

Sulla possibilità per il giudice di appello di rilevare ex officio la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado.

I. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la recentissima **decisione n. 4 del 26 aprile 2018**, ha definitivamente statuito che, stante “*l'univoco tenore letterale degli artt. 9, 35 e 104 del c.p.a.debba fornirsi risposta positiva al quesito concernente la permanente possibilità per il giudice di appello di rilevare ex officio la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado in carenza di pronuncia del giudice di primo grado, sul punto*”: ed infatti, “*precludere al giudice di appello il rilievo officioso dell'assenza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione condurrebbe a conseguenze negative sul piano del diritto sostanziale (esemplificativamente: la delibazione di un ricorso certamente tardivo, ovvero proposto da un soggetto non legittimato, etc)*”.

L'Adunanza Plenaria ha, innanzitutto, evidenziato che “*la giurisprudenza amministrativa formatasi nel previgente quadro normativo aveva sempre e costantemente ritenuto che il giudice d'appello possa svolgere anche d'ufficio un vaglio in ordine alla sussistenza dei presupposti processuali - intesi come il complesso delle condizioni attinenti alla regolare costituzione del processo - ovvero delle condizioni dell'azione - intese, queste ultime, come il complesso delle circostanze che consentono al giudice di entrare nel merito della domanda (tra le tante, si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 24 aprile 2009, n. 2555 VI Sez. n. 4326 del 10 settembre 2008 Cons. Stato, Sez. VI, sent. 2 novembre 1999, n. 1662; id., Sez. IV, sent. 4 settembre 1995, n. 687)*”.

Inoltre, il Supremo Consesso ha sottolineato come, “*a seguito della entrata in vigore del c.p.a. (d.Lgs. n. 104 del 2010), la giurisprudenza si è interrogata in ordine alla permanente attualità – o meno – dell'orientamento pregresso, ed a tale interrogativo ha reso - pressoché senza eccezioni- risposta positiva*”¹, per le seguenti dirimenti ragioni.

¹ Più precisamente, “*ancora di recente, infatti, è stato fatto rilevare che nel processo amministrativo non può essere precluso al giudice di appello di rilevare ex officio la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado né può ritenersi che, sul punto, si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione; in sostanza il giudice amministrativo, in qualsiasi stato e grado, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni cui la legge subordina*

“Per un verso, infatti, l’articolo 35 affida al potere officioso del giudice il rilievo dei presupposti processuali e delle condizioni dell’azione e, posto che tale prescrizione è collocata nel libro primo del codice, e riguarda il processo amministrativo in generale, non si vede come potrebbe escludersi che la medesima si applichi anche al giudizio di appello.

Per altro verso, l’articolo 9 del c.p.a. ha limitato il principio del giudicato implicito, che ne impedisce il rilievo officioso in appello, alle sole questioni che riguardano la tematica della giurisdizione.

A quanto sinora rilevato, può aggiungersi che l’art. 104 del c.p.a. (come previsto per il processo civile dall’art. 345 comma II c.p.c.) rende possibile che nel processo di secondo grado vengano liberamente prospettate “eccezioni rilevabili d’ufficio” e tale è sempre stata, per quanto prima chiarito, la disamina della originaria ammissibilità del ricorso di primo grado”.

In conclusione, *“sulla scorta di una semplice esegesi del diritto positivo, dunque, sembra possibile in via piana ricostruire **un sistema fondato sulla regola generale del possibile rilievo ex officio di tutte le questioni (condizioni dell’azione e presupposti processuali) che condizionano la possibilità di pervenire ad una pronuncia di merito... ”.***

II. Ebbene, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con decisione n. 3303 del 21 luglio 2016 - peraltro, espressamente richiamata dall’Ad. Plen. n. 4/2018 -, ha ribadito il consolidato principio secondo cui: **“la legittimazione al ricorso costituisce, secondo una terminologia ormai invalsa anche nel dibattito giurisprudenziale, un presupposto processuale**, in quanto è una delle condizione imprescindibili per la pronuncia della decisione di merito”².

la possibilità che egli emetta una decisione nel merito, né l’eventuale inerzia di una delle parti in causa, nel rilevare una questione rilevabile d’ufficio, lo priva dei relativi poteri-doveri officiosi, atteso che la legge non prevede che la mancata presentazione di parte di un’eccezione processuale degradi la sua rilevanza d’ufficio in irrilevanza, che equivarrebbe a privarlo dell’autonomo dovere di verifica dei presupposti processuali e delle condizioni dell’azione (Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215, ma si veda anche Consiglio di Stato, sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303 Consiglio di Stato, sez. IV, 8 settembre 2015, n. 4157 Consiglio di Stato Sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1094; Consiglio di Stato Sez. VI, 5 settembre 2017, n. 4196)”.

² Invero, la Sesta Sezione non ha mancato di sottolineare come: *“L’espressione “presupposto processuale” potrebbe risultare fuorviante, in quanto è, comunque, il processo lo strumento con il quale e nel quale si accerta la carenza di tale condizione; e, quindi, l’impossibilità di arrivare alla decisione di merito.*

In particolare, la Sesta Sezione ha evidenziato come **“attraverso la condizione della legittimazione e dell’interesse al ricorso, l’ordinamento si propone di evitare lo svolgimento di attività processuali inutili, ovvero un inutile dispendio di risorse pubbliche, quali sarebbero quelle implicate dall’esercizio della giurisdizione in assenza di una posizione differenziata e qualificata, giuridicamente rilevante, che il ricorrente possa soddisfare attraverso l’eventuale accoglimento del suo ricorso.**

L’importanza e l’indisponibilità di tale condizione è ancor oggi più importante alla luce della consacrazione a livello costituzionale del principio della ragionevole durata del processo da parte del nuovo art. 111 Cost., in relazione al quale si impone di evitare, anche d’ufficio, ogni forma di diseconomia processuale”.

