

## Le sopravvenienze nel giudizio di appello (\*)

**Sommario:** - 1. Il *tempo logico* della decisione di appello e il problema delle sopravvenienze. La sentenza “*giusta*” deve adeguarsi sempre ai cambiamenti di fatto e di diritto? - 2. La specificità del problema delle sopravvenienze nel giudizio di appello, tra la prosecuzione della cognizione di merito, la *stabilità* della sentenza di primo grado e la proiezione verso il giudicato. - 3. Il concetto ampio di *sopravvenienza* nel processo amministrativo di appello: la varietà delle diverse fattispecie e la loro schematica classificazione descrittiva. - 4. La fase temporale di manifestazione delle sopravvenienze. I mutamenti intervenuti in primo grado, le preclusioni. I poteri del giudice di appello e il giudicato implicito. - 5. La classificazione delle sopravvenienze in funzione della loro incidenza – automatica o meno - sul giudizio di appello e sul suo esito. - 6. La ricognizione delle norme del CPA riferite alle sopravvenienze nel processo ordinario di cognizione. - 7. La disciplina delle sopravvenienze riferite al processo in generale: la specifica attenzione per l'improcedibilità, la sopravvenuta carenza di interesse e la cessata materia del contendere. La problematica applicabilità delle regole alla fase di impugnazione. - 8. Una disciplina speciale delle sopravvenienze in appello? Il problema del rinvio compiuto dall'art. 104 del CPA al solo art. 34, comma 3. Le *preclusioni* verificatesi nel giudizio di primo grado. - 9. Le natura delle pronunce di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse e la dichiarazione della cessata materia del contendere: le conseguenze della qualificazione sui poteri del giudice di appello. - 10. L'ipotesi controversa della *sopravvenuta inutilità* della sentenza di annullamento – per difetto di interesse attuale - e la facoltà di “*conversione*” della domanda di annullamento in azione risarcitoria. Una sopravvenienza rilevante anche in appello? - 11. Le criticità della previsione di cui all'art. 34, comma 3, e la problematica estensione della regola al giudizio di impugnazione. Il valore del richiamo esplicito compiuto dall'art. 104. La facoltà di proporre l'azione risarcitoria per la prima volta in grado di appello. - 12. Le sopravvenienze intervenute in appello che determinano l'improcedibilità del ricorso di primo grado, anche in assenza di istanza di parte. La giustificazione sistematica del travolgimento *officioso* della sentenza di primo grado. - 13. I *nova* in appello e le sopravvenienze rilevabili solo su istanza di parte: domande, eccezioni, mezzi di prova: Cenni. - 14. I rimedi esperibili contro la sentenza di primo grado che abbia valutato erroneamente le

sopravvenienze. L'appello e la delimitazione dei poteri officiosi del giudice. - 15. I rimedi contro la *sentenza di appello* che abbia erroneamente valutato – od omesso di valutare - le sopravvenienze. Lo spazio limitato della revocazione e del ricorso per cassazione La possibile riemersione della questione in sede di ottemperanza. - 16. Conclusioni: la persistente differenziazione delle sopravvenienze nella dinamica del giudizio di appello.

## **1. IL TEMPO LOGICO DELLA DECISIONE DI APPELLO E IL PROBLEMA DELLE SOPRAVVENIENZE. LA SENTENZA “GIUSTA” DEVE ADEGUARSI SEMPRE AI CAMBIAMENTI DI FATTO E DI DIRITTO?**

Il tema della disciplina delle *sopravvenienze* nel processo amministrativo<sup>1</sup> e, segnatamente, nel giudizio di appello, presenta un evidente interesse pratico e un notevole rilievo di carattere dogmatico.

A quale *tempo logico*<sup>2</sup> occorre fare riferimento per definire un giudizio che guarda *retrospettivamente* alla vicenda sostanziale alla base della lite (*passato remoto*) e alla impugnata decisione del TAR (*passato prossimo*), ma si proietta verso il *futuro* della necessaria conformazione – ordinatoria e ripristinatoria - al giudicato, e vive nel *presente* del processo di impugnazione? Quali conseguenze determina l'intreccio tra la fisiologica durata del processo, l'inarrestabile dinamica dell'azione pubblica e lo sviluppo naturale del rapporto giuridico controverso?

A quali esigenze concrete intende rispondere la scelta, ora nettamente prevalente, di adeguare il processo ai mutamenti intervenuti nel corso del suo svolgimento? In quali circostanze il giudizio deve restare, invece, *congelato*, secondo lo stato di fatto e di diritto esistente al momento del suo avvio o determinato all'esito

---

\* Testo della relazione svolta al Convegno “La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi”, Castello di Modanella, Rapolano Terme/Siena, 19-20 maggio 2017.

<sup>1</sup> Si veda il recente approfondito contributo monografico di G. PEPE, *Giudicato amministrativo e sopravvenienze*, Dike giuridica 2017.

<sup>2</sup> L'espressione si deve a G. PALEOLOGO, *Tempo logico dei provvedimenti successivi alle sentenze del giudice amministrativo favorevoli al ricorrente*, in *Il processo amministrativo. Scritti in onore di Giovanni Miele*, Milano, 1979, pp. 393 ss.

della sentenza di primo grado, anche allo scopo di garantire la soddisfazione della pretesa azionata dalla parte ricorrente?

Attraverso quali strumenti giuridici le sopravvenienze possono, eventualmente, entrare nel processo, determinarne l'andamento e condizionarne la decisione finale?

Il risalto di questi interrogativi è testimoniato dalla peculiare attenzione con la quale la dottrina e la giurisprudenza si sono soffermate sull'analisi dell'istituto dei *motivi aggiunti* e dei *nova* in appello, ora codificato, non senza criticità, dall'art. 104 del CPA<sup>3</sup>. Questo punto rappresenta, sicuramente, uno dei nodi centrali e il massimo punto di emersione del discorso complessivo sulle sopravvenienze nel giudizio di impugnazione. Il tema delle nuove domande, eccezioni e prove nel giudizio di secondo grado<sup>4</sup> si coordina strettamente con le dibattute questioni circa l'attuale natura (*devolutiva-traslativa* o *impugnatoria*) dell'appello al Consiglio di Stato, e della individuazione dei casi e delle modalità attraverso cui va determinato, modificato e ampliato l'oggetto della cognizione del giudice di secondo grado. Ma il tema dei *nova* in appello, di cui al citato art. 104, non esaurisce affatto la complessità del fenomeno, considerando la pluralità degli eventi modificativi, suscettibili di incidere su plurimi aspetti del processo di impugnazione.

È dunque opportuno allargare la visione di indagine, esaminando, in termini più articolati, l'intera problematica dei mutamenti intervenuti durante lo svolgimento del processo di appello. A questo riguardo risulta molto utile la prospettiva del collegamento esistente fra il trattamento giuridico delle sopravvenienze nel giudizio amministrativo – di primo e di secondo grado - e il problema dei “*rimedi*” – preventivi o successivi - contro la *sentenza ingiusta*.

In prima approssimazione e intuitivamente, si dovrebbe sostenere, infatti, che la “*sentenza giusta*”, pronunciata in appello, sia solo quella che aderisca perfettamente alla concreta situazione di fatto e di diritto definita al momento della

---

<sup>3</sup> Si veda, per tutti, G. CARLOTTI Il divieto dei *nova* in appello, in Libro dell'anno del diritto Treccani 2013.

<sup>4</sup> All'argomento è dedicata l'accurata e aggiornata relazione del Prof. R. VACCARELLA. Sul piano della teoria generale e del processo civile, si veda anche C. CECHELLA, L'appello speciale, in Le impugnazioni civili, a cura di F. P. LUISO e R. VACCARELLA, Milano 2013.

pronuncia di secondo grado, indipendentemente dai contenuti della statuizione del TAR. Una decisione disancorata dalla “*realtà attuale*”, sussistente al tempo di pubblicazione della sentenza, ma *ferma al passato*, risulterebbe intrinsecamente *sbagliata*, amplificando gli inconvenienti derivanti dalla durata – talvolta eccessiva - del processo.

Seguendo questa logica, allora, anche il giudizio di appello dovrebbe essere ispirato al principio del massimo favore per la più forte rilevanza delle sopravvenienze, intervenute fino al momento della decisione di secondo grado. Le regole dell'appello andrebbero ricostruite e applicate seguendo questo canone fondamentale, perché lo svolgimento della fase di impugnazione e i criteri di decisione dovrebbero sempre perseguire la finalità di realizzare una sostanziale “*giustizia*” del caso concreto, assicurando l'utilità effettiva della pronuncia.

Ma si deve considerare pure, in senso diametralmente opposto, che la sentenza davvero “*giusta*”, pronunciata in grado di appello, è, ovviamente, anche la statuizione che rispecchia, in modo equilibrato e razionale, i principi del contraddittorio e della domanda. Le regole che definiscono il riparto dei poteri tra le parti e tra queste e il giudice, insieme ai canoni di celerità, concentrazione ed efficacia del giudizio di appello, in conformità ai principi regolatori del ricorso al Consiglio di Stato, quindi, dovrebbero filtrare efficacemente – ma severamente - le sopravvenienze destinate ad assumere rilievo nella fase di appello.

Non si deve trascurare, poi, che la “*crystallizzazione*” temporale del processo ad un determinato “*momento logico*”, anteriore alla pubblicazione della decisione e più prossimo all'epoca di proposizione della domanda o alla formazione della sentenza di primo grado, risponde ad esigenze di semplificazione e di certezza, che contribuiscono, senz'altro, all'affermazione, in senso lato, della *giustizia* della decisione.

Anche sotto l'aspetto puramente equitativo occorre chiedersi, allora, se sia sempre opportuno costringere le parti ed il giudice ad “*inseguire*”, nello sviluppo del

processo, anche in grado di appello, tutti i mutamenti riferiti alla vicenda contenziosa in atto, allontanandosi dalla situazione all'origine della lite.

In tal modo, infatti, vi è il rischio che possano essere eluse le esigenze di tutela della parte ricorrente: si pensi ai casi, non rari, in cui l'amministrazione adotti successivi provvedimenti, diretti proprio “*a cambiare le carte in tavola*”, per sfuggire ai rischi di una sentenza sfavorevole<sup>5</sup>.

Da questo angolo visuale, quindi, le sopravvenienze – seppure ritenute rilevanti - sono destinate ad influire sul processo soltanto in particolari circostanze e, soprattutto, secondo rigorose modalità procedurali, che garantiscano la piena attuazione dei principi di difesa caratterizzanti il processo amministrativo. È del resto fisiologico che la decisione finale possa risultare, ad un tempo, oggettivamente difforme dalla realtà giuridica sostanziale, ma anche intrinsecamente e processualmente “*giusta*”, perché emessa all'esito della corretta dialettica tra le parti interessate.

È molto significativo, allora, che, per la fase di esecuzione e del *giudizio di ottemperanza*, valga un principio opposto a quello comunemente ritenuto operante nel processo di primo grado (vedi *infra*) e si sia consolidata, in via giurisprudenziale, la regola della tendenziale irrilevanza delle vicende successive al passaggio in giudicato della sentenza di cui si chiede l'esecuzione, o alla sua notificazione<sup>6</sup>. In tal

---

<sup>5</sup> Ma si deve segnalare, problematicamente, un'altra questione, che concerne le vicende procedurali composite, scandite attraverso plurime fasi, che si concludono con altrettanti provvedimenti, pur riferiti ad una unitaria situazione sostanziale. Si pensi alla sequenza tra il provvedimento di esclusione da una procedura selettiva e l'atto di approvazione della graduatoria conclusiva.

La giurisprudenza ha consolidato da tempo il principio dell'onere della “doppia impugnazione” di tali atti. Ne deriva che il processo avviato contro il primo provvedimento di esclusione è condizionato dalla successiva vicenda sostanziale e procedimentale riguardante la graduatoria finale. La soluzione è coerente con la configurazione sostanziale del rapporto, ma determina una oggettiva complicazione della disciplina processuale.

È dunque assai discutibile l'opzione del nuovo codice dei contratti pubblici che estende il meccanismo della doppia impugnazione anche all'ipotesi della contestazione delle ammissioni degli altri concorrenti.

<sup>6</sup> L'elaborazione della giurisprudenza è, al riguardo, estremamente complessa.

Basterebbe considerare che il discrimine temporale della irrilevanza dei mutamenti è generalmente ricondotta alla data di notificazione della sentenza passata in giudicato.

Ma si tende a distinguere tra mutamenti di diritto e sopravvenienze di fatto. Mentre i primi non dovrebbero incidere sull'ottemperanza, le modifiche irreversibili di fatto condizionano l'esecuzione del giudicato.

caso, infatti, prevale l'esigenza di salvaguardare l'effettività della tutela giurisdizionale della parte attrice, benché l'assetto determinato attraverso l'ottemperanza potrebbe poi risultare difforme dalla nuova situazione di fatto e di diritto presente al momento della decisione esecutiva<sup>7</sup>.

---

E per le sopravvenienze di diritto si discute sulla *vis expansiva* del diritto UE, con particolare riguardo alle pronunce interpretative della CGUE.

Insomma, sembra ancora precario il punto di equilibrio tra l'intangibilità del giudicato e l'affermazione secondo cui la sentenza amministrativa, ancorché passata in giudicato, sia soggetta ad una sorta di *clausola rebus sic stantibus*.

D'altro canto, la forza e la portata del giudicato sembrano differenziarsi in base al contenuto della pronuncia e alle ragioni dell'annullamento pronunciato con la decisione di accoglimento.

Probabilmente, la previsione di un efficace strumento di tutela risarcitoria della parte ricorrente, in tutti i casi di affermata impossibilità di piena esecuzione del giudicato, ha contribuito a "sdrammatizzare" la problematica della rilevanza delle sopravvenienze in sede di ottemperanza.

Proprio la consapevolezza che esiste sempre il "paracadute" del risarcimento per equivalente potrebbe avere indotto gli interpreti ad attenuare la rigidità del giudicato.

<sup>7</sup> Si veda la decisione dell'Adunanza Plenaria 9 giugno 2016, n. 11, secondo la quale, (richiamandosi i principi elaborati dalle plurime Adunanze Plenaria che hanno affrontato il delicato tema degli effetti del tempo e delle sopravvenienze (giuridiche e fattuali) sulle situazioni giuridiche dedotte in giudizio in relazione alla portata precettiva dei giudicati (cfr. Ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2; 13 aprile 2015, n. 4; 15 gennaio 2013, n. 2; 3 dicembre 2008, n. 13; 11 maggio 1998, n. 2; 21 febbraio 1994, n. 4; 8 gennaio 1986, n. 1) in sede di esecuzione del giudicato, l'Amministrazione soccombente a seguito di sentenza irrevocabile di annullamento di propri provvedimenti ha l'obbligo di ripristinare la situazione controversa, a favore del privato e con effetto retroattivo, per evitare che la durata del processo vada a scapito della parte vittoriosa; questa retroattività dell'esecuzione del giudicato non può essere intesa in senso assoluto, ma va ragionevolmente parametrata alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell'interesse legittimo coinvolto (pretensivo, oppositivo, procedimentale); tale obbligo, pertanto, non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo.

Nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima; anche per le situazioni istantanee, però, la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova, peraltro, un limite intrinseco e ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico), nel sopravvenuto mutamento della realtà – fattuale o giuridica – tale da non consentire l'integrale ripristino dello status quo ante (come esplicitato dai risalenti brocardi *factum infectum fierinequit* e *ad impossibilia nemo tenetur*) che semmai, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall'art. 112, co. 3, c.p.a.

Pertanto:

a) l'esecuzione del giudicato amministrativo (sebbene quest'ultimo abbia un contenuto poliforme), non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; se così fosse, il processo, considerato nella sua sostanziale globalità, rischierebbe di non avere mai termine, e questa conclusione sarebbe in radicale contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti

## 2. LA SPECIFICITÀ DEL PROBLEMA DELLE SOPRAVVENIENZE NEL GIUDIZIO DI APPELLO, TRA LA PROSECUZIONE DELLA COGNIZIONE DI MERITO, LA STABILITÀ DELLA SENTENZA DI PRIMO GRADO E LA PROIEZIONE VERSO IL GIUDICATO.

Il giudizio di appello sembra collocarsi, in modo problematico, a *metà strada*, tra lo svolgimento di un giudizio di merito ancora in atto, esposto alla massima influenza delle circostanze sopravvenute, e la fase di esecuzione, conseguente alla formazione del giudicato. L'intervenuta pronuncia del TAR acquista progressivamente stabilità e immutabilità, poiché è destinata a diventare irrevocabile, se non impugnata ritualmente, risultando meno soggetta a subire condizionamenti per effetto di sopravvenienze.

---

giuridici (valori tutelati a livello costituzionale e dalle fonti sovranazionali alle quali il nostro Paese è vincolato); da qui l'obbligo di esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale;

b) l'Amministrazione soccombente a seguito di sentenza irrevocabile di annullamento di propri provvedimenti ha l'obbligo di ripristinare la situazione controversa, a favore del privato e con effetto retroattivo, per evitare che la durata del processo vada a scapito della parte vittoriosa;

c) questa retroattività dell'esecuzione del giudicato non può essere intesa in senso assoluto, ma va ragionevolmente parametrata alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell'interesse legittimo coinvolto (pretensivo, oppositivo, procedimentale); d) tale obbligo, pertanto, non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo;

e) nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima;

f) anche per le situazioni istantanee, però, la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova, peraltro, un limite intrinseco e ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico), nel sopravvenuto mutamento della realtà - fattuale o giuridica - tale da non consentire l'integrale ripristino dello status quo ante (come esplicitato dai risalenti brocardi *factum infectum fieri nequit* e *ad impossibilia nemo tenetur*) che semmai, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall'art. 112, co. 3, c.p.a.

Sui rapporti fra giudicato e sopravvenienze, negli esatti termini di cui alla sentenza della Plenaria in commento, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1551, ivi i richiami alle 7 Plenarie che sono intervenute su uno degli aspetti più delicati e nevralgici dell'intera giustizia amministrativa (Ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2, in Foro it., 2016, III, 185; 13 aprile 2015, n. 4, id., 2015, III, 265; 15 gennaio 2013, n. 2 cit.; 3 dicembre 2008, n. 13, in Giornale dir. amm., 2009, 147, con ampia nota di riferimenti di DE LEONARDIS; 11 maggio 1998, n. 2, in Foro it., 1998, III, 297; 21 febbraio 1994, n. 4, id., Foro it., 1994, III, 313; 8 gennaio 1986, n. 1, id., 1986, III, 97).

Questa collocazione “intermedia” dell’appello, nell’ambito dell’intera sequenza in cui si snoda il processo, spiega forse perché, al di fuori dell’esame dell’istituto dei *nova*, di cui all’art. 104 del CPA, l’interesse degli interpreti per il tema delle sopravvenienze in appello non sia risultato sempre particolarmente intenso<sup>8</sup>. In particolare, sembrano sottovalutate, talvolta, le problematiche riguardanti le vicende riguardanti l’estinzione del giudizio o l’improcedibilità del ricorso e gli altri mutamenti influenti sul merito della decisione.

Ma potrebbero essere indicate anche altre motivazioni dell’attenzione limitata, così sintetizzabili:

a) Il fenomeno delle sopravvenienze in appello non presenta forse sufficiente autonomia, perché parrebbe riconducibile, in ultima analisi, o alla stessa identica situazione delle sopravvenienze in primo grado, oppure a quella che si verifica in seguito ai cambiamenti di fatto o di diritto intervenuti dopo il passaggio in giudicato della sentenza.

b) Si osserva che la disciplina positiva non attribuisce particolare rilevanza sistematica al tema complessivo delle sopravvenienze nel secondo grado di giudizio. Proprio la circostanza che il legislatore si preoccupa di regolare espressamente solo i motivi aggiunti e i *nova* in appello impone di concentrare l’attenzione su tale unico aspetto, senza dilatare il perimetro di indagine.

c) La nozione ampia di *sopravvenienza* comprende, al suo interno, ipotesi troppo eterogenee, le quali non possono essere disciplinate in modo unitario, ma vanno regolate in funzione della loro specifica e differenziata fisionomia. Inoltre, lo stesso fatto sopravvenuto influisce trasversalmente su diversi profili del processo, imponendo quindi un esame “*atomizzato*” e correlato al singolo istituto processuale di volta in volta considerato (il ricorso e i motivi aggiunti, la decisione, l’interesse al ricorso, i poteri d’ufficio del giudice, ecc.).

---

<sup>8</sup> Molto interessante è il contributo di G. CARLOTTI, *L'improcedibilità e l'appello*, in Libro dell'anno di diritto Treccani, 2014. Dello stesso Autore, con riguardo al quadro precedente l'entrata in vigore del codice, si veda anche *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano 2008.



d) Il tema delle sopravvenienze è molto più problematico nell'ambito della fase di ottemperanza, dopo il passaggio in giudicato della sentenza e, dunque, non parrebbe destinato a suscitare particolari criticità nel corso del precedente giudizio di appello. D'altro canto, la struttura del giudizio di impugnazione potrebbe indurre a ritenere che i mutamenti di fatto e di diritto intervenuti nel corso di tale fase debbano essere disciplinati secondo le stesse regole previste per il giudizio di primo grado.

Insomma, potrebbe sembrare che non esista un'autonoma rilevanza delle sopravvenienze nel giudizio di appello, giacché dovrebbero trovare applicazione, opportunamente dosate e coordinate, le norme e i principi riguardanti, rispettivamente, le sopravvenienze nel giudizio di primo grado e le sopravvenienze intervenute dopo il passaggio in giudicato della sentenza. Non vi sarebbe spazio alcuno per una sorta di "terza via": il problema applicativo consisterebbe solo nello stabilire se debbano prevalere le regole riguardanti le sopravvenienze nel giudizio di primo grado o quelle nel giudizio di ottemperanza.

Vi è poi un'ulteriore considerazione da svolgere. Nella ormai complessa elaborazione delle sopravvenienze successive al giudicato, incidenti sul giudizio di ottemperanza, risulta ormai acquisita l'affermazione secondo la quale il possibile "superamento" del giudicato, nella fase attuativa, si riferisce esclusivamente a circostanze *nuove*, che non siano emerse (effettivamente o *potenzialmente*) già nel corso del giudizio di merito (in 1° e in 2° grado).

Questa notazione è molto importante, perché implica:

a) Il riconoscimento generale della rilevanza delle sopravvenienze già nel giudizio di merito;

b) La netta distinzione delle sopravvenienze in funzione della fase temporale in cui esse si verificano o si manifestano;

c) L'affermazione secondo cui l'erronea mancata considerazione delle sopravvenienze durante la fase di merito non può essere *recuperata*, di norma, nel successivo giudizio di ottemperanza (vedi, al riguardo, le considerazioni sviluppate *infra*).

### 3. IL CONCETTO AMPIO DI *SOPRAVVENIENZA* NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO DI APPELLO: LA VARIETÀ DELLE DIVERSE FATTISPECIE E LA LORO SCHEMATICA CLASSIFICAZIONE DESCRITTIVA.

Pur prendendo atto di queste riserve critiche, resta ferma la necessità di approfondire lo studio delle modifiche fattuali o giuridiche intervenute nel corso del giudizio di appello.

Occorre, in primo luogo, individuare, con maggiore precisione, l'ambito del fenomeno delle *sopravvenienze*, procedendo, contestualmente, alla ricognizione delle norme che, sparse nel codice del processo amministrativo e in altre fonti, attribuiscono specifica rilevanza a tali nuove circostanze, per poi ricostruirne la disciplina, applicabile al giudizio di appello, e verificarne le eventuali criticità.

Sotto il profilo empirico, è appena il caso di ricordare che il processo amministrativo, per quanto possa ritenersi ormai notevolmente velocizzato negli ultimi anni (soprattutto in alcuni riti speciali), è naturalmente caratterizzato dal suo svolgimento diacronico, proiettato in uno spazio che può comprendere anche molti mesi. Questa dimensione cronologica emerge in modo ancora più netto quando il processo si dipana attraverso l'appello e le ulteriori fasi di impugnazione. L'arco temporale della sua durata si estende in un contesto fattuale fisiologicamente soggetto a plurimi cambiamenti di fatto e di diritto, correlati alla rapida dinamica dell'azione amministrativa<sup>9</sup> e alle ulteriori vicende che toccano l'attuazione del rapporto giuridico oggetto del giudizio.

La nozione di "*sopravvenienza*", in mancanza di una definizione normativa unitaria puntuale, assume allora, necessariamente, confini molto vasti. Il concetto dovrebbe comprendere, con larga, ma inevitabile approssimazione, ogni mutamento, di fatto o di diritto, idoneo ad incidere – in modo diretto o indiretto - sul rapporto

---

<sup>9</sup> Il tema delle sopravvenienze presenta notevole interesse anche nella sua dimensione sostanziale, riferita ai cambiamenti intervenuti nel corso del procedimento o successivi alla stessa adozione del provvedimento.

L'argomento è ampiamente analizzato da PERONGINI S., *Profili dinamici del provvedimento amministrativo: nel tempo e nello spazio*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino 2014.

giuridico sostanziale controverso o sulla vicenda processuale in atto, condizionando l'esito o lo svolgimento del giudizio, e influenzando, conseguentemente, gli oneri e i poteri delle parti e del giudice orientati alla definizione dell'oggetto della cognizione e della decisione.

L'ampiezza del fenomeno suggerisce di formulare alcune *classificazioni* descrittive, basata su molteplici criteri, anche prescindendo dalla impostazione seguita dal CPA, che sarà meglio analizzata *infra*, incentrata sulla attitudine della sopravvenienza a determinare il tipo di esito della controversia.

In questo senso, allora, si potrebbero indicare i seguenti tipi di sopravvenienze.

A) Sopravvenienze strettamente *processuali*, in contrapposizione alle sopravvenienze *sostanziali*. Le prime concernono, direttamente, la realizzazione di fatti giuridici o il compimento di atti riguardanti il giudizio, come la rinuncia (totale o parziale), l'acquiescenza, i motivi aggiunti, le istanze istruttorie, l'inattività delle parti comportante la perenzione, la mancata attuazione di provvedimenti del giudice e le altre condotte delle parti che conducono alla estinzione o alla improcedibilità del giudizio. Le seconde concernono, invece, tutti i fatti sopravvenuti che alterano, in modo diretto o indiretto, la vicenda sostanziale alla base della controversia, senza passare attraverso atti processuali.

B) Nell'ambito delle sopravvenienze "*processuali*" devono comprendersi quei nuovi fatti che, pur toccando, in prima battuta, aspetti sostanziali del rapporto controverso (soggetto, oggetto, contenuto), assumono rilevanza per le immediate ricadute sullo svolgimento del giudizio. In tale contesto si situano, fra l'altro, le vicende soggettive che determinano l'*interruzione* del processo, colpendo la parte o il suo difensore, o gli altri fatti che provocano la sospensione del giudizio;

C) Sopravvenienze di *fatto* e sopravvenienze di *diritto*. Le prime riguardano il mutamento delle circostanze materiali e "*concrete*" oggetto del giudizio, mentre le seconde si riferiscono alla modifica *astratta* della normativa che disciplina il rapporto. La contrapposizione, netta sul piano teorico, può risultare talvolta di difficile applicazione: si pensi alla incerta collocazione dei *provvedimenti*

*amministrativi sopravvenuti*, i quali, seppure riconducibili alla categoria del “fatto”, sono spesso idonei a determinare una nuova qualificazione giuridica del rapporto, secondo modalità non dissimili dal mutamento riferito alla disciplina generale e astratta rilevante nella controversia.

D) Sopravvenienze – di fatto o di diritto - che incidono sul “*merito*” della controversia, influenzando la decisione sulla fondatezza della domanda, e sopravvenienze *di rito*, che riguardano l’inadempimento di oneri processuali imposti dalla legge o dal giudice, oppure toccano, più problematicamente, le condizioni o i presupposti delle azioni (interesse e legittimazione al ricorso, giurisdizione, ecc.). Questa distinzione è tradizionalmente molto enfatizzata, connettendosi alla impostazione del CPA, la quale considera espressamente alcune vicende sopravvenute, dirette a determinare l’*esito meramente processuale* della lite.

In questo contesto ricostruttivo si colloca l’ipotesi della sentenza dichiarativa della CMC, attratta dal legislatore tra le conclusioni di “*merito*” del giudizio, pur risultando evidente la sua ontologica differenza dalle pronunce che esaminano la fondatezza della domanda, accogliendo o respingendo il ricorso.

Simmetricamente, anche la pronuncia di sopravvenuta carenza di interesse, benché sia espressamente qualificata come sentenza di rito, si connette ad una valutazione degli effetti sostanziali determinati dal fatto nuovo, idoneo a conformare i contenuti del rapporto giuridico controverso.

In ogni caso, i profili attinenti alla legittimazione e all’interesse all’azione presentano, nel processo amministrativo (specie nell’ordinario giudizio di legittimità), un risalto peculiare, connesso alla natura della posizione di interesse legittimo tutelata.

