

L'Ad plen. si pronuncerà sulle conseguenze processuali, in rif. all'art.105 c.p.a., derivanti da errate declaratorie del giudice di primo grado di inammissibilità, di improcedibilità o di irricevibilità, ovvero da omissione totale su un'intera domanda

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 2-5-2018

Con quattro distinti provvedimenti l'Adunanza plenaria è chiamata a pronunciarsi sull'art. 105 c.p.a. e, precisamente, se le ipotesi di annullamento in appello con rinvio al giudice di primo grado previste dalla norma in esame siano tassative oppure siano suscettibili di comprendere declaratorie di inammissibilità, di improcedibilità e di irricevibilità del ricorso, nonché totali omissioni di pronuncia su un'intera azione.

Questi i quesiti.

- Cons. Stato, Sez. IV, 5 aprile 2018, n. 2122:

a) se alle ipotesi di annullamento con rinvio di cui all'art. 105 c.p.a. debba attribuirsi portata tassativa ovvero natura di clausola generale suscettibile di essere riempita, nel contenuto, attraverso l'elaborazione giurisprudenziale;

a.1) nel primo caso, quali siano le ipotesi di annullamento con rinvio da intendersi come tassative;

a.2) nel secondo caso, quali siano i criteri che devono guidare il giudice nell'attività di interpretazione dei fatti processuali, onde qualificarli come cause di annullamento con rinvio;

b) se, alla luce della nuova nomenclatura contenuta nel vigente art. 105 c.p.a., l'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse debba (o possa) essere ricompresa nella categoria della lesione dei diritti della difesa, come perdita del (normativamente previsto) doppio grado di giudizio nel merito, con conseguente annullamento della sentenza con rinvio al primo giudice;

c) anche a prescindere da tale ultima soluzione, se ed entro quali limiti e secondo quali criteri possa riconoscersi al giudice di secondo grado il potere di sindacare il contenuto della motivazione dell'impugnata sentenza, al fine di riqualificare il (formale) dispositivo di declaratoria di inammissibilità per carenza di interesse in un (sostanziale) accertamento della violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) o dell'obbligo di motivazione (artt. 74 e 88 c.p.a.), intesa - questa - come elemento essenziale

della sentenza, rispetto all'oggetto del processo;

b.3) se dette ultime ipotesi costituiscano (o a quali condizioni possano costituire), rispettivamente, lesione dei diritti della difesa o ipotesi di nullità della sentenza, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.

- Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2161:

quali le conseguenze processuali derivanti dall'errato accoglimento in primo grado dell'eccezione pregiudiziale rispetto al merito relativa alla ricevibilità del ricorso. In particolare, se, accertata in appello l'erroneità della dichiarazione di irricevibilità del ricorso di primo grado, consegue la ritenzione del giudizio da parte del giudice di appello, nei limiti di quanto ad esso devoluto, oppure può ritenersi che l'ipotesi in questione sia riconducibile al caso della violazione del diritto di difesa per il quale, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., si impone l'annullamento della sentenza di primo grado con rinvio al Tribunale amministrativo.

- Cons. G.A. Reg. Sic., 17 aprile 2018, n. 223:

a) se l'annullamento della sentenza di inammissibilità e/o di improcedibilità, disvelando che l'omessa trattazione del merito della causa in primo grado ha determinato una ingiusta compressione e dunque lesione del 'diritto di difesa' del ricorrente - lesione che verrebbe ulteriormente perpetrata, per la sottrazione alla sua disponibilità di un grado di giudizio, ove la causa fosse trattata (nel merito) direttamente dal Giudice d'appello - non determini la necessità di rinviare la causa, ai sensi dell'art. 105 del c.p.a., al Giudice di primo grado;

