

Introduzione

SOMMARIO: 1. Premessa: l'oggetto della presente disamina e la sua importanza sul piano scientifico e pratico. – 2. Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: origine, *ratio* dell'istituto e questioni irrisolte. – 3. I “chiaroscuri” della disciplina codicistica e le incertezze sulla natura giuridica dell'istituto. – 4. La questione dell'ordine di esame, da parte del giudice, del ricorso principale e del ricorso incidentale, tra “oscillazioni” della giurisprudenza interna e principi dell'U.E. – 5. Le basi di partenza della presente ricerca: i rapporti tra ricorso incidentale, legittimazione ed interesse a ricorrere e le reciproche interferenze. I punti critici del sistema italiano. – 6. L'estensione dell'indagine alle più recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e comunitaria. Le decisioni assunte in sede europea, maggiormente attente alla tutela della concorrenza e all'integrità del mercato degli appalti, in rapporto alla restrittiva definizione dei criteri di legittimazione a ricorrere, proposta dal nostro Consiglio di Stato. Necessità di una “rivisitazione” del tema, al fine di individuare una prospettiva di soluzione in grado di conciliare il principio di effettività con la tradizionale e fondamentale funzione del ricorso incidentale come strumento di garanzia del contraddittorio.

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 incidentale¹ evidenzia un

¹ Cfr., *ex multis*, R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 911 ss.; ID., *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative nelle gare contrattuali)*, *ivi*, 2009, 285 ss. nonché ID., *Ricorso incidentale escludente ed ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo*, *ivi*, 2012, 369 ss.; G. PELLEGRINO, *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento*, in *www.giustamm.it*, n. 11/2006; ID., *Abuso di ricorso incidentale. Finalmente un segnale (ancora insufficiente)*, *ivi*, n. 12/2007, nonché ID., *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, 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, 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 remissione* (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 4/2011), in *Giur. it.*, 2011, 1651 ss. e *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzione delle parti*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo – Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 427 ss.; R. GRECO,

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 dell’U.E.². Contrasto che viene ad incidere particolarmente sulla materia degli appalti pubblici ove, al rilevante numero delle controversie, si accompagna spesso il rilievo economico degli interessi coinvolti.

Molto probabilmente – come è stato acutamente osservato – l’interesse suscitato dal tema si deve ad una certa capacità «ammaliatrice» del ricorso incidentale che, non di rado, induce quanti (avvocati e giudici) operano nel Foro ad assegnargli eccessive virtù risolutorie³, che, però, ad un attento esame, non sembrano trovare giustificazione.

Ed invero, non c’è eccezione pregiudiziale, non c’è rilievo formale in rito che abbia nemmeno lontanamente le stesse possibilità di successo di un ricorso inci-

I profili processuali del ricorso incidentale, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 629 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 581 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, 151 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, 315 ss.; R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Commento all'art. 42*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, 418 ss.; F.G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale* (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 11/2008), in *Corr. giur.*, 2012, 113 ss. nonché ID., *Censure paralizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?*, in *Giur. it.*, 2012, 2161 ss.; C. GUACCI, *Le impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, Milano, 2013, 125 ss.; A. BARTOLINI, *Una decisione poco europea*, in *Urb. app.*, 2014, 932 ss.; L. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 563 ss.; R. CAPONIGRO, *Le azioni reciprocamente "escludenti" tra giurisprudenza europea e nazionale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 423 ss.; S. FANTINI, *Ricorso principale e incidentale: alla ricerca dell'interesse sostanziale*, in *Urb. app.*, 2014, 1075 ss.; E. FOLLIERI, *Individuazione negli interessi protetti dell'ordine di trattazione dei motivi reciprocamente escludenti*, in *Giur. it.*, 2014, 255 ss.; A. POLICE, *Il ricorso incidentale*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2014, 425 ss.; R. CAPONIGRO, *L'affidamento degli appalti pubblici: l'ordine logico nell'esame giurisdizionale delle censure proposte in via principale e in via incidentale dalle due imprese in gara*, in *Giurisd. amm.*, 2015, IV, 93 ss.

² Contrasto particolarmente evidenziato nella recente sentenza della Corte di Giustizia U.E., 5 aprile 2016, causa C-689/13 (c.d. sentenza *Puligienica*), in *curia.europa.eu*, che ha ritenuto incompatibile con il diritto dell’Unione la regola giurisprudenziale nazionale, autorevolmente sostenuta dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (su cui, *infra*, Capitolo Terzo, § 3 ss.), che impone di esaminare preliminarmente il ricorso incidentale e, se quest’ultimo risulta fondato, di dichiarare il ricorso principale inammissibile, senza esame nel merito. Sulla citata sentenza della Corte di Giustizia, si vedano, *amplius*, il Capitolo Terzo, § 10, nonché il Capitolo Quinto, § 6 ss.

³ 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*, 3.

dentale, in specie ove si considerino la determinazione e la meticolosità che accompagnano la preparazione di tale mezzo da parte di cliente e avvocato, spesso addirittura incomparabili al modo con cui si affronta la scelta se presentare o meno un ricorso principale.

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*»⁴.

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

2. *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: origine, ratio dell'istituto e questioni irrisolte.*

Le controversie in merito al tema del ricorso incidentale trovano il loro momento genetico nella constatazione della carenza di una compiuta disciplina normativa dell'istituto medesimo. Invero, già in epoca precodicistica, il legislatore si era dato pena di fornire una essenziale disciplina processuale sull'istituto in parola⁵.

Come è noto, l'art. 22, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 si limitava a prevedere la possibilità di proporre siffatto ricorso secondo le norme degli artt. 37 del Testo Unico delle norme 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)⁶. 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.

⁴ Il diverso approccio ai due rimedi viene efficacemente rappresentato da G. PELLEGRINO, *La Plenaria e le “tentazioni” dell'incidentale*, cit., 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*».

⁵ Nel medesimo senso M. TIMO, *Il ricorso incidentale escludente nella giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria alla luce dell'ultima pronuncia del giudice comunitario* (Nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 9 del 2014), in *www.giustamm.it*, n. 6/2014, 2.

⁶ Cfr., su tali disposizioni, S. BATTINI, B.G. MATTARELLA, A. SANDULLI, G. VESPERINI, *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, Milano, 2007.

Tale disciplina trova oggi collocazione all'interno nell'art. 42 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104; tuttavia, neppure il Codice del processo amministrativo sembra aver colmato, del tutto, le lacune esistenti né ha introdotto una norma che specificatamente preveda una soluzione in ordine al rapporto logico tra il ricorso principale e quello incidentale⁷.

