

Anche il Consiglio di giustizia amministrativa, dopo la Quarta e la Quinta Sezione, deferisce all'Adunanza plenaria l'individuazione dei presupposti applicativi della norma sancita dall'art. 105 c.p.a., con riferimento alla sorte processuale della sentenza che ha erroneamente pronunciato la inammissibilità o irricevibilità del ricorso.

Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, sentenza non definitiva 17 aprile 2018, n. 223 – Pres. Deodato, Est. Modica de Mohac

Processo amministrativo – Appello – Erronea declaratoria di inammissibilità o irricevibilità del ricorso di primo grado – Annullamento con rinvio – Deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Va rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., anche al fine di prevenire contrasti di giurisprudenza, la questione se la sentenza d'appello che accerti la erroneità della declaratoria di inammissibilità e/o di irricevibilità del ricorso comporti l'annullamento con rinvio al giudice di primo grado, ex art. 105 c.p.a. e in particolare:

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

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

c) se la statuizione con cui il Giudice d'appello "riformi" la sentenza di inammissibilità o di improcedibilità emessa dal Giudice di primo grado debba essere ritenuta - al di là del nomen juris utilizzato nel dispositivo - una vera e propria "sentenza di annullamento"; e se una "sentenza di annullamento" (di una pronuncia di inammissibilità o di improcedibilità) possa essere assimilata ad una sentenza "dichiarativa di nullità" in esito alla quale occorre rinviare la causa al primo giudice, ai sensi dell'art.105 c.p.a., perché decida nel merito le questioni precedentemente non trattate (1).

(1) I. – Con la sentenza non definitiva in epigrafe, anche il C.g.a. rimette all'Adunanza plenaria la questione dei presupposti applicativi dell'art. 105 c.p.a., relativo all'annullamento in appello della sentenza impugnata con rimessione al primo giudice, con specifico riferimento all'ipotesi di sentenza che ha erroneamente pronunciato la

inammissibilità e/o irricevibilità del ricorso di primo grado. Giungono quindi a tre i deferimenti alla Plenaria sul punto, dopo le sentenze non definite della Quarta Sezione n. 2122 del 2018 (oggetto della News US in data 11 aprile 2018, cui si rinvia per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza) e della Quinta Sezione n. 2161 del 2018 (oggetto della News US in data 12 aprile 2018).

La fattispecie che ha condotto alla sentenza in rassegna può essere così sintetizzata:

- un'amministrazione comunale indiceva 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 era 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 in rassegna il C.g.a. ha ritenuto in parte fondato il proposto appello, poiché, in primo luogo, ai sensi dell'art. 120 c.p.a., la sopravvenuta revoca dell'aggiudicazione è atto che "attiene" alla procedura di gara, così che doveva essere impugnato con motivi aggiunti, come previsto dalla richiamata previsione normativa; d'altra parte, anche ritenendo inammissibile l'impugnazione dell'atto di ritiro con motivi aggiunti, il giudice di primo grado avrebbe dovuto disporre la separazione dei giudizi, anziché precludere alla società ricorrente ogni forma di tutela. La decisione in commento conclude quindi con l'affermazione 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. ritiene 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.

II. - La sentenza del C.g.a. n. 223 del 2018, dopo aver ricordato i contrasti giurisprudenziali in materia, motiva il deferimento alla Plenaria della sorte processuale della decisione di primo grado che ha erroneamente pronunciato la inammissibilità e/o irricevibilità del ricorso nei termini seguenti:

- a) l'art.105 c.p.a. stabilisce che il Consiglio di Stato rimette la causa al Giudice di primo grado soltanto se è mancato il contraddittorio, se è stato leso il diritto di difesa di una delle parti, se venga dichiarata la nullità della sentenza, se venga riformata la sentenza che ha declinato la giurisdizione, che ha pronunciato sulla competenza, che ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio; trattasi - all'evidenza - di ipotesi tassative, ma talvolta espressive di clausole aperte, di fattispecie non specificamente tipizzate e che perciò lasciano aperti varchi interpretativi volti alla individuazione dei casi in esse sussumibili;
- b) si pone in primo luogo la questione se la diretta ed immediata trattazione da parte del Giudice di appello di questioni di merito non affrontate dal Giudice di primo grado, perché veicolate da un ricorso da questi dichiarato inammissibile o improcedibile, possa essere ritenuta - o meno - un caso di "lesione del diritto di difesa" indotta dalla privazione di un grado di giudizio; quesito cui si propone di dare risposta positiva, apparendo sussistere la lesione del diritto di difesa, in quanto:
 - b1) dall'art. 125 Cost, come interpretato in particolare dalla giurisprudenza costituzionale, emerge che nel sistema della giustizia amministrativa il c.d.