Si tratta poi di approfondire la questione concernente le ricadute circa la natura delle pronunce di rito e di merito in ordine ai poteri del giudice di appello chiamato a verificare la portata delle sopravvenienze intervenute in corso di causa.

E) Merita di essere menzionata anche la classificazione che distingue le sopravvenienze espressamente considerate dalla *disciplina legislativa* da quelle

“*atipiche*” e *innominate*, ritenute però pienamente rilevanti, ancorché non regolate in modo esplicito, sulla base del diritto pretorio elaborato dalla giurisprudenza. Tra queste ultime si possono indicare i cambiamenti della *disciplina sostanziale* del rapporto, ritenuti normalmente applicabili alle controversie in corso al momento dell’entrata in vigore della nuova normativa, ancorché questo principio – consolidato nella giurisprudenza – non sia enunciato espressamente da alcuna disposizione.

#### 4. LA FASE TEMPORALE DI MANIFESTAZIONE DELLE SOPRAVVENIENZE. I MUTAMENTI INTERVENUTI IN PRIMO GRADO, LE PRECLUSIONI. I POTERI DEL GIUDICE DI APPELLO E IL GIUDICATO IMPLICITO.

F) Le sopravvenienze vanno accuratamente distinte con riferimento al *momento temporale* in cui esse si manifestano. Le nuove circostanze possono intervenire, a seconda dei casi, in primo grado, in appello, negli altri giudizi di impugnazione, in sede di rinvio, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di merito e nella fase di ottemperanza. Questa classificazione deve essere considerata con particolare attenzione, poiché si lega al delicato tema delle eventuali preclusioni temporali riferite alla possibilità di attribuire rilevanza, o meno, alle sopravvenienze nell’ambito di una fase del processo distinta e successiva rispetto a quella in cui esse si sono verificate. Assume un rilievo specifico, poi, il discrimine rappresentato dal passaggio in giudicato della sentenza, perché, nella fase esecutiva e di ottemperanza, la possibile incidenza delle sopravvenienze, anche alla luce degli indirizzi dominanti della giurisprudenza, dovrebbe essere radicalmente circoscritta.

È appena il caso di osservare, poi, che determinate “*sopravvenienze*” costituiscono proprio il presupposto per l’attivazione di nuove fasi di impugnazione, anche a carattere “straordinario”, quali la revocazione.

Questo aspetto è particolarmente importante, perché, anche volendo accordare il massimo rilievo alle sopravvenienze intervenute nel corso del giudizio, queste, di regola, possono influire la definizione della sola fase in cui esse si verificano, alla

luce dei principi che governano le preclusioni processuali e la formazione del giudicato, anche implicito.

Per chiarire meglio il concetto: secondo la descritta impostazione, un mutamento di fatto verificatosi durante la fase di primo grado potrà essere rilevato, se denunciabile su istanza di parte, solo dinanzi al TAR e non potrebbe emergere, per la prima volta, nel corso del giudizio di appello.

Diversa, e più complessa, è, invece, la situazione concernente le sopravvenienze verificatesi in primo grado e rilevabili di ufficio. La possibilità che esse riemergano ritualmente in appello, di nuovo d'ufficio, è certamente da escludere nei casi in cui vi sia stata una pronuncia esplicita sul punto. La mancata impugnazione del relativo capo della sentenza, infatti, determina il passaggio in giudicato di tale statuizione.

In assenza di una decisione espressa del giudice sul punto, ci si deve chiedere se, ed eventualmente in quali circostanze, si possa formare un *giudicato implicito*, tale da precludere la cognizione del giudice di appello. Sulla questione permangono ancora molte incertezze, specie con riferimento alla problematica della improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse e della dichiarazione di cessata materia del contendere. A stretto rigore, una decisione di merito presuppone il superamento di tutte le questioni pregiudiziali, comprese quelle relative alle sopravvenienze idonee a determinare un diverso esito della lite, per cui, in assenza di impugnazione, il giudice non dovrebbe avere questo potere officioso.

D'altro canto, non è nemmeno chiaro quale sia il corretto ordine logico delle questioni. Sicché, la soluzione dell'interrogativo potrebbe variare in funzione del contenuto della pronuncia del TAR e del tipo di sopravvenienza intervenuta in primo grado.

In questo senso, ci si potrebbe chiedere, per esempio, se la statuizione relativa al difetto di giurisdizione preceda o segue la verifica delle condizioni dell'azione e

della loro permanenza<sup>10</sup>, o se la sopravvenuta carenza di interesse vada appurata prima dell'accertamento della ritualità del ricorso introduttivo.

Ma questa soluzione, peraltro niente affatto scontata, sembra adattarsi ai casi riguardanti la verifica delle condizioni e dei presupposti originari della domanda, mentre non sembra estensibile alle vicende sopravvenute.

Resta fermo che la questione della sopravvenienza può essere ritualmente dedotta come motivo di appello, qualora si intenda censurare la pronuncia esplicita del TAR sul punto, o dedurre una circostanza nuova intervenuta dopo la decisione di primo grado, in pendenza del termine per l'impugnazione.

Parimenti, una sopravvenienza manifestatasi durante il giudizio di appello può influire sulla decisione di tale fase, ma non dovrebbe poter emergere, per la prima volta, in fase di ottemperanza.

Con riguardo ai mutamenti di fatto, non è chiaro se, sotto il profilo cronologico, assuma rilievo il momento in cui si verifica oggettivamente la sopravvenienza, o, piuttosto, il momento in cui la parte ne assume *conoscenza* – effettiva o legale - o, quanto meno, avrebbe potuto conoscerla, con l'uso della normale diligenza. Questa seconda opzione risulta decisamente preferibile, perché meglio rispondente ai principi di effettività della tutela, benché possa alterare la certezza derivante dalla incontestabilità della sentenza.

---

<sup>10</sup> Ma la questione se, appellata una sentenza del TAR che nega la giurisdizione, il giudice possa rilevare d'ufficio la sopravvenuta carenza di interesse, è più complessa. Si pone, infatti, l'ulteriore problema se, in ogni caso, il giudice di appello debba verificare preliminarmente la sussistenza della giurisdizione amministrativa, anche prescindendo dalla rilevanza di ufficio della sopravvenienza intervenuta in primo grado (ma anche manifestatasi dinanzi al Consiglio di Stato). In caso di conferma del difetto di giurisdizione, allora, il giudice di appello non potrebbe conoscere della sopravvenienza. Nell'ipotesi opposta di affermazione della giurisdizione amministrativa, il giudice di appello dovrebbe, a rigore, rinviare al TAR, cui sarebbe demandato il compito di verificare gli effetti della sopravvenienza in precedenza verificatasi, senza alcuna preclusione. La questione, ovviamente, assume un rilievo concreto nei soli casi in cui la parte originariamente ricorrente non sia affatto convinta della sopravvenuta carenza di interesse, giacché, in caso contrario, sarebbe assai probabile una dichiarazione resa in grado di appello o la mancata riassunzione del giudizio dinanzi al TAR.

Il criterio della "ragione più liquida" e un ragionevole principio di buon senso potrebbe suggerire di accertare l'improcedibilità già nella fase di appello. Ma si deve obiettare che, proprio nei casi di contestazione tra le parti in ordine agli effetti della sopravvenienza, occorre rispettare la regola del doppio grado di giudizio.

Va infine precisato che l'analisi delle sopravvenienze "nel giudizio di appello" deve comprendere tutte le vicende intercorse a partire dalla pubblicazione della sentenza di primo grado (quindi in un momento in cui, a stretto rigore, il giudizio di appello non è ancora iniziato, ma è solo "potenziale") e fino alla pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato che definisce la fase del giudizio.

G) In questo ambito classificatorio *cronologico*, incentrato sul momento del processo in cui si manifestano le nuove circostanze, si dovrebbero considerare, separatamente, le sopravvenienze idonee ad incidere autonomamente sulla sola *fase cautelare*, legittimando la riproposizione dell'istanza di misure di urgenza, a suo tempo respinta dal giudice, oppure la richiesta della modifica e della revoca delle pronuncia adottata dal giudice, distinguendole dalle sopravvenienze che influiscono, più radicalmente, sulla definizione nel merito della controversia.

## **5. LA CLASSIFICAZIONE DELLE SOPRAVVENIENZE IN FUNZIONE DELLA LORO INCIDENZA – AUTOMATICA O MENO - SUL GIUDIZIO DI APPELLO E SUL SUO ESITO.**

Un'ulteriore possibile – e utile - classificazione delle sopravvenienze dovrebbe connettersi, infine, al *trattamento giuridico* loro riservato e alle modalità procedurali attraverso cui esse trovano ingresso nel giudizio. In questa prospettiva, si potrebbero, schematicamente, elencare le seguenti cinque principali situazioni:

a) Vicende sopravvenute che, pur modificando il contesto di riferimento della lite in atto, non assumono alcuna rilevanza, perché la controversia deve essere risolta – per quell'unico aspetto - secondo i parametri di fatto e di diritto cristallizzati in un momento precedente, generalmente coincidente con la proposizione della domanda.

Tali nuove circostanze, se ritenute inidonee a modificare l'esito della controversia in corso, a tutto concedere, potrebbero abilitare le parti interessate alla proposizione di un nuovo autonomo giudizio bastato sull'attuale stato di fatto e di diritto: ma tale astratta eventualità appare in concreto del tutto improbabile nel



giudizio ordinario di legittimità, in considerazione della brevità dei termini di decadenza per la proposizione del ricorso.

L'esempio più importante di queste ipotesi – forse il solo meritevole di attenzione - è costituito dalle sopravvenienze riguardanti la *giurisdizione* e la *competenza*. Queste, in base al codice di procedura civile, sicuramente applicabile, in *parte qua*, anche al processo amministrativo, non sono idonee a modificare la soluzione della questione di giurisdizione o competenza, indissolubilmente ancorata allo stato fattuale e giuridico esistente al momento della proposizione della domanda (art. 5: *La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo*)<sup>11</sup>.

Detta regola generale non impedisce che singole norme speciali sopravvenute, riferite al nuovo riparto della giurisdizione, possano stabilire un'efficacia retroattiva della disciplina innovativa, rendendola operante anche nei processi in corso.

La “*retroattività*” dello stato di diritto sopravvenuto in materia di giurisdizione, poi, si verifica senz'altro nei casi di dichiarazione di illegittimità costituzionale della

---

<sup>11</sup> Il principio espresso dall'art. 5 c.p.c., il quale stabilisce che la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, senza che abbiano effetto i successivi mutamenti essendo diretto a favorire, e non ad impedire, il verificarsi della *perpetuatio iurisdictionis*, trova applicazione solo nel caso di sopravvenuta carenza di giurisdizione del giudice originariamente adito, ma non anche nel caso in cui il mutamento dello stato di diritto o di fatto comporti, invece, l'attribuzione della giurisdizione al giudice che ne era privo al momento della proposizione della domanda. Cass., Sez. Un., 7 marzo 2005, n. 4820; conforme Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18126; Cass., Sez. Un., 16 aprile 2009, m. 8999; Cass., 16 luglio 2010, n. 16667.

Il principio sancito dall'art. 5 c.p.c., secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, non opera quando la norma che detta i criteri determinativi della giurisdizione è successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima, atteso che la norma dichiarata costituzionalmente illegittima - a differenza di quella abrogata - non può essere assunta, data l'efficacia retroattiva che assiste tale tipo di pronunce della Corte costituzionale, a canone di valutazione di situazioni anteriori alla pubblicazione della pronuncia di incostituzionalità, salvo che tali situazioni non siano definitivamente consolidate. Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2004, n. 23645; conforme Cass., Sez. Un., 16 novembre 2004, n. 21635; Cass. lav., 26 aprile 2004, n. 7912.

Dichiarata incostituzionale la norma sulla giurisdizione, il giudice davanti a cui pendono i giudizi instaurati sulla base della norma incostituzionale, dovrà dichiarare il proprio difetto di giurisdizione. Cons. St., 4 luglio 2011, n. 3997.

norma attributiva della giurisdizione al giudice adito, in coerenza con la portata annullatoria della pronuncia della Corte.

Inoltre, la giurisprudenza delle Sezioni Unite interpreta costantemente la norma di cui all'art. 5 CPC nel senso che la disposizione sopravvenuta, la quale assegni la giurisdizione al giudice adito (inizialmente in modo errato), deve applicarsi anche ai giudizi in corso, per evidenti ragioni di economia processuale.

In ogni caso, per le questioni riguardanti la giurisdizione e i cambiamenti in corso del processo valgono le regole in materia di formazione del giudicato - anche implicito - sulla giurisdizione. Occorre stabilire, allora, in quali limiti il giudice di appello possa tenere conto dei mutamenti sopravvenuti in materia di giurisdizione, nel corso di tale fase di giudizio, nei circoscritti, ma non marginali, casi in cui essi possano considerarsi astrattamente rilevanti.

La riconosciuta eccezionalità della regola della “*crystallizzazione*” della controversia al tempo della domanda introduttiva del giudizio conferma il principio opposto, secondo cui, tendenzialmente, il processo, nel suo sviluppo cronologico, tende ad adattarsi ai mutamenti *medio tempore* intervenuti. Le discipline positive variano sensibilmente, invece, nella parte concernente le concrete modalità attraverso cui è possibile consentire l'ingresso dei nuovi elementi.

b) .Vicende sopravvenute che operano, sempre, “*automaticamente*”, condizionando l'esito del giudizio: il giudice ne deve tenere conto, anche d'ufficio, indipendentemente dalle richieste formulate dalle parti. Il caso più significativo, ancorché non espressamente codificato, è costituito dai mutamenti di diritto sostanziale riferiti, *direttamente*, al nucleo delle censure proposte dalla parte interessata. Si pensi all'ipotesi del ricorso incentrato sulla violazione di una norma, poi abrogata - o radicalmente modificata - in corso di causa. Ovviamente, andrà preventivamente stabilito se la nuova disciplina sia effettivamente idonea ad alterare la qualificazione sostanziale del rapporto oggetto del giudizio. Ma, un volta risolta preliminarmente tale questione, il giudice dovrà tenere conto della normativa sopravvenuta, indipendentemente dalle deduzioni delle parti. Si tratta di stabilire,

peraltro, se l'automatismo dei poteri officiosi del giudice operi con pienezza anche nelle fasi di impugnazione o se occorra, invece, una iniziativa sollecitatoria di parte.

Questa sembra essere la regola generale con riferimento ai mutamenti in diritto.

La questione presenta, però, qualche elemento di complicazione, poiché i cambiamenti della normativa sostanziale sono assai spesso accompagnati da discipline di carattere *transitorio*, che tendono a prevedere meccanismi gradualisti di applicazione delle nuove disposizioni, talvolta anche considerando espressamente lo stato del contenzioso in atto.

