difficile pensare che anche il giudice debba formulare asserzioni espressive di un accertamento, idonee a definire almeno in certi aspetti il caso giudiziario e quindi individuare i limiti ed i modi in cui un problema amministrativo potrà riproporsi come possibile e strettamente necessario".

⁹² VILLATA R., *op. ult. cit.*, 517-568. In particolare l'autore sostiene la stretta connessione tra ambito oggettivo del giudicato e oggetto del giudizio.

⁹³ CANNADA BARTOLI E., *op.cit.*, 496. L'autore sottolinea la discontinuità che vi è tra eliminazione della rilevanza e produzione degli ulteriori effetti riconducibili alla retroattività, che si ha proprio perché l'annullamento è eliminazione della rilevanza: "In quanto l'annullamento consiste nella eliminazione della rilevanza anomala, esso deve operare *ex tunc*; diversamente arresterebbe o anche eliminerebbe soltanto l'efficacia dell'atto invalido".

⁹⁴ BERTONAZZI L., *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano, Giuffrè, 2005, 340. L'autore si riferisce alla disponibilità della domanda che delimita il potere del giudice e così anche la possibilità di sindacare il provvedimento amministrativo: "l'attribuzione al solo ricorrente del potere processuale formale di individuazione dell'oggetto del giudizio, identifica invece un processo retto dal principio della domanda, e cioè dal potere esclusivo o monopolistico delle parti di delimitare la materia del contendere e del decidere".

esser “tagliato” e costruito dalla parte in ragione delle proprie necessità, ancor più chiaro risulterà ciò per l’effetto conformativo.

Se, infatti, quest’ultimo sorge essenzialmente al fine di meglio garantire la posizione sostanziale della parte vittoriosa (e non si può quindi parlarne, al contrario di quanto accade per l’effetto ripristinatorio, come di una conseguenza logica ed automatica dell’annullamento giurisdizionale), a maggior ragione l’effetto conformativo ricadrà nella disponibilità della parte, quanto meno nel senso che essa può rinunciarvi, ove, concretamente, esso risulti contrario all’interesse della parte stessa.

D’altronde, se si riconosce che l’effetto ripristinatorio è modulabile, ciò dovrà affermarsi anche dell’effetto conformativo, che costituisce, in fondo, una proiezione ed una amplificazione del primo.

5. Si è tentato sin qui di dimostrare che l’insieme di valori che sottende l’annullamento dell’atto illegittimo dovrebbe condurre a considerare gli effetti⁹⁵, tanto ripristinatori che conformativi, disponibili per colui che ha chiesto ed ottenuto l’annullamento.

O almeno – e si riprende qui quanto osservato più sopra circa il diverso ruolo che le parti assumono fisiologicamente in giudizio, ovvero circa la potenziale diversità dei poteri di cui esse dispongono – si è tentato di dimostrare qui come tali effetti possano (e debbano) intendersi come pienamente disponibili per quella parte (il ricorrente incidentale) la cui impugnazione ha funzione meramente difensiva, e si pone quindi come strumentale alla conservazione del vantaggio a tale parte arrecato dal provvedimento impugnato, conservazione qui perseguita attraverso la mera reiezione del ricorso principale.

Il ricorrente incidentale, in questa prospettiva, potrebbe quindi dedurre qualsiasi motivo di impugnazione, anche quelli c.d. “autolesivi”.

⁹⁵ Si utilizza il termine effetto per la possibile autonomia di questi rispetto all’effetto di annullamento, così GIANNINI M.S., *Sulla ripristinazione cit.*, 464.

Questo non vuol dire ancora, peraltro, che una eguale possibilità sia garantita in ogni caso anche al ricorrente principale, almeno là dove l'impugnazione di costui sia tesa a conseguire un vantaggio ottenibile esclusivamente attraverso la riedizione del potere da parte della p.a., necessaria a costituire una situazione giuridica del tutto nuova rispetto a quella determinata dal provvedimento impugnato, nel qual caso, l'"autolesività" della censura parrebbe poterne determinare l'inammissibilità⁹⁶.

