

L'Adunanza plenaria ribadisce il carattere tassativo delle ipotesi di annullamento con rinvio della sentenza di primo grado, tra le quali non rientra la erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado né la mancanza totale di pronuncia da parte del primo giudice su una delle domande del ricorrente, rientrandovi invece il difetto assoluto di motivazione della sentenza di primo grado.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 30 luglio 2018, n. 11 – Pres. Pajno, Est. Giovagnoli

Processo amministrativo – Appello – Annullamento con rinvio – Carattere eccezionale e tassativo delle ipotesi – Interpretazioni analogiche o estensive – Esclusione.

Processo amministrativo – Appello – Annullamento con rinvio – Erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado – Esclusione.

Processo amministrativo – Appello – Annullamento con rinvio – Violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato – Mancanza totale di pronuncia del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente – Esclusione.

Processo amministrativo – Appello – Annullamento con rinvio – Difetto assoluto di motivazione – Nullità della sentenza con rinvio al giudice di primo grado.

Processo amministrativo – Appello – Annullamento con rinvio – Richiesta di parte – Necessità – Esclusione.

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

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

La violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, anche quando si sia tradotta nella mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente, non costituisce un'ipotesi di annullamento con rinvio; pertanto, in applicazione del

principio dell'effetto sostitutivo dell'appello, anche in questo caso, ravvisato l'errore del primo giudice, la causa deve essere decisa nel merito dal giudice di secondo grado (3).

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

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

(1-5) I. – Con la sentenza in rassegna l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato – chiamata a pronunciarsi dalla sentenza non definitiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana n. 223 del 2018 (in www.lamministrativista.it con nota di NUNZIATA, oggetto della News US in data 24 aprile 2018) sui presupposti applicativi dell'art. 105 c.p.a., con specifico riferimento alla sorte processuale della sentenza che ha erroneamente pronunciato la inammissibilità o irricevibilità del ricorso di primo grado – ha proceduto ad esaminare *funditus* l'evoluzione normativa e l'applicazione giurisprudenziale della disciplina processuale relativa all'annullamento della sentenza appellata con rinvio al primo giudice, giungendo alla elaborazione dei cinque principi di diritto di cui alle massime.

In particolare l'Adunanza plenaria:

- a) afferma che le ipotesi di annullamento della sentenza appellata con rinvio al giudice di primo grado, previste dall'art. 105 c.p.a., hanno carattere tassativo e natura eccezionale, perché rappresentano una deroga al principio devolutivo dell'appello, che di regola è un mezzo sostitutivo e non eliminatorio, e non consentono, pertanto, interpretazioni analogiche o estensive (primo principio);
- b) esamina le singole fattispecie controverse giungendo alla valutazione che:

- b1) l'erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado non costituisce, di per sé, un caso di annullamento con rinvio, in quanto la chiusura in rito del processo, per quanto erronea, non determina, ove la questione pregiudiziale sia stata oggetto di dibattito processuale, la lesione del diritto di difesa, né tanto meno un caso di nullità della sentenza o di rifiuto di giurisdizione (secondo principio);
- b2) la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, anche quando si sia tradotta nella mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente, non costituisce un'ipotesi di annullamento con rinvio (terzo principio);
- b3) costituisce invece un'ipotesi di nullità della sentenza che giustifica l'annullamento con rinvio al giudice di primo grado il difetto assoluto di motivazione della sentenza appellata (quarto principio);
- c) in termini di tecnica processuale evidenzia, in seno al quinto principio, che:
 - c1) sussiste l'onere di articolare specifici motivi di appello e di rispettare il generale principio di conversione delle nullità in motivi di impugnazione;
 - c2) nei casi di cui all'art. 105 c.p.a. il giudice d'appello deve procedere all'annullamento con rinvio anche se la parte omette di farne esplicita richiesta o chiede espressamente che la causa sia direttamente decisa in secondo grado;
 - c3) nei casi in cui non si applica l'art. 105 c.p.a. la possibilità per il giudice di appello di pronunciarsi sulle domande non esaminate in primo grado o erroneamente dichiarate irricevibili, inammissibili o improcedibili, presuppone necessariamente che, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. tali domande siano oggetto di rituale riproposizione, operando, altrimenti, la presunzione di rinuncia stabilita dallo stesso articolo, con conseguente inammissibilità per difetto di interesse dell'appello articolato senza assolvere all'onere di riproposizione.

Ad analogo risultato l'Adunanza plenaria è giunta con la sentenza 30 luglio 2018, n. 10 (oggetto di separata News US), che ha esaminato la rimessione di cui alla sentenza non definitiva della Quinta Sezione n. 2161 del 2018 (oggetto della News US in data 12 aprile 2018), relativa a esito in appello della sentenza che ha erroneamente pronunciato la irricevibilità del ricorso di primo grado. Non risultano allo stato pronunce della Plenaria sulle ulteriori due rimessione in materia, cioè quella effettuata dalla Terza Sezione, con ordinanza n. 2472 del 2018 (in *Foro amm.*, 2018, 4, 611; oggetto della News US in data 3 maggio 2018), che solleva la questione se l'omesso esame della domanda risarcitoria comporti l'annullamento con rinvio al giudice di primo grado; nonché la rimessione di cui alla sentenza non definitiva della Quarta Sezione n. 2122 del 2018 (oggetto della News US

in data 11 aprile 2018), sulle sorti processuali della sentenza di primo grado che ha erroneamente pronunciato la inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse.