Occorre considerare, peraltro, che determinati mutamenti di diritto, se ritenuti operanti anche nei giudizi in corso, potrebbero richiedere la deduzione di nuovi specifici mezzi di gravame, legittimando la proposizione di motivi aggiunti, ma non l'automatico rilievo d'ufficio.

Il tema non è semplice, perché riguarda il rapporto tra il principio della domanda e la regola *iura novit curia*. Nella prassi, la questione più dubbia si pone per la portata delle decisioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale; in termini più sfumati, si manifestano incertezze applicative anche con riferimento ai mutamenti di indirizzo interpretativo derivanti dalle decisioni della CEDU e, persino dalle pronunce autorevoli delle Sezioni Unite, dell'Adunanza Plenaria, che determinino l'effetto del cosiddetto "*overruling*".

Al riguardo, l'arco delle posizioni espresse dagli interpreti è molto ampio e discordante.

La tesi più convincente ritiene necessario verificare, caso per caso, il rapporto di connessione tra le censure dedotte originariamente dalla parte interessata e il contenuto delle normative o delle decisioni sopravvenute. Solo quando esista una evidente correlazione tra i due elementi, il giudice deve applicare d'ufficio la disciplina sopravvenuta.

Negli altri casi, invece, per attribuire rilevanza alla nuova normativa, occorre la deduzione di *motivi aggiunti*. Ma si è dubitato che, anche in tali eventualità, la parte

abbia l'onere di proporre, sin dall'inizio censure basate proprio sull'asserita illegittimità costituzionale o comunitaria delle norme che regolano il potere.

Sembrerebbe, comunque, che il criterio della rilevabilità d'ufficio delle sopravvenienze in appello operi anche con riguardo alla sopravvenuta carenza di interesse e, più dubitativamente, alla cessata materia del contendere (vedi *infra*).

c) Sopravvenienze suscettibili di incidere sul giudizio, ma solo se ritualmente *veicolate* dalla parte interessata, mediante apposite richieste o iniziative processuali, sottratte al potere officioso del giudice. In questo ambito si situano le ipotesi dei *motivi aggiunti* in primo grado e dei *nova* in appello: gli istituti in esame non menzionano espressamente il presupposto della intervenuta sopravvenienza, che, però, costituisce, implicitamente, una delle condizioni necessarie per l'applicazione degli istituti considerati.

In questo ambito si collocano, fra l'altro, i mutamenti della disciplina che, pur influenzando sulla qualificazione sostanziale del rapporto, non rientrano nell'ambito delle censure originariamente proposte dalla parte ricorrente.

Questa soluzione, poi, riguarda, in linea generale i cambiamenti riferiti ai mutamenti di fatto e trova la sua espressione più chiara nella disciplina dei *nova* in appello. Al di là di ulteriori questioni proposte dall'istituto, la disciplina positiva insiste molto sulla circostanza che nuove domande eccezioni e prove derivino da fatti sopravvenuti (o, quanto meno, la cui conoscenza sia sopravvenuta alla sentenza di primo grado).

d) Nella maggior parte dei casi in cui la vicenda sopravvenuta rileva solo se prospettata dalla parte, quest'ultima ha, quindi, l'*onere* di dedurre la questione nello *stesso giudizio*. Ma l'obbligo di seguire questo percorso processuale non è sempre prescritto a pena di decadenza, senza facoltà alternative. Si pensi all'ipotesi della impugnazione dei provvedimenti connessi, che può essere dedotta (almeno in primo grado) attraverso i motivi aggiunti, oppure mediante la proposizione di un nuovo autonomo ricorso al TAR, sulla base della preferenza discrezionalmente espressa dalla parte interessata.

La scelta del legislatore al riguardo è ondivaga. Nel *rito appalti*, di cui all'art. 120 CPA, si prevede un vero e proprio onere, finalizzato alla massima concentrazione. La regola non è però prevista per il *rito superspeciale* di cui al comma 2-*bis*. Ma non è chiaro se si tratti di un *divieto* di impugnazione de provvedimenti connessi con i motivi aggiunti, o di una riespansione della regola generale, incentrata sulla facoltatività dello strumento.

e) Sopravvenienze al cui verificarsi il giudice è tenuto all'adozione di decisioni "*vincolate*", in contrapposizione a sopravvenienze idonee a determinare solo una indiretta incidenza sullo svolgimento del processo, legittimando l'esercizio di poteri decisionali e ordinatori *discrezionali*. In questo ambito si potrebbero collocare i casi di *sospensione facoltativa* del giudizio, originati dal sopravvenire di fatti nuovi (per esempio, l'avvio di un procedimento di riesame dell'atto impugnato), che non comportano immediate conseguenze sull'esito della controversia, ma suggeriscono di attendere lo sviluppo sostanziale della vicenda e le conseguenti iniziative delle parti.

## **6. LA RICOGNIZIONE DELLE NORME DEL CPA RIFERITE ALLE SOPRAVVENIENZE NEL PROCESSO ORDINARIO DI COGNIZIONE.**

L'eterogeneità di questi ipotizzati criteri di classificazione testimonia non solo la vastità del fenomeno delle sopravvenienze, ma anche la pluralità delle problematiche derivanti dai molteplici mutamenti intervenuti nel corso del giudizio.

Ciò può spiegare l'impostazione apparentemente asistemica prescelta dal CPA, il quale considera ripetutamente ed esplicitamente il fenomeno delle sopravvenienze, ma in modo inevitabilmente frammentato e parziale, allo scopo di regolarne solo specifici aspetti, considerati, però, meritevoli di un'apposita disciplina.

Da questo angolo visuale, la rassegna delle norme del CPA che possono considerarsi collegate al fenomeno delle sopravvenienze, comprende disposizioni le quali potrebbero apparire non perfettamente coordinate tra di loro e inidonee a configurare una ricostruzione unitaria del fenomeno.

Le disposizioni del CPA, concernenti, in senso ampio, il fenomeno delle sopravvenienze, su cui occorre richiamare l'attenzione sono riferite:

a) Al processo amministrativo in generale (in questo ambito spiccano le norme riguardanti la *tipologia* delle pronunce del giudice: artt. 34 e 35);

b) Al giudizio di primo grado (motivi aggiunti: art. 43<sup>12</sup>; rinuncia: art. 85; improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse - SCI desunta dalla manifestazione di volontà delle parti *per facta concludentia*: art. 84, comma 4: “*Anche in assenza delle formalità di cui ai commi precedenti il giudice può desumere dall'intervento di fatti o atti univoci dopo la proposizione del ricorso ed altresì dal comportamento delle parti argomenti di prova della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della causa*);

c) Al giudizio cautelare (art. 58: *Revoca o modifica delle misure cautelari collegiali e riproposizione della domanda cautelare respinta. 1. Le parti possono riproporre la domanda cautelare al collegio o chiedere la revoca o la modifica del provvedimento cautelare collegiale se si verificano mutamenti nelle circostanze o se allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso, l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza.*

*2. La revoca può essere altresì richiesta nei casi di cui all'articolo 395 del codice di procedura civile.);*

d) Al giudizio di appello (il citato art. 104);

e) Al giudizio di ottemperanza (azione risarcitoria: art. 112, comma 3: “*Può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza, azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo*

---

<sup>12</sup> 43. Motivi aggiunti

1. I ricorrenti, principale e incidentale, possono introdurre con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove purché connesse a quelle già proposte. Ai motivi aggiunti si applica la disciplina prevista per il ricorso, ivi compresa quella relativa ai termini.

2. Le notifiche alle controparti costituite avvengono ai sensi dell'articolo 170 del codice di procedura civile

3. Se la domanda nuova di cui al comma 1 è stata proposta con ricorso separato davanti allo stesso tribunale, il giudice provvede alla riunione dei ricorsi ai sensi dell'articolo 70.

*il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione*"<sup>13</sup>);

f) Ai riti speciali (in particolare il rito in materia di silenzio: 117, comma 5: “Se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito.”).

Su questo disomogeneo tessuto normativo si innesta, poi, un'elaborazione giurisprudenziale particolarmente ricca e stratificata, con riguardo ad alcuni aspetti, in particolare concernenti le *sopravvenienze* dopo il passaggio in giudicato della sentenza e intervenute durante lo svolgimento del giudizio di ottemperanza.

Alcune delle disposizioni in esame sono destinate a risolvere dubbi interpretativi particolari, o consolidano orientamenti interpretativi risalenti nel tempo, senza alcuna ambizione di delineare una sistematica ed esaustiva disciplina positiva delle sopravvenienze.

Ma emerge, in ogni caso, un filo conduttore unitario: le vicende sopravvenute sono destinate, in linea di principio, ad incidere sul processo amministrativo in corso, alla sola condizione di rispettare le regole e i principi che governano il giudizio e la particolare fase in cui esse si manifestano.

In altri termini, il nodo centrale consiste nell'individuare le *modalità* attraverso cui il giudice, d'ufficio, o su sollecitazione delle parti, ha il potere (e il dovere) di considerare rilevanti le sopravvenienze, assumendo le conseguenti statuizioni riguardanti l'ulteriore sviluppo del giudizio e la sua definizione.

---

<sup>13</sup> Secondo la recentissima decisione dell'Adunanza Plenaria 12 maggio 2017, n. 2, L'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione nascente dal giudicato – che dà vita in capo all'amministrazione ad una responsabilità assoggettabile al regime della responsabilità di natura contrattuale, che l'art. 112, comma 3, c.p.a., sottopone peraltro ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica – non estingue l'obbligazione, ma la converte, ex lege, in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; l'insorgenza di tale obbligazione può essere esclusa solo dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'antigiuridicità della condotta.

Si può comprendere, allora, come il tema delle sopravvenienze nel giudizio di appello debba essere affrontato considerando:

- a) In primo luogo, le questioni più ampie concernenti la rilevanza delle sopravvenienze nel processo amministrativo in generale e nel giudizio di primo grado;
- b) In secondo luogo, la problematica specifica della emersione delle nuove circostanze nel giudizio di appello, alla luce della fisionomia e della disciplina di tale fase di impugnazione.

**7. LA DISCIPLINA DELLE SOPRAVVENIENZE RIFERITE AL PROCESSO IN GENERALE: LA SPECIFICA ATTENZIONE PER L'IMPROCEDIBILITÀ, LA SOPRAVVENUTA CARENZA DI INTERESSE E LA CESSATA MATERIA DEL CONTENDERE. LA PROBLEMATICAPPLICABILITÀ DELLE REGOLE ALLA FASE DI IMPUGNAZIONE.**

Come si è detto, nel codice del processo amministrativo non assume una specifica autonomia la disciplina *sistematica* delle sopravvenienze nel corso del giudizio. Tuttavia, numerose disposizioni del codice prendono in considerazione determinati eventi e regolano alcuni profili specifici degli intervenuti mutamenti della situazione. Tali disposizioni forniscono, però, indicazioni particolarmente preziose.

Anzitutto, presentano un rilievo centrale le norme riferite al contenuto e alla tipologia delle *pronunce giurisdizionali*, racchiuse negli artt. **34** e **35**. Tali disposizioni individuano i presupposti per l'adozione delle decisioni di *rito* (che precludono l'esame della fondatezza della domanda) e delle pronunce di *merito*.

La collocazione di queste norme sulle sopravvenienze nel particolare contesto della regolamentazione delle sentenze e del loro contenuto suggerisce alcune riflessioni.

Il disegno prescelto dal codice è quello di “*ordinare*” in modo coerente il contenuto delle diverse pronunce del giudice. In questa importante classificazione emergono con chiarezza alcuni tipi di dispositivo di sentenza, che sono indiscutibilmente legate al presupposto di un *evento sopravvenuto* all'introduzione del giudizio. Il codice individua tale fatto, non descrivendone la fisionomia



intrinseca, bensì considerandone la sua attitudine ad influire sull'esito (processuale o sostanziale) della controversia.

Dunque, le norme in esame riconoscono la possibile rilevanza di determinate nuove circostanze, manifestatesi nel corso del giudizio, dettando anche il nucleo essenziale – benché non esaustivo - della disciplina. Il giudice deve tenerne conto nella decisione, secondo determinate regole di formazione del proprio convincimento.

D'altro canto, le norme in esame prendono in considerazione solo gli eventi sopravvenuti che comportino effetti diretti sulla soluzione della controversia, disinteressandosi di altri eventuali mutamenti "minori".

La regolamentazione dettata dal codice, quindi, se valutata isolatamente, potrebbe risultare ancora parziale e incompleta, ma dimostra che le sopravvenienze rilevano se, ed in quanto, possono alterare effettivamente la soluzione della lite, rendendola diversa da quella che avrebbe dovuto adottarsi secondo la situazione di fatto e di diritto esistente al momento della proposizione della domanda.

#### **8. UNA DISCIPLINA SPECIALE DELLE SOPRAVVENIENZE IN APPELLO? IL PROBLEMA DEL RINVIO COMPIUTO DALL'ART. 104 DEL CPA AL SOLO ART. 34, COMMA 3. LE PRECLUSIONI VERIFICATE NEL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO.**

Per la loro posizione nella parte introduttiva del codice (Libro I, Titolo IV), tenendo anche conto del loro riferimento generale alla "sentenza" o alla *pronuncia* del giudice, le norme in esame risultano poi potenzialmente applicabili, *in via diretta* (e non solo per effetto del rinvio interno di cui all'art. 38 del CPA), anche ai giudizi di impugnazione e all'appello.

Ma, per affermarne con certezza la diretta applicabilità di tali disposizioni al giudizio di appello, si devono risolvere due problemi interpretativi, l'uno di carattere esegetico, l'altro di carattere sistematico.

A) Dal punto vista strettamente letterale, l'art. 104 del CPA, disciplinando il giudizio di appello, richiama espressamente la fattispecie della sopravvenienza di cui al solo art. 34, comma 5 (la sopraggiunta inutilità della pronuncia di annullamento,

che lascia intatto l'interesse all'accertamento della illegittimità del provvedimento impugnato ai soli fini del risarcimento del danno), e non considera le numerose altre ipotesi di cui agli artt. 34 e 35, ingenerando il dubbio che, in grado di appello, possa trovare applicazione solo la previsione espressamente contemplata.

