



distrettuale degli avvocati di Bari

L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato

di [prof.avv. Enrico Follieri](#)

L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato

CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE VI - 10 maggio 2011 n. 2755

Maruotti Pres. – Taormina Est.

Associazione italiana WWF (Avv. A. Petretti) – Regione Puglia (Avv. L. Volpe) ed altri.

1. Giustizia amministrativa – Atto impugnato – Effetto dell'annullamento – Disponibilità da parte del giudice amministrativo – Differimento – Effetti solo conformativi – Ammissibilità.

2. Giustizia amministrativa – Atto impugnato – Annullamento – Effetti ex tunc – Deroga – Ammissibilità - Ragioni.

3. Ambiente – Valutazione di incidenza – VAS – Distinzione – Piani faunistici venatori regionali – VAS – Necessità.

1. Alla luce dei principi del giusto processo e di effettività della tutela giurisdizionale, nonché dei principi dell'ordinamento comunitario, il giudice amministrativo può anche non statuire gli effetti di annullamento degli atti impugnati e disporre unicamente gli effetti conformativi ordinando che i medesimi atti conservino effetti sino a che la parte soccombente non li modifichi o sostituisca (1).

2. Nel processo amministrativo, la regola dell'annullamento con effetti ex tunc dell'atto impugnato a seconda delle circostanze può trovare una deroga o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti o con la loro decorrenza ex nunc o escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi. Infatti, da un lato le normative, sostanziale e processuale, non dispongono la inevitabilità degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale; dall'altro gli artt. 121 e 122 c.p.a. prevedono che la rilevata fondatezza di un ricorso d'annullamento può comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice sulla determinazione dei concreti effetti della propria sentenza (2).

3. In materia ambientale, la Valutazione Ambientale strategica va distinta dalla valutazione di incidenza, prevista dal D.P.R. 357/1997 nel sistema previgente all'entrata in vigore del d.lgs. 4/2008, che ha un rilievo meramente settoriale destinato alla particolare protezione dei siti di rilevanza comunitaria. Ai sensi dell'art. 4 commi 2 e 3 e dell'art. 5 comma 1 l. a) e d) del Codice dell'ambiente, i piani faunistici venatori devono essere assoggettati alla Valutazione Ambientale strategica rientrando nei piani e programmi per cui è richiesta una verifica dell'impatto sull'ambiente (3).

Per il testo della sentenza, v. www.giustizia-amministrativa.it

(1-2) L'INGEGNERIA PROCESSUALE DEL CONSIGLIO DI STATO.

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Gli effetti dell'azione di annullamento. – 3. Un'ulteriore ipotesi di non annullabilità dell'atto illegittimo. – 4. La tutela piena ed effettiva va assicurata seguendo le regole del processo amministrativo.

1. Il caso.

-

La Sezione VI del Consiglio di Stato, in riforma della sentenza del TAR Puglia, Bari, Sez. III, accoglie l'appello dell'Associazione italiana WWF perché il piano faunistico venatorio della Regione Puglia è stato approvato senza la preventiva valutazione ambientale strategica (VAS), non surrogabile con la intervenuta valutazione di incidenza, prevista dal D.P.R. 357/1997[1].

L'accertata illegittimità del piano avrebbe comportato il suo annullamento, con cessazione degli effetti giuridici (e materiali) e vuoto di disciplina, con conseguente libertà di cacciare, senza le prescrizioni ed i limiti dettati dal piano impugnato, sino a quando la Regione non avesse approvato il (nuovo) piano, previa acquisizione della VAS. Sennonché l'Associazione italiana WWF aveva impugnato il piano, coltivando e facendo valere un interesse di segno contrario e cioè aumentare e rendere più stringenti le previsioni del piano, a tutela della fauna selvatica e dell'ecosistema.

L'accoglimento della domanda di annullamento avrebbe determinato una situazione diametralmente opposta, mortificando e ledendo l'interesse che aveva mosso la ricorrente all'azione.

