

PROF.AVV. LUCA PERFETTI

IL SISTEMA DELLE IMPUGNAZIONI

Sommario: 1.- Il ricorso in appello al Consiglio di Stato: le norme e la natura giuridica; 2. – Effetto devolutivo e questioni deducibili; 3.- L'appello incidentale; 4.- Le decisioni appellabili, le parti e la legittimazione ad appellare; 5. – Il giudizio di appello; 6.- La decisione del giudizio di appello; 7.- Le altre impugnazioni: il ricorso per cassazione; 7.1.- Segue: Le altre impugnazioni: la revocazione; 7.2.- Segue: Le altre impugnazioni: l'opposizione di terzo.

1. – Il ricorso in appello al Consiglio di Stato: le norme e natura giuridica.

In attuazione del principio costituzionale del doppio grado di giurisdizione (art. 125 Cost.), l'art. 28, comma II della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, ammette il ricorso al Consiglio di Stato avverso le sentenze dei Tar.

Il sistema dei due ordini di giudici è riconosciuto anche nell'ordinamento particolare della giustizia amministrativa siciliana (l. cost. 26 febbraio 1948, n. 2), il quale distingue per grado le competenze del Tribunale regionale e del Consiglio di giustizia amministrativa.

La disciplina del giudizio di appello, quanto mai scarna, si rinviene, oltre che nel già richiamato art. 28, comma II, nelle norme contenute nei successivi commi del medesimo articolo ed in quelle di cui agli artt. 29, 33, 34, 35 e 36 della L. Tar.

Il comma III dell'art. 28 L. cit., nei casi di competenza di merito o esclusiva dei giudici di primo grado, attribuisce al Consiglio di Stato la medesima ampiezza di poteri decisorii. Del pari, il successivo comma IV, riconosce al giudice di appello gli stessi poteri giurisdizionali di cognizione e di decisione dei Tar.

L'art. 29 L. cit., ancora, individua le norme che regolano il processo di secondo grado, rinviando alle prescrizioni che disciplinano il giudizio dinanzi al Consiglio di Stato. L'art. 33, inoltre, si occupa della sospensione della sentenza di primo grado e gli artt. 34 e 35 individuano i diversi tipi di pronunzie che possono essere emanate dal Consiglio di Stato in appello.

Disposizioni particolari, infine, regolano l'appello di particolari materie (*cf.* par. 4).

I mezzi di impugnazione rinnovatori e cassatori. Le norme richiamate pongono il tema della natura giuridica del giudizio di appello. Si tratta di questione che registra opinioni discordanti, dalla quale discendono soluzioni a problemi operativi - quale quello dell'individuazione del contenuto dell'atto d'appello e della ammissibilità di nuove ec-

cezioni e nuove prove in appello - profondamente differenti.

Al riguardo, deve essere riferito come la teoria generale distingue tra mezzi di impugnazione a *carattere rinnovatorio* (o appellatorio) e gravami aventi *natura cassatoria* (o impugnatoria, o, anche, eliminatoria).

Con i primi si attribuisce al giudice il compito di operare un nuovo esame della controversia già decisa in primo grado. I secondi, viceversa, sono preordinati, almeno in prima battuta (c.d. effetto di rescissione), alla verifica della legittimità della sola decisione giudiziale e non investono la lite dedotta nel giudizio di primo grado.

Tale distinzione generale, secondo le riflessioni di illustre dottrina (NIGRO, 2000), si articola nei seguenti tratti caratteristici.

Nei *mezzi di gravame rinnovatori* può esser fatto valere qualsivoglia vizio della sentenza (c.d. giudizi a “critica libera”); la sentenza oggetto di impugnazione è priva di efficacia all’esterno del processo; il giudice del gravame conosce della lite con gli stessi poteri cognitori e decisorii di quello di primo grado e la pronunzia di secondo grado, infine, sia che accolga che rigetti il gravame, sostituisce la decisione di primo grado e si configura come atto conclusivo del giudizio.

I *mezzi di gravame impugnatori*, viceversa, vengono in rilievo quali strumenti a critica vincolata, in quanto possono essere censurati solo determinati tipi di vizi; la sentenza impugnata ha solitamente un’efficacia esterna al processo (c.d. imperatività); i poteri del giudice risultano limitati ad un controllo della sentenza in relazione agli specifici motivi di censura ed il giudice è chiamato ad un’attività autonoma e specifica di eliminazione della sentenza di primo grado (c.d. momento rescindente).

Le riferite caratteristiche, tuttavia, concorrono ad individuare i mezzi di gravame rinnovatori e impugnatori nella loro purezza.

L’esperienza storica dei vari sistemi positivi, viceversa, evidenzia come spesso i tratti delle due figure risultino in concreto frammisti e, d’altronde, sul tema non si è mancato di rilevare (NIGRO, 2000) come l’unico elemento effettivamente indefettibile dei sistemi rinnovatori sia dato dal riconoscimento in capo al giudice di secondo grado di un potere di cognizione del rapporto sostanziale tendenzialmente identico a quello del giudice di prima istanza, potendo tale potere essere solo in parte circoscritto (il tema è quello dei limiti al c.d. effetto devolutivo di cui si parlerà di seguito) ma mai eliminato del tutto, pena la qualificazione del gravame in termini di giudizio eliminatorio.

Le altre riferite caratteristiche, infatti, vengono considerate non autonomamente qualificanti, sicchè, ad esempio, sistemi di gravame a carattere rinnovatorio riconoscono sovente alla sentenza di primo grado efficacia imperativa, la quale, come si è visto, concorre di regola ad individuare i tratti distintivi dei gravami impugnatori puri.

Alla luce di quanto riferito, la dottrina (Nigro, 2000) pone in luce che l’appello non

viene in rilievo quale istituto ontologicamente predefinito ma quale figura suscettibile di assumere forme e caratteristiche diverse a seconda delle differenti scelte di politica del diritto.

La natura rinnovatoria del giudizio d'appello innanzi al Consiglio di Stato. Tanto premesso in termini di ricostruzione generale, deve riferirsi che secondo un'opinione presente in giurisprudenza (Cons. di Stato, sez. IV, 7 aprile 2006, n. 1910; Cons. di Stato, sez. IV, 15 maggio 2004, n. 4018), *l'appello al Consiglio di Stato avrebbe natura impugnatoria*. Ciò emergerebbe dalla previsione di cui all'art. 29 l. Tar che rinvia alle prescrizioni relative al giudizio dinanzi al Consiglio di Stato e dalle quali risulta un modello di giudizio da introdurre con ricorso e finalizzato alla demolizione del provvedimento giudiziale.

In senso contrario, tuttavia, come da più parti evidenziato (con diversità di argomentazioni: NIGRO, 2000, CASETTA, 2004, TRAVI, 2002, D'ORSOGNA, 2006, con adesione anche della giurisprudenza: Cons. di Stato, sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1414), il dato positivo vigente, se complessivamente considerato, consente di qualificare il giudizio di secondo grado innanzi al Consiglio di Stato quale *gravame appellatorio di tipo attenuato*, in quanto tale modello di giudizio è stato adottato dal legislatore con alcune alterazioni (come, peraltro, si vedrà di seguito, non mancano casi in cui il giudizio in appello al Consiglio di Stato possa avere un esito esclusivamente cassatorio).

Sul punto si rileva, infatti, che caratteristiche positive del giudizio d'appello innanzi al Consiglio di Stato risultano essere, in termini sintetici, la possibilità che il controllo sulla sentenza di primo grado avvenga a critica libera, la previsione che la *cognitio causae* ricada sullo stesso oggetto del giudizio di primo grado, l'imperatività della sentenza di primo grado e l'autonomia del momento rescindente, unitamente, infine, all'applicazione di ulteriori elementi strutturali tipici dei modelli propriamente impugnatori.

Nel dettaglio, l'attitudine del giudizio innanzi al Consiglio di Stato a dar corso ad una critica libera della sentenza di primo grado si desume dal silenzio della legge che nessuna limitazione introduce al riguardo e, implicitamente, dalla previsione di cui all'art. 28 comma IV l. Tar, che attribuisce al giudice d'appello gli stessi poteri di cognizione e decisione del giudice di prima istanza e non individua in via preventiva vizi specifici da censurare. Per esplicita previsione dell'art. 35, comma III (il giudice "decide sulla controversia") e del già richiamato art. 28 comma IV l. Tar, inoltre, ai giudici del Consiglio di Stato si riconosce, in linea di principio (salvo le limitazioni in concreto discendenti dall'applicazione del c.d. principio dispositivo, per il quale si veda *infra*), la medesima *cognitio cause* del giudice di primo grado, sicchè il giudice può svolgere il proprio sindacato direttamente sul provvedimento impugnato, ovvero sul rapporto controverso e può *verificare anche di ufficio* la sussistenza dell'*interesse a ricorrere* (Cons. di Stato, sez. IV, 15 maggio 2003, n. 2632; Cons. giust. Amm. Reg. sic., 10 settembre 1991, n. 358; Cons. di Stato, sez. VI, 10 giugno 1987, n. 402), la correttezza

dell'*instaurazione del contraddittorio* in primo grado (Cons. di Stato, Ad. Plen., 28 ottobre 1980, n. 41) ed, in generale, tutte le cause di *irricevibilità ed inammissibilità* del ricorso di primo grado che non siano state già oggetto di decisione in prime cure (Cons. di Stato, sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 764; Cons. di Stato, sez. VI, 19 luglio 2004, n. 5226; Cons. di Stato, sez. VI, 22 marzo 2005, n. 1168; Cons. di Stato, sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 121).

La decisione di primo grado, inoltre, diversamente da quelle dei modelli appellatori puri, è dotata di *imperatività*, come risulta dall'art. 33 l. Tar, a mente del quale "le sentenze dei tribunali amministrativi regionali sono esecutive". Da tale carattere imperativo la dottrina fa discendere (NIGRO, 2000) la necessità che la decisione favorevole in merito all'appello sia preceduta da una previa pronunzia di annullamento della sentenza di primo grado, la quale in quanto efficace detta fino alla sua rimozione la regola la vicenda sostanziale dedotta in giudizio. Si parla, al riguardo, di autonomia del momento rescindente.

Il giudizio in appello innanzi al Consiglio di Stato, infine, presenta ulteriori caratteristiche proprie dei gravami impugnatori. Ci si riferisce, in particolare, al già menzionato art. 29 l. Tar che struttura il giudizio di appello nelle forme del processo da ricorso.

Esiti cassatori del giudizio d'appello al Consiglio di Stato. La riscontrata natura rinnovatoria dell'appello non impedisce, tuttavia, che il giudizio di secondo grado innanzi al Consiglio di Stato possa avere *esiti anche meramente cassatori*. Al riguardo, il dato normativo pertinente è costituito dall'art. 34, comma I l. Tar secondo il quale "se il Consiglio di Stato riconosce il difetto di giurisdizione o di competenza del tribunale amministrativo regionale o la nullità del ricorso introduttivo del giudizio di prima istanza, o la esistenza di cause impeditive o estintive del giudizio, annulla la decisione impugnata senza rinvio". A tale disposizione si affianca, inoltre, quella di cui all'art. 35, commi I e II l. Tar, in base ai quali "1. se il Consiglio di Stato accoglie il ricorso per difetto di procedura o per vizio di forma della decisione di primo grado, annulla la sentenza impugnata e rinvia la controversia al tribunale amministrativo regionale. 2. Il rinvio ha luogo anche quando il Consiglio di Stato accoglie il ricorso contro la sentenza con la quale il tribunale amministrativo regionale abbia dichiarato la propria incompetenza".

In tali ipotesi è possibile apprezzare come il giudice, coerentemente con la dimensione impugnatoria data al giudizio dal tipo di impugnazione formulata dall'appellante o dai suoi poteri di ufficio (il giudice di secondo grado può rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione), non eserciti la *cognitio* sul provvedimento impugnato o sul rapporto controverso ma si limiti al riscontro dei soli vizi della sentenza di primo grado.

Il contenuto dell'atto d'appello. Dall'adesione alla tesi rinnovatoria o cassatoria del giudizio d'appello discendono conseguenze di rilievo in ordine all'individuazione del contenuto dell'atto d'appello. Al riguardo si evidenzia che parte della giurisprudenza,

assumendo la prospettiva rinnovatoria, afferma che il ricorrente nell'atto di appello possa limitarsi a riproporre le difese sviluppate in prima istanza e *non debba, pertanto, formulare specifiche censure avverso la sentenza* (Cons. di Stato, sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1414; Cons. di Stato, Sez. VI, 25 marzo 1999, n. 3256; Cons. di Stato, Sez. IV, 22 dicembre 1988, n. 1859; Cons. di Stato, Ad. Plen., 20 maggio 1980, n. 18; Cons. di Stato, Ad. Plen., 21 ottobre 1980, n. 37).

Per contro, in arresti anche recenti si riscontra la convinzione per cui, dovendosi riconoscere all'appello al Consiglio di Stato carattere impugnatorio e ritenendosi che tale giudizio non abbia per oggetto il provvedimento impugnato in primo grado, ma la sentenza con la quale è stato deciso il ricorso, l'appellante ha l'onere, pena *l'inammissibilità del ricorso*, di investire puntualmente la decisione di primo grado e, in particolare, di *precisare i motivi specifici che impongono una riforma della stessa*. In altri termini, si ritiene che l'appello debba svolgere una critica della decisione gravata senza limitarsi alla mera riedizione degli originari motivi disattesi nel merito dal giudice di primo grado, con la conseguenza per cui l'appello che non contenga alcuna censura specifica alla sentenza impugnata deve essere dichiarato inammissibile (Cons. di Stato, sez. IV, 7 aprile 2006, n. 1910; Cons. di Stato, sez. IV, 15 maggio 2004, n. 4018; Cons. di Stato, sez. V, 9 maggio 2000, n. 2654; Cons. di Stato, sez. V, 16 ottobre 2001, n. 5471; Cons. di Stato, sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 392; Cons. di Stato, sez. VI, 29 gennaio 2001, n. 288).

Giurisprudenza. Poiché il rapporto processuale non perde la sua unitarietà per il fatto di essere articolato in gradi distinti (ciò è provato dal permanere, ad esempio, dell'operatività nel grado superiore delle preclusioni verificatesi in quello inferiore e il divieto di *ius novorum*), deve necessariamente ritenersi che, una volta accertata la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso di primo grado, questa deve essere dichiarata d'ufficio (in quanto basata sull'accertamento della mancanza di una condizione necessaria per far luogo ad una decisione giurisdizionale che garantisca al ricorrente la tutela di una concreta posizione di vantaggio) e quindi anche in appello, da qualunque parte proposto (Cons. di Stato, sez. IV, 15 maggio 2003, n. 2632). La reiezione del ricorso di primo grado per la sua infondatezza non comporta alcuna statuizione implicita in ordine ai relativi presupposti processuali che non siano stati esaminati, sicché il Consiglio di Stato, in sede di appello, può verificarne d'ufficio la ricevibilità e l'ammissibilità (Cons. di Stato, sez. VI, 22 marzo 2005, n. 1168), mentre a reiezione nel merito del ricorso di primo grado non comporta alcuna statuizione implicita in ordine ai presupposti processuali, sicché il Consiglio di Stato, in sede di appello, ben può verificare d'ufficio la ricevibilità e l'ammissibilità del ricorso originario, verifica che non può, invece, fare nel caso che il ricorso sia stato accolto con statuizioni espresse o implicite in ordine ai presupposti processuali (Cons. di Stato, sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 121).