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 Cinquanta⁸, alla quale seguì l'ampia analisi condotta da Aldo Piras nel primo volume della sua fondamentale monografia sull'interesse legittimo⁹.

Non è il caso, tuttavia, qui, di inoltrarsi nell'analisi del pensiero di Capaccioli e Piras, sul quale ci si riserva di ritornare più avanti¹⁰; in questa sede interessa sottolineare che le prime elaborazioni dottrinali sull'argomento, inclini a ricostruire il ricorso incidentale al Consiglio di Stato sul modello delle impugnazioni del processo civile, mostrano un'idea di ricorso incidentale ben diversa da quella che si 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 principale¹¹.

Ed è, per tali ragioni, che la sistemazione dell'istituto è stata, per molti anni, frutto del contributo degli autori che abbinano l'esperienza concreta allo studio teorico¹².

In particolare, meritano di essere ricordati fin d'ora gli studi di Walter Catalozzi¹³, cui va riconosciuto il pregio di aver fornito una definizione dell'i-

⁷La mancanza di una definita *regula iuris* in ambito di rapporto logico fra ricorso principale e incidentale è riscontrata anche dai primi commentari al Codice del processo amministrativo. Senza pretesa di esaustività si vedano G. LEONE, L. MARUOTTI, C. SALTELLI, *Codice del processo amministrativo*, Padova, 2010, 464 ss. e R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Commento all'art. 42*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, cit., 415 ss.

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

⁹Si tratta della monografia intitolata *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962. Si veda, su tale ricostruzione, R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara con due soli concorrenti*, cit., 947.

¹⁰Si vedano, *infra*, il Capitolo Primo, § 1, nonché il Capitolo Secondo, § 1.

¹¹Di difesa «attiva» ha parlato F. LUBRANO, *L'impugnazione incidentale nel giudizio amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 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.

¹²Cfr. R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara con due soli concorrenti*, cit., 934.

¹³Ci 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, 1759 ss. e *Ricorso incidentale (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXVII,

stituito, pressoché unanimemente accolta dalla dottrina successiva. L'Autore ricostruisce il ricorso incidentale come 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 medesimo¹⁴.

3. I "chiaroscuri" della disciplina codicistica e le incertezze sulla natura giuridica dell'istituto.

Nonostante l'aspetto essenziale dell'istituto fosse stato delineato, molte questioni esegetiche sono rimaste irrisolte: in particolare, quella della natura giuridica e alcuni profili relativi alla legittimazione, ai termini, alla facoltatività e all'oggetto del rimedio¹⁵. La stessa disposizione sull'accessorietà¹⁶, che, come già accennato, è stata da sempre piuttosto controversa, negli ultimi anni, ha destato ancora l'attenzione della giurisprudenza e della dottrina con riguardo ad alcune vicende che hanno "catalizzato" l'attenzione degli interpreti, e che hanno condotto, altresì, al ripetuto intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁷. Anche se con l'art. 42 del nuovo c.p.a., il legislatore non ha preso un'espressa posizione in tema di accessorietà, la disciplina attuale non sembra affatto attenuare tale caratteristica,

Roma, 1991, 1 ss. Sul fondamentale contributo di tale Autore alla sistemazione dell'istituto si vedano, *infra*, il Capitolo Primo, § 1, e il Capitolo Secondo, § 2.

¹⁴ Questi esempi sono richiamati da R. VILLATA, *In tema di ricorso incidentale e di procedure di gara cui partecipano due soli concorrenti*, cit., 934.

¹⁵ Allo studio di tali aspetti è dedicato il Capitolo Primo.

¹⁶ Ci si riferisce al già citato art. 37 T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, su cui, *infra*, Capitolo Secondo, § 1.

¹⁷ Ci si riferisce alle note decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 11/2008, e n. 4/2011, su cui si veda, *infra*, il Capitolo Terzo, §§ 2 e 3.

ma anzi accentuarla¹⁸. Di diverso avviso sono quelle pronunce che sostengono un “affievolimento” del carattere dell’accessorietà del ricorso incidentale, in specie in rapporto al ricorso incidentale c.d. “paralizzante”¹⁹.

Tuttavia, se, da un lato, pare possibile ritenere che alcuni di questi temi siano stati sufficientemente approfonditi²⁰, dall’altro, si deve constatare come ancora permangano alcune zone d’ombra e diverse ambiguità, in dottrina e in giurisprudenza²¹.

Pare, pertanto, giustificato tornare oggi ad interrogarsi sulla 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 riconvenzionale²². Né pare sbagliato investigare la fisionomia assunta dal ricorso incidentale nel nuovo Codice del processo amministrativo – o meglio, quella che l’istituto potrebbe in futuro assumere – dal momento che, anche in ragione delle recenti modifiche, viene utilizzato nell’ambito del contenzioso amministrativo, con sempre maggiore frequenza.

¹⁸In questo senso espressamente G. TROPEA, *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzione delle parti*, cit., 490-494; nel medesimo senso F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell’ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale, nella necessaria e possibile lettura congiunta dei profili tecnico-procedurale ed assiologico (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1151 ss. Sul tema dell’accessorietà ci si soffermerà, *amplius*, nel Capitolo Secondo, § 1.

¹⁹Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4/2011, cit., su cui, *infra*, Capitolo Terzo, § 3, in cui l’affievolimento del carattere dell’accessorietà del ricorso incidentale appare funzionale alla tesi – *ivi* sostenuta – del prioritario esame del ricorso incidentale “paralizzante”. Si vedano, a commento di tale importante decisione, 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 rimessione* (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 4/2011), cit., 1651 ss.; A. SQUAZZONI, *Ancora sull’asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1035 ss.; A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale, ivi*, 2011, 1119 ss.; F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell’ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale, nella necessaria e possibile lettura congiunta dei profili tecnico-procedurale ed assiologico (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4)*, cit., 1151 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, 609 ss.; ID., *Ancora in tema di ricorso incidentale “escludente” e ordine di esame delle questioni (note brevi a margine di un grand arrêt dell’Adunanza Plenaria)*, *ivi*, 2011, 1174 ss.; F.G. SCOCA, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale* (nota a Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 11/2008), cit., 113 ss.