b) se la pronuncia con cui il Giudice di primo grado abbia dichiarato l'inammissibilità o l'improcedibilità di una domanda giudiziale (rinunciando, dunque, all'esercizio ulteriore del potere giurisdizionale per stabilirne la fondatezza nel merito), possa essere assimilata - ai fini dell'applicazione dell'art. 105, primo comma, del c.p.a. e per gli effetti devolutivi ivi previsti - ad una ipotesi di "declinazione" (pur se *latu sensu* intesa) della giurisdizione;

c) se la statuizione con cui il Giudice d'appello "riformi" la sentenza di inammissibilità o di improcedibilità emessa dal Giudice di primo grado debba essere ritenuta - al di là del *nomen juris* utilizzato nel dispositivo - una vera e propria "sentenza di annullamento"; e se una "sentenza di annullamento" (di una pronuncia di inammissibilità o di improcedibilità) possa essere assimilata ad una sentenza "dichiarativa di nullità" in esito alla quale occorre rinviare la causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 105 c.p.a., perché decida nel merito le questioni precedentemente non trattate.

Se quindi, in definitiva, la sentenza d'appello che accerti la erroneità della declaratoria di inammissibilità e/o di irricevibilità del ricorso, comporti l'annullamento con rinvio al giudice di primo grado, ex art. 105 c.p.a.

-Cons. Stato, Sez. III, 24 aprile 2018, n. 2472:

se, qualora il giudice di primo grado abbia omesso del tutto la pronuncia su una delle domande del ricorrente (nella specie l'azione di risarcimento del danno, conseguente all'annullamento dei provvedimenti impugnati), la controversia debba essere decisa nel merito dal giudice di secondo grado, in coerenza con l'effetto devolutivo dell'appello e con la regola della tassatività delle ipotesi di rinvio al primo giudice, oppure, in alternativa, la causa debba essere rimessa al Tar, valorizzando la portata anche sostanziale della nozione di "violazione del diritto di difesa" e il principio costituzionale del doppio grado, anche alla luce della circostanza che la radicale e immotivata omissione di pronuncia avrebbe effetti equivalenti a quelli di una decisione adottata d'ufficio, in violazione del contraddittorio con le parti, stabilito dall'art. 73, comma 3, del c.p.a.

Gli esaminati quesiti sull'art. 105 c.p.a. sono stati suscitati da un recente cambiamento giurisprudenziale. In particolare, con la sentenza n. 33 del 24 gennaio 2018, il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana in merito ad una domanda risarcitoria, dichiarata tardiva dal Tar con conseguente pronuncia d'irricevibilità del ricorso introduttivo, è andato di contrario avviso ritenendola invece tempestiva con annullamento della sentenza impugnata e rimessione al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105 c.p.a. In sostanza, il giudice siciliano ha ritenuto che l'erronea pronuncia in rito di primo grado si è risolta in una lesione del diritto delle parti ad una decisione del merito.

Tale ipotesi, sebbene non sia testualmente ricompresa nel catalogo dell'art. 105 c.p.a., sui casi di rimessione al primo giudice, vi rientrerebbe attraverso la categoria e lo spazio della lesione del diritto di difesa, di cui è invece fatta menzione.

Infatti, ad avviso del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, l'art. 105 c.p.a. costituisce il punto di sintesi, raggiunto dal legislatore del 2010, tra esigenze e visioni differenti: da un lato il principio, peraltro non assoluto, del doppio grado di giurisdizione, che conduce a prevedere l'annullamento con rinvio in una serie di casi in cui più forte è l'esigenza di garantire la riproduzione di un giudizio sul merito della controversia; dall'altro le ragioni di celerità della definizione del processo, che militano a favore della regola, prevalente ma non assoluta, della ritenzione della causa presso il giudice dell'appello, anche laddove la sentenza di primo grado sia riformata.

Se l'annullamento con rinvio al giudice di primo grado costituisce una deroga a tale regola generale, è anche vero che il codice del 2010, ancor più della I. Tar del 1971, ha fatto riferimento a "categorie generali" – come per l'appunto la lesione del diritto di difesa – che possono prestarsi ad un'interpretazione più ampia, rispetto al passato.

