

# Sull'appello al Consiglio di Stato in punto di giurisdizione da parte di colui che l'ha adita, tra Costituzione, Codice del processo amministrativo e orientamenti giurisprudenziali: un inquadramento sistematico

di Jacopo Vavalli

SOMMARIO: 1. Il diritto giurisprudenziale e la questione di giurisdizione. – 2. La questione di giurisdizione nel processo amministrativo di primo grado: natura e sua collocazione nell'*ordo quaestionum*. – 3. I limiti oggettivi e soggettivi alla proposizione del difetto di giurisdizione nel giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato, tra soccombenza e giudicato. – 4. Il Consiglio di Stato torna a discutere il caso dell'appello in ordine alla giurisdizione da parte di colui che l'ha adita (con ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria n. 2013 del 9 marzo 2021). – 5. Osservazioni conclusive.

## 1. *Il diritto giurisprudenziale e la questione di giurisdizione*

Secondo un autorevole Autore, il Novecento giuridico è un secolo “*posmoderno*”<sup>1</sup>, emblema del cedimento della primazia della legge e della gerarchia delle fonti<sup>2</sup> dinanzi all'incedere del *diritto giurisprudenziale*<sup>3</sup> e del *creazionismo* dei giudici<sup>4</sup>. La nuova centralità dei principi nell'ambito dell'ordinamento giuridico<sup>5</sup>, come è

<sup>1</sup> Così testualmente, P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo posmoderno*, ora in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.

<sup>2</sup> Sulla tendenza cui si fa cenno nel testo vi è un ampio dibattito dottrinale, per cui si può rinviare agli ulteriori lavori di P. GROSSI, *Società diritto Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 53; Id., *Sulla odierna fattualità del diritto*, ora in Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; Id., *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2016, 4, 1135 ss.; Id., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2017, 3, 831 ss.; nonché ai contributi di A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 367 ss.; N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 409 ss.; E. RESTA, U. MATTEI, A. DI ROBILANT, P.G. MONATERI, *Il postmoderno nel diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 79 ss. Per una critica a tale tendenza si rimanda alla dottrina citata alla nota n. 8.

<sup>3</sup> Cfr. P. GROSSI, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2020, 1, 1 ss., ove si sostiene che “*Il 'diritto giurisprudenziale' è oggi, accanto all'opera legislativa dello Stato e delle regioni, una sorta di provvida valvola che permette un più congruo respiro al diritto positivo italiano*”, e che “*‘Giurisprudenziale’ significa sostanzialmente un diritto elaborato da coloro che sanno di diritto, dai giuristi, che posseggono il tesoro di tecniche collaudate da esperienze almeno bimillennarie*” (10).

<sup>4</sup> Cfr. P. GROSSI, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, cit., in cui viene rappresentato che “*oggi che abbiamo providamente riscoperto il diritto come invenzione, se v'è qualcosa che dobbiamo temere è quella gerarchia delle fonti in cui abbiamo tanto creduto e che avvertiamo ormai come un ingabbiamento soffocante*” (11). Sul tema cfr. il recente lavoro monografico di P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

<sup>5</sup> Il tema dei principi, calato all'interno del processo amministrativo, impone una riflessione

stato osservato, conduce il giurista a contribuire alla formazione della regola, con una conseguente ‘transizione’ da uno *jus positum* a uno *jus in fieri*<sup>6</sup>.

Il *pos*moderno entra allora in un inevitabile conflitto con il ‘moderno’<sup>7</sup>, difeso da chi ritiene imprescindibile lo stato di diritto, calibrato sul ruolo della politica (rappresentativa) e sull’assoggettamento dei pubblici poteri al diritto stesso<sup>8</sup>.

I contrasti appena accennati rientrano in un dibattito complesso e articolato, sul quale non è questa la sede per indugiare oltre, al netto della presa d’atto che il *creazionismo giurisprudenziale* sia un dato della realtà presente, derivante dall’opera dei giudici protesa a coniare il così detto “diritto vivente”<sup>9</sup>.

---

specifica. È stato infatti osservato da un autorevole Autore come “*il ruolo del Consiglio di Stato sia stato determinato, almeno originariamente, dalle carenze della normativa, o, meglio, da quelle che oggi a noi, abituati a un diritto ancorato al dato positivo, sembrano tali (in realtà le origini del diritto amministrativo si collocano in un’epoca in cui era convinzione comune che la legge rappresentasse soltanto una componente – e non la più importante – del diritto)*”, e come l’elemento “*essenziale*” e “*irrinunciabile*” del disegno che caratterizza la giustiziativa amministrativa sia “*l’esclusione di ogni condizionamento superiore nell’interpretazione della legge. La limitazione del ricorso alla Cassazione per motivi di giurisdizione, sancita dall’art. 111 Cost., è dunque il fondamento, e non un semplice corollario, del sistema. Se cadesse, cadrebbe l’intero modello*”: cfr. A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato tra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 2, 508 e 512. Resta il fatto, ad ogni modo, che il tema dei limiti alla interpretazione della legge non può che porsi anche con riferimento al giudice amministrativo, a *fortiori* dopo l’avvento del Codice del processo amministrativo.

<sup>6</sup> “*Il che naturalmente incide sullo stesso modo di intendere l’ordinamento nel suo complesso, che è costretto a liberarsi dal modello illuministico articolato intorno al principio della divisione dei poteri, proprio perché l’autorità del diritto, con tutta la sua forza direttiva e cogente, pur nella peculiarità del momento storico, si sposta dall’esterno all’interno della comunità dei giuristi*”: cfr. N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2016, 4, 1162-1163. Sugli stessi temi cfr. N. LIPARI, *Giudice legislatore* (Nota a Cass. 25 gennaio 2017, n. 1946), in *Foro it.*, 2017, I, 492-493; *Id.*, *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, n. 6, 1427 ss.

<sup>7</sup> “*Queste diverse concezioni possono essere a loro volta declinate in tutta una serie di antitesi che ne fotografano aspetti peculiari: monopolio della legge statale nella produzione del diritto/pluralismo delle fonti; generalità e astrattezza del comando legislativo/cangianti particolarità del caso; potere esclusivo del legislatore nella costruzione del diritto/compartecipazione dell’interprete-creatore; principio binario (tutto-niente, inclusione-esclusione, vero-falso, torto-ragione, fatto-diritto, legittimo-illegittimo)/principio di graduazione (dal meno al più adeguato, dal meno al più opportuno) e di appartenenza parziale (parzialmente incluso, parzialmente escluso), così da giungere a una conclusione che rappresenti il punto di massima realizzazione di tutti i principi in gioco; diritto costruito solo per regole (le fattispecie normative)/diritto costruito soprattutto per principi; diritto completo a priori nel momento della sua fissazione da parte della legge/diritto che si completa e si attua nel suo farsi concreto; matematica del sillogismo/flessibile logica del bilanciamento; valore esclusivo delle forme/attenzione sostanziale per i valori*”: cfr. R. E. KOSTORIS, *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2017, 9-10. Per una rassegna ampia ed esaustiva dei fattori di cambiamento del diritto amministrativo, si veda M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e postmodernità*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, cit., 199 ss.

<sup>8</sup> Cfr. in questo senso: M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, 177 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015 (in particolare il capitolo secondo, 87-123); L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, n. 4/2016, 23 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso*, Napoli, 2018.

<sup>9</sup> Tra le tante rappresentazioni concrete di tale espressione, cfr. di recente: Cons. Stato, Ad.

Anche il tema della giurisdizione, con particolare riferimento ai tempi e ai modi della deducibilità del suo difettare in primo grado e in appello, non si sottrae alla tendenza generale cui si è accennato. In sintesi si può ricordare come in principio vi fosse il giudice naturale precostituito per legge<sup>10</sup>, senza temperamenti di sorta<sup>11</sup>. Garanzia, questa, che è stata ritenuta dalla giurisprudenza costituzionale corollario del più generale principio di uguaglianza tra i cittadini, tale da assicurare tanto la certezza che a giudicare non sarà un giudice creato a posteriori rispetto al fatto sottoposto alla sua attenzione<sup>12</sup> quanto l'indipendenza e l'imparzialità di ciascun giudice rispetto al *casus decidus*, in ottemperanza all'art. 111, commi 1 e 2, della Costituzione.

Il giudice naturale precostituito per legge è quello, da un lato, competente a decidere e, dall'altro, munito di giurisdizione<sup>13</sup>. La rilevanza del principio costituzionale del corretto esercizio della *potestas iudicandi* da parte di un dato ordine giurisdizionale<sup>14</sup> ha trovato precisi riferimenti in sede legislativa sia all'interno dell'art. 37 del Codice di procedura civile, in cui viene stabilita la rilevabilità in ogni stato e grado, anche d'ufficio<sup>15</sup>, del difetto di giurisdizione del giudice

---

plen., 20 gennaio 2020, n. 3, secondo cui il "diritto vivente" scaturisce dal quadro normativo e dall'orientamento giurisprudenziale di riferimento.

<sup>10</sup> Alla luce di quanto disposto dall'art. 25, comma 1, della Costituzione.

<sup>11</sup> Principio da riferirsi all'Ufficio giudiziario competente e non alla persona fisica del singolo giudice (componente del collegio giudicante) investito della controversia: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2020, n. 2139.

<sup>12</sup> Cfr. in questo senso Corte Cost., 7 luglio 1962, n. 88 (e precisamente il punto n. 4 del "Considerato in diritto").

<sup>13</sup> È quanto ha avuto modo di ribadire la giurisprudenza di legittimità, secondo cui la garanzia del giudice naturale precostituito per legge "pertiene non soltanto alla "competenza in senso stretto" – come invece non infrequentemente si mostra di ritenere (pure nell'ordinanza di rimessione) – ma anche, e ancor prima, alla "giurisdizione" (o "competenza giurisdizionale") a conoscere una determinata controversia" (cfr. Cass., sez. un. civ., 5 gennaio 2016, n. 29).