²⁰Si pensi al tema dell’oggetto del ricorso incidentale o della legittimazione dell’amministrazione resistente, su cui si veda, ad es., R. GIOVAGNOLI, *Natura e funzione del ricorso incidentale*, in R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti*, Milano, 2008, specialmente 36 ss.

²¹Si pensi alla questione della natura del ricorso incidentale, su cui, *infra*, Capitolo Secondo, §§ 2-5 o a quella dell’ordine di esame delle questioni, che verrà esaminata nei Capitoli Terzo e ss.

²²A tale tematica è dedicato il Capitolo Secondo.

4. *La questione dell'ordine di esame, da parte del giudice, del ricorso principale e del ricorso incidentale, tra "oscillazioni" della giurisprudenza interna e principi dell'U.E.*

L'attualità e l'importanza del tema sono emerse particolarmente e hanno 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 collegata a quella dell'ordine di esame delle due impugnazioni, principale ed incidentale, da parte del giudice²³: questione che è stata oggetto, a partire dal 2008, di ripetute pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁴.

²³ Cfr., su tale profilo, G. ACQUARONE, *In tema di rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale* (nota a Cons. Giust. amm. Reg. Sic., Sez. giurisd., 22 dicembre 1995, n. 388), in *Dir. proc. amm.*, 1997, 555 ss.; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative nelle gare contrattuali)*, cit., 285 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, cit., 581 ss.; G. TROPEA, *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzione delle parti*, cit., 427 ss.; L. CIMELLARO, *Alcune note sulla parità delle parti nell'Adunanza plenaria n. 11 del 2008*, in *Foro amm.-CDS*, 2008, p. 2949 ss. F. GAFFURI, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, cit., 1047 ss.; G. FERRARI, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo: principi consolidati e problematiche irrisolte*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1058 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, 215 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Natura e funzione dell'istituto*, §§ 3.1, 3.2, 3.3, in R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *op. cit.*, 18-26; R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Commento all'art. 42*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, cit., 418 ss.

²⁴ Ci si riferisce, in particolare, alle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 10 novembre 2008, n. 11, in *Foro amm.-CDS*, 2008, 3308; 7 aprile 2011, n. 4, *ivi*, 2011, 1132 ss.; 25 febbraio 2014, n. 9, *ivi*, 2014, 387 (su cui si veda il Capitolo Terzo, §§ 2-3). Quanto alle specifiche statuizioni delle tre pronunce, mentre con la decisione n. 11/2008 l'Adunanza Plenaria ha rimesso 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»; con la successiva pronuncia n. 4/2011 la Plenaria ha 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 alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura». L'ultima decisione, la n. 9/2014, intervenuta dopo che l'esito della precedente pronuncia n. 4/2011 era stato apertamente contestato, se pure in un *obiter dictum*, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (con la decisione 21 giugno 2012, n. 10294, in *Giur. it.*, 2012, 2161 ss., con nota di F.G. SCOCA, *Censure paralizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?*), e dopo che la stessa Corte di Giustizia U.E. aveva avuto modo di pronunciarsi sul tema (con la nota sentenza del 4 luglio 2013, su cui si veda, *infra*, il Capitolo Terzo, § 4), ha confermato il principio del prioritario esame del ricorso incidentale paralizzante, limitando la possibilità dell'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale alle stringenti condizioni che gli operatori rimasti in gara siano solo due e che il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe.

In assenza di una compiuta scelta legislativa, l'individuazione della risoluzione al problema profilato è stata, dunque, ricondotta all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, con la conseguenza che, specialmente ove al dilemma sull'ordine di trattazione si sono affiancate importanti tematiche sostanziali (quali quelle relative alle condizioni dell'azione e alle questioni pregiudiziali/preliminari), il risultato è stato una oscillante giurisprudenza, che difficilmente sembra poter essere superata dal tentativo di mediazione compiuto dall'Adunanza Plenaria con la decisione n. 9/2014²⁵.

Senza dire che il suddetto orientamento nazionale è stato recentemente smentito²⁶, ed appare, comunque, incompatibile con quello della Corte di Giustizia U.E., che, andando oltre quanto stabilito con la precedente sentenza *Fastweb* (C-100/12)²⁷, ha ritenuto sussistente, in ogni caso, l'obbligo del giudice di esaminare entrambi i ricorsi – principale ed incidentale – e ha affermato che tale obbligo prescinde dal numero di imprese rimaste in gara e dalla natura del vizio²⁸; per cui il tema appare suscettibile di ulteriori sviluppi, anche alla luce di alcune previsioni introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici²⁹, che, per vero, solo *prima fa-*

²⁵ Analogo il punto di vista espresso da M. TIMO, *op. cit.*, 2.

²⁶ Ci si riferisce, ancora una volta, alla sentenza della Corte di Giustizia U.E., 5 aprile 2016, C-689/13 (c.d. sentenza *Puligienica*), cit., su cui, *infra*, Capitolo Terzo § 10.

²⁷ Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia U.E., 4 luglio 2013 (su cui, *infra*, Capitolo Terzo, § 4), la quale ha affermato che, nel caso di procedura selettiva che ha visto la partecipazione di soli due contendenti che reciprocamente, in sede giurisdizionale, si contestano la legittimità della partecipazione alla gara (e conseguentemente la mancanza delle condizioni dell'azione), il giudice dovrà tutelare il diritto del ricorrente principale alla contestazione della fondatezza degli atti dell'appalto pubblico (poiché – afferma la Corte al par. 33 – «il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri [...]»).

²⁸ Nel caso di specie, il rinvio pregiudiziale era stato originato da una pronuncia del Consiglio di Giustizia amministrativa (ordinanza 17 ottobre 2013, n. 848, in www.giustizia-amministrativa.it), che aveva ritenuto doveroso sospendere il giudizio di cui era stato investito per formulare alla Corte di Giustizia U.E., dei quesiti relativi, da un lato, all'ordine da seguire nell'esame dei ricorsi presentati (nel caso in cui al ricorso principale segua un ricorso cd. escludente), e dall'altro, alla conformità al diritto dell'Unione europea della norma che vincola tutte le Sezioni del Consiglio di Stato a conformarsi ai principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria. Rispetto al caso esaminato dalla Corte di Giustizia nella causa C-100/12, cit. (su cui, *infra*, Capitolo Terzo, § 4), ove i concorrenti rimasti in gara erano soltanto due (il ricorrente principale e l'aggiudicatario-ricorrente incidentale), nel caso esaminato dalla sentenza *Puligienica*, le imprese ammesse a partecipare alla procedura erano più di due (anche se, in seguito alla pubblicazione della sentenza di primo grado, erano state tutte escluse); cosicché si poneva il problema di capire se, anche in tal caso, la priorità del ricorso incidentale potesse trovare deroga, ancorché, in questo caso, venendo in rilievo la posizione di soggetti terzi, l'accoglimento di entrambe le impugnative potrebbe, a seguito di un riesame della posizione delle altre partecipanti (rimaste estranee rispetto al giudizio), anche determinare l'aggiudicazione ad impresa terza (e non l'azzeramento della gara, come, invece, avviene quando i partecipanti siano soltanto due).