Il giudice d'appello può rilevare, anche d'ufficio, l'irricevibilità, per tardività di notifica, del ricorso introduttivo del giudizio, perché procedere alla verifica d'ufficio dei presupposti di rito del ricorso di primo grado - e di conseguenza alla verifica dell'ammissibilità delle censure dedotte (o comunque esaminate) in prime cure - è uno specifico potere-dovere del giudice

d'appello, che trova il proprio preciso fondamento nella prescrizione dell'art. 28 legge Tar, alla stregua del quale al consiglio di stato sono attribuiti, in sede di appello, gli identici poteri giurisdizionali del giudice di primo grado (Cons. di Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5226).

Nel processo amministrativo il giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato ha per oggetto non il provvedimento impugnato in primo grado; ma la sentenza con la quale è stato deciso il ricorso originario; di conseguenza non è consentita al ricorrente, soccombente in primo grado, la mera riproduzione in appello delle censure dedotte innanzi al tribunale amministrativo, senza una specifica contestazione delle conclusioni alle quali quest'ultimo è pervenuto e delle argomentazioni che le sorreggono (Cons. di Stato, sez. IV, 7 aprile 2006, n. 1910).

Nel processo amministrativo, l'appello ha carattere impugnatorio, sicché è onere dell'appellante investire puntualmente il *decisum* di prime cure e in particolare precisare i motivi per cui quest'ultimo sarebbe erroneo e da riformare, in quanto il giudizio di appello davanti al consiglio di stato non ha per oggetto il provvedimento impugnato in primo grado, bensì la sentenza con la quale è stato deciso il ricorso (Cons. di Stato, sez. IV, 15 maggio 2004, n. 4018). È inammissibile in appello la censura di difetto di motivazione della pronuncia del giudice di primo grado, giacché l'appello ha carattere di gravame e non di rimedio impugnatorio, con la conseguenza che l'eventuale carenza di motivazione è di per sé irrilevante, potendo in merito provvedere il giudice di secondo grado in forza dell'effetto devolutivo dell'appello (Cons. di Stato, sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1414.).

L'effetto devolutivo, la struttura impugnatoria del gravame e il principio dispositivo.

La natura di gravame rinnovatorio comporta che il giudizio di appello sia sottoposto al c.d. *effetto devolutivo* (artt. 28, comma V e 35, comma I l. 1034/1971. In dottrina: NIGRO, 2000, CASETTA, 2004, CAIANIELLO, 2003, MINGONE, 2005), in forza del quale dinanzi al giudice di secondo grado *riemergono*, in via automatica - senza necessità, cioè, di una specifica iniziativa di parte - *le questioni già sollevate in primo grado, unitamente al relativo materiale cognitorio e probatorio* (Cons. di Stato, sez. IV, 20 dicembre 2005, n. 7215).

La possibilità che l'effetto devolutivo si dispieghi pienamente, tuttavia, risulta preclusa dalla *struttura impugnatoria* dell'appello, che impone di sviluppare nell'atto introduttivo *specifiche censure alla sentenza di primo grado* (art. 6 n. 3 reg. proc. C.d.S.) e dall'operatività del c.d. *principio dispositivo*, secondo cui i poteri di cognizione e decisione del giudice operano *nei limiti della domanda* e, dunque, delle censure sollevate dall'appellante principale ed, eventualmente, da quello incidentale, con conseguente divieto di *reformatio in pejus* ed *in melius*. Ne discende che l'automatica riemersione delle questioni affrontate in primo grado nel giudizio di appello prodotta dall'effetto devolutivo opera all'interno dei soli c.d. "capi della sentenza" oggetto di gravame e che, pertanto, l'acquiescenza parziale a uno o più capi della decisione di primo grado impedisce al giudice di avere una cognizione completa della controversia. L'appello, in quest'ultimo caso, produrrà effetti solo parzialmente devolutivi e la *cognitio* risulterà, conseguentemente, ridotta rispetto a quella del primo giudice.

Effetto devolutivo e nozione di capo della sentenza. Quanto riferito evidenzia che i limiti apposti dal principio dispositivo all'effetto devolutivo risulteranno più o meno intensi a seconda della nozione che si voglia accogliere di "capo della sentenza". Al riguardo, in termini generali, deve dirsi che capo della sentenza è ogni porzione della decisione dotata di contenuto imperativo a se stante, idonea in quanto tale a dar luogo ad una situazione autonoma di soccombenza.

All'atto concreto dell'individuazione, tuttavia, si rinvengono opinioni discordanti. Alla tesi che identifica il capo della sentenza col *petitum* del ricorso (tanti capi quanti sono le domande di annullamento richieste), si contrappone quella di coloro che limitano la nozione di capo al singolo, specifico *motivo di impugnazione*, nonché quella (NIGRO, 2000) secondo cui il capo della domanda si individua alla luce dell'effetto conformativo delle sentenze d'annullamento e, dunque, sulla base del *tipo di utilità* che il ricorrente può ritrarre dall'accoglimento delle censure sollevate, con la conseguenza per cui, in caso di censure suscettibili di apportare la medesima utilità, sarebbe configurabile un unico capo di sentenza, mentre, in caso di vantaggi differenti, verrebbero in rilievo capi diversi della decisione (ad esempio, le censure formali e quelle sostanziali, in ragione della differente pervasività dell'effetto conformativo prodotto dalla decisione che li accoglie, individuano capi autonomi della medesima decisione; le censure formali, viceversa, sebbene articolate in diversi motivi, nella misura in cui danno luogo alla medesima utilità, costituiscono un unico capo della sentenza).

Dall'incidenza prodotta sull'effetto devolutivo dal principio dispositivo e dalla richiamata struttura impugnatoria del giudizio d'appello discendono, secondo la dottrina in parola (Nigro, 2000), le seguenti conseguenze. Nei riguardi dell'appellante, sia esso ricorrente o resistente in primo grado, l'effetto devolutivo opera in via ristretta, in quanto il giudice di secondo grado conosce della lite nei limiti dell'impugnazione e delle specifiche censure sollevate avverso i singoli motivi di ricorso relativi al capo o ai capi impugnati. Conseguentemente, l'effetto devolutivo si riduce alla riemersione automatica delle circostanze di fatto e di diritto, alle argomentazioni difensive svolte dalle parti in primo grado ed alle istanze istruttorie già valutate dal Tar. Diverso il discorso per l'appellato ricorrente e per quello resistente in primo grado, per i quali opera il solo divieto di *reformatio in pejus* per l'appellante e non anche l'obbligo, proprio del solo ricorrente in appello (art. 6 n. 3 reg. proc. C.d.S.), di formulare specifiche censure avverso la sentenza di primo grado. Quanto all'appellato già ricorrente, pertanto, si ritiene che i motivi assorbiti e quelli rigettati riemergono automaticamente in appello nella misura in cui essi possano esser fatti rientrare nel capo di sentenza impugnato e non siano suscettibili di dar luogo ad un aggravio (divieto di *reformatio in pejus*) della soccombenza dell'appellante (sul punto *cfr.*, tuttavia, la giurisprudenza richiamata in tema di "Effetto devolutivo e motivi assorbiti"). Quanto all'appellato già resistente in primo grado rivivono le eccezioni di rito e di merito, oltre alle argomentazioni difensive del primo grado, poiché non si tratta di censure alla sentenza del Tar ma di argomenti difensivi a fondamento della rinnovata richiesta di rigetto della domanda, repu-

tati perfettamente fungibili.

Diversamente da quanto ritenuto dalla dottrina richiamata, in *giurisprudenza* tende a prevalere l'opinione per cui costituisce capo della sentenza *ogni pronuncia su di una questione prospettata dalle parti o rilevata d'ufficio dal giudice*, con la conseguenza per cui la nozione è integrata non solo dalle pronunce sui singoli vizi ma anche dalle decisioni sulle questioni pregiudiziali o preliminari.

Effetto devolutivo e motivi "assorbiti". Ciò riferito, in relazione al tema specifico dei motivi non esaminati in prima istanza perché assorbiti nella decisione di accoglimento del ricorso è utile avvertire come in seno al Consiglio di Stato (Cons. di Stato, Ad. plen., 19 gennaio 1999, n. 1; Cons. di Stato, sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25) sia stato espresso il convincimento secondo il quale, in ragione dell'effetto devolutivo, è escluso che le questioni rimaste assorbite (ma il discorso vale anche per le domande e le eccezioni respinte: Cons. di Stato, sez. V, 7 marzo 2001, n. 1339. In senso contrario: Cons. di Stato, sez. IV, 25 settembre 1998, n. 1208), nei limiti dei capi di sentenza oggetto di gravame, debbano essere impugnate con appello principale o incidentale ma che, in ogni caso, nel giudizio amministrativo, debba trovare applicazione l'art. 346 c.p.c., con la conseguenza per cui l'appellato vittorioso ha l'onere di richiamare espressamente, in una delle proprie difese, i motivi assorbiti, operando altrimenti la presunzione della rinuncia a far valere tali censure.

Al riguardo, non si è mancato di rilevare (TRAVI, 2002) che la soluzione adottata dai giudici amministrativi faccia un uso non ortodosso dei principi che regolano l'effetto devolutivo, applicando correttamente i quali, pur sempre nei limiti del capo di sentenza oggetto di gravame, la riemersione dei motivi assorbiti si produce automaticamente e non necessita, pertanto, di un espresso richiamo in grado di appello delle censure non esaminate dal primo giudice.

Giurisprudenza. La parte vittoriosa in primo grado non è tenuta a proporre appello incidentale per chiedere il riesame di domande od eccezioni respinte, assorbite o non esaminate, essendo sufficiente ad impedire la formazione del giudicato al riguardo la riproposizione della questione tramite eccezione, ai sensi dell'art. 346 c.p.c. (Cons. di Stato, sez. V, 7 marzo 2001, n. 1339.)

I motivi di ricorso proposti al Tar, che sono stati assorbiti e non esaminati, sono soggetti al principio espresso dall'art. 346 c.p.c.; tale preclusione sussiste anche quando l'appellato vittorioso non si sia costituito nel giudizio di appello (Cons. di Stato, sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25).

Effetto devolutivo ed eccezioni rilevabili d'ufficio. Il giudicato implicito. Sempre in tema di effetto devolutivo del giudizio di secondo grado, si rileva come l'eventualità che l'appello, in ragione del principio dispositivo, produca effetti solo parzialmente devolutivi, lascia, ovviamente, impregiudicato il potere del giudice di sollevare eccezioni d'ufficio (difetto di giurisdizione, nullità, inammissibilità, improcedibilità, irregolare costituzione del rapporto processuale). Secondo la giurisprudenza, tuttavia, la

rilevabilità d'ufficio deve essere esclusa nel giudizio d'appello per le questioni già decise in primo grado, sussistendo, in tal caso, l'onere per la parte soccombente di un'apposita impugnazione (Cons. di Stato, sez. V, 25 giugno 2002, n. 3455).

Secondo un orientamento giurisprudenziale, al giudice dell'appello sarebbe preclusa la facoltà di esercitare i propri poteri di esame d'ufficio, anche a fronte del c.d. "giudicato implicito" (Cons. di Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 550; Cons. di Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554; Cons. di Stato, sez. IV, 10 ottobre 2005, n. 5474; Cons. di Stato, sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 121; Cons. di Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7384). Tale figura si avrebbe allorché l'assunzione di una determinata decisione, contenuta in una statuizione espressa, logicamente presupponga la soluzione di altra questione ad essa pregiudiziale, la cui decisione, tuttavia, non risulta esplicitamente adottata. Nella pratica, il tema del giudicato implicito si è posto frequentemente in relazione ai rapporti tra questioni di rito e decisioni sul merito della controversia (Cons. di Stato, sez. VI, 22 marzo 2005, n. 1168) ed in particolare ha interessato il tema del difetto di giurisdizione, spesso ritenendosi che la decisione sul merito della causa sia suscettibile di dar luogo al giudicato implicito sulla giurisdizione.

Al riguardo, tuttavia, deve essere evidenziato come in giurisprudenza anche recente (Cons. di Stato, Ad. Plen., 30 agosto 2005, n. 4) non manchino opinioni di segno contrario, secondo le quali al giudice di appello sia preclusa la facoltà di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione unicamente in caso di pronuncia esplicita sulla giurisdizione da parte del giudice di primo grado e che, per converso, nessuna limitazione gli deriva da decisioni soltanto implicite.

Giurisprudenza. L'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado che sia stata espressamente esaminata e respinta dal Tar deve essere riproposta in appello con specifica impugnazione (principale o incidentale) - Cons. di Stato, sez. V, 25 giugno 2002, n. 3455 - .

Il principio della rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio del difetto di giurisdizione trova il proprio limite nell'avvenuta formazione del c.d. giudicato implicito (Cons. di Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 550).

Nel processo amministrativo il difetto di giurisdizione può essere rilevato d'ufficio, nel giudizio d'appello, soltanto se il giudice di primo grado si sia espressamente pronunciato al riguardo; ne consegue che qualora il giudice di primo grado abbia deciso nel merito, nulla osservando sulla propria giurisdizione, e non vi sia appello sul punto, il consiglio di stato non può sollevare d'ufficio la relativa questione (Cons. di Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7384).

La reiezione del ricorso di primo grado per la sua infondatezza non comporta alcuna statuizione implicita in ordine ai relativi presupposti processuali che non siano stati esaminati, sicché il consiglio di stato, in sede di appello, può verificarne d'ufficio la ricevibilità e l'ammissibilità (Cons. di Stato, sez. VI, 22 marzo 2005, n. 1168.). La reiezione nel merito del ricorso di primo grado non comporta alcuna statuizione implicita in ordine ai presupposti processuali, sicché il consiglio di stato, in sede di appello, ben può verificare d'ufficio la ricevibilità e l'ammissibilità

del ricorso originario, verifica che non può, invece, fare nel caso che il ricorso sia stato accolto con statuizioni espresse o implicite in ordine ai presupposti processuali (Cons. di Stato, sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 121.).

Per la formazione del giudicato implicito è necessario che sussista un rapporto di stretta dipendenza logico-giuridico e di indispensabilità tra una questione risolta espressamente e quella che si assume risolta implicitamente, in modo che non possa postularsi che l'una sia stata decisa senza aver prima deciso l'altra, con conseguente inutilità di una decisione sulla seconda (Cons. di Stato, sez. IV, 22 maggio 2006, n. 3026).

Nel processo amministrativo il difetto di giurisdizione può essere rilevato, anche d'ufficio, nel giudizio d'appello, soltanto se su tale questione non si sia formato un giudicato, implicito od esplicito (Cons. di Stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 883.).

Ai sensi dell'art. 30 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, il consiglio di stato può sempre conoscere d'ufficio la questione di giurisdizione, se su di essa il tar non si sia pronunciato espressamente. (Cons. di Stato, Ad. Plen., 30 agosto 2005, n. 4).