“principio del doppio grado generalizzato” esiste ed è vigente, nel senso che, se è possibile per il legislatore istituire ipotesi di giurisdizione in unico grado del Consiglio di Stato, è tuttavia imposto che per le sentenze dei T.a.r. sia sempre assicurato un secondo grado di giudizio;

b2) ne consegue che in tutti i casi in cui i T.a.r. siano ordinariamente competenti - *ex lege* - a decidere in primo grado, tale “giudizio di base” non può essere pretermesso (o “saltato”) e che pertanto le questioni per le quali i T.a.r. sono “funzionalmente” competenti, non possono essere loro sottratte ma devono essere inderogabilmente trattate in primo luogo dai predetti Tribunali in quanto giudici naturali precostituiti per legge, e non possono finire con l’essere decise in unico grado - quasi “*per saltum*” - direttamente dal giudice d’appello;

b3) nella fattispecie in esame emerge che la mancata trattazione del merito della causa in primo grado si è risolta in un ingiusto pregiudizio per la ricorrente, la quale ha visto compresso il suo diritto di difesa e per la quale la trattazione del merito della causa direttamente in appello si tramuterebbe in una seconda e non meno grave ingiustizia, in quanto la priverebbe di un grado di giudizio, in violazione del principio affermato dalla Corte Costituzionale, comprimendo ancora una volta - e inesorabilmente - il suo “diritto di difesa”;

b4) i contrapposti argomenti per cui il Giudice di primo grado ha esercitato e consumato comunque il suo potere, anche con la semplice pronuncia di rito e che l’interessato ha comunque avuto la possibilità di esperire entrambi i gradi di giudizio si basano d’altra parte su una visione rigidamente formalistica della tutela giurisdizionale, avendo il primo Giudice semplicemente “deciso di non decidere” nel merito la causa, con decisione peraltro rivelatasi errata;

b5) conclusivamente sul punto, la diretta trattazione (e decisione) della causa da parte del Giudice d’appello che annulli la sentenza con cui il Giudice di primo grado abbia pronunciato (senza entrare nel merito delle doglianze) l’inammissibilità e/o l’improcedibilità del ricorso, appare lesiva del diritto di difesa, perché finisce con il privare l’interessato di un grado di giudizio e perché finisce con il sottrarre parte della causa al giudice naturale;

c) si pone in secondo luogo la questione 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 ad una ipotesi di “declinazione” - *latu sensu* intesa - della giurisdizione; quesito cui si propone di dare risposta positiva in quanto:

c1) se è vero che anche le pronunzie di rito - quali sono quelle di inammissibilità e di improcedibilità - costituiscono espressione di concreto esercizio del potere

giurisdizionale, una più attenta analisi fa emergere la distinzione tra “decisioni di rito a contenuto certatorio”, che costituiscono l’epilogo di un percorso logico nell’ambito del quale il Giudice è “entrato nel merito” della vicenda giuridica, seppur sommariamente ed al solo fine di accertare la sussistenza, in concreto, dei presupposti processuali e delle cc.dd. “condizioni dell’azione”, e “pronunce di non luogo a procedere”, nelle quali il decidente non effettua alcuna valutazione in ordine a tali elementi, limitandosi a prendere atto dell’esistenza di una “preclusione di fondo”, che impedisce già sul piano teorico di esaminare la questione;