²⁹ Si fa qui riferimento all'art. 204, comma 1, lett. b), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (su cui, *infra*, Capitolo Quinto, § 14), che, aggiungendo un comma 2-bis, all'art. 120 c.p.a., ha sancito l'immediata

cie, sembrerebbero propendere per una «dequotazione» del ricorso incidentale³⁰.

In ogni caso, quali che siano gli esiti definitivi su ciascuno dei molteplici profili del dibattito sul tema, appare ormai acquisita l'insoddisfazione per un orientamento «tralaticio e inerziale»³¹.

Come, pure, risulta autorevolmente condivisa la necessità di un'attenzione più consapevole verso i problemi dell'impugnazione incidentale, nel rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale³², oltremodo ineludibile nel settore degli appalti, assai sensibile per l'economia, il mercato e la giusta concorrenza³³.

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 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 con riguardo all'ammissione dell'aggiudicatario-ricorrente principale. 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 punteggio³⁴. 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

impugnazione degli atti riguardanti la verifica dei requisiti di partecipazione, introducendo una sorta di rito «superspeciale» (aggettivazione utilizzata nel parere Cons. Stato, Comm. Spec., 1 aprile 2016, n. 855, in *www.giustamm.it*, n. 4/2016 e ripresa da M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e "precontenziosa" nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, n. 10/2016, spec. pp. 8-21).

³⁰ In realtà, come si cercherà di dimostrare nel Capitolo Quinto, § 14, la nuova disciplina processuale sembra piuttosto rafforzare il ruolo del ricorso incidentale come fondamentale strumento di garanzia del contraddittorio.

³¹ Cfr., in tal senso, G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità delle parti. La svolta della Plenaria*, cit., 8.

³² L'effettività della tutela giurisdizionale, almeno stando alle costanti acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali, può essere definita come «la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la soddisfazione dell'interesse dedotto in giudizio dal ricorrente il cui ricorso, rivelandosi fondato, sia stato accolto»: v., in tal senso, R. CAPONIGRO, *La graduazione delle censure nell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2015.

³³ Cfr. S. BACCARINI, *L'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo fra tradizione ed innovazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, specialmente 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».

³⁴ Cfr., sul punto, G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale e parità delle parti. La svolta della Plenaria*, cit., 2.

gara, rispetto al rapporto procedimentale con altra impresa che, a sua volta, è stata illegittimamente ammessa ma poi anche ingiustamente penalizzata in sede di gara.

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 inquadabile 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 incidentale³⁵.

5. *Le basi di partenza della presente ricerca: i rapporti tra ricorso incidentale, legittimazione ed interesse a ricorrere e le reciproche interferenze. I punti critici del sistema italiano.*

Lo scopo del presente lavoro è, quindi, duplice: da un lato, riconsiderare oggetto, legittimazione, funzione e profili di disciplina dell'impugnazione incidentale del provvedimento amministrativo, troppo spesso isolata dai grandi temi del contraddittorio e dell'oggetto del giudizio, cui invece, appare strettamente connessa; dall'altro, fornire un contributo personale al dibattito sul tema dell'ordine di trattazione, da parte del giudice, del ricorso principale e del ricorso incidentale, in vista di un'effettiva parità delle parti del processo amministrativo.

Non si intende, però, ritornare sull'analisi già condotta né ripercorrere il cammino da tempo effettuato dalla dottrina che si è – diffusamente – occupata delle origini e degli sviluppi dell'istituto nell'ordinamento italiano: sia questa evoluzione sia i caratteri fondamentali dell'istituto sono stati, infatti, chiaramente illustrati dagli studiosi e possono ritenersi ormai acquisiti alla cultura giuridica italiana³⁶.

È, tuttavia, possibile riprendere alcune delle conclusioni³⁷ cui erano giunti i lavori che si sono occupati della materia alla luce del nuovo contesto normativo e giurisprudenziale, per compiere un ulteriore passo in avanti. Con ciò si mira, innanzitutto, a condurre a sistema le diverse indicazioni e i numerosi riferimenti provenienti dalla giurisprudenza e dalla dottrina; in secondo luogo, diviene di primaria importanza definire una regola processuale che individui quale delle due censure “escludenti” debba essere affrontata per prima, tenute in dovuto conto le conseguenze che scaturiscono dalla preferenza per l'esame, in via prioritaria, del ricorso principale o, all'opposto, dell'incidentale: non a caso, il giudice, qualora affronti

³⁵ All'analisi di tale problema è dedicato il Capitolo Secondo.

³⁶ Ci si riferisce, in particolare, alle monografie di G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, cit., e di R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti*, op. cit., senza dimenticare i numerosi saggi sull'argomento.

³⁷ Cfr., in particolare, lo studio di A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, cit., 581 ss. sulla natura “composita” del ricorso incidentale. Si veda, inoltre, al riguardo, R. GIOVAGNOLI, *Natura e funzione del ricorso incidentale*, in R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Il ricorso incidentale e i motivi aggiunti*, op. cit., 26 ss.

prioritariamente il ricorso principale deve constatare che esso contiene una doglianza circa l'insussistenza della legittimazione del ricorrente incidentale a presentare in giudizio la sua domanda, con la conseguenza che l'organo giudicante non potrebbe far altro che dichiarare inammissibile il ricorso incidentale e accogliere quello principale³⁸. Tuttavia, il medesimo effetto si manifesta con "forza uguale ma contraria" anche qualora il giudice ritenga preminente l'esame del ricorso incidentale: in tale frangente, il giudice amministrativo (ma potenzialmente qualsiasi altro organo giudiziario), scrutinata la domanda incidentale e riscontrata la presenza di una richiesta volta ad appurare la mancanza di legittimazione del ricorso principale, non potrebbe fare altro che dichiarare inammissibile il principale e accogliere l'incidentale³⁹.