Il caso: Con sentenza n. 77/2005, del 15 dicembre 2004/11 gennaio 2005, il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione di Lecce, rigettava il ricorso (n. 1500/2004) proposto da Tizio per l'annullamento di un D.M., con il quale il Ministero aveva disposto, a carico di esso ricorrente, la revoca di un contributo in conto capitale. I giudici di primo grado, *astenendosi dall'esame della questione pregiudiziale relativa alla spettanza della competenza giurisdizionale*, ritenevano che l'impugnato provvedimento traesse fondamento da specifiche disposizioni di legge e fosse correttamente e adeguatamente motivato. Tizio proponeva appello chiedendo la riforma dell'impugnata decisione, con l'accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

Con il proposto appello Tizio censurava l'impugnata decisione ribadendo che l'esercitato potere di revoca dei benefici concessi era riconducibile ad una potestà discrezionale dell'amministrazione, la quale, oltre a giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo, implicava la necessità per l'amministrazione di adeguatamente motivare la disposta revoca.

Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello di Tizio, ritenendo che il Tribunale amministrativo aveva correttamente disatteso la censura di inadeguata motivazione, in quanto l'impugnato provvedimento di revoca, alla luce delle norme pertinenti, era da qualificare quale provvedimento non già discrezionale ma vincolato alla mancata realizzazione dell'iniziativa oggetto di finanziamento entro quarantotto mesi dalla data di inizio dell'istruttoria. A ciò il Consiglio di Stato ha aggiunto che la ritenuta vincolatività del provvedimento impugnato, che pure avrebbe in teoria implicito la spettanza della giurisdizione al giudice ordinario, non imponeva necessariamente di dichiarare il difetto di giurisdizione dell'adito Tribunale amministrativo regionale. Ciò in quanto le censure dedotte dalla parte appellante relativamente alla giurisdizione erano state, infatti, tutte preordinate a dimostrare la discrezionalità dell'atto di revoca e quindi a confermare la giurisdizione dell'adito Tribunale amministrativo regionale; *di modo che sul relativo capo della pronuncia impugnata si è formato giudicato implicito il quale, in conformità ad un risalente avviso della Corte di Cassazione, preclude l'applicazione del principio secondo cui il difetto di giurisdizione va rilevato anche di ufficio in ogni stato e grado del giudizio* (Cons. di Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 550).

Questioni deducibili dall'appellante. Dall'evidenziata natura di giudizio rinnovatorio propria dell'appello discende la possibilità per il ricorrente in primo grado, che sia rimasto soccombente, di denunciare l'ingiustizia della decisione del Tar nel senso più pieno, riproponendo le domande rigettate e formulando doglianze specifiche avverso la sentenza impugnata.

S'è detto in precedenza dei motivi assorbiti (e della giurisprudenza che applica il relativo regime anche a quelli rigettati. In senso contrario: Cons. di Stato, sez. IV, 25 settembre 1998, n. 1208). Al riguardo, pertanto, resta da aggiungere che il ricorrente, in coerenza con la perentorietà dei termini di impugnazione, incontra il limite del divieto del *novum* in appello, e gli è, pertanto, preclusa la possibilità di sollevare censure avverso l'atto amministrativo non prospettare nel giudizio di primo grado (Cons. di Stato, sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5016).

La giurisprudenza ammette la possibilità che l'appellante (ma la regola vale anche per l'appellato) proponga motivi aggiunti, in ragione della produzione, a seguito della sentenza di primo grado, di nuovi documenti da parte dell'amministrazione o dei controinteressati. Al riguardo è stato, tuttavia, sostenuto (Cons. di Stato, sez. V, 11 ottobre 2005, n. 5498; in dottrina: PICONE, 2000), che la nuova configurazione dell'istituto dei motivi aggiunti che consente di impugnare tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le parti connessi all'oggetto del giudizio, osta alla proponibilità in appello di motivi aggiunti che abbiano ad oggetto tali provvedimenti, pena altrimenti la violazione del principio del doppio grado di giurisdizione.

Nel caso in cui la posizione di appellante venga assunta da chi era resistente in primo grado o dai controinteressati, si riconosce (MIGNONE, 2005) che l'appello assuma connotati di strumento di impugnazione in senso tecnico più marcati, perché oggetto di gravame è la sentenza che ha accolto il ricorso introduttivo, accogliendo, sotto il profilo del contenuto, le doglianze della controparte.

Per tale motivo, all'appellante, intimato e soccombente in primo grado, si riconosce la facoltà di sollevare nei confronti della sentenza tutte le ragioni di doglianza, sia in fatto che in diritto, che considera utili. Tale facoltà, stante la natura rinnovatoria del giudizio d'appello innanzi al giudice amministrativo, si esplicherebbe anche nella possibilità di sollevare per la prima volta in appello eccezioni già proponibili in primo grado (Cons. di Stato, sez. IV, 6 giugno 1997, n. 620; Cons. di Stato, sez. V, 31 gennaio 2001, n. 349; Cons. di Stato, sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5950; Cons. di Stato, sez. VI, 15 luglio 2002, n. 3932).

In relazione alla possibilità di proporre nuove eccezioni, tuttavia, è utile rilevare come in giurisprudenza sia stato anche espresso il convincimento per cui l'attuale art. 345, comma II c.p.c. sarebbe applicabile anche al giudizio d'appello innanzi al Consiglio di Stato, con la conseguenza per cui in quella sede sarebbe preclusa la proponibilità di nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio (C. Stato, sez. VI, 6 marzo 2003, n. 1250).

Quanto alle eccezioni esaminate e respinte in primo grado, la giurisprudenza, come riferito, è divisa tra la posizione che ne ammette l'automatica riemersione in appello sulla base di mera eccezione ai sensi dell'art. 346 c.p.c. (Cons. di Stato, sez. V, 7 marzo 2001, n. 1339) e quella che postula la necessità di un'apposita impugnazione (Cons. di Stato, sez. V, 25 giugno 2002, n. 3455).

Giurisprudenza.

È inammissibile, per il principio del divieto di *ius novorum*, la censura di costituzionalità ove posta per la prima volta nell'atto di appello (Cons. di Stato, sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5016).

I motivi aggiunti sono ammessi nel processo amministrativo per dedurre censure che si siano potute formulare solo in seguito alla produzione di documenti da parte dell'amministrazione e dei controinteressati; la l. 21 luglio 2000 n. 205 ha modificato l'art. 21 l. Tar, sui Tar ammettendo la proposizione dei motivi aggiunti anche per impugnare nuovi provvedimenti, emessi in corso di giudizio, connessi con l'oggetto del ricorso e concernenti le stesse parti, ma la norma, in assenza di un'espressa e inequivoca estensione al grado di appello, si deve intendere riferita al solo giudizio di primo grado (Cons. di Stato, sez. V, 11 ottobre 2005, n. 5498). Nel processo amministrativo d'appello, ferma la portata generale dell'art. 345 comma 1 c.p.c., non trova invece applicazione il successivo comma 2 - che dispone che, nel giudizio di appello, non possono proporsi nuove eccezioni, non rilevabili anche d'ufficio -, dovendosi giudicare tale regola non compatibile con le esigenze del processo amministrativo, in cui si risolvono controversie strettamente connesse agli interessi pubblici, che vanno sempre perseguiti dalle amministrazioni pubbliche, anche quando si verta su diritti soggettivi o nell'ambito della giurisdizione esclusiva, in quanto l'appello amministrativo ha natura sia di "*revisio prioris iustitiae*", sia di "*novum iudicium*", con conseguente possibilità di dedurre eccezioni non conosciute dal giudice di prime cure, a condizione che sia rispettata la regola della sostanziale identità con il processo precedente e si decida la domanda già formulata in quella sede (Cons. di Stato, sez. V, 31 gennaio 2001, n. 349.).

Nel processo amministrativo, il divieto di proporre motivi nuovi in appello costituisce la logica conseguenza dell'onere di specificità delle censure dedotte in primo grado contro il provvedimento amministrativo; tale principio, pertanto, è riferibile solo al ricorrente originario, e non anche ai resistenti (autorità emanante e controinteressato), che possono addurre qualunque motivo (salve le preclusioni previste dalla legge) per dimostrare al giudice di secondo grado l'infondatezza della domanda del ricorrente (Cons. di Stato, sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5950.).

La preclusione della proponibilità dell'eccezione di prescrizione in sede di appello non riguarda il processo amministrativo, sia perché l'appello al Consiglio di Stato (come disciplinato dalla legge Tar) continua a costituire un rimedio di cui le parti possono avvalersi per rimediare ai loro errori, sia perché le modifiche del codice di procedura civile non hanno riguardato il giudizio di primo grado innanzi al Tar (Cons. di Stato, sez. VI, 15 luglio 2002, n. 3932).

Questioni deducibili da parte dell'appellato. Nel caso in cui la veste di soggetto appellato sia assunta dal ricorrente vincitore in primo grado, opera il divieto di *ius novum*,

cosicché costui non potrà, al fine di contrastare le tesi dell'appellante, affiancare alle originarie doglianze sviluppate nel ricorso di primo grado, nuovi motivi; con semplice memoria, viceversa, secondo la giurisprudenza in precedenza richiamata, potranno essere riprodotte le censure sollevate in primo grado e rimaste assorbite (Cons. di Stato, sez. V, 23 gennaio 1991, n. 61), nonché anche le questioni per le quali si è avuta soccombenza (Cons. di Stato, sez. V, 7 marzo 2001, n. 1339). Sul punto, peraltro, è utile rilevare come, in giurisprudenza, per le questioni rigettate in primo grado sia stato anche espresso il convincimento per cui è necessario presentare appello incidentale (Cons. di Stato, sez. IV, 25 settembre 1998, n. 1208).

Per quanto concerne l'appellato già resistente, vale quanto già riferito in precedenza per l'appellante resistente in primo grado, ovvero che alla tesi che, in ragione della natura rinnovatoria del gravame, gli riconosce la possibilità di riproporre non solo le eccezioni già sollevate in primo grado ma anche quelle soltanto proponibili (NIGRO, 2000, MIGNONE, 2005) si contrappone quella che ritiene applicabile al giudizio d'appello innanzi al Consiglio di Stato le preclusioni dell'art. 345, comma II c.p.c.

Quanto alle eccezioni esaminate e respinte in primo grado, si è detto anche per l'appellante già esistente, che la giurisprudenza oscilla tra la posizione che ne ammette l'automatica riemersione in appello sulla base di mera eccezione ai sensi dell'art. 346 c.p.c. e quella che richiede un'apposita impugnazione.

Giurisprudenza.

I motivi dichiarati assorbiti in primo grado possono riemergere nel giudizio di appello anche in base a semplice memoria della parte che li aveva dedotti nel primo giudizio, ovvero anche con le sole difese orali, senza la necessità dell'appello incidentale, in quanto si tratta di sollecitare puramente e semplicemente l'accertamento d'ufficio già in sé spettante al giudice di appello (Cons. di Stato, sez. V, 23 gennaio 1991, n. 61).

Il resistente in appello può riproporre con semplice memoria le questioni pregiudiziali sollevate dinanzi al tribunale e da questo non esaminate, ma non invece quelle che abbiano costituito oggetto di esame espresso da parte del giudice e che da questo siano state rigettate, richiedendosi in questo secondo caso un appello incidentale (Cons. di Stato, sez. IV, 25 settembre 1998, n. 1208).

Sulla proponibilità di nuovi mezzi di prova. La giurisprudenza (Cons. di Stato, sez. IV, 15 dicembre 2003, n. 8212; Cons. di Stato, sez. VI, 29 agosto 2001, n. 4577; Cons. di Stato, sez. IV, 2 giugno 1999, n. 963) ritiene che anche nel processo amministrativo debba trovare applicazione l'art. 345 c.p.c., il cui terzo comma prescrive il divieto di proporre nuovi mezzi di prova nel giudizio di secondo grado, salvo che il collegio non ritenga i nuovi mezzi di prova indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli nel giudizio di primo grado per causa

ad essa non imputabile. Non mancano, tuttavia, decisioni che circoscrivono l'applicazione di tale regola alle sole prove costituenti, riconoscendo in tal modo la possibilità che vengano prodotte prove costituite, quali i documenti (Cons. di Stato, sez. V, 4 novembre 2004, n. 7140; Cons. di Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7343).

Giurisprudenza.

Nel giudizio amministrativo d'appello è inammissibile la produzione di nuovi mezzi di prova e di nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile; Cons. di Stato, sez. IV, 15 dicembre 2003, n. 8212. Nel processo amministrativo il divieto di "ius novorum" in appello non riguarda le prove precostituite, come i documenti (Cons. di Stato, sez. V, 4 novembre 2004, n. 7140).

Nel processo amministrativo, il divieto di produzione di nuovi documenti in grado di appello non si applica, posto che, da un lato, l'art. 345 c.p.c. non esclude in modo tassativo la produzione di nuove prove in appello ammettendone l'acquisizione quando le stesse siano indispensabili alla decisione della causa e, dall'altro lato, ove la parte interessata, senza produrre il documento che risulti decisivo, ne affermi l'esistenza, il giudice amministrativo potrebbe esercitare i poteri istruttori tipici di un processo basato sul metodo acquisitivo (Cons. di Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7343).

2.- L'appello incidentale.

Nell'ambito del sistema processuale amministrativo si pone la distinzione tra appello incidentale proprio ed improprio.

L'appello incidentale proprio. L'appello incidentale proprio, che risulta dalla lettura combinata degli art. 29 della L. Tar e 37 della R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 in tema di ricorso incidentale di primo grado, consiste nella possibilità di una controimpugnazione nei confronti dell'appellante principale da parte dell'appellato, il quale, nonostante la soccombenza parziale nel giudizio di primo grado, avrebbe prestato acquiescenza alla decisione se non fosse intervenuta l'impugnazione principale.

L'istituto è volto ad offrire un rimedio "diretto ad eliminare la soccombenza dell'appellato nei confronti dell'appellante" (CARNELUTTI, 1938) e, cioè, a consentire al ricorrente incidentale di conservare il risultato ottenuto con la sentenza di primo grado, mediante la contrapposizione all'appello principale di un'impugnativa subordinata all'accoglimento di quest'ultimo e tesa a vanificare l'effetto utile che potrebbe derivare in favore dell'appellante dall'accoglimento della propria domanda (CAIANIELLO, 2003; MIGNONE, 2005).

La situazione che legittima l'appello incidentale è, dunque, quella della soccombenza formale, volendosi con questa espressione intendere che la parte, pur essendosi vista respingere alcune delle proprie censure, è risultata vincitrice nel giudizio di primo gra-

do e non è, dunque, legittimata ad impugnare in via principale (situazione quest'ultima che si produce in caso di soccombenza sostanziale, ossia di esito negativo del giudizio di primo grado per la parte).

