

L'Adunanza plenaria ribadisce il carattere tassativo delle ipotesi di annullamento con rinvio della sentenza di primo grado, tra le quali non rientra la mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente, nella specie sulla domanda di risarcimento del danno conseguente all'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 5 settembre 2018, n. 14 – Pres. Pajno, Est. Russo

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

Processo amministrativo – Appello – Annullamento con rinvio – Mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente – 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).

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 (2).

(1-2) I. – Con la sentenza in rassegna l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato – chiamata a pronunciarsi dall'ordinanza della Terza Sezione n. 2472 del 2018 (in *Foro amm.*, 2018, 4, 611; oggetto della News US in data 3 maggio 2018) sui presupposti applicativi dell'art. 105 c.p.a., con specifico riferimento alla sorte processuale della sentenza di primo grado che ha totalmente e immotivatamente omesso di pronunciarsi sulla domanda risarcitoria, seppur correlata all'esito vittorioso dell'azione di annullamento – a conclusione di un articolato esame della disciplina processuale relativa all'annullamento della sentenza appellata con rinvio al primo giudice, è giunta ad elaborare i due principi di diritto di cui alle massime, escludendo che la fattispecie esaminata rientri tra le ipotesi di annullamento con rinvio.

Con la pronuncia in esame giungono quindi a tre le sentenze dell'Adunanza plenaria sul tema dell'individuazione dell'esatto ambito applicativo dell'art. 105 c.p.a., ovvero:

- la sentenza 30 luglio 2018, n. 10 (oggetto della News US in data 4 settembre 2018), 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), riferita alla sorte in appello della sentenza che ha erroneamente pronunciato la irricevibilità del ricorso di primo grado;
- la sentenza 30 luglio 2018, n. 11 (oggetto della News US sempre in data 4 settembre 2018), che ha esaminato la rimessione alla Plenaria effettuata dalla sentenza non definitiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana n. 223 del 2018 (oggetto della News US in data 24 aprile 2018), relativa alle conseguenze in appello della impugnativa di una sentenza che abbia erroneamente pronunciato la inammissibilità o irricevibilità del ricorso di primo grado.

Allo stato non risulta invece che l'Adunanza plenaria si sia pronunciata sulla quarta e ultima rimessione in materia, disposta con la sentenza non definitiva della Quarta Sezione n. 2122 del 2018 (oggetto della News US in data 11 aprile 2018), relativa a sentenza di primo grado che ha erroneamente dichiarato inammissibile il ricorso per difetto d'interesse.

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

La fattispecie che ha portato alla rimessione alla Plenaria può essere così sintetizzata:

- il ricorrente in primo grado presentava all'Amministrazione comunale SCIA per l'apertura di un esercizio di vendita al dettaglio di frutta e verdura, dando quindi avvio all'attività commerciale oggetto di segnalazione;
- alcuni anni dopo l'Amministrazione comunale richiedeva l'informativa antimafia, cui faceva seguito l'adozione dell'interdittiva antimafia nei confronti dell'interessato da parte della competente Prefettura nonché l'adozione dell'ordinanza sindacale di revoca della SCIA e di divieto di prosecuzione dell'attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande;
- l'interdittiva prefettizia e l'ordinanza sindacale venivano impugunate dinanzi al T.a.r. per la Calabria - Catanzaro, con domanda di annullamento degli atti gravati

per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili e altresì con domanda di condanna al risarcimento dei danni patiti a causa della illegittima chiusura dell'esercizio commerciale;