Le due situazioni speculari suesposte costringono ad affrontare un vero e proprio "paradosso" determinato dall'impossibilità per il giudice di individuare nella legislazione processuale amministrativa una norma che aprioristicamente indichi quale dei due ricorsi abbia valore preminente.

Indubbiamente, lo studio che ci si propone di svolgere non può prescindere da una previa analisi del ricorso incidentale nei termini forniti dalla disciplina del Codice del processo amministrativo⁴⁰; nondimeno la limitazione a tale ambito di studi sarebbe eccessivamente riduttiva.

Accanto all'intento di far emergere i suddetti profili di novità, infatti, chi scrive ritiene fondamentale affrontare il tema alla luce degli orientamenti giurisprudenziali europei, anche perché, in questo modo, ragionando sul ruolo del rimedio, in sede di teoria generale, è possibile riflettere su un'ipotesi centrale del presente studio: e cioè il rapporto tra ricorso incidentale, da un lato, e legittimazione e interesse a ricorrere, dall'altro⁴¹.

³⁸ Più in generale, sui rapporti tra ricorso principale ed incidentale e sul carattere accessorio del ricorso incidentale, si veda il Capitolo Secondo, § 1.

³⁹ Sugli effetti del ricorso incidentale c.d. "paralizzante", si vedano le considerazioni svolte nel Capitolo Terzo, § 1.

⁴⁰ A tale analisi è dedicato il Capitolo Primo.

⁴¹ Come rilevato da E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Quinta edizione, Torino, 2013, 283-287, i due concetti «a volte, specie nelle pronunzie giurisprudenziali, vengono accavallati e confusi, ma sono due profili diversi». Nello specifico, l'interesse al ricorso consiste nel vantaggio o nell'utilità, anche solo morale, che il ricorrente ritrarrebbe dall'accoglimento dell'azione proposta, come definito, ormai senza oscillazioni di rilievo, dalla dottrina: E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXXVI, 1987, 474; R. VILLATA, *Interesse ad agire, II diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989, 3; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubb.*, Torino, 1993, 472 ss.; A.M. SANDULLI, *Il ricorso innanzi al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, 223 ss.; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 1309 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, 448 ss.; G. LANDI, G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1987, 641 ss.; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 241 ss.; E. MORONE, *Sulla distinzione fra interesse a ricorrere e interesse oggetto del ricorso*, in *Giur. it.*, 1964, III, c. 113; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, 335 ss., afferma, però, l'irrelevanza dell'e-

Ciò, quindi, non solo al fine di poter valutare l'eventuale "importazione" nell'ordinamento italiano dei principi elaborati in ambito europeo, ma anche nella prospettiva di una autonoma elaborazione che il presente lavoro si propone di sviluppare.

Riprendendo simili aspetti, la ricerca procede per verificare quale concetto di interesse a ricorrere sia applicabile in rapporto al tema del ricorso incidentale "paralizzante"; se esso corrisponda alla medesima situazione legittimante la proposizione del ricorso principale⁴² o se collimi, invece, con il principio applicato dalla Corte di Giustizia U.E., intesa a valorizzare l'interesse "strumentale" a ricorrere, che, però, non assurge a situazione legittimante all'interno del nostro ordinamento⁴³, poiché privo di necessaria e specifica copertura normativa; o se, infine, l'inte-

lemento della lesione; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 140 ss., ove il discorso è condotto per *differentiam* rispetto all'interesse legittimo; G.B. VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995, 221 ss.; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2001, 71 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008, 202 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 498 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 536 ss.; E. FOLLIERI, *op. cit.*, 283 ss. Anche in giurisprudenza tale definizione ha trovato pacifica condivisione: tra le fondamentali pronunce in tal senso, Cons. Stato, Ad. Plen., 27 maggio 1957 n. 9, in *Foro amm.*, 1957, I, IV, 79; Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 1965, n. 546, in *Rass. Cons. Stato*, 1965, I, 958; Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 1977, n. 377, in *Foro amm.*, 1977, I, 813; Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 1978, n. 594, in *Cons. Stato*, 1978, I, 877. Per le trattazioni monografiche sul tema, B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004 e L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004. Sul pensiero di questi Autori, oltre che, in genere, sull'interesse a ricorrere, R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative nelle gare contrattuali)*, cit., 308 ss. La legittimazione, invece, nella definizione tradizionale, corrisponde alla titolarità di una situazione giuridica soggettiva o di un interesse meritevole di tutela, secondo l'ordinamento giuridico. In questo senso, E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, cit., 473; R. VILLATA, *Legittimazione processuale, II) diritto processuale amministrativo*, in *Enc. dir.*, Roma, XVIII, 1990, 2 ss.; ID., *Ricorso incidentale nel giudizio amministrativo*, cit., 306 ss.; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, cit., 471 ss.; A. M. SANDULLI, *Il ricorso innanzi al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, cit., 210 ss.; V. CAIANIELLO, *op. cit.*, 480 ss.; A. GLEJSES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, 111 ss.; C.E. GALLO, *op. cit.*, 68 ss.; V. DOMENICHELLI, *Le parti del processo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, vol. IV, Milano, 2003, 4311 ss.; A. TRAVI, *op. cit.*, 206 ss.; P. VIRGA, *op. cit.*, 114 ss.; G.B. VERBARI, *op. cit.*, 218 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2012, 497 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, cit., 536 ss.; E. FOLLIERI, *op. cit.*, 280 ss.; e, più recentemente, F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale, nella necessaria e possibile lettura congiunta dei profili tecnico-processuale ed assiologico (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4)*, cit., specialmente 1151 ss. QUAAA

⁴² Cfr. il Capitolo Terzo, § 13.

⁴³ Che l'interesse al rinnovo della gara non configuri un interesse legittimo è opinione consolidata in dottrina: cfr. R. VILLATA, *Spigolatura "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 867-868; ID., *Annotando gli annotatori, ivi*, 2011, 1183 ss.; G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, cit., 200 ss. nonché ID., *I rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale di nuovo dinanzi alla Plenaria. Un revirement atteso dopo un'interessante (e per alcuni versi discu-*

resse a ricorrere incidentalmente presenti delle caratteristiche affatto peculiari, tali da ricondurlo a un principio “autoctono” dell’ordinamento italiano.

