

All'Adunanza plenaria l'individuazione dei presupposti applicativi della norma sancita dall'art. 105 c.p.a., del carattere più o meno tassativo delle ipotesi di annullamento con rinvio ivi previste, della sorte processuale della sentenza che ha erroneamente pronunciato la inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse, del potere del Consiglio di Stato di riqualificare il dispositivo della sentenza impugnata.

Cons. St., sez. IV, sentenza 5 aprile 2018, n. 2122 – Pres. ff Forlenza, Est. Di Carlo

Processo amministrativo – Appello – Erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse – Potere del giudice di secondo grado di riqualificazione del dispositivo della sentenza impugnata – Annullamento con rinvio per lesione del diritto di difesa – Deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato

Vanno rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:

a) se alle ipotesi di annullamento con rinvio di cui all'art. 105 c.p.a. debba attribuirsi portata tassativa ovvero natura di clausola generale suscettibile di essere riempita, nel contenuto, attraverso l'elaborazione giurisprudenziale;

a.1) nel primo caso, quali siano le ipotesi di annullamento con rinvio da intendersi come tassative;

a.2) nel secondo caso, quali siano i criteri che devono guidare il giudice nell'attività di interpretazione dei fatti processuali, onde qualificarli come cause di annullamento con rinvio;

b) se, alla luce della nuova nomenclatura contenuta nel vigente art. 105 c.p.a., l'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse debba (o possa) essere ricompresa nella categoria della lesione dei diritti della difesa, come perdita del (normativamente previsto) doppio grado di giudizio nel merito, con conseguente annullamento della sentenza con rinvio al primo giudice;

c) anche a prescindere da tale ultima soluzione, se ed entro quali limiti e secondo quali criteri possa riconoscersi al giudice di secondo grado il potere di sindacare il contenuto della motivazione dell'impugnata sentenza, al fine di riqualificare il (formale) dispositivo di declaratoria di inammissibilità per carenza di interesse in un (sostanziale) accertamento della violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) o dell'obbligo di motivazione (artt. 74 e 88 c.p.a.), intesa - questa - come elemento essenziale della sentenza, rispetto all'oggetto del processo; se dette ultime ipotesi costituiscano (o a quali condizioni possano costituire), rispettivamente, lesione dei diritti della difesa o ipotesi di nullità della sentenza, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a. (1).

(1) I. - Con la articolata sentenza in rassegna la Quarta Sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria una serie di questioni inerenti la interpretazione dell'art. 105 c.p.a. e la conseguente portata delle ipotesi ivi previste di annullamento in appello della sentenza impugnata con rinvio al primo giudice, fornendo un quadro ampio della esistente casistica

giurisprudenziale e interrogandosi sulla portata innovativa della disciplina codicistica rispetto a quella precedente.

La complessa fattispecie che ha condotto alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2122 del 2018 riguarda l'impugnazione, da parte di alcuni residenti e di due associazioni di tutela ambientale, degli atti della serie procedimentale preordinata alla localizzazione e alla realizzazione, nel Comune di Rapallo, di un impianto per la depurazione e il trattamento primario e secondario delle acque reflue. Il T.a.r. per la Liguria, sez. I, riuniti i ricorsi proposti, con sentenza in forma semplificata n. 585 del 2013 ha dichiarato l'inammissibilità dei gravami per difetto di interesse, in ragione della natura endo procedimentale e, dunque, non autonomamente impugnabile, di una parte degli atti gravati e, per la restante parte di essi, per l'assenza dei necessari requisiti di attualità e concretezza dell'interesse azionato, trattandosi di approvazione di progetto preliminare di opera pubblica. Avverso la citata sentenza hanno proposto appello alcuni residenti, evidenziando la immediata lesività degli atti gravati e in specie dell'approvazione del progetto preliminare del nuovo depuratore, stante la prevista allocazione del nuovo impianto in un sito precisamente individuato e posto ad una distanza considerevolmente ravvicinata rispetto alla loro abitazione, comunque inferiore alla distanza legale prescritta.