II. – Il deferimento alla Plenaria da parte del C.g.a. aveva ad oggetto la questione dei presupposti applicativi dell'art. 105 c.p.a., relativo all'annullamento in appello della sentenza impugnata con remissione al primo giudice, con specifico riferimento all'ipotesi di sentenza che ha erroneamente pronunciato la inammissibilità e/o irricevibilità del ricorso di primo grado.

La fattispecie oggetto del giudizio di appello può essere così sintetizzata:

- un'amministrazione comunale indicava una procedura di gara per l'affidamento del servizio di trasporto alunni, cui partecipavano due operatori economici e che si concludeva con l'aggiudicazione provvisoria a favore di uno dei due partecipanti, cui veniva affidato provvisoriamente il servizio, in via d'urgenza, in attesa del completamento della verifica del possesso dei requisiti dichiarati in gara e della conseguente aggiudicazione definitiva, con stipula del contratto;
- l'aggiudicazione provvisoria e gli atti presupposti venivano impugnati con il ricorso principale dinanzi al T.a.r. di Catania, sul rilievo che l'aggiudicataria fosse stata ammessa alla gara pur in mancanza di requisiti di partecipazione; con ricorso incidentale la prima graduata lamentava la mancata esclusione della ricorrente principale, che non sarebbe risultata possedere autobus con le caratteristiche tecniche previste dal bando;
- in pendenza di giudizio la stazione appaltante completava le verifiche relative al possesso dei requisiti dichiarati dalle due ditte concorrenti, giungendo alla conclusione che nessuna delle due fosse in regola con i requisiti partecipativi, il che comportava la revoca dell'aggiudicazione emessa e del provvedimento di affidamento provvisorio del servizio;
- con ricorso per motivi aggiunti l'originaria aggiudicataria, e ricorrente incidentale, gravava il provvedimento di revoca, sopraggiunto in pendenza del giudizio proposto avverso gli atti di gara;
- il T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, prima sezione, con sentenza n. 1119 del 2017 dichiarava inammissibile il ricorso per motivi aggiunti *“atteso che con esso la società controinteressata estende il giudizio ad un procedimento di secondo grado distinto rispetto al procedimento di gara impugnato con il ricorso introduttivo”*, statuendo che avverso la disposta revoca essa *“avrebbe dovuto proporre un autonomo ricorso”*; dichiarava altresì *“improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, sia il ricorso principale, che quello incidentale volti a contestare l'esito degli atti della predetta procedura, in quanto le parti ricorrenti non potrebbero comunque conseguire un utile*

risultato dall'annullamento degli atti gravati, essendo venuta meno l'intera procedura di gara";

- avverso la citata sentenza l'originaria aggiudicataria ha proposto appello, lamentando l'erroneità della statuizione con cui il giudice di primo grado ha ritenuto inammissibile il ricorso per motivi aggiunti, avverso i sopravvenuti atti di revoca, e conseguentemente improcedibili sia il ricorso principale che quello incidentale proposti nei confronti degli atti della procedura concorsuale e dell'aggiudicazione;
- con la sentenza non definitiva n. 223 del 2018 il C.g.a. ha ritenuto in parte fondato il proposto appello, affermando che la sentenza appellata deve essere annullata sia con riferimento alla statuizione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti sia in relazione alla pronuncia di improcedibilità, per sopravvenuta carenza d'interesse, delle domande giudiziali proposte con il ricorso principale e con il ricorso incidentale; il C.g.a. ha ritenuto tuttavia di non poter direttamente passare all'esame delle doglianze di merito formulate in primo grado, dovendo preliminarmente porre, con deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la questione pregiudiziale se il giudice d'appello possa affrontare le suddette censure, nonostante non siano state esaminate dal T.a.r., ovvero se il giudizio non debba essere rimesso al primo giudice, ai sensi dell'art. 105 c.p.a.

Il C.g.a. ha in particolare posto alla Plenaria i seguenti quesiti:

- d) se l'annullamento della sentenza di inammissibilità e/o di improcedibilità, disvelando che l'omessa trattazione del merito della causa in primo grado ha determinato una ingiusta compressione e dunque lesione del "diritto di difesa" del ricorrente – lesione che verrebbe ulteriormente perpetrata, per la sottrazione alla sua disponibilità di un grado di giudizio, ove la causa fosse trattata (nel merito) direttamente dal giudice d'appello – non determini la necessità di rinviare la causa, ai sensi dell'art.105 c.p.a. al giudice di primo grado;
- e) se la pronuncia con cui il giudice di primo grado abbia dichiarato l'inammissibilità o l'improcedibilità di una domanda giudiziale (rinunciando, dunque, all'esercizio ulteriore del potere giurisdizionale per stabilirne la fondatezza nel merito), possa essere assimilata – ai fini dell'applicazione dell'art.105, primo comma, c.p.a. e per gli effetti devolutivi ivi previsti – ad una ipotesi di "declinazione" (pur se *latu sensu* intesa) della giurisdizione;
- f) se la statuizione con cui il giudice d'appello "riformi" la sentenza di inammissibilità o di improcedibilità emessa dal giudice di primo grado debba essere ritenuta - al di là del *nomen juris* utilizzato nel dispositivo – una vera e propria "sentenza di annullamento"; e se una "sentenza di annullamento" (di una pronuncia di inammissibilità o di improcedibilità) possa essere assimilata ad una

sentenza “dichiarativa di nullità” in esito alla quale occorre rinviare la causa al primo giudice, ai sensi dell’art.105 c.p.a., perché decida nel merito le questioni precedentemente non trattate.