B) Sotto il profilo sistematico, le pronunce di cui agli artt. 34 e 35, in grado di appello, se ritenute ammissibili, sono destinate non solo a definire la controversia, ma anche a confermare, riformare od annullare la sentenza di primo grado, innestandosi, quindi, in una fase processuale caratterizzata dalla necessaria iniziativa impugnatoria delle parti interessate. L'esito della lite, quindi, se è condizionato, per un verso, dalla riconosciuta rilevanza degli eventi sopravvenuti, risulta, per un altro verso, subordinato ai motivi di appello proposti dalle parti e dalle preclusioni derivanti dalla eventuale formazione del giudicato interno, esplicito od implicito. La piena operatività degli artt. 34 e 35 in grado di appello, pertanto, sarebbe sempre limitata dalla necessaria applicazione delle regole riguardanti il giudizio di impugnazione.

Si prospetta, allora, uno dei nodi essenziali per la corretta ricostruzione della disciplina delle sopravvenienze nel giudizio di appello, riguardante la precisa individuazione dei poteri delle parti e del giudice, necessariamente condizionata dalla disciplina della fase di impugnazione davanti al Consiglio di Stato.

È appena il caso di ricordare, inoltre, che il CPA, seguendo l'opzione di prevedere i “*tipi generali*” di sentenza, riferiti ad ogni grado di giudizio, non si fa carico di definire, più analiticamente, i contenuti delle sentenze pronunciabili in sede di impugnazione e dal giudice di appello, limitandosi a considerare soltanto, all'art. 105, i casi particolari di rimessione al primo giudice (*1. Il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado soltanto 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 o l'ordinanza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio*”).

È noto, invece, che la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato una più articolata e complessa tipologia di pronunce del giudice di appello, che, per la maggior parte, rispecchia la classificazione delle decisioni di primo grado, ma, in larga misura, se ne discosta, integrandola e specificandola.

Anche sotto questo aspetto, allora, si potrebbero presentare ulteriori difficoltà per ammettere la piena e diretta applicabilità degli artt. 34 e 35 al giudizio di appello.

## **9. LE NATURA DELLE PRONUNCE DI IMPROCEDIBILITÀ PER SOPRAVVENUTA CARENZA DI INTERESSE E LA DICHIARAZIONE DELLA CESSATA MATERIA DEL CONTENDERE: LE CONSEGUENZE DELLA QUALIFICAZIONE SUI POTERI DEL GIUDICE DI APPELLO.**

Devono essere ora considerate, con maggiore attenzione, le disposizioni contenute negli art. 34, comma 3, 34, comma 5, e 35, comma 1, lettera c), del codice del processo amministrativo, le quali fanno riferimento, indiscutibilmente, a tre ipotesi particolari di *sopravvenienze*, indicando anche, sommariamente i poteri delle parti e del giudice, volti ad attribuire concreta rilevanza alle nuove circostanze.

L'art. 34, comma 5, contempla il caso della *cessata materia del contendere* (“5. *Qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, il giudice dichiara cessata la materia del contendere*”), senza prevedere espressamente il riferimento esplicito alla possibilità di una pronuncia di ufficio, ma senza nemmeno stabilire che la pronuncia sia subordinata ad una richiesta di parte.

L'art. 35, comma 1, lettera c) considera, poi, le ipotesi di *improcedibilità* e, segnatamente, il caso della *sopravvenuta carenza di interesse* (1. *Il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso: (...) c) improcedibile quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse delle parti alla decisione, o non sia stato integrato il contraddittorio nel termine assegnato, ovvero sopravvengono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito*), chiarendo che la relativa pronuncia può essere emessa “*anche d'ufficio*”.

La disposizione contempla, poi, altre ipotesi di improcedibilità del ricorso, correlate al verificarsi di sopravvenienze strettamente processuali.

Queste fattispecie non sono tassativamente indicate dal codice. In tal senso è chiara l'ultima parte dell'art. 35, co. 1, lett. c): dopo aver accennano alle due figure di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione e per omessa integrazione del contraddittorio processuale, la norma indica genericamente i casi in cui sopravvengano *altre ragioni ostative a una pronuncia sul merito*. Alcune di tali ulteriori ipotesi sono menzionate in differenti disposizioni del codice del processo amministrativo (si vedano, ad esempio, gli artt. 55 e 56 c.p.a., ma, soprattutto, l'art. 84, co. 4, c.p.a.). Altre fattispecie, invece, sono state ricostruite e tipizzate dalla giurisprudenza (v., sul punto, la fattispecie di cui alla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 1216/2).

In una prospettiva di teoria generale del processo si è molto discusso sulla natura della pronuncia in tema di *improcedibilità*<sup>14</sup>. Essa è generalmente ricondotta al novero delle sentenze di tipo dichiarativo, come emerge dalla dizione dell'art. 35, co. 1, in quanto postula un accertamento.

Non è chiaro, tuttavia se tale accertamento attenga al *rito* o al *merito* della controversia. Sul punto l'art. 35 c.p.a., alla luce della sua formulazione letterale, sembra aver preso posizione a favore della tesi tradizionale, che inquadra la decisione di improcedibilità tra le sentenze meramente processuali. In tal senso si pone in modo inequivoco la rubrica dell'art. 35, che indica le “*sentenze di rito*”.

---

<sup>14</sup> Con la sentenza della Terza sezione, 14 marzo 2013, n. 1534, il Consiglio di Stato, nell'accogliere un appello con il quale si era contestata la sussistenza dell'improcedibilità dichiarata dal TAR (che aveva tenuto conto di un provvedimento adottato dall'amministrazione in esecuzione di una precedente ordinanza cautelare emessa dallo stesso Tribunale), ha precisato in che cosa consista e quando si determini l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, nonché sotto qual profilo essa si distingua dalla rinuncia. In particolare, il Consiglio di Stato ha escluso, richiamando un consolidato indirizzo pretorio, che ricorra alcuna improcedibilità nel caso in cui l'amministrazione abbia adottato atti in ottemperanza di provvedimenti giurisdizionali di natura cautelare, stante l'intrinseca provvisorietà di questi ultimi. Nel ribadire la natura oggettiva della situazione che può condurre all'improcedibilità, il Consiglio si è soffermato sull'obbligo del giudice di valutare sempre con il massimo scrupolo la permanenza, o no, dell'interesse a coltivare l'impugnativa, allo scopo di non incorrere in sostanziali elusioni del dovere di esaminare la fondatezza delle domande.

Parte della dottrina interpreti, tuttavia, non è pienamente convinta della soluzione, tenendo anche conto della circostanza che la rubrica di un articolo non vincola l'interprete, non avendo contenuto normativo.

In quest'ottica, allora, si ritiene che la natura della pronuncia in questione può in concreto variare a seconda del tipo di improcedibilità dichiarata. La natura processuale della sentenza potrebbe essere riconosciuta senz'altro soltanto qualora l'improcedibilità sia da ricondursi all'inadempimento di un onere procedurale o ad altre analoghe vicende.

Diversamente, l'improcedibilità che trovi causa in una *sopravvenuta carenza di interesse* (SCI), presuppone un accertamento che involge una valutazione, sia pur sommaria e prognostica, dell'esito finale della lite e del sottostante assetto sostanziale e, quindi, del “*merito*” della controversia.

A sostegno di tale conclusione si pongono l'art. 34, co. 3, e l'art. 84, co. 4, c.p.a. La prima disposizione (che sarà meglio analizzata, *infra*, per ulteriori aspetti problematici) converte l'azione di annullamento in una di accertamento dell'illegittimità e ciò, a contrario, implica che l'improcedibilità potrà essere dichiarata soltanto se difetti anche qualunque interesse aquiliano. Quindi, la verifica dell'eventuale sussistenza di un interesse del genere postula che il giudice accerti la sussistenza dei presupposti della domanda e, dunque, almeno in parte, il merito della controversia. L'art. 84, co. 4, c.p.a. rileva poi nella parte in cui la disposizione subordina l'accoglimento di un'istanza di “rinuncia impropria” al preventivo accertamento di atti o fatti univoci intervenuti dopo la proposizione del ricorso, oppure di comportamenti processuali tenuti dalle parti. Ciò significa che il giudice dovrà sindacare, sia pur sommariamente, il merito della controversia sotto il profilo dell'incidenza su di esso delle indicate sopravvenienze.

La riscontrata differenza, in ordine alla previsione della pronuncia di ufficio della sola improcedibilità, ma non della cessata materia del contendere, appare coerente con l'idea tradizionale secondo cui si contrappongono, rispettivamente, una pronuncia di rito e una pronuncia di merito. La decisione in *rito* risulta, di norma,

correlata alla verifica di aspetti legati direttamente allo svolgimento del processo, in un ambito dominato dal potere di controllo del giudice. La sentenza di merito, al contrario, costituisce (salve poche eccezioni, peraltro molto discusse, quali la pronuncia di nullità del provvedimento impugnato) il risultato della dialettica tra le richieste ritualmente proposte dalle parti. In tale cornice, il riconosciuto carattere soddisfacente dell'evento che determina la CMC presuppone un accertamento di merito in ordine al contenuto del rapporto giuridico controverso e quindi un'apposita domanda di parte<sup>15</sup>.

D'altro lato, però, si potrebbe anche ritenere che la CMC costituisca pur sempre, in ultima analisi, una "*specie*" qualificata di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse al ricorso e alla decisione sulla fondatezza della domanda<sup>16</sup>. Come si è detto, poi, parte della dottrina tende a ritenere che anche la pronuncia di SCI contenga un accertamento di merito. Sicché, una volta accertata la presenza dei presupposti oggettivi della CMC, pur in mancanza di domanda di parte, il giudice, a rigore, potrebbe sempre limitarsi a pronunciare la SCI, senza dichiarare, con efficacia di giudicato, l'effettiva soddisfazione del nuovo provvedimento e la conseguente cessata materia del contendere.

Del resto, il codice non chiarisce esplicitamente quale sia la parte abilitata a domandare la pronuncia di CMC (l'originario ricorrente o la parte resistente) e in che modo vada formulata, eventualmente, la richiesta volta a sollecitare la decisione del

---

<sup>15</sup> Per CARLOTTI, Pacificamente si ritiene che le pronunce giurisdizionali che diano atto della rinuncia o della perenzione abbiano un contenuto dichiarativo e investano il mero rito; quelle in tema di cessazione della materia del contendere, ancorché dichiarative, attingono invece il merito della controversia, recando l'accertamento dell'intervenuta soddisfazione della pretesa azionata. Più controversa, invece, come si vedrà infra (nel successivo § 3.4), è la natura delle pronunce sull'improcedibilità.

<sup>16</sup> La tesi secondo cui la SCI e la CMC individuano due ipotesi di improcedibilità del ricorso è ormai consolidata: "*Nel processo amministrativo le due figure della sopravvenuta carenza di interesse, prevista dall'art. 35 comma 1, lett. c), c.p.a., e della cessazione della materia del contendere, pur determinando entrambe l'improcedibilità del ricorso, si differenziano nettamente per la diversa soddisfazione dell'interesse leso. La sopravvenuta carenza di interesse opera solo quando il nuovo provvedimento non soddisfa integralmente il ricorrente, determinando una nuova valutazione dell'assetto del rapporto tra P.A. e l'amministrato. Al contrario, la cessazione della materia del contendere si determina quando l'operato successivo della parte pubblica si rivela integralmente soddisfacente dell'interesse azionato*" (T.A.R. Campania, Sez. I, 4 febbraio 2016, n. 667).

giudice (*motivi aggiunti*, ricorso incidentale; semplice memoria anche non notificata, dichiarazione a verbale di udienza).

La Cassazione del 31.8.2015 n. 17312 ha stabilito che la sentenza di cessazione della materia del contendere o la valutazione di soccombenza virtuale per la liquidazione delle spese di lite non sono idonee ad acquistare autorità di giudicato sul merito delle questioni che erano oggetto della controversia, né in ogni caso precludono la riproposizione delle medesime questioni in un diverso giudizio.

Potrebbe essere plausibile, allora, la conclusione secondo cui la mancata espressa menzione non costituisca un ostacolo insormontabile della possibilità di una pronuncia di ufficio della CMC (e non solo della semplice SCI), non essendo nemmeno previsto un esplicito divieto.

Ad ogni modo, la prassi del giudice amministrativo tende a essere decisamente molto più semplificatrice: in numerosi casi si pronuncia senz'altro la CMC, di ufficio, (ma nel rispetto del “contraddittorio verticale” di cui all’art. 73), o, con la massima flessibilità, si deduce la volontà delle parti di chiedere tale statuizione dai comportamenti serbati nel corso del processo.

Nell’art. 35, comma 2, sono contemplate, infine, le ipotesi di *estinzione* del giudizio. Si tratta di fattispecie tutte caratterizzate dalla *sopravvenienza* di fatti essenzialmente processuali:

“2. Il giudice dichiara estinto il giudizio:

a) *se, nei casi previsti dal presente codice, non viene proseguito o riassunto nel termine perentorio fissato dalla legge o assegnato dal giudice;*

b) *per perenzione;*

c) *per rinuncia.*”

La norma non ripete, nemmeno in questi casi, la previsione del potere di adottare una pronuncia di ufficio. Ma si tratta, verosimilmente, di un difetto di coordinamento con la previsione del comma 1. Non vi sarebbe ragione logica di subordinare questa pronuncia ad una espressa deduzione di parte.

Questa imprecisione formale della disposizione potrebbe rafforzare la convinzione secondo cui anche la cessata materia del contendere vada pronunciata di ufficio, qualora ne siano accertati oggettivamente i presupposti.

#### **10. L'IPOTESI CONTROVERSA DELLA SOPRAVVENUTA INUTILITÀ DELLA SENTENZA DI ANNULLAMENTO – PER DIFETTO DI INTERESSE ATTUALE - E LA FACOLTÀ DI “CONVERSIONE” DELLA DOMANDA DI ANNULLAMENTO IN AZIONE RISARCITORIA. UNA SOPRAVVENIENZA RILEVANTE ANCHE IN APPELLO?**

L'art. 34, comma 3, del CPA sempre nell'ambito della disciplina delle “*sentenze di merito*”, contempla l'ipotesi, assai discussa, della sopravvenuta “*inutilità*” della pronuncia di annullamento del provvedimento impugnato nel giudizio di legittimità, per carenza di interesse alla produzione dell'effetto demolitorio, e delle altre conseguenze tipiche della sentenza costitutiva, qualora sia appurato, però, il persistente interesse della parte ricorrente all'accertamento della illegittimità del provvedimento impugnato, “*ai fini risarcitori*”.

In tal caso, il giudice non deve dichiarare la SCI, pronunciando l'improcedibilità dell'intero ricorso, ma è tenuto ad adottare una pronuncia di *merito*, a contenuto meramente accertativo. (“3. *Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori.*”).