Da qui, il ricorso all'ingegneria processuale che ha condotto a questa soluzione: il giudice, quando accoglie la domanda di annullamento, può anche stabilire che la sentenza non produca la rimozione degli effetti giuridici (e materiali) non solo *ex tunc*, ma anche *ex nunc* e che non determina alcun effetto di rimozione e ripristino e, anzi, il piano annullato può esplicitare effetti sino all'adozione del (nuovo) piano che sostituirà il precedente. L'annullamento del piano può determinare anche il solo effetto conformativo, nel senso che la Regione, a seguito della sentenza di accoglimento dell'appello (e del ricorso di primo grado), deve, nel termine stabilito di dieci mesi, adottare il piano, previa acquisizione della VAS. In mancanza, sarà il giudice dell'ottemperanza, che potrà essere adito dalla parte vittoriosa, ad assumere i provvedimenti più opportuni per dare esecuzione alla sentenza.

Da qui il dispositivo che reca: la dichiarazione di illegittimità del piano impugnato per assenza dell'attivazione del procedimento sulla valutazione ambientale strategica; il mantenimento di tutti gli effetti dei provvedimenti impugnati in primo grado; "il dovere della Regione di procedere alla rinnovata emanazione, con effetti *ex nunc*, del piano faunistico venatorio regionale efficace fino all'anno 2014 e di concludere il relativo procedimento entro il termine di dieci mesi".

La Sezione fonda la determinazione degli effetti della decisione sui seguenti argomenti essenziali: a) il giudice può senz'altro precisare, ai sensi dell'art. 34, comma

1, lettera e) c.p.a., le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e, quindi, determinare l'effetto conformativo; b) l'annullamento comporta l'eliminazione dell'atto impugnato, con effetti *ex tunc*, ma l'applicazione di questo principio, quando confligge con l'effettività della tutela, va derogato o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi; c) la deroga al principio dell'eliminazione dell'atto impugnato, con effetti *ex tunc*, è consentita perché: c1) la normativa, sostanziale e processuale, non dispone l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale; c2) gli artt. 121 e 122 c.p.a. stabiliscono che la fondatezza dell'azione di annullamento può "comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia" e tale potere va riconosciuto al giudice amministrativo in termini generali "quando si tratti di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento"; c3) sono applicabili anche nel sistema nazionale i principi enunziati dalla Corte di Giustizia che, per l'art. 264 del Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione Europea, ove lo reputi necessario, può precisare "gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi".

o o o o o o o o

2. Gli effetti dell'azione di annullamento.

L'annullamento "è uno dei modi con cui viene meno l'esistenza degli atti giuridici"[\[2\]](#).

L'azione di annullamento nel processo amministrativo è proponibile per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere (art. 29 c.p.a.) e il giudice in caso di accoglimento del ricorso "a) annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato" (art.34, comma 1, c.p.a.).

La tipicità dell'azione di annullamento che il titolare della situazione giuridica soggettiva può proporre si articola nella dichiarazione di illegittimità che comporta

l'eliminazione dell'atto impugnato ma, ora, più propriamente, dei "provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente" (art. 7, comma 1, c.p.a.) all'esercizio del potere amministrativo, posti in essere da pubbliche amministrazioni e dai soggetti ad esse "equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo" (art. 7, comma 2, c.p.a.).

L'effetto dell'eliminazione dell'atto impugnato è una conseguenza necessaria dell'accoglimento dell'azione di annullamento che il ricorrente può scegliere di proporre e che non è disponibile né da parte del giudice, né da parte del ricorrente, nel senso che, se quest'ultimo chiedo l'annullamento e il giudice accerti la illegittimità, l'atto impugnato cessa di esistere nel mondo giuridico.

Disponibili, invece, salvo a vedere da parte di chi, sono gli ulteriori due profili degli effetti dell'annullamento e cioè la decorrenza temporale dell'annullamento ai fini del ripristino della situazione esistente al momento dell'atto caducato nonché il c.d. effetto conformativo volto a disciplinare l'azione amministrativa in esecuzione della sentenza[3].

Quanto al venir meno dell'atto impugnato, va rilevato che non può discutersi dell'efficacia *ex nunc* dell'annullamento che determina l'effetto, tipico e disciplinato dalla legge, dell'eliminazione dell'atto; si può far questione, invece, della retroazione degli effetti dell'annullamento, vale a dire della cancellazione degli effetti già prodotti dall'atto annullato.

È orientamento assolutamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza che la sentenza di annullamento comporti la rimozione degli effetti prodotti dall'atto illegittimo, sin dalla sua adozione[4], per la considerazione che l'atto invalido per un vizio coevo alla sua emanazione non avrebbe potuto determinare alcun effetto[5] e, quindi, direi, ontologicamente, vengono ad esplicarsi effetti retroattivi di cancellazione di tutto quanto frutto dell'atto illegittimo.

È la conseguenza di un'opzione teorica che considera essenziale alla produzione

degli effetti, la conformità dell'atto alla fattispecie astratta che lo disciplina e la rimozione degli effetti *ex tunc* come una sanzione dell'ordinamento per il mancato rispetto delle sue regole[6].

Ma, anche il più fedele assertore della (irrinunciabile) retroattività dell'annullamento sino alla data di adozione dell'atto illegittimo, deve rassegnarsi ad accettare che, di fronte al "fatto" non ripristinabile frattanto determinatosi, l'eliminazione degli effetti prodotti dall'atto invalido deve fermarsi[7]; in concreto, dunque, il principio della totale retroattività dell'annullamento deve essere temperato dall'esigenze della realtà: *factum infectum fieri nequit*[8].

La ineluttabilità dell'effetto ripristinatorio dell'annullamento è messa in discussione dalla dottrina che sottolinea la definitiva affermazione del giudizio amministrativo come processo a tutela delle situazioni giuridiche soggettive del ricorrente e strumentale alla soddisfazione del suo interesse al bene della vita, per cui è nella sua disponibilità chiedere al giudice una diversa decorrenza (retroattiva) degli effetti dell'annullamento, parziale o totale, dell'atto amministrativo[9].

Sulla necessaria retroattività degli effetti dell'annullamento si può discutere perché non è una conseguenza stabilita dal diritto positivo il quale, per quanto innanzi rilevato, fissa solo l'eliminazione (effetto distruttivo) dell'atto e, quindi, l'efficacia *ex nunc* dell'annullamento, non anche quella *ex tunc* e, comunque, vi sono situazioni nelle quali è materialmente impossibile la retroazione totale ed assoluta degli effetti.

Si può ben sostenere, allora, che il ricorrente possa chiedere l'annullamento con limitata o nessuna retroattività, se funzionale alla tutela del suo interesse al bene della vita e, quindi, nella sua disponibilità. Si deve, però, parimenti ritenere che il giudice possa limitare o eliminare la retroattività degli effetti dell'annullamento, qualora non sia strumentale alla soddisfazione dell'interesse del ricorrente o, addirittura, si risolva in una lesione di detto interesse. Non credo, invece, che il giudice, in considerazione di interessi, diversi da quelli che fanno capo al ricorrente, possa fissare una decorrenza (retroattiva) degli effetti più contenuta se sfavorevole al ricorrente, allorché, ben inteso, accerti l'illegittimità dell'atto. In sostanza, la soddisfazione dell'interesse della

ricorrente costituisce il metro per limitare o eliminare la retroattività degli effetti.

Per l'effetto conformativo della sentenza[10], creazione giurisprudenziale pensata per assicurare una tutela efficace all'interesse legittimo pretensivo, manca una norma espressa che lo preveda e non trova un aggancio necessario con l'accertata illegittimità dell'atto e del suo annullamento. L'annullamento ha natura demolitoria e ripristinatoria, ma non ha nel suo DNA, funzione costruttiva di un nuovo atto.

Il ricorrente, attraverso una accorta esposizione dei motivi volti a contestare gli aspetti contenutistici dell'atto impugnato ed a valorizzare il momento di riedizione del potere amministrativo, può spingere verso la determinazione di un effetto conformativo, nell'ambito di un'azione di annullamento. Ma se il giudice non lo coglie o non intende prenderlo in considerazione, dichiarando, per esempio, l'assorbimento dei motivi, dopo averne accolto uno, il ricorrente vittorioso ottiene l'annullamento dell'atto e non può agire in appello per la riforma della sentenza.

L'effetto conformativo della sentenza di annullamento può essere costruito ed indotto dal ricorrente, ma non è nella sua disponibilità, bensì in quella del giudice che può o meno stabilirlo.

o o o o o o o o

3. Un'ulteriore ipotesi di non annullabilità dell'atto illegittimo.

La sentenza che si annota afferma che l'annullamento può comportare soltanto l'effetto conformativo, ritenendo che il giudice possa stabilire che non si produca la retroattività degli effetti e, soprattutto, la eliminazione dell'atto il quale, anzi, continua a produrre effetti, sino all'adozione del (nuovo) atto da parte dell'Amministrazione.

Il giudice, in sostanza, non ha disciplinato alcuna decorrenza degli effetti

dell'annullamento – cioè dell'eliminazione dell'atto – perché non ne ha disposto il venir meno, nonostante l'accertata illegittimità, fissando la inefficacia con l'adozione del (nuovo) atto che, ovviamente, una volta intervenuto, fa venir meno l'atto che va a sostituire. L'inefficacia dell'atto impugnato consegue alla nuova disciplina dettata dall'Amministrazione in esecuzione della sentenza.

Si impone una prima riflessione: la sentenza ha escluso l'effetto tipico dell'azione di annullamento e cioè la eliminazione dell'atto illegittimo, con effetti *ex nunc*, e che è previsto dal diritto positivo e da una costante interpretazione giurisprudenziale e dottrina; i profili disponibili della pronuncia di annullamento sono quelli relativi alla rimozione retroattiva degli effetti prodotti (ripristino) e alla conformazione dell'azione amministrativa in esecuzione della sentenza. Stabilire che l'effetto eliminatorio (distruttivo) dell'atto non consegue alla pronuncia di annullamento, significa affermare che, in presenza di atto illegittimo per il quale è stata proposta domanda di annullamento, non consegue, appunto, l'annullamento.

E, quindi, al caso previsto dall'art. 21 *octies* L. n. 241/90^[11] si aggiunge un'altra ipotesi di non annullabilità dell'atto illegittimo impugnato.

L'atto illegittimo non è annullabile, per diritto positivo, se “adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”^[12] o, se adottato senza la comunicazione dell'avvio del procedimento, l'amministrazione “dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”^[13]. Per la sentenza che si commenta, l'atto amministrativo diventa non annullabile, quando non sia utile all'interesse del ricorrente che lo ha chiesto, impugnandolo.

A questa conclusione si perviene invocando, sostanzialmente^[14], la giurisprudenza comunitaria secondo cui l'atto, pur illegittimo, non viene annullato e può conservare i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato e ora, per l'art. 264 del trattato di Lisbona, la Corte di Giustizia può “statuire la

perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell'atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante (Corte di giustizia 10 gennaio 2006, in C-178/03; 3 settembre 2008, in C-402/05 e 415/0; 22 dicembre 2008, in C-333/07)"[15]. Per il principio di congruenza, anche il giudice amministrativo può operare come la Corte di giustizia, specie considerando che si controverte in materia ambientale, per la quale vi è competenza concorrente dell'Unione europea e degli Stati e vi è un "continuo processo di osmosi tra i principi applicabili dal giudice dell'Unione e quelli desumibili dagli ordinamenti degli Stati membri"[16].

Ciò significa che, seguendo lo stesso percorso, il giudice amministrativo potrà non annullare l'atto, non solo se è vantaggioso per la situazione giuridica soggettiva del ricorrente vittorioso (come nella specie), ma anche per il "principio di certezza del diritto" e per "ogni altra circostanza da considerare rilevante". In questo modo l'azione di annullamento, anche se l'atto impugnato venga riconosciuto illegittimo, non assicura alcun effetto al ricorrente vittorioso perché una circostanza, ritenuta rilevante dal giudice, può portare a non annullare l'atto invalido.

Alla fine, l'azione di annullamento, non solo viene privata di ogni contenuto tipico, ma tutti gli effetti possibili sono disponibili dal giudice che, in qualunque fattispecie, può ritenere di non annullare l'atto illegittimo impugnato.

o o o o o o o o

4. La tutela piena ed effettiva va assicurata seguendo le regole del processo amministrativo.

Non si può condividere la soluzione, pur ispirata dall'intento di favorire il ricorrente (perché lo si è ritenuto portatore, quale associazione ambientalista, di un interesse pubblico) dal momento che introduce una diversa regola per l'azione di annullamento nel processo amministrativo, privandola dell'effetto tipico, stabilito in diritto positivo e

condiviso dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Le conseguenze del principio affermato dalla sentenza annotata portano verso lo svuotamento dell'azione di annullamento e del suo effetto tipizzato dalla norma della eliminazione dell'atto illegittimo impugnato nonché del principio dispositivo del processo. Se il ricorrente chiede, per la presenza di uno dei vizi di legittimità nell'atto impugnato, l'annullamento, il giudice non può escludere il suo effetto tipico e cioè l'annullamento (il venir meno dell'esistenza dell'atto).

La modificazione giurisprudenziale della regola stabilita, per l'annullamento, dalle norme sostanziali e processuali non può essere giustificata con il richiamo alla disciplina del processo innanzi alla Corte di giustizia. Qui non si tratta di recepire principi del diritto comunitario, ma di voler applicare una disposizione dettata per un giudizio ad altro giudizio. Ogni processo ha le sue regole che non possono disinvoltamente trasmigrare da uno ad altro processo.

La previsione dell'art. 1 c.p.a. afferma che “la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della costituzione e del diritto europeo”, ma sulla base della disciplina specifica del processo amministrativo, non per dare applicazione ai criteri e alle regole del processo comunitario.

E, del resto, la pronuncia che si commenta, considerata nell'essenzialità del suo dispositivo, dichiara l'illegittimità dell'atto impugnato e condanna la Regione ad adottare entro dieci mesi altro piano, dopo aver eseguito la VAS. Il giudice, cioè, ha emanato una sentenza di condanna ad uno specifico *facere* (altro piano) in un tempo dato (10 mesi).

Questo tipo di pronuncia e di azione è disciplinato nel codice del processo amministrativo^[17] e il ricorrente può proporre una tale domanda ed il giudice adottare la correlata sentenza, per cui è assicurata, sotto questo profilo, la “tutela piena ed effettiva”.

In sostanza, attraverso questo complesso ed ardito percorso di ingegneria processuale sugli effetti dell'annullamento, il giudice ha emanato una sentenza di condanna, già disciplinata dal codice del processo amministrativo.

E, allora, se l'azione di annullamento con il suo (necessario e tipico) effetto di eliminazione dell'atto impugnato non soddisfa l'interesse del ricorrente e, anzi, lo lede, la pronuncia del giudice non potrà che essere di dichiarazione di carenza di interesse, se il ricorrente ha proposto la domanda di annullamento.

Potrà, poi, il giudice pronunciare la condanna al *facere* specifico, qualora il ricorrente abbia proposto la relativa domanda ed il suo accoglimento soddisfi l'interesse fatto valere in giudizio.

Questi sono i principi e le regole del processo amministrativo che, nella specie, avrebbero potuto ben assicurare tutela piena ed effettiva (qualora la domanda di condanna fosse stata proposta), senza procedere alla scomposizione e sostanziale eliminazione dell'azione di annullamento.

- ENRICO FOLLIERI -

[1] La sentenza è stata commentata da E. LOIRA, *La sentenza della Corte d'appello ribalta il giudizio di primo grado* in *Guida al Diritto, Il Sole 24 ore* n. 26/2011, 103 e ss.

[2] Santi ROMANO, *Annulamento (Teoria dell')* nel diritto amministrativo in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1937, ristampato in *Scritti Minori di Santi Romano*, vol. II, Milano 1990, 387.

[3] V. FANTI, *Gli effetti retroattivi della sentenza del Consiglio di Stato* in *Dir. Proc. Amm.* 1994, 355 e ss.; L. DONATO, *Sulla disponibilità degli effetti dell'annullamento giurisdizionale: il caso del ricorso incidentale* c.d. "autolesivo" in www.giustamm.it par. 4.1 sottolinea i tre effetti della sentenza di annullamento ed evidenzia che la demolizione dell'atto è un effetto unico ed invariabile e la sua portata "è indisponibile tanto per la parte, tanto per il giudice"

[4] G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano 1969, 404; M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Bologna 2002, 314; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, VIII ed., Torino 2008, 305.

[5] A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Napoli 1974, 503; M.S. GIANNINI, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego* 1942, ripubblicato in *Scritti di Massimo Severo Giannini* Milano 2002, 314; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano 1971, 548.

[6] Così già F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo, Rist.*, Padova 1960, 596.

[7] G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo, op. cit.*, 400 e 412;

[8] V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2008, 559.

[9]