<sup>14</sup> Secondo la giurisprudenza di legittimità, "l'attribuzione della potestas iudicandi a diversi ordini giurisdizionali di magistrati e della potestas decidendi ai diversi magistrati appartenenti ad un medesimo ordine è infatti, come si vedrà in dettaglio, tema squisitamente costituzionale, concernendo la stessa configurazione del potere giudiziario delineata dalla Costituzione ("La Magistratura", di cui al Titolo 4 della Parte seconda, intitolata "Ordinamento della Repubblica") in rapporto sia con gli altri poteri dello Stato (rapporto relativamente al quale rileva il principio della "riserva di giurisdizione" che, "non enunciato esplicitamente da una singola norma costituzionale, ma chiaramente desumibile in via sistematica da tutto il Titolo 4 della Parte 2 della Costituzione .... consiste nella esclusiva competenza dei giudici – ordinari e speciali – a definire con una pronuncia secondo diritto le controversie, che coinvolgano diritti soggettivi o interessi legittimi, loro sottoposte secondo le modalità previste dall'ordinamento per l'accesso alle diverse giurisdizioni": così la Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2013, n. 12.5. del Considerato in diritto), sia con tutti coloro che "accedono alla giustizia" (cfr. Cass., sez. un. civ., 5 gennaio 2016, n. 30).

<sup>15</sup> Principio ritenuto applicabile all'interno del processo amministrativo, prima dell'entrata in vigore del Codice destinato a disciplinarlo (e, in particolare, del relativo art. 9), benché andasse "coordinato con il sistema delle impugnazioni, operando esso ogni qualvolta non esista una precedente statuizione espressa, mentre se questa sia stata emessa, i giudici delle successive fasi possono conoscere della questione soltanto se

ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali, sia in seno al previgente art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, anch'essa contenente la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione<sup>16</sup>.

Da tempo, però, è in corso un processo di riconsiderazione del perimetro della garanzia in questione, da ascrivere innanzitutto all'opera creativa della giurisprudenza di legittimità. La Corte Suprema di Cassazione, con il noto "trittico"<sup>17</sup> di pronunce del 2008<sup>18</sup>, ha avuto modo di esaminare il contenuto dell'art. 25, comma 1, della Costituzione mediante la lente del principio della ragionevole durata del processo<sup>19</sup>, arrivando a porre precisi limiti alla rilevabilità del difetto di giurisdizione sia di carattere temporale (sino a quando la causa non sia decisa nel merito in primo grado) sia derivanti dal giudicato, anche implicito, eventualmente sceso sulla questione<sup>20</sup>.

---

*essa sia stata impugnata, essendo tenuti, in caso contrario, ad applicare l'art. 329, 2° comma, c.p.c.*": cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554, con nota di A. TRAVI, in *Foro it.*, 2005, III, 642; nello stesso senso Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 544).

<sup>16</sup> Senz'altro ad opera del TAR e, per la giurisprudenza prevalente, ad opera del Consiglio di Stato nel solo caso in cui lo stesso TAR avesse statuito in forma implicita sul punto, giacché in caso di decisione espressa tale potere non sarebbe stato esercitabile, occorrendo la formulazione di apposito gravame per poter esaminare la questione: cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 30 agosto 2005, n. 4; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 550; Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2006, n. 4639; Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1059; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1055. Cfr. inoltre Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049, con nota di R. URSI, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 7, 741 ss.

<sup>17</sup> L'espressione è ripresa da un lavoro di C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 3, 834.

<sup>18</sup> Cfr. Cass., sez. un. civ., 8 ottobre 2008, n. 24833; Cass., sez. un. civ., 30 ottobre 2008, n. 26019; Cass., sez. un. civ., 18 dicembre 2008, n. 29523.

<sup>19</sup> Al riguardo, è stato a più riprese espresso dalla Corte Costituzionale il principio secondo cui "l'esigenza di garantire la maggiore celerità possibile dei processi deve tendere ad una durata degli stessi che sia, appunto, "ragionevole" in considerazione anche delle altre tutele costituzionali in materia, in relazione al diritto delle parti di agire e di difendersi in giudizio garantito dall'art. 24 cost.": cfr., così, Corte cost. (ord.), 9 febbraio 2001, n. 32. Cfr., inoltre, Corte cost., 21 marzo 2002, n. 78; Corte cost. (ord.), 25 ottobre 2000, n. 439; Corte cost., 25 ottobre 2000, n. 440. La ragionevole durata del processo ha trovato una sua dimensione normativa all'interno del Codice del processo amministrativo, il cui art. 2 stabilisce in particolare che "Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione [comma 1]. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo" [comma 2]. Per un commento a tale norma, cfr. F. MERUSI, *Sul giusto processo amministrativo*, in E. CA TELANI, A. FIORITTO, A. MASSERA (a cura di), *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2011.

<sup>20</sup> Le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione sono state commentate da numerosi Autori, per la gran parte in termini critici, tra cui si segnalano: G. BASILICO, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 263 ss.; R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 380 ss.; F. CARPI, *Osservazioni sulle sentenze «additive» delle sezioni unite della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 587 ss.; A. CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"*, in *Giur. it.*, 2009, 1464 ss.; C. CONSOLO, *Travagli «costituzionalmente orientati» delle*

I principi enucleati dalla Cassazione sono stati, nella sostanza, versati nel Codice del processo amministrativo, all'interno dell'art. 9. Così che quest'oggi, in tale processo, la questione di giurisdizione può essere rilevata d'ufficio sino al primo grado ovvero dedotta in appello dalla parte mediante un motivo proposto avverso il capo che ha statuito in modo implicito o esplicito sulla giurisdizione<sup>21</sup>.

Ecco, allora, che la giurisprudenza si fa creatrice (fonte), ragionando utilitaristicamente<sup>22</sup>. Da tale creazione prorompe il 'diritto vivente' (giurisprudenziale), fu normativo. Che torna a 'farsi legge' all'esito di un percorso di *inventio* volto ad adattare la norma al fatto<sup>23</sup>.

---

*Sezioni Unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito), ibidem, 2009, 1141 ss.; V. COLESANTI, Giurisprudenza «creativa» in tema di difetto di giurisdizione, in Riv. dir. proc., 2009, 1125 ss.; F. CUOMO ULLOA, Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?, in Corr. giur., 2009, 3, 386 ss.; G. MONTELEONE, Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo: una confusa pagina di anomalie processuali, in Riv. dir. proc., 2010, 271 ss.; M. PACILLI, Note in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, 595; G.G. POLI, Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c., in Foro it., 2009, I, 810 ss.; E.F. RICCI, Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame, in Riv. dir. proc., 2009, 1085 ss.; R. VACCARELLA, Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii, in Ginn. it., 2009, 412.*

<sup>21</sup> Su tale articolo si sono appuntate diverse critiche, tra cui quella di C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione*, cit., 835, secondo cui la disciplina derivante dai principi espressi dalla Cassazione non avrebbe potuto "essere unilateralmente introdotta per il solo giudizio amministrativo, senza che nulla muti per il processo civile (ed invero a questa solitaria introduzione il legislatore delegato non era certo autorizzato). Ed infatti non v'è chi non veda la imprevedibile disparità di trattamento ed i gravissimi problemi di coordinamento che deriverebbero dal mantenere in vita parallelamente l'art. 9 del Codice del processo amministrativo e l'art. 37 c.p.c., i quali disciplinerebbero così troppo diversamente (posto che le Sezioni Unite suggeriscono – e praticano, per ora – l'esigenza di un mutamento, ma non sono valse da sole a produrlo) la medesima «situazione processuale» a seconda del plesso giurisdizionale adito in prima battuta (quello della riassunzione vede, pur se di primo grado, già limitato il suo potere addirittura nella prima udienza e convogliato verso il regolamento d'ufficio – art. 59 – oppure verso l'elevazione del conflitto – art. 11; ovvia è quindi la preclusione nei momenti e ancor più nei gradi successivi)".

<sup>22</sup> L'utilizzo di un simile avverbio nel contesto sopra descritto è ispirato dal saggio di A. PANZAROLA, *Jeremy Bentham e la «proportionate justice»*, in Riv. dir. proc., 2016, 6, 1469 ss. In uno dei tanti passaggi interessanti di tale lavoro, l'Autore rappresenta che "per opera della giurisprudenza «utilitaristica» della Cassazione, la rivoluzione si realizza nei fatti in assenza di una scelta legislativa che l'abbia autorizzata (almeno nei termini nei quali si è manifestata). In Italia, la recente tendenza «utilitaristica» della Cassazione va di pari passo con la «relativizzazione della tutela apprestata dalle regole di rito», che vanno smarrendo la loro vincolatività" (1483).

<sup>23</sup> Cfr. P. GROSSI, *La invenzione del diritto ...*, cit., in cui viene rilevato che "Entro il progetto moderno (e la sua conseguente visione del diritto) il giudice doveva adattare il fatto alla norma (una norma pensata come premessa maggiore di un procedimento sillogistico, cioè — ripetiamolo — squisitamente logico-deduttivo). Oggi, in questo nostro tempo giuridico pos-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina. E la sua ricerca si concretizza, appunto, in una invenzione, che è un procedimento contrario a quello sillogistico perché in essa non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le sue capacità di logico, ma soprattutto qualità di intuizione percezione comprensione, tutte segnate sul piano assiologico" (841-842). In senso critico, non si può fare a

Il principio del giudice naturale precostituito per legge incontra, allora, i limiti delle preclusioni processuali e del giudicato. L'incedere del processo, nel gioco tra le parti<sup>24</sup>, pone su un piano di assoluto rilievo il *non* detto in ordine al riconoscimento della *potestas iudicandi*, che per essere necessariamente pregiudiziale si fa nemesi in quanto regolatore dei tempi del processo, determinando soccombenza e anelando a divenire cosa giudicata in assenza di gravame sul punto.

## 2. *La questione di giurisdizione nel processo amministrativo di primo grado: natura e sua collocazione nell'ordo quaestionum*

Il tema della tassonomia della modalità di esercizio della *potestas iudicandi* è tanto vasto quanto complesso<sup>25</sup>. La disciplina positiva non basta a dirimerlo. Se si volge lo sguardo a quanto stabilito dall'art. 76, comma 4, del Codice del processo amministrativo, v'è un rinvio al contenuto dell'art. 276, comma 2, del Codice di procedura civile, che sembra graduare la decisione antepoendo la risoluzione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito<sup>26</sup>.

Restringendo il punto di osservazione, la questione di giurisdizione trova

---

meno di citare R. VILLATA, *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 4-5, 1093 ss., secondo cui "da un simile quadro sembra lecito dissentire, senza timore di accuse di passatismo e incapacità di cogliere il nuovo e, peggio di tutto, di giuspositivismo" atteso che "La normatività della giurisprudenza è una normatività debole per la semplice ma determinante ragione che il precedente non vincola il giudice successivo" (1116, 1117 e 1118).

