

CRISTIANA BENETAZZO

Ricercatrice di Diritto amministrativo
nell'Università degli Studi di Padova

L'ORDINE DI ESAME DEL RICORSO PRINCIPALE E DEL RICORSO INCIDENTALI TRA «OSCILLAZIONI» GIURISPRUDENZIALI E QUESTIONI IRRISOLTE

SOMMARIO: 1. Premessa: l'oggetto della presente disamina e la sua importanza sul piano scientifico e pratico. – 2. Origine e *ratio* del ricorso incidentale nel processo amministrativo: dalla iniziale ricostruzione dell'istituto sul modello delle impugnazioni incidentali del giudizio civile alla sua configurazione come mezzo di «*difesa attiva*». – 3.1. Le incertezze sulla natura giuridica dell'istituto e le diverse teorie elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in argomento: in particolare, la concezione del ricorso incidentale come eccezione. – 3.2. Esame dell'opposta tesi che attribuisce al ricorso incidentale valore di domanda riconvenzionale e degli orientamenti minoritari che ne hanno affermato la natura di eccezione riconvenzionale o di semplice mezzo di concentrazione delle impugnazioni. I possibili riflessi delle diverse opzioni interpretative sull'esito del contenzioso. – 4. L'ordine di esame, da parte del giudice, del ricorso principale e del ricorso incidentale: un tema emerso nell'ambito del contenzioso in materia di appalti pubblici. Gli orientamenti della giurisprudenza antecedenti alle decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11/2008 e n. 4/2011; in particolare, l'orientamento dominante, favorevole ad un'applicazione costante, senza eccezioni, del prioritario esame del ricorso incidentale, quando con questo si contesti l'illegittima ammissione alla gara del ricorrente principale e quello più risalente e minoritario – ripreso dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2468/2002 – in base al quale l'effetto c.d. paralizzante del ricorso incidentale subisce una deroga nell'ipotesi di gara cui abbiano partecipato solo due imprese. – 5.1. La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 11/2008, che ha affermato il principio della necessaria indifferenza dell'ordine di trattazione dei ricorsi sull'esito della lite. Conformità di tale pronuncia alla giurisprudenza amministrativa e

comunitaria propensa ad attribuire rilievo autonomo, anche ai fini della legittimazione processuale, all'interesse "strumentale" e secondario alla ripetizione della gara. – 5.2. Il non unanime accoglimento delle argomentazioni dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008 e la persistente affermazione, nella giurisprudenza successiva, della priorità del ricorso incidentale c.d. "paralizzante": nuovo *revirement* dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 secondo cui detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'Amministrazione resistente. – 6.1. Le continue "oscillazioni" della giurisprudenza e la rimessione della questione alla Corte di Giustizia CE. Le ragioni di questa instabilità: la concezione "oggettiva" del giudizio amministrativo; il difficile inquadramento del ricorso incidentale tra gli strumenti di difesa e, in particolare, l'impossibilità di ricondurlo integralmente alla figura dell'eccezione. – 6.2. (segue): la non corretta equiparazione tra ricorso incidentale e domanda riconvenzionale e la maggiore coerenza della tesi "intermedia" che afferma la permanente duplicità del rimedio, non riconducibile integralmente né all'eccezione né alla riconvenzione. – 7. Le conseguenze dell'impostazione proposta sulla questione dell'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale: necessità di una "rivisitazione" del tema in vista di una effettiva parità delle parti nel processo amministrativo.

1. Premessa: l'oggetto della presente disamina e la sua importanza sul piano scientifico e pratico.

Il tema del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale evidenzia un effettivo contrasto giurisprudenziale, che, negli ultimi anni, si è venuto "acutizzando" non solo all'interno della giurisprudenza amministrativa, ma anche tra questa ed il Giudice comunitario. Contrasto che viene ad incidere particolarmente sul settore dei contratti pubblici ove, al rilevante numero delle controversie, si accompagna spesso il rilievo economico degli interessi coinvolti.

Invero, negli ultimi anni, l'«*esplosione*» ⁽¹⁾ del contenzioso in materia di appalti ha comportato l'utilizzo massiccio del ricorso incidentale da parte dei vincitori delle procedure di gara, quale mezzo

⁽¹⁾ In tale senso si esprime R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 285.

volto a “neutralizzare” l’attacco mosso nei loro confronti da altri partecipanti, insoddisfatti dell’esito del confronto concorrenziale.

Molto probabilmente – come è stato acutamente osservato – l’ampio utilizzo del rimedio in esame trova giustificazione in una certa capacità «*ammaliatrice*» del ricorso incidentale che, non di rado, induce quanti (avvocati e giudici) operano nel Foro ad assegnargli eccessive virtù risolutorie ⁽²⁾, che, però, ad un attento esame, non sembrano trovare giustificazione.

Peraltro, nelle cause più complesse, in cui vi siano numerosi ed articolati motivi di diritto da esaminare, il ricorso incidentale potrebbe anche rappresentare una “scappatoia” per un giudice «*sempre più sovraccarico di cause e quindi (anche comprensibilmente) attratto dalla soluzione più semplice*» ⁽³⁾.

Di tutto ciò si trae conferma dal dato di comune esperienza, dal quale emerge che l’accoglimento dei ricorsi incidentali è statisticamente molto elevato.

A ciò si è accompagnato, quasi inevitabilmente, e anche in ragione della estrema sommarietà della disciplina normativa dell’istituto, il sorgere di più questioni.

Tra queste assume particolare rilievo, per i molteplici profili che ne risultano coinvolti, quella relativa all’ordine di esame e alle sorti delle impugnative proposte sia dal ricorrente principale sia dal ricorrente incidentale, ciascuno dei quali contesti all’altro la mancata esclusione

⁽²⁾ Parte della dottrina, mettendo in evidenza la funzione “salvifica” dell’istituto, ha affermato che, per gli avvocati, esso può rappresentare «*uno strumento sostanzialmente miracoloso o (...) l’arma della disperazione, capace di consegnarci la vittoria anche delle cause più perse*»: cfr. G. PELLEGRINO, *La Plenaria e le “tentazioni” dell’incidentale*, nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 3.

⁽³⁾ Il diverso approccio ai due rimedi viene efficacemente rappresentato da G. PELLEGRINO, *La Plenaria e le “tentazioni” dell’incidentale*, op. cit., p. 3, secondo cui mentre, nel caso del ricorso principale, «*assume rilievo anche la ponderazione se avventurarsi o meno in un contenzioso con tutte le controindicazioni del caso; invece chi ha vinto la gara e si vede la festa minacciata dalla notifica del ricorso principale, si avventura sulla documentazione dell’avversario da scandagliare con l’incidentale, con la certosina attenzione di chi riesce a trovare anche un ago in un pagliaio e con la rabbia di un mastino a cui vogliono sottrarre l’osso*».

delle rispettive offerte, in specie, ma non solo, allorquando siano due soltanto i partecipanti alla procedura selettiva⁽⁴⁾.

Al fine di fornire un contributo – non soltanto informativo – al dibattito su questo tema⁽⁵⁾ appare, innanzitutto, opportuno accennare brevemente all’istituto suddetto.

⁽⁴⁾ L’importanza della questione è sottolineata da R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, op. cit., p. 285.

⁽⁵⁾ Tra i più recenti scritti sull’argomento possono qui ricordarsi, senza pretesa di completezza, D. TRAINA, *Lo svolgimento del processo amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), V, Milano, 2003, p. 4374 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, in *Trattato di giustizia amministrativa. Il processo amministrativo di primo grado* (a cura di F. Caringella e R. Garofoli), Milano, 2005, p. 715 ss.; G. ACQUARONE, *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale* (nota a Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22 dicembre 1995, n. 388), in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 555 ss.; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Dinamiche processuali e vicende di giustizia sostanziale. Brevi note in tema di ricorso incidentale*, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2007, p. 1536 ss.; G. PELLEGRINO, *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2006 e, dello stesso Autore, *Abuso di ricorso incidentale. Finalmente un segnale (ancora insufficiente)*, *ivi*, n. 12/2007, nonché *Ricorso incidentale e parità delle parti. La Plenaria dopo la svolta della V e della VI*, *ivi*, n. 12/2008; G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, p. 633 ss. e, dello stesso Autore, *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince* (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11), in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 200 ss. nonché *I rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un’interessante (e per alcuni versi discutibile) ordinanza di rimessione* (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 4/2011), in *Giur. it.*, 2011, p. 1651 ss.; G. FERRARI, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: principi consolidati e problematiche irrisolte*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 1058 ss.; R. CAPONIGRO, *Il rapporto di priorità logica tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2008; G. FIGUERA, *Appunti in tema di interesse e legittimazione al ricorso e brevi note sul ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1066 ss.; L. CIMELLARO, *Alcune note sulla parità delle parti nell’Adunanza plenaria n. 11 del 2008*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, p. 2949 ss.; A. REGGIO D’ACI, *La IV Sezione del Consiglio di Stato ribadisce che l’effetto «paralizzante» del ricorso incidentale non può subire deroghe neanche nel caso in cui vi siano due soli concorrenti alla gara pubblica. Rimangono, però, non esaminate alcune tematiche che potrebbero suggerire un ragionevole ripensamento di questo nuovo orientamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 215 ss.; R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, *Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti*, Milano, 2008, p. 53 ss.; R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due*

2. Origine e *ratio* del ricorso incidentale nel processo amministrativo: dalla iniziale ricostruzione dell'istituto sul modello delle impugnazioni incidentali del giudizio civile alla sua configurazione come mezzo di «difesa attiva».

Come si è già accennato, nonostante la notevole rilevanza che esso assume sul piano pratico, la disciplina legislativa del ricorso incidentale nel processo amministrativo di primo grado è sempre stata estremamente povera.

Invero, l'art. 22 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 – che, per primo, conferì al rimedio una posizione, anche “sintatticamente”, autonoma ⁽⁶⁾ – si limitava a prevedere la possibilità di proporre siffatto

solì concorrenti, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 911 ss. e, dello stesso Autore, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative nelle gare contrattuali)*, op. cit., p. 285 ss. nonché *Ricorso incidentale escludente ed ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 369; F. GAFFURI, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, *ivi*, 2009, p. 1047 ss.; M. MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni (in margine a Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11)*, *ivi*, 2009, p. 609 ss.; A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, *ivi*, 2009, p. 146 ss.; L. TARANTINO, *La Plenaria chiarisce i rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2009, p. 48 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 581 ss.; C. CACCIAVILLANI, *Ordine di trattazione e di decisione del ricorso principale e di quello incidentale*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, p. 315 ss.; F.G. COCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale* (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 11/2008), in *Corr. giur.*, 2012, p. 113 ss..

⁽⁶⁾ Va, infatti, ricordato che il ricorso incidentale era stato originariamente introdotto dall'art. 5 della legge 7 marzo 1907, n. 62, sul riordino degli istituti per la giustizia amministrativa, che, novellando l'art. 10 della legge 31 marzo 1889, n. 5992 (poi trasfuso nell'art. 31 del testo unico approvato con R.D. 2 giugno 1889, n. 6166) così recitava: «*nel termine di 30 giorni successivi a quello assegnato per il deposito del ricorso l'autorità e le parti, alle quali il ricorso fosse stato notificato, possono presentare memorie, fare istanze, produrre documenti e anche un ricorso incidentale con le stesse forme prescritte per il ricorso*». L'art. 22 della legge T.A.R., cit., superando la tradizionale giustapposizione del ricorso incidentale alle memorie – e conferendogli, dunque, una posizione anche “sintatticamente” autonoma – novellò quel testo nella forma seguente: «*Può essere anche proposto ricorso incidentale ...* »

ricorso secondo le norme degli artt. 37 del Testo Unico sul Consiglio di Stato del (R.D. 26 giugno 1924, n. 1054) e 44 del relativo Regolamento di procedura (R.D. 17 agosto 1907, n. 642). A loro volta, le disposizioni appena citate stabilivano soltanto i termini ed alcune modalità procedurali per la proposizione del ricorso incidentale, con l'unica precisazione – peraltro, di non agevole interpretazione – che esso non è «*efficace*» se successivo alla rinuncia del ricorso principale o se quest'ultimo venga dichiarato inammissibile in quanto tardivo. Non vi erano, invece, dirette ed esaurienti indicazioni circa i soggetti legittimati, l'oggetto, il contenuto, la funzione del ricorso incidentale, e nulla si diceva in ordine ai riflessi di esso sul giudizio e sulla formazione della decisione finale ⁽⁷⁾.

Per parte sua, la dottrina ha, per lungo tempo, trascurato lo studio di tale istituto, tant'è che quale primo contributo specifico di adeguato rilievo è generalmente ricordata una nota a sentenza di Enzo Capaccioli risalente ai primi anni Cinquanta ⁽⁸⁾, alla quale seguì l'ampia analisi condotta da Aldo Piras nel primo volume della sua fondamentale monografia sull'interesse legittimo ⁽⁹⁾.

Non è questa la sede per soffermarsi nell'analisi del pensiero di Capaccioli e Piras; qui interessa sottolineare che le prime elaborazioni dottrinali sull'argomento, inclini a ricostruire il ricorso incidentale al Consiglio di Stato sul modello delle impugnazioni nel processo civile ⁽¹⁰⁾, mostrano un'idea di ricorso incidentale ben diversa da quella che si

⁽⁷⁾ E, come meglio si dirà in seguito, neppure il Codice del processo amministrativo sembra aver colmato, del tutto, le lacune esistenti.

⁽⁸⁾ Ci si riferisce allo scritto intitolato *In tema di ricorso incidentale nel processo amministrativo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, II, p. 1013.

⁽⁹⁾ Si tratta della monografia intitolata *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962. Per una compiuta ricostruzione del pensiero di A. Piras si veda G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, p. 88 ss., al quale va riconosciuto il merito – come osservato da R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative nelle gare contrattuali)*, op. cit., p. 287 (nota 8) – di essersi effettivamente misurato, dopo molti anni che ciò non accadeva, con la complessità delle tesi di Aldo Piras, «*assai spesso più citato che realmente compreso*».

⁽¹⁰⁾ Proprio la lacunosità della disciplina, oltre al diverso contesto processuale in cui essa venne inizialmente applicata – quando giudice di primo e unico grado era il Consiglio di Stato – hanno indotto la giurisprudenza e i primi studiosi che si occuparono dell'istituto a ritenere che il ricorso incidentale avanti al Consiglio di Stato fosse modellato sulle impugnazioni incidentali del processo civile. In particolare,

sarebbe in seguito imposta nella giurisprudenza amministrativa, viceversa incentrata sulla posizione del controinteressato e sull'attività difensiva di quest'ultimo, non limitata alla mera confutazione dei vizi dedotti dal ricorrente principale ⁽¹¹⁾.

Ed è, per tali ragioni, che la sistemazione dell'istituto è stata, per molti anni, frutto del contributo di autori che abbinano l'esperienza concreta del giudicare allo studio teorico ⁽¹²⁾.

Ci si riferisce, in particolare, a quella dottrina di matrice giurisprudenziale ⁽¹³⁾, che, a partire dagli anni '80, ha, a poco a poco,

secondo una prima tesi (E. CAPACCIOLI, op. cit., p. 1016), il ricorso incidentale è una impugnazione che "incide", cade, si inserisce, nel rapporto processuale già sorto: le ragioni di questa proposizione successiva sarebbero semplicemente di ordine cronologico e non sistematico, ma, a differenza delle impugnazioni incidentali nel processo civile, non vi sarebbe l'obbligatorietà della proposizione del rimedio e l'accessorietà di cui all'art. 37 t.u. del Consiglio di Stato sarebbe solo parziale. Una diversa ricostruzione (risalente a A. PIRAS, op. cit., p. 206 ss.), in linea con la concezione dell'oggetto del processo amministrativo vertente sul rapporto controverso, considera il ricorso incidentale come un essenziale rimedio del processo, caratterizzato da un'unica azione con pluralità di legittimati. Sulla base di tale impostazione, si instaura, quindi, uno stretto legame tra obbligatorietà del ricorso incidentale e autonomia dello stesso rispetto all'impugnazione principale: in questo modo, la forma incidentale del ricorso nel processo amministrativo viene considerata obbligatoria per legge, relativamente alle impugnazioni successive alla prima, ed è propria pure dei cointeressati, ai quali il ricorso incidentale deve essere notificato. Nella medesima prospettiva, l'accessorietà non si ha sempre, distinguendosi i casi in cui l'impugnazione incidentale sia proposta dopo che siano scaduti i termini entro i quali si sarebbe potuto ricorrere in via principale dai casi in cui si sia ancora in termini per esperire l'impugnazione in via principale. Per più ampi approfondimenti al riguardo cfr. S. TROPEA, *Commento all'art. 42*, in F. Caringella – M. Protto (a cura di) *Codice del nuovo processo amministrativo*, 2010, specialmente le pp. 453-454 e S. BACCARINI, *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo tra tradizione e innovazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, in particolare le pp. 633-636.

⁽¹¹⁾ Di difesa «attiva» ha parlato F. LUBRANO, *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, p. 756 ss., cui va riconosciuto il merito di aver ricondotto gli studi sul ricorso incidentale nell'ambito delle linee tracciate dalla giurisprudenza amministrativa, configurandolo come un mezzo necessariamente condizionato.

⁽¹²⁾ In questo senso espressamente R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara con due soli concorrenti*, op. cit., p. 934.

⁽¹³⁾ S. BACCARINI, op. cit., p. 633 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, p. 363; S. SANTORO, *Appunti sulle impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 424 ss.; G.

riassestato «*sui moduli dell'attività defensionale l'impostazione della disciplina del ricorso incidentale fino ad allora dominante, calibrata invece sul suo effetto demolitorio nei confronti del provvedimento oggetto di impugnazione*».

Non che mancasse, prima di allora, la consapevolezza della funzione defensionale del ricorso incidentale, già prospettata da Benvenuti in uno scritto del 1961 ⁽¹⁴⁾, e definitivamente affermatasi in seguito al ripudio della tesi – per la verità sempre minoritaria, ancorché non contraddetta dal dato normativo – secondo cui il ricorso incidentale sarebbe consentito anche ai cointeressati, ai quali pure il ricorso principale dovrebbe essere notificato ⁽¹⁵⁾. Tuttavia, tale consapevolezza non aveva inciso profondamente sulla ricostruzione della disciplina fondamentale dell'impugnativa incidentale, che veniva, pur sempre, principalmente, modellata in chiave di impugnazione – con richiamo, per lo più, all'impugnazione incidentale delle sentenze ⁽¹⁶⁾ – mentre la proclamata funzione defensionale restava, a questo fine, sullo sfondo e veniva in gioco laddove si trattava di giustificare i limiti della legittimazione al ricorso.

Dagli anni '80 del secolo scorso, invece, l'impugnazione incidentale nel processo amministrativo di primo grado viene, sempre più spesso, concepita quale strumento di difesa, ed a questo riconoscimento si ispira, per lo più, la soluzione dei numerosi ed ardui problemi posti dalla “scarna” disciplina dell'istituto.

In particolare, meritano di essere qui ricordati gli studi di Walter Catalozzi ⁽¹⁷⁾, cui va riconosciuto il merito di aver fornito una definizione dell'istituto, pressoché unanimemente accolta dalla dottrina successiva. L'Autore ricostruisce il ricorso incidentale come

VACIRCA, *Appunti per una nuova disciplina dei ricorsi incidentali nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 56 ss..

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. BENVENUTI, *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, spec. pp. 743-744.

⁽¹⁵⁾ Si erano espressi in favore della legittimazione dei cointeressati a proporre ricorso incidentale sia A. PIRAS, op. cit., p. 202 che E. CAPACCIOLI, op. cit., p. 1014.

⁽¹⁶⁾ F. LUBRANO, *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, op. cit., p. 756 ss..

⁽¹⁷⁾ Ci si riferisce ai seguenti lavori di W. CATALOZZI: *Note sulle impugnazioni incidentali nel processo dinanzi ai giudici amministrativi ordinari*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, vol. III, p. 1759 ss. e *Ricorso incidentale (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 1 ss..

un'impugnazione autonoma riconosciuta per la tutela di un interesse legittimo contrapposto a quello che sorregge il ricorso principale. Secondo tale impostazione, la vicenda che da luogo all'impugnazione incidentale trae origine necessariamente da un provvedimento che attribuisce ad alcuni un vantaggio, non soddisfacendo, nel contempo, le aspettative di altri; per cui la legittimazione non può che spettare al controinteressato, il cui interesse – meramente virtuale – acquisisce il carattere dell'attualità a seguito della messa in discussione della sorte del provvedimento con il ricorso principale.

Sempre in base a tale ricostruzione, oggetto dell'impugnazione incidentale può essere, tuttavia, anche un diverso provvedimento, laddove ciò consenta di confutare vittoriosamente le doglianze avversarie: gli esempi scolastici, ma non per questo meno illuminanti, sono quello del vincitore di un concorso che impugna, a sua volta, gli atti relativi, dolendosi della mancata illegittima attribuzione a proprio favore di un punteggio ancor più elevato ovvero della omessa esclusione del ricorrente principale; e quello del titolare di un permesso di costruire che deduce l'illegittimità della prescrizione di piano regolatore la cui violazione rappresenta la censura formulata dal vicino per chiedere l'annullamento del permesso medesimo ⁽¹⁸⁾.

3.1. Le incertezze sulla natura giuridica dell'istituto e le diverse teorie elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in argomento: in particolare, la concezione del ricorso incidentale come eccezione.

Se, dunque, sui tratti fondamentali dell'istituto la dottrina è persa, fin dai primi studi sul tema, abbastanza consolidata, non altrettanto può dirsi con riguardo alla questione dell'inquadramento giuridico del ricorso incidentale, oggetto, da sempre, di ampia discussione, tra chi configura il rimedio come eccezione e chi, invece, ne rivendica la natura di domanda riconvenzionale.

Volendo brevemente accennare al dibattito sul tema, va innanzitutto ricordato che, secondo una prima ricostruzione, il ricorso incidentale

⁽¹⁸⁾ Questi esempi sono tratti da R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, op. cit., p. 934.

sarebbe inquadrabile nella categoria delle eccezioni processuali ⁽¹⁹⁾, segnatamente quelle di rito, volte a far valere l'inammissibilità del ricorso principale, per difetto di interesse. In base a questa ricostruzione, in nessun caso, l'accoglimento del ricorso incidentale potrebbe condurre all'annullamento del provvedimento impugnato o, comunque, ad una pronuncia diversa da quella di inammissibilità del ricorso principale.

La generale qualificazione dell'istituto quale eccezione ⁽²⁰⁾ sarebbe, poi, imposta dal principio generale secondo cui un provvedimento amministrativo deve considerarsi inoppugnabile, una volta che sia scaduto il termine per impugnarlo; ciò, infatti, induce a ritenere che il ricorso incidentale non potrebbe essere ricondotto alla diversa categoria dell'impugnazione.

Per tale motivo, il ricorrente incidentale non potrebbe far valere, nei confronti del provvedimento, doglianze che, se accolte, gli farebbero ottenere un vantaggio diverso da quello consistente nella reiezione del ricorso principale e nel mantenimento della posizione sostanziale favorevole da questo minacciata. Il rimedio in esame andrebbe, quindi, ricondotto ad un particolare tipo di interesse processuale consistente in un vantaggio non ancora attuale, ma suscettibile di divenirlo nel corso del giudizio, allorché la posizione di vantaggio del controinteressato sia

⁽¹⁹⁾ Cfr., in tal senso, S. SANTORO, op. cit., p. 424, secondo cui, nonostante la funzione di eccezione di rito, l'istituto potrebbe continuare ad essere definito "ricorso" in quanto ne è prevista la notifica obbligatoria e G. VACIRCA, op. cit., p. 59, il quale ritiene che il ricorso incidentale, a differenza dell'appello incidentale, non sia un'impugnazione. Nel medesimo senso cfr. G. ACQUARONE, op. cit., pp. 559-560.

⁽²⁰⁾ Non sembra qui inutile ricordare che, nell'ambito del processo civile, l'eccezione è quello strumento processuale attraverso il quale il convenuto deduce un fatto giuridico diverso da quello o da quelli invocati dall'attore, e cioè un fatto impeditivo, estintivo e/o modificativo del diritto fatto valere; tale strumento processuale va, pertanto, tenuto distinto dalla mera difesa che si concreta, piuttosto, in semplici contestazioni o negazioni dell'esistenza dei fatti costitutivi del diritto, affermati dall'attore, o della norma giuridica che li valorizza. All'interno della categoria delle eccezioni se ne possono distinguere di due tipologie: l'eccezione di merito e quella di rito. Nella prima, l'effetto impeditivo-estintivo-modificativo opera sulla situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio, sì da escludere la fondatezza della domanda; la seconda, invece, è diretta a far valere fatti efficaci sul piano del rapporto processuale, tali da escludere il dovere di decidere nel merito del giudice adito o da imporre la declaratoria di estinzione del processo. Si veda, su tale distinzione, C. CONSOLO, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Padova, 2006, p. 253.

messa in discussione dalla fondatezza di una censura avanzata dal ricorrente principale ⁽²¹⁾.

Una diretta conseguenza della qualificazione del ricorso incidentale come eccezione processuale, desunta dalla dottrina, è la non perentorietà del termine per la sua proposizione ⁽²²⁾.

In secondo luogo, appurato che il ricorso incidentale non è diretto ad annullare un atto ma a mantenerlo in vita, non vi sarebbe alcuna preclusione a carico della parte pubblica ad avvalersi del rimedio ⁽²³⁾.

In terzo ed ultimo luogo, chi aderisce alla prospettiva in questione ritiene che non si danneggerebbero gli interessi di eventuali soggetti terzi controinteressati all'accoglimento del ricorso incidentale e nemmeno si andrebbe contro l'esigenza di lasciare intatti gli aspetti consolidati di un provvedimento divenuto inoppugnabile ⁽²⁴⁾.

Senza volere qui anticipare considerazioni che trovano sede più appropriata in altra parte del presente lavoro, va, fin d'ora, sottolineato che una tale impostazione sembra oggi porsi in contraddizione non solo con la primaria esigenza di certezza dei rapporti giuridici, ma anche con il dato letterale dell'art. 42 del Codice del processo amministrativo (approvato col d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) ⁽²⁵⁾, che fa espresso rinvio,

⁽²¹⁾ Tipico, come si è visto, è l'esempio del soggetto vincitore di un concorso, che, a fronte del ricorso principale esperito dal secondo classificato, decida di presentare ricorso incidentale lamentando la mancata valutazione di un titolo in suo favore. In questo caso, egli farebbe valere, incidentalmente, una situazione che astrattamente avrebbe potuto e dovuto far valere in via principale. In realtà, è proprio la presentazione del ricorso principale a far sorgere l'interesse a far valere la mancata valutazione del titolo, in modo da mantenere ferma la sua posizione di vincitore; si veda, in argomento, V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, II ediz., 1979, p. 398.

⁽²²⁾ Secondo tale impostazione, il termine avrebbe solo la funzione di impedire la trattazione della causa prima della sua scadenza, ma non precluderebbe la notificazione di ricorsi incidentali anche in momenti successivi: cfr. G. VACIRCA, op. cit., p. 61.

⁽²³⁾ Si veda, in tal senso, G. VACIRCA, op. cit., p. 62, ove si afferma che alla p.A. dovrebbe essere concesso di far valere tutti quegli elementi che dimostrano la legittimità sostanziale del provvedimento o, almeno, l'insussistenza delle ragioni che ne giustificano la rimozione; nello stesso senso S. SANTORO, op. cit., p. 426.

⁽²⁴⁾ Ciò in quanto, trattandosi di eccezione, i vizi dedotti in via incidentale non verrebbero riconosciuti dal giudice ai fini di una pronuncia di annullamento, ma al solo scopo di rivalutare, mediante una "*prova di resistenza*", l'interesse processuale del ricorrente principale; cfr. G. VACIRCA, op. cit., p. 59.

⁽²⁵⁾ Di seguito indicato anche come c.p.a..

per quanto riguarda i termini e le modalità di notifica del ricorso incidentale, alle norme applicabili per il ricorso ordinario (e, dunque, anche all'art. 41 c.p.a. che prevede espressamente la perentorietà del termine di notifica) ⁽²⁶⁾. E, anche sul piano della legittimazione a proporre ricorso incidentale, sembra preferibile una soluzione maggiormente garantista nei confronti del cittadino, che, in linea generale, precluda alla p.A. tale possibilità (salvo i casi in cui col ricorso incidentale si impugnino provvedimenti connessi a quello principalmente gravato) ⁽²⁷⁾.

3.2. Esame dell'opposta tesi che attribuisce al ricorso incidentale valore di domanda riconvenzionale e degli orientamenti minoritari che ne hanno affermato la natura di eccezione riconvenzionale o di semplice mezzo di concentrazione delle impugnazioni. I possibili riflessi delle diverse opzioni interpretative sull'esito del contenzioso.

Secondo un'altra corrente dottrinale ⁽²⁸⁾, lo strumento processuale in esame sarebbe assimilabile ad una domanda riconvenzionale giacché,

⁽²⁶⁾ Ai sensi dell'art. 41 c.p.a., cit., «*Qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato ...*».

⁽²⁷⁾ L'opinione tradizionale è, infatti, nel senso di escludere la legittimazione dell'Amministrazione resistente a proporre ricorso in via incidentale: si vedano, in tale senso, ad es., W. CATALLOZZI, *Note sulle impugnazioni incidentali nel processo dinanzi ai giudici amministrativi ordinari*, op. cit., p. 1764; F. LUBRANO, op. cit., p. 756 ss.; S. BACCARINI, op. cit. pp. 641-647; R. GIOVAGNOLI, in R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, op. cit., pp. 36-37.

⁽²⁸⁾ In passato hanno sostenuto il carattere "riconvenzionale" del ricorso incidentale, ad es., E. CANNADA BARTOLI, *La difesa del controinteressato e la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, III, Milano, 1967, pp. 196, 197 e F. LA VALLE, *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, pp. 554, 555; più recentemente, la tesi è stata riproposta da S. BACCARINI, op. cit., p. 633 ss.. Anche W. CATALLOZZI, in *Note sulle impugnazioni incidentali nel processo dinanzi ai giudici amministrativi ordinari*, op. cit., e in *Ricorso incidentale (diritto amministrativo)*, op. cit., pur non ritenendo il ricorso incidentale pienamente riconducibile alla categoria delle domande riconvenzionali, sembra, tuttavia, assimilare il rimedio in questione ad una vera e propria "controimpugnazione", che determina l'ampliamento della materia del

con esso, la parte intimata promuove un'azione contrapposta all'azione del ricorrente principale e preordinata ad introdurre nel giudizio un *thema decidendum* nuovo, il cui accertamento è idoneo a neutralizzare gli effetti negativi derivanti dall'eventuale accoglimento del ricorso *ex adverso* proposto. Questo indirizzo interpretativo si richiama evidentemente al tradizionale orientamento della dottrina processualcivilistica che, in aderenza al tenore letterale dell'art. 36 c.p.c., assegna all'iniziativa del convenuto, regolata dalla predetta norma, una funzione prettamente difensiva ed una posizione del tutto accessoria rispetto all'azione intentata dall'attore⁽²⁹⁾. Dunque, in base alla ricostruzione appena riferita, "l'iniziativa riconvenzionale" costituisce esercizio di un autonomo diritto d'azione, come tale tutelabile anche in un separato giudizio, cosicché, in linea generale, spetta al giudice stabilire se sia utile e conforme al principio di

contendere, senza, peraltro, eccedere le finalità difensive di chi lo esperisce in virtù del vincolo di dipendenza che lega il predetto rimedio all'azione principale; in senso sostanzialmente conforme F. LUBRANO, op. cit., specialmente p. 772 ss..

⁽²⁹⁾ Sull'istituto della domanda riconvenzionale nel processo civile cfr., *ex multis*: G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pp. 1139-1143; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II Milano, 1923, p. 103; N. JAEGER, *La riconvenzione nel processo civile*, Padova, 1930, in particolare le pp. 140 ss.; G. FALQUI MASSIDDA, *Le domande riconvenzionali*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, p. 139 ss.; M. DINI, *Riconvenzione*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 967; G. FRANCHI, *Della competenza*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, Torino, 1973, sub art. 36, p. 350 ss.; P. NAPPI, *La domanda proposta in via riconvenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 751 ss.; G. TARZIA – C. BALBI, *Riconvenzione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 665 ss.; S. EVANGELISTA, *Riconvenzionale (domanda)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 1 ss.; E. VULLO, *La domanda riconvenzionale nel processo ordinario di cognizione*, Milano, 1995, specialmente p. 88 ss. e, dello stesso Autore, *Riconvenzione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 526 ss.. Sull'ammissibilità della domanda riconvenzionale nel processo amministrativo si erano espressi, ancor prima della formale introduzione di essa, ad opera dell'art. 42 del Codice del processo amministrativo, M. D'ORSOGNA, *Il litisconsorzio nel processo amministrativo. Il problema delle parti e l'intervento*, in E. Picozza (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003, specialmente p. 199 ss.; O. CILIBERTI, *Le forme possibili della domanda di risarcimento dei danni nel processo amministrativo tra azione riconvenzionale e ampliamento del thema decidendum*, in E. Follieri (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004, p. 421 ss.; A. DI GIOVANNI, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004, specialmente p. 103 ss..

economia dell'attività giudiziale la trattazione congiunta e contestuale delle domande proposte, rispettivamente, dall'attore e dal convenuto; e, a tale scopo, è normalmente considerato sufficiente a giustificare un *simultaneus processus* l'esistenza, tra le questioni sollevate dalle parti, di un certo collegamento obiettivo, ancorché non stretto e diretto ⁽³⁰⁾.

Degna di nota è anche la tesi che ricostruisce il ricorso incidentale in termini di eccezione riconvenzionale ⁽³¹⁾. Tale soluzione è stata individuata per dare risposta a due problemi: da un lato, quello di sussumere in un'adeguata categoria le ipotesi non ben conciliabili con la figura della semplice eccezione e, dall'altro, quello di offrire un rimedio alle conseguenze derivanti dall'esclusione di domande riconvenzionali di accertamento ⁽³²⁾. Per questa via si voleva, dunque, individuare un rimedio che avesse, insieme, la natura conservativa dell'eccezione e quella costitutiva della domanda riconvenzionale, per il fatto di incidere, comunque, sul contenuto della sentenza, ampliando il *thema decidendum* e condizionando l'attività successiva al giudicato.

⁽³⁰⁾ Per queste ragioni, la giurisprudenza favorevole ad ammettere domande del convenuto non intimamente correlate all'oggetto primario della controversia ha, in più occasioni, affermato che la predetta domanda deve essere esaminata e decisa anche quando l'istanza principale sia dichiarata inammissibile: così, ad es., Cass. Civ., Sez. III, 23 maggio 1986, n. 3466; Id., Sez. Lav., 19 agosto 1987, n. 6944; Id., Sez. II, 29 gennaio 2004, n. 1666, tutte consultabili in www.cortedicassazione.it.

⁽³¹⁾ Non sembra qui inutile ricordare che la dottrina amministrativistica raramente ha fatto ricorso alla nozione di eccezione riconvenzionale per spiegare la natura e la funzione del ricorso incidentale: occasionali riferimenti si rinvencono, ad esempio, in F. SATTÀ, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978, p. 198 ed in F. LA VALLE, op. cit., p. 555. In particolare, secondo quest'ultimo Autore, vi sarebbe una similitudine con l'eccezione riconvenzionale nel caso in cui il rimedio incidentale miri a tutelare una posizione di vantaggio che non può essere conservata, se non attraverso una corrispondente modificazione, in senso sfavorevole e peggiorativo, della contrapposta posizione del ricorrente principale. Più recentemente, la figura dell'eccezione riconvenzionale è stata esaminata ed, infine, ritenuta incompatibile con le caratteristiche proprie del ricorso incidentale da G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, op. cit., pp. 286-293 e da A. ROMANO TASSONE, op. cit., pp. 589-594. Ed anche nella giurisprudenza amministrativa si trovano solo fugaci accostamenti del ricorso incidentale alla categoria delle eccezioni riconvenzionali: cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 1070, su cui, *infra*, § 4.

⁽³²⁾ Si badi che questo orientamento dottrinale è sorto quando ancora la domanda riconvenzionale non si riteneva configurabile nel processo amministrativo neppure in sede di giurisdizione esclusiva: si vedano gli Autori citati nella nota precedente.

Va precisato che questa posizione dottrinale non è nata con la pretesa di fornire un inquadramento generale dell'istituto, ma per far fronte ad ipotesi particolari ⁽³³⁾; per tale ragione, si ritiene sufficiente, in questa sede, limitarsi a menzionarla, anche al fine di evidenziare le problematiche insite nella classificazione del rimedio in esame.

Per completare la panoramica delle principali teorie elaborate in ordine alla natura del ricorso incidentale, merita, infine, un cenno quella minoritaria opinione dottrinale, che ravvisa nell'istituto un mezzo di concentrazione delle impugnazioni ⁽³⁴⁾. Delle tesi fin qui ricordate, questa appare senz'altro quella meno convincente, sul piano dogmatico, in quanto sembra operare una assimilazione del rimedio all'impugnativa incidentale della sentenza civile, non in linea con la concezione dell'oggetto del processo amministrativo e con il carattere imperativo del provvedimento; non a caso, tale ricostruzione, pur presente nelle prime elaborazioni dottrinali sull'argomento, venne ben presto abbandonata in favore di una concezione del rimedio come mezzo necessariamente condizionato di «*difesa attiva*» ⁽³⁵⁾.

Dalla breve disamina, fin qui effettuata, delle diverse opzioni interpretative circa la natura del ricorso incidentale emerge che le differenze, sul piano applicativo, non sono di poco conto; se si accoglie la tesi dell'eccezione, la fondatezza del ricorso incidentale comporterebbe non una pronuncia costitutiva ma solo la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale, anche se oggetto del primo è un provvedimento diverso da quello impugnato in via principale ⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ Ci si riferisce, in particolare, a quelle ipotesi in cui il «*mancato peggioramento della posizione del ricorrente incidentale non sia conseguibile che a prezzo di una modificazione, in senso sfavorevole al ricorrente principale, della posizione di quest'ultimo*»: così, espressamente, F. LA VALLE, op. cit., p. 555.

⁽³⁴⁾ Cfr., in tal senso, ad es., A. PIRAS, op. cit., p. 202, secondo il quale ogni impugnazione successiva a quella principale deve essere presentata, dai soggetti ai quali quest'ultima sia stata notificata, nella forma del ricorso incidentale, anche qualora si faccia valere, per questa via, un interesse autonomo.

⁽³⁵⁾ Si vedano, in proposito, le considerazioni svolte nel § 2 e, in particolare, nella nota 11.

⁽³⁶⁾ Si pensi, ad es., all'ipotesi in cui il ricorrente impugni la graduatoria di un concorso che lo ha visto classificarsi in posizione deteriore, lamentando la cattiva valutazione dei propri titoli; in tal caso, il controinteressato può impugnare il medesimo provvedimento, censurando l'errata valutazione dei suoi titoli, cosicché, ove questa fosse stata correttamente effettuata, avrebbe ottenuto un punteggio tale per cui l'eventuale accoglimento del ricorso principale non sarebbe in grado di

Diversamente, se si ragiona in termini di domanda riconvenzionale e, dunque, di azione tendente ad una pronuncia a sua volta costitutiva, la sentenza di accoglimento del ricorso incidentale avrà esiti differenti a seconda degli obiettivi perseguiti dal ricorrente incidentale, se questi miri a migliorare la propria posizione o a peggiorare quella di controparte⁽³⁷⁾.

La giurisprudenza mantiene, al riguardo, una posizione sostanzialmente eclettica, aparendo consentito affermare che, a grandi linee, la tesi dell'eccezione trova più frequente adesione allorquando oggetto dell'impugnativa incidentale sia lo stesso provvedimento impugnato col ricorso principale; quella della domanda riconvenzionale nell'ipotesi di doglianze proposte col ricorso incidentale nei confronti di un atto diverso⁽³⁸⁾.

determinare un mutamento della graduatoria stessa: cfr. P. PATRITO, *Lo svolgimento del giudizio e le decisioni emesse in camera di consiglio*, in R. Caranta (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, p. 430.

⁽³⁷⁾ In tale ipotesi, come si vedrà con maggiore dettaglio più avanti, l'impugnazione incidentale può, invero, condurre anche ad una dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di legittimazione ad agire o ad una dichiarazione di rigetto nel merito del ricorso principale ovvero, infine, alla riproduzione dell'atto impugnato con identico contenuto in sede di esecuzione del giudicato di accoglimento delle due impugnative: cfr. R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, op. cit., pp. 935-936. Non dissimile il punto di vista di S. BACCARINI, op. cit., p. 655, il quale osserva che, nel caso in cui il ricorso incidentale assuma valore di domanda riconvenzionale, se il vincitore censura l'illegittima ammissione al concorso del ricorrente «*il ricorso incidentale, ove fondato, comporta l'annullamento della graduatoria in parte qua, con conseguente reformatio in pejus per il ricorrente principale e la declaratoria d'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione a ricorrere*». Si vedano, su tali profili, A. SQUAZZONI, op. cit., p. 156; P. PATRITO, op. cit., p. 430 (il quale richiama, in proposito, il caso in cui le censure dedotte dal ricorrente mirino alla rinnovazione del procedimento concorsuale, per la ritenuta illegittimità dei criteri di valutazione, sottolineando che, in tale ipotesi, il controinteressato, con il ricorso incidentale, potrebbe sostenere che, anche in tale circostanza, la graduatoria non muterebbe, previo emendamento degli errori ed omissioni che hanno inficiato la precedente valutazione); A. DI GIOVANNI, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004, p. 103 ss. e R. GIOVAGNOLI, in R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, op. cit., p. 6.

⁽³⁸⁾ La dottrina più recente appare incline a riconoscere all'istituto in esame natura "composita" e sostanzialmente "neutra" e ad affermarne l'impossibilità di una unificazione concettuale; più esattamente si ritiene che il rimedio di cui si discute, costituisca una mera "tecnica processuale", con la quale si introducono nel giudizio,

- 4. L'ordine di esame, da parte del giudice, del ricorso principale e del ricorso incidentale: un tema emerso nell'ambito del contenzioso in materia di appalti pubblici. Gli orientamenti della giurisprudenza antecedenti alle decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11/2008 e n. 4/2011; in particolare, l'orientamento dominante, favorevole ad un'applicazione costante, senza eccezioni, del prioritario esame del ricorso incidentale, quando con questo si contesti l'illegittima ammissione alla gara del ricorrente principale e quello più risalente e minoritario – riabilitato dalla sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2468/2002 – in base al quale l'effetto c.d. paralizzante del ricorso incidentale subisce una deroga nell'ipotesi di gara cui abbiano partecipato solo due imprese.**

L'importanza del tema è emersa particolarmente e ha inciso, come già accennato, su una delle materie – gli appalti – più “calde” ed economicamente rilevanti tra quelle che occupano il giudice amministrativo.

In tale ambito, la questione della natura del ricorso incidentale appare strettamente connessa a quella dell'ordine di esame delle due impugnazioni, principale ed incidentale, da parte del giudice ⁽³⁹⁾: questione posta all'attenzione della giurisprudenza ben prima delle due decisioni della Plenaria del 2008 e 2011 ⁽⁴⁰⁾.

indifferentemente, eccezioni o domande riconvenzionali, il cui accoglimento richieda necessariamente la preventiva rimozione di un provvedimento amministrativo. In questo senso definiscono «*elettico*» l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa in ordine alla natura giuridica del ricorso incidentale sia R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, op. cit. p. 936, sia G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, op. cit., p. 260. Nel medesimo senso cfr. anche R. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, op. cit., p. 717, A. SQUAZZONI, op. cit., p. 151 ss.; A. ROMANO TASSONE, op. cit., p. 591 ss.; M. MARINELLI, op. cit., p. 612; R. GRECO, op. cit., pp. 635-637; L. TARANTINO, op. cit., p. 50; G. FERRARI, op. cit., p. 1060 ss..

⁽³⁹⁾ Cfr., tra i più recenti scritti in argomento, oltre al contributo di VILLATA, citato nella nota precedente, anche gli altri scritti già citati nella nota 5.

⁽⁴⁰⁾ Ci si riferisce alle due pronunce del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, p. 3308 e Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, *ivi*, 2011, p. 1132.

Già a partire dagli anni '90, una consistente parte della giurisprudenza osservava che – fermo restando il principio generale del prioritario esame del ricorso principale, derivante dal carattere di accessorietà del ricorso incidentale – nel caso in cui sia proposto un ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica rispetto a quelle sollevate dal ricorrente principale: e tali sono le questioni che si riverberano sull'esistenza della legittimazione e dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale «*perché, pur profilandosi come questioni di merito, producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione e, quindi, su una questione di rito*»⁽⁴¹⁾.

Si consolidò, pertanto, un indirizzo giurisprudenziale secondo cui, laddove il controinteressato eccepisca, tramite la proposizione di un ricorso incidentale, l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'offerta presentata dal ricorrente principale, il giudice deve prioritariamente esaminare tale doglianza che, se fondata, comporta l'inammissibilità dell'impugnativa principale per carenza di interesse o di legittimazione a ad agire⁽⁴²⁾.

In concreto, tale giurisprudenza ritiene che, in materia di gare d'appalto, l'esame del ricorso incidentale debba precedere l'esame del ricorso principale qualora l'impresa vincitrice deduca che l'impresa pretermessa doveva essere in radice esclusa dalla gara⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ Cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 24 novembre 1997, n. 1367, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2049; Id., Sez. V, 25 marzo 2002, n. 1695, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2002, p. 700; Id., Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468, *ivi*, 2002, p. 1245; Id., Sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1144, *ivi*, 2005, p. 755; Id., Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3456, *ivi*, 2004, p. 1433; Id., Sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3030, *ivi*, 2005, p. 1828; Id., Sez. V, 29 agosto 2005, n. 4407, *ivi*, 2005, p. 2268; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 12 novembre 2002, n. 7071, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2002, p. 3722; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 6 febbraio 2003, n. 149, *ivi*, 2003, p. 487; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 15 aprile 2004, n. 500, *ivi*, 2004, p. 1206; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 25 luglio 2006, n. 6372, *ivi*, 2006, p. 2489; T.A.R. Liguria, Sez. I, 1 agosto 2007, n. 1429, *ivi*, 2007, p. 2325; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 18 luglio 2007, n. 5430, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2007, I, p. 2280.

⁽⁴²⁾ Cfr., in tal senso, R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, op. cit. p. 938.

⁽⁴³⁾ Cfr., oltre alla giurisprudenza già citata, Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2006, n. 3391, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2006, p. 1868; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 10 giugno 2002, n. 1190, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2002, p. 1880; T.A.R. Lazio, Roma,

A metà degli anni 2000, su tale filone giurisprudenziale se ne era innestato un altro, diverso, con specifico riferimento alla questione dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale nel caso di gara di appalto con due soli concorrenti utilmente classificati, vale a dire i ricorrenti incidentale e principale ⁽⁴⁴⁾. Secondo tale diverso orientamento, nel caso di accoglimento del ricorso incidentale c.d. "paralizzante", il ricorso principale non diventerebbe improcedibile, neppure nel caso di gare con due soli concorrenti utilmente classificati ⁽⁴⁵⁾.

Sotto tale profilo, il vero punto di svolta è probabilmente rappresentato dalla decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 8 maggio

Sez. I, 20 gennaio 2006, n. 448, *ivi*, 2006, p. 131; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 29 novembre 2006, n. 2498, *ivi*, 2006, p. 3682; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 22 marzo 2007, n. 249, *ivi*, 2007, p. 1116; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 6 giugno 2007, n. 1465, *ivi*, 2007, p. 2177; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 30 gennaio 2008, n. 709, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁴⁴⁾ Per completezza, occorre rammentare che già a metà degli anni '90 il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana aveva prospettato una tesi diversa, sostenendo che il ricorso incidentale, stante il suo carattere accessorio e condizionato, può essere preso in esame solo nel caso di accoglimento del ricorso principale: cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22 dicembre 1995, n. 388, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 554 ss., con nota di G. ACQUARONE, *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale*, op. cit.. Inoltre, poiché nel caso in esame, ciascuna delle parti aveva contestato la legittimità dell'ammissione alla gara dell'altra, la pronuncia citata si era espressa nel senso dell'accoglimento di entrambe le impugnative, con esclusione di ambedue le parti. Nel medesimo senso si veda Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 15 maggio 2001, n. 205, in *Cons. Stato*, 2001, I, p. 1470, che esprime dubbi in merito all'applicabilità indiscriminata dell'orientamento che afferma il prioritario esame del ricorso incidentale c.d. "paralizzante", stante il conseguente sacrificio dell'interesse strumentale, in capo al ricorrente principale, alla rinnovazione della gara; si veda, inoltre, su tale pronuncia, G. FERRARI, op. cit., p. 1058 ss..

⁽⁴⁵⁾ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 24 novembre 1997, n. 1367, in *Foro amm.*, 1997, p. 3057; Id., Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 1070; Id., Sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583, in *Urb. e app.*, 2004, p. 1231; Id., Sez. V, 25 luglio 2006, n. 4657, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2006, p. 2195; Id., Sez. VI, 29 novembre 2006, n. 6990, in *Corr. Merito*, 2009, p. 224; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 13 aprile 2004, n. 1453, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2004, p. 944; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 24 maggio 2004, n. 800, in *www.giustizia-amministrativa*; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 18 gennaio 2006, n. 132, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2006, p. 353; T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 21 febbraio 2007, n. 1527, in *Urb. e app.*, 2007, p. 1035.

2002, n. 2468 ⁽⁴⁶⁾ denominata «Lipari» dal nome del suo relatore. Nella vicenda in esame, l'appellante, ricorrente principale e soccombente in primo grado in virtù dell'accoglimento dell'impugnativa incidentale che ne aveva contestato con successo l'ammissibilità dell'offerta, sosteneva che, essendosi a propria volta lamentato dell'illegittima ammissione della controinteressata, il suo ricorso doveva essere esaminato per primo alla luce della relativa priorità logica, in quanto mirante ad estromettere dalla gara e, quindi, a privare di qualsivoglia interesse, ancorché occasionale e riflesso, il controinteressato vincitore della selezione, che avrebbe perso, quindi, ogni legittimazione al ricorso incidentale.

La Quinta Sezione, pur riconoscendo l'acutezza della riferita prospettazione, non la condivide, osservando, dopo un'ampia disamina dell'istituto, da un lato, che, accogliendo la tesi dell'appellante, la posizione del controinteressato aggiudicatario non potrebbe mai essere tutelata mediante l'affermazione dell'illegittima ammissione del ricorrente principale; dall'altro, che, in base a tale prospettazione, l'aggiudicazione verrebbe annullata dal giudice in accoglimento di un'iniziativa processuale proposta da un soggetto privo dei necessari requisiti. Tuttavia, pur confermando la priorità logica dell'esame del ricorso incidentale in presenza di impugnazioni incrociate deducanti l'illegittima ammissione alla procedura selettiva, la stessa Sezione accenna al fatto che nella (sola) eventualità di gara con due soli concorrenti «*potrebbe apparire più congrua una decisione che, disponendo l'annullamento degli atti contestati, determini il rinnovo delle operazioni concorsuali*».

Da tale passaggio della motivazione, che rappresenta un mero *obiter dictum*, ha tratto spunto – come già ricordato – un cospicuo indirizzo giurisprudenziale, affermatosi pure presso i Giudici di primo grado ⁽⁴⁷⁾,

⁽⁴⁶⁾ In *Cons. Stato*, 2002, I, p. 1070, su cui si vedano, ad es., R. GIOVAGNOLI, in R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, op. cit., p. 53 e G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, op. cit., p. 680 ss.. La motivazione della decisione citata è stata integralmente riconfermata da Consiglio di Stato, Sez. V, 11 maggio 2007, n. 2356, in *Giuris. amm.*, 2007, I, p. 699, su cui si veda pure L. CIMELLARO, op. cit., p. 2949 ss..

⁽⁴⁷⁾ Per il giudice di secondo grado, cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2004, p. 2211; Id., Sez. V, 10 novembre 2005, n. 6285, *ivi*, 2005, p. 3292; Id., Sez. V, 14 aprile 2006, n. 2095, *ivi*, 2006, p. 1194; Id., Sez. V, 25 luglio 2006, n. 4657, *ivi*, 2006, p. 2195; Id., Sez. VI, 29 novembre 2006, n. 6990, *ivi*, 2006, p. 3131; Id., Sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3097, *ivi*,

secondo cui, nel caso di accoglimento del ricorso incidentale c.d. "paralizzante", il ricorso principale non diventerebbe improcedibile, neppure qualora alla gara abbiano partecipato solo due imprese che reciprocamente contestino la rispettiva ammissione⁽⁴⁸⁾; e ciò in quanto, il ricorrente principale vanterebbe, comunque, un interesse all'esame nel merito della sua impugnazione, anche qualora l'accoglimento del ricorso incidentale *ex adverso* proposto abbia pregiudicato la sua possibilità di conseguire, in via immediata, l'appalto⁽⁴⁹⁾.

2007, p. 1784; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 8 marzo 2005, n. 97, in *Rass. amm. sic.*, 2005, p. 413. Per la giurisprudenza di primo grado, si veda, *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 27 febbraio 2006, n. 1427, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2006, p. 609; Id., Sez. III, 23 giugno 2006, n. 5092, *ivi*, 2006, p. 2101; Id., Sez. III, 16 novembre 2006, n. 12512, *ivi*, 2006, p. 3578; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 31 luglio 2006, n. 514, *ivi*, 2006, p. 2382; T.A.R. Veneto, Sez. I, 12 gennaio 2007, n. 82, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Liguria, Sez. II, 7 giugno 2007, n. 1047, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2007, p. 1986; T.A.R. Lazio, Latina, 19 gennaio 2007, n. 45, *ivi*, 2007, p. 204; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 29 giugno 2007, n. 1433, *ivi*, 2007, p. 2234; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 2 luglio 2007, n. 6416, *ivi*, 2007, p. 2559, che, peraltro, estende la peculiare soluzione adottata nel caso di gara a due anche quando il ricorrente principale sia stato escluso legittimamente dalla gara con provvedimento della p.A.; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 9 maggio 2008, n. 1552, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁴⁸⁾ Al fine di privilegiare l'esame di tutti e due i ricorsi, parte della giurisprudenza si richiama al principio di parità delle parti, evidenziando la perfetta «*simmertia*» delle censure escludenti prospettate: così, ad es., T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 19 marzo 2003, n. 2686, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2003, p. 1036; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 18 gennaio 2006, n. 132, *ivi*, 2006, p. 353; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 7 marzo 2005, n. 508, in *Urb. e app.*, 2005, p. 713. In alcune Corti si profila, peraltro, una latente contestazione della tesi che attribuisce al ricorso incidentale una incidenza assoluta sulla posizione sostanziale del ricorrente principale; la situazione soggettiva di costui – così si argomenta in alcune sentenze – non subirebbe una completa degradazione, permanendo la legittimazione a far valere i motivi di ricorso che possono portare all'azzeramento dell'intera procedura: cfr., in tal senso, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 18 gennaio 2002, n. 112, in *T.A.R.*, 2002, I, p. 42; Id., Sez. III, 13 aprile 2004, n. 1453, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2004, p. 944; Id., Sez. III, 7 giugno 2004, n. 2362, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁴⁹⁾ Tale interesse secondario – strumentale al rinnovo integrale della procedura selettiva – sopravviverebbe all'effetto di paralisi che l'accoglimento del ricorso incidentale determina sull'interesse primario all'aggiudicazione, perseguito dal ricorrente principale; si vedano, in proposito, le interessanti considerazioni di A. SQUAZZONI, op. cit., ad avviso del quale «*Ovviamente, così si riconosce che anche il diritto all'esame della domanda incidentale poggia sul beneficio della possibilità di partecipare al procedimento da rinnovare*». Lo stesso Autore aggiunge che «*Quando*

Tale diverso orientamento non era rimasto incontestato, essendovi, invece, decisioni che ribadivano l'impostazione tradizionale, secondo cui il principio generale di rito in base al quale l'accoglimento del ricorso incidentale relativo ad una causa di esclusione dalla gara del ricorrente principale rende improcedibile il ricorso principale – basandosi sul mero riscontro della perdita di legittimazione e, quindi, del venir meno di una condizione dell'azione ⁽⁵⁰⁾ – non può trovare deroga nell'ipotesi i cui i ricorsi siano stati proposti dagli unici due partecipanti ad una gara d'appalto ⁽⁵¹⁾.

Sennoché, con un'altra pronuncia, la n. 5811, pubblicata il 13 novembre 2007 ⁽⁵²⁾, est. Russo, la Quinta Sezione ha nuovamente messo in crisi l'orientamento tradizionale che afferma il prioritario esame del ricorso incidentale c.d. "paralizzante", sostenendo che lo scrutinio del ricorso incidentale può aver luogo solo dopo che sia stata deliberata la fondatezza del ricorso principale perché è solo tale fondatezza (e non la mera proposizione di esso) che fa nascere l'interesse che sorregge l'impugnativa incidentale; d'altro canto – si sottolinea nella suddetta pronuncia – il principio della perfetta parità delle parti non si realizza ove si riconnetta un'efficacia "paralizzante" alla controimpugnazione dell'interessato: «*questa impostazione all'evidenza finisce con l'assegnare all'aggiudicatario un'iperprotezione che non si rinviene nel sistema, anche costituzionale, di riferimento*» ⁽⁵³⁾.

invece alla gara abbiano partecipato più di due imprese occorrerebbe tornare alla via maestra perché l'annullamento degli atti impugnati dal ricorrente e dal controinteressato finirebbe per avvantaggiare il terzo classificato rimasto estraneo al giudizio».

⁽⁵⁰⁾ La quale, invece, deve permanere in capo all'istante fino alla decisione.

⁽⁵¹⁾ Si vedano, a titolo esemplificativo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 8005, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2004, p. 3517; Id., Sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8265, *ivi*, 2006, p. 3343; Id., Sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8265, *ivi*, 2006, p. 3343; Id., Sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3765, *ivi*, 2007, p. 1820; T.A.R. Veneto, Sez. I, 3 aprile 2007, n. 1095, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2007, p. 1534; T.A.R. Liguria, Sez. II, 7 giugno 2007, n. 1047, *ivi*, 2007, p. 1986; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 25 ottobre 2007, n. 693, *ivi*, 2007, p. 3172; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 10 dicembre 2007, n. 3362, *ivi*, 2007, p. 3942.

⁽⁵²⁾ Consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁵³⁾ Il passo è tratto dalla citata pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5811/2007.

5.1. La decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 11/2008, che ha affermato il principio della necessaria indifferenza dell'ordine di trattazione dei ricorsi sull'esito della lite. Conformità di tale pronuncia alla giurisprudenza amministrativa e comunitaria propensa ad attribuire rilievo autonomo, anche ai fini della legittimazione processuale, all'interesse "strumentale" e secondario alla ripetizione della gara.

Nel perdurare del contrasto di giurisprudenza, la questione dell'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale nel contenzioso in materia dei contratti pubblici, quando si sia in presenza di due sole imprese, era stata, quindi, rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ⁽⁵⁴⁾.

Quest'ultima, nel 2008, aderendo, nella sostanza, alla soluzione prospettata nell'ordinanza di rimessione, aveva rilevato come non vi fossero disposizioni puntuali sull'ordine di esame dei ricorsi ⁽⁵⁵⁾, principale e incidentale, e che, di conseguenza, fosse possibile, per il giudice, ispirarsi liberamente, nell'esaminare detti ricorsi, ai principi di economia processuale e di logicità ⁽⁵⁶⁾.

Nello specifico, l'Adunanza Plenaria n. 11/2008 ha demandato al prudente apprezzamento del giudice l'individuazione dell'ordine di trattazione dei ricorsi, affermando che questi, «*a seconda dei casi (...) può esaminare con priorità quello che risulta decisivo per dirimere la lite*»: in questa prospettiva, quindi, nulla impedisce di dare precedenza al ricorso principale che risulti infondato e di dichiarare, conseguentemente improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso incidentale ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁴⁾ Con ordinanza della Sez. V, 5 giugno 2008, n. 2669, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 919.

⁽⁵⁵⁾ Come già accennato più sopra, le uniche disposizioni rilevanti in materia di ricorso incidentale (in ordine cronologico: l'art. 44 del R.D. n. 642/1907; l'art. 37 del R.D. n. 1054/1924; l'art. 22 della legge T.A.R.) si limitavano a disciplinare le modalità formali di presentazione della suddetta impugnativa ed il relativo termine di decadenza e la situazione è rimasta sostanzialmente invariata con il nuovo art. 42 c.p.a., nel quale sono confluite le disposizioni previgenti.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 11/2008, cit..

⁽⁵⁷⁾ Si tratta, come rilevato da P. PATRITO, op. cit., specialmente le pp. 438-439, «*di un'applicazione del principio della ragione più liquida: ove appaia immediatamente*

Nella medesima pronuncia veniva, inoltre, espresso il principio secondo cui, nel caso di due imprese in gara, che reciprocamente contestino la mancata esclusione dell'altra, il giudice amministrativo, giudicata fondata una contestazione, non può esimersi dall'esaminare anche l'altra e, se fondata, accoglierle entrambe: qualunque sia, infatti, l'ordine di trattazione prescelto, il giudice deve procedere, comunque, all'esame di entrambe le impugnazioni proposte, disponendo l'annullamento di tutti gli atti impugnati, qualora le speculari e reciproche censure, sollevate dai contendenti, siano parimenti fondate nel merito ⁽⁵⁸⁾.

A tali conclusioni si perviene argomentando che, nella fattispecie, le posizioni del ricorrente principale e del ricorrente incidentale sono simmetriche ed equivalenti: sarebbe, dunque, contrario al principio di parità delle parti e di imparzialità del giudice – sanciti dall'art. 111, secondo comma, Cost., e dall'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo – far discendere l'esito del giudizio dal mero ordine logico seguito per la decisione delle impugnazioni proposte ⁽⁵⁹⁾. Per

infondato il ricorso principale, questo viene deciso per primo, con conseguente declaratoria di inammissibilità di quello incidentale; ove appaia, per contro, fondato il ricorso incidentale, quello principale verrà dichiarato inammissibile per difetto di interesse o legittimazione».

⁽⁵⁸⁾ Cfr. F. GAFFURI, op. cit., p. 1055.

⁽⁵⁹⁾ Risulta particolarmente significativo, sotto tale profilo, quel passo della citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria ove si afferma: «*Per i principi di parità delle parti e di imparzialità, quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, anche quando riguardano l'ordine di trattazione dei ricorsi: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale – esaminato prima – preclude l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale – esaminato prima – preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara*»; nel medesimo senso si veda F. GAFFURI, op. cit., p. 1055. In senso contrario cfr. R. VILLATA, *Ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado ...*, op. cit., specialmente le pp. 326-329, secondo cui la rilevanza, nel caso specifico, del principio di parità delle parti – che si traduce nella garanzia di eguaglianza dei poteri all'interno del processo, e così di allegazione, istruttori, ecc. – non consente certo l'alterazione dell'ordine logico delle questioni da affrontare. In particolare, VILLATA ritiene non pertinente «*il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha riconosciuto meritevolezza di tutela all'interesse dell'impresa a ricorrere contro gli atti preclusivi della partecipazione alla gara in vista della rinnovazione della stessa*» in quanto «*qui non viene in rilievo, come nella*

rafforzare la tesi sostenuta, l'Adunanza Plenaria si richiama, dunque, a quella giurisprudenza amministrativa e comunitaria propensa ad attribuire rilievo autonomo, anche ai fini della legittimazione processuale, all'interesse "strumentale" e secondario alla ripetizione della gara ⁽⁶⁰⁾.

5.2. Il non unanime accoglimento delle argomentazioni dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008 e la persistente affermazione, nella giurisprudenza successiva, della priorità del ricorso incidentale c.d. "paralizzante": nuovo *revirement* dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 secondo cui detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura

*vicenda cui si riferisce la sentenza del Giudice europeo, un ostacolo frapposto dagli atti di gara alla partecipazione (impugnativa da parte di chi non ha potuto partecipare alla procedura perché impedito dalle prescrizioni di un bando illegittimo), ma del trattamento di una situazione da equipararsi a quella di chi alla gara non ha voluto partecipare». Inoltre, ad avviso dell'Autore, «lascia perplessi l'aver richiamato a supporto dell'opinione preferita l'art. 6 della CEDU, direttamente applicabile in virtù dell'art. 6 Trattato di Maastricht, giacché si tratta di un immotivato distacco dalla posizione della dottrina e della giurisprudenza comunitaria, che si sono espresse in modo decisamente critico rispetto alla tesi, condivisa dalla Plenaria, della c.d. «comunitarizzazione» delle regole convenzionali». Condividono questi rilievi G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, op. cit., p. 222; L. CIMELLARO, op. cit., p. 2961 e S. VALAGUZZA, *Alcune perplessità nel richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare alla CEDU, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancanza di ricognizione dei significati*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 552 ss..*

⁽⁶⁰⁾ Rileva, in proposito, l'Adunanza Plenaria: «La giurisprudenza amministrativa ha precisato da tempo che un'impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando (ad esempio, quando una impresa pure esclusa, abbia impugnato tutti gli atti ammissione delle altre imprese o abbia impugnato il bando in ragione di una sua "clausola escludente": Ad. Plen., 23 gennaio 2003, n. 1). Inoltre, anche per la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee è meritevole di tutela l'interesse della impresa a ricorrere contro gli atti i cui effetti precludano l'indizione di una gara, affinché essa possa partecipare a quella che sarà indetta dopo l'annullamento (CGCE, 11 gennaio 2005, in C-26/03, § 40-41)». Sul c.d. interesse "strumentale" alla ripetizione della gara si vedano le considerazioni svolte nella nota 63.

selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'Amministrazione resistente.

La ricostruzione proposta – pur avendo il merito di mettere radicalmente in discussione l'orientamento che affermava la priorità assoluta del ricorso incidentale c.d. “paralizzante”, evidenziandone, altresì, i rischi connessi – non ha, però, trovato unanime accoglimento nella giurisprudenza successiva, la quale, nonostante il formale richiamo alla decisione in parola, ha continuato ad affermare la necessità del prioritario esame del ricorso incidentale che tenda ad escludere la legittimazione ad agire in capo al ricorrente principale ⁽⁶¹⁾.

In particolare, la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 11/2008 veniva contestata dall'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 351/2011 ⁽⁶²⁾ che, viceversa, negava la qualificazione dell'interesse strumentale ⁽⁶³⁾ come interesse legittimo concreto e attuale, sottolineando, inoltre, come il predetto orientamento avrebbe potuto favorire un incremento del contenzioso in materia di contratti pubblici: la questione dell'ordine di esame dei ricorsi, principale ed incidentale, veniva, dunque, rimessa, nuovamente all'esame della Plenaria, che su di essa si è pronunciata con la decisione del 7 aprile 2011, n. 4 ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶¹⁾ Cfr., in particolare, il § 4 e la giurisprudenza ivi citata.

⁽⁶²⁾ Si tratta, più precisamente, dell'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 gennaio 2011, n. 351, in *Riv. giur. edil.*, 2010, I, p. 1921.

⁽⁶³⁾ Che il c.d. interesse strumentale, configurato come «*interesse al rinnovo della gara*», sia «*un interesse privo di attualità e concretezza – secondo la citata ordinanza del Consiglio di Stato n. 351/2011 – è dimostrato dal fatto che a seguito dell'annullamento della gara la stazione appaltante non è tenuta a pubblicare un nuovo bando, essendo tale scelta puramente discrezionale: la relativa pretesa dunque non sarebbe azionabile in sede di ottemperanza del giudicato, ciò che è proprio di ogni situazione soggettiva avente la consistenza di interesse legittimo*». In argomento si veda G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 664 ss. e C. CACCIAVILLANI, op. cit., p. 326, secondo cui l'interesse strumentale non ha ad oggetto la reiterazione della gara, come ritenuto dall'Adunanza Plenaria n. 11/2008: invero, ad avviso dell'Autrice, entrambi i ricorrenti, principale e incidentale, hanno interesse alla conservazione della gara, «*soltanto mirando a conseguire una graduatoria che includa un unico concorrente*».

⁽⁶⁴⁾ In *Urb. e app.*, 2011, p. 674 ss., con nota di C. LAMBERTI, *L'Adunanza Plenaria “boccia” l'interesse strumentale* e in *Giur. it.*, 2011, p. 1651, con nota di G. TROPEA, *I rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un'interessante (e per alcuni versi discutibile) ordinanza di*

Volendo brevemente riassumere i contenuti della Plenaria del 2011, va innanzitutto ricordato che essa affronta la questione in tappe successive, soffermandosi, preliminarmente, su distinte questioni connesse al tema in esame ed inerenti, in particolare: alla parità delle parti, all'imparzialità del giudice; alla legittimazione al ricorso ⁽⁶⁵⁾.

In esito a tale disamina, l'Adunanza Plenaria ha, quindi, affermato il principio di diritto secondo cui *«il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura»*. *«Detta priorità logica – secondo la Plenaria – sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'Amministrazione resistente»*. In base a tale ricostruzione, l'esame prioritario del ricorso principale sarebbe, quindi, ammesso, per ragioni di economia processuale, solo qualora sia

rimessione, op. cit., p. 1652 ss.. Più in generale, sull'interesse al ricorso cfr. R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 2003, p. 468; L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004; B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004.

⁽⁶⁵⁾ Hanno confermato il percorso argomentativo seguito dall'Adunanza Plenaria con la decisione n. 4/2011, ad es.: Consiglio di Stato, Sez. III, 4 novembre 2011, n. 5866, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2011, p. 3359; Id., Sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1516, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III – *ter*, 12 luglio 2011, n. 6278, *ivi*. Non appare del tutto conforme T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III – *bis*, 14 giugno 2012, n. 5485, in *www.giustamm.it*, n. 7/2012, secondo cui, ai fini della determinazione dell'ordine di esame delle questioni prospettate dalle parti, ciò che rileva è la preliminarità e pregiudizialità delle questioni proposte rispetto al merito della domanda, risultando, pertanto, irrilevante che esse siano state proposte col ricorso incidentale piuttosto che con quello principale. In particolare, la pronuncia citata, pur richiamandosi formalmente all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011, cit., ha ritenuto di attribuire priorità alla trattazione del ricorso principale, *«non tanto per economia processuale, ma in quanto con esso il ricorrente raggruppamento (...) propone una censura, quella prospettata per seconda e vertente sulla illegittima composizione della Commissione di gara (...), che se venisse dal Collegio condivisa comporterebbe in radice l'annullamento della intera gara, con conseguente sradicamento delle posizioni pure di almeno una delle ricorrenti incidentali»*.

evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

Nella prospettiva ora chiarita, non si disconosce il rilievo centrale che, nel sistema della giustizia amministrativa, assumono i canoni di imparzialità del giudice; di parità delle parti; di tutela dell'interesse strumentale, la cui soddisfazione sia realizzabile unicamente attraverso il doveroso rinnovo dell'attività amministrativa. Cionondimeno, proprio la piena ed armonica applicazione di questi principi impone di assegnare il necessario peso anche ad altre regole essenziali del processo amministrativo, che fondano il procedimento logico di formazione della decisione: tra cui, *in primis*, il principio della domanda e la funzione difensiva del ricorso incidentale, che affonda le proprie radici nelle elaborazioni più consolidate della teoria del processo ⁽⁶⁶⁾.

6.1. Le continue “oscillazioni” della giurisprudenza e la rimessione della questione alla Corte di Giustizia CE. Le ragioni di questa instabilità: la concezione “oggettiva” del giudizio amministrativo; il difficile inquadramento del ricorso incidentale tra gli strumenti di difesa e, in particolare, l'impossibilità di ricondurlo integralmente alla figura dell'eccezione.

Ma, proprio quando la questione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale sembrava definitivamente risolta, il T.A.R. Piemonte ne ha rimesso l'esame alla Corte di Giustizia CE con una “insolita” ordinanza ⁽⁶⁷⁾ in cui si chiede al giudice comunitario di “interpretare” i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui all'art. 267 del Trattato CE al fine di verificare se sia coerente o meno con essi il principio di diritto statuito dalla citata Plenaria n. 4/2011.

⁽⁶⁶⁾ Sulla funzione difensiva del ricorso incidentale si vedano le considerazioni svolte nel § 2.

⁽⁶⁷⁾ Si tratta dell'ordinanza del T.A.R. Piemonte, Sez. II, 9 febbraio 2012, n. 208, su cui si veda il commento di M. PROTTO, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di appalti pubblici: la parola al giudice comunitario*, in *Urb. e app.*, 2012, p. 437 ss..

A prescindere dalla singolarità ⁽⁶⁸⁾ di un rinvio pregiudiziale così formulato – è la prima volta che alla “sbarra” del giudice comunitario finisce non una disposizione di legge nazionale ⁽⁶⁹⁾, ma direttamente la decisione di un massimo organo giurisdizionale, qual è la Plenaria del Consiglio di Stato – va, comunque, riconosciuto al T.A.R. Piemonte il pregio di aver “ravvivato” il dibattito su una questione di rilevante importanza, non solo per il rito speciale in materia di contratti pubblici, ma per il processo amministrativo, in generale, sulla quale si avverte una certa instabilità ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ Manifesta apertamente il proprio disfavore nei confronti del percorso argomentativo seguito dal T.A.R. Piemonte, R. VILLATA, *Ricorso incidentale escludente ed ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo*, op. cit., p. 369, secondo cui l’ordinanza di rimessione, oltre a non apparire convincente nel merito (non sussistendo, ad avviso dell’Autore, alcuno dei rilevati profili di sospetta violazione dei principi comunitari), rischia di attribuire ai giudici europei «*ruoli forse eccedenti i compiti istituzionalmente loro affidati, come – si direbbe – quello di terza o quarta istanza avverso le pronunce dei giudici nazionali, ancorché presentate nella veste di “diritto vivente”*». Nel medesimo senso, in giurisprudenza, Consiglio di Stato, Sez. III, 30 agosto 2012, n. 4656, con nota di S. D’ANCONA, *Il rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale fra diritto interno e diritto dell’Unione Europea: note a margine delle pronunce della Cass. SS. UU. 21 giugno 2012 e del C.d.S., Sez. III, 30 agosto 2012, n. 4656*, in www.giustamm.it, n. 10/2012, ove si osserva che «*l’orientamento non sarebbe contrario al diritto comunitario giacché, anche l’Ordinanza TAR Piemonte 9 febbraio 2012, nel rimettere la questione all’esame della Corte di Giustizia CE, avrebbe “evidenziato profili critici ... anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell’intera procedura selettiva”*».

⁽⁶⁹⁾ Come correttamente osservato da M. PROTTO, op. cit., p. 437 ss., l’ordinanza del T.A.R. Piemonte non cita, infatti, alcuna disposizione.

⁽⁷⁰⁾ Giova, peraltro, ricordare che in una vicenda processuale immediatamente successiva alla decisione della Plenaria n. 4/2011 erano state sollevate in giudizio questioni di compatibilità comunitaria e costituzionale del principio giurisprudenziale che afferma il prioritario esame del ricorso incidentale “paralizzante”; questioni che erano state, però, disattese con la decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655. Cfr., inoltre, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 10 gennaio 2012, n. 197, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2012, p. 147, secondo cui il principio espresso dall’Adunanza plenaria n. 4/2011, cit., deve «*essere interpretato e applicato in modo tale da evitare di giungere a soluzioni illogiche e irragionevoli dei casi concreti*», e ciò «*perché possono sussistere ragioni concrete che impongono al giudice di valutare anche le censure proposte dal ricorrente in via principale se questi fa valere un interesse concreto, giuridicamente tutelato, distinto e diverso rispetto a quello finalizzato ad ottenere l’aggiudicazione dell’appalto*». Come rilevato da R. VILLATA, *Ricorso incidentale escludente ed ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo*, op.

Le ragioni di questa instabilità sono certo più d'una.

Uno dei motivi va probabilmente ravvisato nella tradizionale e mai del tutto abbandonata concezione “oggettiva” del giudizio amministrativo di legittimità. Invero, nonostante le giuste e significative “aperture” verso azioni di accertamento autonomo dei rapporti assoggettati a disciplina pubblicistica, emergono, tuttora, con notevole frequenza, sia in giurisprudenza che in dottrina, motivi di segno diverso (se non proprio opposto), che tendono a privilegiare nuovamente, a questi stessi fini ricostruttivi, la fisionomia impugnatoria del ricorso incidentale, più o meno consapevolmente ricondotto «*a pendant specular e contrario del ricorso principale, dal cui profilo disciplinare si trae pertanto ispirazione per ricostruire organicamente il regime disciplinare dell'istituto ([essendo] ormai definitivamente acquisito che il ricorso incidentale in primo grado ha poco a che spartire con le impugnazioni incidentali delle sentenze)*»⁽⁷¹⁾.

cit., p. 363 ss., il Tribunale, pur tentando di dimostrare che la propria pronuncia trovi margini di coerenza con la soluzione accolta dalla Plenaria finisce, in realtà, per contraddirne in modo inequivoco e diretto proprio uno dei passaggi fondamentali – quello secondo cui «*la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva*» – laddove afferma che tale conclusione non potrebbe riguardare il caso in cui il ricorrente principale, oltre ad avere «*interesse agli esiti della procedura selettiva*», deduca «*l'ulteriore interesse alla rimozione della gara*». Se il dissenso manifestato dal T.A.R. Lazio rispetto alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 emerge con sufficiente chiarezza, meno palesato – ma altrettanto netto – è quello che si rinviene nella sentenza del T.A.R. Lombardia, Sez. I, 23 febbraio 2012, n. 595, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2012, p. 338. In tale pronuncia, si afferma che l'ordine logico di esame delle censure proposte con il ricorso principale e con quello incidentale imporrebbe al Collegio il preventivo esame della censura contenuta nel primo di detti ricorsi, il cui accoglimento comporterebbe la caducazione dell'intera procedura di gara «*neutralizzando così anche il ricorso incidentale che, appunto, contesta l'illegittima ammissione del ricorrente principale*».

⁽⁷¹⁾ Così A. ROMANO TASSONE, op. cit., p. 583; nel medesimo senso G. GAFFURI, op. cit., 1097-1098, che, a sostegno del carattere eminentemente impugnatorio del giudizio amministrativo, da un lato, richiama il divieto, per il giudice amministrativo, di disapplicare atti normativi e regolamentari (salvi i casi in cui questi ultimi incidano illegittimamente su diritti soggettivi perfetti ovvero su diritti riconosciuti e compiutamente disciplinati da disposizioni legislative di rango primario); dall'altro ipotizza che neppure il venir meno della c.d. pregiudiziale amministrativa per l'accesso alla tutela risarcitoria – condizione effettivamente verificatasi per effetto

Ma – come autorevolmente rilevato – «*sbaglierebbe chi riducesse tutto (o quasi tutto) ad fenomeno di nostalgico assestamento dei giudici amministrativi su moduli tralatici*»⁽⁷²⁾.

La ragione fondamentale delle (almeno apparenti) contraddizioni della giurisprudenza sull'argomento, ad avviso di chi scrive, è un'altra.

E va ricercata nella strutturale indeterminatezza che tuttora presenta la collocazione del ricorso incidentale nel quadro degli strumenti di difesa del processo amministrativo.

Il dibattito verte, notoriamente, sulla qualificazione del ricorso incidentale come eccezione ovvero come domanda riconvenzionale, mentre pochissimo spazio – e, comunque, nessun articolato sviluppo, come si è già detto – ha mai avuto l'ipotesi che si tratti di una “eccezione riconvenzionale”⁽⁷³⁾.

Ebbene, sempre guardando al dibattito che si è svolto nell'ambito degli studi di diritto processuale amministrativo, ed in particolare degli studi sul ricorso incidentale, si coglie abbastanza bene la netta propensione ad intendere i termini “eccezione” e “riconvenzione” in senso funzionale più che strutturale: la dottrina e la giurisprudenza che si sono occupate del ricorso incidentale nel giudizio amministrativo, infatti, finiscono spesso per distinguere tra domanda (riconvenzionale) ed eccezione a seconda che «*siano chiesti al giudice provvedimenti positivi favorevoli o che invece ci si limiti a chiedere la reiezione del ricorso principale*»⁽⁷⁴⁾.

A parere della scrivente, una tale impostazione, pur cogliendo degli aspetti che possono apparire condivisibili in riferimento alla funzione da esso svolta, rischia di condurre a delle conclusioni fuorvianti sotto altri profili.

In particolare, la tesi che assimila il ricorso incidentale all'eccezione non pare idonea a spiegare e a descrivere, in modo completo ed esauriente, la natura complessa della iniziativa processuale qui considerata.

dell'art. 30 c.p.a. – possa comportare l'affermazione di un potere generale del giudice amministrativo di disapplicare gli atti adottati dalle pubbliche autorità.

⁽⁷²⁾ L'affermazione è di A. ROMANO TASSONE, op. cit., p. 583.

⁽⁷³⁾ Avanzata a suo tempo da F. SATTA e condivisa, almeno in parte, da F. LA VALLE; su tale posizione dottrinale si veda, *supra*, il § 3.2..

⁽⁷⁴⁾ Cfr. S. BACCARINI, op. cit., p. 655 .

Va, infatti, ricordato che i fautori della tesi che assimila il ricorso incidentale all'eccezione ⁽⁷⁵⁾ hanno, in passato, giustificato l'accostamento dei due istituti, rilevando che il rimedio attribuito al controinteressato in un giudizio amministrativo – al pari dell'eccezione in senso stretto – ha lo scopo unico ed esclusivo di far dichiarare inammissibile il ricorso principale per difetto d'interesse ⁽⁷⁶⁾.

Una tale interpretazione risulta senz'altro riduttiva: invero, come già sottolineato, non sempre l'accoglimento dell'impugnazione accessoria porta all'inammissibilità o all'improcedibilità dell'azione proposta dal ricorrente principale per carenza originaria o sopravvenuta di interesse ⁽⁷⁷⁾.

Le suesposte considerazioni critiche, tuttavia, non impediscono, di per sé, di ricondurre il ricorso incidentale nel novero delle eccezioni in senso proprio.

È ormai pacifico, del resto, che queste ultime costituiscono mezzi di difesa preordinati a dimostrare non solo la carenza di interesse o di legittimazione ad agire della controparte, ma anche l'inconsistenza della pretesa sostanziale fatta valere dall'attore; e, in quanto tali, anche le eccezioni possono mirare ad ottenere una sentenza di rigetto, nel merito, della domanda *ex adverso* proposta ⁽⁷⁸⁾.

Argomenti *a contrario* non si desumono neppure dalla specifica disciplina dettata dalla legge per la proposizione del ricorso incidentale; in particolare, non hanno valore preclusivo le previsioni normative che impongono termini perentori per la presentazione dell'impugnazione e l'obbligo di notificazione alle controparti ⁽⁷⁹⁾. A tale proposito è stato opportunamente rilevato che nulla vieta al legislatore di stabilire limiti

⁽⁷⁵⁾ La tesi che assimila il ricorso incidentale all'eccezione è stata sostenuta, come già ricordato, da G. VACIRCA, op. cit., p. 60 e V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, op. cit., p. 691.

⁽⁷⁶⁾ Sui limiti della teoria che riconduce il ricorso incidentale alla categoria delle eccezioni cfr. S. BACCARINI, op. cit., specialmente p. 655.

⁽⁷⁷⁾ Sugli esiti del ricorso incidentale in relazione al tipo di domanda con esso dedotta si veda quanto osservato, *supra*, nel § 3.2.

⁽⁷⁸⁾ In tal senso espressamente F. GAFFURI, op. cit., p. 1088.

⁽⁷⁹⁾ Ha sostenuto l'incompatibilità della tesi in esame con le norme ora richiamate G. PELLEGRINO, *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento*, op. cit., specialmente p. 5 ss.. Cfr., inoltre, in argomento, R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara con due soli concorrenti*, op. cit., pp. 943-944.

temporali anche per l'introduzione nel giudizio di eccezioni; per quanto concerne, poi, la necessità di notificazione del ricorso, si è rilevato che una simile formalità può essere considerata una peculiarità del giudizio amministrativo stabilita a maggiore garanzia del contraddittorio: il predetto regime non sembra, dunque, ostacolare la qualificazione del rimedio in esame come eccezione ⁽⁸⁰⁾.

La tesi che configura il ricorso incidentale come eccezione processuale appare criticabile per ragioni diverse da quelle sopra esposte.

Innanzitutto, risulta poco persuasiva l'idea di fondo – comune alle diverse opinioni dottrinali che attribuiscono al gravame incidentale natura di eccezione – secondo cui il ricorrente incidentale non avrebbe alcun interesse all'annullamento dell'atto aggredito dal ricorrente principale. Tale convincimento – fondato su una concezione "formalistica" dell'attività amministrativa e della posizione, sostanziale e processuale, assunta dal controinteressato – presuppone, invero, che costui, avendo ottenuto dal provvedimento impugnato in via principale, un vantaggio, non abbia motivo di richiedere la sua eliminazione.

⁽⁸⁰⁾ Non appare decisivo neppure il rilievo secondo cui l'attribuzione al ricorso incidentale dei caratteri propri e tipici dell'eccezione comporterebbe una deroga, non espressamente ammessa da alcuna disposizione, alla regola generale, che prevede la rilevabilità d'ufficio delle cause di inammissibilità e/o improcedibilità dell'azione giurisdizionale amministrativa posto che, nel caso di specie, l'inammissibilità del ricorso principale non discende dall'accoglimento di un'eccezione processuale – operante *ipso iure* e conoscibile, pertanto, dal giudice amministrativo anche in assenza di apposita iniziativa di parte – ma dall'accoglimento di un'eccezione di merito, che l'interessato ha l'onere di sollevare, ai sensi dell'art. 2697 c.c.. In proposito, osserva S. BACCARINI, op. cit., p. 656: «*Nel processo amministrativo d'impugnazione ... in cui i provvedimenti amministrativi vanno attaccati in via principale in termini di decadenza e, salvo specialissime eccezioni, la loro illegittimità non può essere fatta valere in via d'eccezione né rilevata d'ufficio, l'azione incidentale, operante entro l'area delimitata dall'interesse a ricorrere, occasionato dal fatto della proposizione dell'altrui azione principale, costituisce un onere residuale della parte resistente*». Per maggiori approfondimenti sulla disciplina delle eccezioni nel sistema processuale amministrativo e sulle diversità rispetto al regime previsto, per le medesime eccezioni, dal diritto processuale civile, si rinvia a V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, op. cit., p. 402. Si vedano, in argomento anche V. COLESANTI, *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 172 ss. e C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2006, pp. 133 e 472 ss..

Una simile esigenza si può, invece, profilare allorché risultino censurabili le valutazioni discrezionali contenute nel provvedimento adottato dalla pubblica Amministrazione; in tali casi, la parte resistente privata può solo aspirare a riacquisire la posizione di vantaggio, travolta dall'annullamento del provvedimento, nella nuova gara indetta a seguito della sentenza ed ha, quindi, un interesse a contestare, a sua volta, le scelte discrezionali a sé sfavorevoli e a chiedere che l'oggetto del giudizio si estenda anche ai motivi di ricorso proposti, in modo da orientare la successiva attività amministrativa di conformazione al giudicato ⁽⁸¹⁾.

È parimenti configurabile un'azione di annullamento proposta in via incidentale, qualora il soggetto legittimato intenda, con tale azione, attaccare provvedimenti diversi da quello impugnato dal ricorrente principale, da cui discenda la legittimazione ad agire di quest'ultimo (quale, ad esempio, l'atto di ammissione ad un concorso o ad una gara pubblica); la rimozione dei suindicati provvedimenti gioverebbe al richiedente, anche nel caso in cui vi siano più ricorrenti o parti cointeressate e si prospetti la possibilità di una riedizione del potere dopo la sentenza demolitoria del giudice ⁽⁸²⁾.

In definitiva, non pare lecito escludere a priori la volontà e l'interesse di colui che si oppone al ricorso a promuovere un'impugnazione in senso stretto, diretta ad ottenere l'annullamento dello stesso atto contestato in via principale o di altri atti strettamente collegati allo stesso: risulta, anzi, dalle considerazioni appena svolte che, in talune ipotesi, l'introduzione nel giudizio già pendente di una azione omologa e contraria all'azione che ha dato origine al giudizio, è funzionale ad una efficace e proficua difesa della posizione di vantaggio messa in discussione dall'iniziativa assunta dal ricorrente ⁽⁸³⁾.

⁽⁸¹⁾ In tal senso espressamente S. BACCARINI, op. cit., p. 654; nel medesimo senso F. GAFFURI, op. cit., p. 1091. Cfr., inoltre, in giurisprudenza, Consiglio di Stato, Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468, cit., in *Foro amm.* – *C.d.S.*, 2002, p. 1245.

⁽⁸²⁾ Analoghe, sul punto, le conclusioni di F. GAFFURI, op. cit., p. 1093.

⁽⁸³⁾ Osserva, al riguardo, S. BACCARINI, op. cit., p. 638, che sarebbe contrario al principio di parità delle parti non ammettere la possibilità, per il controinteressato, di impugnare, a sua volta, lo stesso provvedimento contestato dal ricorrente principale o altro atto legato a questo da un nesso di presupposizione o connessione. In particolare, l'Autore afferma che «*L'impugnazione incidentale ha, per tradizione storica, lo scopo di stabilire la concreta ed effettiva parità processuale tra le parti consentendo alla parte non impugnante una ritorsione per il caso che, palesandosi fondata*

Se, dunque, appare corretto individuare quale possibile funzione del rimedio quella di “paralizzare” il gravame del ricorrente principale ⁽⁸⁴⁾, (adducendone l’inammissibilità per difetto di interesse a ricorrere), cionondimeno questo approccio verrebbe portato alle estreme conseguenze qualora si ritenesse che solo questo può essere l’esito a cui conduce il ricorso incidentale, negando la possibilità che ad esso possa, invece, seguire una pronuncia di annullamento ⁽⁸⁵⁾.

Come già accennato, questa linea interpretativa non sembra, però, tenere debitamente distinta quella che è la funzione effettivamente svolta dal rimedio, dalla natura di esso. Per sussumere il ricorso incidentale nella categoria processualcivilistica dell’eccezione, si arriva a negarne la funzione anche caducatoria, non ravvisando lo stretto legame che, invece, in talune ipotesi, è riscontrabile tra annullamento dell’atto impugnato in via incidentale e soddisfazione dell’interesse sotteso a tale impugnativa ⁽⁸⁶⁾.

l’impugnazione principale, il pregiudizio che gliene deriverebbe diventasse, da virtuale, attuale».

⁽⁸⁴⁾ La giurisprudenza, come si è visto, si dimostra copiosa in tal senso, soprattutto in riferimento alle controversie riguardanti gli appalti pubblici (cfr., ad es., la nota 43).

⁽⁸⁵⁾ In particolare, una parte della dottrina, anche a fronte di sentenze di annullamento emanate in ragione del ricorso incidentale, ha negato ogni profilo impugnatorio del rimedio, stabilendo che lo scopo del medesimo sarebbe, comunque, solo quello di una declaratoria di inammissibilità. A questa ricostruzione dell’istituto si perverrebbe non solo nell’ipotesi generale in cui il ricorrente incidentale impugni lo stesso atto oggetto dell’impugnativa principale ma per motivi diversi, ma anche laddove il provvedimento impugnato col ricorso incidentale sia un atto diverso, connesso al primo. In questa prospettiva, ad esempio, se il ricorrente principale impugna un provvedimento deducendo il mancato rispetto di una direttiva, il ricorso incidentale volto a dimostrare l’illegittimità dell’atto sopraordinato non sarebbe diretto all’annullamento di quest’ultimo, ma solo a dimostrare che il ricorrente principale non può trarre alcuna utilità dal suo gravame e che l’assetto di interessi realizzato dall’Amministrazione col provvedimento da lui impugnato è meritevole di essere conservato. Il giudice, quindi, dovrebbe limitarsi a dichiarare inammissibile il ricorso principale senza annullare l’atto impugnato col ricorso incidentale: cfr., in tal senso, G. ACQUARONE, *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale*, op. cit., p. 560.

⁽⁸⁶⁾ Ciò, a maggior ragione, nei casi in cui sia il ricorrente incidentale a chiedere espressamente l’annullamento di un atto per vedere soddisfatto il proprio interesse. Si veda, ad esempio, il caso deciso dalla sentenza del T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 8 febbraio 2008, n. 112, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2008, p. 410, ove, nell’ambito di un’operazione di *project financing*, il controinteressato – aggiudicatario ha impugnato l’atto di asseverazione dell’offerta del ricorrente principale, precedentemente emesso

Si conviene, dunque, che, in talune ipotesi, il rimedio svolga la funzione di eccezione: in particolare, quando la soddisfazione dell'interesse del ricorrente incidentale avviene attraverso la "paralisi" del ricorso principale. Non si ritiene, tuttavia, per le ragioni fin qui esposte, che l'istituto possa essere qualificato come vera e propria eccezione processuale, con la conseguenza di applicarne la relativa disciplina.

6.2.(segue): la non corretta equiparazione tra ricorso incidentale e domanda riconvenzionale e la maggiore coerenza della tesi "intermedia" che afferma la permanente duplicità del rimedio, non riconducibile integralmente né all'eccezione né alla "riconvenzione".

Venendo all'orientamento che riconduce lo strumento processuale in esame ad una domanda riconvenzionale, anch'esso presenta dei profili condivisibili ed altri più problematici.

Anzitutto, l'attribuzione del carattere riconvenzionale al rimedio ha consentito di svincolarlo da una prospettiva rigidamente processuale (qual è quella che attribuisce al ricorso incidentale natura di eccezione), in cui la funzione dell'istituto sia esclusivamente quella di determinare la paralisi del ricorso principale, portando al rigetto della domanda per carenza dei presupposti per ricorrere. Inoltre, in questo modo, non verrebbero meno la virtualità dell'interesse tutelato e l'accessorietà; in sostanza, non si uscirebbe dalla regola generale che vuole il ricorso incidentale inammissibile ove dall'accoglimento di esso il soggetto proponente miri ad ottenere vantaggi ulteriori, poiché in tal caso si tratterebbe di cointeressato al gravame principale⁽⁸⁷⁾.

da un istituto di credito, deducendone l'incompletezza e l'inattendibilità. Con tale iniziativa, il ricorrente incidentale mirava all'esclusione dalla gara del ricorrente principale, posto che, ai sensi dell'art. 37-bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109 – come trasfuso nell'art. 153, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – l'asseveramento costituisce uno dei requisiti di ammissibilità dell'offerta.

⁽⁸⁷⁾ Diversamente, secondo R. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, op. cit., p. 715 ss., se non si riconoscesse al ricorso incidentale una portata anche caducatoria, non si terrebbero in dovuta considerazione quelle ipotesi in cui all'accoglimento del ricorso incidentale consegua l'annullamento dell'atto con esso impugnato. Ad esempio, se il

Non va, poi, sottaciuto che questa tesi potrebbe, oggi, trarre argomento normativo dall'art. 42 c.p.a. che disciplina unitariamente il ricorso incidentale e la domanda riconvenzionale (nonostante le profonde differenze tra i due istituti), riconoscendo espressamente l'applicabilità di tale istituto processualcivilistico anche nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

Cionondimeno, suscita più di qualche perplessità la stessa qualificazione della domanda riconvenzionale quale "contro – impugnazione" del soggetto contro interessato. Non si deve, infatti, dimenticare che, nel giudizio amministrativo, la domanda riconvenzionale ha fatto il suo ingresso in relazione ad azioni di condanna per la soddisfazione di pretese risarcitorie, e, dunque, a tutela di diritti soggettivi ⁽⁸⁸⁾: non sembrerebbe, perciò, ragionevole

ricorrente incidentale "attacca" l'atto presupposto, la cui violazione è denunciata con ricorso principale (ad esempio, lo strumento urbanistico generale con il quale si assume confliggente una concessione edilizia), la fondatezza del ricorso incidentale determina l'annullamento dello strumento urbanistico e la reiezione del ricorso principale.

⁽⁸⁸⁾ In passato si era negata la proponibilità della domanda riconvenzionale all'interno del giudizio amministrativo: tale posizione di chiusura era giustificata dalla considerazione che «nel giudizio amministrativo il thema decidendum è definito dal solo ricorrente, anche nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva, sicché il compito del resistente è limitato a contestare i motivi di gravame, senza poter proporre domanda riconvenzionale» (cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 11 aprile 1996, n. 289, in *Foro amm.*, 1996, p. 2992). Le basi per un mutamento di prospettiva si sono avute, come noto, quando si è cominciato a rivalutare l'oggetto del processo amministrativo, il quale è stato gradualmente esteso sino a ricomprendere l'intero rapporto da cui origina la controversia, a prescindere dagli atti unilaterali della p.A. oggetto di aggressione. Tale aspetto è stato confermato nella nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione civile, 22 giugno 1999, n. 500, in *Foro amm.*, 1999, p. 1990, la quale ha posto in evidenza come il giudice sia chiamato alla verifica della spettanza del bene della vita sottostante alla controversia, con la conseguenza di essere chiamato ad una valutazione globale di tutti gli aspetti del rapporto. Si è, così, fatta strada l'idea che, almeno nell'ambito della giurisdizione esclusiva, la domanda riconvenzionale sia ammissibile, a condizione che vi sia un collegamento obiettivo con la domanda proposta in via principale: così F. DELLA VALLE, in F. Caringella, G. De marzo, F. Della Valle, R. Garofoli (a cura di) *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000*, n. 205, Milano, 2000, pp. 687-688. Recependo gli indirizzi giurisprudenziali citati, l'art. 42, comma 5, c.p.a. prevede che «nelle controversie in cui si faccia questione di diritti soggettivi le domande riconvenzionali dipendenti da titoli già dedotti in giudizio sono proposte nei termini e con le modalità di cui al presente articolo». Sulla domanda riconvenzionale nel

trasportare un istituto proprio del rito civile in quello amministrativo di tipo impugnatorio, vertente solo su interessi legittimi.

L'orientamento in esame, come si è visto, trae fondamento dall'art. 36 c.p.c., che assegna all'iniziativa del convenuto una funzione prettamente difensiva ed una posizione del tutto accessoria rispetto all'azione intentata dall'attore⁽⁸⁹⁾.

Va, tuttavia, sottolineato che l'impostazione appena illustrata risulta, se non superata, certamente discussa in molti studi sul processo civile⁽⁹⁰⁾ e sempre più frequentemente disattesa anche dalla giurisprudenza

processo amministrativo, cfr., altresì, F. CARINGELLA, *Le azioni proponibili*, in F. Caringella e R. Garofoli (a cura di), *Trattato di giustizia amministrativa*, II, Milano, 2006, p. 683; A. DI GIOVANNI, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004; S. VENEZIANO, *Ampliamento dell'oggetto del giudizio risarcitorio: domanda riconvenzionale e chiamata in giudizio del terzo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁸⁹⁾ Va ricordato, in relazione all'oggetto della domanda riconvenzionale, che tanto l'art. 36 c.p.c. quanto l'art. 42 c.p.a. lo limitano alle domande che dipendono da titoli già dedotti in giudizio (in via di azione o di eccezione). Si deve, tuttavia, sottolineare che la giurisprudenza civile tende ad ampliare l'ambito di ammissibilità della domanda riconvenzionale fino a ricomprendervi «anche un titolo non dipendente da quello fatto valere dall'attore a fondamento della sua domanda, purché sussista con questo un collegamento oggettivo che giustifichi l'esercizio da parte del giudice della discrezionalità che può autorizzare il *simultaneus processus*» (Cass. Civ., Sez. III, 4 luglio 2006, n. 15271, in *Foro it.*, 2006, I, p. 3373). Ci si chiede se tale principio possa estendersi anche al processo amministrativo. Per la tesi positiva propende P. PATRITO, op. cit., p. 441 ss., secondo cui un appiglio testuale in tal senso potrebbe essere costituito dall'art. 32 c.p.a., il quale ammette «nello stesso giudizio, il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale». In senso nettamente contrario si veda, ad es., T.A.R. Lazio, Roma, 7 ottobre 2004, n. 10444, cit., in *Foro amm. – T.A.R.*, 2004, p. 2989, che giunge a negare la stessa ammissibilità della domanda riconvenzionale nel processo amministrativo. Per più ampi approfondimenti al riguardo cfr. P. PATRITO, op. cit., p. 443, il quale si sofferma, inoltre, su alcune più delicate questioni concernenti, da un lato, «la possibilità per i controinteressati di proporre la domanda riconvenzionale, dall'altro, l'ambito di applicazione oggettivo della disposizione, ovvero l'individuazione delle ipotesi in cui si possa proporre la suddetta domanda».

⁽⁹⁰⁾ Si vedano, in proposito, gli studi di F. CARNELUTTI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Roma, 1950, p. 256; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 159 ss.; G. FALQUI MASSIDDA, *Le domande riconvenzionali*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, p. 139; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1955, p. 197 ss.; S. COSTA, *Manuale di procedura civile*, Torino, 1954, p. 74; E.T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1961, p. 499 ss.; G. FRANCHI, *Della competenza*, in *Commentario del*

(⁹¹). Attualmente, sembra prevalere il convincimento che l'azione, esperita dal contraddittore dell'attore ed «*occasionata*» dalla causa promossa nei suoi confronti, abbia connotati di autonomia e possa, pertanto, essere finalizzata ad assicurare al proponente un vantaggio distinto e diverso dal mero rigetto dell'istanza avversaria (⁹²).

Inoltre, come già accennato, ci sono casi in cui pare più appropriato identificare la funzione del ricorso incidentale quale strumento di “paralisi” di quello principale.

Sarebbe, perciò, preferibile non affermare che si tratti di una vera e propria domanda riconvenzionale – figura che oggi riveste una posizione autonoma nell'ambito del processo amministrativo (⁹³) – ma che il ricorso incidentale possa anche presentare degli “aspetti” riconvenzionali, *id est* caducatori.

Senonché – come è stato autorevolmente rilevato – anche adottando tale prospettiva, la fisionomia del ricorso incidentale resta pur sempre duplice, sicché la sua collocazione nel sistema degli strumenti di difesa non ne viene affatto facilitata, ma ne viene anzi resa, se possibile, ancora più ardua (⁹⁴).

codice di procedura civile diretto da E. Allorio, I, Torino, 1973, *sub* art. 36, p. 350 ss.; G. FALQUI MASSIDDA,

(⁹¹) Cfr., ad es., Cass. Civ., Sez. II, 29 gennaio 2004, n. 1666; Id., Sez. III, 23 maggio 1986, n. 3466; Id., Sez. Lavoro, 19 agosto 1987, n. 6944, tutte consultabili in www.cortedicassazione.it.

(⁹²) Sul punto vi è piena sintonia nella dottrina civile: per ulteriori approfondimenti, al riguardo, si rinvia a C. MANDRIOLI, *op. cit.*, pp. 140-141. Giova, inoltre, sottolineare che anche l'indirizzo dogmatico, il quale afferma la natura necessariamente accessoria dell'azione riconvenzionale, riconosce che, con tale iniziativa processuale, la parte agente è legittimata a richiedere al giudice provvedimenti diversi ed ulteriori rispetto al mero rigetto della domanda avversaria; quest'ultimo connotato, secondo l'opinione comune, costituisce l'elemento caratteristico e distintivo della riconvenzione rispetto all'eccezione ed all'attività meramente difensiva: in tal senso, si vedano anche G. CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 1139-1143. M. DINI, *op. cit.*, p. 966.

(⁹³) Tra i meriti del Codice vi è – come già ricordato – l'espressa previsione della domanda riconvenzionale, già ritenuta ammissibile nel giudizio su diritti dalla giurisprudenza più recente: cfr., ad es., Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 10, p. 98 ss..

(⁹⁴) Si aderisce qui, pienamente, all'opinione di A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, p. 595, secondo cui il ricorso incidentale «*non è nemmeno uno strumento difensivo in senso proprio, ma è più semplicemente una tecnica di introduzione in giudizio delle due affermazioni difensive basilari, tecnica che può essere adoperata tanto per l'una quanto per l'altra, tanto per entrambe*».

Il ricorso incidentale non potrebbe, infatti, tradursi integralmente in una eccezione (sia pure intendendo quest'ultima in senso funzionale), perché non vi si possono far rientrare i casi in cui l'accoglimento del ricorso stesso determina non il rigetto del ricorso principale, ma l'annullamento dell'atto per motivi ulteriori e diversi da quelli ivi dedotti; né potrebbe concidere *in toto* con una domanda riconvenzionale in quanto non vi si possono ricomprendere i casi in cui il ricorso incidentale comporta soltanto il rigetto del ricorso principale.

Appare allora più plausibile ritenere che il ricorso incidentale non possa essere collocato sul medesimo piano di eccezione e di domanda riconvenzionale, rispetto alle quali esso assume piuttosto una veste servente e secondaria, essendo riportabile ora sotto l'una, ora sotto l'altra delle due forme basilari di attività difensiva: esso si presenta, cioè, ora nelle vesti di una "eccezione", ora in quelle di una "riconvenzione" ⁽⁹⁵⁾.

Ciò corrisponde, del resto, alle intuizioni della giurisprudenza, che ha sempre preferito la strada della casistica a quella della generalizzazione, individuando molteplici e diverse figure di impugnazione incidentale, quali, ad esempio, il ricorso incidentale condizionato ⁽⁹⁶⁾; escludente

⁽⁹⁵⁾ Ad analoghe conclusioni giunge la più recente dottrina, secondo cui nessuna delle consuete figure defensionali elaborate dalla scienza del processo civile si attaglia pienamente alla fisionomia del ricorso incidentale, che resta, quindi, sotto questo aspetto, elusiva: cfr., in tal senso, G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, op. cit., p. 224 ss. e R. GIOVAGNOLI, in R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, op. cit., pp. 26-29, ai quali si rinvia per ulteriori approfondimenti al riguardo e per le relative indicazioni bibliografiche; nel medesimo senso, G. FERRARI, op. cit., 2008, p. 1058 ss.. Ma ad affermazioni non diverse era già pervenuta la stessa giurisprudenza, il cui più meditato ed articolato contributo è anch'esso, al riguardo, fondamentalmente perplesso: ci si riferisce alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468, cit. (c.d. "sentenza Lipari", dal nome del suo estensore; su cui si veda, *supra*, il § 4), nella quale, dopo un sommario raffronto del ricorso incidentale con le principali figure di attività defensionale, si conclude nel senso che nessuna di esse esprime appieno la dimensione del ricorso incidentale, che ora si accosta più all'una, ora si avvicina piuttosto all'altra di esse, cosicché il ricorso incidentale, nel processo amministrativo, assumerebbe, in sintesi, «*natura composita*». In senso parzialmente difforme F. GAFFURI, op. cit., pp. 1100-1110, il quale aderisce alla tesi che ricostruisce il ricorso incidentale come eccezione riconvenzionale, su cui si veda, *supra*, il § 3.2.

⁽⁹⁶⁾ Si definisce tale il rimedio proponibile avanti alla Corte di cassazione dalla parte convenuta vittoriosa nel merito contro una statuizione della sentenza impugnata, relativa ad una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito: si veda, su tale definizione, R. VILLATA, *Ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo*

(⁹⁷); indiretto (⁹⁸); in presenza di due concorrenti; in presenza di più concorrenti; ecc.. Anche se la frammentazione e la parcellizzazione che

grado, op. cit., pp. 318-323, il quale ricostruisce anche le “oscillazioni” giurisprudenziali della Suprema Corte in materia, ricavandone elementi utili in ordine ai rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale nel processo amministrativo. Si veda, in argomento, anche A. ATTARDI, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, in *Giur. it.*, 1991, IV, p. 289 ss., secondo cui, nel caso di soccombenza virtuale su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, il ricorso incidentale deve essere condizionato all'accoglimento di quello principale; analoga l'opinione espressa all'epoca da C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, pp. 543-544, secondo cui solo la previa valutazione favorevole del principale consente l'esame dell'incidentale, posto che, a questo punto, la soccombenza da eventuale diventa pratica. Sia ATTARDI, op. cit., pp. 296-298 sia CONSOLO, op. cit., pp. 545, sottolineavano l'autonomia dell'ipotesi in cui la questione pregiudiziale sollevata con il ricorso incidentale investa la giurisdizione: in tal caso, la delibazione circa la fondatezza (e non l'accoglimento) del ricorso principale permarrebbe necessaria, ma non il condizionamento, per iniziativa di parte, del ricorso incidentale. Cfr., altresì, S. CHIARLONI, *Una storia infinita che rischia di finir male, il formalismo delle Sezioni unite contro il ricorso incidentale condizionato in Cassazione*, in *Giur. it.*, 2001, p. 158 ss., che, da un lato, evoca la circostanza che la messa in pericolo della vittoria della parte già sussiste per la semplice pendenza del termine per proporre ricorso incidentale, dall'altro, afferma che solo il previo esame del ricorso principale – costituendo il presupposto per la legittimazione del ricorrente incidentale – rispetterebbe la priorità logica.

(⁹⁷) Il ricorso incidentale “escludente”, detto anche “paralizzante”, è volto a contestare la legittimazione o l'interesse ad agire del ricorrente principale. Come già accennato più sopra, il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa ritiene che esso debba essere valutato con priorità rispetto al ricorso principale, in quanto l'accoglimento dello stesso fa venire meno una condizione dell'azione: cfr., in tal senso, ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 21 giugno 2006, n. 3689, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2006, p. 1812 secondo cui «*poiché, conformemente ai principi fondamentali del diritto processuale, l'esame del ricorso incidentale si svolge prioritariamente in modo da paralizzare, in caso di fondatezza, la cognizione dell'impugnazione principale, l'interesse all'accertamento del difetto di legittimazione del ricorrente incidentale assume carattere recessivo e secondario, arrestandosi il giudizio a un momento logicamente anteriore, cui si collega l'effetto dell'accertamento della inutilità della impugnazione principale*». Ciò che si verifica, come si è visto, nell'ambito del contenzioso in materia di contratti pubblici, quando l'aggiudicatario controinteressato deduca l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa ricorrente principale. Cfr., su tale definizione, M. D'ORSOGNA, F. FIGORILLI, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 2011, pp. 327-328 e P. PATRITO, op. cit., p. 437.

(⁹⁸) Il ricorso incidentale c.d. indiretto riguarda la posizione di soggetti terzi ed ha come scopo principale quello di dimostrare la carenza di interesse del ricorrente

discendono da questo atteggiamento vengono almeno in parte mitigate e ricondotte a sistema, attraverso l'individuazione di due percorsi ricostruttivi basilari, che si mantengono pur sempre nell'alveo dei due principali strumenti difensivi: "eccezione" e "riconvenzione", intese in senso funzionale ⁽⁹⁹⁾.

7. Le conseguenze dell'impostazione proposta sulla questione dell'ordine di esame del ricorso principale e del ricorso incidentale: necessità di una "rivisitazione" del tema in vista di una effettiva parità delle parti nel processo amministrativo.

Dalla disamina fin qui compiuta, emerge che il ricorso incidentale costituisce, da un punto di vista strutturale, un'impugnazione in senso stretto, che concorre, con l'impugnazione principale, a delimitare la materia del contendere e l'oggetto del futuro giudicato.

Come si è già sottolineato, il ricorso incidentale ha, tuttavia, carattere necessariamente dipendente e pienamente accessorio rispetto all'azione che ha originato la controversia. Con il suddetto ricorso, infatti, il controinteressato non promuove un'autonoma azione, ma interviene in un rapporto processuale già instaurato, con lo scopo, unico ed esclusivo, di tutelare il suo interesse alla conservazione dell'atto impugnato e di impedire il travolgimento della posizione di vantaggio acquisita con l'emanazione di quell'atto.

Nondimeno, in considerazione del carattere fondamentale "neutro" del ricorso incidentale (che può rendersi portatore di domande strutturalmente diverse), la disciplina di base del rimedio in esame non può essere tratta dalla semplice considerazione del mezzo in quanto tale, ma va desunta dal tipo di domanda difensiva che, per suo tramite, viene

principale: tale è, ad es., il ricorso incidentale volto a contestare la mancata esclusione da una gara d'appalto di imprese diverse dal ricorrente principale e rimaste estranee al giudizio amministrativo; rimedio proposto, appunto, per dimostrare che l'aggiudicazione non sarebbe, comunque, spettata al ricorrente principale, in quanto, ove il seggio di gara avesse correttamente escluso una o più imprese, la nuova media delle offerte rimaste in gara avrebbe determinato un'aggiudicazione ad impresa terza. Cfr., in proposito, R. GIOVAGNOLI, in R. GIOVAGNOLI – M. FRATINI, op. cit., pp. 61-65.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. A. ROMANO TASSONE, op. cit., p. 595.

prospettata al giudice. Detto altrimenti, «*la disciplina di base del ricorso incidentale, in buona sostanza, non è deducibile dal fatto che esso sia un "ricorso", ma dipende dalla circostanza che in esso si esponga una eccezione ovvero una riconvenzione*»⁽¹⁰⁰⁾.

In base a tale ricostruzione – che si ritiene condivisibile – il ricorso incidentale presenta, dunque, una stretta e necessaria correlazione con la pretesa fatta valere dal ricorrente in via principale, posto che mira a fare dichiarare l'inammissibilità o a provocare il rigetto della stessa pretesa ovvero ad ottenere, in sede di riedizione del potere amministrativo a seguito dell'annullamento del provvedimento impugnato, un nuovo provvedimento egualmente favorevole al controinteressato⁽¹⁰¹⁾. Più precisamente, tali contestazioni possono essere collegate alle censure contenute nell'atto introduttivo del giudizio da un nesso di dipendenza o di pregiudizialità⁽¹⁰²⁾: nel primo caso, il ricorso incidentale assume valore di domanda riconvenzionale; nel secondo caso, si può parlare di ricorso incidentale – “eccezione”⁽¹⁰³⁾.

Questa distinzione assume, come già detto, notevole rilevanza con riguardo al problema dell'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale.

La prima ipotesi (ricorso incidentale-riconvenzione) si verifica quando l'esame dei motivi di ricorso, dedotti nell'impugnazione accessoria, presupponga la prioritaria cognizione, da parte del giudice, dei contrapposti motivi formulati nel ricorso principale: sono tali, ad es., i casi in cui le censure dedotte dal ricorrente in via principale mirino alla rinnovazione del procedimento concorsuale, per la ritenuta illegittimità dei criteri di valutazione. La seconda ipotesi si ha, invece, nel caso in

⁽¹⁰⁰⁾ In questo senso espressamente A. ROMANO TASSONE, op. cit., p. 605.

⁽¹⁰¹⁾ Sui possibili riflessi dell'accoglimento del ricorso incidentale sulla decisione finale del controversia cfr., ad es., S. BACCARINI, op. cit., soprattutto le pp. 651-657.

⁽¹⁰²⁾ Va ricordato in proposito, che l'orientamento giurisprudenziale prevalente, cui ha aderito anche la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 11/2008, cit., tende a riconoscere la piena e completa accessorieta del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale. Secondo l'indirizzo interpretativo ora ricordato, il disposto dell'art. 37, sesto comma, del R.D. n. 1054/1924 – il quale limita la subalternità dell'impugnazione incidentale ai soli casi di rinuncia o di proposizione tardiva del ricorso originario – deve essere integrato ed esteso, per identità di *ratio*, anche a tutti gli altri casi di nullità, irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità dello stesso ricorso: si vedano, su tali profili, i §§ 2, 3.1, 3.2.

⁽¹⁰³⁾ Questa terminologia è utilizzata da A. ROMANO TASSONE, op. cit., p. 605.

cui il controinteressato sollevi questioni che si pongano come antecedente logico nell'*iter* di formazione della decisione e siano, di per sé, idonee, almeno potenzialmente, se ritenute fondate, a definire la lite ⁽¹⁰⁴⁾; in quest'ultima tipologia di questioni rientrano certamente le doglianze che, pur attenendo al merito della controversia, sono idonee ad incidere sull'interesse e sulla legittimazione ad agire della controparte: una simile efficacia "paralizzante" hanno, ad esempio, le censure incidentali concernenti i requisiti, oggettivi o soggettivi, di partecipazione alla gara del soggetto agente in via principale.

Ciò porta, dunque, a ritenere che il ricorso incidentale – eccezione debba essere esaminato prima del ricorso principale (che potrà essere, a sua volta, preso in considerazione solo ove quello sia stato respinto), mentre il ricorso incidentale – riconvenzione dovrà essere esaminato dopo il ricorso principale, e subordinatamente all'accoglimento di esso.

Si deve, tuttavia, sottolineare che, anche quando siano proposte questioni a carattere pregiudiziale, l'iniziativa impugnatoria del controinteressato mantiene i connotati fondamentali di rimedio accessorio, sebbene in misura più limitata rispetto all'ipotesi in cui esso assuma valore di domanda riconvenzionale, in quanto il suo esame rimane subordinato alla previa verifica dell'esistenza delle condizioni per l'ammissibilità e la trattabilità del ricorso principale ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr., in proposito, L. MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 299 ss.; R. DENTI, *Questioni pregiudiziali*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 158 ss., e, dello stesso Autore, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 22 ss., ove si sottolinea la stretta correlazione esistente tra le eccezioni (di merito) e le questioni pregiudiziali.

⁽¹⁰⁵⁾ Risulta certamente condivisibile, sotto tale profilo, il convincimento espresso da F. GAFFURI, op. cit., p. 1112. Si veda, inoltre, in argomento, R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, op. cit., pp. 316-326, secondo cui il ricorso incidentale, ove sollevi una questione pregiudiziale, introduce un tema che va comunque esaminato in via prioritaria, in base all'ordine logico contemplato dall'art. 276 c.p.c., «*l'accessorietà non implicando affatto il condizionamento*». Del medesimo avviso sono anche: G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti)*. *Ma non convince*, op. cit., p. 192 ss., il quale ritiene che il carattere accessorio del ricorso incidentale rispetto al principale non significa e comporta che il primo rimedio assuma anche carattere necessariamente condizionato rispetto al secondo, e A. ROMANO TASSONE, op. cit., secondo cui «*il fatto che il ricorso incidentale si renda talvolta portatore di una «eccezione» (nel senso precisato), non comporta che la disciplina del ricorso incidentale sia integralmente ed esclusivamente*

Le considerazioni che precedono – esse suffragano la tesi secondo cui l'ordine di trattazione del ricorso principale e del ricorso incidentale dipende dal tipo di strumento difensivo (eccezione o riconvenzione) che si introduce tramite il ricorso incidentale ⁽¹⁰⁶⁾ – non pretendono, comunque, di offrire una soluzione definitiva del problema considerato.

Per raggiungere risultati più sicuri, occorrerebbe forse riconsiderare, su un piano più generale, la natura, la funzione e i profili di disciplina dell'impugnazione incidentale nel processo amministrativo; ma una tale ricerca richiederebbe di eccedere oltre misura i limiti del presente scritto.

La strada fin qui percorsa è certamente significativa, come difficilmente si sarebbe potuto auspicare quando, sul finire degli anni '80, la questione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale venne sollevata ⁽¹⁰⁷⁾.

deducibile da tale valenza funzionale – peraltro, non corrispondendo la nozione di «eccezione» qui adoperata alla dimensione dell'eccezione elaborata nel processo civile, essa non assume, a questo riguardo, particolare pregnanza -, ma bisogna a tal fine tener conto anche del fatto che il diritto positivo prescrive che l'«eccezione» venga introdotta in giudizio tramite un «ricorso», ossia attraverso una domanda di tutela costitutiva d'annullamento. Il che significa, in concreto, che a tale elemento deve darsi adeguato peso nella ricostruzione della disciplina dell'istituto, quanto meno relativamente a due profili: nella identificazione del meccanismo attraverso cui il ricorso incidentale è destinato ad operare (se cioè la pronuncia emanata in accoglimento del ricorso incidentale abbia natura costitutiva ovvero dichiarativa); nella identificazione del meccanismo attraverso cui il ricorso incidentale è destinato ad operare (se cioè la pronuncia emanata in accoglimento del ricorso incidentale abbia natura costitutiva ovvero dichiarativa); nella individuazione del carattere – perentorio ovvero ordinatorio – dei termini di proposizione del ricorso». «In entrambi i casi – osserva l'Autore – si potrebbe essere tentati di avvalersi della prospettata scissione tra ricorso incidentale – eccezione e ricorso incidentale – riconvenzione, per concludere: da un lato, che il ricorso incidentale – eccezione metta capo ad una pronuncia dichiarativa, ed il ricorso incidentale – riconvenzione porti invece ad una sentenza costitutiva; dall'altro, che i termini di proposizione siano (o debbano comunque essere) ordinatori nel primo caso, perentori nel secondo». «A questa tentazione – conclude A. ROMANO TASSONE – tuttavia, bisogna a mio avviso resistere, perché le due forme di ricorso incidentale presentano (o possono quanto meno presentare), sotto tali aspetti, profili disciplinari unitari».

⁽¹⁰⁶⁾ Ovvero dalla «valenza funzionale» che esso assume, per usare un'espressione di A. ROMANO TASSONE, op. cit., p. 594 ss..

⁽¹⁰⁷⁾ Si vedano, in particolare, gli scritti citati nella nota 13.

Tuttavia, come si evince già da questa breve disamina sul tema, è ancora necessario uno sforzo di ricostruzione organica, che dottrina e giurisprudenza, in virtuosa dialettica, sono chiamate ad elaborare. Troppo spesso, invero, l'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo è rimasta ai margini del dibattito sui grandi temi del contraddittorio e dell'oggetto del processo amministrativo, verso i quali, invece, essa è capace di fecondi, stimolanti apporti.

Come, pure, risulta autorevolmente condivisa la necessità di un'attenzione più consapevole verso i problemi dell'impugnazione incidentale, nel rispetto del principio di effettiva parità delle parti nel processo amministrativo, oltremodo ineludibile nel settore degli appalti, assai sensibile per l'economia, il mercato e la giusta concorrenza ⁽¹⁰⁸⁾.

Se, invero, appare rispondente a coordinate di giustizia ed economia processuale attribuire valenza "paralizzante" ad un ricorso incidentale con cui si contesti l'illegittima ammissione alla gara del ricorrente principale, ove questi proponga censure relative soltanto all'attribuzione dei punteggi, altrettanto non può dirsi nell'ipotesi in cui anche il ricorrente principale sollevi censure riguardanti la fase di ammissione alla procedura. In questa ipotesi, ove venisse accertata la fondatezza delle reciproche contestazioni (e, dunque, l'illegittima ammissione di entrambe le imprese alla gara), apparirebbe incongruo che debba ricevere maggiore protezione dall'ordinamento l'impresa che, non solo ha beneficiato della illegittima ammissione alla gara, ma anche usufruito di un «*ingiusto favore*» in sede di attribuzione del punteggio ⁽¹⁰⁹⁾. Ed ugualmente difficile risulta accettare che sia maggiormente salvaguardato il rapporto della p.A. con una ditta che, non solo è stata illegittimamente ammessa, ma che è stata anche ingiustamente favorita in sede di gara, rispetto al rapporto procedimentale con altra impresa

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. S. BACCARINI, op. cit., specialmente p. 657, secondo cui «*Troppe volte l'effettività della giustizia amministrativa è stata predicata per uno spazio processuale concepito prevalentemente per il ricorrente principale o comunque destinato ad un esangue contraddittorio formale*». Lo stesso Autore, nello scritto appena citato, sottolineava che «*Troppe volte il diritto di difesa dei controinteressati e della stessa autorità amministrativa è stato inglobato entro gabbie processuali soffocanti, della cui ragion d'essere si è smarrito perfino il senso*».

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr., sul punto, G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità delle parti. La svolta della Plenaria*, op. cit., p. 2.

che, a sua volta, è stata illegittimamente ammessa ma poi anche ingiustamente penalizzata in sede di gara ⁽¹¹⁰⁾.

Peraltro, a tale riguardo, un recente orientamento della Suprema Corte ⁽¹¹¹⁾ ha affermato il pericolo che l'opzione interpretativa che attribuisce comunque priorità al ricorso incidentale rispetto al ricorso principale possa provocare "distorsioni di mercato", giacché la mancata decisione del ricorso principale nel merito potrebbe nel concreto "consolidare" l'aggiudicazione in capo a soggetti inidonei o comunque non valutabili come migliori contraenti alla stregua di una procedura condotta nel rispetto delle regole della gara ⁽¹¹²⁾.

Analogamente non condivisibile, seppure in termini opposti, risulta il percorso argomentativo seguito da un certo orientamento giurisprudenziale ⁽¹¹³⁾, secondo cui l'accoglimento di una tesi che spinga all'esame anche delle doglianze dei ricorrenti principali che

⁽¹¹⁰⁾ Si ritiene condivisibile, sotto tale profilo, l'opinione espressa da F. GAFFURI, op. cit., p. 1114, il quale sottolinea l'opinabilità della tesi espressa dall'Adunanza plenaria n. 11/2008 del Consiglio di Stato, cit., per il quale è rimessa al prudente apprezzamento del giudice la scelta sull'ordine di trattazione delle questioni prospettate, rispettivamente, dal ricorrente e dal controinteressato. Questo orientamento non sembra, infatti, tener conto della posizione accessoria e tendenzialmente subordinata del gravame incidentale rispetto al gravame principale: la relazione intercorrente tra le due impugnazioni impone, in linea di principio, che l'azione originariamente promossa sia valutata prima di quella derivata. Solo nell'ipotesi in cui il ricorrente incidentale abbia sollevato una questione pregiudiziale, è consentito al giudice invertire l'ordine predefinito di trattazione dei ricorsi sopra indicato.

⁽¹¹¹⁾ Ci si riferisce alla decisione di Cass. Civ., Sez. Un., 21 giugno 2012, n. 10294, con nota di S. D'ANCONA, cit., in *www.giustamm.it*, n. 10/2012.

⁽¹¹²⁾ Si veda, sul punto, S. D'ANCONA, op. cit., § 6, il quale, tuttavia, avverte che «seppure appaia condivisibile la preoccupazione di evitare che le aggiudicazioni illegittime provochino distorsioni del mercato, si tratta di un'obiezione più politica che giuridica». Appaiono, invece, maggiormente convincenti altri passaggi della motivazione della citata pronuncia della Cassazione, in specie, laddove si afferma che l'interesse all'aggiudicazione del ricorrente incidentale andrebbe salvaguardato prioritariamente rispetto all'interesse "strumentale" del ricorrente principale alla ripetizione della gara, soltanto se l'aggiudicazione sia stata «acquisita in modo legittimo»: diversamente – ritiene la Cassazione – tale prevalenza dovrebbe escludersi.

⁽¹¹³⁾ Del quale è espressione l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 351/2011, cit., che ha rimesso, per la seconda volta, la questione dell'ordine di trattazione dei ricorsi – principale ed incidentale – all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che su di essa si è pronunciata con la decisione n. 4/2011.

siano stati ammessi illegittimamente favorirebbe, secondo un'ipotesi non verificata, «una litigiosità esasperata», rendendo «estremamente difficoltosa e spesso impossibile ... l'esecuzione dell'opera pubblica»⁽¹¹⁴⁾.

Alla base vi è, peraltro, l'avvertita necessità di risolvere la questione di fondo, afferente alla natura del ricorso incidentale (se il rimedio sia preferibilmente inquadrabile nella categoria delle impugnazioni oppure in quella delle eccezioni); interrogativo, la cui risposta, come già anticipato, condiziona pesantemente il tema del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale.

Quali che siano gli esiti definitivi su ciascuno dei molteplici profili del dibattito sul tema, sarà, comunque, interessante seguire gli sviluppi della vicenda giudiziaria sottoposta all'esame della Corte di Giustizia CE e, in particolare, verificare la posizione degli Stati membri diversi dall'Italia, che si costituiranno davanti alla Corte di Lussemburgo. Ciò dovrebbe anche consentire di far luce su un tema – quello del rapporto tra il diritto al ricorso dei partecipanti alla gara e il diritto dell'Unione europea – che sembra essere trascurato anche dalle più recenti pronunce delle nostre Corti nazionali⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹⁴⁾ In questi termini l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 351/2011, su cui si veda, *supra*, il § 5.2.

⁽¹¹⁵⁾ Ci si riferisce, in particolare, alle già citate decisioni Cass. Civ., Sez. Un., 21 giugno 2012, n. 10294 e Consiglio di Stato, Sez. III, 30 agosto 2012, n. 4656, con nota di S. D'ANCONA, cit., in *www.giustamm.it*, n. 10/2012.