c2) pronunzie di tal ultimo genere non differiscono troppo, nel contenuto e nell’effetto, dalle decisioni “declinatorie della giurisdizione”, categoria nella quale quindi rientrano sia le sentenze nelle quali il Giudice rifiuta di decidere in quanto ritiene che il potere giurisdizionale spetti ad altra Autorità giudiziaria, sia quelle nelle quali il Giudice rifiuta di decidere la causa, in quanto ritiene che non sussistono i presupposti o le condizioni, o esiste qualche impedimento, per l’esercizio del potere giurisdizionale;

c3) nella fattispecie dedotta in giudizio la situazione verificatasi è esattamente quella in ultimo descritta, in quanto il Giudice di primo grado non ha pronunciato l’inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per un motivo attinente alle condizioni dell’azione (dunque riferentesi all’interesse ad agire, alla legittimazione processuale o all’astratta esistenza dell’interesse legittimo) promossa dalla ricorrente, né per fatti che rivelassero un difetto nei presupposti processuali (dunque riferentesi alla regolare composizione del Collegio, all’eventuale sussistenza di cause di incompatibilità, etc.), ma semplicemente perché ha ritenuto che il “tipo” di atto processuale utilizzato dal ricorrente non fosse correttamente qualificabile in termini di “domanda giudiziale” e che pertanto la stessa non fosse “ricevibile” e non fosse quindi idonea ad innescare il meccanismo processuale che attiva l’esercizio del potere giurisdizionale;

d) si pone in terzo luogo la questione 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, in caso affermativo, se possa essere assimilata ad una sentenza “dichiarativa di nullità”, quesito cui si propone di dare risposta positiva in quanto:

d1) già in termini di teoria generale nell’ambito del sistema processuale amministrativo la differenza fra la sentenza con la quale il Giudice di appello “dichiara la nullità” e la sentenza con la quale, invece, pronunzi l’“annullamento” di una sentenza appellata, si appalesa poco incisiva, poiché

tanto l'una che l'altra hanno, infatti, il medesimo effetto ripristinatorio (e l'efficacia è sempre retroattiva); ove, poi, come nel caso di specie, la sentenza oggetto della pronuncia cassatoria del Giudice di secondo grado sia una sentenza di mero rito, la differenza fra nullità e annullamento si attenua ulteriormente, non essendo ravvisabili effetti diversi;

d2) vi sono quindi plausibili ragioni per ritenere che allorquando il Legislatore ha prescritto (con l'art.105 del codice del processo amministrativo) che il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado ogniqualvolta "dichiara la nullità della sentenza" appellata, abbia inteso usare una formula 'omnicomprensiva'; abbia inteso riferirsi, cioè - esclusi, com'è evidente, i casi di "riforma" di statuizioni di merito della pronuncia di primo grado - non soltanto ai casi in cui la sentenza del giudice di primo grado venga annullata per vizi propri, ma anche ai casi in cui la "riforma" della sentenza equivalga al suo annullamento o alla dichiarazione della sua nullità e quindi anche alle ipotesi di cassazione delle sentenze di inammissibilità e improcedibilità;

d3) né può opporsi che se così fosse il Legislatore avrebbe dovuto sancirlo espressamente, posto che la norma espone una elencazione tassativa, perché l'elencazione è completa proprio così come è stata formulata, mentre ulteriori specificazioni sarebbero state pleonastiche e ridondanti, visto che nella previsione dei casi di "dichiarazione di nullità" della sentenza non possono che rientrare, per quanto già rappresentato e vista l'ampiezza della formula, anche le sentenze "cassatorie" di quelle di rito;

d4) d'altra parte l'esigenza di celerità, implicita nel principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost., non può essere considerata un valore idoneo a comprimere quello, declinato dalla stessa norma costituzionale, del rispetto delle regole del giusto processo, regole che comportano che il contraddittorio sia sempre assicurato, che il processo non si traduca in uno strumento di giustizia tanto veloce quanto sommario né, comunque, in uno strumento atto a consentire la compressione di diritti di difesa; ciò anche alla luce del rilievo che nel sistema della giustizia amministrativa, l'art. 125, secondo comma, della Costituzione ha previsto il c.d. "doppio grado generalizzato" di giudizio, che pertanto è stato elevato a valore costituzionale specifico e perciò stesso non suscettibile di deroga da parte di norme di rango costituzionale a carattere più generale, se non addirittura programmatico, quale è quella - massimamente commendevole nell'intento (ma che necessita di un'equilibrata attuazione) - sulla c.d. ragionevole durata del processo.