Dal carattere subordinato dell'appello incidentale consegue che lo stesso non è soggetto al termine ordinario di impugnazione e per esso, infatti, vigono disposizioni specifiche. In applicazione dell'art. 37 T.U. n. 1054/1924 (operante in virtù del rinvio contenuto nell'art. 29 L.Tar) il ricorso deve essere notificato al difensore dell'appellante presso il domicilio eletto nel termine di trenta giorni successivi a quello previsto per il deposito del ricorso principale; il deposito deve avvenire nei dieci giorni successivi (Cons. di Stato, sez. V, 18 agosto 1997, n. 916) ed il rimedio diviene inefficace allorché l'appello principale sia stato rinunciato o dichiarato inammissibile. Per evidente inutilità si esclude l'esame dell'appello incidentale in caso di rigetto dell'appello principale (Cons. di Stato, sez. IV, 27 ottobre 2005, n. 6050).

L'appello incidentale improprio. Per quanto concerne l'appello incidentale improprio (o autonomo), la giurisprudenza, in ragione dell'esigenza di garantire la concentrazione delle impugnazioni (Cons. di Stato, sez. V, 15 dicembre 1978, n. 1614; Cons. di Stato, sez. V, 30 settembre 1992, n. 904), riconosce l'operatività nel processo amministrativo dell'art. 333 c.p.c. che prevede che le parti alle quali sia stato notificato il ricorso in appello debbono proporre, a pena di decadenza, le loro impugnazioni in via incidentale nello stesso processo.

La figura in esame, come è evidente, opera in virtù di un meccanismo di funzionamento di ordine meramente cronologico e l'impugnazione incidentale, a differenza dell'appello incidentale in senso proprio, non è diretta a neutralizzare i vantaggi che deriverebbero all'appellante principale dall'accoglimento del proprio appello. In altri termini, proposto un primo appello, le altre parti, ancorché si trovino in una situazione di soccombenza sostanziale, perché il pregiudizio proviene loro dalla decisione di primo grado e non dal possibile accoglimento dell'appello principale, sono tenute a proporre appello incidentale.

La riferita autonomia dell'appello incidentale improprio dall'appello principale ha portato la giurisprudenza ad elaborare regole diverse rispetto a quelle operanti per l'appello incidentale proprio. In particolare, in coerenza con il carattere autonomo del rimedio, è stato ritenuto (Cons. di Stato, Ad. plen., 18 luglio 1983, n. 20) che la rinuncia all'impugnazione principale non determina l'estinzione dell'appello incidentale improprio. In relazione ai termini per proporre impugnazione, inoltre, si esclude l'applicabilità del regime processuale dell'art. 37 T.U. n. 1054/1924, cosicché, in caso di appello incidentale in senso improprio, si afferma che il ricorso in appello deve essere proposto entro sessanta giorni dalla notifica della sentenza, ovvero entro sessanta giorni dalla data di notifica dell'appello principale, se questa sia antecedente alla data

di notifica della sentenza di primo grado (Cons. di Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 4017; Cons. di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 217).

La giurisprudenza, inoltre, ha chiarito che, in presenza di un autonomo interesse all'impugnazione, la parte cui sia stato notificato l'appello principale ha la facoltà di ricorrere in appello tanto nella forma del ricorso incidentale dell'art. 333 c.p.c., quanto in via autonoma in un separato giudizio. In questa seconda ipotesi, tuttavia, il ricorrente è tenuto a chiedere la riunione al fine di evitare la decadenza prevista dagli artt. 333 e 335 c.p.c. (Cons. di Stato, sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 281).

Giurisprudenza. La declaratoria dell'infondatezza dell'appello principale conduce alla declaratoria dell'improcedibilità, per carenza di interesse, dell'appello incidentale proposto dall'appellato in relazione ai motivi non esaminati in primo grado; Cons. di Stato, sez. IV, 27 ottobre 2005, n. 6050.

Il regime processuale dell'appello, stabilito dall'art. 37 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, richiamato dall'art. 29 l. Tar (che impone la notificazione entro il termine di trenta giorni successivo a quello assegnato per il deposito dell'appello principale), è applicabile alle sole ipotesi di appello incidentale «proprio» (intendendosi per tale quello sorretto da un interesse avvinto da un nesso sostanziale di pregiudizialità a quello sotteso all'appello principale), mentre devono essere osservati gli ordinari termini di cui all'art. 28, 2° comma, citata l. n. 1034 del 1971 (sessanta giorni dalla data di notificazione della sentenza di primo grado), nell'ipotesi di appello, che, ancorché qualificato incidentale, sia volto contro un capo autonomo della sentenza già appellata ovvero a far valere un interesse autonomo (Cons. di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 217).

Nel caso in cui contro la stessa sentenza vengano proposti nello stesso processo un appello principale ed uno incidentale non di controimpugnazione, ma contenente doglianze autonome e del tutto indipendenti rispetto al primo, l'appello incidentale è soggetto ai termini ordinari per l'impugnazione previsti dall'art. 28, legge Tar; in particolare, l'appello incidentale autonomo, essendo sostenuto da un interesse che non dipende dall'impugnativa principale, deve essere proposto entro sessanta giorni dalla notifica della sentenza (ovvero trenta giorni nel rito speciale di cui all'art. 23 bis, legge Tar), ovvero entro sessanta giorni dalla data di notifica dell'appello principale (trenta giorni nel rito speciale di cui all'art. 23 bis, legge Tar), se questa sia antecedente alla data di notifica della sentenza di primo grado; in ogni caso, per la proposizione dell'appello incidentale autonomo deve essere rispettato il termine lungo per l'impugnazione delle sentenze, che nel rito di cui all'art. 23 bis, legge Tar, è pari a centoventi giorni dalla pubblicazione della sentenza. Il termine lungo per l'appello costituisce il limite temporale massimo per la proposizione dell'impugnazione, oltre che principale, anche incidentale autonoma, il quale opera indipendentemente dalla notificazione della pronuncia impugnata e, quindi, non è suscettibile di superamento, nemmeno, quando, alla sua scadenza, non sia ancora maturato il termine breve dalla data di detta notificazione; sicché, ove, in ipotesi, l'appello principale venga notificato l'ultimo giorno utile del termine lungo, ovvero in prossimità dell'ultimo giorno, l'appello incidentale autonomo che venga notificato dopo la notifica di quello principale, è tardivo (Cons. di Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 4017).

La parte cui sia stato notificato l'appello principale può proporre la propria impugnazione che sia sorretta da un autonomo interesse tanto in via incidentale nel giudizio già pendente (secondo quanto previsto dall'art. 333 c.p.c., applicabile al processo amministrativo), quanto in via autonoma in un separato giudizio (fermo restando in questo caso l'onere di chiedere la riunione per evitare la decadenza prevista dall'art. 335 c.p.c.); in entrambi i casi l'atto di appello è soggetto ai termini ordinari per l'impugnazione previsti dall'art. 28 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 (Cons. di Stato, sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 281).

L'art. 333 c.p.c. si applica anche al processo amministrativo; tuttavia l'appello incidentale che non si risolve in una mera controimpugnazione su capi dipendenti o connessi a quelli oggetto del gravame principale, ma contenga doglianze autonome e indipendenti, è soggetto ai termini ordinari per l'impugnazione previsti dagli art. 28 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 e 327 c.p.c. (Cons. di Stato, sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4077.)

Per Cons. di Stato, sez. V, 1 marzo 2003, n. 1141, il termine di cui all'art. 37 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, di trenta giorni successivi a quello assegnato per il deposito dell'appello principale, per la notifica dell'appello incidentale è operante solo quando trattisi di appello incidentale in senso proprio, ovvero di impugnativa subordinata, condizionata all'accoglimento eventuale dell'appello principale e, pertanto, proposta contro lo stesso capo della sentenza gravato dell'appello principale o contro un capo connesso o dipendente, ma non anche quando trattisi di ulteriore impugnativa rivolta avverso un capo autonomo della sentenza già appellata o a far valere un autonomo interesse.

3. – Le decisioni appellabili, le parti e la legittimazione ad appellare.

Indipendentemente dalla forma, possono essere appellate tutte le decisioni dei Tar che siano volte alla definizione totale o parziale della controversia. Per converso, non sono suscettibili di impugnazione i provvedimenti giudiziari, i quali, nonostante assumano la forma della sentenza, abbiano contenuto non decisorio ma ordinatorio (come le sentenze meramente istruttorie, in relazione alle quali la novella apportata all'art. 44, comma III del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato dall'art. 1, comma II della l. 205/2000 dovrebbe apportare un chiarimento terminologico nella misura in cui specifica che le decisioni sui mezzi istruttori debba essere adottata mediante ordinanza).

Incontroversa è l'appellabilità delle sentenze definitive, per tali intendendosi le decisioni, di merito o di rito, con le quali si conclude il rapporto processuale. Suscettibili di impugnazione sono altresì le sentenze parziali, di rito e di merito, che decidono su di uno specifico punto della controversia e che pregiudicano per il soccombente la decisione definitiva (per le quali si veggia *infra*). L'art. 28, comma III, l. 1034/1971, inoltre, riconosce l'appellabilità delle ordinanze cautelari. Per quanto concerne le sentenze sui ricorsi per l'ottemperanza al giudicato pronunciate dai giudici di primo grado, in giurisprudenza, stante l'assenza di profili coglitori, sembra prevalere il convincimento che esclude le impugnazioni delle decisioni meramente esecutive delle sentenze passa-

te in giudicato (Cons. di Stato, sez. IV, 17 maggio 2003, n. 3443; Cons. di Stato, sez. IV, 21 gennaio 2003, n. 227. Sul punto *cf.* il par. 9 del capitolo “Giudicato ed Ottemperanza”).

Giurisprudenza. L'appello avverso la sentenza emessa su giudizio di ottemperanza è ammesso quando la decisione non si limita a disporre misure attuative del giudicato ma risolve una questione di natura cognitoria concernente l'esatta individuazione del senso e della portata della decisione da eseguire; il che implica la verifica del percorso argomentativo alla base delle conclusioni del primo giudice; Cons. di Stato, sez. IV, 21 gennaio 2003, n. 227.

È ammissibile l'appello contro la sentenza emessa da un Tar su ricorso per ottemperanza allorché esso sia diretto a sollecitare la verifica di un precedente *decisum* giudiziale che abbia un suo contenuto di accertamento, e non sia limitato quindi a misure di pura esecuzione di altra pronuncia giurisdizionale (Cons. di Stato, sez. IV, 17 maggio 2003, n. 3443).

Le sentenze parziali e la riserva di appello. Controverso è il regime da applicare alle sentenze parziali, ovvero a quelle sentenze attraverso le quali vengono decise solo alcune questioni reputate mature per la decisione, mentre il giudizio continua per quelle che ancora necessitano di attività istruttoria. Il tema è, in particolare, quello dell'ammissibilità nel sistema processuale amministrativo della riserva di appello, ovvero della possibilità per la parte soccombente di scegliere se impugnare immediatamente la decisione parziale ovvero di attendere la definitiva conclusione del giudizio.

In dottrina (NIGRO, 2000; CAIANIELLO, 2003) si esclude una simile possibilità in quanto nel processo amministrativo non vige il principio della concentrazione delle impugnazioni, non essendo applicabile l'art. 340 c.p.c. che prevede la riserva facoltativa di appello avverso le sentenze non definitive. Conseguentemente, si ritiene che il ricorrente sia destinato a subire la censura dell'inammissibilità in caso di appello proposto nei confronti delle sentenze parziali o interlocutorie oltre i termini legge decorrenti dalla.

In giurisprudenza, viceversa, sebbene non manchino opinioni di segno contrario (Cons. di Stato, sez. IV, 4 novembre 1980, n. 1055) tende a prevalere l'orientamento favorevole all'ammissibilità della riserva d'appello, in coerenza con la generale tendenza all'applicazione analogica nel processo amministrativo di regole proprie del giudizio civile (Cons. di Stato, sez. V, 1994, n. 155).

Laddove si ammetta l'applicabilità dell'istituto, in conformità con l'art. 340 c.p.c., si richiede che la parte faccia riserva d'appello, pena la decadenza, nelle forme dell'atto notificato al procuratore della controparte costituita o personalmente alle parti non costituite entro il termine per appellare e, in ogni caso, nelle stesse modalità (ovvero con dichiarazione orale iscritta nel verbale di udienza o con atto a questo allegato ad istanza della parte interessata), non oltre la prima udienza dinanzi al giudice istruttore suc-

cessiva alla comunicazione della sentenza stessa.

Giurisprudenza. In mancanza di norme che consentono nel giudizio amministrativo l'appello differito avverso le sentenze parziali dei Tar dette sentenze debbono essere impugnate, in base alla regola generale fissata nell'art. 28 L. 6 dicembre 1971, n. 1034 entro il termine di 60 giorni fissato dalla notificazione, ovvero mancando quest'ultima nel termine massimo di un anno dalla pubblicazione; Cons. di Stato, sez. IV, 4 novembre 1980, n. 1055.

Per Cons. di Stato, sez. V, 8 marzo 1994, n. 155, in mancanza di specifica normativa che disciplini l'impugnazione delle decisioni parziali, deve ritenersi ammessa la riserva facoltativa d'appello in applicazione del principio della concentrazione processuale previsto dall'art. 340 c.p.c.; d'altro canto, Cons. di Stato, sez. IV, 18 marzo 1997, n. 259 ha ritenuto che in applicazione dell'art. 340, c.p.c., nel processo amministrativo, qualora la sentenza parziale di primo grado sia stata notificata, la riserva di appello deve essere formulata, a pena di decadenza, entro il termine base d'impugnazione, con atto notificato al procuratore della controparte costituita o personalmente alle parti non costituite; mentre, nell'ipotesi di omessa notificazione, la riserva in oggetto deve essere espressa, entro la prima udienza successiva alla comunicazione della stessa sentenza, con atto notificato con le modalità anzidette ovvero con dichiarazione orale iscritta nel verbale di udienza o con atto a questo allegato ad istanza della parte interessata.

Le parti del giudizio di appello e la legittimazione ad appellare. Sono suscettibili di acquisire la qualità di parte nel giudizio di appello ed impugnare la decisione le parti necessarie del giudizio di primo grado, indipendentemente dalla circostanza che queste siano state intimare o meno e dal fatto che, se intimante, si siano costituite (Cons. di Stato, sez. IV, 9 agosto 2005, n. 4231).

La legittimazione all'appello viene riconosciuta anche nei confronti dei c.d. controinteressati in senso solo sostanziale e dei c.d. controinteressati sopravvenuti (Cons. di Stato, sez. IV, 11 luglio 2001, n. 3895; Cons. di Stato, sez. IV, 12 giugno 2003, n. 3312). Quanto ai primi, si tratta di quei soggetti che non possono essere qualificati quali controinteressati in senso tecnico (nozione che postula, sotto il profilo sostanziale, la titolarità di un interesse qualificato alla conservazione del provvedimento impugnato, di natura eguale e contraria a quella del ricorrente e, sotto il profilo formale, l'espressa menzione del soggetto nell'atto ovvero la sua agevole individuazione in base ad esso) e, dunque, secondo la giurisprudenza, nemmeno parti necessarie del giudizio, e che, tuttavia, vantano un interesse sostanziale analogo. Quanto ai controinteressati sopravvenuti, sono tali quei soggetti titolari di una posizione di vantaggio che deriva da un atto emanato dall'amministrazione sulla base di quello impugnato.

Tale orientamento tiene conto, della sentenza della Corte Costituzionale 17 maggio 1995, n. 177, con la quale è stato esteso al processo amministrativo il rimedio dell'opposizione di terzo, e si fonda su evidenti ragioni di economia dei mezzi processuali, nella misura in cui anticipa la tutela dei soggetti legittimati alla proposizione dell'opposizione di terzo, in quanto titolari di posizioni giuridiche autonome ed incompatibili, mediante il riconoscimento in loro favore della facoltà di proporre appello avverso la decisione sfavorevole resa in un giudizio al quale siano rimasti estranei

(Cons. di Stato, sez. VI, 22 novembre 2005, n. 6520).

Possono, altresì, impugnare la decisione di primo grado anche i soggetti intervenuti *ad opponendum* nel giudizio di primo grado, i quali sebbene non siano controinteressati, vantano, comunque, un interesse autonomo e diretto alla conservazione dell'atto (Cons. di Stato, Ad. plen., 8 maggio 1996, n. 2).

La legittimazione ad appellare, secondo arresti anche recenti della giurisprudenza (Consiglio di Stato, ad. plen. 11 gennaio 2007, n. 1), è esclusa per quei soggetti che non sono litisconsorti necessari perché non si trovano in posizione di vero e proprio controinteresse rispetto all'atto, i quali, tuttavia, pur vantando un autonomo e diretto interesse alla conservazione del provvedimento impugnato in primo grado, non abbiano dispiegato in quella sede un intervento *ad opponendum*.

Quanto al soggetto intervenuto in primo grado *ad adiuvandum* per sostenere le ragioni del ricorrente principale, la giurisprudenza ne esclude la legittimazione a proporre appello in via principale ed autonoma, salvo che non contesti i punti della sentenza con i quali è stata assunta una decisione che lo riguarda direttamente e specificamente, quali quelli aventi ad oggetto la sua legittimazione dell'intervento o le spese giudiziali (Cons. di Stato, sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1264).

Le considerazioni appena svolte consentono di apprezzare come la legittimazione ad appellare non sia ancorata al requisito della soccombenza nel giudizio di primo grado, ovvero alla circostanza per cui la decisione del giudice non ha soddisfatto, integralmente o solo in parte, la pretesa di chi sia stato parte del giudizio svoltosi dinanzi al Tar. La legittimazione ad appellare, infatti, si riscontra in base non già al mero dato formale della partecipazione al giudizio di primo grado, quanto piuttosto avendo riguardo all'interesse sostanziale del soggetto che propone appello.

L'interesse a ricorrere deve essere effettivo, ovvero deve concretarsi in un pregiudizio reale. Nel caso del ricorrente in primo grado, peraltro, tale interesse non consegue necessariamente al rigetto del ricorso, potendo aversi anche in caso di accoglimento dello stesso, allorquando il giudice abbia disatteso le richieste della parte su di un capo autonomo di domanda o abbia accolto solo alcuni dei motivi prospettati, restringendo in tal modo anche il contenuto conformativo della sentenza.

Giurisprudenza. Deve ritenersi legittimato a proporre appello il soggetto controinteressato non evocato nel giudizio di primo grado e che non abbia ad esso partecipato, ove la sentenza emessa in primo grado pregiudichi i suoi interessi. (Cons. di Stato, sez. IV, 9 agosto 2005, n. 4231). Per Cons. di Stato, sez. IV, 12 maggio 2003, n. 3312, il c.d. controinteressato successivo è legittimato a proporre appello al consiglio di stato anche se non sia intervenuto nel giudizio di primo grado; stante l'effetto conservativo del gravame, nel caso di giudizio che verta su un atto inscindibile il suo appello preclude la formazione del giudicato, anche rispetto alle parti per le quali siano già decorsi i termini per appellare.

Il proprietario di un'area riconosciuta fabbricabile da una variante di piano regolatore generale, interventore *ad opponendum* nel giudizio di primo grado nei confronti del ricorso contro tale variante, è legittimato ad appellare la sentenza che l'abbia annullata (Cons. di Stato, ad. plen., 8 maggio 1996, n. 2.).

Le associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco previsto dall'art. 137 cod. consumo sono legittimate a proporre appello al consiglio di stato se, a tutela degli interessi dei consumatori, siano intervenute *ad opponendum* nel giudizio avanti al Tar; non sono invece legittimate a proporre appello se siano rimaste estranee a tale giudizio (Cons. di Stato, ad. plen., 11 gennaio 2007, n. 1.). La legittimazione ad appellare va riconosciuta ai soggetti che ricevono un beneficio diretto e personale dal provvedimento impugnato e possono subire dalla sentenza appellata un pregiudizio capace di legittimare il ricorso all'opposizione di terzo (Cons. di Stato, sez. VI, 22 novembre 2005, n. 6520.).

Il soggetto interveniente *ad adiuvandum* per sostenere le ragioni del ricorrente principale nel giudizio di primo grado, non è legittimato a proporre appello in via principale ed in via autonoma, ove non abbia un proprio interesse connesso alla legittimazione dell'intervento ed alle spese giudiziali (Cons. di Stato, sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1264.).

Il caso:

Con ricorso in appello, l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ha impugnato la sentenza del TAR che accoglieva la richiesta di annullamento di un proprio provvedimento in materia di tariffe del gas.

Si è costituita in giudizio la società Tizia, che ha eccepito l'improcedibilità dell'appello, per la tardività del suo deposito.

In subordine, Tizia ha chiesto che il gravame sia respinto, perché infondato.

Con appello "incidentale autonomo", un'Associazione difesa consumatori e ambiente ha impugnato la sentenza del TAR, chiedendo che, in sua riforma, venga respinto il ricorso di primo grado.

A fondamento della propria legittimazione, l'Associazione ha rilevato che è iscritta nell'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti, rappresentative a livello nazionale ai sensi dell'art. 5 della legge n. 281 del 1998 (trasfuso nell'art. 137 del Codice del consumo, approvato col decreto legislativo n. 206 del 2005).

Con memoria, Tizia ha chiesto che l'appello dell'Associazione sia dichiarato inammissibile, in quanto proposto da un soggetto non legittimato, poiché l'associazione non è intervenuta nel corso del giudizio di primo grado, né può essere considerata parte necessaria.

All'udienza la Sezione si è pronunciata per la improcedibilità dell'appello di Tizio, rilevando la tardività del deposito in quanto avvenuto dopo il superamento del prescritto termine di 15 giorni, fissato dall'art. 23-*bis* della legge n. 1034 del 1971 applicabile alla fattispecie.

Ciò deciso la Sezione ha osservato che veniva ad assumere rilievo determinante la questione della ammissibilità dell'appello "incidentale autonomo" proposto dall'Associazione sicché ha rimesso la questione stessa all'Adunanza Plenaria.

L'Adunanza Plenaria sul tema ha ritenuto che:

1. l'appello incidentale è stato presentato dall'Associazione sul presupposto della lesività, per gli interessi dei consumatori, della sentenza del T.A.R. che ha annullato il provvedimento dell'AEEG inteso a limitare gli incrementi delle tariffe per le forniture di gas naturale;

2. l'Associazione è inserita nell'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, istituito presso il Ministero delle attività produttive in applicazione dell'art. 137, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo). L'associazione in parola, quindi, ai sensi del successivo art. 139, risulta legittimata "*ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti*" nell'ambito delle materie disciplinate dal Codice del consumo, oltreché nelle materie concernenti l'esercizio delle attività televisive e la pubblicità dei medicinali per uso umano;

3. da tale quadro normativo si ricava che all'Associazione, così come agli altri organismi similari, è stato effettivamente conferito un compito di un certo rilievo pubblicistico, in quanto mediante interventi di tutela dei consumatori le associazioni in questione concorrono alla concreta affermazione del principio di legalità nell'ampio e delicato settore del consumo, potendo intraprendere autonome iniziative processuali con le modalità e nelle forme indicate dalle norme citate e non assumendo, soltanto, la veste di mero "denunciante" di eventuali abusi in pregiudizio dei consumatori e degli utenti (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280). Per quanto concerne le eventuali azioni dinanzi al Giudice amministrativo, tuttavia, l'art. 140, comma 11, del Codice del consumo non detta alcuna disposizione speciale e non stabilisce alcuna possibilità di deroga ai principi generali applicabili nel processo amministrativo;

4. tenuto conto, dunque, del rilevato carattere facoltativo e spontaneo delle iniziative delle medesime associazioni; del numero indeterminato e fluttuante delle associazioni inserite nell'elenco ministeriale; delle modalità con le quali le iniziative stesse debbono svolgersi; nonché della estensione circoscritta delle azioni esperibili, in applicazione del richiamato Codice del consumo, *si può escludere che simili enti siano attualmente qualificabili come "litisconsortii necessari", in quanto veri e propri controinteressati*, nel caso di azioni aventi ad oggetto atti o provvedimenti amministrativi recanti disposizioni in ipotesi favorevoli ai consumatori ed agli utenti.

5. tali organismi possono sempre esperire azioni per l'annullamento di atti amministrativi ritenuti pregiudizievoli (nel termine decadenziale decorrente, di norma, dalla pubblicazione – ai sensi dell'art. 2 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642 - non essendo detti organismi i diretti destinatari degli atti stessi) ed è pacifico che gli stessi, nei casi di impugnative da parte di altri soggetti riguardanti provvedimenti amministrativi ritenuti favorevoli ai consumatori ed agli utenti, possano *dispiegare intervento "ad opponendum"* per sostenere, appunto, il mantenimento delle determinazioni impugate, in vista della salvaguardia dell'interesse collettivo perseguito;

6. poste queste premesse, qualora vi sia stata una iniziativa processuale nel corso del giudizio di primo grado, *non può essere messo in dubbio che le associazioni di consumatori abbiano poi facoltà di attivarsi pure per proporre appello*; ma ciò vale non *solo* quando dette associazioni abbiano *proposto esse stesse il ricorso di primo grado, ma anche, in linea di massima, quando si siano limitate ad un mero intervento "ad opponendum"* (sulla possibilità per l'interveniente di proporre appello, v. Cons. Stato, Ad. Plen. 8 maggio 1996, n. 2).

Alla stregua dei principi generali di carattere generale e della riportata normativa sull'attività istituzionale di tutela dei consumatori e degli utenti, rimessa agli organismi associativi del settore con le modalità e con i vincoli delineati dalle disposizioni già sopra richiamate, l'Adunanza Plenaria ha deciso che la soluzione del problema non possa che essere in senso negativo, non rinvenendosi alcuna norma positiva particolare che possa costituire idoneo supporto per consentire deroghe alle norme generali in materia di giustizia amministrativa (Cons. di Stato, ad. plen., 11 gennaio 2007, n. 1).

4.- Il giudizio di appello.

Il processo di appello, nel quale le parti devono essere assistite da avvocati iscritti all'albo delle giurisdizioni superiori, si introduce con ricorso da indirizzare al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale.

Il contenuto dell'atto d'appello. Tale ricorso deve contenere i seguenti elementi: a) gli estremi identificativi del soggetto appellante; b) gli estremi della sentenza impugnata; c) l'esposizione dei fatti e dei motivi d'appello; d) le conclusioni dell'appellante con riferimento alla sentenza impugnata ed al ricorso di primo grado; e) la sottoscrizione del difensore che abbia anche la rappresentanza della parte (nel caso in cui il difensore non abbia poteri di rappresentanza è necessaria la sottoscrizione anche dell'appellante).

I termini per appellare. Il ricorso va notificato nel termine perentorio di sessanta giorni (c.d. termine breve) dalla notifica della sentenza di primo grado (art. 28 L.Tar) oppure, in applicazione analogica di quanto prescritto per il processo civile (art. 327 c.p.c.), nel termine di un anno dalla pubblicazione della sentenza (c.d. termine lungo), ove la stessa non sia stata notificata.

La giurisprudenza (Cons. di Stato, Sez. VI, 16 giugno 1997, n. 905), in tema di decorrenza del termine di notifica, ha stabilito che il legislatore con la previsione di cui all'art. 28 l. Tar ha inteso introdurre una disposizione specifica e non derogabile, con la conseguenza per cui deve escludersi che possa trovare applicazione l'art. 36 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1954 (dettato, peraltro, per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi per i quali è previsto il ricorso in unico grado innanzi al Consiglio di Stato), che prevede che il decorso del termine per l'impugnativa si abbia anche dalla data della piena conoscenza.

Disposizioni particolari in tema di termini per appellare. In tema di termini per appellare deve essere riferito come per determinati tipi di controversie siano previsti tempi differenti rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 28 l. Tar.

In materia di giudizi elettorali il termine è di venti giorni (artt. 82/2 e 83/12 D.P.R. 16 maggio 1960, n. 570). Per quanto concerne i termini di appello delle ordinanze cautelari, esso è fissato in sessanta giorni dalla notificazione dell'ordinanza, ovvero, in mancanza di notifica, in centoventi giorni dalla comunicazione del deposito dell'ordinanza in cancelleria (art. 28, comma III, l. 1034/1971). L'art. 25, comma V l. 241/1990, ancora, prevede che la decisione dei tribunali amministrativi regionali in materia di accesso agli atti è appellabile nel termine di trenta giorni dalla notifica della stessa.

Con la L. 21 luglio 2000, n. 205, inoltre, sono state introdotte una serie di ipotesi in cui il ricorso in appello deve essere proposto nel termine abbreviato di trenta giorni. Tale termine abbreviato si applica alle decisioni sul silenzio (in caso di mancata notifica, il termine per ricorrere è fissato in novanta giorni dalla comunicazione della pubblicazione *ex art. 21-bis* L.Tar), a quelle rese nelle materie elencate all'art. 23-*bis*, comma I L.Tar (in caso di mancata notifica della sentenza, il termine è entro centoventi giorni dalla pubblicazione della stessa, *ex art. 23-bis*, comma VII L.Tar.), nonché alle opposizioni ai decreti dichiarativi dell'estinzione del giudizio, della rinuncia al ricorso, della cessazione della materia del contendere, della perenzione, per le quali l'art. 26, ult. co. L.Tar. prevede che il giudizio di appello debba svolgersi secondo le regole ordinarie, ridotti alla metà tutti i termini processuali.

In relazione alle materie di cui all'art. 23 *bis* l. Tar deve, inoltre, evidenziarsi come tale norma riconosca alla parte che abbia interesse ad ottenere la sospensione dell'esecuzione della sentenza la facoltà di proporre appello entro trenta giorni dalla pubblicazione del dispositivo, con riserva di proporre i motivi entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza ed entro centoventi giorni dalla comunicazione della pubblicazione della sentenza (Cons. di Stato, sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2823).

Giurisprudenza. In materia di decorrenza del termine per ricorrere in appello contro la sentenza dei Tar, il legislatore si è dato carico di dettare una disposizione *ad hoc*, mutuandone il principio dal sistema delle impugnazioni civili e statuendo che il termine di sessanta giorni decorre dalla ricevuta notificazione della decisione di primo grado; pertanto, non è applicabile al giudizio *de quo* la disposizione di cui all'art. 36 t.u. 26 giugno 1924 n. 1054, che, in alternativa alla notificazione della decisione amministrativa, prevede, ai fini del decorso del termine per l'impugnativa, la data della piena conoscenza (Cons. di Stato, Sez. VI, 16 giugno 1997, n. 905.).

Nel caso in cui la sentenza di primo grado non sia stata notificata, l'appello può essere proposto entro e non oltre il termine lungo diviso dall'art. 327 c.p.c., non potendo trovare applicazione l'art. 36, 1° comma, t.u. cons. st., che fa decorrere il termine per la notificazione dell'impugnazione, alternativamente dalla notificazione della decisione amministrativa ovvero dalla data in cui risulti che l'interessato ne ha avuto piena conoscenza; tale disposizione, che in origine disciplinava le modalità di proposizione del ricorso al Consiglio di Stato quale giudice di unico grado, è superata da quella sancita dall'art. 28, 2° comma, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 che fa riferimento espresso alla sola notificazione della sentenza di primo grado ed implicito, secondo l'unanime giurisprudenza, al decorso del termine lungo in base al richiamato art. 327 c.p.c. (Cons. di Stato, sez. IV, 11 dicembre 2001, n. 6192.)

La proposizione dell'appello avverso il dispositivo della sentenza costituisce non già un onere, ma una mera facoltà correlata esclusivamente alla richiesta di una misura cautelare, come si deduce dal tenore del 7° comma dell'art. 23 *bis* l. 6 dicembre 1971 n. 1034, dovendosi ritenere la parte soccombente libera di scegliere se proporre appello, con riserva dei motivi, contro il dispositivo, oppure se proporre direttamente l'ordinario appello contro la sentenza (Cons. di Stato, sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2823.).

I destinatari della notifica. Quanto ai destinatari della notifica, a differenza del ricorso di primo grado, il quale deve essere notificato tanto all'organo che ha emesso l'atto quanto ai controinteressati cui l'atto direttamente si riferisce, o almeno ad alcuno di essi (art. 21, comma I, l. 1034/1971), il ricorso in appello al Consiglio di Stato può essere notificato anche ad una sola delle parti necessarie del giudizio di primo grado, salva la successiva integrazione del contraddittorio in favore delle altre parti necessarie (Cons. di Stato, sez. V, 3 agosto 2004, n. 5430). Ciò in quanto, con la pronuncia resa dal Tar, le parti del giudizio di primo grado si trovano coinvolte in una causa inscindibile, in relazione alla quale trova applicazione non già l'art. 21, comma I, l. 1034/1971 ma l'art. 331 c.p.c., il quale prevede che: "Se la sentenza pronunciata tra più parti in causa inscindibile o in cause tra loro dipendenti non è stata impugnata nei confronti di tutte, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio fissando il termine nel quale la notificazione deve essere fatta e, se è necessario, l'udienza di comparizione.

Al riguardo va, tuttavia, evidenziato come in giurisprudenza sia stata assunta la posizione per cui allorquando il ricorso in appello venga proposto dall'amministrazione ovvero da un controinteressato in primo grado non è necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei propri cointeressati, una volta decorsi i termini per proporre autonomo gravame, in quanto essi non possono integrare il *thema decidendum*, sicché la notifica in loro favore si tradurrebbe in una mera *litis denuntiatio* suscettibile di dar luogo ad un differimento della soluzione della controversia (Cons. di Stato, sez. IV, 16 maggio 2006, n. 2776; Cons. di Stato, Ad. Plen., 24 marzo 2004, n. 7).

L'appello deve essere notificato alle parti private ed alle amministrazioni non difese dalla Avvocatura dello Stato, presso la residenza dichiarata o il domicilio eletto in occasione della notifica della sentenza impugnabile; in mancanza, si notifica al presso il difensore costituito o nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto in primo grado (art. 330 c.p.c.). Per le amministrazioni difese dall'Avvocatura dello Stato, la notifica va effettuata presso la sede dell'Avvocatura nel cui distretto ha sede l'ufficio giudiziario dinanzi al quale è portato l'appello.

Giurisprudenza. Nel caso in cui in primo grado il ricorrente sia risultato vincitore ed uno dei soccombenti, sia esso l'amministrazione o uno dei controinteressati, proponga appello, gli altri soccombenti non sono parti necessarie del giudizio d'appello, in quanto essi non possono integrare il *thema decidendum* una volta decorsi i termini per proporre autonomo gravame; pertanto, quando l'amministrazione ha impugnato la sentenza che ha annullato un proprio atto, non è necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei controinteressati soccombenti in primo grado (anch'essi legittimati a proporre l'appello), atteso che la notifica avrebbe il mero significato di *litis denuntiatio*, sicché il giudice d'appello non deve disporre l'integrazione del contraddittorio, che comporterebbe solo un differimento della soluzione della lite (Cons. di Stato, sez. IV, 16 maggio 2006, n. 2776).

Il deposito. L'appellante è tenuto, a pena di decadenza, a depositare il ricorso in appello, unitamente alla decisione impugnata, alla prova delle avvenute notifiche e dei documenti su cui si fonda, entro il termine di trenta giorni dall'ultima notifica (art. 36 T.U. Cons. di Stato). Il deposito della sentenza, tuttavia, può avvenire fino alla remissione della causa in decisione; decorso inutilmente tale termine l'appello è dichiarato improcedibile.

Il deposito del ricorso importa la costituzione in giudizio dell'appellante.

La costituzione delle parti diverse dall'appellante può avvenire all'udienza di discussione ma in una simile evenienza è poi ammessa la sola difesa orale. Se l'appellato intende difendersi con memorie scritte è tenuto a costituirsi e a depositare entro dieci giorni liberi dall'udienza.

Regimi processuali particolari. In ordine al regime processuale dell'appello è necessario evidenziare che, per i ricorsi aventi ad oggetto le materie di cui all'art. 23 l. Tar (Cons. di Stato, Ad. Plen., 31 maggio 2002, n. 5), si applichi il comma II dell'art. 23 *bis* l. Tar., a mente del quale, fatta eccezione per la proposizione del ricorso, tutti i termini processuali per le materie in esse elencate sono ridotti della metà. Conseguentemente, si ritiene, ad esempio, che il termine per il deposito del ricorso sia di quindici giorni e non già di trenta dalla notificazione (Cons. di Stato, sez. V, 15 febbraio 2002, n. 919).

Quanto ai termini processuali da applicare ai giudizi sull'accesso, secondo l'opinione che appare prevalere in giurisprudenza (Cons. di Stato, sez. V, 29 marzo 2004, n. 1666), stante il silenzio del legislatore si applicano le regole generali del processo di appello innanzi al Consiglio di Stato, fatta eccezione ovviamente per il termine per proporre ricorso, fissato, come s'è visto, in trenta giorni dalla notifica della sentenza (25, comma V l. 241/1990).

Per quanto concerne i ricorsi avverso le ordinanze di cui all'art. 26, ult. comma l. Tar è stabilito che il giudizio di appello si svolga secondo le regole ordinarie, ridotti alla metà tutti i termini processuali.

Regole particolare vigono anche per i giudizi elettorali (D.P.R. 16 maggio 1960, n. 570).

Giurisprudenza. La ratio acceleratrice del giudizio di secondo grado, sottesa all'art. 23 *bis*, 7° comma, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, così come modificato dall'art. 4 l. 21 luglio 2000 n. 205, induce a ritenere che anche il termine per il deposito del ricorso debba considerarsi dimezzato, atteso che quest'ultimo rientra nella fase processuale di proposizione del ricorso (Cons. di Stato, sez. V, 15 febbraio 2002, n. 919).

Quanto al dimezzamento dei termini processuali, previsto dall'art. 23 bis l. 6 dicembre 1971 n. 1034, per i giudizi amministrativi aventi ad oggetto particolari tipologie di controversie, per Cons. di Stato, sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2823, opera anche nei confronti dei termini previsti per il deposito del ricorso innanzi al Tar e per il deposito dell'appello innanzi al consiglio di stato (in Sicilia, innanzi al CGA).

Per Cons. di Stato, sez. V, 29 marzo 2004, n. 1666, quella di cui all'art. 25, 5° comma, l. n. 241/1990 è una disciplina di carattere speciale che non attiene al «dimidiamento» in genere dei termini processuali, ma pone precisi termini riguardanti, specificamente, quello per la proposizione del ricorso di primo grado e quello per la proposizione d'appello, senza incidere sugli altri termini processuali (quali, ad esempio, quello per il deposito del ricorso, dell'atto di appello e dell'atto di appello incidentale); in quanto norma di carattere speciale, volta a disciplinare, nell'ambito della peculiare disciplina dell'accesso amministrativo, i soli termini di accelerazione processuale ora detti (oltre quello previsto per l'adozione della decisione in camera di consiglio), la stessa è da ritenersi sopravvissuta all'entrata in vigore della più generale disciplina di cui alla l. n. 205/2000 che, per l'effetto, non ha inciso sui termini stessi (nel caso di specie viene dichiarato irricevibile l'appello notificato ben oltre il termine decadenziale di trenta giorni dalla notifica della decisione di primo grado, dovendosi respingere la tesi in base alla quale la riforma complessiva del processo amministrativo - introdotta dalla l. n. 205/2000 - avrebbe determinato una riformulazione dei casi nei quali i termini processuali sono dimezzati, avendo previsto ed elencato puntualmente i relativi casi, sostituendo le disposizioni in precedenza sparse nell'ordinamento).

L'attività istruttoria. Come in precedenza già rilevato, in giurisprudenza (Cons. di Stato, sez. IV, 2 giugno 1999, n. 963) tende a prevalere l'opinione secondo la quale l'art. 345, comma III c.p.c. trovi applicazione anche nel giudizio amministrativo di secondo grado, con la conseguenza per cui anche in questa sede deve ritenersi operante il divieto generale di nuove prove in appello, salvo che il collegio non ritenga i nuovi mezzi di prova indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile.

Anche nel giudizio di appello, al pari del giudizio di primo grado, possono sorgere incidenti, taluni dei quali sono suscettibili di portare alla sospensione del giudizio. Tali questioni si pongono in termini analoghi a quelli del giudizio di primo grado, nella trattazione del quale esse sono già state esaminate ed alla quale, pertanto, si rinvia.

Per ciò che concerne l'incidente cautelare, esso è risolto con decisione autonoma, in ragione dell'autonoma appellabilità dell'ordinanza che decide sulle misure cautelari.

Incidente proprio del grado di appello è, poi, quello della sospensione della sentenza appellata. Al riguardo, l'art. 33 L. Tar prevede che il ricorso in appello al Consiglio di Stato non abbia effetti sospensivi automatici e che, tuttavia, il Consiglio di Stato su istanza di parte, qualora dall'esecuzione della sentenza possa derivare un danno grave e irreparabile, può disporre, con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio, che la esecuzione sia sospesa.

Per esplicita previsione dell'art. 29, ult. co. L.Tar, in appello, trovano applicazione le

norme sulla interruzione e riassunzione del processo.

Dopo la fase introduttiva, il processo di appello prosegue secondo le regole del procedimento di primo grado.

La decisione è pronunciata, a seguito di pubblica udienza, in camera di consiglio. Ai sensi dell'art. 26 l. 1034/1971 anche in grado d'appello sono ammesse sentenze in forma semplificata.

5.- La decisione del giudizio di appello.

A differenza della decisione di rigetto, quella di accoglimento dell'appello può dar luogo a diversi tipi di pronunzie (art. 34 e 35 L.Tar).

La sentenza di annullamento, infatti, può essere con rinvio o senza. Nel primo caso il giudice d'appello, rilevato che è erroneamente mancato in primo grado un giudizio sul merito della controversia ovvero che tale giudizio è viziato da *errores in procedendo*, non trattiene la controversia per la decisione ma la rimette al giudice di primo grado; nel secondo caso annulla la decisione di primo grado nell'esercizio di una funzione meramente cassatoria, nell'assunto che non ci poteva o non ci può più essere una decisione sulla lite.

Ai sensi dell'art. 34 L. Tar il giudice annulla senza rinvio le sentenze del Tribunale allorquando rileva il difetto di giurisdizione, il difetto di competenza, la nullità del ricorso introduttivo, l'esistenza di cause impeditive o estintive del giudizio, quali la sopravvenuta carenza di interesse all'impugnativa, la cessazione della materia del contendere, la rinuncia al ricorso e la rinuncia ad avvalersi della sentenza di primo grado (Cons. di Stato, sez. IV, 8 aprile 2004, n. 1988; Cons. di Stato, sez. IV, 1 aprile 1980, n. 324; Cons. di Stato, sez. IV, 8 aprile 2004, n. 1986; Cons. di Stato, sez. IV, 2 maggio 1995, n. 294). Al riguardo, qualche incertezza interpretativa si è avuta in ordine all'annullamento senza rinvio per difetto di competenza, posto che ai sensi dell'art. 31 l. Tar l'incompetenza per territorio non costituisce motivo di impugnazione della decisione emessa dal giudice di primo grado. Allo stato, si ritiene che la disposizione vada applicata alle ipotesi di competenza inderogabile (Cons. di Stato, sez. VI, 10 giugno 1977, n. 588).

L'art. 34, comma II L.Tar prevede, poi, che in caso di errore scusabile il Consiglio di Stato può rimettere in termini il ricorrente per proporre l'impugnativa al giudice competente, che deve essere indicato nella sentenza del Consiglio di Stato, o per rinnovare la notificazione del ricorso (Cons. di Stato, sez. Ad. Plen. 18 marzo 2004, n. 5; Cons. di Stato, sez. V, 21 giugno 2005, n. 3268; Cons. di Stato, sez. Ad. Plen. 14 febbraio 2001, n. 2).

Ai sensi dell'art. 35 L.Tar, si ha annullamento con rinvio nel caso in cui il Consiglio di Stato accoglie il ricorso per difetto di procedura (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 15 febbraio 1999, n. 27) o per vizio di forma della decisione di primo grado. A tali ipotesi, il comma secondo del medesimo articolo aggiunge il caso di accoglimento dell'appello avverso la sentenza con la quale il tribunale amministrativo regionale abbia dichiarato la propria incompetenza. Ai sensi del terzo comma dell'articolo in esame, in ogni altro caso, il Consiglio di Stato decide sulla controversia.

Si discute se il Consiglio di Stato possa disporre l'annullamento con rinvio anche nel caso in cui il Tar abbia erroneamente dichiarato il proprio difetto di giurisdizione. In giurisprudenza prevale l'opinione favorevole che applica a tale ipotesi l'art. 35, comma II L. Tar (Cons. di Stato, sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3608; Cons. di Stato, Ad. plen., 8 novembre 1996, n. 39; Cons. di Stato, sez. VI, 7 giugno 2001, n. 388).

Per quanto concerne i vizi di forma e di procedura di cui parla l'art. 35 comma I L.Tar si rileva come, a fronte della oggettiva difficoltà di definirne l'esatto contenuto, sia prevalso l'orientamento per cui si deve trattare di vizi tali da far ritenere che l'attività di giudizio non sia stata giuridicamente svolta (ad esempio: difetto del contraddittorio, difetto di giurisdizione, dichiarazione di perenzione, vizio di costituzione del collegio); per tutti gli altri vizi, che pure hanno impedito la decisione di merito, ma per i quali non può dirsi che è come se non si fosse avuto il giudizio (ad esempio: inammissibilità, improcedibilità), è il giudice di appello a dover decidere la controversia.

L'art. 35 L. Tar stabilisce che, disposto il rinvio, il giudizio riprende dinanzi al Tar con pubblica udienza fissata d'ufficio entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione della sentenza con la quale è stato deciso il rinvio. Alle parti è riconosciuta la facoltà di depositare atti e documenti fino a tre giorni prima dell'udienza.

Giurisprudenza. La carenza di interesse all'impugnativa, sopravvenuta in grado di appello determina l'improcedibilità del ricorso originario e se si verifica in appello, determina l'estinzione del giudizio e l'annullamento senza rinvio della sentenza appellata (Cons. di Stato, sez. IV, 8 aprile 2004, n. 1988).

Cessa la materia del contendere, in relazione all'art. 23 comma ultimo, L. 6 dicembre 1971 n. 1034, ogniqualvolta sopravvengano provvedimenti che, senza essere propriamente soddisfattivi della specifica pretesa dedotta in giudizio, modifichino la situazione di diritto e di fatto – in senso favorevole o no – in guisa tale da togliere al ricorrente interesse alla rimozione dell'atto impugnato, essendo irrilevante che la causa di improcedibilità si sia verificata dopo la proposizione dell'appello e, comunque, dopo la definizione del processo di primo grado, con conseguente annullamento senza rinvio della decisione impugnata; Cons. di Stato, sez. IV, 1 aprile 1980, n. 324.

La rituale rinuncia al giudizio di primo grado determina l'improcedibilità del ricorso originario e, se effettuata in appello, determina l'estinzione del giudizio e l'annullamento senza rinvio della sentenza appellata (Cons. di Stato, sez. IV, 8 aprile 2004, n. 1986.).

Per Cons. di Stato, sez. IV, 2 maggio 1995, n. 294, la rinuncia ad avvalersi degli effetti della sentenza di primo grado impugnata, prestata in sede transattivi, comporta ai sensi dell'art. 24 comma I L. 6 dicembre 1971 n. 1034, l'annullamento senza rinvio della sentenza appellata e l'improcedibilità per carenza sopravvenuta di interesse degli appelli.

La L. 6 dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei Tar, sebbene regoli espressamente soltanto la competenza territoriale, considera anche altri tipi di incompetenza nell'art. 34, e fra questi deve comprendersi la competenza funzionale per accessorietà prevista dagli art. 31 e 40 c.p.c.; pertanto, quando sia impegnata dinanzi al Tribunale amministrativo del Lazio (e in quella sede sospesa) una circolare ministeriale, deve essere portata dinanzi allo stesso tribunale la controversia relativa al provvedimento applicativo di quella circolare adottato da un ente locale e deve essere annullata senza rinvio la decisione del tribunale amministrativo regionale che abbia giudicato sulla detta controversia violando quel principio (Cons. di Stato, sez. VI, 10 giugno 1977, n. 588.).

Nella locuzione di "difetto di procedura" (fenomeno che comporta ai sensi dell'art. 35 L. 6 dicembre 1971 n. 1034 l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al Tar) vanno ricompresi quegli errori procedurali che abbiano impedito al giudice di I grado di conoscere il merito della causa, perché evidenti ragioni di funzionalità e razionalità del sistema giudiziario militano nel senso che la cognizione della causa non venga concentrata nel giudice di vertice (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 15 febbraio 1999, n. 27).

Per Cons. di Stato, sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3608, l'erronea declinatoria di giurisdizione da parte del Tar, rilevata in appello, comporta l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al primo giudice perché si pronunci nel merito.

7.- Le altre impugnazioni: il ricorso per cassazione.

L'art. 48 del T. U. Cons. Stato prevede che: "Le decisioni pronunziate in sede giurisdizionale possono, agli effetti della L. 31 marzo 1877, n. 3761, essere impugate con ricorso per cassazione. Tale ricorso tuttavia è proponibile soltanto per assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato". La previsione della possibilità di ricorrere in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione è riconosciuta anche dall'art. 36 L. Tar, che riproduce il contenuto dell'art. 111 Cost..

Secondo la giurisprudenza, le norme richiamate riservano alla Corte di Cassazione un potere di accertamento dell'esistenza della giurisdizione ovvero dell'intervenuto sconfinamento da parte del Consiglio di Stato dei limiti esterni della propria giurisdizione, mentre deve escludersi che tale sindacato possa aversi sui limiti interni (Corte di Cass., Sez. Un., 26 luglio 2002, n. 11099; Corte di Cass., Sez. Un., 5 giugno 1998, n. 522).

In concreto, i motivi inerenti alla giurisdizione che legittimano l'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato dinanzi alla Corte di Cassazione si possono individuare nei seguenti casi: - eccesso di potere giurisdizionale, che ricorre quando il Consiglio di

Stato esorbita dalle proprie competenze, invadendo quelle del potere legislativo e degli altri poteri dello Stato (Corte di Cass., Sez. Un., 19 luglio 2000, n. 507). Nell'eccesso di potere giurisdizionale rientra, sebbene non manchino opinioni discordanti, anche l'esercizio della giurisdizione di merito in casi non consentiti dalle norme (Corte di Cass., Sez. Un., 22 settembre 1997, n. 9344); - difetto relativo di giurisdizione del giudice amministrativo per essere la stessa attribuita al giudice ordinario o ad un giudice speciale. La figura ricorre sia nel caso in cui il Consiglio di Stato declini la propria giurisdizione, sia in quello in cui si appropri di quella di un altro ordine di giudici.

Al difetto di giurisdizione, la giurisprudenza riconduce anche le figure dell'irregolare composizione del collegio (riscontrabile quando il collegio abbia operato con un numero di componenti, maggiore o minore di quello legale, oppure quando di esso abbiano fatto parte persone non abilitate, Corte di Cass., Sez. Un., 29 luglio 2005, n. 15920) e del difetto assoluto di giurisdizione che ricorre quando il giudice si sia pronunciato su di una questione per la cui tutela non è prevista la possibilità di agire in giudizio, in quanto la posizione non è protetta dall'ordinamento in sede giurisdizionale.

Il processo relativo al ricorso per cassazione in esame si svolge secondo le regole fissate dal codice di procedura civile (artt. 325 e ss, 365 e ss. c.p.c.) e si conclude con sentenza emessa dalla Corte di Cassazione a sezioni unite.

In caso di sentenza di accoglimento, la Corte accerta il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato cassa la sentenza senza rinvio; nel caso in cui la Corte riscontri che il Consiglio di Stato ha erroneamente declinato la propria giurisdizione, emette una sentenza nella quale dispone che il giudizio venga riassunto dinanzi al giudice amministrativo.

Giurisprudenza. Il controllo di legittimità riservato alla corte di cassazione sulle pronunce giurisdizionali del Consiglio di Stato è limitato all'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione da parte del massimo organo di giustizia amministrativa, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni di tale giurisdizione; conseguentemente, la censura attinente all'interpretazione, da parte del Consiglio di Stato, della formazione di un giudicato interno sulla giurisdizione per omessa impugnazione della questione decisa dal Tar, concernendo la correttezza dell'esercizio del potere giurisdizionale del Consiglio di Stato, e non anche i suoi limiti esterni, non è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite della corte di cassazione; Corte di Cass., Sez. Un., 26 luglio 2002, n. 11099.

In presenza di norme implicanti l'applicazione di regole tecniche o facenti comunque rinvio a concetti indeterminati, è consentito al giudice amministrativo di legittimità sia l'accertamento autonomo dei fatti e la loro diretta sussunzione entro lo schema normativo, sia l'interpretazione di quei concetti, sempreché un tal sindacato sia strettamente funzionale alla verifica di legittimità dell'atto impugnato; mentre l'usurpazione del potere della p.a. è addebitabile a quel giudice solo quando, esulando dai limiti del giudizio di legittimità, egli compia direttamente e con

efficacia vincolante ed immediata accertamenti riservati all'amministrazione attiva, proceda cioè ad una diretta valutazione della corrispondenza dell'atto impugnato all'interesse pubblico in termini d'opportunità o di convenienza (fattispecie relativa al consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia); Corte di Cass., Sez. Un., 19 luglio 2000, n. 507.

Le decisioni del Consiglio di Stato possono essere cassate o per motivi inerenti alla esistenza stessa della giurisdizione, ovvero quando il giudice amministrativo ne oltrepassa, in concreto, i limiti esterni, realizzandosi la prima ipotesi qualora il consiglio di stato eserciti la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa (oppure, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale), la seconda ipotesi verificandosi, invece qualora l'organo di giustizia amministrativa giudichi su materie attribuite alla giurisdizione ordinaria o ad altra e diversa giurisdizione speciale (oppure neghi la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri), ovvero quando, per materia attribuita alla propria giurisdizione, compia un sindacato di merito pur essendo la propria cognizione rigorosamente limitata alla indagine di legittimità degli atti amministrativi; Corte di Cass., Sez. Un., 22 settembre 1997, n. 9344.

7.1.- Segue: Le altre impugnazioni: la revocazione.

Nell'ambito del processo amministrativo, la disciplina della revocazione è contenuta negli artt. 28, comma I e 36 L.Tar e nell'art. 46 del T.U. Cons. di Stato.

In particolare, la norma da ultimo citata prevede che il rimedio della revocazione è ammesso avverso le decisioni del Consiglio di Stato nei casi disciplinati dal codice di procedura civile (artt. 395 e 396 c.p.c.); l'art. 36, tuttavia, prevede che contro le decisioni pronunciate dal Consiglio la revocazione è possibile nell'ipotesi di cui all'art. 396 c.p.c.; l'art. 28, infine, ammette il rimedio contro le sentenze dei Tar nei modi e nei termini di cui agli artt. 395 e 396 c.p.c..

Secondo l'art. 395 c.p.c., possono essere impugnate per revocazione le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado: 1) se sono l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra (Cons. di Stato, sez. IV, 28 dicembre 1994, n. 1906); 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza (Cons. di Stato, sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4355); 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario (Cons. di Stato, sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3013); 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare (Cons. di Stato, Ad. Plen., 11 giugno 2001, n.

3; Cons. di Stato, sez. IV, 7 maggio 2002, n. 2446; Cons. di Stato, sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 398). La giurisprudenza, inoltre, esclude che l'errore di diritto, rappresentato dall'erronea interpretazione ed applicazione delle norme vigenti, possa costituire l'oggetto di un giudizio di revocazione, è considerata inammissibile il ricorso presentato ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c. con il quale si denuncia tale tipo di vizio (Cons. di Stato sez. V, 11 gennaio 2002, n. 128); 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purchè non abbia pronunciato sulla relativa eccezione (Cons. di Stato sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5518); 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato.

L'art. 396 c.p.c. prevede che l'azione di revocazione possa essere esperita anche in caso di sentenze per le quali sia scaduto il termine di appello, nei casi dei numeri 1, 2, 3 e 6 dell'articolo 395 c.p.c., purchè la scoperta del dolo o della falsità o il recupero dei documenti o la pronuncia della sentenza di cui al numero 6 siano avvenuti dopo la scadenza del termine suddetto.

La revocazione, come è reso palese dalle norme richiamate, è un rimedio finalizzato ad ottenere la rimozione di una sentenza da parte dello stesso giudice che l'ha pronunciata, per vizi principalmente di fatto, tali per cui la decisione non può dirsi rispondente ad una volontà correttamente formata dallo stesso organo decidente. Si tratta di un rimedio tipicamente eliminatorio, caratterizzato da una componente rescindente, volta ad accertare i vizi della sentenza onde ottenerne l'annullamento e da una componente rescissoria, tendente ad ottenere la riedizione dell'attività di giudizio.

Ciò premesso in termini generali, giova evidenziare come la dottrina e la giurisprudenza si siano dovute confrontare con il problema interpretativo, dato dalla discrasia esistente tra le prescrizioni degli artt. 46 del T.U. Cons. di Stato e dell'art. 36 L. Tar, per cui, mentre il primo prevede che avverso le sentenze del Consiglio di Stato siano esperibili sia la revocazione ordinaria (art. 395 c.p.c.) che quella straordinaria (art. 396 c.p.c.), il secondo si limita a richiamare il solo art. 396 c.p.c.. Al riguardo, la giurisprudenza (Cons. di Stato, sez. V, 28 aprile 2004, n. 2583; Cons. di Stato, Ad. plen., 30 luglio 1980, n. 36; Cons. di Stato, sez. IV, 9 novembre 1987, n. 656) ha offerto la soluzione per cui l'art. 36 L. Tar deve considerarsi come non scritto, per modo che la disciplina della revocazione delle sentenze del Consiglio di Stato, rese in grado di appello o in unico grado, deve ritenersi rinvenibile nel solo art. 46 T.U. Cons. di Stato, il quale riconosce, come evidenziato, la possibilità di avvalersi sia della revocazione ordinaria che di quella straordinaria.

Per quanto concerne l'operatività dell'istituto in relazione alle decisioni dei Tar, si è visto che l'art. 28 L. Tar rinvia tanto all'art. 395 c.p.c. che all'art. 396 c.p.c.. In dottrina ed in giurisprudenza, tuttavia, fortemente dibattuta è la possibilità di veder applicato l'art. 395 c.p.c. in relazione alle sentenze del giudice amministrativo di primo grado, atteso che, per espressa previsione in esso contenuta, la revocazione ordinaria si applica alle sole sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado. Al riguardo si

confrontano le posizioni di quanti sostengono che le sentenze dei Tar sarebbero soggette alla sola revocazione straordinaria e quella, viceversa, che evidenzia come l'art. 28 L. Tar sia espressione della inconfutabile volontà normativa di rendere utilizzabile il rimedio dell'art. 395 c.p.c. avverso le sentenze amministrative di primo grado e, conseguentemente, di fare della revocazione ordinaria uno strumento concorrente con l'appello. Seguendo quest'ultima opinione, fino a quando il termine per appellare non sia decorso, il ricorrente avrebbe la facoltà di decidere se ricorrere alla revocazione ordinaria oppure all'appello (Cons. di Stato, sez. IV, 23 settembre 2004, n. 6237; Cons. di Stato, sez. V, 5 giugno 1991, n. 885). Una volta decorso tale termine, il rimedio della revocazione è ritenuto attivabile nei soli casi previsti dall'art. 396 c.p.c..

Per quanto attiene ai soggetti legittimati ad impugnare, essi vengono ritenuti coincidenti con quelli cui è riconosciuta la facoltà di appellare.

In relazione ai termini per impugnare, la giurisprudenza dopo alcune indecisioni fondate sugli artt. 395 e 325 c.p.c., che fissano in trenta giorni il termine per proporre ricorso, ha stabilito che il rimedio della revocazione deve essere armonizzato con il regime processuale amministrativo ed ha, così, riconosciuto che il ricorso per revocazione deve essere proposto entro sessanta giorni (e non entro solo trenta giorni) dalla notificazione della decisione del Consiglio di Stato, ovvero in caso di mancata notificazione, entro un anno dalla pubblicazione.

In tema di revocazione straordinaria, il termine di sessanta giorni per ricorrere inizia a decorrere dalla scoperta del dolo, di una delle parti o del giudice, della falsità delle prove o del recupero del documento (Cons. di Stato, Ad. Plen., 1996, n. 3).

