

Publicato il 30/07/2018

N. 00010/2018REG.PROV.COLL.

N. 00007/2018 REG.RIC.A.P.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7 di A.P. del 2018, proposto dal Consorzio Stabile Research s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Contaldi La Grotteria, Paolo Pittori, Rosamaria Berloco, Pietro Falcicchio, con domicilio eletto presso lo studio Paolo Pittori, in Roma, Lungotevere dei Mellini 24;

contro

Multiservizi s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberta Penna, domiciliato ex art. 25 Cod. proc. amm. presso la segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;
Consorzio Stabile Progettisti Costruttori, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro De Luca, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Ferrante in Roma, via Acherusio 18;

nei confronti

Impresoa s.p.a., Siciv s.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza T.A.R. MARCHE, sezione I, n. 748/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Multiservizi s.p.a e di Consorzio Stabile Progettisti Costruttori;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2018 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato Carlo Contaldi La Grotteria, l'avvocato Giovanni Bonaccio in delega dell'avvocato Roberta Penna, e l'avvocato Roberto Giuffrida in delega dell'avvocato Pietro De Luca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Consorzio stabile ReseArch s.c.a.r.l. ha proposto appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale delle Marche indicata in epigrafe, con cui è stato dichiarato irricevibile il suo ricorso per l'annullamento degli atti con cui la Multiservizi s.p.a. – affidataria *in house* dall'Autorità d'Ambito Territoriale n. 2 (Marche - Centro Ancona) della gestione del servizio idrico integrato per i Comuni soci – ha confermato l'efficacia del rapporto contrattuale d'appalto dei lavori di realizzazione del nuovo depuratore a servizio dei Comuni della Valle del Misa e del Nevola (di cui al bando pubblicato il 12 dicembre 2015) con l'aggiudicatario Consorzio stabile Progettisti Costruttori.

2. Il Consorzio ReseArch, classificatosi al secondo posto della graduatoria finale di gara, aveva sollecitato la Multiservizi ad annullare in autotutela l'aggiudicazione a favore del Consorzio stabile Progettisti Costruttori (disposta con nota n. 15817 del 2 agosto 2016). Ciò dopo avere appreso della possibile perdita dell'attestazione di qualificazione richiesta per partecipare alla gara (categoria OS22, classifica VI), nel periodo dal 18 ottobre 2016 al 25 marzo 2017, a causa della sospensione della validità della certificazione di qualità aziendale della consorziata Water Technology s.r.l. (certificato n. SC 08-1619 del 26 giugno 2008) da parte dell'organismo di certificazione Siciv s.r.l.; in particolare questa circostanza era comunicata dalla medesima consorziata alla Multiservizi, con nota in data 31 maggio 2017, inviata per conoscenza anche alla ricorrente.

3. Quindi, avuto riscontro negativo dalla stazione appaltante (con nota n. 13233 del 27 giugno 2017), il Consorzio ReseArch proponeva ricorso al Tribunale amministrativo regionale delle Marche per l'annullamento del diniego di autotutela dell'aggiudicazione e conferma dell'efficacia del contratto d'appalto oppostogli dalla Multiservizi.

4. Il ricorso veniva tuttavia dichiarato irricevibile, sul triplice presupposto che:

a) il Consorzio ricorrente era a conoscenza del contratto d'appalto, «atto immediatamente lesivo» dei suoi interessi, sin dalla relativa stipula in data 9 febbraio 2017, in virtù della coeva nota della Multiservizi inviatagli via p.e.c.;

b) in questo periodo «operava ancora la sospensione (...) del certificato di qualità posseduto da Water Technology s.r.l.»;

c) la sospensione era conoscibile per il ricorrente, perché «resa nota al pubblico attraverso il sito www.siciv.it, messo a disposizione di ACCREDIA e delle parti interessate per le azioni del caso».

Pertanto, secondo il giudice di primo grado, a fronte di tale conoscenza, il ricorso, notificato il 30 giugno 2017, era da considerarsi tardivo, per cui in senso contrario non poteva avere rilievo il fatto che il Consorzio ReseArch avesse acquisito la conoscenza effettiva della sospensione del certificato di qualità «con la ricezione della nota del 31.5.2017 trasmessa da Water Technology Srl.».

Del pari il Tribunale escludeva che il diniego di annullamento in autotutela impugnato (di cui alla nota della Multiservizi del 27 giugno 2017, n. 13233, sopra citata) potesse avere determinato la riapertura dei termini per l'impugnazione, poiché la suddetta nota «nella sostanza risulta meramente confermativa del principio secondo cui ciò che assumeva rilevanza, per la Stazione Appaltante, era la certificazione posseduta dal Consorzio aggiudicatario (...) e non le vicende riguardanti le singole consorziate cui la Stazione Appaltante resta estranea».

5. Nel proprio appello il Consorzio ReseArch ha contestato la dichiarazione di irricevibilità del proprio ricorso e riproposto le censure in esso contenute.

Si sono costituiti in resistenza la Multiservizi e il controinteressato Consorzio stabile Progettisti Costruttori.

6. La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza non definitiva 10 aprile 2018, n. 2161, ha accolto il motivo di appello diretto a contestare la tardività del ricorso di primo grado.

Secondo la Sezione rimettente, invero, il T.a.r. ha erroneamente riconosciuto il valore legale della pubblicità sui siti internet istituzionali degli organismi di certificazione, non previsto in realtà da alcuna disposizione di legge. La Quinta Sezione ha richiamato, a tal proposito, l'art. 41, comma 2, Cod. proc. amm. in base al quale, al di fuori delle ipotesi di comunicazione individuale o di conoscenza comunque acquisita, la pubblicazione può essere considerata come decorrenza del termine per proporre ricorso solo se "*prevista dalla legge o in base alla legge*".

Inoltre, secondo la Quinta Sezione, la tesi del T.a.r. introdurrebbe un onere indeterminato di acquisizione della conoscenza in capo alla parte circa possibili illegittimità di atti amministrativi: onere che, oltre a non essere imposto da alcuna norma di legge, risulterebbe in contrasto con il principio della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale ai sensi degli articoli 1 Cod. proc. amm. e 24 e 133 Cost.

7. Accertata l'errata dichiarazione di irricevibilità del ricorso di primo grado, la Sezione ha affrontato la questione delle relative conseguenze sulla pronuncia da adottare nel giudizio di appello.

Ha ravvisato sul punto l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, che può essere sintetizzato nei termini che seguono.

7.1. Secondo l'orientamento tradizionale (da ultimo riaffermato da: Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2017, n. 3809; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 421; Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2017, n. 5955), 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.

7.2. Tuttavia, un più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa si è posto in consapevole linea di discontinuità con l'indirizzo precedente ed ha statuito che 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, Cod. proc. amm. si impone l'annullamento della sentenza di primo grado

con rinvio al Tribunale amministrativo (Cons. giust. amm. Sicilia 24 gennaio 2018, n. 33; in termini analoghi, per il caso di omesso esame di una domanda: Cons. Stato, IV, 12 marzo 2018, n. 1535).

8. La Sezione ha, quindi, rimesso all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, Cod. proc. amm., il punto di diritto, oggetto di contrasti in giurisprudenza, relativo all'interpretazione dell'art. 105, comma 1, Cod. proc. amm., e all'esatta individuazione dei casi di annullamento con rinvio, con particolare riferimento alle conseguenze derivanti dall'accertamento dell'errata dichiarazione di irricevibilità del ricorso di primo grado.

9. Nel giudizio innanzi all'Adunanza plenaria ha depositato memoria scritta soltanto la Multiservizi s.p.a.

10. Alla pubblica udienza del 13 giugno 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

11. La questione di diritto all'esame dell'Adunanza plenaria deve essere risolta dando continuità al consolidato orientamento interpretativo che, anche dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, afferma il carattere tassativo ed eccezionale dei casi di rimessione al giudice di primo grado, oggi descritti dall'art. 105 dello stesso Codice.