III. – La sentenza dell’Adunanza plenaria n. 11 del 2018 giunge alla formulazione dei principi di diritto sopra riportati sulla base del seguente percorso argomentativo:

g) la questione di diritto all’esame dell’Adunanza plenaria deve essere risolta dando continuità al consolidato orientamento interpretativo che, anche dopo l’entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, afferma il carattere tassativo ed eccezionale dei casi di rimessione al giudice di primo grado, oggi descritti dall’art. 105 dello stesso Codice, che trova fondamento nei seguenti rilievi:

g1) l’art. 39 c.p.a., che prevede il rinvio esterno alle norme del Codice di procedura civile che siano espressione di principi generali, determina un vincolo interpretativo derivante dai principi generali del processo civile più forte rispetto al passato e i principi generali del processo che vengono in rilievo nel caso di specie sono, in particolare, il principio del c.d. effetto devolutivo dell’appello e quello, strettamente correlato, della conversione delle nullità processuali in motivi di appello (art. 161, primo comma, c.p.c.), salvo i casi estremi di c.d. nullità-inesistenza (che l’art. 161, comma secondo, individua nel difetto di sottoscrizione); il principio dell’effetto devolutivo fa dell’appello una impugnazione sostitutiva che di regola conduce, sia pure subordinatamente all’onere della formulazione di specifici motivi, ad una sentenza che ridefinisce integralmente la causa pendente, ripronunciandosi sullo stesso oggetto della sentenza di primo grado; l’art. 105 c.p.a. si colloca in questo quadro normativo-sistematico, recependo, anche nel processo amministrativo, la regola dell’effetto devolutivo/sostitutivo dell’appello e codificandone il principale corollario applicativo, che si traduce nella limitazione dei casi di annullamento con rinvio (in cui l’appello svolge eccezionalmente una funzione rescindente e non più sostitutiva) ad un numero limitato ed eccezionali di ipotesi, di cui non sono consentite interpretazioni analogiche o estensive;

g2) sul piano testuale, la natura eccezionale dei casi di rinvio è scolpita con nettezza dell’utilizzo dell’avverbio “soltanto”, contenuta nell’art. 105, primo comma, c.p.a., dal quale si ricava, argomentando *a contrario*, che la regola è quella secondo cui il giudice d’appello, quando riscontra un errore o un vizio della sentenza, non annulla, ma riforma la sentenza e si pronuncia sul ricorso di primo grado, anche eventualmente esaminando per la prima volta questioni (di rito o di merito) che nel giudizio di primo grado non sono mai state

esaminate, in quanto ritenute erroneamente assorbite o precluse dall'accoglimento di un'eccezione pregiudiziale;

g3) né vale obiettare, in senso contrario, che nell'individuazione dei casi di rinvio l'art. 105 c.p.a. utilizzerebbe clausole "indeterminate" o "aperte", che consentirebbero, anche rispetto al previgente art. 35 della legge n. 1034 del 1971, maggiori margini di flessibilità con conseguente ampliamento dei casi di rinvio; in realtà, le espressioni utilizzate dall'art. 105, comma 1, per individuare i casi di annullamento con rinvio non risultano "aperte" o "indeterminate" ma sono, invece, formule "chiuse" e "determinate", che confermano e rafforzano il principio di tassatività: ciò vale anche per i casi che più hanno sollevato sospetti di indeterminatezza, come la "mancanza del contraddittorio" e la "lesione del diritto di difesa", che sono individuati attraverso criteri determinati e identificabili attraverso le singole e puntuali norme processuali che prescrivono, con sfumature diverse secondo l'incedere del processo, le garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa; coerente con la tassatività dei casi di annullamento con rinvio è, infine, il riferimento ai casi di "nullità della sentenza", sia pure con qualche profilo di maggiore criticità, stante la previsione delle nullità virtuali da parte dell'art. 156, comma 2, c.p.c., che hanno tuttavia carattere eccezionale;

g4) la tassatività che caratterizza l'elenco dell'art. 105 trova poi una ulteriore conferma nel riferimento esplicito e puntuale che la disposizione fa ai casi di erronea dichiarazione di estinzione e di perenzione; la norma, in questo caso analitica, esprime, oltre che una volontà "positiva" (includere perenzione ed estinzione tra i casi di regressione), anche una chiara volontà "negativa": la scelta, cioè, di escludere dai casi di annullamento con rinvio tutte le ipotesi di erronea chiusura in rito del processo (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità) diverse rispetto a quelle espressamente tipizzate (estinzione e perenzione); si tratta di diverso trattamento processuale che non risulta arbitrario o ingiustificato poiché le vicende anomale del processo – e, in particolare, l'interruzione e l'estinzione del giudizio – sono spesso indissolubilmente legate al diritto di difesa o alla violazione del contraddittorio in danno di una parte, colpita da un evento che non le ha consentito di prendere parte o di dare impulso al processo, e la violazione delle relative disposizioni finisce per privare effettivamente la parte di un grado del giudizio, analogamente a quanto accade quando il giudice dichiara erroneamente il difetto di competenza e di giurisdizione;

g5) la tassatività dei casi di annullamento con rinvio riceve conferma anche sul piano sistematico e dei principi, perché si ricollega a sostanziali esigenze

di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo, evitando che gli errori del giudice possano determinare, a danno delle parti, l'azzeramento del processo e la moltiplicazione dei gradi di giudizio, avendo la Corte costituzionale chiarito che il principio di ragionevole durata del processo, per quanto rivolto al legislatore, ben può fungere da parametro interpretativo delle norme processuali;