Successivamente, anche la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, (12 marzo 2018, n. 1535) ha annullato con rinvio al giudice di primo grado una sentenza che aveva omesso totalmente

di pronunciarsi in ordine alla domanda risarcitoria. Nel caso di specie l'adito Tribunale aveva dichiarato l'improcedibilità della domanda di annullamento presentata unitamente a quella risarcitoria, ma su quest'ultima non si era affatto pronunciata. Secondo la Quarta Sezione tale omissione impone la regressione della causa al giudice di primo grado in quanto l'obliterazione, non di una censura, bensì di una intera domanda (come quella risarcitoria), avente carattere distinto ed autonomo rispetto a quella impugnatoria, costituisce causa di annullamento con rinvio, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a. Inoltre, sempre ai sensi dell'art. 105 c.p.a., nel processo amministrativo, a differenza che nel processo civile, l'integrale violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato rientra a pieno titolo nei casi in cui il principio devolutivo cede il passo al principio del doppio grado di giudizio stabilito dall'art. 125 Cost. Invero, per un verso, si è di fatto declinato l'esercizio di giurisdizione su una delle domande proposte; per altro verso, si è inciso sul diritto di difesa della parte ricorrente.

Le pronunce testé esaminate rappresentano un significativo discostamento dal consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, pure ampliando il dettato normativo dell'art. 105 c.p.a., occorre distinguere tra vizi del procedimento di primo grado tali da comportare l'annullamento della decisione in quanto lesivi del contraddittorio e quindi del diritto di difesa, con contestuale rinvio della controversia al giudice di prima istanza, da vizi del procedimento che possono essere emendati dal giudice di appello con la decisione nel merito della causa.

A fronte del contrasto giurisprudenziale che si è aperto, più collegi hanno ritenuto di investire l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ai sensi del disposto dell'art. 99, comma 1, c.p.a. che obbliga a deferire il punto di diritto oggetto di contrasti.

I motivi che hanno indotto alla rimessione sono diversi, ma ciascun provvedimento è interessante per il percorso logico-giuridico seguito, per la copiosa giurisprudenza richiamata con riferimento al precedente art. 35 della l. n. 1034 del 1971 e al vigente art. 105 c.p.a., per la lettura che viene data di principi fondamentali messi a confronto quali, tra gli altri, il diritto di difesa e la ragionevole durata del processo.

Nel primo caso (sentenza non definitiva n. 2122 del 5 aprile 2018), la Quarta Sezione ha disposto la riforma della sentenza gravata nella parte in cui ha dichiarato l'inammissibilità, per difetto di interesse, dei ricorsi introduttivi del giudizio (si trattava di due distinti ricorsi riuniti) e dei motivi aggiunti.

A proposito delle conseguenze sul piano processuale, e in relazione al disposto dell'articolo 105 c.p.a., dell'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso da parte del primo giudice, la Sezione ha individuato tre aspetti problematici: a) il rapporto tra l'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso e la possibile lesione dei diritti della difesa, *sub specie* di privazione delle parti del doppio grado di giudizio, nel merito; b) il rapporto tra l'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso e la possibile violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; c) il rapporto tra l'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso e la possibile violazione dell'obbligo di motivazione della sentenza^[1].

La seconda rimessione (Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2161), scaturisce