Anche per tale ambito della ricerca sembra, quindi, inevitabile partire dallo studio dell’ordinamento italiano e proseguire con quello dell’Unione europea, che parrebbe rappresentare il sistema giuridico di riferimento per l’introduzione in Italia di una diversa, e più ampia, nozione di legittimazione al ricorso, rinvenibile nelle direttive dell’U.E. in materia di appalti⁴⁴. Sebbene con qualche difficoltà,

tibile) ordinanza di rimessione, cit., 1651 ss. e *Ricorso incidentale e ordine di esame delle questioni (in margine a Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11)*, cit., 609 ss.; A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*, in *Dir. proc. amm.*, 1119 ss.; R. GISONDI, *L’Adunanza Plenaria ridefinisce il rapporto tra il ricorso incidentale e il ricorso principale*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 1103. In chiave critica, cfr. F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell’ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale, nella necessaria e possibile lettura congiunta dei profili tecnico-processuale ed assiologico (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4)*, cit., 1151 ss., che, però, secondo G. TROPEA, *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzione delle parti*, cit., 524 (nota 375) «*configura un’impropria distinzione fra legittimazione e interesse a ricorrere incidentalmente, in contrasto con la profonda compenetrazione tradizionale dei due caratteri in capo al controinteressato, confondendo ciò col distinto problema della legittimazione a proporre ricorso incidentale in capo al controinteressato sostanziale, mentre, dal punto di vista “assiologico”, persiste nell’equivoco di dare un’indebita rilevanza sulle regole processuali al principio di concorrenza*»; C. LAMBERTI, *L’Adunanza Plenaria “boccia” l’interesse strumentale*, in *Urb. app.*, 2011, 682 ss.; A. SQUAZZONI, *Ancora sull’asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, cit., 1035 ss.; G. PELLEGRINO, *La Plenaria e le “tentazioni” dell’incidentale*, cit., 1 ss. In ogni caso, per una puntuale e limpida rassegna critica delle opinioni contrastanti con la Plenaria n. 4/2011, cfr. R. VILLATA, *Annotando gli annotatori*, cit., 1183 ss., il quale ribadisce la bontà dell’equiparazione del ricorrente principale, nei cui confronti la partecipazione sia riconosciuta illegittima, al concorrente escluso con provvedimento definitivo e all’impresa non partecipante alla gara (in replica a Lamberti) e l’impossibilità di una conciliazione “costituzionalmente orientata” della Plenaria n. 11/2008 con la Plenaria n. 4/2011 (conciliazione, poi, invece, “tentata” dall’Adunanza Plenaria n. 9/2014, come si vedrà, *infra*, Capitolo Terzo, §§ 7-9). Lo stesso Villata (in replica a Squazzoni, Pellegrino e F. Follieri) contesta, poi, l’idea dell’equivalenza tra ricorso principale e ricorso incidentale escludenti, in quanto anche il primo introdurrebbe una questione di natura processuale, incidendo sulla legittimazione dell’aggiudicatario, notando come la verifica della legittimazione del controinteressato ricorrente incidentale rappresenta una questione di merito, esaminabile soltanto in presenza di un’impugnativa validamente proposta. Come si vedrà, più avanti, chi scrive, ritiene che queste obiettive difficoltà siano superabili soltanto attraverso l’introduzione, anche nel nostro sistema processuale amministrativo, di una nuova concezione delle condizioni dell’azione, che consenta di attribuire la legittimazione al ricorso anche a chi può, eventualmente, solo aspirare alla rinnovazione della procedura di gara, in conformità ai principi propri del sistema giudico dell’Unione europea: v., *infra*, i Capitoli Quarto e Quinto.

⁴⁴ Dalla letteratura giuridica italiana e straniera sul tema emerge che le varie direttive ricorsi incidono sulla nozione di interesse legittimo (o forse è meglio dire reagisce a letture restrittive della nozione) di cui è, del resto, nota la relatività e la storicità. In questo senso, la conformità alle procedure di diritto dell’U.E. rivendicata dal ricorrente viene a configurarsi come pretesa meritevole di particolare protezione, il che porta ad una attrazione nel territorio degli interessi protetti di posizioni in precedenza appartenenti al territorio degli interessi di fatto, in quanto preordinati ad assicurare il primato del diritto dell’Unione Europea. Cfr., al riguardo, R. KOVAR, *Voies de droit ouvertes aux individus devant le instances nationales en cas de violation des normes et décision du droit communautaire*,

inoltre, alcune indicazioni preziose in ordine al rapporto tra ordine di esame delle impugnative principale ed incidentale e legittimazione al ricorso, nell'ambito del processo amministrativo, possono essere rinvenute nel sistema processuale europeo e, in particolare, nella disciplina del ricorso di annullamento di atti comunitari⁴⁵, valorizzando così un aspetto che non è stato ancora particolarmente approfondito dagli studi sull'argomento⁴⁶.

6. *L'estensione dell'indagine alle più recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e comunitaria. Le decisioni assunte in sede europea, maggiormente attente alla tutela della concorrenza e all'integrità del mercato degli appalti, in rapporto alla restrittiva definizione dei criteri di legittimazione a ricorrere, proposta dal nostro Consiglio di Stato. Necessità di una "rivisitazione" del tema, al fine di individuare una prospettiva di soluzione in grado di conciliare il principio di effettività con la tradizionale e fondamentale funzione del ricorso incidentale come strumento di garanzia del contraddittorio.*

L'analisi proseguirà approfondendo i concetti di legittimazione e di interesse al ricorso, rinvenibili nelle legislazioni di altri Stati membri, a noi più vicini, circoscri-

in A. BLECKMANN, P. DELANNAY (a cura di), *Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978, 245 ss.; G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, in *Quaderni della Rivista Il diritto dell'Unione europea*, 2001, 46 ss.; D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 294 ss.; E. PICOZZA, *Effettività e giusto processo*, in S. STICCHI DAMIANI, F. VETRÒ (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010 65 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 469 ss.

⁴⁵ Su cui si veda il Capitolo Quinto, § 1.