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

h1) il doppio grado di giudizio non richiede, infatti, una doppia pronuncia sul merito, ma semplicemente che il giudice valuti gli atti processuali ed emetta un giudizio; ciò avviene, oltre che quando entra nel merito dell'affare, anche in quei casi in cui il rapporto processuale si chiude con una pronuncia dichiarativa dell'assenza di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione;

h2) alla luce del carattere rinnovatorio del giudizio di appello, il rinvio al primo giudice, invocato ad apparente tutela del doppio grado, in realtà si atteggia come eccezione a tale principio, perché contraddice la *plena cognitio* del giudice di appello una volta che il primo giudice abbia consumato il proprio grado di giurisdizione;

h3) ne discende che interpretazioni estensive o persino analogiche dell'art. 105 c.p.a. non realizzerebbero un corretto bilanciamento fra i valori costituzionali in gioco e finirebbero per produrre una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.), in quanto la regressione del processo allo stato iniziale determinerebbe l'allontanamento *sine die* di una valida pronuncia sul merito e, quindi, una sostanziale attenuazione, se non una vanificazione dell'effettività della tutela;

h4) furono, del resto, proprio le preoccupazioni legate alla vanificazione del valore costituzionale dell'effettività della tutela che indussero in passato l'Adunanza generale del Consiglio di Stato a proporre, *de jure condendo*, la radicale eliminazione dell'istituto dell'annullamento con rinvio nel giudizio amministrativo (parere n. 236/94 del 6 ottobre 1994 e parere n. 16/89 dell'8 febbraio 1990);

h5) l'enfatico e suggestivo richiamo al doppio grado del giudizio, anche in chiave costituzionale, non risolve, quindi, il problema del rapporto tra la decisione del primo giudice e quella del secondo giudice: questo rapporto

deve trovare soluzione solo in una rigorosa e tassativa analisi dell'articolo 105 c.p.a. e delle altre disposizioni in materia di appello;

- i) l'esegesi puntuale dell'art. 105 c.p.a. non consente di includere tra i casi di annullamento con rinvio l'ipotesi oggetto della rimessione, in cui il giudice di primo grado abbia erroneamente dichiarato il ricorso irricevibile (ed identiche considerazioni valgono con riferimento all'erronea dichiarazione di inammissibilità e di improcedibilità); la contraria tesi, volta a ricondurre l'erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità tra i casi di annullamento con rinvio, ha individuato tre profili di possibile collegamento tra l'erronea chiusura in rito del giudizio di primo grado e le fattispecie di regressione descritte dall'art. 105 c.p.a. ma nessuno dei tre profili appare, tuttavia, dirimente;
- j) non convince, in primo luogo, il richiamo al rapporto che sussisterebbe tra l'erronea declaratoria di inammissibilità (irricevibilità o improcedibilità) del ricorso e la possibile lesione del "diritto di difesa", *sub specie* di violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e di privazione delle parti del doppio grado di giudizio nel merito;

j1) la "mancanza del contraddittorio" in senso stretto è vizio genetico, nel senso che a causa della mancata integrazione del contraddittorio o della erronea estromissione, una o più parti vengono in radice e sin dall'inizio private della possibilità di partecipare al giudizio-procedimento; tuttavia, in applicazione del principio della ragione più liquida, l'art. 49, comma 2, c.p.a. consente al giudice di pronunciare anche a contraddittorio non integro quanto il ricorso risulti manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato; è evidente in tale previsione la *ratio* di economia processuale che consente di prescindere da incumbenti inutili (l'integrazione del contraddittorio o il rinvio al primo giudice affinché disponga l'integrazione del contraddittorio) quando le risultanze già acquisite consentono di definire il giudizio in senso sfavorevole per la parte ricorrente;

j2) la "lesione del diritto di difesa" fa riferimento, invece, ad un vizio (non genetico, ma) funzionale del contraddittorio, che si traduce nella menomazione dei diritti di difesa di una parte, che ha, tuttavia, preso parte al giudizio; le ipotesi sono tipiche e presuppongono la violazione di norme che prevedono poteri o garanzie processuali strumentali al pieno esercizio del diritto di difesa; la violazione del diritto di difesa avviene nel giudizio-procedimento, dove la parte non ha potuto difendersi, l'errore annidandosi nella procedura e non nel contenuto della sentenza;

j3) la giurisprudenza amministrativa ha infatti individuato le seguenti ipotesi di violazione del diritto di difesa: mancata concessione di un termine a