- il T.a.r. per la Calabria – Catanzaro, prima sezione, con sentenza n. 367 del 2015, accoglieva il ricorso, annullando l'interdittiva antimafia e l'ordinanza comunale di revoca della SCIA, ma ometteva completamente di pronunciarsi sulla domanda di risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale;
- la citata sentenza, passata in giudicato nella parte in cui ha annullato i provvedimenti gravati, veniva appellata dall'interessato, che ne chiedeva la riforma nella misura in cui nulla ha disposto sulla domanda di risarcimento danni, deducendo la violazione dell'art. 112 c.p.c., e ribadendo comunque la fondatezza della domanda stessa, ove la si ritenesse implicitamente respinta senza motivazione;
- con l'ordinanza n. 2472 del 2018 la Terza Sezione del Consiglio di Stato, rilevato come fosse evidente il difetto di pronuncia sulla domanda risarcitoria ritualmente presentata dalla parte interessata e come non fosse in alcun modo configurabile una pronuncia implicita di rigetto della domanda stessa, poneva alla Plenaria la questione se il vizio di mancata totale pronuncia sulla domanda rientrasse tra quelli che, ai sensi dell'art. 105 c.p.a., comportano la regressione del giudizio dalla fase di appello al primo grado, oppure se l'omesso esame della domanda da parte del TAR comportasse, per l'effetto devolutivo dell'appello, la conseguenza che il giudice di secondo grado debba trattenere la causa, decidendola nel merito;
- nel rimettere la questione alla Plenaria l'ordinanza della Terza Sezione sottolineava la peculiarità della fattispecie esaminata, caratterizzata dalla totale omissione di pronuncia su una intera domanda (quella risarcitoria), nella quale quindi emerge, con ogni evidenza, che è stato "leso il diritto di difesa" (a differenza di quanto accade nelle ipotesi di erronea declaratoria di inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità), ipotesi contemplata dall'art. 105 c.p.a. per la regressione in primo grado; la lesione del diritto di difesa emergerebbe anche dalla constatazione che nella specie si determinano, nei confronti della parte ricorrente, effetti equivalenti a quelli della c.d. "pronuncia a sorpresa" di cui all'art. 73 c.p.a..

III. – La sentenza dell'Adunanza plenaria n. 14 del 2018 giunge alla formulazione dei principi di diritto sopra riportati sulla base del seguente percorso argomentativo:

- a) anche alla luce della previsione di cui all'art. 44, comma 1, della l. 18 giugno 2009 n. 69 la struttura ed il significato dell'art. 105 c.p.a. esprimono concetti e valori propri dell'ordinamento generale, nella tendenziale unitarietà del processo, pur

nelle sue definite e differenti declinazioni; nella specie esprimono il principio per cui la sentenza d'appello si sostituisce alla sentenza di primo grado ed il giudice di appello decide nel merito, anche quando rileva un vizio del procedimento o della sentenza di primo grado, qualora, sia pur errando, il giudice di prime cure abbia esaurito la sua potestà decisoria;

- b) la severità dei casi di rimessione al primo giudice serve, in tutti i giudizi a duplice grado, a limitare la discrezionalità dell'interprete nella <invenzione>, nel senso proprio di rinvenimento, di fattispecie ulteriori (cioè, diverse e distinte da tutti i casi implicati) di regressione dall'appello al primo grado, la tassatività delle categorie esistenti essendo indubbia pure per la remittente;
- c) la pronuncia che dichiara erroneamente l'irricevibilità, l'inammissibilità o l'improcedibilità di un ricorso giurisdizionale, consuma il potere decisorio da parte del primo giudice e, stante l'effetto devolutivo dell'appello, impone al secondo giudice, una volta riscontrato tale *error in iudicando*, di pronunciarsi nel merito:
 - c1) sussiste anche un orientamento giurisprudenziale alla stregua del quale tali erronee pronunce sul rito potrebbero essere considerate, nel contenuto e nell'effetto, a guisa di pronunce declinatorie della giurisdizione; ma tale modo di pensare non convince: in primo luogo anche nella pacifica giurisprudenza della Corte regolatrice non si è mai affermato che l'erronea statuizione sulla inammissibilità o improcedibilità possa dar luogo a un'errata pronuncia sulla giurisdizione ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 della Costituzione; in secondo luogo si deve osservare che il giudice di primo grado, nel ritenere la sussistenza d'una ragione che escluda la deliberazione d'una controversia nel merito, non ha abdicato alla sua *potestas iudicandi*, ma ha valutato, per quanto erroneamente, che ricorra una questione preliminare o pregiudiziale idonea a definire il giudizio avanti a sé;
 - c2) non è vero che la parte abbia diritto sempre e comunque ad un doppio grado nel merito, ove al merito non si possa giungere; il doppio grado nel merito costituisce, infatti, il punto di arrivo eventuale del processo, non la sua premessa necessaria e indefettibile; il bene al quale aspira la parte ed al quale tende il giudizio è il giudicato sulla sua pretesa e il passaggio attraverso più gradi di giudizio è il veicolo, peraltro non sempre necessario, il quale conduce a questo risultato, verso la stabilità della cosa giudicata (art. 2909 c.c.);
- d) la tesi della Sezione rimettente secondo cui la totale omissione di pronuncia su una intera domanda (nella specie, quella risarcitoria) comporterebbe una diretta lesione