Va in particolare, escluso che tra i casi di annullamento con rinvio possa rientrare l'erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità della domanda, oppure l'ipotesi in cui il giudice di primo grado abbia totalmente omesso di esaminare una delle domande proposte (anche per ragioni diverse dall'accoglimento di una eccezione pregiudiziale di rito).

12. L'art. 105 Cod. proc. amm. prevede testualmente che: *«Il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti, ovvero dichiara la nullità della sentenza, o riforma la sentenza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio»*.

Rispetto alla previgente disposizione contenuta nell'art. 35 della legge n. 1034 del 1971, l'art. 105 Cod. proc. amm., presenta, nonostante i persistenti elementi di diversità, una più spiccata assonanza con la disciplina contenuta negli articoli 353 e 354 del codice di procedura civile, il che risulta coerente con quanto previsto, in sede di legge delega, dall'art. 44, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69 recante *«Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile»*), che aveva espressamente menzionato, fra gli obiettivi del riassetto della disciplina del processo amministrativo, proprio il *“coordinamento con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali”*

Il “vincolo” del coordinamento con la disciplina del processo civile impone, pertanto, una lettura dei casi di annullamento con rinvio più ravvicinata rispetto all'analoga disciplina del processo civile e, soprattutto, che tenga conto di tutte le disposizioni del codice di procedura civile che esprimono principi generali o comuni del processo, così come espressamente previsto dalla clausola di rinvio esterno contenuta nell'art. 39 Cod. proc. amm.

Alla luce dell'art. 39 Cod. proc. amm. (e della previsione della legge delega che lo ha ispirato) oggi, quindi, il vincolo interpretativo derivante dai principi generali del processo civile è più forte rispetto al passato (cfr., di recente, Corte cost., sentenza 26 giugno 2018, n. 132).

14. I principi generali del processo che vengono in rilievo ai fini di affrontare la questione di diritto oggetto del presente giudizio sono, in particolare, il principio del c.d. effetto devolutivo dell'appello e quello, strettamente correlato, della conversione delle nullità processuali in motivi di appello (cfr. art. 161, primo comma, Cod. proc. civ.), salvo i casi estremi di c.d. nullità-inesistenza (che l'art. 161, comma secondo, individua nel difetto di sottoscrizione).

15. Il principio dell'effetto devolutivo fa dell'appello una impugnazione sostitutiva che di regola conduce, sia pure subordinatamente all'onere della formulazione di specifici motivi, ad una sentenza che ridefinisce integralmente (per la parte impugnata: *tantum devolutum quantum appellatum*) la causa pendente, ripronunciandosi sullo stesso oggetto della sentenza di primo grado. Sebbene l'appello sia ormai configurato (tanto nel processo civile quanto in quello amministrativo) come *revisio prioris instantiae* e non come *novum iudicium* (cfr. Cass., sez. un. 16 novembre 2017, n. 27199), la sentenza di appello, comunque, nei limiti delle censure dedotte, si esprime direttamente sull'esito da attribuire alla causa, sostituendo, in tutto o in parte, la sentenza di primo grado e ponendosi come nuova decisione idonea a passare in giudicato.

Pertanto, salvo il requisito della specificità dei motivi, l'oggetto del giudizio di appello si sovrappone – almeno potenzialmente, in relazione all'ampiezza della richiesta di riesame desumibile dall'atto di impugnazione e, appunto, dal complesso dei suoi motivi – all'oggetto del processo di primo grado, sì che la nuova sentenza di regola avrà – per effetto di questa ampia devoluzione della materia del primo giudizio al nuovo giudice – carattere sostitutivo.

16. Il principio della conversione delle cause di nullità in motivi di impugnazione è storicamente il frutto dell'evoluzione che, attraverso la fusione dei vizi della c.d. *querela (o actio) nullitatis* nell'appello, fa di quest'ultimo un mezzo di impugnazione a vocazione generale (o a critica libera), idoneo a far valere tutti i vizi della sentenza, sia quelli che ne determinano l'ingiustizia, sia quelli che ne determinano l'invalidità. Solo nei rari casi di nullità-inesistenza (l'art. 161, secondo comma, Cod. proc. civ. prevede espressamente quello di mancata sottoscrizione del giudice), la particolare gravità del vizio non ammette sanatorie e ancora consente la proposizione di un'azione di nullità della sentenza, senza limiti di tempo.

17. L'art. 105 Cod. proc. amm. si colloca in questo quadro normativo-sistematico, recependo, anche nel processo amministrativo, la regola dell'effetto devolutivo/sostitutivo dell'appello e codificandone il principale corollario applicativo, che si traduce nella limitazione dei casi di annullamento con rinvio (in cui l'appello svolge eccezionalmente una funzione rescindente e non più sostitutiva) ad un numero limitato ed eccezionali di ipotesi.

18. L'art. 105 trova il suo diretto antecedente nell'art. 35 della legge n. 1034 del 1971 (e prima ancora nell'articolo 19 della legge 10 maggio 1890, n. 6837 – su cui ebbe ad incidere la legge 7 marzo 1907, n. 62, istitutiva della Quinta Sezione – e nell'articolo 22 del testo unico 26 giugno 1924, n. 1058, che disciplinavano l'impugnazione delle decisioni delle giunte provinciali amministrative dinanzi al Consiglio di Stato).

L'art. 35 legge n. 1034 del 1971 aveva generato non pochi dubbi applicativi, principalmente dovuti: al significato da attribuire alle due espressioni “difetto di procedura” e “vizio di forma”; alla previsione testuale del rinvio solo in caso di erronea dichiarazione di incompetenza (e non anche di erronea declinatoria di giurisdizione); all'assenza di ogni riferimento esplicito all'erronea dichiarazione di estinzione e di perenzione del giudizio.

19. L'art. 105 Cod. proc. amm. supera molte delle incertezze interpretative legate alla norma previgente e, recependo in gran parte le acquisizioni cui era già approdata in via interpretativa la

giurisprudenza amministrativa, chiarisce che l'annullamento con rinvio può avvenire “*soltanto*” se l'*error in procedendo* abbia determinato la mancanza del contraddittorio, la violazione del diritto di difesa o un caso di nullità della sentenza.

Sempre in un'ottica di continuità rispetto alle acquisizioni giurisprudenziali, l'art. 105, inoltre, estende testualmente l'annullamento con rinvio all'erronea dichiarazione (oltre che dell'incompetenza) anche della giurisdizione (codificando, così, il principio già enunciato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 8 novembre 1996, n. 23).

L'espressa inclusione tra i casi di annullamento con rinvio della erronea dichiarazione di estinzione (e di perenzione) determina, invece, un momento di discontinuità rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale, che aveva ritenuto consumato il grado di giudizio (e, quindi, esclusa la rimessione al primo giudice) anche nei casi di estinzione e di perenzione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 2003, n. 4046).

20. Le appena richiamate ipotesi di annullamento con rinvio hanno carattere tassativo e natura eccezionale, perché rappresentano una deroga al principio devolutivo dell'appello (che di regola è un mezzo sostitutivo e non eliminatorio), e non consentono, pertanto, interpretazioni analogiche o estensive.

21. Sul piano testuale, la natura eccezionale dei casi di rinvio è scolpita con nettezza dell'utilizzo dell'avverbio “*soltanto*”, dal quale si ricava, argomentando *a contrario*, che la regola è quella secondo cui il giudice d'appello, quando riscontra un errore o un vizio della sentenza, non annulla, ma riforma la sentenza e si pronuncia sul ricorso di primo grado, anche eventualmente esaminando per la prima volta questioni (di rito o di merito) che nel giudizio di primo grado non sono mai state esaminate, in quanto ritenute erroneamente assorbite o precluse dall'accoglimento di un'eccezione pregiudiziale.