Pertanto, *“nel caso del difetto di legittimazione o di interesse, non vi sono ragioni in nome delle quali giustificare che il giudice, riscontrata la certa inutilità della sentenza, debba comunque pronunciarsi sulla domanda. Altrimenti opinando, il giudice sarebbe costretto, in conseguenza dell’inerzia delle parti, ad un uso irragionevole di risorse indisponibili e limitate, tradizionalmente anzi assai “scarse” – quali sono quelle che attengono appunto all’esercizio della giurisdizione – ponendo in essere (o continuando) un’attività processuale diseconomica, in chiaro contrasto con il principio della ragionevole durata del processo.*

L’eccezione di carenza di legittimazione o di carenza di interesse (originaria o sopravvenuta) è, quindi, rilevabile d’ufficio, anche in appello”³.

Non a caso tale espressione risente dell’elaborazione della dottrina processualcivilistica tedesca, formatasi nella seconda metà dell’800, quando in Germania era ancora in vigore un processo modellato su quello per formula del diritto romano (processo, appunto, diviso in due fasi: la prima in iure, davanti al Praetor, dedicata all’esame delle condizioni necessarie per poter passare alla seconda fase, apud Iudicem, che vedeva, dunque, come “presupposto” l’esistenza di quelle condizioni).

Oggi, quindi, come evidenzia la migliore dottrina processualistica, sarebbe probabilmente più corretto parlare di “condizioni per la decisione di merito””.

³ *“In questo stesso cfr., altresì, C.G.A.R.S., 21 dicembre 2015, n. 709; nonché gli ulteriori precedenti conformi, ivi citati, del giudice amministrativo d’appello”.*

Più precisamente, il C.G.A.R.S., nella predetta decisione n. 709/2015, ha “ricordato che – fuori dei casi di cui all’art. 9 del c.p.a. – per consolidato orientamento giurisprudenziale è compito del giudice di appello verificare d’ufficio la sussistenza dei presupposti di ricevibilità, ammissibilità e procedibilità del ricorso di primo grado, principio questo di recente ribadito dal Consiglio di Stato, sez. III, n. 27.11.2014, n. 5871, che,

III. Infine, ma non da ultimo, **“vale richiamare il pacifico principio secondo il quale il divieto del c.d. ius novorum in appello** concerne esclusivamente le eccezioni in senso stretto, ma **non si estende alle mere difese e alle eccezioni e questioni processuali e sostanziali che siano rilevabili anche d’ufficio in ogni stato e grado del processo, come le questioni relative all’ammissibilità, procedibilità e ricevibilità del ricorso di primo grado.** Ciò anche quando il giudice di primo grado abbia pronunciato nel merito, ma non siano intervenute statuizioni esplicite o implicite”, così come ribadito dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato con decisione n. 4196 del 5 settembre 2017⁴.

Luglio 2018

in circostanze processualmente analoghe a quelle odierne, ha ritenuto d’ufficio che “il ricorso dinanzi al TAR deve essere dichiarato improcedibile ai sensi dell’art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a., con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza appellata”.

Invero, sempre il C.G.A.R.S., già con decisione n. 665 del 20 novembre 2015, aveva rilevato: **“l’appello in trattazione è ammissibile, perché pone una questione relativa alle condizioni dell’azione – sotto il profilo delle legittimazione passiva – e, dunque, questione rilevabile anche d’ufficio (Cons. St., V 31 agosto 2015 n. 4043; Cons.St., . IV, 8 settembre 2015 n. 4157; Cons. St., III, 7 aprile 2014 n. 1643; Cons. St., V, 23 ottobre 2014 n. 5237): deve infatti ritenersi che, al pari di ogni questione rilevabile d’ufficio, il difetto di legittimazione passiva, ove non rilevato dal giudice di primo grado, sia ancora deducibile con specifico motivo di appello”.**

⁴“(Sul punto, Cons. di Stato, n. 5401/2015; n. 4761/2014; n. 2967/2014; n. 3676/2010; n. 736/2005). Secondo codesto Consiglio di Stato, in particolare, «[è] da sempre fortemente radicato nella nostra tradizione processuale il convincimento secondo cui i presupposti processuali o le condizioni dell’azione, se non è diversamente previsto dalla legge, sono rilevabili, anche d’ufficio, in ogni stato e grado del processo. Ogni giudice, infatti, in qualsiasi stato e grado ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni all’esercizio del potere giurisdizionale che l’ordinamento normalmente prevede per la tutela di interessi di ordine pubblico, sottratti alla disponibilità delle parti, la cui tutela, pertanto, non può essere rimessa alla loro tempestiva e rituale eccezione. Né in senso contrario può valere che, con riferimento ad un altro tipico presupposto processuale, ovvero la sussistenza di giurisdizione, il legislatore abbia recentemente posto un limite alla rilevabilità d’ufficio nel giudizio di appello, mediante l’espressa previsione dell’istituto del c.d. “giudicato implicito” (cfr. art. 9 c.p.a.). La regola del giudicato implicito – secondo cui ogni pronuncia di merito contiene una implicita statuizione sulla sussistenza della giurisdizione, idonea, ove non espressamente impugnata a passare in giudicato – non può essere estesa, in assenza di una specifica previsione legislativa, a tutti i presupposti processuali (cfr., in questi termini, Cons. Stato, sez. VI, 22 febbraio 2013, n. 1094)» (Consiglio di Stato, n. 2152/2013)”.