Esaminando l'appello il Consiglio di Stato ha ritenuto fondato il motivo a mezzo del quale gli appellanti hanno contestato la sentenza di primo grado laddove contenente la declaratoria di inammissibilità dei ricorsi introduttivi del giudizio per carenza d'interesse, evidenziando in senso contrario che il gravato progetto preliminare era invero da qualificare come definitivo, agli effetti edilizi e paesaggistici, e quindi immediatamente lesivo, così come erano da ritenere lesive le impugnate varianti urbanistiche e la decisione di non sottoporre a VIA il progetto preliminare, stigmatizzando pure la mancata distinta indicazione da parte del giudice di primo grado degli atti da esso ritenuti endo procedimentali e di quelli in relazione ai quali, pur riconoscendo la autonoma impugnabilità, ha ritenuto carente l'interesse concreto e attuale alla contestazione.

La sentenza in commento conclude quindi che la decisione gravata merita di essere riformata nella parte in cui ha dichiarato l'inammissibilità, per difetto di interesse, dei ricorsi introduttivi del giudizio e dei motivi aggiunti. Ma, giunta a tale risultato, essa passa a "valutare quali debbano essere le conseguenze di siffatta pronuncia" e in tal quadro ritiene di dover rimettere alcune questioni interpretative all'Adunanza plenaria, in particolare in ordine alle "conseguenze sul piano processuale, e in relazione al disposto dell'articolo 105 c.p.a., dell'erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso da parte del primo giudice".

II. - La sentenza in rassegna, nell'analizzare in chiave storica la normativa di riferimento ricostruendo una ampia casistica applicativa; esamina sia le disposizioni processuali civilistiche (art. 354 c.p.c.) sia quelle proprie del processo amministrativo (art. 35 legge T.a.r.

e ora art. 105 c.p.a.), il tutto in funzione di costruire i quesiti interpretativi da sottoporre all'Adunanza plenaria.

La sentenza, con specifico riferimento al rapporto tra erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso e possibile annullamento con rinvio della decisione appellata, è motivata nei termini seguenti:

- a) a differenza del codice di procedura civile, in cui le ipotesi di rimessione al primo giudice sono non solo tassative ma anche ben definite (art. 354 c.p.c.), l'articolo 105 c.p.a., nell'enucleare le cause di rimessione al primo giudice, della cui tassatività non pare possa dubitarsi (significativo al riguardo l'uso dell'avverbio "soltanto"), utilizza una tecnica di individuazione dei casi di rinvio fondata (in parte) su clausole "aperte" che inevitabilmente il giudice è chiamato a definire sul piano dei contenuti concreti; tale identificazione, d'altra parte, deve poter rivestire i caratteri di sufficiente chiarezza, idonei a evitare, sul piano giurisprudenziale, una incertezza e una imprevedibilità degli esiti che non paiono accettabili soprattutto in materia processuale;
- b) già sotto il previgente sistema di giustizia amministrativa, con riferimento cioè all'art. 35 legge T.a.r., il diritto pretorio, culminato nella sentenza della Adunanza plenaria n. 24 del 1987, aveva messo in risalto la diversità della tecnica legislativa, collegata alla diversità strutturale tra processo civile e processo amministrativo, e aveva affermato la natura aperta e di clausola generale della formula prevista per il giudizio amministrativo; ciò legittimava la possibilità di riconoscere, in via pretoria, ulteriori ipotesi, diverse da quelle nominate all'art. 354 c.p.c., di annullamento con rinvio, classificandole *sub specie* di difetto di procedura o di vizio di forma della decisione di primo grado:
 - b1) rientrano qui la fattispecie di mancata integrazione del contraddittorio, mancata concessione di termine a difesa, mancata comunicazione della data di udienza, violazione di termini a difesa, illegittima fissazione dell'udienza nel periodo feriale, mancata concessione dell'errore scusabile, illegittima costituzione del collegio giudicante, vizi della sottoscrizione;
 - b2) peraltro, tra queste ipotesi mai si è creduto di includere l'erronea declaratoria di inammissibilità, irricevibilità o decadenza del ricorso, poiché siffatta pronuncia era ritenuta idonea a consumare irreversibilmente quel grado di giudizio, il che comportava la ritenzione della causa da parte del giudice di secondo grado per la definizione del merito, scrutinandosi solo in quel momento, e per la prima volta, le censure proposte;
- c) l'art. 105 c.p.a., rispetto alla norma previgente, specifica meglio i casi di annullamento con rinvio (mancanza del contraddittorio, lesione del diritto di difesa e nullità della sentenza) e codifica casi prima dubbi (l'erronea dichiarazione di