22. In senso contrario, al fine di attenuare il rapporto tra regola ed eccezione così delineato, non vale obiettare che nell'individuazione dei casi di rinvio l'art. 105 utilizzerebbe clausole “indeterminate” o “aperte”, che consentirebbero, rispetto al previgente art. 35 della legge n. 1034 del 1971, maggiori margini di flessibilità con conseguente ampliamento dei casi di rinvio.

In realtà, le espressioni utilizzate dall'art. 105, comma 1, per individuare i casi di annullamento con rinvio non risultano “aperte” o “indeterminate”: sono, invece, formule “chiuse” e “determinate”, che confermano e rafforzano il principio di tassatività.

In particolare, attraverso le espressioni “mancanza del contraddittorio” e “lesione del diritto di difesa” (che, più delle altre, hanno sollevato sospetti di indeterminatezza), il legislatore ha individuato, sia pure senza ricorrere alla tecnica normativa della descrizione analitica delle singole fattispecie, un insieme chiuso, determinato e tipico di vizi, identificabili (pur con l'ineliminabile apporto dell'interpretazione giurisprudenziale) attraverso una regola di giudizio che non presenta profili di vaghezza o indeterminatezza.

L'individuazione dei casi di mancanza del contraddittorio o di violazione del diritto di difesa, come si vedrà *funditus* nel prosieguo, è rimessa a criteri determinati e identificabili attraverso le singole e puntuali norme processuali che prescrivono, con sfumature diverse secondo l'incedere del processo, le garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa. Tali nozioni, del resto, hanno ricevuto nella costante giurisprudenza del Consiglio di Stato una interpretazione chiara, rigorosa, tendenzialmente tipizzante, proprio per evitare che l'erosione della tassatività aprisse una imprevedibile incertezza nel rapporto tra giudizio di primo e di secondo grado e un allungamento indefinito del giudizio, con

l'estensione delle ipotesi di rinvio, e con un allontanamento di quel bene ultimo, al quale deve pervenire il processo, e cioè il giudicato sostanziale.

L'impiego di una tecnica normativa non analitica, ma sintetica, è giustificata dall'ineliminabile rischio di incompletezza che ogni elencazione analitica reca con sé. Da qui la scelta del legislatore di utilizzare formule di sintesi ("mancanza del contraddittorio" o "violazione del diritto di difesa"), che non presentano, però, i profili di indeterminatezza valutativa tipici della clausole "aperte". Affidare l'individuazione di una regola di procedura a clausole "aperte" o "indeterminate" sarebbe, del resto, un'operazione difficilmente compatibile con l'esigenza di certezza e di prevedibilità che, specie in materia processuale, deve essere assicurata al più alto livello possibile.

23. La tassatività che caratterizza l'elenco dell'art. 105 trova poi una ulteriore conferma nel riferimento esplicito e puntuale che la disposizione fa ai casi di erronea dichiarazione di estinzione e di perenzione.

La norma, in questo caso analitica, esprime, oltre che una volontà "positiva" (includere perenzione ed estinzione tra i casi di regressione), anche una chiara volontà "negativa": la scelta, cioè, di escludere dai casi di annullamento con rinvio tutte le ipotesi di erronea chiusura in rito del processo (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità) diverse rispetto a quelle espressamente tipizzate (estinzione e perenzione).

24. Il diverso trattamento processuale che così viene a determinarsi tra l'ipotesi dell'estinzione e quelle della irricevibilità, inammissibilità e improcedibilità non risulta arbitrario o ingiustificato.

Le vicende anomale del processo – e, in particolare, l'interruzione e l'estinzione del giudizio – sono spesso indissolubilmente legate al diritto di difesa o alla violazione del contraddittorio in danno di una parte, colpita da un evento che non le ha consentito di prendere parte o di dare impulso al processo, e la violazione delle relative disposizioni finisce per privare effettivamente la parte di un grado del giudizio, analogamente a quanto accade quando il giudice dichiara erroneamente il difetto di competenza e di giurisdizione.

In questo senso vi è una perfetta specularità tra un processo erroneamente dichiarato estinto (e/o perento) e un processo erroneamente mai nato per la ritenuta assenza di giurisdizione o di competenza, mentre così non è per la erronea declaratoria di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso. In quest'ultimo caso, il processo si instaura (perché sussistono i c.d. presupposti processuali) e si svolge regolarmente, concludendosi con una sentenza che, pronunciandosi sulla domanda proposta, ravvisa la carenza di una delle condizioni per l'esame del merito.

Del resto, sul piano della teoria generale del processo, tale differenza di trattamento trova ulteriore conferma nella tradizionale distinzione che la dottrina ha elaborato tra presupposti processuali e condizioni dell'azione. I primi (fra cui si annoverano giurisdizione e competenza) condizionano l'instaurazione stessa del processo (che, quindi, non può considerarsi validamente "nato" in loro assenza); le seconde, invece, incidono soltanto sulla possibilità di decidere nel merito la domanda proposta all'esito di un processo che si è validamente instaurato, con la conseguente consumazione della *potestas iudicandi* e del grado di giudizio.

25. La scelta legislativa trova ancora giustificazione nel generale principio processuale (sancito dall'art. 310, primo comma, Cod. proc. civ.) secondo cui "*l'estinzione del processo non estingue l'azione*", dal che si desume, per quello che più rileva in questa sede, che la relativa pronuncia

giudiziale (che dichiara l'estinzione) non consuma, a sua volta, la *potestas iudicandi* del giudice di primo grado.

Se, infatti, persino in caso di estinzione dichiarata ritualmente l'azione potrebbe, in ipotesi, essere riproposta innanzi al giudice di primo grado (per quanto nel diritto amministrativo tale eventualità sia difficilmente compatibile con la natura decadenziale dei termini per proporre il ricorso), a maggior ragione deve escludersi che vi sia consumazione del diritto di azione della parte (e del potere decisorio del giudice) laddove la dichiarazione di estinzione sia avvenuta erroneamente.

Diversamente, la dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità e improcedibilità estingue l'azione e consuma la *potestas iudicandi*: il giudice di primo grado, infatti, nel ritenere che sussista una delle ragioni *litis ingressum impediens*, non abdica alla sua *potestas iudicandi*, ma valuta, per quanto, in ipotesi, erroneamente, che ricorra una questione preliminare idonea a definire il giudizio avanti a sé.

Significativo, a sostegno di tale conclusione, il principio che si ricava dagli articoli 358 e 387 Cod. proc. civ., in base ai quali la dichiarazione di inammissibilità o improcedibilità dell'appello (art. 358) o del ricorso in cassazione (art. 387) ne precludono la riproponibilità anche se non è scaduto il termine fissato dalla legge per impugnare. Alla base di tali previsioni (al di là della specificità del profilo processuale disciplinato) vi è certamente l'idea che le dichiarazioni di improcedibilità e di inammissibilità (sia che a pronunciarla sia il giudice dell'impugnazione sia quello di primo grado) esauriscono il potere decisorio, determinando, di riflesso, la consumazione del potere di impugnazione della parte.

26. Va aggiunto che l'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. prevede testualmente «*che si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello*». L'onere di espressa riproposizione delle domande non esaminate (a prescindere dalla ragione che ne ha determinato il mancato esame) rappresenta la coerente applicazione del principio devolutivo/sostitutivo del giudizio di appello ed esclude che il mancato esame di una domanda (o il suo erroneo assorbimento) possa determinare un'ipotesi di annullamento con rinvio, atteso che, altrimenti, detto onere di riproposizione non avrebbe alcuna giustificazione.