<sup>24</sup> Per una disamina del tema del processo come gioco, si rinvia, senza pretesa di completezza, ai lavori di: P. CALAMANDREI, *Il processo come gioco*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 537 ss.; F. CARNELUTTI, *Gioco e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 105 ss.; S. VALZANIA, *La partita di diritto. Considerazioni sull'elemento ludico del processo*, in *Jus*, 1978, 207 ss.; F. MACIOCE, *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005, 12 ss.; B. CAVALLONE, *Il processo come gioco*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 6, 1548 ss.

<sup>25</sup> Per dirla con le parole del massimo organo di giustizia amministrativa, "La tassonomia delle modalità di esercizio della potestas iudicandi da parte del giudice amministrativo è una tematica di particolare vastità, delicatezza e complessità dal punto di vista diacronico, sistematico e per le interazioni con il valore costituzionale ed internazionale del «giusto processo»": cfr., Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5.

<sup>26</sup> Su tale ultima norma, con riferimento al processo civile, è stato osservato che "con riferimento all'esistenza di un presunto obbligo del giudice di decidere prima le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e dopo il merito, non si può non rilevare che di esso non v'è traccia nell'art. 276 c.p.c. E non v'è traccia proprio perché – come da tempo rilevato – a differenza dei modelli processuali del passato «il nostro diritto positivo ripugna dalla partizione del processo in fasi a successione rigida, separate dalla barriera della preclusione; in particolare, ignora il distacco della trattazione dei requisiti processuali dalla trattazione del merito»: cfr. A. CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione ...*, cit., 1469, con i rimandi dell'Autore a E.T. LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 539 (con riferimento al fatto che l'art. 276 del c.p.c. non pone alcun obbligo di seguire un dato ordine nel decidere) e a E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, 249 (con riferimento alla parte virgolettata).

una sua differente collocazione all'interno del *thema decidendum* a seconda che sia individuata tra i presupposti processuali o tra le condizioni dell'azione<sup>27</sup>.

Mentre la seconda linea ermeneutica è da ricondurre in particolar modo alla dottrina più risalente, che considerava la giurisdizione una questione di merito<sup>28</sup>, la prima sembra ormai dominante in giurisprudenza, amministrativa e di legittimità<sup>29</sup>. Quest'ultima fonda le proprie decisioni, da diversi anni a questa parte, sulla nota teoria del "doppio oggetto del giudizio", patrocinata da autorevole dottrina<sup>30</sup>, secondo cui in ogni processo sono individuabili un oggetto processuale, concernente la sussistenza del potere-dovere del giudice di decidere il merito della causa, e uno sostanziale relativo all'accertamento della fondatezza della domanda proposta. Teoria che costituisce il retroterra concettuale per conferire individualità e autonomia alla questione di giurisdizione, che si

<sup>27</sup> Cfr., per tutti, V. ANDRIOLI, *In tema di ordine nell'esame delle deduzioni nel processo civile*, in *Foro it.*, 1934, I, 78.

<sup>28</sup> Cfr., per tutti, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, quinta rist. inalterata della seconda, I, Napoli, 1953, 60.

<sup>29</sup> Anche in virtù della riforma intervenuta con la legge 18 giugno 2009, n. 69, che all'art. 59 disciplina i termini della decisione della questione di giurisdizione e della conseguente eventuale *translatio iudicii*: al riguardo, si rimanda all'ampia ricostruzione effettuata nel lavoro di A. SQUAZZONI, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, Milano, 2013. In ordine all'orientamento della giurisprudenza amministrativa, cfr., oltre a Cons. Stato, Ad. plen. n. 5/2015, cit., anche la pronuncia di Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, che stabilisce di accertare dapprima la "ricorrenza dei presupposti processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, ius postulandi, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione (tale fondamentale canone processuale è stato ribadito dall'Adunanza plenaria 3 giugno 2011, n. 10)". La giurisprudenza di legittimità, rispetto all'ordine di trattazione della questioni di giurisdizione e di competenza, sembra essersi adeguata alla giurisprudenza amministrativa, atteso che ha di recente formulato il principio di diritto secondo cui "La pregiudizialità della questione di giurisdizione rispetto alla questione di competenza – in quanto fondata sulle norme costituzionali relative al diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24, comma 1), alla garanzia del giudice naturale preconstituito per legge (art. 25, comma 1), ai principi del "giusto processo" (art. 111, commi 1 e 2), alla attribuzione della giurisdizione a giudici ordinari, amministrativi e speciali ed al suo riparto tra questi secondo criteri predeterminati (art. 102, commi 1 e 2, art. 103, art. 6 disp. trans. e fin.) – può essere derogata soltanto in forza di norme o principi della Costituzione o espressivi di interessi o di valori di rilievo costituzionale, come, ad esempio, nei casi di mancanza delle condizioni minime di legalità costituzionale nell'instaurazione del "giusto processo", oppure della formazione del giudicato, esplicito o implicito, sulla giurisdizione": così Cass, sez. un. civ., n. 29/2016, cit.; nello stesso senso: Cass, sez. un. civ., n. 30/2016, cit. Tali sentenze sono state commentate da diversi Autori, tra cui si richiamano: C. GLENDI, *Viene prima la competenza o la giurisdizione? Ovumne prius exciderit an gallina?*, *Dir. prat. trib.*, 2016, 6, 2259; G.G. POLI, *La pregiudizialità della giurisdizione sulla competenza, tra ordine delle questioni e rilievo d'ufficio*, in *Foro it.*, I, col. 3228 ss.; ID., *Il resistibile primato della giurisdizione sulla competenza al vaglio delle sezioni unite: ordine delle questioni, giudicato sulla giurisdizione e rilievo d'ufficio*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 3, 769 ss.; A. RONCO, *Sul rilievo del difetto di giurisdizione nell'ambito del regolamento di competenza*, in *Giur. it.*, 2016, 1383.

<sup>30</sup> Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, I, 164, 225 e 231. Teoria "di derivazione tedesca": cfr. G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 968. Cfr. sul tema anche A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo, La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958 (in particolare 124 e 255).

affranca dal merito e assurge a “capo” di sentenza, suscettibile di passare in giudicato<sup>31</sup>.

Il giudicato sulla questione di giurisdizione potrebbe formarsi anche implicitamente nel momento stesso in cui il giudice decide il merito della causa, affermando (silenziosamente) la sussistenza della propria giurisdizione, antecedente logico e condizionante la trattazione del giudizio, in assenza di tempestiva impugnazione sul punto<sup>32</sup>. Il Codice del processo amministrativo attribuisce alla questione di giurisdizione il sostantivo “capo”<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> In senso critico si pongono i rilievi di A. CARRATTA, *Rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione ...*, cit., secondo cui “*si dovrebbe escludere che la soluzione esplicita della questione di giurisdizione possa formare oggetto di autonomo “capo” o “parte” di sentenza e sia, di conseguenza, idonea a passare in giudicato «poiché qui non vi è neppure alcun capo decisivo al cui riguardo possa davvero attagliarsi l’art. 329, comma 1» [Sul punto richiama E.T. LIEBMAN, «Parte» o «capo» di sentenza, in *Rin. dir. proc.*, 1964, 54]. Con la conseguenza di ritenere che, mentre l’indiscutibilità della questione di rito certamente si genera allorché passi in giudicato una decisione di merito, in quanto l’attribuzione del «bene della vita» che tale pronuncia fa non è scalfibile con la contestazione di alcuno dei presupposti processuali, la sola impugnazione della decisione sul merito senza l’impugnazione anche del profilo attinente alla giurisdizione, espressamente o implicitamente considerato dal giudice di primo grado, non possa comportare alcun effetto di incontrovertibilità su quest’ultimo (e possa, quindi, ancora essere rilevato d’ufficio dal giudice d’appello)” (1466-1467).*

<sup>32</sup> Al riguardo cfr. il “trittico” di pronunce delle sezioni unite n. 24833/2008; n. 26019/2008 e n. 29523/2008 (citate all’interno della nota 18). Secondo una recente sentenza della stessa Cassazione, l’argomento precipuo che nega diritto di cittadinanza alla teoria del giudicato implicito è che “*Nel caso in cui il vizio di nullità acceda come mero “presupposto logico” all’ingresso dell’esame e della decisione di una questione di merito (domanda od eccezione che sia), la statuizione della sentenza che decide sulla questione di merito, senza occuparsi del predetto vizio processuale (non exceptio né rilevato ex officio), non comporta – in difetto di specifica impugnazione volta a far valere il vizio presupposto – la cristallizzazione della invalidità/decadenza attraverso il “giudicato implicito interno”: con la conseguenza che non è dato ravvisare limiti alla denunciabilità/rilevanza officiosa del vizio “in ogni stato e grado” del processo e quindi anche, per la prima volta, nel giudizio di legittimità (salvo soltanto il giudicato ex art.324 c.p.c., e art. 2909 c.c., eventualmente formatosi sulla questione di merito dipendente)” (così, Cass., sez. III civ., 10 marzo 2021, n. 6762). In senso contrario alla teoria del giudicato implicito, nella dottrina processualciviltistica, cfr. per tutti E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, cit., mentre per quella amministrativistica cfr. A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 1295.*

<sup>33</sup> All’art. 9 del Codice del processo amministrativo, che, come accennato, ha recepito sul ‘punto’ il ragionamento articolato nel “trittico” delle sentenze della Cassazione più volte citato. La stessa giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di esaminare, in giudizi aventi ad oggetto questioni diverse dalla giurisdizione, il concetto di capo autonomo di sentenza nel senso che “*costituisce capo autonomo della sentenza, come tale suscettibile di formare oggetto di giudicato, anche interno, quello che risolve una questione controversa, avente una propria individualità ed autonomia, sì da integrare astrattamente una decisione del tutto indipendente; la suddetta autonomia non solo manca nelle mere argomentazioni, ma anche quando si verta in tema di un presupposto necessario di fatto che, unitamente ad altri, concorra a formare un capo unico della decisione (Cass., 16 gennaio 2006, n. 726; Cass., 7 marzo 1995, n. 2621). Avuto riguardo ai complessivi aspetti della vicenda in esame, il decorso del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità costituisce una mera premessa logica della statuizione relativa alla decorrenza del termine prescrizione dell’azione risarcitoria, ragion per cui, essendo stata detta statuizione specificamente appellata dal L.R., non poteva formarsi il giudicato su detta premessa, non configurabile, di certo, come un capo completamente, autonomo della decisione (Cass., 23 febbraio*



Nel processo amministrativo, allora, il dubbio sulla giurisdizione accede, in sede di prime cure, anche senza essere stato invocato. Si fa questione<sup>34</sup>. Diventa infine capo di sentenza. In sede di appello, la giurisdizione (implicitamente o esplicitamente) decisa nel giudizio *a quo* non appare più esaminabile *ex officio*<sup>35</sup>, che sia o meno coperta da giudicato, mentre potrebbe essere posta in discussione dalle parti, giudicato permettendo.