estinzione o perenzione del giudizio) o nati dall'interpretazione pretoria (l'erronea declinatoria della giurisdizione); esso si avvicina alla tipizzazione propria del rito civile, ma nella sostanza continua a discostarsene profondamente, attesa la maggiore ampiezza contenutistica delle ipotesi di annullamento con rinvio e le perduranti genericità e astrattezza – nonostante la formale tipicità - delle clausole utilizzate; l'art. 105 c.p.a.:

c1) è stato applicato nei seguenti casi: mancata evocazione, nel giudizio di primo grado, di tutte le parti necessarie, decisione della controversia sulla base di una questione rilevata d'ufficio, senza averla sottoposta prima alle parti ai sensi dell'art. 73 c.p.a., omissione della comunicazione dell'avviso d'udienza ai difensori, decisione del ricorso con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a. senza che le parti fossero state previamente informate della possibilità che il collegio provvedesse in tal senso, decisione del ricorso con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., senza che fossero trascorsi venti giorni dalla notifica del ricorso, computato il periodo della sospensione feriale, sentenza pronunciata senza che fosse dichiarata l'interruzione nonostante la morte del difensore ecc.;

c2) è stato anche applicato, con maggior larghezza nella identificazione delle ipotesi di rinvio, in ipotesi di omessa considerazione di una memoria difensiva, carenza di motivazione, totale omessa pronuncia, insanabile contraddittorietà tra motivazione e dispositivo;

c3) è stato, invece, sempre escluso, che il Consiglio di Stato dovesse procedere all'annullamento con rinvio nel caso di omesso esame di singole censure o omessa pronuncia sulle spese e, per quel che qui più rileva, nel caso di erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o decadenza del ricorso;

d) ci si domanda però se l'ipotesi di erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o decadenza del ricorso, alla luce del nuovo art. 105 c.p.a., possa legittimare una diversa considerazione, nel senso di sussumere anche detta fattispecie nella categoria della lesione del diritto di difesa;

d1) la categoria della lesione del diritto di difesa è – anche concettualmente – 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 c.d. doppio grado di merito; siffatto principio 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;

d2) in via interpretativa, potrebbe militare a supporto dell'opzione interpretativa favorevole all'ampliamento delle ipotesi di annullamento con rinvio, pure la circostanza dell'espressa riconduzione, nell'ambito di tali fattispecie, di casi che in passato erano controversi, come l'erronea declaratoria dell'estinzione o della perenzione del giudizio; tenuto conto che tanto le decisioni che dichiarano irricevibile, inammissibile o improcedibile il ricorso (di cui all'art. 35, comma 1, c.p.a.), quanto quelle che dichiarano l'estinzione del giudizio per omessa prosecuzione o riassunzione nel termine perentorio fissato dalla legge o dal giudice, per perenzione e per rinuncia (di cui all'art. 35, comma 2, c.p.a.), sono pronunce di rito;

d3) nelle more della stesura della presente decisione è intervenuta in argomento la sentenza del Consiglio di Giustizia per la Regione Siciliana, n. 33 del 24 gennaio 2018, che rappresenta un elemento di novità rispetto alla tesi tradizionale sopra riportata, giacché per la prima volta si qualifica espressamente l'erronea declaratoria di irricevibilità per tardività del ricorso come violazione dei diritti della difesa del ricorrente, esitandosi, processualmente, nell'annullamento con rinvio della sentenza al T.a.r., in diversa composizione; anche alla luce di tale precedente specifico, appare quanto mai opportuna una pronuncia chiarificatrice dell'Adunanza plenaria.