del diritto di difesa, in quanto determinerebbe, nei confronti della parte interessata, effetti equivalenti a quelli della c.d. "pronuncia a sorpresa", che l'art. 73 c.p.a. tende ad evitare, non convince; infatti la vicenda qui esaminata non rientra affatto tra i casi cui fa riferimento il dato testuale del citato art. 73, comma 3, c.p.a., per l'evidente ragione che il giudice di prime cure non ha impedito alle parti di difendersi in contraddittorio su tutte le questioni dedotte innanzi a lui; né possono equipararsi situazioni processuali diverse sul presupposto della pari o maggiore gravità che caratterizzerebbe l'omessa decisione rispetto alla "decisione a sorpresa" adottata in violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a.; infatti:

- d1) nel caso dell'art. 73, comma 3, c.p.a. il giudice ha deciso la domanda e la parte lamenta che l'abbia fatto ritenendo dirimente una questione, di rito o di merito, non sottoposta al contraddittorio processuale: il vizio attiene, quindi, al procedimento (la questione non è stata previamente sottoposta al contraddittorio nel corso del processo) non al contenuto della sentenza (che potrebbe essere anche "giusta" nella sua portata decisoria);
- d2) nel caso di omesso esame, invece, il vizio risiede esclusivamente nel contenuto (incompleto) della decisione, mentre nel giudizio-procedimento non risulta violata alcuna specifica regola diretta a tutelare il diritto di difesa delle parti; la violazione del diritto di difesa presuppone infatti che una pronuncia sia stata resa senza che siano state rispettate le garanzie difensive previste a favore di una delle parti;
- e) la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c. (non importa se riferita a singoli motivi o a singole domande) non determina un'ipotesi di nullità della sentenza, né un caso di violazione del diritto di difesa idoneo a giustificare l'annullamento con rinvio della sentenza appellata:
 - e1) ciò vale certamente per l'omesso esame di alcuni motivi dell'originario ricorso, come s'evince dall'onere di parte ex art. 101, comma 2, c.p.a. di riproposizione in forma espressa dei motivi assorbiti o non esaminati in primo grado, che dà luogo ad una decadenza o, se si vuole, ad una presunzione assoluta di rinuncia e dal quale è ben possibile evincere come, in generale, l'omesso esame di taluni motivi non determini la regressione della causa al primo giudice;
 - e2) del pari, non si può mai configurare tal rinvio, quando, pur a fronte d'un materiale omesso esame di alcune delle domande, dalla lettura della motivazione si comprenda comunque perché il giudice non abbia pronunciato espressamente su queste ultime;
 - e3) ma ad analoga conclusione deve pervenirsi anche quando, a causa d'una svista o di un errore di fatto, il primo giudice non s'è materialmente

accorto, nel leggere gli atti del giudizio, della formulazione d'una o più domanda: in tali casi l'omesso esame di una delle domande (o di uno o alcuni dei motivi proposti) integra un errore di fatto idoneo a fondare il rimedio della revocazione, che non è un *error in procedendo* che integra una violazione del diritto di difesa, né un'ipotesi di nullità della sentenza, bensì (semplicemente) un errore che inficia il contenuto della sentenza;

f) se in generale la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato non è equiparabile ad una ipotesi di violazione del diritto di difesa (in quanto la parte non lamenta di non essersi potuta difendere nel corso del procedimento, ma lamenta un vizio che attiene al contenuto della decisione), diversi possono essere i seguenti casi, nei quali si ha la regressione della causa al primo giudice in ragione del ricorrere della fattispecie della nullità della sentenza, perché priva degli elementi minimi idonei a qualificare la pronuncia come tale:

- f1) manchi del tutto la pronuncia sulla domanda, da intendersi come omesso totale esame della domanda azionata;
- f2) il giudice pronunci su diversa domanda, attribuendo un bene della vita diverso da quello richiesto o ponendo a fondamento della propria decisione fatti o situazioni del tutto estranei o dalle parti non considerati;
- f3) sulla domanda fatta valere in giudizio il giudice di primo grado abbia pronunciato con motivazione inesistente o apparente, con totale mancanza della esplicazione, neanche in minima parte o per accenni a principi di diritto, delle ragioni che hanno condotto alla decisione assunta;

g) anche in questi casi, peraltro, è opportuno chiarire che l'omessa pronuncia o il difetto assoluto di motivazione, per poter determinare la nullità della sentenza ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 105 c.p.a., devono essere valutati e apprezzati 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:

- g1) se l'integrale violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato può rientrare nei casi in cui il principio devolutivo cede il passo al principio del doppio grado di giudizio, ciò può avvenire solo se il profilo di nullità nei termini sopra chiariti – omesso totale esame della domanda azionata o motivazione inesistente - coinvolga la sentenza nella sua interezza;
- g2) sarebbe invece davvero incongruo ipotizzare, sul piano dell'economia del giudizio e della sua ragionevole durata, un rinvio limitato alla parte di giudizio relativo all'azione su cui non vi è stata pronuncia (nella

specie, la domanda risarcitoria connessa all'azione di annullamento) con contestuale sospensione della parte di giudizio su cui si è esplicito appieno il doppio grado.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

- h) sull'ordinanza della Terza Sezione n. 2472 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. giust. amm., sentenza non definitiva n. 223 del 2018, Cons. Stato, Sezione V, sentenza non definitiva n. 2161 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;
- i) sui temi del doppio grado di giudizio, dell'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo, dell'annullamento con rinvio in generale, del "rifiuto di giurisdizione" e del vincolo interpretativo derivante dalle norme del Codice di procedura civile, in quanto espressione di principi generali, si rinvia, per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, alle citate recenti News US in data 4 settembre 2018 aventi ad oggetto le pronunce dell'Adunanza plenaria nn. 10 e 11 del 2018;
- j) sull'art. 73, comma 3, c.p.a. si veda:
 - j1) in dottrina: F. SAITTA, *La <terza via> ed il giudice amministrativo: la <questione rilevata d'ufficio> (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza in Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 827; L. BERTONAZZI, *Forma e sostanza nel processo amministrativo: il caso delle sentenze <a sorpresa> e dintorni in Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1048;
 - j2) in giurisprudenza: 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; Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2402;
- k) sull'omessa pronuncia sulla domanda da parte del primo giudice si vedano in giurisprudenza:
 - k1) Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2018, n. 1535 (in *Foro amm.*, 2018, 3, 438), secondo cui "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";

- k2) Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2017, n. 3809 (in *Foro it.*, 2017, III, 547 con nota di TRAVI, cui si rinvia per ampi riferimento giurisprudenziali), over si afferma che nel caso in cui il Tar abbia omesso totalmente di pronunciarsi sulle censure dedotte nel ricorso, il Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 105 cod. proc. amm., deve annullare la sentenza con rinvio al giudice di primo grado;
- k3) Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3346 (in *Foro it.*, 2014, III, 583 con nota di PARDOLESI), in tema di omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado su singole censure;
- k4) Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7235 (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 2599), che, nel regime anteriore al codice del processo amministrativo, aveva già affermato che ai sensi dell'art. 112 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo, è illegittima la sentenza del giudice di primo grado che estende il suo giudizio e la relativa pronuncia ad aspetti del rapporto sostanziale dei quali non era stato investito dal ricorrente e che di conseguenza non poteva formare oggetto del suo esame, con conseguente suo annullamento e rinvio al primo giudice ai sensi dell'art. 37, 1° comma, legge Tar;
- l) sull'inciso finale di cui al paragrafo 10 della motivazione della sentenza in commento, si evidenzia che l'eventuale regressione in primo grado del giudizio sulla domanda risarcitoria non avrebbe mai potuto comportare la sospensione del giudizio di appello, e, in particolare, su quella parte in relazione alla quale si è esplicitato appieno il doppio grado: il Consiglio di Stato, in tal caso, definisce integralmente il giudizio davanti a se, stante la non ricorrenza dei presupposti applicativi degli artt. 295, 337 e 624 c.p.c., nonché 77 c.p.a. (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2018, n. 5185; Cons. Stato, sez. IV, 17 aprile 2018, n. 2285; Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2015, n. 806, *ivi* ampi riferimenti alla conforme giurisprudenza della Cassazione civile), e non potendosi configurare neppure i presupposti della c.d. sospensione impropria cfr. Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 15 ottobre 2014, n. 28 in *Foro it.*, 2014, III, 629 e in *Urbanistica e appalti*, 2015, 47, con nota di ANDREIS.