27. Coerente con la tassatività dei casi di annullamento con rinvio è, infine, il riferimento che l'art. 105 fa alla "nullità della sentenza", sia pure, in questo caso, con qualche profilo di maggiore criticità.

La categoria della nullità degli atti processuali soggiace, invero, ad un principio di tassatività tendenziale, enunciato dall'art. 156, primo comma, Cod. proc. civ. (da ritenersi principio generale del processo ai sensi del rinvio esterno di cui all'art. 39 Cod. proc. amm.) in forza del quale la nullità può essere dichiarata solo se è comminata dalla legge (nullità testuale).

La rigida tassatività delle nullità processuali è, tuttavia, ridimensionata dal secondo comma dello stesso art. 156 Cod. proc. civ., che consente di pronunciare comunque la nullità (anche in assenza di una puntuale previsione testuale), «*quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo*», introducendo così, anche in materia processuale, una ipotesi di nullità "virtuale".

Va, tuttavia, rimarcato il carattere eccezionale della nullità processuale virtuale, che, richiedendo la carenza di requisiti formali, opera solo per le nullità "formali" (e non per quelle c.d. extraformali) e postula, inoltre, che la forma mancata sia "indispensabile" ai fini del raggiungimento dello scopo cui l'atto è preordinato. Eccezionalità indirettamente ribadita dall'art. 156, terzo comma, Cod. proc.

civ., secondo cui la nullità non può essere mai pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato.

28. La tassatività dei casi di annullamento con rinvio riceve conferma anche sul piano sistematico e dei principi: oltre a rappresentare, come si è già evidenziato, il naturale corollario del principio dell'effetto devolutivo dell'appello, si ricollega a sostanziali esigenze di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo, evitando che gli errori del giudice possano determinare, a danno delle parti, l'azzeramento del processo e la moltiplicazione dei gradi di giudizio.

Come ha affermato anche la Corte costituzionale (cfr. Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77), il principio di ragionevole durata del processo, per quanto rivolto al legislatore, ben può fungere da parametro interpretativo con riguardo a quelle norme processuali le quali – rispetto al fine primario del processo che consiste nella realizzazione del «diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa» – prevedano rallentamenti o tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo all'altro, formalità superflue non giustificate da garanzie difensive né da esigenze repressive o di altro genere.

29. Va, inoltre, evidenziato che la natura eccezionale dei casi di annullamento con rinvio non trova alcun ostacolo nel principio del doppio grado di giudizio e, contrariamente a quanto a volte si sostiene per ampliare le ipotesi di rimessione al primo giudice, non ne costituisce una deroga.

Il doppio grado di giudizio non richiede, infatti, una doppia pronuncia sul merito, ma semplicemente che il giudice valuti gli atti processuali ed emetta un giudizio.

Ciò avviene, oltre che quando entra nel merito dell'affare, anche in quei casi in cui il rapporto processuale si chiude con una pronuncia dichiarativa dell'assenza di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione. Alla luce del carattere rinnovatorio del giudizio di appello, il rinvio al primo giudice, invocato ad apparente tutela del doppio grado, in realtà si atteggia come eccezione a tale principio, perché contraddice la *plena cognitio* del giudice di appello una volta che il primo giudice abbia consumato il proprio grado di giurisdizione.

Ne discende che interpretazioni estensive o persino analogiche dell'art. 105 Cod. proc. amm. non realizzerebbero un corretto bilanciamento fra i valori costituzionali in gioco e finirebbero per produrre una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.), in quanto la regressione del processo allo stato iniziale (apparentemente volta a garantire alla parte che in primo grado non ha ottenuto una decisione sul merito della domanda proposta) determinerebbe in realtà l'allontanamento *sine die* di una valida pronuncia sul merito e, quindi, una sostanziale attenuazione, se non una vanificazione dell'effettività della tutela.

Diversamente opinando, in nome di un malinteso senso garantistico del doppio grado del giudizio, si produrrebbe un risultato che andrebbe a ritorcersi contro la parte stessa, la quale, in nome di questo astratto principio (il doppio grado del giudizio nel merito), verrebbe costretta a tornare davanti al primo giudice, dopo l'annullamento con rinvio, e sarebbe onerata di un defaticante percorso ad ostacoli tra primo e secondo grado (con ben quattro o, nei casi di reiterato errore, sei e forse più gradi di giudizio).

30. Furono, del resto, proprio le preoccupazioni legate alla vanificazione del valore costituzionale dell'effettività della tutela che indussero in passato l'Adunanza generale di questo Consiglio di Stato a proporre, *de jure condendo*, la radicale eliminazione dell'istituto dell'annullamento con rinvio nel giudizio amministrativo. Si fa riferimento, in particolare, al parere n. 236/94 del 6 ottobre

1994 sullo schema di disegno di legge sulla riforma del processo amministrativo, che suggerì l'abrogazione dell'art. 35 della l. n. 1034 del 1971, con l'obbligo, una volta riformata la sentenza impugnata, di decidere «sempre senza rinvio», e tanto per «così evitare che il Consiglio di Stato annulli con rinvio, prolungando così il giudizio di altri due possibili gradi».

Anche nel 1990, rendendo il parere n. 16/89 dell'8 febbraio 1990 su analogo disegno di legge in ordine alla riforma del processo amministrativo, l'Adunanza generale aveva osservato che «l'annullamento con rinvio presenta l'inconveniente di dar luogo a quattro gradi di giudizio, oltre a mantenere in vita la distinzione tra vizi di procedura che possono, oppure no, dar luogo a rinvio».

31. L'esigenza di evitare inutili e defatiganti allungamenti dei tempi del processo (oggi ancor più rilevante alla luce dell'avvenuta costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo) assume un ruolo centrale per evitare interpretazioni dell'articolo 105 non consentite dalla sua puntuale portata letterale.

L'enfatico e suggestivo richiamo al doppio grado del giudizio, anche in chiave costituzionale, non risolve, quindi, il problema del rapporto tra la decisione del primo giudice e quella del secondo giudice. Questo rapporto deve trovare soluzione solo in una rigorosa e tassativa analisi dell'articolo 105 Cod. proc. amm. e delle altre disposizioni, sopra richiamate, in materia di appello.

Proprio l'esegesi puntuale dell'art. 105 non consente di includere tra i casi di annullamento con rinvio l'ipotesi oggetto dell'ordinanza di rimessione, in cui il giudice di primo grado abbia erroneamente dichiarato il ricorso irricevibile (ed identiche considerazioni valgono con riferimento all'erronea dichiarazione di inammissibilità e di improcedibilità).

32. La contraria tesi, volta a ricondurre l'erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità tra i casi di annullamento con rinvio, ha individuato tre profili di possibile collegamento tra l'erronea chiusura in rito del giudizio di primo grado e le fattispecie di regressione descritte dall'art. 105.

Si è evidenziato, in particolare, al fine di sostenere l'ampliamento dei casi di annullamento con rinvio:

a) il rapporto tra l'erronea declaratoria di inammissibilità (irricevibilità o improcedibilità) del ricorso e la possibile lesione dei diritti della difesa, *sub specie* di violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e di privazione delle parti del doppio grado di giudizio nel merito;

b) il rapporto tra l'erronea declaratoria di inammissibilità (irricevibilità o improcedibilità) del ricorso e la nozione di “rifiuto di giurisdizione”, come emergente da alcune pronunce delle sezioni unite della Corte di Cassazione rese in sede di ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato per motivi di giurisdizione;

c) il rapporto tra l'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso e la possibile violazione dell'obbligo di motivazione della sentenza.

33. Nessuno dei tre profili appare, tuttavia, dirimente.

34. L'erronea dichiarazione di inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità non determina, di per sé, una lesione del diritto di difesa o una violazione del contraddittorio.