Ma la sentenza in rassegna percorre anche un secondo itinerario argomentativo che la porta ad avanzare altri e diversi quesiti all'Adunanza plenaria. In questo caso la Quarta Sezione si interroga sul rapporto tra, da un lato, la riscontrata erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso di cui alla sentenza gravata e, dall'altro, la effettiva violazione da parte della pronuncia stessa del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la violazione dell'obbligo di motivazione.

Il complesso passaggio motivazionale, che conduce all'ulteriore profilo di rimessione alla Plenaria, può così sintetizzarsi:

- e) il giudice di appello può, al di là del dispositivo formale, volgersi al contenuto sostanziale della pronuncia; infatti non può farsi a meno di rilevare che, sia pure timidamente, più Sezioni del Consiglio di Stato hanno proceduto, sia sotto la vigenza dell'art. 35 della legge T.a.r., sia all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 105 c.p.a., ad un'interpretazione sostanziale dei vizi inficianti la sentenza, concludendo, in taluni casi, nel senso che questi andassero molto ben al di là dell'apparente (ed emendabile sul piano della riforma) errore di diritto o di giudizio;
- f) è imprescindibile comprendere se, nonostante il formale dispositivo adottato dalla sentenza gravata (inammissibilità, irricevibilità, improcedibilità, decadenza), venga in questione un vizio tipico di errore di giudizio nello scrutinio della

- sussistenza dell'interesse o della tempestività del ricorso (caso rispetto al quale non si pone in dubbio la piena operatività dell'effetto devolutivo dell'appello), ovvero una (dissimulata) violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, obliterandosi del tutto, sotto l'apparente motivazione, le ragioni addotte dal ricorrente a sostegno della propria domanda, ivi comprese, dunque, quelle riguardanti la sussistenza delle condizioni dell'azione o la sua tempestività;
- g) ciò che diviene dirimente e decisivo, dunque, ai fini dell'annullamento con rinvio, non è *ex se* l'accertamento dell'erronea declaratoria di inammissibilità del giudizio (caso che, da sempre, si è escluso potesse dare luogo a tale esito processuale), ma quello della sostanziale omessa pronuncia (o, comunque, omessa motivazione) del giudice sulla sussistenza delle condizioni dell'azione, originanti direttamente dal merito della causa;
- h) viene dunque in questione nel caso di specie, anche alla luce di pochi (ma davvero significativi) precedenti giurisprudenziali specifici, se e in che limiti sia consentito al giudice di appello di sindacare l'effettiva esistenza e consistenza della motivazione della sentenza impugnata, e quali siano in concreto i criteri che, nel caso, devono guidare il giudice nell'effettuare tale operazione; da ciò conseguirà o che si ravvisi un'ipotesi di totale omessa pronuncia o di totale assenza di motivazione, con conseguente annullamento con rinvio, ovvero che il giudice d'appello, reputando sussistente il proprio potere di integrazione e menda, le decida immediatamente nel merito, riformando l'impugnata sentenza;
- i) la controversia in esame è emblematica del dubbio se la violazione dell'articolo 112 c.p.c. e la carenza totale della motivazione costituiscano o meno ipotesi di rinvio al primo giudice ai sensi dell'articolo 105 c.p.a., poiché è mancata la motivazione da parte del primo giudice delle ragioni per le quali non fosse autonomamente impugnabile l'approvazione del progetto preliminare, è mancato del tutto l'esame delle censure avverso la variante urbanistica, è stata palesemente pretermessa l'impugnazione del diniego di sottoporre a valutazione di impatto ambientale il progetto preliminare.