difesa, omessa comunicazione della data dell'udienza, erronea fissazione dell'udienza durante il periodo feriale, violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a., per aver il giudice posto a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio e non prospettata alle parti, definizione del giudizio in forma semplificata senza il rispetto delle garanzie processuali prescritte dall'art. 60 c.p.a., sentenza pronunciata senza che fosse dichiarata l'interruzione nonostante la morte del difensore;

j4) non possono rientrare nella "lesione del diritto di difesa" le ipotesi nelle quali, dopo che la questione è stata sottoposta al dibattito processuale, essa sia poi accolta e per effetto di ciò non si proceda all'esame del merito, in quanto il mancato esame del merito in questo caso costituisce una conseguenza dell'applicazione delle regole sull'ordine delle questioni sancito dagli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c. che attengono alla fase di decisione della controversia ed operano, quindi, quando la dialettica processuale si è ormai svolta;

j5) non vale in senso contrario richiamare l'asserita violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, poiché dichiarando la domanda irricevibile, inammissibile o improcedibile, il giudice si pronuncia su di essa, ravvisando la sussistenza di un ostacolo processuale che impedisce l'esame del merito: il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato è, quindi, rispettato, perché esso postula che ogni domanda venga decisa, ma non necessariamente con una sentenza di merito;

j6) non vale invocare nemmeno la violazione della regola del doppio grado di giudizio, la quale non implica che il merito debba essere sempre esaminato in ciascun grado, ma solo che la parte possa chiedere la revisione della decisione di primo grado, conformemente alla natura devolutiva (limitatamente ai punti della sentenza di primo grado impugnati) del mezzo dell'appello;

k) non convince, in secondo luogo, neanche la prospettata possibilità di qualificare l'erronea dichiarazione di inammissibilità, irricevibilità, improcedibilità del ricorso in termini di sostanziale "rifiuto di giurisdizione" e, quindi, alla stregua di una pronuncia che abbia erroneamente declinato la giurisdizione, rifiutandone l'esercizio. Infatti:

k1) la tendenza volta ad estendere i limiti esterni della giurisdizione, fino a farvi ricomprendere talune particolari ipotesi di erronea dichiarazione di inammissibilità o improcedibilità, è stata espressamente disattesa dalla Corte costituzionale nella sentenza 18 gennaio 2018, n. 6 (in *Foro it.*, 2018, I, 373, nonché oggetto della News US in data 30 gennaio 2018);

- k2) le stesse Sezioni Unite, anche quando hanno aderito a soluzioni ampliative, hanno, comunque, espressamente specificato che tale nuovo concetto di giurisdizione attiene solo alla determinazione dei casi di ammissibilità del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost. e non anche alle disposizioni dei codici di rito riguardanti la determinazione dei casi in cui il giudice di appello deve rimettere le parti davanti al primo giudice;
- k3) non è dubitabile che la dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso postula l'affermazione implicita della giurisdizione di chi l'ha emessa e non è, quindi, riconducibile all'ipotesi dell'erronea declinatoria di giurisdizione cui fa riferimento l'art. 105 come ipotesi di rinvio al primo giudice;
- l) non convince, in terzo luogo, il richiamo al rapporto tra l'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso e la possibile violazione dell'obbligo di motivazione della sentenza:
- l1) errore di giudizio e difetto di motivazione non sono necessariamente sovrapponibili (potendo l'uno sussistere senza l'altro) e, in ogni caso, il difetto di motivazione non costituisce (alla luce di un consolidato indirizzo che va in questa sede ribadito) un caso di rinvio al primo giudice;
- l2) il carattere sostitutivo dell'appello consente sempre al giudice di secondo grado di correggere, integrare e completare la motivazione carente, contraddittoria o insufficiente e di pronunciarsi sul merito della causa;
- m) va precisato che l'ipotesi della motivazione viziata (perché incompleta o contraddittoria) si differenzia da quella della motivazione radicalmente assente (o meramente apparente): il difetto assoluto di motivazione integra un caso di nullità della sentenza, per il combinato disposto degli artt. 88, comma 2, lett. d) e 105, comma 1, c.p.a., con rinvio al primo giudice; è a tal fine necessario distinguere:
- m1) ipotesi di motivazione illogica, contraddittoria, errata, incompleta o sintetica, fattispecie inidonee ad integrare il difetto assoluto di motivazione;
- m2) le più gravi ipotesi di: mancanza "fisica" o "grafica" della motivazione, motivazione palesemente non pertinente rispetto alla domanda proposta, motivazione apparente, per tale dovendosi intendere la motivazione tautologica, assertiva, apodittica, espressa attraverso mere formule di stile oppure obiettivamente incomprensibile; si tratta di ipotesi di difetto assoluto di motivazione che danno luogo a nullità della sentenza attenendo all'esistenza della motivazione in sé;
- n) il difetto assoluto di motivazione deve essere valutato e apprezzato con riferimento alla sentenza nella sua globalità rispetto al ricorso proposto unitariamente inteso, e

non in maniera parcellizzata o frammentata, facendo riferimento ai singoli motivi o alle singole domande formulate all'interno di esso: deve, infatti, essere confermato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'omesso esame di un motivo o anche di una fra le più domande proposte (così come la mancanza della motivazione rispetto ai singoli motivi o a rispetto a una delle domande proposte) non rientra fra le ipotesi di annullamento con rinvio previste dall'art. 105 c.p.a.:

- n1) tale conclusione si impone alla luce dell'art. 101, comma 2, c.p.a., il quale nel prevedere che «si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano espressamente riproposte nell'atto di appello», chiaramente esclude che l'omessa esame di una domanda (e a maggior ragione di un motivo) possa determinare una regressione al primo giudice;
 - n2) la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato non è, quindi, equiparabile ad una ipotesi di violazione del diritto di difesa: in questo caso, infatti, la parte non lamenta di non essersi potuta difendere nel corso del procedimento, ma lamenta un vizio che attiene al contenuto della decisione, che risulta incompleto rispetto ai motivi o alle domande proposte;
 - n3) l'analogia a volte prospettata con l'ipotesi della "decisione a sorpresa" (adottata in violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a.) non risulta persuasiva: in quest'ultimo caso il vizio attiene al procedimento (la questione non è stata previamente sottoposto al contraddittorio nel corso del processo), mentre nel caso di omesso esame il vizio risiede esclusivamente nel contenuto (incompleto) della decisione; né può richiamarsi una "maggiore gravità" della omessa decisione rispetto alla decisione a sorpresa, introducendosi altrimenti un criterio sostanzialistico opinabile e incerto, con operazione sterile sul piano teorico e potenzialmente foriera, sul piano pratico, del rischio di introdurre una sostanziale incertezza nella delimitazione delle ipotesi di annullamento con rinvio;
 - n4) l'omesso esame di una delle domande (o di uno o alcuni dei motivi proposti) integra, quando deriva da un svista del giudice nella percezione degli atti processuali, un errore di fatto idoneo a fondare il rimedio della revocazione; si tratta di errore di fatto revocatorio che non è un *error in procedendo* che integra una violazione del diritto di difesa, né un'ipotesi di nullità della sentenza, ma un errore che inficia il contenuto della sentenza;
- o) la disciplina dei rapporti tra giudice di primo grado e giudice di appello e dei casi di annullamento con rinvio di cui all'articolo 105 presenta evidenti profili di indisponibilità, perché è diretta a tutela interessi di ordine pubblico che attengono al regolare svolgimento del processo, realizzando un delicato bilanciamento di

valori costituzionali (fra i quali, *in primis*, quelli del giusto processo e della sua ragionevole durata), escludendosi che la volontà delle parti possa condizionare l'esercizio dei poteri del giudice. Quindi:

- o1) resta fermo l'onere della parte di articolare specifici motivi di appello e il generale principio di conversione delle nullità in motivi di impugnazione;
- o2) in presenza di una delle ipotesi di cui all'art. 105 c.p.a. il giudice d'appello deve procedere all'annullamento con rinvio anche se la parte omette di farne esplicita richiesta o, addirittura, formula una richiesta contraria, chiedendo espressamente che la causa sia direttamente decisa dal giudice di appello;
- o3) viceversa, ma per ragioni speculari, nei casi in cui non si applica l'art. 105 c.p.a. proc. amm., la possibilità per il giudice di appello di pronunciarsi sulla domanda o sulle domande non esaminate in primo grado o erroneamente dichiarate irricevibili, inammissibili o improcedibili, presuppone necessariamente che, ai sensi dell'art. 101, comma 2, tali domande siano oggetto di rituale riproposizione, operando altrimenti la presunzione di rinuncia stabilita dallo stesso articolo.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

- p) la ricevibilità del ricorso impugnatorio (al pari delle questioni sulla estinzione del giudizio) – per costante giurisprudenza (cfr. da ultimo Cons. Stato, Ad. plen, 27 aprile 2015, n. 5 Foro it., 2015, III, 265, con nota di TRAVI) – costituisce un presupposto del processo, sicché, seguendo il medesimo criterio logico sistematico utilizzato dalla Plenaria in rassegna, si sarebbe potuta differenziare tale ipotesi da quelle della inammissibilità e della improcedibilità, dove effettivamente vengono in rilievo evenienze che incidono sulle condizioni dell'azione; è stata fornita una interpretazione che riduce significativamente la portata della innovativa previsione di cui all'art. 105, comma primo, c.p.a., nella parte in cui stabilisce la rimessione al giudice di primo grado in caso di <lesione del diritto di difesa>, specie avuto riguardo alla fattispecie della omessa totale pronuncia su domanda autonoma; viene in tal modo a crearsi una possibile contraddizione logica, consistente nel ricondurre la sanzione processuale più severa (annullamento con rinvio) alla violazione meno grave (motivazione apparente), laddove la più grave fattispecie dell'omessa pronuncia su autonoma domanda viene decisiva in un unico grado dal Consiglio di Stato; infine la Plenaria non ha preso posizione in ordine alle possibili implicazioni sul piano deontologico in caso di totale omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado;
- q) sulla sentenza non definitiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana n. 223 del 2018, da cui è scaturita la sentenza in rassegna, e sugli

ulteriori atti di deferimento all'Adunanza plenaria di questioni attinenti alla interpretazione dell'art. 105 c.p.a. (Cons. Stato, Sezione V, sentenza non definitiva n. 2161 del 2018, Cons. Stato, Sezione III, ordinanza n. 2472 del 2018, Cons. Stato, Sezione IV, sentenza non definitiva n. 2122 del 2018) cfr. l'articolata analisi di V.SORDI, *Dubbi interpretativi sulla individuazione dei casi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado, secondo l'art. 105 c.p.a.: il significato dell'espressione <lesione del diritto di difesa> e la portata del principio devolutivo dell'appello* in *Foro amm.*, 2018, fasc. 3, 393-403, ove sono rinvenibili ampi riferimenti giurisprudenziali; sulla citata sentenza non definitiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana cfr. A. CERRETO, *Osservazioni alla sentenza C.G.A. n. 33 del 24 gennaio 2018 in tema di annullamento con rinvio nel processo amministrativo* in *LexItalia.it* n. 2 del 2018;