⁴⁶ Sul ricorso di annullamento di atti dell'Unione europea, cfr., ad es., A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, 1997; B. NASCIBENE, L. DANIELE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998; A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, in *Studi in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, II, 1 ss.; G. TESAURO, *Il controllo diretto della legalità degli atti comunitari e le esigenze di protezione giurisdizionale dei singoli*, in *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998, 1 ss.; F. JACOBS, *The Role of National Courts and the European Court of Justice in Ensuring the Uniform Application of Community Law: is a New Approach Needed?*, in *Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, Milano, 1999, 175 ss.; P. MENGOZZI, *Le Tribunal de première instance des Communautés européennes et la protection juridique des particuliers*, in *Dir. Un. eur.*, 1999, 181 ss.; O. PORCHIA, *La legittimazione attiva degli enti pubblici territoriali per annullamento degli atti comunitari: la sentenza Regione Fiamminga*, in *Dir. Un. eur.*, 1999, 337 ss.; M.C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano, 2001; A. SANTA MARIA, *Il rinvio pregiudiziale nella nuova disciplina a seguito del Trattato di Nizza*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2003, 367 ss.; A. TIZZANO, B. GENCARRELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 923 ss.; M. CONDINANZI, *I giudici italiani "avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" e il rinvio pregiudiziale*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, 295 ss.

vendo però l'indagine a Francia, Spagna, Regno Unito e Germania, che presentano le soluzioni più interessanti, sotto tale profilo⁴⁷. Una simile analisi costituisce il presupposto necessario per il contributo che la ricerca intende fornire agli studi sul tema, consentendo di apprezzare analogie e differenze rispetto all'applicazione di alcuni principi cardine del nostro processo amministrativo e per valutarne le possibili implicazioni sul problema dell'ordine di trattazione dei ricorsi, principale ed incidentale. Inoltre, attraverso la comparazione con le esperienze compiute da altri Paesi, il lavoro metterà in luce i punti critici del sistema italiano, mirando all'individuazione di indicazioni utili in grado di "risolvere" il conflitto tra ricorrente incidentale e principale, anche nel nostro Paese.

In sintesi, il presente lavoro intende, quindi, fondarsi sui risultati degli studi che già si sono concentrati sul ricorso incidentale e riprendere l'analisi dell'istituto per cogliere queste più recenti evoluzioni e per studiarne la possibilità di sviluppo nell'ambito del processo amministrativo italiano. Nonostante questo punto di vista non sia del tutto assente, esso è rimasto piuttosto marginale: invero, le riflessioni finora intervenute si sono concentrate, da un lato, sui principi di economia processuale e di logicità, parità delle parti, imparzialità del giudice⁴⁸; dall'altro, sul prin-

⁴⁷ Si veda, al riguardo, il Capitolo Quarto.

⁴⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11, in *Foro amm.-CDS*, 2008, 3308, con nota di G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, cit. In senso conforme: Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2010, n. 1373, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., sez. V, 1 febbraio 2010, n. 417, in *Foro amm.*, 2010, 349; Id., Sez. V, 24 giugno 2010, n. 4019, in *Giurisdiz. amm.*, 2010, 1, 767; Tar Lazio, sez. III-ter, 9 dicembre 2010, n. 35816, in *Urb. app.*, 2011, 463. Per quanto concerne la giurisprudenza precedente alla Plenaria del 2008, ma egualmente orientata alla logica della doppia deliberazione (dei ricorsi principale ed incidentale): Cons. Stato, 7 aprile 2006, n. 1877, in *Foro amm.*, 2006, 1185; Id., sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1070. In senso favorevole alla doppia deliberazione delle due impugnazioni paralizzanti: G. PELLEGRINO, *Effetto paralizzante del ricorso incidentale. Necessità di un ripensamento*, cit., n. 11/2006; Id., *Ricorso incidentale e parità delle parti. La svolta della Plenaria*, cit., in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., *La Plenaria e le "tentazioni dell'incidentale"*, cit., specialmente 3 ss. Esprimono la necessità di un ripensamento della questione, anche alla luce della normativa europea, C. LAMBERTI, *L'Adunanza Plenaria "boccia" l'interesse strumentale*, cit., 682 ss.; Id., *Per la Corte di giustizia l'incidentale non è più "escludente"?*, in *Urb. e app.*, 2013, 1006 ss.; F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale*, cit., 1151 ss.; E.M. BARBIERI, *Ricorsi reciprocamente "escludenti" ed ordine di esame delle questioni proposte*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 745 ss.; S. D'ANCONA, *La tesi dell'effetto paralizzante del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale proposta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato non supera il vaglio della Corte di Giustizia*, in *www.giustamm.it*, n. 7-8/2013, specialmente § 4.; P. QUINTO, *La Corte di Giustizia anticipa l'Adunanza Plenaria*, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8/2013; S. SQUAZZONI, *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, cit., 1063 ss.; R. CAPONIGRO, *L'interesse legittimo strumentale nelle gare d'appalto*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, specialmente 16 ss.; A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, cit., specialmente 470 ss. *Contra*, ossia nel senso della prioritaria trattazione del ricorso incidentale paralizzante anche nelle c.d. gare a due: Cons. Stato, Sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3765, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8265, in

cipio della domanda e sulla funzione difensiva del ricorso incidentale, che affonda le proprie radici nelle elaborazioni più consolidate della teoria del processo ⁴⁹.

Su queste basi, il prevalente orientamento del Consiglio di Stato ha continuato ad affermare, come regola generale, la necessità dell'esame prioritario del ricorso incidentale che tenda ad escludere la legittimazione ad agire in capo al ricorrente principale; nondimeno tale *regula iuris* appare soltanto "abbozzata" in alcune autorevoli pronunce del giudice amministrativo ⁵⁰. Inoltre, essa non ha trovato unanime accoglimento nella giurisprudenza amministrativa e sembra porsi apertamente in contrasto con le decisioni assunte in sede europea, maggiormente attente alla tutela della concorrenza e dell'integrità del mercato degli appalti, minate da aggiudicazioni illegittime, piuttosto che all'esigenza di non rallentare la stipula e l'esecuzione dei contratti ⁵¹. Peraltro, anche all'esito del confronto con altri sistemi europei, risulta davvero difficile conciliare una simile liberale lettura delle condizioni dell'azione ⁵² con la restrittiva definizione dei criteri di legittimazione ad agire

Dir. proc. amm., 2008, 207 ss.; Id., Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2310, in *Giurisd. amm.*, 2007, 691; Id., 21 giugno 2006, n. 3689, *ivi*, 2006, 944. Per una accurata panoramica sui recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di ricorsi paralizzanti: G. FERRARI, *op. cit.*, 1058 ss.

⁴⁹ Sulla funzione difensiva del ricorso incidentale si vedano le considerazioni svolte nel Capitolo Secondo, § 2.

⁵⁰ Ci si riferisce, in particolare, ai principi enunciati dalle tre Adunanze Plenarie n. 11/2008, n. 4/2011 e n. 9/2014, su cui si veda il Capitolo Terzo, § 2 ss.