35. Va, anzitutto, evidenziato che le formule “lesione del diritto di difesa” e “mancanza del contraddittorio”, pur non costituendo un’endiadi (perché ciascuna nozione ha un suo significato autonomo che non si risolve in quello dell’altra) sono ambedue riconducibili alle menomazione del contraddittorio *lato sensu* inteso. In entrambi i casi è mancata la possibilità di difendersi nel giudizio-procedimento, nel senso che lo svolgimento del giudizio risulta irrimediabilmente viziato, sicché il giudice è pervenuto a una pronuncia la cui illegittimità va riguardata non per il suo contenuto, ma per il solo fatto che essa sia stata resa, senza che la parte abbia avuto la possibilità di esercitare il diritto di difesa o di beneficiare dell’integrità del contraddittorio.

Nell’ambito di questa macro-categoria (di violazione del contraddittorio in senso lato), l’ulteriore distinzione (fatta propria dal testo dell’art. 105 Cod. proc. amm.) tra mancanza del contraddittorio in senso stretto e violazione del diritto di difesa attiene alla natura “genetica” o “funzionale” del vizio che ha inficiato lo svolgimento del giudizio-procedimento.

36. La “mancanza del contraddittorio” è così essenzialmente riconducibile all’ipotesi in cui doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte: il vizio è, quindi, genetico, nel senso che a causa della mancata integrazione del contraddittorio o della erronea estromissione, una o più parti vengono in radice e sin dall’inizio private della possibilità di partecipare al giudizio-procedimento.

Peraltro, in applicazione del principio della ragione più liquida, l’art. 49, comma 2, Cod. proc. amm. (applicabile anche nel giudizio di appello al fine di evitare un inutile annullamento con rinvio) consente al giudice di pronunciare anche a contraddittorio non integro quanto il ricorso risulti manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato. È evidente in tale previsione la *ratio* di economia processuale che consente di prescindere da incumbenti inutili (l’integrazione del contraddittorio o il rinvio al primo giudice affinché disponga l’integrazione del contraddittorio) quando le risultanze già acquisite consentono di definire il giudizio in senso sfavorevole per la parte ricorrente (v. Cons. Stato, ad. plen. 27 aprile 2015, n. 5; Cons. Stato sez. IV, 1 giugno 2016, n. 2316; Cons. giust. amm. sic. 17 giugno 2016, n. 172; Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 370; Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2013, n. 2893).

37. La “lesione del diritto di difesa” fa riferimento, invece, ad un vizio (non genetico, ma) funzionale del contraddittorio, che si traduce nella menomazione dei diritti di difesa di una parte, che ha, tuttavia, preso parte al giudizio, perché nei suoi confronti il contraddittorio iniziale è stato regolarmente instaurato, ma, successivamente, nel corso dello svolgimento del giudizio, è stata privata di alcune necessarie garanzie difensive.

Le ipotesi sono tipiche e presuppongono la violazione di norme che prevedono poteri o garanzie processuali strumentali al pieno esercizio del diritto di difesa. Ad esempio, seguendo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza amministrativa: *a*) la mancata concessione di un termine a difesa (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3787); *b*) l’omessa comunicazione della data dell’udienza (Cons. Stato sez. V, 10 settembre 2014 n. 4616; Cons. Stato sez. V, 28 luglio 2014 n. 4019; Cons. Stato sez. IV 12 maggio 2014 n. 2416; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1831); *c*) l’erronea fissazione dell’udienza durante il periodo feriale (Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2013, n. 5601); *d*) la violazione dell’art. 73, comma 3, Cod. proc. amm. per aver il giudice posto a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio e non prospettata alle parti (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2974; Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2017, n. 2921; Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2016 n. 478; Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3992; Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2015, n. 1438); *e*) la definizione del giudizio in forma semplificata senza il rispetto delle garanzie processuali prescritte dall’art. 60 Cod. proc. amm. (Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7982; Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2013, n. 5601); *f*) la sentenza pronunciata senza che

fosse dichiarata l'interruzione nonostante la morte del difensore (Cons. giust. amm. sic. 10 giugno 2011, n. 409).

La violazione del diritto di difesa in tutte queste ipotesi avviene nel giudizio-procedimento, dove la parte non ha potuto difendersi; l'errore si annida nella procedura, e non nel contenuto della sentenza: il diritto di difesa, quindi, è lesa *nel giudizio* e non *dal giudizio*.

38. Non possono rientrare in tale fattispecie le ipotesi nelle quali, dopo che la questione è stata sottoposta al dibattito processuale, essa sia poi accolta e per effetto di ciò non si proceda all'esame del merito.

Il mancato esame del merito in questo caso costituisce una conseguenza dell'applicazione delle regole sull'ordine delle questioni sancito dagli artt. 76, comma 4, Cod. proc. amm. e 276, comma 2, Cod. proc. civ., che attengono alla fase di decisione della controversia ed operano, quindi, quando la dialettica processuale si è ormai svolta; la dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso non si traduce, quindi, in una pronuncia "a sorpresa" (o della terza via) che possa reputarsi lesiva del diritto di difesa.

L'effetto devolutivo e il sindacato sostitutivo fanno sì che il giudice d'appello, una volta ritenuta erronea la declaratoria di inammissibilità, di improcedibilità o di irricevibilità, possa e debba entrare nel merito della causa, proprio per garantire alla parte che si sia vista negare dal primo giudice, sulla base di ragioni erronee, una pronuncia sui motivi dedotti il formarsi di una pronuncia stabile e definitiva su tali motivi.

39. La parte, nell'appello, del resto, censura l'erroneità di tali ragioni, senza lamentare di non essersi potuta difendere su tali ragioni. La parte non deduce neanche che il giudice di primo grado abbia abdicato alla propria *potestas iudicandi*, ma che egli abbia erroneamente ritenuto il ricorso non meritevole di esame per l'esistenza di ragioni preclusive (decadenza, difetto di interesse, non autonoma impugnabilità dell'atto, etc.), e chiede al giudice di appello di sostituirsi al primo giudice in tale esame.

40. Non vale in senso contrario richiamare l'asserita violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. In disparte la considerazione che se pure tale violazione vi fosse, essa non sarebbe comunque di per sé idonea a giustificare la regressione al primo giudice (sul punto si vedano le considerazioni che si svolgeranno nel prosieguo), è qui dirimente la constatazione che, dichiarando la domanda irricevibile, inammissibile o improcedibile, il giudice si pronuncia su di essa, ravvisando la sussistenza di un ostacolo processuale che impedisce l'esame del merito. Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato è, quindi, rispettato, perché esso postula che ogni domanda venga decisa, ma non necessariamente con una sentenza di merito.

41. Non vale invocare nemmeno la violazione della regola del doppio grado di giudizio, la quale, come si è già ampiamente evidenziato, non implica che il merito debba essere sempre esaminato in ciascun grado, ma solo che la parte possa chiedere la revisione della decisione di primo grado, conformemente alla natura devolutiva (limitatamente ai punti della sentenza di primo grado impugnati) del mezzo dell'appello.

42. La tesi ampliativa dei casi di rimessione al primo giudice non può essere condivisa neanche quando prospetta la possibilità di qualificare l'erronea dichiarazione di inammissibilità, irricevibilità, improcedibilità del ricorso in termini di sostanziale "rifiuto di giurisdizione" e, quindi, alla stregua di una pronuncia che abbia erroneamente declinato la giurisdizione, rifiutandone l'esercizio.

Tale argomento – che trova il suo fondamento in alcune pronunce con le quali le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno talvolta identificato nella erronea chiusura in rito del processo (specie se determinata da un abnorme stravolgimento delle norme di riferimento tali da ridondare in denegata giustizia) una ipotesi di superamento dei limiti esterni della giurisdizione – non merita condivisione per una pluralità di ragioni.