- r) sui pareri resi dal Consiglio di Stato in occasione di disegni di legge di riforma del processo amministrativo, richiamati dalla sentenza in rassegna, cfr. Cons. Stato, ad. gen., parere 8 febbraio 1990, n. 16/89 in *Cons. St.*, 1992, I, 3030 (mirante a limitare le ipotesi di rinvio al primo giudice al solo caso di incompletezza del contraddittorio) e Cons. Stato, ad. gen., parere 6 ottobre 1994, n. 236/94 in *Cons. St.*, 1995, I, 1315 (che proponeva l'abrogazione dell'annullamento con rinvio);
- s) sull'annullamento con rinvio in generale si segnalano, sul versante dottrinale:
 - s1) con riferimento alla disciplina anteriore al Codice del processo amministrativo: C. MEZZANOTTE, *Il rinvio al Tar nel giudizio di appello* in *Studi per centenario del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, 1510; N. DI MODUGNO, *Note sull'annullamento con rinvio nel processo amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 1989, 256 e S. MENCHINI, *La rimessione della causa al primo giudice nell'appello amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 1996, 353, contributi nei quali è possibile rinvenire ulteriori indicazioni dottrinali e giurisprudenziali;
 - s2) con riferimento alla disciplina codicistica: S. PERONGINI, *L'annullamento della sentenza appellata con rinvio al primo giudice, secondo il codice del processo amministrativo* in *Dir. e processo amm.*, 2010, 1105; D. CORLETTO, *commento all'art. 105 c.p.a.* in A. QUARANTA – V. LOPILATO, *Il processo amministrativo – Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, Milano, 2011, 810 ss; R. DE NICTOLIS – M. NUNZIATA, *commento all'art. 105 c.p.a.* in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2015, pag. 965 ss.; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, IV ed., 1559, ove ampia trattazione dell'evoluzione normativa, della genesi della disciplina codicistica e della casistica giurisprudenziale;
- t) sull'annullamento con rinvio si segnalano in giurisprudenza:

- t1) sull'annullamento con rimessione al primo giudice in ipotesi di erronea declaratoria in primo grado di irricevibilità, inammissibilità o decadenza del ricorso si segnala il tradizionale orientamento negativo della giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo: Cons. Stato, Ad. plen., 30 giugno 1978, n. 18 in *Foro it.*, 1978, III, 455, con riferimento all'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso per genericità dei motivi; Cons. Stato, Ad. plen., 4 luglio 1978, n. 20 in *Foro it.*, 1978, III, 454, con riferimento all'erronea dichiarazione di inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse; Cons. Stato, Ad. plen., 7 luglio 1978, n. 22 e Cons. Stato, Ad. plen., 26 ottobre 1979, n. 25, con riferimento all'erronea declaratoria di irricevibilità del ricorso; Cons. Stato, Ad. plen., 6 giugno 1990, n. 5 in *Foro it.*, 1990, III, 453, con riferimento all'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso in primo grado per difetto di legittimazione passiva, difetto di notifica, natura meramente preparatoria dell'atto gravato;
- t2) l'orientamento negativo è confermato anche nella giurisprudenza successiva: Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1558 in *Foro it.*, 2017, III, 155 con nota di TRAVI; Cons. Stato, sez. III, 7 dicembre 2011, n. 6453 in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2011, 12, 3649 (s.m); Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2011, n. 1127 in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2011, 2, 626 (s.m), Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2010, n. 9398 in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2010, 12, 2691 (s.m), Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2006, n. 3027 in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2006, 5, 1422 (s.m);
- t3) da segnalare un contrario orientamento minoritario, rimasto senza seguito, che con riferimento alla erronea inammissibilità del ricorso per ritenuta nullità dell'atto introduttivo del giudizio ha statuito l'annullamento della sentenza con rimessione al primo giudice: Cons. Stato, sez. VI, 22 dicembre 1993, n. 1025;
- t4) ma importanti aperture, a favore cioè della applicabilità dell'art. 105 c.p.a., si erano avute nella giurisprudenza più recente: Cons. giust. amm. sez. giurisd., 24 gennaio 2018, n. 33 in *Diritto & Giustizia*, 5 febbraio 2018, ove si afferma che *“l'erronea declaratoria di tardività della domanda risarcitoria, tradottasi in una omessa pronuncia nel merito della causa, il cui oggetto coincideva per intero con detta domanda, sia sussumibile nella categoria della lesione del diritto di difesa e imponga la rimessione della causa al giudice di primo grado, ai sensi e nei termini di cui all'art. 105 c.p.a.”*; Cons. giust. amm. sez. giurisd., 1 marzo 2018, n. 123, in tema di erronea declaratoria di tardività della domanda articolata in primo grado;
- t5) sull'annullamento con rimessione al primo giudice in ipotesi di omessa pronuncia da parte del T.a.r. sulla domanda risarcitoria di cui al ricorso

introduttivo del giudizio vd. Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2018, n. 1535, ove si legge che “costituisce causa di annullamento con rinvio l’obliterazione non di una censura bensì di una intera domanda (come quella risarcitoria), avente carattere distinto ed autonomo rispetto a quella impugnatoria”; sull’annullamento con rimessione al primo giudice in ipotesi di pronuncia di primo grado assunta in violazione del principio della domanda (art. 99 c.p.c.) e del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) vd. Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2017, n. 3809 in *Foro it.*, 2017, III, 547 con nota di TRAVI, cui si rinvia per ampi riferimenti giurisprudenziali;