La norma assume un importante rilievo nella sistematica delle sopravvenienze e rappresenta, al tempo stesso, una *specificazione* ed un *correttivo* della disciplina della improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse. Essa si riannoda alla tendenza più recente dell'ordinamento, e della stessa giurisprudenza, volta a circoscrivere i casi in cui può ritenersi carente sin dall'origine, o venuto meno successivamente, l'interesse ad una pronuncia di merito<sup>17</sup>, nella prospettiva di realizzare il principio di effettività della tutela.

---

<sup>17</sup> CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - SENTENZA 27 ottobre 2014, n.5281

1. Nel processo amministrativo l'improcedibilità del ricorso può verificarsi in presenza della sussistenza delle seguenti condizioni: a) il rapporto giuridico sotteso all'impugnato provvedimento è stato oggetto di una nuova regolazione



Al tempo stesso, però, la norma intende delineare con maggiore rigore il contenuto delle *azioni* e delle corrispondenti *pronunce* del giudice, attribuendo rilievo alla tutela risarcitoria della parte interessata.

Schematicamente, quindi, la disposizione descrive una vicenda caratterizzata dal venir meno dell'interesse all'azione di annullamento, accompagnato dalla contestuale insorgenza (o dal riconoscimento della permanenza) di un interesse all'accertamento della illegittimità dell'atto impugnato.

Il fenomeno potrebbe essere descritto anche muovendo dall'idea secondo cui l'azione di annullamento, in ultima analisi, non si limita a manifestare la sua natura costitutiva, ma contiene *logicamente* al proprio interno un'azione di *accertamento*

---

intervenuta in corso di causa e questo ha fatto venir meno gli effetti dell'originario provvedimento; b) l'atto del cui annullamento si discute ha di fatto consumato la sua efficacia, con sostanziale sopravvenuta carenza d'interesse a coltivare l'impugnativa nel caso in cui nessuna concreta utilitas possa derivare alla parte ricorrente dalla decisione di merito del rimedio giurisdizionale proposto.

2. L'adozione di un nuovo atto, quando non sia meramente confermativo di un provvedimento precedente già oggetto di impugnazione giurisdizionale ma costituisce (nuova) espressione di una funzione amministrativa, comporta la pronuncia d'improcedibilità del giudizio in corso per sopravvenuta carenza di interesse, trasferendosi l'interesse del ricorrente dall'annullamento dell'atto impugnato, sostituito dal nuovo provvedimento, all'annullamento di quest'ultimo.

3. Affinché possa escludersi che un atto sia meramente confermativo del precedente occorre che la sua formulazione sia preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, giacché solo l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, sia pure mediante la rivalutazione degli interessi in gioco ed un nuovo esame degli elementi di fatto e diritto caratterizzanti la fattispecie considerata, può dar luogo ad un atto propriamente confermativo, in grado, come tale, di dar vita ad un provvedimento diverso dal precedente e, quindi, suscettibile di autonoma impugnazione.

3. Non è configurabile l'improcedibilità del ricorso proposto per l'annullamento di un provvedimento giurisdizionale se l'adozione del nuovo atto regolante la fattispecie da parte dell'Amministrazione non è spontanea, ma di mera esecuzione di un provvedimento giurisdizionale, con rilevanza provvisoria, in attesa che una sentenza di merito definitiva accerti se il provvedimento impugnato sia o meno legittimo; invece, nel caso in cui il contenuto di detto provvedimento giurisdizionale sia tanto condiviso dall'Amministrazione da indurla a ritirare il precedente provvedimento, sostituendolo con un nuovo atto, senza attendere il giudicato sul suo prevedibile annullamento, può senz'altro ritenersi che l'autonoma valutazione dell'Amministrazione, adeguatamente motivata, determini la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione avverso l'atto originariamente impugnato.

4. Ogni nuovo provvedimento innovativo e dotato di autonoma efficacia lesiva della sfera giuridica del suo destinatario, anche di conferma propria (che si ha quando la pubblica amministrazione, sulla scorta di una rinnovata istruttoria e sulla base di una nuova motivazione, dimostri di voler confermare la volizione espressa in un precedente provvedimento) ed anche se frutto di un riesame non spontaneo, ma indotto da un provvedimento del giudice amministrativo, che tuttavia rifletta nuove valutazioni dell'Amministrazione e implichi il definitivo superamento di quelle poste a base di un provvedimento impugnato giurisdizionalmente, comporta sopravvenienza di carenza di interesse del ricorrente alla coltivazione del relativo gravame, non potendo esso conseguire alcuna utilità da un eventuale esito favorevole dello stesso.

della illegittimità dell'atto impugnato. Correlativamente, la sentenza di annullamento, oltre al tipico effetto costitutivo, presenta, in primo luogo, un contenuto di *accertamento* della sussistenza del vizio che rappresenta il presupposto indispensabile della pronuncia diretta a privare di effetti l'atto impugnato.

La disciplina di cui all'art. 34, comma 3, in definitiva, potrebbe essere inquadrata nell'ambito delle fattispecie di *improcedibilità* "parziale", riguardante la sola azione di annullamento, ma non quella di accertamento, già implicitamente racchiusa nel ricorso impugnatorio, originariamente proposto dalla parte interessata<sup>18</sup>.

La disposizione, peraltro, ha destato diverse incertezze applicative, che possono riverberarsi sul trattamento giuridico di tale sopravvenienza nel giudizio di appello.

La prima questione consiste nello stabilire se, una volta appurata l'inutilità della pronuncia di annullamento (rilevabile anche di ufficio), la deduzione della permanenza all'interesse all'accertamento della illegittimità dell'atto impugnato debba essere formulata dalla parte originariamente ricorrente o se tale valutazione possa essere compiuta, anche d'ufficio, dal giudice, alla luce, beninteso, degli elementi istruttori acquisiti<sup>19</sup> e, si deve aggiungere, garantendo il contraddittorio di cui all'art. 73 del CPA.

Secondo una tesi estrema, per addivenire alla pronuncia di accertamento, evitando la dichiarazione di improcedibilità, sarebbe necessario, verificare che la parte abbia già proposto o proponga contestualmente, con motivi aggiunti, una nuova specifica domanda di risarcimento del danno. In tale prospettiva si afferma che solo

---

<sup>18</sup> Per CARLOTTI; la norma introduce un meccanismo di conversione ex lege di un'azione di annullamento, divenuta improcedibile (per sopravvenuta inutilità dell'eliminazione dell'atto impugnato), in una di più ristretto contenuto volta, ove sorretta da finalità risarcitorie, all'accertamento dell'illegittimità amministrativa denunciata. Merita segnalare che siffatto meccanismo di conversione dell'interesse a ricorrere opera anche dopo il passaggio del giudizio dal primo al secondo grado qualora, in relazione all'atto amministrativo attinto dal ricorso originario, venga meno soltanto in pendenza dell'appello l'interesse all'annullamento, se tale annullamento sia stato negato dal TAR con la sentenza nel frattempo gravata.

<sup>19</sup> Anche all'interno di questa linea di pensiero si contrappongono due possibili orientamenti. L'uno ritiene che il giudice debba comunque accertare "positivamente" la sussistenza di questo specifico interesse risarcitorio; l'altro, invece sostiene che il giudice debba verificare, "negativamente", l'assenza di circostanze che escludano, con certezza un residuo interesse, anche solo potenziale, alla successiva proposizione di una domanda risarcitoria.

l'effettiva proposizione di una nuova domanda giustificerebbe la permanenza dell'interesse all'accertamento della dedotta illegittimità.

Secondo il Tar Lombardia, Milano, sez. I, 24 ottobre 2013, n. 2367, ai fini della conversione dell'azione di annullamento in mero accertamento<sup>20</sup>, occorre che vi sia una esplicita *istanza* di parte, ancorché non caratterizzata dalla formulazione di una domanda, proposta con le forme dei motivi aggiunti: l'art. 34, comma 3, c.p.a., va infatti interpretato nel senso che occorre una espressa “manifestazione” di interesse del ricorrente a fini risarcitori (e non basta, a tal fine, l'oggettivo e officioso riscontro di esso da parte del giudice).<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Si deve considerare, sul piano sistematico, anche la possibilità di escludere o limitare l'effetto di annullamento della sentenza di accoglimento. L'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 4/2015 ha chiarito che la scelta della tutela risarcitoria in luogo di quella di annullamento compete discrezionalmente alla parte interessata. Perciò, il giudice non ha il potere di stabilire d'ufficio che le ragioni della parte attrice debbano essere soddisfatte per equivalente anziché mediate l'annullamento e la conseguente attività conformativa dell'amministrazione.

In questo senso, rimane fermo il principio espresso dalla sentenza n. 2755/2011, secondo la quale, in adesione alla prospettazione della parte, gli effetti della pronuncia di annullamento di un provvedimento amministrativo possono essere limitati solo ad un tempo futuro, senza portata retroattiva.

<sup>21</sup> **TAR LOMBARDIA di MILANO - SENTENZA 6 marzo 2014, n.606** 1. Il ricorso va dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse quando il processo non possa per qualsiasi motivo produrre un risultato utile per il ricorrente. Tale situazione, in particolare, si verifica per effetto del mutamento della situazione di fatto e di diritto dedotta in sede di ricorso, rendendo priva di qualsiasi residua utilità giuridica, ancorché meramente strumentale o morale, una pronuncia del giudice adito sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio.

2. L'istituto della improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse è una manifestazione del principio di unilateralità che regge il processo amministrativo posto a tutela delle posizioni soggettive appartenenti a chi ha introdotto il giudizio, rispetto alle quali gli interessi della parte resistente assumono rilevanza solo in funzione di contrasto della pretesa azionata. Ne consegue che, venuto meno l'interesse del ricorrente alla pronuncia di merito, il giudizio non può proseguire nel solo interesse della parte resistente alla decisione di rigetto.

3. L'art. 34, comma 3, c.p.a. dispone che, qualora nel corso del giudizio l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il “giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori”. Espressamente, dunque, il codice di rito contempla la possibilità di un'azione di mero accertamento, con tale espressione intendendosi le ipotesi in cui l'accertamento, anziché limitarsi al momento logico - propedeutico al giudizio sulle altre azioni di cognizione (di condanna e costitutiva), esaurisce in sé lo scopo del processo.

4. L'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) è integrato dalla necessità di economizzare un giudizio già instauratosi (ma destinato a concludersi in rito, per via di sopravvenienze), deragliandone il percorso in funzione dell'accertamento di una parte (quella riferita alla illegittimità dell'atto) dei fatti costitutivi necessari ai fini dell'accoglimento della (eventuale) azione risarcitoria (in sostanza, dall'annullamento dell'atto si passa ad una sentenza generica su di una frazione dell'an della pretesa risarcitoria).

5. Il passaggio dall'azione di annullamento a quella di mero accertamento determina una modificazione (non degli effetti processuali della domanda originaria, bensì) degli effetti sostanziali scaturenti dal giudicato. Se, tuttavia, non può parlarsi di domanda implicita (ovvero contenuta in quella di annullamento), neppure siamo in presenza di una “mutatio libelli”. Per tale via, infatti, non viene introdotta una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria; il mero accertamento dei vizi, in luogo dell'annullamento, non introduce né un “*petitum*” diverso e più ampio, né una “*causa petendi*” fondata su fatti costitutivi differenti.

6. Il passaggio dall'azione di annullamento a quella di mero accertamento determina una mera “emendatio”, la quale non pone al giudice un nuovo tema d'indagine e neppure sposta i termini della controversia, ma si concreta esclusivamente nella variazione in senso riduttivo del *petitum* originario, al fine di renderlo adeguato alle sopraggiunte necessità di soddisfacimento del bisogno di tutela: in definitiva, modificandosi l'utilità perseguita (l'oggetto mediato trascorre dalla tutela specifica a quella per equivalente) in

In primo grado non sembra dubitabile, comunque, che la parte, con motivi aggiunti, una volta appurata la carenza di interesse alla pronuncia di annullamento abbia quanto meno la facoltà (se non proprio l'onere) di introdurre nel giudizio una specifica nuova domanda di risarcimento del danno, basata proprio sul presupposto della riconosciuta illegittimità del provvedimento asseritamente lesivo, ancorché sia accertato il difetto sopravvenuto di interesse in relazione alla già proposta azione di annullamento.

In giurisprudenza si sono affermati differenti orientamenti. Secondo un primo indirizzo non è necessaria una specifica istanza dell'interessato affinché il giudice accerti l'illegittimità dell'atto, atteso che la *ratio* della norma sarebbe appunto quella di permettere al giudice, una volta accertata la sopravvenuta carenza di interesse all'annullamento e la sussistenza dell'interesse all'accertamento ai fini risarcitori, di convertire l'azione astenendosi dal pronunciare l'improcedibilità del ricorso (Cons St., V, 12.5.2011, n. 2817).

Un secondo orientamento ritiene però questa tesi in contrasto con il principio della domanda, giacché sarebbe demandato al giudice, in via ufficiosa, il mutamento del *petitum*. La conversione, allora, in tanto potrebbe essere disposta in quanto vi sia stata un'espressa manifestazione dell'interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, il cui contenuto, secondo alcune pronunce, potrebbe limitarsi alla mera allegazione dell'interesse stesso (13 TAR Lombardia, Milano, IV, 20.3.2013, n. 730),

---

relazione alla originaria richiesta di provvedimento giurisdizionale (oggetto immediato), quest'ultimo viene soltanto variato nella sua estensione.

7. Tra i presupposti della conversione dell'azione di annullamento in mero accertamento, occorre una esplicita istanza di parte. Si vuole, in altre parole, interpretare l'art. 34, comma 3, nel senso che occorra una esplicita "manifestazione" di interesse del ricorrente a fini risarcitori (e non l'oggettivo riscontro di esso da parte del giudice). Ciò in quanto, tra l'altro, fra la dichiarazione di improcedibilità ed il mero accertamento della fondatezza dei vizi, non vi è alcuna continenza effettuale, ben potendo la parte preferire (ai fini, ad esempio, delle spese processuali) la chiusura in rito del giudizio ad una pronuncia che (se negativa) potrebbe rivelarsi per la parte in vario modo controproducente.

8. La manifestazione espressa d'interesse alla prosecuzione del giudizio (la quale, è utile precisare, salvo il caso in cui sia formulata nel ricorso introduttivo in via subordinata, non abbisogna di atto notificato, considerato che trattasi di mera precisazione della domanda originaria), invero, consente anche il rispetto del contraddittorio (formatosi sulla sola domanda originaria).