43. In primo luogo, la tendenza volta ad estendere i limiti esterni della giurisdizione (fino a farvi ricomprendere talune particolari ipotesi di erronea dichiarazione di inammissibilità o improcedibilità) è stata espressamente disattesa dalla Corte costituzionale nella sentenza 18 gennaio 2018, n. 6, la quale ha testualmente affermato che *«l'«eccesso di potere giudiziario», denunciabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici»*. Non può, invece, estendersi all'ipotesi in cui, l'esistenza della giurisdizione è incontrovertibile, ma il giudice amministrativo nell'esercitarla, ravvisi la sussistenza di impedimenti di natura processuale all'esame nel merito della lite.

Si tratta, peraltro, come ricorda la già citata sentenza della Corte costituzionale, di un indirizzo che è ancora prevalente nella giurisprudenza maggioritaria delle stesse Sezioni unite, la quale continua ad affermare che il *«cattivo esercizio della propria giurisdizione da parte del giudice, che provveda perché investito di essa e, dunque, ritenendo esistente la propria giurisdizione e, tuttavia, nell'esercitarla, applichi regole di giudizio che lo portino a negare tutela alla situazione giuridica azionata, si risolve soltanto nell'ipotetica commissione di un errore all'interno di essa »*; e che, *«poiché la distinzione fra la giurisdizione ordinaria e le giurisdizioni speciali ha come implicazione necessaria che ciascuna giurisdizione si eserciti con l'attribuzione all'organo di vertice interno al plesso giurisdizionale del controllo e della statuizione finale sulla correttezza in iure ed in facto di tutte le valutazioni che sono necessarie per decidere sulla controversia, salvo quelle che implicino negazione astratta della tutela giurisdizionale davanti alla giurisdizione speciale ed a qualsiasi giurisdizione (rifiuto) oppure alla negazione della giurisdizione accompagnino l'indicazione di altra giurisdizione (diniego), non è possibile prospettare che, fuori di tali due casi, il modo in cui tale controllo viene esercitato dall'organo di vertice della giurisdizione speciale, se anche si sia risolto in concreto nel negare erroneamente tutele alla situazione giuridica azionata, sia suscettibile di controllo da parte delle Sezioni Unite»* (Corte di cassazione, sezioni unite, 6 giugno 2017, n. 13976; nello stesso senso, tra le più recenti, sezioni unite, 19 settembre 2017, n. 21617; 29 marzo 2017, n. 8117).

44. In secondo luogo, le stesse Sezioni Unite, anche quando hanno aderito a soluzioni ampliative, hanno, comunque, espressamente specificato che tale nuovo concetto di giurisdizione attiene solo alla determinazione dei casi di ammissibilità del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost.; non anche alle disposizioni dei codici di rito riguardanti la determinazione dei casi in cui il giudice di appello deve rimettere le parti davanti al primo giudice (cfr., in particolare, Cass. sez. un. 29 dicembre 2017, n. 31222, par. 2.5. della motivazione).

In conclusione, non è dubitabile che la dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso postula l'affermazione implicita della giurisdizione di chi l'ha emessa e

non è, quindi, riconducibile all'ipotesi dell'erronea declinatoria di giurisdizione cui fa riferimento l'art. 105 come ipotesi di rinvio a primo giudice.

45. Per quanto riguarda il rapporto tra l'erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del giudizio e l'obbligo di motivazione della sentenza, occorre evidenziare che errore di giudizio e difetto di motivazione non sono necessariamente sovrapponibili (potendo l'uno sussistere senza l'altro) e, in ogni caso, che il difetto di motivazione non costituisce (alla luce di un consolidato indirizzo che va in questa sede ribadito) un caso di rinvio al primo giudice.

Il carattere sostitutivo dell'appello consente sempre al giudice di secondo grado di correggere, integrare e completare la motivazione carente, contraddittoria o insufficiente e di pronunciarsi sul merito della causa.

46. Va, tuttavia, precisato che l'ipotesi della motivazione viziata (perché incompleta o contraddittoria) si differenzia da quella della motivazione radicalmente assente (o meramente apparente).

In questo caso, l'assenza o il difetto assoluto della motivazione, quale elemento indefettibile che consenta di rinvenire un concreto esercizio di *potestas iudicandi* (art. 88 Cod. proc. amm.), impedisce al giudice di appello di esercitare un qualsivoglia sindacato di tipo sostitutivo per essere mancata, nella sostanza, una statuizione sulla quale egli possa incidere, seppure nella forma di integrazione/emendazione delle motivazioni.

Non è possibile, infatti, lasciare al giudice dell'impugnazione il compito di integrare la motivazione sostanzialmente mancante con le più varie, ipotetiche congetture.

Il difetto assoluto di motivazione integra allora un caso di nullità della sentenza, per il combinato disposto degli artt. 88, comma 2, lett. *d*) e 105, comma 1, Cod. proc. amm.. Anche alla luce del principio processuale di cui all'art. 156, comma 2, Cod. proc. civ. la motivazione rappresenta un requisito formale (oltre che sostanziale) indispensabile affinché la sentenza raggiunga il suo scopo.

47. Occorre sottolineare che il difetto assoluto di motivazione non si identifica con la motivazione illogica, contraddittoria, errata, incompleta o sintetica.

Si tratta, al contrario, di un vizio di ben più marcata gravità che dà luogo ad una sentenza abnorme ancor prima che nulla. A parte le ipotesi estreme (spesso dovute ad errori materiali in fase di redazione o pubblicazione della sentenza) di mancanza "fisica" o "grafica" della motivazione (ad esempio, la sentenza viene pubblicata solo con l'epigrafe e il dispositivo, lasciando in bianco la parte dedicata all'illustrazione delle ragioni della decisione), o di motivazione palesemente non pertinente rispetto alla domanda proposta (perché fa riferimento a parti, fatti e motivi totalmente diversi da quelli dedotti negli scritti difensivi), il difetto assoluto di motivazione coincide con la motivazione apparente, per tale dovendosi intendere la motivazione tautologica o assertiva, espressa attraverso mere formule di stile.

46. La motivazione è apparente quando a sostegno dell'accoglimento o non accoglimento del ricorso non individua neppure una ragione ulteriore rispetto alla generica affermazione della sua fondatezza o infondatezza, di cui, però, non viene dato conto e spiegazione, se non attraverso l'utilizzo di astratte formule di stile.

È "apparente", ad esempio, la motivazione che richiama un generico orientamento giurisprudenziale senza illustrarne il contenuto, né direttamente, né indirettamente, attraverso la citazione di pertinenti

precedenti conformi (ed è questo profilo che differenzia, invece, la motivazione in forma semplificata che in base agli art. 74 Cod. proc. amm. e 118 disp. att. Cod. proc. civ. può avvenire anche attraverso il richiamo ad un precedente conforme).

47. Più in generale, la motivazione è apparente quando sussistono anomalie argomentative di gravità tale da porre la motivazione al di sotto del “minimo costituzionale” che si ricava dall’art. 111, comma 5, Cost. («*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*»).

Pertanto, dà luogo a nullità della sentenza solo l’anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all’esistenza della motivazione in sé. Esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di “sufficienza” della motivazione”, tale anomalia si identifica, oltre che nella mancanza assoluta di motivi sotto l’aspetto materiale e grafico, nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, nella motivazione meramente assertiva, tautologica, apodittica, oppure obiettivamente incomprensibile (in senso conforme anche l’orientamento della giurisprudenza civile: cfr. Cass. civ. sez. un. n. 7 aprile 2014, n. 8053; Cass. sez. un. 3 novembre 2016, n. 22232; Cass. civ., sez. VI, 22 febbraio 2018, n. 4294).

È una motivazione, in altri termini, che, quale che sia la formulazione linguistica concretamente utilizzata, non reca in sé alcuna enunciazione delle *ratio decidendi*, limitandosi ad affermare in maniera apodittica e tautologica che il ricorso merita o non merita accoglimento perché fondato o infondato.