III. – Rinviando agli approfondimenti svolti in relazione alle richiamate rimessioni della Quarta e della Quinta Sezione, è opportuno qui segnalare la specificità degli argomenti impiegati dalla sentenza in rassegna:

- e) si legge nella sentenza in esame che *“il Collegio non ignora che analoghe questioni a quella qui esaminata sono state già rimesse all’Adunanza Plenaria, e da questa non ancora decise, dalle Sez. IV e V”*, con l’aggiunta che *“poiché sembra che le questioni sopra illustrate poggino su profili di riflessione diversi rispetto a quelli sopra illustrati, il Collegio reputa opportuna una trattazione congiunta di tutti i quesiti formulati, in modo da evitare che taluni dubbi applicativi possano rimanere insoluti e che altri possano immediatamente riemergere”*;
- f) il primo percorso, ampiamente argomentato, sulla cui base il C.g.a. ritiene che, in caso di annullamento da parte del Giudice d’appello di sentenza di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso di primo grado, la causa debba essere rimessa al T.a.r. per la decisione nel merito si sostanzia nel rilievo che *“ove ciò non avvenisse, verrebbe vulnerato - in violazione dell’art.105, primo comma, del codice del processo amministrativo, e soprattutto dell’art. 125, secondo comma, della Costituzione - il diritto di difesa del ricorrente; verificandosi, in tal caso, la ingiusta sottrazione, alla sua disponibilità, di un grado di giudizio”*;
 - f1) già la Quarta Sezione aveva affrontato il tema del *“rapporto tra l’erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso e la possibile lesione dei diritti della difesa, sub specie di privazione delle parti del doppio grado di giudizio, nel merito”*; lo sviluppo motivazionale del suddetto profilo portava ad evidenziare come fosse pacifico che *“il principio del doppio grado di giudizio non rappresenta una regola procedurale inderogabile, ben potendo lo stesso essere compreso in favore del principio di ragionevole durata del processo”* e che la categoria della violazione del diritto di difesa fosse *“più ampia rispetto a quella del vizio formale o procedurale, e astrattamente idonea a ricomprendere nel suo campo semantico anche quegli errori di giudizio che hanno sostanzialmente privato le parti (e in particolare il ricorrente) di un grado di giudizio utile all’esercizio del diritto di difesa, così impedendo il pieno esplicarsi del principio del cd. doppio grado di merito. Siffatto principio – va doverosamente osservato – è privo di copertura di rango costituzionale, ma è comunque espressamente previsto dalla norma di legge ordinaria e, in tal modo, tende ad implementare, contenutisticamente, il diritto di difesa”*;
 - f2) la Quinta Sezione sul punto evidenziava invece come *“il processo amministrativo è informato al principio del doppio grado di giudizio, che tuttavia non implica che il merito debba essere sempre esaminato in esso, ma casomai 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";

- g) il secondo profilo argomentativo sviluppato dal C.g.a. presenta invece aspetti innovativi e una portata applicativa più circoscritta; si tratta del quesito se la pronunzia con cui il Giudice di primo grado abbia dichiarato l'inammissibilità o l'improcedibilità di una domanda giudiziale, rinunciando all'esame del merito della controversia, possa essere assimilata - ai fini dell'applicazione dell'art.105, primo comma, del c.p.a. e per gli effetti devolutivi ivi previsti - ad una ipotesi di "declinazione" della giurisdizione ed è riferita non a tutte le ipotesi di pronunce di inammissibilità e/o improcedibilità ma esclusivamente ai casi in cui la mancata pronunzia di merito da parte del Giudice di primo grado si atteggia come "pronunzia di non luogo a procedere" e che per tal via può essere assimilata ad una vera e propria declinatoria della giurisdizione;
- h) analogamente ha portata nuova, rispetto alle rimessioni della Quarta e della Quinta Sezione, il quesito se la statuizione con cui il Giudice d'appello "riformi" la sentenza di inammissibilità o di improcedibilità emessa dal Giudice di primo grado 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.