Così che si rende necessario stabilire: *i*) ancor prima, se esistono limiti o preclusioni in merito alla possibilità di dedurre la questione di giurisdizione all'interno del giudizio di primo grado e se tale (eventuale) deducibilità sia consentita anche a colui che ha scelto il giudice amministrativo in sede di ricorso introduttivo; *ii*) quale parte possa, e in base a quali presupposti, formulare in sede di appello un motivo avente ad oggetto la questione di giurisdizione implicitamente o esplicitamente decisa dinanzi al Tribunale amministrativo regionale in primo grado.

In ordine al primo 'punto', appare innanzitutto indubitabile che l'esame della giurisdizione implichi una questione di rito, atteso che la sua risoluzione riguarda un presupposto del processo (condizionante l'esame del merito), senza toccare il bene della vita conteso e dunque il merito stesso. Non sembra possibile, allora, ritenere che al ricorrente sia precluso sollevare, nella memoria difensiva (in sede cautelare o di merito) ovvero financo in udienza, il difetto di giurisdizione del giudice da lui stesso adito in quanto questione nuova<sup>36</sup> e non ricollegabile al *thema decidendum* tracciato nell'atto introduttivo.

Insomma, se si parte dal presupposto che la questione di giurisdizione si

---

2009, n. 4363; Cass., 29 aprile 2006, n. 10043)" (cfr., così, Cass., sez. I civ., 23 marzo 2012, n. 4732; nello stesso senso, Cass., sez. I civ., 18 settembre 2017, n. 21566). Nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, sul concetto di capo autonomo e sulla applicabilità dell'art. 329 del Codice di procedura civile in virtù del richiamo espresso dall'art. 39 del C.P.A., cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 novembre 2018, n. 6816.

<sup>34</sup> Secondo A. CARRATTA, *Rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione ...*, cit., "Se il dubbio sulla sussistenza della giurisdizione è divenuto "questione" (per effetto dell'eccezione di parte o del rilievo ufficioso), la valutazione compiuta dal giudice ha da essere "esplicita" o "visibile" (a prescindere che venga negata o ammessa) sia perché, in caso contrario, si configura il vizio di omissione di pronuncia, sia perché la decisione sulla questione deve essere sorretta da idonea motivazione (art. 111, comma 6, Cost.), proprio al fine di consentire alla parte che non condivida la pronuncia di esercitare compiutamente il proprio diritto all'impugnazione" (1469).

<sup>35</sup> Se si sta al tenore letterale dell'art. 9 del Codice del processo amministrativo, nella parte in cui consente la rilevanza del difetto di giurisdizione, anche d'ufficio, in primo grado. Il tema sarà affrontato più diffusamente all'interno del paragrafo 4, a cui si rimanda.

<sup>36</sup> Sul tema, la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare che "nel processo amministrativo sono inammissibili le censure dedotte in memoria non notificata alla controparte sia nell'ipotesi in cui risultino completamente nuove e non ricollegabili ad argomentazioni espresse nel ricorso introduttivo sia quando, pur richiamandosi ad un motivo già ritualmente dedotto, introducano elementi sostanzialmente nuovi, ovvero in origine non indicati, con conseguente violazione del termine decadenziale e del principio del contraddittorio, essendo affidato alla memoria difensiva il solo compito di una mera illustrazione esplicativa dei precedenti motivi di gravame senza possibilità di ampliare il "thema decidendum" (da ultimo Consiglio di Stato, sez. III, 17 maggio 2012 n. 2878)": cfr., così, Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 2013, n. 1715.

pone a monte dell'azione, la stessa questione non può essere astretta ai limiti che condizionano le domande di merito. A ciò si aggiunga l'assenza di prescrizioni che vanno nella direzione di imporre un limite temporale entro cui poterla proporre<sup>37</sup>.

Resta, dunque, la questione se il ricorrente sia legittimato a sollevare la questione di giurisdizione in primo grado, manifestando una volontà in contraddizione con la scelta iniziale. Al riguardo viene in rilievo l'art. 10 del Codice del processo amministrativo – letto alla luce del richiamo espresso all'art. 41 del Codice del processo civile – a tenore del quale ciascuna parte del giudizio può chiedere alle sezioni unite della Corte di cassazione di risolvere le questioni di giurisdizione fino a che la causa non sia decisa nel merito.

Il che sembra portare alla logica conseguenza che lo stesso ricorrente possa formulare in primo grado una auto eccezione volta a mettere in discussione la giurisdizione del giudice da lui stesso adito<sup>38</sup>. A ciò non ostandovi il disposto dell'art. 157, comma 3, del Codice di procedura civile in materia di rilevanza e sanatoria delle nullità, il quale, come è stato osservato<sup>39</sup>, si riferisce a vizi di carattere formale (in cui non può farsi rientrare il difetto di giurisdizione), non rilevabili d'ufficio (a differenza del difetto di giurisdizione)<sup>40</sup>.

Una volta versata nel processo da una delle parti, la questione di giurisdizione è destinata ad essere decisa, con ogni conseguenza sulla legittimazione del soccombente ad appellare la pronuncia su tale specifico 'punto'. Problematiche, in ordine alla appellabilità di tale questione, sono invece le ipotesi in cui: *a)* né le parti né il giudice pongano la questione e la causa venga decisa nel merito sfavorevolmente per il ricorrente (laddove quest'ultimo decida di proporre appello avverso il capo relativo alla giurisdizione); *b)* né le parti né il giudice pongano

<sup>37</sup> A differenza di quanto accade in relazione alla questione di competenza. L'art. 15 del Codice del processo amministrativo stabilisce infatti che: "In ogni caso il giudice decide sulla competenza prima di provvedere sulla domanda cautelare e, se non riconosce la propria competenza ai sensi degli articoli 13 14, non decide sulla stessa" [comma 2]; e che "In mancanza di domanda cautelare, il difetto di competenza può essere eccepito entro il termine previsto per la costituzione in giudizio" [comma 3, primo capoverso].

<sup>38</sup> In questa direzione cfr. G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione: le Sezioni unite dall'abuso del processo al difetto di interesse ad appellare dell'attore soccombente nel merito*, in *Foro it.*, 2017, I, 977; G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare, soccombente ed acquiescenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 3, 802; in senso contrario cfr., invece, P.M. VIPIANA PERPETUA, *Appello per difetto di giurisdizione al giudice amministrativo – venire contra factum proprium in tema di giurisdizione: il nodo della soccombente*, in *Giur. it.*, 2017, 2, 466 ss.

<sup>39</sup> Cfr. G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione ...*, cit., 977; G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare ...*, cit., 802.

<sup>40</sup> In dottrina, in questo senso, cfr. per tutti C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, 537, Torino, 2011. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. III civ., 30 agosto 2018, n. 21381; Cass., sez. VI, 2° civ., (ord.), 18 febbraio 2014, n. 3855; Cass., sez. III civ., 15 maggio 2009, n. 11315. La condotta del ricorrente che proponesse una auto eccezione in 'punto' di giurisdizione potrebbe essere sanzionata con una condanna alle spese di lite, nell'ipotesi in cui non sia giustificata da un sopraggiunto orientamento della giurisprudenza o da un contrasto giurisprudenziale volto a rendere incerta la giurisdizione del giudice adito sin dalla proposizione del ricorso introduttivo.

la questione e la causa venga decisa nel merito favorevolmente per il ricorrente (laddove il resistente, o uno tra i controinteressati, decida di proporre appello avverso il capo relativo alla giurisdizione).

L'esame della questione se il ricorrente o le altre parti del giudizio possano formulare un motivo di appello avente ad oggetto la questione di giurisdizione implicitamente decisa dal giudice di prime cure<sup>41</sup> dipende dal concetto di soccombenza, a cui è dedicato il paragrafo che segue. La mancata impugnazione della detta questione di rito implicitamente decisa, a cui si affianca la scelta di impugnare il capo o i capi della sentenza relativi al merito, di cui la giurisdizione costituisce un presupposto<sup>42</sup>, involge poi il concetto del giudicato implicito, su cui del pari ci si soffermerà subito appresso.

### 3. *I limiti oggettivi e soggettivi alla proposizione del difetto di giurisdizione nel giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato, tra soccombenza e giudicato*

Per poter impugnare una sentenza occorre essere soccombente<sup>43</sup>. Si tratta di un principio cardine e ineludibile, immanente nell'ordinamento giuridico (processuale) pur non essendo disposto da alcuna norma positiva.

D'altro canto, patente appare la natura ossimorica dell'azione impugnatoria del vincitore<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Di cui al punto *ii*) illustrato a pagina precedente.

<sup>42</sup> In questa direzione si pongono le sezioni unite della Cassazione del 2008, che hanno avuto modo di precisare che “*Se il giudice ha deciso il merito, in forza del combinato disposto dell'art. 276 c.p.c., comma 2, e art. 37 c.p.c. (che impone la verifica di ufficio della potestas iudicandi), si deve ritenere che abbia già deciso, in senso positivo, la questione pregiudiziale della giurisdizione*” (così, Cass., sez. un. civ., n. 24883/2008, cit.). In ordine al tema della pregiudizialità nel processo amministrativo, non si può fare a meno di rimandare A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit.

<sup>43</sup> Nella dottrina processualcivilistica “classica”, cfr. E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, II ed., Roma, 1936, 81; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1933, 202; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, ristampa a cura di Andrioli, 982; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1953, 318; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto Processuale*, XIII ed., Padova, 2000, 423; nella dottrina amministrativa, cfr. per tutti F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1993, 417. Il processo amministrativo presenta indubbe peculiarità che rilevano rispetto al tema della soccombenza. Tali peculiarità emergono con chiarezza in alcuni passaggi del citato Manuale di F. SATTA, a tenore dei quali, “*data la struttura del giudizio contro la pubblica amministrazione nel nostro ordinamento, con il ricorrente comunque costretto a resistere ad una sua pretesa, ad un suo provvedimento, la valutazione della soccombenza deve essere molto attenta. Adonta dell'effetto proprio della sentenza di accoglimento del ricorso – l'annullamento dell'atto impugnato –, la soccombenza in realtà dipende dal motivo di diritto per cui il provvedimento dell'amministrazione è stato censurato. Ne deriva che l'appello non può essere dato solo in funzione dell'accoglimento o del rigetto del ricorso. L'appello deve essere dato in funzione della soccombenza effettiva: e dunque essere ammesso anche nei confronti di una sentenza, che annulla il provvedimento per motivi incapaci di influire sull'ulteriore esercizio del potere discrezionale*” (419-420).

<sup>44</sup> Cfr. sul ‘punto’ S. SATTA, *sub art. 323*, in *Commentario al c.p.c.*, Milano, 1959, 18, secondo cui una impugnazione del vincitore sarebbe negativa del carattere di impugnazione.

Il ‘punto’ è che il concetto di soccombenza non è unitario. Senza alcuna pretesa di completezza, almeno due classificazioni vengono in rilievo.

La prima è quella che distingue la soccombenza *pratica* da quella *teorica*<sup>45</sup>, cui si vuole fare solamente cenno in questa sede al fine di precisare che la soccombenza in grado di legittimare l’impugnazione è solamente la prima, relativa a un pregiudizio concreto e attuale subito dalla parte, da intendersi pertanto come una situazione di fatto in cui la sentenza di primo grado abbia tolto o negato alla stessa un bene della vita accordandolo all’avversario<sup>46</sup>.

La seconda classificazione è quella tra soccombenza *formale* e *sostanziale* (o *materiale*), su cui invece occorre soffermarsi. La soccombenza *formale* riguarda la discrasia tra domanda e sentenza, derivante dunque dal mancato accoglimento di una domanda, di un capo di domanda o di una eccezione, ovvero dall’accoglimento di una domanda avversaria<sup>47</sup>. Il concetto di soccombenza *sostanziale* involge l’attitudine della sentenza a pregiudicare nel suo complesso la parte<sup>48</sup>, con un conseguente ampliamento del diritto di impugnazione legato alla volontà di graduare la soccombenza rispetto al primo grado<sup>49</sup> e che si esplicita in concreto,

<sup>45</sup> La soccombenza in senso teorico – ravvisabile quando la parte vittoriosa abbia visto respingere taluna delle sue tesi od eccezioni o abbia visto accolte le sue conclusioni per ragioni diverse da quelle prospettate – legittima la parte alla riproposizione delle domande rimaste assorbite in primo grado ai sensi dell’art. 346 del Codice di procedura civile: cfr. Cass., sez. II civ. (Ord.), 28 agosto 2017, n. 20451.

<sup>46</sup> Cfr. Cass., sez. lav., 25 luglio 1994, n. 6903. In dottrina, su soccombenza pratica e teorica, è stato osservato che “La soccombenza che legittima la parte a proporre appello in via principale è solo la soccombenza pratica. In genere la nozione si distingue da quella di soccombenza teorica, determinata dal rigetto di alcune delle domande proposte, senza che, tuttavia, ne possa derivare pregiudizio per la parte che ha visto il proprio interesse comunque soddisfatto dall’accoglimento di altre domande”: cfr. G. SIGISMONDI, *Appello al Consiglio di Stato e motivi assorbiti* (Nota a Cons. Stato, Ad. plen., 19 gennaio 1999, n. 1), in *Dir. proc. amm.*, 2000, 2, 398 ss. (nota 29).

<sup>47</sup> Cfr. E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, cit., 81 e 638; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 982; E.T. LIEBMAN, «Parte» o «capo» di sentenza, cit., 47 ss.

<sup>48</sup> Tale linea ermeneutica è da ricondurre a L. SALVANESCHI, *Soccombenza materiale e soccombenza processuale: spunto per una riflessione intorno all’interesse ad impugnare*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 570 ss.; ID., *L’interesse ad impugnare*, Milano, 1990. Cfr., in tal senso, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 749 (nota 20).

<sup>49</sup> In questo senso cfr. L. SALVANESCHI, *L’interesse ad impugnare*, cit., secondo cui “Se si riconosce infatti che le pronunce di rito hanno un’efficacia meramente endoprocessuale e sono incapaci di estendere il loro effetto vincolante al di fuori del processo in cui furono pronunciate, allora bisogna anche riconoscere che esse, a differenza delle sentenze di merito, consentono la riproposizione della domanda in un diverso e successivo processo. L’erronea soluzione positiva di una questione processuale, cui sia conseguita una pronuncia di rigetto nel merito, pone quindi l’attore in una posizione di svantaggio, precludendogli quella possibilità di riproposizione della domanda che una corretta valutazione della fattispecie processuale avrebbe portato con sé. L’interesse ad impugnare per chiedere una diminuzione della propria soccombenza appare allora evidente, comportando una decisione negativa in rito, rispetto alla pronuncia negativa in merito, un vantaggio giuridicamente individuabile che si concreta nella possibilità di riproporre nuovamente la domanda” (362). Nella stessa direzione, cfr. G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione...*, cit., 977.

ad esempio, mediante una impugnazione del “capo” di sentenza sulla giurisdizione (implicitamente o esplicitamente) favorevole alla parte, unitamente alla pronuncia sul merito ad essa invece sfavorevole<sup>50</sup>.

Si potrebbe dire che, in tal caso, vi sarebbe un disallineamento tra soccombenza (formale), assente in ordine alla giurisdizione, e interesse ad impugnare, sussistente nella misura in cui l'obiettivo dell'appellante fosse quello di sostituire una pronuncia negativa in rito, da parte del giudice del gravame, a una pronuncia di rigetto nel merito da parte del giudice di primo grado<sup>51</sup>. Ma si potrebbe anche dire, sul solco della teoria ermeneutica che sostiene l'inesistenza del concetto di interesse ad impugnare in quanto assorbito da quello di soccombenza<sup>52</sup>, che tale ambizione possa essere perseguita *tout court* in virtù della situazione di soccombenza sostanziale in cui versa colui che ha avuto ragione sulla questione di giurisdizione e torto nel merito, in grado di legittimare il gravame in punto di rito alla luce del fatto che il suo accoglimento è destinato a conferire una concreta utilità all'appellante data dalla *translatio iudicii* e dalla conseguente possibilità di discutere nuovamente il merito dinanzi a un giudice altro.

L'interesse ad impugnare, ovvero il presupposto della soccombenza in senso materiale, intesi nei termini anzidetti, appaiono in grado di legittimare l'appello sulla giurisdizione sia di colui che l'ha adita, in caso di sua sconfitta nel merito<sup>53</sup>, sia del resistente che non abbia sollevato contestazioni in primo grado su profili di rito e che sia rimasto soccombente nel merito<sup>54</sup>. Diversa è invece la

---

<sup>50</sup> È appena il caso di osservare che, secondo la giurisprudenza di legittimità, “*l'impugnazione con la quale l'appellante si limiti a dedurre soltanto vizi di rito, avverso una pronuncia che abbia deciso anche nel merito in senso a lui sfavorevole, è ammissibile solo qualora i vizi denunciati comporterebbero, se fondati, una rimessione al primo giudice ai sensi degli artt. 353 e 354 c.p.c., mentre, in caso contrario, è necessario che l'appellante deduca ritualmente anche le questioni di merito, sicchè, in tali ipotesi, l'appello proposto esclusivamente in rito, è inammissibile, oltre che per un difetto di interesse, anche per non rispondenza al modello legale di impugnazione (tra le altre, Cass., 11 febbraio 2015, n. 2682)*” (cfr. Cass., sez. III civ., 20 agosto 2018, n. 20799).

<sup>51</sup> Così G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione...*, cit., 977. In questa direzione si pone, in giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. plen., 5 dicembre 2008, n. 6049. In ordine al concetto di interesse ad impugnare in termini di utilità giuridica che trarrebbe l'appellante dall'accoglimento del proprio gravame, cfr. Cass., sez. II civ., 11 novembre 2015, n. 23021, in *Foro it.*, 2016, 3460.

<sup>52</sup> S. SATTÀ, C. PUNZI, *Diritto Processuale*, cit., 424. Ovvero sul solco del rilievo che ritiene una mera disputa verbale, che genera solo un problema di natura classificatoria e teorica, quella che mira ad ascrivere la soccombenza tra i requisiti di legittimazione ovvero di interesse delle impugnazioni: cfr. S. CHIARLONI, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, Milano, 1969, 62 (nota 2).

<sup>53</sup> Anche perché, come è stato giustamente osservato, “*non può non vedersi che la soluzione della inammissibilità per difetto di interesse finisce per scaricare sulla parte le conseguenze di una disattenzione imputabile (anche) al giudice, e ciò anche là dove la contestazione della giurisdizione mossa dall'attore in appello si rivelasse pienamente fondata*”: cfr. G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione...*, cit., 977. *Contra* cfr. C. CONSOLO, *Il caso della soccombenza sulla giurisdizione fra struttura intima oggettuale del processo e dibattito odierno sulle tentazioni babeliche delle corti*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 6, 1562 ss.

<sup>54</sup> Cfr. G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare ...*, cit., secondo cui “*Mi sembra d'altra parte evidente che, se la preclusione di un'impugnazione per difetto di giurisdizione derivasse all'attore dalla sua richiesta di una*

questione se, in assenza di gravame delle parti sulla *potestas iudicandi* (implicitamente affermata dal giudice), la questione di giurisdizione sia rimessa in discussione dall'impugnazione del merito della controversia o vi osti il giudicato (del pari implicito) formatosi in virtù di tale omissione.

Una recente sentenza della Corte Suprema di Cassazione<sup>55</sup> ha ricostruito gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità esistenti in ordine alla teoria del giudicato implicito su una questione processuale. In questa sede interessano in particolare i due principali.

Il primo nega che possa formarsi il giudicato implicito sulla pregiudiziale di rito su cui il giudice non si sia espressamente pronunciato, ma il cui positivo superamento costituisce il necessario presupposto logico della pronuncia espressa sulla questione di merito dipendente<sup>56</sup>. La teoria si fonda proprio su tale interdipendenza tra rito e merito, da ritenersi un *unicum* non frazionabile, con la conseguenza che l'impugnazione del merito implica che sia rimessa in discussione la questione processuale presupposta, anche nel caso in cui sia rimasta silente per non essere stata posta dalle parti o dal giudice durante il processo di prime cure<sup>57</sup>. Per dirla con le parole di un autorevole Autore, “*Siccome il c.d. giudicato implicito indica l'incontrovertibilità dei presupposti logico-giuridici della decisione di merito già passata in giudicato, è evidente che per aversi giudicato implicito su una questione pregiudiziale di rito (come, appunto, la sussistenza della giurisdizione), è necessario che almeno su un punto della decisione di merito si sia formato il giudicato esplicito*”<sup>58</sup>.

A tali conclusioni si oppone un secondo orientamento, che può essere così

---

*decisione giurisdizionale di merito, lo stesso dovrebbe ripetersi per il convenuto che, dopo essersi costituito in giudizio chiedendo al giudice di pronunciare una decisione di rigetto nel merito, successivamente proponga un'eccezione di difetto di giurisdizione: soluzione che peraltro mi sembra impedita dall'art. 37 c.p.c. al di fuori dei casi in cui sia possibile riconoscere efficacia vincolante all'accettazione (in questo caso tacita) della giurisdizione del giudice adito (cfr. artt. 4 e 11 legge 31 maggio 1995, n. 218)”: cfr. 801, nota 6.*

<sup>55</sup> Cfr. Cass., sez. III civ., n. 6762/2021, cit.

<sup>56</sup> In dottrina cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, I, rist., 324, E. BETTI, *Se il passaggio in giudicato di una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione di incompetenza territoriale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1927, II, 13; nonché, con approdi differenti, E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, cit., p. 252; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 227 (nota 172); A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 1299. In giurisprudenza, cfr. in particolare Cass., sez. V civ., 29 aprile 2009, n. 10027.

<sup>57</sup> Secondo Cass., sez. III civ., 10 marzo 2021, n.6762, l'argomento fondante che nega l'esistenza di un giudicato implicito si fonda sul fatto che il “*vizio di nullità acceda come mero “presupposto logico” all'ingresso dell'esame e della decisione di una questione di merito (domanda od eccezione che sia), la statuizione della sentenza che decide sulla questione di merito, senza occuparsi del predetto vizio processuale (non eccepito né rilevato ex officio), non comporta – in difetto di specifica impugnazione volta a far valere il vizio presupposto – la cristallizzazione della invalidità/decadenza attraverso il “giudicato implicito interno”: con la conseguenza che non è dato ravvisare limiti alla denunciabilità/rilevabilità officiosa del vizio “in ogni stato e grado” del processo e quindi anche, per la prima volta, nel giudizio di legittimità (salvo soltanto il giudicato ex art.324 c.p.c., e art. 2909 c.c., eventualmente formatosi sulla questione di merito dipendente)*”.

<sup>58</sup> COSÌ, A. CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione ...*, cit., 1467.

riassunto: premesso che la soluzione della questione di giurisdizione deve considerarsi “capo” autonomo della sentenza<sup>59</sup>, e non mero passaggio logico della decisione di merito, la stessa rientra nel perimetro applicativo dell'art. 161 del Codice di procedura civile, recante al comma 1 il principio di conversione dei vizi del procedimento e della sentenza in motivi di gravame, con la conseguenza che è da ritenersi acquiescente (*ex art. 329, comma 2, del Codice di procedura civile*) la condotta della parte che ha omesso di sottoporre a gravame una tale questione limitandosi ad impugnare i profili di merito contenuti nella sentenza.

La giurisprudenza di legittimità, ormai consolidata, tratta la questione di giurisdizione applicando i parametri normativi richiamati dall'orientamento appena compendiato<sup>60</sup>. Simili parametri entrano in tensione con il disposto dell'art. 37 del Codice di procedura civile e della rilevanza d'ufficio in ogni stato e grado della questione di giurisdizione ivi contenuta, mentre sono stati recepiti dal Codice del processo amministrativo, il cui art. 9 consente la rilevanza del difetto di giurisdizione solo se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione stessa. Il ‘punto’ che è rimasto problematico riguarda il soggetto legittimato a formulare un simile motivo, su cui è tornato il Consiglio di Stato con la recente ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria, n. 2013 depositata il 9 marzo 2021, in cui è stata (nuovamente) posta in discussione l'ammissibilità dell'impugnazione sulla *potestas judicandi* da parte di colui che ha adito il Tribunale amministrativo regionale<sup>61</sup>.

Tale ordinanza pone due quesiti: *i) “se sia ammissibile un motivo d'impugnazione volto a contestare la giurisdizione del giudice amministrativo, formulato dalla parte che aveva introdotto il giudizio dinanzi al Tribunale amministrativo regionale, soprattutto quando il giudizio è stato introdotto in un contesto ordinamentale e giurisprudenziale completamente diverso da quello attuale”; ii) “se il giudice possa comunque affrontare la questione della giurisdizione in generale, anche in caso di una declaratoria d'inammissibilità, dato che una cosa è l'effetto dell'esame della questione, altra è la questione in senso lato”.*

<sup>59</sup> Ai sensi dell'art. 279, comma 2, n. 1 e n. 4, del Codice di procedura civile.

<sup>60</sup> Al riguardo cfr. A. RONCO, *Sul rilievo del difetto di giurisdizione ...*, cit., In tale saggio, l'Autore osserva che “– vi sono impedimenti (quelli cui si è accennato nel precedente paragrafo) che minano la stessa esistenza giuridica della sentenza, impediscono la formazione del giudicato e possono quindi essere accertati non solo indipendentemente dall'iniziativa di parte, ma anche al di fuori del sistema delle impugnazioni; – vi sono impedimenti (quelli, ad esempio, cui fanno riferimento i citati artt. 37 e 158 c.p.c.) che possono essere ritenuti anche indipendentemente dall'iniziativa di parte, ma che – non impedendo la formazione del giudicato – possono essere accertati (appunto d'ufficio) solamente nell'ambito del sistema delle impugnazioni, ossia se un'impugnazione è proposta e nell'ambito della stessa; ed infine – vi sono impedimenti (generatori delle nullità cui accenna il primo comma dell'art. 161 c.p.c.) che sono rilevabili solamente su iniziativa di parte ed unicamente nell'ambito del sistema delle impugnazioni. Il difetto di giurisdizione (proprio per la formulazione letterale dell'art. 37 c.p.c.) dovrebbe appartenere alla categoria intermedia, ma – come è noto – un'ormai consolidata giurisprudenza di legittimità lo tratta come se appartenesse alla terza categoria”: (1391-1392).

<sup>61</sup> È solamente su tale preciso aspetto che si concentrerà l'esame di tale pronunciamiento.

Il primo quesito sta e cade con la definizione del perimetro del concetto di soccombenza. Il secondo prospetta un bivio: osservare lo *jus positum*, già prodotto del diritto vivente, o corroborare il diritto giurisprudenziale. Vediamo il perché.

4. *Il Consiglio di Stato torna a discutere il caso dell'appello in ordine alla giurisdizione da parte di colui che l'ha adita (con ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria n. 2013 del 9 marzo 2021)*

Il Consiglio di Stato torna a discutere il diritto di appellare la decisione sulla giurisdizione da parte di colui che l'ha adita, e che ha perduto nel merito in primo grado, quando la questione sembrava oramai orientata dalla giurisprudenza amministrativa<sup>62</sup>, sul solco dei principi espressi da quella di legittimità<sup>63</sup>, nel senso di negarlo. Lo stesso Consiglio di Stato ha considerato tale approccio alla stregua di un primo orientamento, calibrato su due argomentazioni decisive: a) l'originario ricorrente non è soccombente in punto di giurisdizione; b) la condotta del ricorrente che ha scelto la giurisdizione e che poi decide di contestarla in sede di gravame integra un abuso del processo<sup>64</sup>, che risiede nel *venire contra*

<sup>62</sup> Ci si riferisce all'intervento di Cons. Stato, Ad. plen., 28 luglio 2017, n. 4, a cui hanno fatto seguito: Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2017, n. 2367; Con. Stato, sez. III, 31 maggio 2018, n. 3272; Con. Stato, sez. V, 13 agosto 2018, n. 4934; Con. Stato, sez. V, 19 settembre 2019, n. 6247;

<sup>63</sup> A partire dall'intervento di Cass., sez., un. civ., 20 ottobre 2016, n. 21260, che è stata commentata, tra i vari Autori, da P.M. VIPIANA PERPETUA, *Appello per difetto di giurisdizione al giudice amministrativo* ..., cit.; G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione*: ..., cit., 977; G. RUFFINI, *Interesse ad impugnare* ..., cit.; R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravviveranno ai «cavalieri dell'apocalisse»?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.; ID., *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato sulla giurisdizione promosso dal ricorrente soccombente in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1093 ss. A tale pronuncia hanno fatto seguito: Cass., sez. un. civ., 4 aprile 2017, n. 8688; Cass., sez. un. civ., 19 gennaio 2017, n. 1309.

<sup>64</sup> In senso critico si è elevata la voce di diversi Autori, tra cui: G. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, p. 1203 ss.; C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1289 ss.; G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1, 1 ss.; G. D'ANGELO, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, in *Urb. app.*, 2015, 2, 185 ss.; M. FORNACIARI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 2, 592 ss.; N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir. – Annali*, II, Milano, 2008, 1 ss.; G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1450 ss.; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 117 ss.; A. TRAVI, *Abuso del processo e questione di giurisdizione: una soluzione conclusiva?*, in *Foro. it.*, 2017, I, 983 ss.; G. TROPEA, *Spigolature in tema di abuso del processo*, *Dir. proc. amm.*, 2015, 4, 1262 ss.; ID., *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Ibidem*, 685 ss.; G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *www.judicium.it*, 2016. Tra coloro che si sono espressi favorevolmente, si rimanda, per tutti, al lavoro monografico di M. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziaria*, Milano, 2004.



*factum proprium*, oltre a determinare la violazione dell'art. 2, comma 2, del Codice del processo amministrativo nella parte in cui prevede il dovere delle parti di cooperare al fine di realizzare la ragionevole durata del processo.

A tale orientamento, proseguendo nell'analisi della ordinanza in questione, se ne contrappone un secondo, fondato sul fatto che l'ammissibilità della impugnazione della decisione sulla giurisdizione da parte di colui che l'ha adita deriva dalla sua soccombenza nel merito<sup>65</sup>, che lo legittima ad impugnare la questione di rito, presupposta e interdipendente, con effetti preclusivi in ordine alla formazione del giudicato<sup>66</sup>.

V'è poi un terzo orientamento che discerne. Ammette cioè l'appello solamente nel caso di dubbio ragionevole<sup>67</sup>, o obiettivo<sup>68</sup> che dir si voglia, sul profilo della giurisdizione, alimentato ad esempio dalla complessità della materia del contendere o da un orientamento giurisprudenziale sopravvenuto alla presentazione del ricorso introduttivo<sup>69</sup>. Quest'ultimo indirizzo, all'apparenza suggestivo anche in quanto fondato sulla obiettiva valutazione del caso concreto, presenta un limite decisivo, tra gli altri<sup>70</sup>. Limite che risiede nel fatto di prendere in esame solamente l'elemento dell'eventuale abuso del processo, senza passare per il vaglio della sussistenza dell'elemento della soccombenza<sup>71</sup>, che invece rappresenta il punto nodale attraverso cui la questione in esame merita di essere affrontata e dipanata<sup>72</sup>.

All'argomento che l'abuso del processo possa, di per sé solo, integrare ragione

<sup>65</sup> Il Consiglio di Stato, nell'ordinanza di rimessione in questione, richiama l'orientamento della Cassazione sul punto, e cioè "Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 27 dicembre 2010, n. 26129; nello stesso senso cfr. Corte di cassazione, sezioni unite, sentenze 29 marzo 2011, n. 7097, 27 luglio 2011, n. 16391, 20 gennaio 2014, n. 1006, 20 maggio 2014, n. 11022, 28 maggio 2014, n. 11916". Ma, ancor prima, era stato lo stesso Consiglio di Stato ad esprimersi nel senso sopra indicato: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 999; Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049, in *Foro it.*, 2009, III, col. 121, con nota di A. TRAVI; Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5454, Cons. Stato, sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529.

<sup>66</sup> Sul solco della teoria ermeneutica riportata al paragrafo 3, cfr. in particolare note 56, 57 e 58, a cui si rinvia.

<sup>67</sup> Cfr. in questo senso G.G. POLI, *Ancora limiti al difetto di giurisdizione ...*, cit., col. 977.

<sup>68</sup> Utilizzando la terminologia del Consiglio di Stato in sede di ordinanza di rimessione.

<sup>69</sup> Cfr. in questo senso: Cass., sez. un. civ., 19 giugno 2014, n. 13940; Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192.

<sup>70</sup> Su cui cfr. G. BACCARINI, *Giudizio amministrativo ...*, cit.: "Tralascio le considerazioni sulla incertezza del diritto che nozioni generali come quelle di dubbio giustificato sulla giurisdizione arrecherebbero, creando sperequazioni tra i diversi litiganti. Osservo solo che, fatta giustizia del divieto assoluto di ripensamento, la teoria del ripensamento "giustificato" sembra una riscrittura dell'art. 157, comma 3, c.p.c." (1217).

<sup>71</sup> Vi sono numerosi precedenti che hanno ritenuto inammissibile l'appello sulla giurisdizione da parte di colui che l'ha adita alla luce del solo profilo dell'abuso del processo: cfr. Cons. Stato, sez. V, novembre 2013 n. 5421, 16 aprile 2013, n. 2111, 7 febbraio 2012 n. 656; Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 585, 20 settembre 2012, n.4987, 9 luglio 2012, n. 4010.

<sup>72</sup> È soprattutto sull'esame del concetto di soccombenza che si basa l'intervento nomofilatico della Corte Suprema di Cassazione con la citata pronuncia delle sezioni unite n. 21260/2016.

dirimente di inammissibilità dell'appello in punto di giurisdizione da parte di colui che l'ha adita si oppongono le sei obiezioni compiutamente ricostruite da Riccardo Villata<sup>73</sup>. L'argomento è stato anche abbandonato dalla giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato, che ha dichiarato a più riprese di volersi adeguare ai principi espressi dalla sentenza delle sezioni unite della Cassazione n. 21260/2016<sup>74</sup>.

Allora, venendo al primo quesito posto dalla ordinanza di rimessione, non sembra avere rilievo giuridico subordinare la legittimazione dell'appellante sulla giurisdizione, dopo averla evocata in primo grado, anche al mutamento del contesto ordinamentale e giurisprudenziale rispetto a quello vigente al momento della proposizione del ricorso. Vi osta una questione preliminare, ineludibile e assorbente: l'accertamento della sussistenza della soccombenza<sup>75</sup>.

La risoluzione della prima questione sembra dover passare, dunque, esclusivamente per l'individuazione del concetto di soccombenza<sup>76</sup>. La lettera dell'art. 9

<sup>73</sup> Cfr. R. VILLATA, *Ancora in tema di inammissibilità dell'appello ...*, cit.: "La prima sottolineata che in tal modo verrebbe disapplicato l'art. 9 del codice del processo amministrativo che, come noto, si limita ad escludere la rilevanza in appello del difetto di giurisdizione qualora non sia stata oggetto di specifica censura normativizzandolo, almeno per detto, l'abrogazione di fatto operata dalla Cassazione giusto dieci anni fa con una sentenza tra le più all'epoca criticate dalla dottrina. La seconda obiezione, strettamente collegata a quanto appena rilevato, sottolinea come la tesi del Consiglio di Stato comporti la violazione del principio di parità delle parti, vietando al (solo) ricorrente innanzi al Tribunale regionale un'iniziativa processuale viceversa espressamente riconosciuta dalla legge e da nessuno contestata, né del resto contestabile proprio in forza dell'art. 9 c.p.a. [su tali aspetti l'Autore rimanda a: F. DINELLI, *La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio della parità delle parti nel processo*, in *Foro amm.*, nota a CdS 2012, 1998 ss.; K. PECCI, *Difetto di giurisdizione e abuso del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 205, 700; G. D'ANGELO, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, cit., 189]. La terza obiezione poggia sulla rilevata profonda contraddizione con la riconosciuta ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione. La quarta obiezione si colloca sul piano della verifica della razionalità di sanzionare il presunto abuso con l'inammissibilità di un potere processuale attribuito alle parti dalla legge: a siffatto presunto abuso dovrebbe corrispondere se mai, quale reazione dell'ordinamento, l'aggravio delle conseguenze patrimoniali relative alle spese di lite [su tali aspetti l'Autore rimanda a: G. TROPEA, *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 738; G. TROPEA, *Spigolature ...*, cit., 1319 ss.; G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, cit., 1150] [...]. La quinta obiezione è che l'abuso del processo, così applicato, «serve a scardinare il principio del giudice naturale precostituito per legge» [così, G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, cit., 1147 e S. BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, cit., 1216.] [...]. La sesta, finale, obiezione evidenzia, cogliendo in radice la problematicità del tema, come tale giurisprudenza attribuisca al principio di divieto di abuso nel processo un ruolo che va a scapito del principio di riserva di legge in materia di disciplina processuale posto dall'art. 111 Cost. a garanzia del giusto processo [su cui l'Autore rimanda a G. D'ANGELO, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, cit., 191]" (1095-1097).

<sup>74</sup> A partire da: Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2017, cit., seguita da Cons. Stato n. 2367/2017, cit.; Cons. Stato n. 3272/2018, cit.; Cons. Stato n. 4934/2018, cit. V'è stata anche una pronuncia più recente che, pur richiamando le sezioni unite del 2016, ha continuato a fare riferimento al tema dell'abuso del processo al fine di dichiarare inammissibile l'appello sulla giurisdizione ad opera di colui che l'ha adita: cfr. Cons. Stato n. 6247/2019, cit.

<sup>75</sup> La quale, se esistente, legittimerebbe l'appello. Se inesistente, lo precluderebbe, al netto di mutamenti del quadro ordinamentale e giurisprudenziale.

<sup>76</sup> In passato, nella giurisprudenza civilistica si era creato un contrasto in ordine alla ammis-

del Codice del processo amministrativo – che non distingue in ordine al soggetto legittimato a formulare uno specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata, che in modo implicito o esplicito ha statuito sulla giurisdizione – non sembra dirimente<sup>77</sup> alla luce dell'argomentazione secondo cui il soggetto legittimato a proporre il *motivo* di ricorso in appello in punto di giurisdizione sarebbe, appunto, solamente il soccombente<sup>78</sup>.

Come si è accennato, la tesi della soccombenza intesa in senso materiale legittimerebbe l'appello, mentre la soccombenza in senso formale lo precluderebbe. Il dilemma, attesa la ragionevolezza delle argomentazioni a supporto di entrambe le tesi, potrebbe determinare una *impasse* decisiva.

Per evitare la fine dell'asino di Buridano<sup>79</sup>, ecco la Costituzione. Ecco, in particolare, il relativo art. 25, che codifica il principio secondo cui “*Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge*”.

Così che, tra due interpretazioni parimenti plausibili in quanto in linea con l'art. 9 del C.P.A., appare preferibile quella costituzionalmente orientata, ossequiosa del citato precetto costituzionale. Dunque, non potrà che ritenersi ammissibile l'appello sulla giurisdizione da parte di colui che l'ha adita giacché volto all'accertamento che la causa sia decisa dal giudice naturale precostituito per legge.

Si pone allora un'ultima questione, che risiede nella prevalenza, o meno, della norma costituzionale appena richiamata rispetto ad altri principi, come quello della ragionevole durata del processo. Se si guardasse la questione alla luce del primato del *diritto giurisprudenziale*, allora il dubbio diventerebbe lecito. Ma, come è stato autorevolmente osservato, “*si pongono immani problemi di fondo: la prevalenza di un principio su di una regola, a sua volta espressione di principi*”<sup>80</sup>.

È chiaro che se il primo quesito posto nella ordinanza di rimessione sin qui esaminata fosse affrontato e superato secondo il ragionamento anzidetto, il secondo quesito ivi contenuto non avrebbe ragion d'essere. Lo stesso pone comunque complessità ulteriori.

---

sibilità dell'appello della parte che in primo grado avesse riconosciuto la fondatezza della domanda dell'attore. In senso affermativo si era espressa Cass., sez. I civ., 27 aprile 1978, n. 1965, in *Foro it.*, 1976, I, 1559, mentre in senso negativo figuravano App. Roma, 29 settembre 1975 e 30 settembre 1975, in *Giur. it.*, 1977, I, 2, p. 325 con nota di A. CERINO CANOVA, il quale ha osservato che l'adesione all'uno o all'altro indirizzo dipende dalla definizione data al termine soccombenza. Ove si aderisca alla nozione di soccombenza “formale”, in termini di discrepanza tra domanda e sentenza, ne deriverebbe il difetto di interesse del convenuto, attesa la coincidenza tra sue conclusioni e pronuncia di primo grado. Ove, invece, si aderisca alla nozione di soccombenza “materiale”, in termini di efficacia pregiudizievole nei confronti della parte, si arriverebbe a conclusioni diametralmente opposte.

<sup>77</sup> Come affermato in particolare da G. CORSO, *Abuso del processo amministrativo?*, cit., 2.

<sup>78</sup> Cfr. in questo senso C. CONSOLO, *Il caso della soccombenza ...*, cit., 1570.

<sup>79</sup> L'apologo, attribuito al filosofo Giovanni Buridano, narra come un asino posto tra due cumuli di fieno perfettamente uguali e alla stessa distanza non sappia quale scegliere, morendo di fame e sete nell'incertezza (cfr. [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 2009).

<sup>80</sup> Cfr., così, G. TROPEA, *Spigolature ...*, cit., 1289.

All'esame da parte del giudice di appello della questione di giurisdizione, nell'ipotesi in cui il gravame sul punto fosse dichiarato inammissibile, sembra ostare il combinato disposto di due elementi: la lettera dell'art. 9 del Codice del processo amministrativo e il giudicato (se del caso implicito) formatosi in tale ipotesi.

Il detto art. 9, infatti, consente la rilevanza del difetto di giurisdizione in appello solamente in virtù di uno specifico motivo avverso il capo della sentenza *a quo* che ha statuito implicitamente o esplicitamente sulla giurisdizione. L'inammissibilità dell'appello sulla *potestas iudicandi* lo renderebbe *tamquam non esset* sul 'punto', con conseguente preclusione al giudice di rilevare l'eventuale difetto di giurisdizione d'ufficio.

L'argomentazione accennata nell'ordinanza di rimessione sul fatto che l'effetto dell'esame della questione sarebbe altro dalla questione in senso lato non convince. La questione di giurisdizione, infatti, non è rilevabile d'ufficio in appello ai sensi dello stesso art. 9 del C.P.A. e dunque non ha natura di questione in senso lato.

In ogni caso alla sua rilevanza d'ufficio ad opera del giudice del gravame osterebbe il giudicato (interno) che, a fronte della inammissibilità dell'appello, scenderebbe sulla *quaestio jurisdictionis* decisa (anche implicitamente) in sede di prime cure.

##### 5. Osservazioni conclusive

La questione di giurisdizione ha una sua ontologica complessità. Alla ricerca di un posto nell'*ordo thematum*<sup>81</sup>, deve fare i conti innanzitutto con la Costituzione, che la eleva a elemento fondante del processo, e comunque deve misurarsi con l'incedere dello stesso nella dialettica tra le parti. Il caso dell'appello in punto di giurisdizione ad opera del ricorrente che l'ha scelta in primo grado e che sul punto ha finito per essere vittorioso, ma sconfitto nel merito, sembra rappresentare il centro nevralgico di tutte le criticità che la questione è in grado di determinare.

Il legislatore, in principio (per effetto dell'art. 30 della legge n. 1034/1971), aveva optato per un doveroso accertamento del difetto di giurisdizione, anche *ex officio*, senza precisare in quale sede tale accertamento potesse (*rectius*, dovesse) essere fatto. La giurisprudenza era intervenuta rilevando che il giudice d'appello potesse verificare d'ufficio la giurisdizione qualora il giudice di primo grado avesse statuito solo in forma implicita sul punto, giacché in caso di decisione espressa sarebbe stato necessario un apposito gravame delle parti.

Arriva il 2008 e intervengono le sezioni unite della Cassazione a ridimensionare il perimetro applicativo dell'art. 37 del Codice di procedura civile, i cui principi erano ritenuti applicabili al processo amministrativo, che invece dispone

<sup>81</sup> Cfr. Cass., sez. un. civ., n. 29/2016, cit.

la rilevabilità del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado. L'opera creatrice della giurisprudenza ha ritenuto di forgiare la norma per adattarla alla realtà: i processi devono avere una durata ragionevole e la rilevabilità del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado configge con questo proposito, scontrandosi peraltro con le preclusioni derivanti dal progredire del processo.

L'art. 9 del Codice del processo amministrativo ne ha recepito i principi. Il *diritto giurisprudenziale* è diventato ispiratore del legislatore in altra sede. La norma, tra le altre, propone la questione problematica dell'appello sulla giurisdizione di colui che l'ha adita dinanzi al Tribunale amministrativo regionale.

È stata ritenuta azione abusiva da parte della giurisprudenza maggioritaria che si è espressa prima di un ulteriore intervento nomofilattico in sede di legittimità, che in ordine al medesimo tema ha evocato, quale elemento risolutivo, l'insussistenza dell'infedeltabile presupposto della soccombenza. Così che la giurisprudenza amministrativa si è adeguata al nuovo indirizzo.

I dubbi, però, permangono. Riaffiorano nell'ordinanza n. 2013/2021 di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale: da un lato ripropone il dubbio se il ricorrente che ha scelto la giurisdizione possa formulare un motivo di appello sul 'punto' nel caso di sua soccombenza nel merito in primo grado; dall'altro lato, sembra rimettere in discussione la soluzione legislativa della limitata (al primo grado di giudizio) rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione<sup>82</sup>.

Come si è detto, in ordine alla prima questione la tesi preferibile sembra quella volta a legittimare l'appello sul capo della giurisdizione da parte di colui che l'ha adita in primo grado. Alla base di tale tesi si pone il concetto di soccombenza *sostanziale* e la sua aderenza al dettato dell'art. 25 della Costituzione.

Rispetto alla seconda questione, andare nella direzione solamente abbozzata dall'ordinanza di rimessione, nel senso di ritenere esaminabile d'ufficio la *quaestio jurisdictionis* anche in caso di declaratoria di inammissibilità dell'appello sul 'punto', imporrebbe un intervento fortemente *creativo* dell'Adunanza plenaria, visto che sembra difficile superare ciò che la regola vuole<sup>83</sup>. Intervento che correrebbe il rischio di travalicare i confini dell'interpretazione per approdare sul terreno della formazione di una nuova regola.

Allora, sarebbe forse preferibile percorrere la strada che il nostro sistema fisiologicamente indica: la rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità, calibrata sul contrasto tra quanto affermato dall'art. 9 del Codice del processo amministrativo, in ordine alla deducibilità solamente in primo grado del difetto di giurisdizione, e l'art. 25, comma 1, della Costituzione, secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Alla luce di quanto emerge dal secondo quesito posto nella medesima ordinanza (riportato *sub* paragrafo 3).

<sup>83</sup> *Id est*, l'art. 9 del Codice del processo amministrativo.

<sup>84</sup> Allo stesso modo è stato concluso il saggio di un autorevole Autore, critico sulla soluzione

### Abstract

La disciplina della deducibilità del difetto di giurisdizione nel giudizio amministrativo di appello è stata fortemente incisa dal diritto giurisprudenziale. Nonostante l'art. 37 del Codice di procedura civile affermi chiaramente la rilevanza del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado, l'opera creatrice della giurisprudenza di legittimità, a partire dalle pronunce delle sezioni unite del 2008, ha ritenuto, a tutela della ragionevole durata del processo, di ridimensionare il campo di applicazione della norma prevedendo che la questione di giurisdizione possa essere rilevata d'ufficio sino al primo grado ovvero dedotta in appello mediante un motivo avverso il capo che ha statuito in modo implicito o esplicito sulla stessa giurisdizione. Tali pronunce hanno ispirato il legislatore in altra sede: l'art. 9 del Codice del processo amministrativo, infatti, è l'espressione dei principi conosciuti dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

Se nel giudizio di secondo grado il difetto di giurisdizione può essere dedotto solo attraverso uno specifico motivo di appello, incerta è la sorte del gravame proposto da colui che ha adito la giurisdizione e che è rimasto soccombente nel merito dinanzi al TAR.

Il presente lavoro prende spunto dalla recentissima ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 2013/2021), che affronta proprio il tema da ultimo richiamato. Dopo aver ricostruito le basi teoriche della questione, l'analisi è svolta alla luce degli interventi della giurisprudenza amministrativa e di legittimità, con l'obiettivo di individuare una corretta sintesi tra le norme e i principi costituzionali sottesi alla materia.

About the appeal on jurisdiction to the Consiglio di Stato by the subject who has referred to the judge, between Constitution, Administrative Process Code and judicial decisions: a systematic framework

The discipline of the deductibility of jurisdictional defect in the administrative judgment of appeal has been strongly influenced by the case-law. Despite the article 37 of the Code of Civil Procedure clearly states that the jurisdictional defect can be detected at every stage and level of proceeding, the creative case-law of the Supreme Court, starting from the rulings of 2008, considered – in order to protect the reasonable duration of the trial – to scale back that rule, providing that

---

adottata dalle sezioni unite della Cassazione del 2008 in quanto contrastante con il tenore letterale dell'art. 37 del Codice di procedura civile: cfr. R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola ...* cit., 385.

jurisdictional defect may be raised *ex officio* up to the first instance of judgement or deduced by way of a ground of appeal against the part of the decision that has ruled implicitly or explicitly on the jurisdiction. These rulings inspired the legislator elsewhere: the article 9 of the Administrative Process Code, indeed, is the expression of the principles coined by the jurisprudence of the Supreme Court.

If in the second instance the jurisdictional defect can be deduced only through a specific ground for appeal, the fate is uncertain of the appeal proposed by the one who has brought the case before the TAR but the question has been rejected.

This work takes its cue from the very recent referring order to the Plenary Session of the Council of State (n. 2013/2021), which precisely deals with the topic last pointed. After having reconstructed the theoretical basis of the question, the analysis is carried out in the light of the interventions of administrative and Supreme Court case-law, with the aim of identifying a correct synthesis between the law and constitutional principles underlying the subject.