III. - Per completezza si segnala quanto segue:

- j) sull'annullamento con rimessione al primo giudice in ipotesi di erronea declaratoria in primo grado di irricevibilità, inammissibilità o decadenza del ricorso si segnala:
- j1) 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;

j2) l'orientamento negativo confermato dalla giurisprudenza successiva al nuovo codice: 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. CDS*, 2011, 12, 3649 (s.m); Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2011, n. 1127 in *Foro amm. CDS*, 2011, 2, 626 (s.m), Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2010, n. 9398 in *Foro amm. CDS*, 2010, 12, 2691 (s.m), Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2006, n. 3027 in *Foro amm. CDS*, 2006, 5, 1422 (s.m);

j3) un contrario orientamento minoritario, ante codice del processo amministrativo, rimasto senza seguito, che con riferimento alla erronea declaratoria di 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;

j4) le recenti importanti aperture, a favore della più ampia applicabilità dell'art. 105 c.p.a.,:

- I) 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.”*;
- II) Cons. giust. amm. sez. giurisd., 1 marzo 2018, n. 123, ove si afferma che *“l'erronea declaratoria di tardività della articolata domanda principale (che riguardava l' annullamento della esclusione, la riammissione alla gara e l'aggiudicazione con subentro nella posizione contrattuale nonché il risarcimento del danno) si sia in concreto tradotta in una omessa pronuncia nel merito della causa, il cui oggetto coincideva per intero con detta articolata domanda nonché con l'esame dei motivi di ricorso incidentale di primo grado, di tal che si è verificata una delle ipotesi di rimessione della causa al giudice di primo*

grado previste dall'art. 105 c.p.a., qui sussumibile nella categoria della lesione del diritto di difesa, atteso che le parti non hanno potuto avere riscontro della fondatezza o meno delle loro difese su tutte le tante questioni trattate fatta eccezione per quella posta a base della decisione";

- k) 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, 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"*;
- l) 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.), 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 di dottrina e giurisprudenza;
- m) sul versante dottrinale si segnalano:
 - m1) con riferimento alla disciplina anteriore al Codice del processo amministrativo: S. MENCHINI, *La rimessione della causa al primo giudice nell'appello amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 1996, 353 e N. DI MODUGNO, *Note sull'annullamento con rinvio nel processo amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 1989, 256, contributi nei quali è possibile rinvenire ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali;
 - m2) 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. CORLETTI, 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, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, IV ed., 1559, ove ampia trattazione dell'evoluzione normativa, della genesi della disciplina codicistica e della casistica giurisprudenziale; A. CERRETO, *Annullamento con rinvio nel processo amministrativo – osservazioni alla sentenza CGA n. 33 del 24 gennaio 2018* in *Giustizia amministrativa – Studi e contributi*;
- n) sulla disciplina del processo contabile, connotato da un maggiore spazio alla rimessione al giudice di primo grado, si segnala l'art. 199, comma 2, del d.lgs. n. 174 del 2016 a mente del quale *"quando senza conoscere del merito del giudizio, il giudice di primo grado ha definito il processo decidendo soltanto altre questioni pregiudiziali o preliminari, su queste esclusivamente si pronuncia il giudice dell'appello. In caso di*

accoglimento del gravame proposto, rimette gli atti al primo giudice per la prosecuzione del giudizio sul merito e la pronuncia anche sulle spese del grado d'appello";

- o) sulla riqualificazione da parte del Consiglio di Stato del dispositivo formale della sentenza appellata, la decisione in rassegna cita i seguenti casi giurisprudenziali:
 - o1) Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2008, n. 1781 in *Foro amm.- CDS*, 2008, 1088 (m);
 - o2) Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7235 in *Foro amm.- CDS*, 2009, 2599 (m);
 - o3) Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2013, n. 5595 in *Foro amm.- CDS*, 2013, 3036 (m);
 - o4) Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2017, n. 3809 in *Foro it.*, 2017, III, 547, con nota di TRAVI.