⁵¹ Tale profilo è sottolineato anche da M. CLARICH, *Appalti, Consiglio di Stato sconfessato dalla Corte Ue*, in *www.ilsole24ore.com*, 17 luglio 2013. In questa direzione, anche le Sezioni Unite dalla Cassazione hanno manifestato il proprio sfavore verso la tesi esposta nella citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 rilevando che essa «genera indubbiamente delle perplessità che lasciano ancor più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento (v. artt. 121/23 cod. proc. amm.), che in questa materia richiede un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato»: così Cass. Civ., Sez. Un., 21 giugno 2012, n. 10294, *cit.*, in *Giur. it.*, 2012, 2161 ss.

⁵² Si pensi all'orientamento della giurisprudenza britannica, su cui, *infra*, Capitolo Quarto, § 2, che ostacola l'azione ai soli «busybodies»: cfr., ad es., *England and Wales Court of Appeal, Kides v. South Cambridgeshire District Council (case No: C 2001 2382)*, in *www.bailii.org*; e, in dottrina, D. POLLARD, in N. PARPWRORTH, D. HUGHES (a cura di), *Constitutional and administrative law*, Oxford, 2007, 509; P. CANE, *Administrative Law*, Oxford, 2011, 177 ss., 286 ss.; o di quella spagnola, che, con approccio, meno dogmatico del nostro, giunge, in taluni casi, ad affermare che la mancata partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica non comporta il venire meno della legittimazione al ricorso, espressamente richiamandosi a un fondamentale principio europeo – il principio di non discriminazione – quale individuato inizialmente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e ora sancito dall'art. 19 TUE; così *Tribunal constitucional de España*, sentenza 13 ottobre 2008, n. 119, in *www.tribunalconstitucional.es*, su cui J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, *El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la ley de contratos del sector público*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 2010, 11 ss.; M.A. BERNAL BLAY, *Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007*, in *Contratación Administrativa Práctica*, n. 100, 2010, 34 ss.; J.J. ABAJO QUINTANA, *Artículos 37 a 39*, in E. JIMÉNEZ APARICIO

nell'ambito del giudizio amministrativo che – in specie con riguardo al contenzioso in materia di appalti – ha proposto il nostro Consiglio di Stato.

Al contempo, occorre rifuggire interpretazioni eccessive, non coerenti con la struttura e le regole del nostro sistema di giustizia amministrativa e, in particolare, con la tradizionale e fondamentale funzione del ricorso incidentale come mezzo «*di introduzione in giudizio di ogni tipo di domanda difensiva*»⁵³.

D'altronde questo scenario così complesso è strettamente legato all'estrema duttilità del ricorso incidentale, che, come si vedrà studiando la sua disciplina sostanziale e processuale, può assumere caratteristiche diverse, mostrandosi – a seconda delle circostanze – in veste di eccezione ovvero di domanda riconvenzionale⁵⁴.

Come si cercherà di dimostrare nelle pagine seguenti, anche sotto tale profilo, apparirà particolarmente rilevante avere individuato che la natura “composita” del ricorso incidentale non è funzionale alla sola difesa della sfera giuridica del ricorrente, ma anche all'interesse alla legalità del procedimento e, più in generale, alla effettività della tutela giurisdizionale⁵⁵, secondo i valori affermati

(a cura di), *Comentario a la legislación de contratación pública*, 661 ss. Sui recenti sviluppi della giurisprudenza spagnola, in argomento, v. *infra*, Capitolo Quarto, § 3.

⁵³ Secondo la nota definizione di A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 822.

⁵⁴ Si veda, *infra*, il Capitolo Terzo, § 11.

⁵⁵ Sul principio di effettività (cui è dedicato l'intero Capitolo Quinto), v., *ex multis*, A.M. SANDULLI, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in *Atti del Convegno celebrativo del centocinquantesimo anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 305 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 517 ss.; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, *ivi*, 1990, 68 ss.; M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza, nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991; V. CERULLI IRELLI, *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico (intorno al principio di effettività)*, in *www.centrodirittoeuropeo.it*; R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa*; G. ABBAMONTE, *Completezza ed effettività della tutela giudiziaria secondo gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, I, 39 ss.; S. GIACCHETTI, *Giustizia amministrativa alla ricerca dell'effettività smarrita*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 459 ss.; G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 919 ss.; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nelle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 523 ss.; R. GAROFOLI, *Unità della giurisdizione e indipendenza del giudice: principi costituzionali ed effettivo sviluppo del sistema giurisdizionale*, *ivi*, 1998, 121 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, 1998, 225 ss.; F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 2780 ss.; A. PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà? Diritti fondamentali, effettività delle garanzie giurisdizionali e tecniche di tutela inibitoria*, Milano, 2005; L. D'ANDREA, voce *Effettività*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 2118 ss.; M. RENNA, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e “civilizzazione”*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 505 ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2007; M.A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comu-*

in ambito europeo e nella normativa nazionale.

Infine, una precisazione di ordine metodologico sulla struttura del presente volume.

Per motivi espositivi, si è ritenuto opportuno suddividere il presente volume in due parti: la prima parte (Capitoli Primo e Secondo) sarà dedicata all'esame dell'istituto, nell'ordinamento interno, mirando a porre in luce alcuni aspetti irrisolti dal nuovo Codice del processo amministrativo (e, in specie, la questione della natura del ricorso incidentale e dei suoi rapporti con la legittimazione e l'interesse a ricorrere), senza, peraltro, trascurare alcuni profili strettamente processuali (competenza, termine di decadenza, ecc.), fondamentali per un inquadramento sistematico dell'impugnativa incidentale e delle problematiche correlate. Nella seconda parte (Capitoli Terzo, Quarto e Quinto), invece, verrà affrontata la questione – che assume rilievo centrale nell'esame dell'istituto – dell'ordine di esame delle censure proposte in via principale ed incidentale, anche in una prospettiva comparata, estendendo l'indagine agli orientamenti giurisprudenziali emersi in ambito europeo, con particolare riguardo alle esperienze compiute da Francia, Germania, Regno Unito e Spagna.

nitari in materia di giurisdizione amministrativa, testo della relazione tenuta al Convegno su “Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo”, Gaeta, 22 maggio 2009, in *www.giustamm.it*, n. 9/2009; L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, testo della relazione tenuta a Lecce il 12 novembre 2010, in occasione del Convegno su “Il Codice del processo amministrativo”, in *www.giustizia-amministrativa.it*; F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, *ivi*.