Per quanto concerne l'attività di giudizio svolta in sede di revocazione, il giudice, in caso di accertamento della fondatezza del ricorso (fase rescindente), decide la controversia nel merito (fase rescissoria). Nel ricorso introduttivo, pertanto, deve essere formulata domanda sia di rescissione che di rinnovazione del giudizio sulla lite.

Giurisprudenza. Al fine della configurabilità del caso di revocazione *ex art. 395 n. 1 c.p.c.* e precisamente del comportamento doloso di una delle parti nei confronti dell'altra, non sono sufficienti il semplice mendacio, la falsa allegazione di una situazione processuale o di una circostanza non vera, i comuni espedienti difensivi o anche la violazione dei doveri di lealtà e probità di cui all'art. 86 c.p.c., ma è necessario un comportamento processuale fraudolentemente preordinato a paralizzare, con artifizii e raggiri, la difesa avversaria e a trarre in inganno il giudice al fine di impedirgli di conoscere la verità; Cons. di Stato, sez. IV, 28 dicembre 1994, n. 1906.

L'art. 395 c.p.c. indicando quale presupposto dell'istanza di revocazione che si sia giudicato su prove «dichiarate false», postula che tale dichiarazione sia avvenuta con sentenza passata in giudicato anteriormente alla proposizione del rimedio della revocazione, con la conseguenza che è inammissibile l'istanza di revocazione basata sulla falsità di prove da accertare in quello stesso giudizio, Cons. di Stato, sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4355.

Contro le decisioni pronunciate dal consiglio di stato, è ammissibile la revocazione per tutti i motivi di cui all'art. 395 c.p.c., in quanto il riferimento ai casi, termini ed alle modalità di cui all'art. 396 c.p.c., operato dall'art. 36 l. Tar, è effetto non della volontà del legislatore, ma di una palese svista, essendo del tutto irragionevole limitare i motivi di revocazione a quelli della revocazione straordinaria, mentre già il regolamento di procedura del consiglio di stato prevedeva anche la revocazione ordinaria; Cons. di Stato, sez. V, 28 aprile 2004, n. 2583.

Il motivo che giustifica la domanda di revocazione in base all'art. 395 n. 3 c.p.c., non consiste nella sola impossibilità di produrre documenti decisivi, bensì nell'impossibilità di produrli, per l'ignorata esistenza di essi fino alla spedizione della causa in decisione, che non sia dovuta a difetto di diligenza dell'interessato. L'errore di fatto di cui all'art. 395 n. 4 c.p.c., è un errore di percezione, cioè dei sensi del giudice, risultante dagli atti o documenti della causa, ovvero circostanze comunque non conoscibili, neppure con uno sforzo massimo di diligenza, da parte del giudice e non un errore di giudizio; pertanto non è configurabile un errore di percezione rispetto ad atti o documenti non prodotti e, conseguentemente, è inammissibile la produzione di nuovi documenti al fine di dimostrare l'errore di fatto; Cons. di Stato, sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3013.

È inammissibile il ricorso per revocazione per errore di fatto, qualora si censuri il mancato esame, da parte del giudice che ha emesso la pronuncia revocanda, di un allegato a una relazione istruttoria, in quanto tale fattispecie può solo integrare l'ipotesi di *error in iudicando*, non previsto dall'art. 395 c.p.c. quale motivo di ricorso per revocazione; Cons. di Stato, Ad. Plen., 11 giugno 2001, n. 3.

È inammissibile il ricorso per revocazione che sia rivolto a censurare la sentenza impugnata per errore di diritto; infatti la revocazione è legata al mancato apprezzamento da parte del giudice di una circostanza di fatto esistente e rilevante ai fini della decisione e provata in atti, di rilevanza immediata e determinante, nel senso che la decisione sarebbe stata diversa se il giudice non fosse incorso in quella falsa rappresentazione della realtà, e non su errori di diritto che non possono essere presi in esame, non essendo l'istituto della revocazione un ulteriore grado di giudizio di merito, che ha termine con la sentenza di secondo grado; Cons. di Stato sez. V, 11 gennaio 2002, n. 128.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 395 n. 5, c.p.c., perché una sentenza possa considerarsi contraria ad un precedente giudicato, occorre che tra i due giudizi esista identità di soggetti ed oggetto, tale che tra le due vicende si verifichi un'ontologica e strutturale concordanza degli elementi sui quali deve essere espresso il secondo giudizio rispetto agli elementi distintivi della decisione emessa per prima; pertanto, la revocazione della sentenza per contrasto con altro precedente avente tra le parti autorità di cosa giudicata, ai sensi dell'art. 395 n. 5, c.p.c., è ammissibile qualora le sentenze in contrasto abbiano lo stesso oggetto, non avente carattere meramente processuale, indipendentemente dal diverso contenuto delle pronunce con riferimento ad atti diversi, sempre che il giudice successivamente adito non abbia pronunciato sull'eccezione di giudicato; Cons. di Stato sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5518.

È ammissibile il ricorso per revocazione proposto entro sessanta giorni (e non entro solo trenta giorni) dalla notificazione della decisione del consiglio di stato (o del consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana), Cons. di Stato, ad. plen., 9 maggio 1996, n. 3.

L'errore di fatto contenuto nella sentenza idoneo a legittimare il ricorso per revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c., deve rispondere a tre distinti requisiti, consistenti: a) nel derivare esso da una pura e semplice errata od omessa percezione del contenuto meramente materiale degli atti del giudizio, la quale abbia indotto l'organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto di fatto; b) nell'attenere ad un punto non controverso e sul quale la decisione non abbia espressamente pronunciato; c) infine, nell'essere stato elemento determinante della decisione adottata, risultando inammissibile, sotto tale angolazione, il ricorso in revocazione con il quale si tende ad investire un momento tipicamente valutativo della decisione impugnata, Cons. di Stato, sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 398.

7.2.- Segue: Le altre impugnazioni: l'opposizione di terzo.

Gli artt. 404 e ss. c.p.c. disciplinano la figura della opposizione di terzo "ordinaria" (così definita per distinguerla dalla opposizione di terzo straordinaria disciplinata dal successivo comma II). Si tratta di un mezzo straordinario di impugnazione, in quanto ammesso anche avverso le sentenze passate in giudicato, con il quale "un terzo può fare opposizione contro una sentenza passata in giudicato o comunque esecutiva, pronunciata tra altre persone quando pregiudica i suoi diritti" (art. 404, comma I c.p.c.).

Tale rimedio, fondato sulla presa d'atto che, nonostante la previsione dell'art. 2909 c.c., è possibile che un soggetto, che non abbia preso parte ad un giudizio concluso, possa subire gli effetti della sentenza, è rimasto per lungo tempo estraneo al sistema

processuale amministrativo in ragione dell'assenza di una esplicita previsione che ne ammettesse l'esperibilità.

Ciò è accaduto nonostante nel processo amministrativo l'esigenza del rimedio si manifesti in maniera addirittura più pressante che nell'ordinamento processualciviltistico, a causa della connaturale attitudine del potere ad incidere su di una molteplicità di soggetti. In ragione di ciò non di rado accade, non solo che un controinteressato possa restare pretermesso, ma anche che la sentenza possa, nella fase di esecuzione, incidere sulla posizione di soggetti che non avevano titolo a partecipare al giudizio.

Il problema può dirsi oggi risolto dall'intervento della Corte Costituzionale (sentenza 17 maggio 1995, n. 177) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 28 e 36 L. 1034/1971, per contrarietà agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevedono il rimedio dell'opposizione di terzo avverso le sentenze del Tar passate in giudicato e del Consiglio di Stato, ancorché ancora impugnabili con ricorso in cassazione.

La giurisprudenza successiva all'intervento dei giudici costituzionali ha, poi, ulteriormente esteso l'ambito di applicazione della figura, riconoscendo la possibilità che il rimedio venga utilizzato, secondo la previsione dell'art. 404 c.p.c., anche avverso le sentenze esecutive non ancora passate in giudicato (Cons. di Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4229; Cons. di Stato, sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6848). Riconoscendo al giudizio d'ottemperanza natura cognitoria, la giurisprudenza ha, altresì, ammesso il rimedio dell'opposizione anche avverso le decisioni che definiscono tale giudizio (Cons. di Stato, sez. IV, 3 aprile 2001, n. 1999; Cons. di Stato, sez. IV, 20 maggio 1996, n. 665).

L'opposizione di terzo si pone così quale strumento di impugnazione concorrente con l'appello ed la revocazione. Ciò produce problemi di coordinamento per i quali si prospettano soluzioni diverse. Secondo un primo orientamento, i termini per proporre opposizione ed il relativo procedimento, applicando l'art. 295 c.p.c., dovrebbero essere sospesi fino all'intervento della sentenza che pronuncia sull'altra impugnazione. Altri ritengono che ogni giudizio debba seguire il proprio corso ma in caso di accoglimento dell'opposizione si ritiene che l'altra impugnazione cada; ugualmente in caso di preventivo accoglimento di quest'ultima a cadere dovrebbe essere l'opposizione. Nel caso in cui l'opposizione di terzo e l'altra impugnazione pendano dinanzi ad uno stesso giudice, si paventa, infine, la possibilità che le cause, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., vengano riunite.

In linea generale (art. 405 c.p.c.), l'opposizione deve essere proposta dinanzi al giudice che ha emanato la decisione e, tuttavia, è stato sostenuto che, ai sensi degli artt. 28 e 30 L. Tar, l'opposizione, in caso di sentenza ancora appellabile, vada proposta al Consiglio di Stato, che sarebbe competente a conoscere di tutte le impugnazioni avverso le decisioni dei Tar.

I soggetti legittimati. Per quanto concerne l'individuazione dei soggetti legittimati ad

esperire il rimedio, si rileva come la richiamata sentenza della Corte ha previsto che sono legittimati ad agire in opposizione di terzo le parti necessarie pretermesse nonché i titolari di posizioni giuridiche sostanziali autonome ed incompatibili con la sentenza impugnata.

La giurisprudenza intende i concetti di autonomia ed incompatibilità nel senso per cui l'interesse di chi ricorre non deve dipendere dalla posizione di una delle parti in giudizio e deve concretarsi in una pretesa qualificata ad un bene della vita, incompatibile con l'assetto di interessi individuato dalla sentenza impugnata. Alla luce di simili presupposti si ritiene che il rimedio possa essere attivato anche dai controinteressati sostanziali e da quelli sopravvenuti (sebbene la stessa giurisprudenza tenda ad escludere che si tratti di parti necessarie. Cons. di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 208; Cons. di Stato, sez. IV, 17 ottobre 2000, n. 5514; Cons. di Stato, sez. V, 13 maggio 2002, n. 2581).

Il termine per ricorrere. Quanto ai tempi entro i quali deve essere proposto il ricorso in opposizione, si rileva che il giudizio civile non prescrive alcun termine, e, pertanto, è necessario tenere conto dei soli termini di prescrizione del diritto che si assume lesa, dell'estinzione per non uso o dell'usucapione.

Tale soluzione, stante l'assenza di disciplina, è stata estesa anche al processo amministrativo nelle materie di giurisdizione esclusiva; nell'ambito della generale giurisdizione di legittimità, viceversa, il rimedio è stato adattato alle peculiarità proprie di questo tipo di giudizio e, pertanto, il ricorso è considerato esperibile nel termine di decadenza di sessanta giorni decorrenti dalla data in cui l'opponente ha avuto conoscenza della sentenza che assume lesiva dei suoi interessi (Cons. di Stato, sez. IV, 4 agosto 1998, n. 1128; Cons. giust. amm. Sic., 14 ottobre 1999, n. 556).

Ai sensi dell'art. 407 c.p.c. si ammette la possibilità che il giudice dell'opposizione, su istanza di parte, disponga misure cautelari.

L'art. 408 c.p.c., infine, prevede che il giudice, se dichiara inammissibile o improcedibile la domanda o la rigetta per infondatezza dei motivi, condanna l'opponente al pagamento di una pena pecuniaria.

Giurisprudenza. È ammissibile l'opposizione di terzo nei confronti della sentenza del giudice amministrativo di appello che abbia pronunciato su controversia per la quale, nella duplice fase del giudizio, non sia stato instaurato il contraddittorio nei confronti di tutti i soggetti necessariamente coinvolti dalla decisione sul provvedimento impugnato, in quanto lesi dalla sentenza stessa, della quale deve disporsi l'annullamento con rinvio al giudice di primo grado per l'integrazione del contraddittorio già in quella sede, Cons. di Stato, sez. VI, 20 aprile 2000, n. 2459.

Per Cons. di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 208, l'opposizione di terzo ordinaria (ex art. 404, 1° comma, c.p.c.) è prevista per tutelare il litisconsorte necessario pretermesso ovvero il titolare di una situazione soggettiva autonoma ed incompatibile con quella accertata dalla sen-

tenza; il pregiudizio dei diritti del terzo, che legittima la proposizione da parte di questo dell'opposizione ordinaria di terzo, deve derivare dalla efficacia diretta del giudicato, e non da quella riflessa indiretta, perché dipendente dai rapporti di derivazione dei diritti stessi che possono legare il terzo ad una delle parti in causa.

L'esistenza di rapporti giuridici tra una parte del giudizio e il ricorrente in opposizione di terzo consente che quest'ultimo possa proporre, quale avente causa o creditore di una parte, l'opposizione di terzo revocatoria prevista dall'art. 404, 2° comma, c.p.c., e non l'opposizione di terzo ordinaria che è preclusa a coloro la cui situazione giuridica sia collegata da un rapporto di dipendenza o di derivazione con quella di altri soggetti parti in causa; una diversa interpretazione condurrebbe alla irragionevole conclusione che qualunque creditore di una parte del giudizio possa proporre l'opposizione di terzo ordinaria, in chiaro contrasto con le previsioni dell'art. 404 c.p.c.

L'opposizione di terzo è rimedio apprestato dall'ordinamento ai soggetti titolari di diritti autonomi incompatibili con la situazione giuridica risultante dalla sentenza pronunciata tra altre parti (Cons. di Stato, sez. IV, 17 ottobre 2000, n. 5514.).

Per effetto della pronuncia additiva di cui alla sentenza Corte cost. n. 177 del 7 maggio 1995, è senz'altro legittimata a proporre opposizione di terzo l'impresa divenuta aggiudicataria di una gara d'appalto, che risulti essere pregiudicata da una sentenza comportante - in ordine al medesimo appalto - il riesame della posizione di un'impresa originariamente esclusa (che diviene, come conseguenza della stessa sentenza, riammessa in gara); Cons. di Stato, sez. V, 13 maggio 2002, n. 2581.

Per effetto della pronuncia additiva di cui alla sentenza corte cost. n. 177 del 7 maggio 1995, è senz'altro legittimata a proporre opposizione di terzo l'impresa divenuta aggiudicataria di una gara d'appalto, che risulti essere pregiudicata da una sentenza comportante - in ordine al medesimo appalto - il riesame della posizione di un'impresa originariamente esclusa (che diviene, come conseguenza della stessa sentenza, riammessa in gara); Cons. di Stato, sez. IV, 3 aprile 2001, n. 1999.