La motivazione apparente non è sindacabile dal giudice, in quanto essa costituisce un atto d’imperio immotivato, e dunque non è nemmeno integrabile, se non con il riferimento alle più varie, ipotetiche congetture, ma una sentenza “congetturale” è, per definizione, una non-decisione giurisdizionale – o, se si preferisce e all’estremo opposto, un atto di puro arbitrio – e, quindi, un atto di abdicazione alla *potestas iudicandi*.

In quest’ottica va precisato che la nullità della sentenza per difetto assoluto di motivazione riguarda non solo le sentenze di rito (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità), ma anche quelle che recano un dispositivo di merito (accoglimento o rigetto del ricorso) non sorretto da una reale motivazione. Rispetto al difetto assoluto di motivazione, invero, la nullità della sentenza prescinde dalla differenza tra pronunce di rito e pronunce di merito.

48. È opportuno chiarire che il difetto assoluto di motivazione deve essere valutato e apprezzato con riferimento alla sentenza nella sua globalità rispetto al ricorso proposto unitariamente inteso, e non in maniera parcellizzata o frammentata, facendo riferimento ai singoli motivi o alle singole domande formulate all’interno di esso.

Deve, infatti, essere confermato l’orientamento giurisprudenziale secondo cui l’omesso esame di un motivo o anche di una fra le più domande proposte (così come la mancanza della motivazione rispetto ai singoli motivi o a rispetto a una delle domande proposte) non rientra fra le ipotesi di annullamento con rinvio previste dall’art. 105 Cod. proc. amm.

49. Tale conclusione si impone alla luce dell’art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., il quale nel prevedere che «*si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano espressamente riproposte nell’atto di appello*», chiaramente esclude che l’omessa esame di una domanda (e a maggior ragione di un motivo) possa determinare una regressione al primo giudice.

Lo stesso articolo 101, comma 2, stabilisce che per le parti diverse dall'appellante principale la riproposizione delle domande non esaminate (o assorbite) può avvenire anche con semplice memoria difensiva, senza necessità di appello incidentale. Viene, in tal modo codificato, un indirizzo interpretativo che la giurisprudenza amministrativa aveva affermato anche prima dell'entrata in vigore del Codice, sul presupposto che in caso di omessa pronuncia su una specifica ed autonoma domanda (che implica la violazione della regola della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato) l'appellato – risultato vittorioso in ordine ad una domanda – non è costretto a cominciare *ex novo* un giudizio di primo grado e non è tenuto a proporre una formale impugnazione incidentale, perché manca il presupposto della soccombenza, e può, quindi, riproporre in grado di appello la domanda non esaminata, mediante uno scritto difensivo che la richiami esplicitamente e superi la presunzione di rinuncia (in questi termini cfr. Cons. Stato, Ad. plen. 20 dicembre 2002, n. 8, che aveva già ritenuto applicabile l'art. 346 Cod. proc. civ., contenente una previsione analoga a quella ora inserita nell'art. 105, comma 2, Cod. proc. amm.).

La violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato non è, quindi, equiparabile ad una ipotesi di violazione del diritto di difesa: in questo caso, infatti, la parte non lamenta di non essersi potuta difendere nel corso del procedimento, ma lamenta un vizio che attiene al contenuto della decisione, che risulta incompleto rispetto ai motivi o alle domande proposte.

50. L'analogia (a volte prospettata: cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. III, ord. 24 aprile 2018, n. 2472) con l'ipotesi della "decisione a sorpresa" (adottata in violazione dell'art. 73, comma 3, Cod. proc. amm.), non risulta persuasiva.

Nel caso dell'art. 73, comma 3, infatti, il giudice ha deciso la domanda e la parte lamenta che l'abbia fatto ritenendo dirimente una questione, di rito o di merito, non sottoposta al contraddittorio processuale: il vizio attiene, quindi, al procedimento (la questione non è stata previamente sottoposta al contraddittorio nel corso del processo) non al contenuto della sentenza, che potrebbe essere anche "giusta" nella sua portata decisoria. Con l'ulteriore precisazione, peraltro, che l'art. 73, comma 3, riguarda le domande (o, eventualmente, le eccezioni) decise senza suscitare il contraddittorio sulla questione dirimente; non investe, invece, le conseguenze o gli effetti che derivano dall'accoglimento o dal rigetto delle domande: gli effetti della decisione rimangono, invero, nella disponibilità del giudice che pronuncia la sentenza e non richiedono la previa instaurazione del contraddittorio processuale ai sensi dell'art. 73, comma 3.

Nel caso di omesso esame, invece, il vizio risiede esclusivamente nel contenuto (incompleto) della decisione, mentre nel giudizio-procedimento non risulta violata alcuna specifica regola diretta a tutelare il diritto di difesa delle parti.

51. D'altro canto, la violazione del diritto di difesa presuppone che una pronuncia sia stata resa senza che siano state rispettate le garanzie difensive previste a favore di una delle parti (e la decisione, pertanto, è invalida per il solo fatto che è stata resa). La violazione del diritto di difesa si traduce, infatti, in un vizio del procedimento che porta alla decisione e presuppone che, alla fine, una decisione vi sia. Nel caso di omesso esame di una domanda la situazione è diametralmente opposta: la parte lamenta che il giudizio-procedimento (di per sé non viziato) si è concluso senza una decisione (su una delle domande), che, invece, avrebbe dovuto essere resa.

La tassatività dei casi di annullamento con rinvio di cui all'art. 105 esclude, pertanto, la possibilità di equiparare situazioni processuali diverse sul presupposto della pari o maggiore gravità che caratterizzerebbe l'omessa decisione rispetto alla "decisione a sorpresa" adottata in violazione dell'art. 73, comma 3, Cod. proc. amm. .

52. Non può non rilevarsi, sotto altro profilo, che se si adottasse il criterio “sostanzialistico” (opinabile ed incerto) della “gravità” del vizio, risulterebbe difficile spiegare la differenza con altre ipotesi in presenza delle quali anche le recenti letture “ampliative” dell’articolo 105 escludono l’annullamento con rinvio.

Ad esempio, vi è larga condivisione (anche, come si è detto, da parte degli orientamenti interpretativi più inclini ad estendere i casi di regressione al primo giudice) nel ritenere che l’omesso esame di un singolo motivo non sia causa di rimessione al primo giudice, pure quando ciò avvenga in violazione della gradazione dei motivi che la parte ha espressamente formulato (nei limiti e alle condizioni ben evidenziate dalla sentenza dell’Adunanza plenaria n. 5 del 2015).

Eppure, in molti casi, l’omesso esame del motivo proposto in via principale e l’accoglimento quello proposto in via subordinata può modificare la natura del bene della vita che viene riconosciuto al ricorrente (segnando, ad esempio, il passaggio dall’utilità finale all’utilità strumentale). Formalmente non vi è omesso esame di una domanda (ma solo di alcuni motivi a sostegno dell’unica domanda proposta) eppure, sul piano sostanziale, gli effetti della violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato sono simili a quelli che potrebbero derivare dal mancato esame di una domanda: la sentenza non si pronuncia sulla fondatezza di una pretesa sostanziale che il ricorrente aveva azionato formulando il motivo erroneamente non esaminato.

Ancora, nei casi di domande proposte in via subordinata o legate da un rapporto di connessione per pregiudizialità-dipendenza, l’omesso esame di una domanda potrebbe essere frutto o di una erronea lettura del nesso di subordinazione (ad esempio, perché, il giudice non rispetta il vincolo di gradazione impresso dal ricorrente) oppure derivare dell’erroneo (nel merito) rigetto della domanda principale, che comporta il naturale assorbimento di quella consequenziale-dipendente (ad esempio, il mancato esame della domanda risarcitoria in seguito al rigetto della domanda di annullamento del provvedimento).