dall'accertamento dell'erroneità della dichiarazione di irricevibilità del ricorso di primo grado. Alla luce del contrasto giurisprudenziale insorto tra l'orientamento tradizionale^[2] secondo cui l'errore in questione non comporta il rinvio della causa al giudice di primo grado, ma la ritenzione del giudizio da parte del giudice di appello, nei limiti di quanto ad esso devoluto, ed un orientamento più recente, secondo cui l'ipotesi in questione sarebbe invece riconducibile al caso della violazione del diritto di difesa, per il quale ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a. si impone l'annullamento della sentenza di primo grado con rinvio al Tribunale amministrativo^[3], si chiede, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato di pronunciarsi in sede nomofilattica ai fini di redimere il contrasto rilevato. L'orientamento del collegio rimettente è nel senso che sia mantenuto fermo l'indirizzo tradizionale, atteso il carattere tassativo delle cause di regressione del processo a quelle tipizzate nel più volte citato art. 105, comma 1, c.p.a. D'altronde, osserva il collegio, tale soluzione sarebbe confermata sia tenendo conto che un'errata pronuncia in rito non può automaticamente essere ritenuta lesiva del diritto di difesa in giudizio, in particolare ogniqualvolta le facoltà difensive della parte soccombente sono state comunque esercitate con pienezza, ed essa abbia potuto fare valere ragioni contrarie all'accoglimento della questione in rito poi risultata risolutiva della controversia in primo grado. A conclusioni diverse, si deve pervenire quando la questione decisiva non sia mai stata sottoposta al contraddittorio delle parti e, in generale, ogni qualvolta è mancato il contraddittorio e vi è stata una compressione delle facoltà difensive della parte^[4].

La questione, pertanto, viene prospettata dalla Quinta Sezione sotto l'esaminato profilo della lesione del diritto di difesa per "difetto di procedura" o "vizio di forma", mentre si tralasciano le restanti ipotesi contemplate dalla disposizione in esame relative alla nullità della sentenza, all'errata declinatoria di giurisdizione, alla pronuncia sulla competenza o alla dichiarazione estinzione o perenzione del giudizio, poiché non rilevanti nella specifica fattispecie.

Il terzo provvedimento di rimessione è stato disposto dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana a seguito dell'annullamento della pronuncia di primo grado di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti e di improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse delle domande giudiziali proposte con il ricorso principale e con il ricorso incidentale. Una volta annullata in appello la pronuncia di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti (proposto, in una controversia relativa ad una procedura ad evidenza pubblica, avverso la revoca dell'aggiudicazione e dell'intera procedura), è riemersa ed ha assunto nuovamente consistenza non soltanto l'interesse ad ottenere una pronuncia di merito in ordine alla legittimità della revoca, ma anche l'interesse ad ottenere una pronuncia di merito in ordine alla legittimità dell'aggiudicazione e degli atti di gara ad essa prodromici, nell'ipotesi ovviamente di accoglimento del ricorso per motivi aggiunti e, quindi, di annullamento della revoca dell'aggiudicazione.

La questione delle conseguenze processuali alla declaratoria di erronea pronuncia di inammissibilità e di improcedibilità è stata esaminata dal collegio rimettente sotto tre profili.

Posto che l'adito Tar aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, proposto avverso il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione e dell'intera gara, e l'improcedibilità del ricorso principale e di quello incidentale, proposti avverso gli atti di gara presupposti, la mancata trattazione del merito della causa in primo grado si è risolta per la

ricorrente nella ingiusta lesione del suo diritto di difesa sia sotto il profilo della violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, sia sotto il profilo della privazione di un grado di giudizio per la trattazione del merito della causa direttamente in appello.

Sotto un secondo profilo, la pronuncia con cui il giudice di primo grado ha dichiarato l'inammissibilità o l'improcedibilità della domanda giudiziale con rinuncia all'esercizio ulteriore del potere giurisdizionale per stabilirne la fondatezza nel merito, può essere assimilata ad una ipotesi di "declinazione" - *latu sensu* - della giurisdizione, rientrando, ad avviso del Consiglio di giustizia amministrativa, nell'ambito della generale categoria delle sentenze declinatorie della giurisdizione comprensiva sia di quelle nelle quali il giudice rifiuta di decidere in quanto ritiene che il potere giurisdizionale spetti ad altra Autorità giudiziaria, sia di quelle nelle quali il giudice rifiuta di decidere la causa, in quanto ritiene che non sussistono i presupposti o le condizioni, o esiste qualche impedimento, per l'esercizio del potere giurisdizionale^[5].