- u) sul vincolo interpretativo derivante dalle norme del Codice di procedura civile, in quanto espressione di principi generali, cfr. Corte cost., 26 giugno 2018, n. 132 (oggetto della News US in data 6 luglio 2018) in *Guida al diritto* 2018, 31, 84, con nota di PONTE; sul rinvio esterno al c.p.c. cfr. E.A. APICELLA, *commento all’art. 39 c.p.a.* in A. QUARANTA – V. LOPILATO, *Il processo amministrativo – Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, Milano, 2011, 359 ss.;
- v) sull’effetto devolutivo dell’appello nel processo amministrativo si segnalano:
 - v1) con riferimento alla disciplina anteriore al Codice del processo amministrativo: R. VILLATA, *Considerazioni sull’effetto devolutivo dell’appello nel processo amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 1985, 131, F. BASSI F., *L’effetto devolutivo dell’appello nel processo amministrativo (dalla parte del ricorrente)* in *Dir. proc. amm.*, 1985, 341; A. ROTTOLA, *Effetto devolutivo dell’appello nel processo amministrativo e contumacia dell’appellato* in *Corriere giur.*, 1999, 1561, A. ZITO, *Le impugnazioni* (in particolare il paragrafo *Appello ed effetto devolutivo*) in F. G. COCCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009, 402;
 - v2) con riferimento alla disciplina codicistica: A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 316; M. LIPARI, *Le impugnazioni in generale* in A. QUARANTA – V. LOPILATO, *Il processo amministrativo – Commentario al d.lgs. n. 104/2010*, Milano, 2011, 684 ss.; S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Milano, 2011, 135; F. DE LUCA – G. MASTRANDREA, *commento agli artt. 100- 104 c.p.a.* in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, III ed., Milano, 2015, pag. 912 ss.; A. ZITO, *Appello*, in F.G. COCCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VI ed., Torino, 2016, 425; F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI, *Manuale del processo amministrativo*, Roma, 2017, II ed., pag. 548;
- w) sul principio del doppio grado del giudizio cfr. A. QUARANTA, *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, III, *Diritto processuale amministrativo* in *Enc. giur.*, Vol. XII, Roma 1989; F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI, *Manuale del processo amministrativo*, II ed., Roma, 2017, pag. 546;

- x) sull'utilizzo del principio di ragionevole durata del processo, per quanto rivolto al legislatore, anche come parametro interpretativo delle norme processuali cfr. Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77 in *Foro it.*, 2007, I, 1009, con nota di ORIANI, *Giornale dir. amm.*, 2007, 958, con nota di PAJNO, *Dir. proc. amm.*, 2007, 796, con nota di SIGISMONDI;
- y) sull'annullamento con rinvio per lesione del diritto di difesa la Plenaria in commento evidenzia la seguente casistica: mancata concessione di un termine a difesa (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3787 in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 1487), omessa comunicazione della data dell'udienza (Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014 n. 4616; Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2014 n. 4019; Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2014 n. 2416; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1831 in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 745), erronea fissazione dell'udienza durante il periodo feriale (Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2013, n. 5601 in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 3178), violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a. per aver il giudice posto a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio e non prospettata alle parti (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2017, n. 2974 in *Foro amm.*, 2017, 1280; Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2017, n. 2921; Cons. Stato, sez. IV, 8 febbraio 2016 n. 478; Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3992; Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2015, n. 1438 in *Foro amm.*, 2015, 716), definizione del giudizio in forma semplificata senza il rispetto delle garanzie processuali prescritte dall'art. 60 c.p.a. (Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7982 in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, 2440; Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2013, n. 5601 in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 3178), sentenza pronunciata senza che fosse dichiarata l'interruzione nonostante la morte del difensore (Cons. giust. amm. sic. 10 giugno 2011, n. 409 in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 2154);
- z) sul "rifiuto di giurisdizione" cfr. Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6 (oggetto della News US in data 30 gennaio 2018, cui si rinvia per ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali) in *Foro it.*, 2018, I, 373; la tematica del progressivo ampliamento operato dalla Corte di cassazione della nozione di "solì motivi inerenti alla giurisdizione" di cui all'art. 111, ottavo comma, Cost. è stata affrontata dalla pronuncia della cassazione, Sezioni unite, 29 dicembre 2017, n. 31226 (oggetto della News US in data 11 gennaio 2018, cui si rinvia per la completa analisi ivi contenuta circa il percorso sistematico e argomentativo che ha caratterizzato la questione) in *Foro it.*, 2018, I, 1709, con nota di SIGISMONDI; sulla problematica in esame si veda l'ampia relazione dell'Ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa dal titolo "Il diniego di giurisdizione" (oggetto della News US in data 15 dicembre 2017).