9. A risultati sostanzialmente non diversi, si giungerebbe, pure considerando la conversione in discorso quale espressione del potere ufficioso del giudice; ciò qualora (come sarebbe doveroso) si osservassero le formalità di cui all'art. 73, comma 3, c.p.a. (in ragione del quale, il giudice deve indicare la questione in udienza, dandone atto a verbale). In quella sede, infatti, il giudice dovrebbe comunque sollecitare una manifestazione d'interesse della parte che, ove mancante, precluderebbe comunque al giudice di procedere all'accertamento autonomo.

mentre, secondo altre, dovrebbe essere supportato da elementi concreti sulla possibile sussistenza di un danno (Cons. St., VI, 20.7.2011, n. 4388), , in taluni casi richiesti in maniera particolarmente marcata (15 TAR Toscana I, 7.5.2015, n. 734).

Vi è poi un ulteriore indirizzo giurisprudenziale secondo cui qualora la domanda di annullamento del ricorrente sia dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, non sussiste alcun residuo interesse alla trattazione del ricorso ai fini di un successivo risarcimento del danno se non risulta presentata, già nel ricorso stesso o in un separato giudizio, la domanda risarcitoria (Cons. St., V, 13.1.2014, n. 70; TAR Lazio, III, 23.4.2014, n. 4419).

**11. LE CRITICITÀ DELLA PREVISIONE DI CUI ALL'ART. 34, COMMA 3, E LA PROBLEMATICHE ESTENSIONE DELLA REGOLA AL GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE. IL VALORE DEL RICHIAMO ESPLICITO COMPIUTO DALL'ART. 104. LA FACOLTÀ DI PROPORRE L'AZIONE RISARCITORIA PER LA PRIMA VOLTA IN GRADO DI APPELLO.**

La norma ha suscitato ulteriori interrogativi riguardanti la sua portata applicativa nel giudizio di appello.

Va evidenziato, intanto, che si tratta dell'unica disposizione generale riguardante le *sopravvenienze* richiamata espressamente dall'art. 104. La portata di questo rinvio, letteralmente così circoscritto, determina alcuni dubbi.

Anzitutto, non sembra seriamente in discussione che la SCI e la CMC possano essere pronunciate anche in appello, ancorché le relative disposizioni generali non siano menzionate dall'art. 104. Il richiamo al solo art. 34, comma 3, ha un valore *rafforzativo* e confermativo e non può essere inteso, invece, nel senso di escludere l'applicabilità delle altre norme, non espressamente richiamate.

Al proposito, è sufficiente ricordare che gli artt. 34 e 35 del CPA riguardano, in generale, tutti i tipi di sentenza e non sono limitati al processo di primo grado. Pertanto, la loro eventuale inapplicabilità nel giudizio di appello dovrebbe essere esplicitamente statuita con apposita disposizione. In mancanza, opera, in via diretta e

senza pregiudiziali limitazioni, anche per le sentenze pronunciate in appello, la disciplina del Libro Primo del codice.

In ogni caso, poi, qualora si ritenesse (contro la lettera del codice) che gli artt. 34 e 35 siano concepiti essenzialmente per le pronunce del TAR, dovrebbe trovare comunque piena applicazione il principio del *rinvio interno*, il quale rende esportabili le regole previste per il giudizio di primo grado alle fasi di impugnazione. Non emergono, infatti, ragioni di incompatibilità tra tali disposizioni e la fisionomia dell'appello.

Si è molto discusso, invece, se il rinvio esplicito compiuto dall'art. 104 a tale disposizione (che, a rigore, potrebbe essere considerato superfluo) abbia proprio la funzione di sancire la piena ammissibilità di un'azione risarcitoria proposta per la prima volta in appello, in seguito alla accertata inutilità della pronuncia di annullamento, correlata ad un evento manifestatosi soltanto nel corso del giudizio di impugnazione.

La risposta più convincente è, infatti, nel senso che il rinvio sia giustificato dalla finalità di consentire questa particolare – ma opportuna - *accelerazione* e semplificazione del rito, anche nella fase di appello, a tutela della parte ricorrente, proteggendola dagli effetti pregiudizievoli di un evento sopravvenuto destinato a rendere inutile il mero annullamento del provvedimento impugnato.

L'obiezione secondo cui, in tal modo, consentendosi la proposizione della domanda risarcitoria per la prima volta in appello, si *salterebbe* un grado di giudizio, non persuade. La norma mira proprio a rimediare ad un evento sopravvenuto, nell'interesse della parte ricorrente, ma anche a vantaggio dell'amministrazione resistente, che dovrebbe vedere con favore la possibilità di definire comunque il contenzioso nella stessa fase di appello, senza necessità di far regredire il giudizio dinanzi al TAR.

Del resto, analoga “accelerazione” del processo, con la cognizione di merito limitata ad un unico grado, si verifica quando l'azione risarcitoria viene proposta

nell'ambito del giudizio di ottemperanza, quale indispensabile *sucedaneo* alla attuazione della pronuncia di annullamento e ai suoi effetti conformativi.

Questo esito interpretativo, poi, pare connettersi non solo all'esigenza pratica di maggiore rapidità del processo, ma anche alla fisionomia (almeno in parte) *devolutiva* del giudizio di appello. Sullo sfondo, poi, si pone la delicata questione della particolare natura del risarcimento del danno derivante da attività provvedimento illegittima della pubblica amministrazione, che, secondo una linea interpretativa molto convincente, ha funzione essenzialmente riparatoria e "sostitutiva" dell'annullamento reso (totalmente o parzialmente) impossibile o "inutile".

**12. LE SOPRAVVENIENZE INTERVENUTE IN APPELLO CHE DETERMINANO L'IMPROCEDIBILITÀ DEL RICORSO DI PRIMO GRADO, ANCHE IN ASSENZA DI ISTANZA DI PARTE. LA GIUSTIFICAZIONE SISTEMATICA DEL TRAVOLGIMENTO *OFFICIOSO* DELLA SENTENZA DI PRIMO GRADO.**

Come si è detto, l'art. 35, comma 1, lettera c), prevede che il giudice pronunci la SCI, *anche d'ufficio*, una volta appurato che siano sopravvenuti eventi tali da privare il ricorrente dell'interesse alla decisione.

Seguendo la lettera della disposizione, che riguarda non solo le pronunce del TAR, la regola dovrebbe trovare piena e diretta attuazione anche in grado di appello, ferma restando l'applicazione dell'art. 73 del CPA, diretto a garantire lo sviluppo di adeguato contraddittorio tra le parti, scongiurando il pericolo di una "*decisione a sorpresa*".

Ora, è indubitabile che la previsione non contempli una mera "*facoltà*" del giudice, ma un potere "doveroso". Inoltre, la norma, per la sua portata letterale e sistematica, dovrebbe trovare applicazione tanto nel caso in cui il TAR abbia accolto la domanda, quanto in ipotesi di rigetto del ricorso di primo grado. Quindi, dovrebbe operare sia quando è appellante l'originario ricorrente, sia quando è appellante l'amministrazione resistente in primo grado.

Quest'ultimo punto richiede un chiarimento, anche alla luce delle prassi non sempre uniformi del Consiglio di Stato nella redazione dei dispositivi delle decisioni di SCI. L'art. 35 del CPA, infatti, indica come presupposto della pronuncia di improcedibilità, la carenza di *interesse al ricorso*, senza chiarire espressamente, però, se essa si riferisca sempre al *ricorso di primo grado* (la “domanda” proposta dinanzi al TAR), oppure al ricorso introduttivo della fase del giudizio svolto dinanzi al giudice che pronuncia la sentenza (quindi: anche il ricorso in appello).

La differenza non è di poco momento. Seguendo la prima tesi, l'accertamento della improcedibilità compiuto dal giudice di appello e la conseguente pronuncia dovrebbero sempre ancorarsi strettamente alla permanenza dell'interesse al *ricorso originario*, indipendentemente dall'esito dinanzi al TAR e dalla posizione assunta dalle parti nel giudizio di appello.

Aderendo all'altra opinione, invece, l'interesse al ricorso dovrebbe essere valutato con esclusivo – o precipuo – riguardo alla fase di appello: si tratterebbe, quindi, dell'interesse all'impugnazione.

Ma potrebbe prospettarsi anche una tesi intermedia, che distingue a seconda dell'esito, di accoglimento o di rigetto, della sentenza del TAR. In questa prospettiva, si dice che solo nel caso di sentenza di accoglimento del TAR, la SCI dovrebbe riferirsi esclusivamente al ricorso originario di primo grado. Viceversa, nell'ipotesi di rigetto del ricorso e di successivo appello proposto dallo stesso originario ricorrente, la pronuncia officiosa di eventuale sopravvenuta carenza di interesse potrebbe (e dovrebbe) riguardare, indifferentemente, il ricorso in primo grado o il ricorso in appello, mediante il quale la parte ripropone, in sostanza, la propria domanda.

Gli indirizzi che collegano l'improcedibilità al ricorso di appello, anziché al ricorso di primo grado, valorizzano correttamente l'autonomia dell'interesse all'impugnazione, incentrato sulla soccombenza. In tal modo, tuttavia, pur accertando la mancanza di interesse alla decisione di merito, la pronuncia di improcedibilità si riferisce all'appello e fa passare in giudicato la decisione di rigetto del TAR. Questa ricostruzione non sembra condivisibile, perché l'esito processuale della complessiva



controversia non dovrebbe lasciare spazio ad una pronuncia di merito. Né varrebbe obiettare che la sentenza di rigetto presenta un'efficacia limitata e l'affermata improcedibilità dell'appello rende oggettivamente priva di attuale lesività la decisione di rigetto.

Del resto, una possibile conseguenza pratica del riferimento della *improcedibilità* all'appello, anziché al ricorso di primo grado, potrebbe riguardare la ripartizione dell'onere delle spese processuali dell'intero giudizio. Evidentemente, la pronuncia di improcedibilità del solo appello non consente di rivedere la statuizione sulle spese pronunciata dal TAR. Viceversa, la SCI, se riferita al ricorso di primo grado, determinando il superamento della sentenza del TAR, permett di ripartire le spese delle due fasi di giudizio secondo criteri diversi (ferma restando la possibilità di seguire poi la regola della soccombenza virtuale)<sup>22</sup>.

Si deve indicare, poi, un'ulteriore conseguenza pratica, correlata al contributo unificato. Difatti l'art. 1, co. 17, della l. 24.12.2012, n. 228 ha modificato il d.P.R. 30.5.2002, n. 115 (T.U. in materia di spese di giustizia), inserendo nell'art. 13 un nuovo comma 1 *ter* che, con decorrenza dall'1.1.2013, ha previsto, tra l'altro, che, quando un'impugnazione venga dichiarata improcedibile, la parte che l'abbia proposta sia tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello versato. L'applicazione di tale maggiorazione – che ha il contenuto di una

---

<sup>22</sup> Parimenti, la pronuncia di CMC, a differenza di quella di SCI, dovrebbe determinare, di norma, la condanna dell'amministrazione al pagamento delle spese processuali in favore della parte ricorrente. Il Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sentenza n. 4948 del 24 novembre 2016 sui limiti della discrezionalità del G.A. che deve compensare le spese ed in particolare sull'illegittimità di una sentenza di cessazione della materia del contendere che ha immotivatamente compensato le spese. Si legge dalla sentenza: "Anche se nel processo amministrativo il giudice ha ampi poteri discrezionali in ordine al riconoscimento, sul piano equitativo, dei giusti motivi per far luogo alla compensazione delle spese giudiziali ovvero per escluderla, con il solo limite che non può condannare alle spese la parte risultata vittoriosa in giudizio – tale discrezionalità è sindacabile in sede di appello nei limiti in cui la statuizione sulle spese possa ritenersi illogica o errata, alla stregua dell'eventuale motivazione adottata, ovvero tenendo conto da un lato, in punto di diritto, del principio in base al quale, di regola, le spese seguono la soccombenza e dall'altro, in punto di fatto, della vicenda e delle circostanze emergenti dal giudizio". Pertanto, il giudice dispone la compensazione tra le parti in causa delle spese del giudizio sulla base dei c.d. "giusti motivi", i quali, sebbene non indicati in modo preciso ex art. 92 cod. proc. civ., così come richiamato dall'art. 26 del D. Lgs. 104/2010, devono quanto meno essere desumibili dal contesto della decisione. Infine, a parere dei giudici di Palazzo Spada, non può ritenersi legittima una sentenza che, nel dichiarare la cessata materia del contendere per un ricorso in materia di diniego di accesso, ha immotivatamente compensato, tra le parti, le spese di giudizio, non potendo bastare la dichiarazione secondo la quale "ricorrono, tuttavia, giusti motivi per la compensazione".

*sanzione* volta a disincentivare la proposizione di impugnazioni non sorrette da un consistente interesse – non è però automatica, essendo rimessa alla prudente valutazione del giudicante. A tale ultimo criterio, in ogni caso, deve farsi riferimento per determinare il soggetto su cui far gravare l'onere del contributo unificato.<sup>23</sup>

La norma non dovrebbe essere applicabile nel caso in cui l'improcedibilità sia riferita, invece, al ricorso di primo grado.

Dunque, sembrerebbe preferibile ritenere che, qualora sia accertata la SCI, il giudice, anche d'ufficio, pronunci sempre l'annullamento della sentenza di primo grado, sia essa di accoglimento o di rigetto.

Il punto più delicato consiste nello stabilire, però, in base a quale regola, o principio, il giudice di appello possa pronunciarsi di ufficio, in relazione alla vicenda sopravvenuta, pur in presenza di una sentenza (di merito) del TAR che, formalmente, non sembrerebbe aver formato oggetto di impugnazione sul punto, né con l'appello originario, né con successivi motivi aggiunti.

L'affermazione di una esigenza di semplificazione pratica e di economia processuale non è da sola sufficiente per spiegare il principio. Anche se nell'attuale contesto il giudice è ancora molto prudente nell'individuare le concrete ipotesi di effettiva sussistenza della SCI: sicché la pronuncia officiosa è, anche nella prassi, circoscritta a ipotesi in cui appare palese l'inutilità della pronuncia di merito; ciò non toglie che si manifestino in concreto dissensi tra giudice e parti in ordine alla effettiva sopravvenuta carenza di interesse.

---

<sup>23</sup> Nel caso in cui il giudizio venga definito mediante declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse o cessata materia del contendere, il Collegio - facendo applicazione del principio di soccombenza virtuale - deve farsi carico di indicare la parte soccombente proprio ai fini dell'individuazione del soggetto su cui ricade l'obbligo ex lege previsto di pagamento del contributo unificato. Con la sentenza 29 aprile 2015, n. 6211, la Sez. II ter del T.A.R. di Roma, presto atto di come nel giudizio amministrativo il pagamento del contributo unificato costituisca oggetto di un'obbligazione espressamente prevista dalla legge a carico della parte soccombente e, dunque, sottratta alla potestà di condanna del Giudice, ha chiarito come quest'ultimo debba comunque procedere, nel caso in cui il giudizio si concluda con una declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, con l'individuazione del soccombente virtuale proprio al fine di individuare la parte su cui ricade l'obbligazione legale di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

Probabilmente, tale esito potrebbe essere spiegato anche senza fare riferimento al carattere appellatorio dell'impugnazione al Consiglio di Stato e alla fisionomia devolutiva del giudizio.

Si deve affermare, infatti, che i provvedimenti sopravvenuti nel corso del giudizio di appello sono sempre valutabili, d'ufficio (ovviamente, in quanto conosciuti), se presentano una idoneità a delineare mutamenti della vicenda sostanziale, che potrebbero condurre ad un diverso esito della lite.

Anche prescindendo da istanze di parte, infatti, il giudice di appello deve sempre esaminare la permanenza delle condizioni e dei presupposti dell'azione.

L'esistenza di una sentenza di primo grado non è di ostacolo a questo esito, ancorché non siano stati proposti (con l'appello originario o con motivi aggiunti) ragioni di censura specifica contro la sentenza di primo grado.

Il caso più significativo è costituito dalla sopravvenienza di provvedimenti (non impugnati) che abbiano rideterminato il contenuto del rapporto controverso.

Alla base dell'orientamento del giudice amministrativo, del tutto consolidato, sia prima che dopo l'entrata in vigore del codice del processo, si pongono senz'altro ragioni di carattere pratico e di economicità.

Sul piano teorico, peraltro, si potrebbe rilevare che, in seguito alla proposizione dell'appello, la domanda del ricorrente è di nuovo "*sub iudice*", anche in relazione alla sussistenza e alla permanenza delle condizioni dell'azione.

Né si potrebbe parlare di preclusioni derivanti dal giudicato (implicito) del TAR, riferito alle condizioni delle azioni. Infatti, il giudicato non potrebbe logicamente coprire vicende successive alla decisione di primo grado.

Con la sentenza n. 1094 del 22.2.2013 la Sesta sezione del Consiglio di Stato ha invece affermato che esigenze di economia processuale giustificano la rilevanza d'ufficio della carenza di interesse al ricorso, sia originaria (inammissibilità) sia sopravvenuta (improcedibilità), *in ogni stato e grado del giudizio* e, quindi, anche in appello; il Consiglio ha così escluso che siffatta rilevanza incorra nella preclusione derivante dalla regola del "giudicato implicito", valendo quest'ultima - in assenza di

una norma di legge che ne estenda l'ambito di applicabilità - esclusivamente per le questioni di *giurisdizione*. In termini analoghi si è pronunciata anche la Quarta sezione con la sentenza n. 489 del 25 gennaio 2013, aggiungendo che, in appello, l'eccezione di improcedibilità (ancorché riferita a vicende manifestatesi prima dell'avvio del processo di appello, può essere sollevata dalle parti anche con semplice memoria. Tale possibilità è esclusa nei soli casi in cui il TAR si sia pronunciato sul punto).

### **13. I NOVA IN APPELLO E LE SOPRAVVENIENZE RILEVABILI SOLO SU ISTANZA DI PARTE: DOMANDE, ECCEZIONI, MEZZI DI PROVA: CENNI.**

La normativa riguardante i motivi aggiunti e i nova in appello assume senz'altro un aspetto particolarmente rilevante nel sistema complessivo delle sopravvenienze manifestatesi nel corso del giudizio di impugnazione.

La finalità perseguita dalla norma è quella di filtrare in modo equilibrato l'esigenza di adeguare il giudizio di appello alle modifiche intervenute successivamente, con la necessità di salvaguardare il principio del doppio grado, anche "responsabilizzando" le parti in ordine agli oneri di deduzione di domande, eccezioni e mezzi di prova.

Sul piano sistematico, quindi, la norma presuppone che possano intervenire mutamenti di fatto e di diritto capaci di influire sulla decisione, stabilendo quali sono, al riguardo, i poteri delle parti e del giudice.

### **14. I RIMEDI ESPERIBILI CONTRO LA SENTENZA DI PRIMO GRADO CHE ABBA VALUTATO ERRONEAMENTE LE SOPRAVVENIENZE. L'APPELLO E LA DELIMITAZIONE DEI POTERI OFFICIOSI DEL GIUDICE.**

Il giudizio di appello può consentire di rimediare ai vizi della decisione di primo grado, che abbia erroneamente considerato (od omissso di valutare) le sopravvenienze intervenute nel corso del giudizio dinanzi al TAR?

Quali sono i rimedi esperibili contro la sentenza di appello che abbia, a sua volta, erroneamente trascurato di considerare la rilevanza di fatti sopravvenuti, pervenendo a un esito della controversia oggettivamente *ingiusto*?

La prima questione è stata già esaminata *supra*, per molti profili.

Si deve distinguere a seconda che la sopravvenienza sia stata espressamente considerata, o meno, dalla decisione del TAR. In presenza di una decisione esplicita sul punto, l'unico modo per contestare la pronuncia è rappresentato dall'appello (principale o incidentale).

Diverso discorso va svolto con riguardo alle ipotesi in cui la questione non sia stata espressamente decisa dal TAR.

Al riguardo, occorre ulteriormente distinguere a seconda che si tratti di tema decisorio rimesso alla disponibilità delle parti o rientrante nei poteri di ufficio. Nel primo caso, la parte interessata, se non è incorsa già in decadenze (per non avere tempestivamente sollevato il tema dinanzi al TAR, ha comunque l'onere di presentare la questione al giudice di appello. Lo strumento necessario sembra costituito anche in questa fattispecie dall'appello, tanto più necessario quando si sia in presenza della omessa pronuncia su un tema ritualmente prospettato dalla parte.

Resta comunque da valutare lo spazio per la riproposizione, da parte dell'appellato, delle questioni "assorbite" dalla sentenza del TAR, attraverso lo strumento processuale dell'art. 101 CPA.

Per le eventualità delle questioni rilevabili di ufficio si è già visto come la giurisprudenza sia incline ad escludere che la pronuncia del TAR abbia idoneità a determinare un giudicato implicito sulla questione della sopravvenienza, con particolare riguardo alla SCI.

Vanno peraltro svolte due considerazioni ulteriori.

A) Se la sopravvenienza, pur oggettivamente verificatasi nel corso del giudizio di primo grado, diventa conoscibile dalla parte e dal giudice in una fase successiva, la sua rilevanza in appello non può essere negata.

B) Le sopravvenienze “*materiali*”, che potrebbero impedire una pronuncia di merito sull’azione di annullamento, se non rilevate in primo grado o in appello potrebbero comunque riemergere in sede di ottemperanza come ragioni di un’impossibilità “fisica” di attuare la portata conformativa e ripristinatoria del giudicato<sup>24</sup>.

**15. I RIMEDI CONTRO LA SENTENZA DI APPELLO CHE ABBA ERRONEAMENTE VALUTATO – OD OMESSO DI VALUTARE - LE SOPRAVVENIENZE. LO SPAZIO LIMITATO DELLA REVOCAZIONE E DEL RICORSO PER CASSAZIONE LA POSSIBILE RIEMERSIONE DELLA QUESTIONE IN SEDE DI OTTEMPERANZA.**

La questione dei rimedi contro la sentenza di appello che abbia erroneamente valutato (od omesso di valutare) le sopravvenienze emerse in appello dovrebbe essere ricondotta ai principi generali che governano le impugnazioni delle decisioni del Consiglio di Stato, consistenti nella revocazione e nel ricorso in cassazione per i soli motivi inerenti la giurisdizione.

In questa cornice, evidentemente, lo spazio per il rimedio della revocazione è piuttosto circoscritto e riguarda i soli casi in cui la decisione errata sia frutto, effettivamente, di un travisamento dei fatti, anche “processuali”, su un punto decisivo della controversia non espressamente considerato dalla pronuncia.

Insomma, la possibilità della revocazione, seppure ammessa, deve essere ricondotta alla disciplina generale di tale mezzo di impugnazione.

Ancora più esigua appare l’eventualità di un ricorso per cassazione, benché possano prospettarsi alcune situazioni critiche.

---

<sup>24</sup> Questa affermazione, peraltro, potrebbe richiedere qualche precisazione e approfondimento in relazione alla “*relatività*” del concetto di impossibilità di esecuzione materiale, che talvolta si intreccia con quello di eccessiva onerosità dell’esecuzione.

Si potrebbe dubitare che l’amministrazione, se omette di rappresentare, in sede di merito, il sopravvenuto mutamento dell’oggetto materiale inciso dal provvedimento impugnato con l’azione di annullamento, non potrebbe più lamentare tale circostanza nella fase di ottemperanza, qualora l’esecuzione materiale, seppure onerosa, sia pur sempre ancora possibile.

Diversamente, la stessa situazione di fatto, se verificatasi dopo il passaggio in giudicato, potrebbe essere ragionevolmente considerata dal giudice dell’ottemperanza come un ostacolo insormontabile all’esecuzione coattiva.

Possono considerarsi, infatti, le diverse ipotesi di sopravvenienza e di decisione adottata dal giudice.

Una prima problematica riguarda l'errata considerazione del diritto sopravvenuto. Evidentemente, lo sbaglio riguardante la decisione di merito potrebbe avere rilievo solo se determina una questione di giurisdizione.

Ciò si potrebbe verificare, evidentemente, sia nei casi classici di norme riguardanti il "riparto" di giurisdizione, sia nelle ipotesi in cui la pronuncia possa determinare un *eccesso*, o un *rifiuto* di giurisdizione.

In entrambi i casi, però, il tema della "sopravvenienza" non sembra presentare un rilievo autonomo particolarmente significativo.

Più interessante, invece, potrebbe essere l'approfondimento delle questioni deducibili in Cassazione e relative alla errata valutazione della improcedibilità del ricorso.

Si possono valutare i due casi opposti, in cui la sentenza di appello abbia rispettivamente deciso il merito, nonostante l'intervenuta improcedibilità; oppure, al contrario, abbia dichiarato improcedibile il ricorso ritenendo erroneamente venuto meno l'interesse alla decisione di merito.

Si potrebbe ipotizzare che nel primo caso si sia in presenza di un eccesso di potere giurisdizionale, mentre, nel secondo caso si tratterebbe di un "rifiuto di giurisdizione".

Le recenti tendenze delle Sezioni Unite sono nel senso di ampliare il raggio di operatività della questione di giurisdizione. Ma le discutibili coordinate del "rifiuto di giurisdizione" sembrano in ogni caso riscontrabili nei soli casi in cui la decisione sia, effettivamente, un apodittico diniego di tutela.

In questa cornice sembrerebbe difficile, in concreto, che il giudice di appello pervenga ad una decisione di improcedibilità senza esprimere un'adeguata motivazione.

Meno improbabile è che il Consiglio di Stato trascuri una vicenda sopravvenuta idonea a determinare l'improcedibilità del ricorso e, senza alcuna motivazione, decida il merito della controversia.

Stando ai criteri recentemente delineati dalla Cassazione, la fattispecie potrebbe ricondursi all'eccesso di potere giurisdizionale.

Ma si può obiettare che in ipotesi così clamorosi, ci si troverebbe in presenza di un errore di fatto su atti processuali, rimediabile, più ragionevolmente, con lo strumento della revocazione.

Il punto più interessante potrebbe riguardare però, la possibilità di riproporre la questione della *sopravvenienza* (almeno in determinate ipotesi), sfuggita al giudizio di appello, nell'ambito del giudizio di ottemperanza, in base all'argomento "*a fortiori*". Si potrebbe affermare, infatti, che la sopravvenienza, se in alcune circoscritte ipotesi è in grado di travolgere il giudicato, a maggior ragione dovrebbe essere fatta valere in sede di ottemperanza quando la parte ha diligentemente esposto la questione, risolta però erroneamente dal giudice di appello.

Ma occorre ribadire che il "travolgimento" del giudicato si verifica solo nei casi in cui la sopravvenienza attenga effettivamente a vicende successive alla conclusione del giudizio di merito e che le parti non abbiano potuto sollevare ritualmente in quella fase.

L'esigenza di stabilità del giudicato, infatti, prevale su quella di rimediare ad un possibile errore del giudice.

D'altro canto, qualora la "svista" del giudice sia particolarmente rilevante, in quanto correlata ad una inesatta percezione della realtà fattuale, anche processuale, il rimedio della *revocazione* risulta ancora pienamente efficace.

Un interrogativo particolare riguarda i casi in cui il Consiglio di Stato non abbia tenuto conto di un provvedimento sopravvenuto, non impugnato, che avrebbe dovuto imporre una pronuncia di improcedibilità, confermando l'annullamento del provvedimento impugnato in primo grado.



In tali eventualità sembra evidente che la sentenza di annullamento non potrebbe essere posta in esecuzione, perché il rapporto giuridico resterebbe, comunque, regolato dal nuovo provvedimento amministrativo.

La sentenza del Consiglio di Stato è sostanzialmente *ingiusta*, ma sotto il profilo obiettivo, l'amministrazione soccombente potrà sempre far valere il nuovo provvedimento, ancorché esso sia intervenuto durante il giudizio di appello, quale limite alla eseguibilità della decisione.

## **16. CONCLUSIONI: LA PERSISTENTE DIFFERENZIAZIONE DELLE SOPRAVVENIENZE NELLA DINAMICA DEL GIUDIZIO DI APPELLO.**

All'esito dell'esame delle principali questioni, sembra emergere, in primo luogo, l'opportunità di coordinare le diverse situazioni in cui si pone un problema di sopravvenienza in appello, pur prendendo atto della permanente e rilevante differenziazione tra le varie ipotesi (mutamenti di fatto e di diritto; vicende meramente processuali, ecc.).

In secondo luogo, la struttura ancora "ambivalente" dell'appello al Consiglio di Stato, che contiene elementi tanto del giudizio pienamente devolutivo, quanto del processo impugnatorio, giustifica tuttora la soluzione articolata offerta dall'ordinamento.

In terzo luogo, occorre interrogarsi non tanto sulla coerenza delle regole processuali che disciplinano le diverse ipotesi di sopravvenienze processuali, quanto piuttosto, sulla razionalità delle discipline sostanziali che, accentuando la frammentazione delle fasi procedimentali e dei correlati giudizi dinanzi al TAR, alimentano il problema delle sopravvenienze "*provvedimentali*", determinando seri problemi di economicità dei giudizi.

La sentenza "giusta" deve essere quella che permette di risolvere unitariamente e conclusivamente la controversia, garantendo l'effettività e celerità della tutela giurisdizionale.

**Marco Lipari**

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 4 settembre 2017