Sotto un terzo ed ultimo profilo, il collegio remittente prospetta la questione nel senso di verificare se la statuizione con cui il giudice d'appello riformi la sentenza di inammissibilità o di improcedibilità emessa in primo grado, debba essere ritenuta - al di là del *nomen juris* utilizzato nel dispositivo - una vera e propria "sentenza di annullamento"; e, in caso affermativo, se possa essere assimilata ad una sentenza "dichiarativa di nullità". Infatti, anche sotto tale aspetto, il giudice d'appello è tenuto a rinviare, per il prosieguo del giudizio, gli atti al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 105 del codice del processo amministrativo, il quale prescrive testualmente che nel caso in cui in appello sia dichiarata la nullità della sentenza appellata, la controversia deve essere rimessa al giudice di prima istanza.

Infine, con l'ordinanza del 24 aprile 2018, n. 2472, la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha affrontato un diverso caso rispetto a quelli già prospettati in sede di rimessione. Infatti, specifica controversia il giudice di primo grado aveva ommesso del tutto la pronuncia su una delle domande del ricorrente (in particolare, l'azione di risarcimento del danno, conseguente all'annullamento dei provvedimenti impugnati). Analogamente alla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, anche la Terza ritiene che sia preferibile l'orientamento tradizionale, più fedele alla lettera dell'art. 105 c.p.a. ed alla sua evidente finalità di accelerazione del giudizio, nel rispetto delle prerogative tipicamente processuali in cui si sostanzia il diritto di difesa.

Tuttavia, la specifica vicenda oggetto del giudizio concernente la totale omissione di pronuncia su un'intera azione (la domanda risarcitoria) ha determinato, con ogni evidenza, una diretta lesione del diritto di difesa (a differenza dell'erronea declaratoria di inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità), perché ha provocato, nei confronti della parte ricorrente, effetti equivalenti a quelli della "pronuncia a sorpresa", di cui all'art. 73 del c.p.a. In sostanza, si tratterebbe, ad avviso del collegio, dell'ipotesi in cui il giudice abbia posto a base della propria decisione una questione rilevata d'ufficio, senza prospettarla preventivamente alla dialettica tra le parti, arrecando un sicuro pregiudizio al diritto di difesa dell'interessato per avergli impedito di manifestare la propria posizione.

Pertanto, sarebbe plausibile concludere che, quando il giudice disattende del tutto l'azione proposta dal ricorrente, senza spiegarne le ragioni, lede, in modo ancora più vistoso, il diritto di

difesa della parte interessata, che si vede privata di ogni possibilità di difesa in ordine ad una pronuncia sfavorevole, adottata al di fuori del prescritto contraddittorio.

[1] Per un commento sul presente provvedimento di rimessione all'Adunanza plenaria, v. A. Cerreto, *Annullamento con rinvio nel processo amministrativo, Osservazioni alla sentenza C.G.A. n. 33 del 24 gennaio 2018*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018.

[2] Da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 31 luglio 2017, n. 3809; Id., Sez. V, 23 gennaio 2018, n. 421; Id., Sez. VI, 18 dicembre 2017, n. 5955.

[3] V., oltre alle già citate sentenze Cons. giust. amm. Reg. Sic. n. 33/2018 e Cons. Stato, Sez. IV, n. 1535/2018, Cons. Stato, Sez. IV, 31 luglio 2017, n. 3809; Id., Sez. IV, 25 novembre 2013, n. 5595; Id., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7235.

[4] Cons. Stato, Sez. IV, 1° settembre 2017, n. 4167; Id., 10 luglio 2017, n. 3372; Id., 6 febbraio 2017, n. 491; Id., Sez. V, 16 febbraio 2017, n. 710; Id., Sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2974.

[5] Sulla nozione di “rifiuto di giurisdizione”, peraltro, si segnalano le recenti decisioni della Corte di cassazione, Sez. un., 29 dicembre 2017, n. 41226, e della Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 6, le quali - sia pure con percorsi diversi - escludono che l'omesso esame di una domanda possa configurarsi come questione di giurisdizione.