Nell'ipotesi ricostruttiva da cui si è preso spunto potrà, dunque, accadere che gli ulteriori effetti conseguenti alla demolizione siano limitati e modulati per soddisfare le esigenze di difesa del ricorrente incidentale⁹⁷.

⁹⁶ Il limitato ambito di queste osservazioni, e la mancanza, a tutt'oggi, di compiuti studi di carattere generale sia sulla difesa nel processo amministrativo, sia sui rapporti tra il c.d. "interesse al ricorso" e l'effetto conformativo, non consentono di sviluppare adeguatamente il punto, che peraltro non sembra prestarsi a soluzioni univoche, e richiederebbe pertanto adeguato svolgimento ed approfondimento. In ordine alla differenza del ruolo del controinteressato rispetto a quello del ricorrente principale, v. già PUGLIESE F., *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo*, Napoli, ESI, 1989, *passim*. La soluzione articolata qui ipotizzata, infine, sembra valere anche per il ricorso incidentale- riconvenzione, ed in genere per tutti i casi in cui l'interesse perseguito dalla parte non possa che realizzarsi attraverso un'attività "ulteriore" della p.a..

⁹⁷ In questo caso, dunque, gli effetti saranno influenzati dalla natura che si intende attribuire al ricorso incidentale. Sul punto la dottrina discute ormai da tempo, senza che si pervenga a risultati condivisi. In una prima approssimazione il ricorso incidentale è inquadrato dalla dottrina maggioritaria nella categoria più ampia della "difesa attiva". Così LUBRANO F., *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1964; ed ancora CATALLOZZI W., *Note sulle impugnazioni incidentali nel processo d'anzì ai giudici amministrativi ordinari*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 1766, da ultimo si veda per tutti ROMANO TASSONE A., *Il ricorso incidentale cit.*, 281 e ss. *passim*; TROPEA G., *Il ricorso cit.*, *passim*. Più in particolare, però, le due tesi che con maggiore "successo" si sono fronteggiate in dottrina hanno ricostruito il ricorso incidentale ora come eccezione processuale ed ora come mezzo di impugnazione, assimilandolo alla civilistica domanda riconvenzionale. Al di là della minoritaria posizione di chi esalta la "fisionomia impugnatoria del ricorso incidentale" (in questo senso si veda PELLEGRINO G., *Ricorso cit.*), pare possa essere assunta quale ulteriore premessa logica dell'analisi che qui si tenta di condurre, l'affermazione per cui, quello a disposizione generalmente del controinteressato è uno strumento di difesa (CATALLOZZI W. *op. ult. loc. cit.*), o meglio, come di recente è stato autorevolmente sostenuto, un veicolo per introdurre nel processo una difesa, (ROMANO TASSONE A., *op. ult. cit.*, 593 e ss.). Quest'ultimo, alla cui tesi si aderisce nel presente lavoro, ha osservato come il ricorso incidentale è il "veicolo" processuale - che permette di introdurre nel giudizio ora un'eccezione, ora una domanda di annullamento, tutto ciò esaltando la natura difensiva dello strumento che è azionato dal ricorrente incidentale

Se dunque il processo amministrativo è un processo di parti, e soprattutto se il ricorso incidentale è uno strumento di difesa, non può escludersi che sulla meccanica dell'impugnazione prevalga la natura difensiva dell'istituto, e che, pertanto, l'effetto giuridico della sentenza di annullamento si strutturi proprio in ragione di tale natura.

In un processo di parti, infatti, la componente assiologica non può prescindere, in linea di principio, dall'aspirazione di queste ultime, che quindi determinano il substrato di interessi destinato ad influenzare la portata dell'effetto della sentenza.

Alla luce di quanto sin qui osservato, risulta pienamente condivisibile quanto ipotizzato dalla dottrina circa la disponibilità degli effetti "ulteriori" dell'annullamento giurisdizionale⁹⁸.

Nel caso che qui ci occupa, a ben guardare, non si tratta di scongiurare la retroattività dell'atto di annullamento quale momento di efficacia ultratemporale della pronuncia costitutiva demolitoria, ma si tenta, piuttosto, di sostenere che il nuovo assetto di interessi che il giudice crea con il suo accertamento può essere "pilotato" da quanto le parti allegano al giudizio per dar vita ad una nuova situazione.

Situazione, questa ultima, in cui la posizione giuridica del ricorrente incidentale vittorioso non troverà il suo fondamento in una ultrattività dell'atto impugnato, bensì nella sentenza stessa, che con una particolare operazione giuridica lascia salve (o meglio fa proprie) alcune circostanze verificatesi nella realtà fattuale e costituisce al contempo una nuova situazione, diversa ad un tempo sia da quella che si aveva

al fine di mantenere il vantaggio che gli deriva dal provvedimento impugnato in via principale. Lo stesso, in particolare, sottolinea come la confusione ricostruttiva sia originata dalla ancora - ingiustificatamente - incerta natura difensiva dello strumento di cui, erroneamente, si finisce per esaltare il carattere impugnatorio. "Il lungo percorso del ricorso incidentale vede dunque quest'ultimo lentamente trasformarsi da impugnazione in funzione difensiva in ricorso al servizio delle <<affermazioni difensive>>". Sulla medesima lunghezza d'onda si muove TROPEA G., *Il ricorso cit.*, 635, il quale acutamente osserva come nella distinzione tra ricorso incidentale mezzo di difesa e ricorso incidentale impugnazione, sembra si possa scorgere "il dualismo derivante dalle distinte logiche dell'annullamento e della spettanza".

⁹⁸ ROMANO TASSONE A., *op. ult. cit.*, 600 - 601.

prima di essa, sia da quella che si sarebbe avuta qualora l'atto non fosse mai stato emanato.

Si è consapevoli dei rischi che una simile prospettiva porta con sé - primo tra tutti, ma non certo l'unico, quello di affidare al giudice un potere molto più penetrante nella vita dell'amministrazione-; in proposito però, siano di incoraggiamento le parole di un compianto Maestro, il quale, riflettendo sulla "giustizia" della sentenza, osservava che "la legge ha fiducia che il giuoco degli opposti interessi individuali, sorvegliato e valutato imparzialmente dal giudice, prepari il terreno in modo tutto spontaneo per l'emanazione di una sentenza che soddisfi l'interesse e la aspirazione generale della giustizia"⁹⁹.

Si tratta dunque di pensare al processo amministrativo come ad un processo di parti¹⁰⁰ ispirato al principio dispositivo e retto saldamente dal principio del contraddittorio, dove il carattere oggettivo della giurisdizione di legittimità venga temperato dalla componente soggettiva rappresentata dall'interesse della parte.

Un processo, cioè, dove il ruolo centrale svolto dalle parti, sotto l'imparziale controllo del giudice, conduca alla soddisfazione non solo dell'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa, ma ad una tutela effettiva e concreta di chi agisce vittoriosamente.

⁹⁹ LIEBMAN E.T., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1935, 99.

¹⁰⁰ DOMENICHELLI V., *op. cit.*, 859. Il quale osserva che: "può dirsi ormai radicata profondamente la ricostruzione del processo amministrativo come processo di parti, inteso essenzialmente come processo fondato sul principio della domanda nel quale vengono demandati al ricorrente l'impulso processuale, l'individuazione e delimitazione dell'oggetto del giudizio in relazione al proprio interesse; all'amministrazione di difendere il proprio operato; al giudice di definire il giudizio entro i limiti stabiliti dal ricorrente nella domanda".