In queste ipotesi, si ammette pacificamente che il giudice di appello, riscontrato l’errore (*in procedendo* o *in iudicando*) del giudice di primo grado, adotti una pronuncia sostitutiva, esaminando, per la prima volta, la domanda erroneamente assorbita nel giudizio di primo grado.

Anche qui, però, a rigore, nel giudizio di primo grado è mancato l’esame (nel merito) di una delle domande, anche se ciò è dipeso, più che da una svista del giudice, da un *error in procedendo* o *iniudicando*.

In questi ipotesi, richiamate solo a titolo esemplificativo, non si dubita della naturale operatività dell’effetto devolutivo-sostitutivo del giudizio di appello e dell’inoperatività dell’articolo 105: si ammette, quindi, un solo grado di merito (in sede di appello) sulla domanda pretermessa in primo grado.

È evidente allora che pretendere di isolare o selezionare, nell’ambito della vasta gamma di situazioni che possono determinare l’omesso esame di una domanda proposta in primo grado, una o alcune ipotesi che si differenzerebbero dalle altre perché caratterizzate da connotati di maggiore gravità in concreto, rischia di diventare un’operazione sterile sul piano teorico e potenzialmente foriera, sul piano pratico, del rischio di introdurre una sostanziale incertezza nella delimitazione delle ipotesi di annullamento con rinvio.

54. È ancora utile ricordare che secondo una pacifica giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 1 aprile 2014, n. 1314), l’omesso esame di una delle domande (o di uno o alcuni dei motivi proposti) integra, quando deriva da un svista del giudice nella percezione degli atti processuali, un errore di

fatto idoneo a fondare il rimedio della revocazione. L'errore di fatto revocatorio non è un *error in procedendo* che integra una violazione del diritto di difesa, né un'ipotesi di nullità della sentenza, ma un errore che inficia il contenuto della sentenza. E allora, la qualificazione, ai sensi dell'art. 105, di tale situazione come ipotesi di nullità (o come violazione del diritto di difesa delle parti) determinerebbe profili di incoerenza anche rispetto al citato indirizzo giurisprudenziale maturato in materia di revocazione.

55. Per tali ragioni, deve allora ritenersi che la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (non importa se riferita a singoli motivi o a singole domande) non determina un'ipotesi di nullità della sentenza, né un caso di violazione del diritto di difesa idoneo a giustificare l'annullamento con rinvio della sentenza appellata.

56. Per completezza è ancora opportuno evidenziare che la disciplina dei rapporti tra giudice di primo grado e giudice di appello e dei casi di annullamento con rinvio di cui all'articolo 105 presenta evidenti profili di indisponibilità, perché è diretta a tutela interessi di ordine pubblico che attengono al regolare svolgimento del processo, realizzando un delicato bilanciamento di valori costituzionali (fra i quali, *in primis*, quelli del giusto processo e della sua ragionevole durata).

Deve escludersi, quindi, che in tale materia la volontà delle parti possa condizionare l'esercizio dei poteri del giudice.

Ciò implica, fermo restando ovviamente l'onere di articolare specifici motivi di appello e il generale principio di conversione della nullità in motivi di impugnazione, che in presenza di una delle ipotesi di cui all'art. 105 Cod. proc. amm., il giudice d'appello deve procedere all'annullamento con rinvio anche se la parte omette di farne esplicita richiesta o, addirittura, formula una richiesta contraria, chiedendo espressamente che la causa sia direttamente decisa dal giudice di appello. Così, ad esempio, se il T.a.r. ha erroneamente declinato la giurisdizione, il rinvio al primo grado risulta doveroso, anche se la parte, che impugna il capo sulla giurisdizione, chiede che la causa venga direttamente decisa nel merito in sede di appello.

Viceversa, ma per ragioni speculari, nei casi in cui non si applica l'art. 105 Cod. proc. amm., la possibilità per il giudice di appello di pronunciarsi sulla domande o sulle domande non esaminate in primo grado o erroneamente dichiarate irricevibili, inammissibili o improcedibili, presuppone necessariamente che, ai sensi dell'art. 101, comma 2, tali domande siano oggetto di rituale riproposizione, operando altrimenti la presunzione di rinuncia stabilita dallo stesso articolo.

Ne consegue che, in tali casi, l'appello proposto senza riproposizione delle domande non esaminate nel merito in primo grado dovrà ritenersi inammissibile per difetto di interesse, atteso che il suo eventuale accoglimento non consentirebbe al giudice di esercitare il potere decisorio sostitutivo sulla domanda ormai rinunciata e non potrebbe, quindi, arrecare alcuna concreta utilità all'appellante.

57. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

1. *In coerenza con il generale principio dell'effetto devolutivo/sostitutivo dell'appello, le ipotesi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado previste dall'art. 105 Cod. proc. amm. hanno carattere eccezionale e tassativo e non sono, pertanto, suscettibili di interpretazioni analogiche o estensive.*

2. *L'erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado non costituisce, di per sé, un caso di annullamento con rinvio, in quanto la chiusura in rito del processo, per quanto erronea, non determina, ove la questione pregiudiziale sia stato oggetto di dibattito processuale, la lesione del diritto di difesa, né tanto meno un caso di nullità della sentenza o di rifiuto di giurisdizione.*

3. *La violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, anche quando si sia tradotta nella mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente, non costituisce un'ipotesi di annullamento con rinvio; pertanto, in applicazione del principio dell'effetto sostitutivo dell'appello, anche in questo caso, ravvisato l'errore del primo giudice, la causa deve essere decisa nel merito dal giudice di secondo grado.*

4. *Costituisce un'ipotesi di nullità della sentenza che giustifica l'annullamento con rinvio al giudice di primo grado il difetto assoluto di motivazione. Esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione", tale anomalia si identifica, oltre che nella mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, nella motivazione meramente assertiva, tautologica, apodittica oppure obiettivamente incomprensibile: quando, cioè, le anomalie argomentative sono di gravità tale da collocare la motivazione al di sotto del "minimo costituzionale" di cui all'art. 111, comma 5, Cost.*

5. *La disciplina dei rapporti tra giudice di primo grado e giudice d'appello ha natura indisponibile, il che implica che, fermo restando l'onere di articolare specifici motivi di appello e il generale principio di conversione della nullità in motivi di impugnazione, nei casi di cui all'art. 105 Cod. proc. amm., il giudice d'appello deve procedere all'annullamento con rinvio anche se la parte omette di farne esplicita richiesta o chiede espressamente che la causa sia direttamente decisa in secondo grado. Viceversa, nei casi in cui non si applica l'art. 105 Cod. proc. amm., la possibilità per il giudice di appello di pronunciarsi sulle domande o sulle domande non esaminate in primo grado o erroneamente dichiarate irricevibili, inammissibili o improcedibili, presuppone necessariamente che, ai sensi dell'art. 101, comma 2, tali domande siano oggetto di rituale riproposizione, operando, altrimenti, la presunzione di rinuncia stabilita dallo stesso articolo, con conseguente inammissibilità per difetto di interesse dell'appello proposto senza assolvere all'onere di riproposizione.*

58. Il Collegio, enunciati i principi di cui ai punti che precedono, restituisce, anche per la statuizione sulle spese della presente fase, il giudizio alla Sezione rimettente, ai sensi dell'articolo 99, comma 4, Cod. proc. amm.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, enuncia i principi di diritto di cui ai punti 1, 2, 3, 4, e 5 del paragrafo 57 della motivazione e rimette, per il resto, il giudizio alla Sezione rimettente ai sensi dell'art. 99, comma 4, Cod. proc. amm.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

IL PRESIDENTE

Alessandro Pajno

L'ESTENSORE

Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO