

IL CONTRADDITTORIO TRA GARANZIA DELLE PARTI E *INSTRUMENTUM VERITATIS*: IL CASO DELLE SENTENZE “A SORPRESA” E DINTORNI.

The adversarial principle as guarantees of parties and *instrumentum veritatis*: the case of the “third way judgments” and surroundings.

SOMMARIO: 1. “Terza via” e giustizia della decisione. - 2. “Terza via” e contraddittorio come garanzia. - 3. Contraddittorio come strumento per la giustizia della decisione e come garanzia delle parti. - 4. “Terza via” nel processo civile. - 5. “Terza via” nel processo amministrativo: esame critico della giurisprudenza - 6. La necessità di una rimeditazione nel campo del processo amministrativo. - 7. Inosservanza del dovere di sentire le parti ex art. 60 c.p.a. tra nullità e ingiustizia della sentenza: esame critico della giurisprudenza. - 8. Inosservanza del dovere di comunicare alle parti il decreto di fissazione dell'udienza ex art. 71, comma 5, c.p.a.: esame critico della giurisprudenza. - 9. Un cenno alla giurisprudenza della CEDU.

1. L'interpretazione cui agevolmente si presta, nel diritto processuale amministrativo, la disciplina delle sentenze “a sorpresa” (o “della terza via”) costituisce l'ennesima conferma di una regola di comune esperienza tra gli addetti ai lavori: interventi legislativi ben meditati possono sortire un impatto positivo sull'efficienza processuale, senza costringere ad acrobatiche interpretazioni ortopediche. E' però necessario che la giurisprudenza amministrativa si sintonizzi sull'esatta interpretazione della disciplina: cosa non ancora avvenuta, come si vedrà, ad oltre cinque anni dall'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

L'art. 73, comma 3, c.p.a. prevede quanto segue: “Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie”. La disposizione è collocata nell'art. 73, rubricato “Udienza di discussione”, a sua volta ubicato nel Capo II – “Discussione” – del Titolo IV – “Riunione, discussione e decisione dei ricorsi” – del Libro II, dedicato al “Processo amministrativo di primo grado”¹.

La disposizione è certamente ispirata a quella introdotta, con l'art. 45, comma 13, l. 18 giugno 2009, n. 69, nell'art. 101, comma 2, c.p.c. (applicabile ai giudizi civili avviati dopo il 4 luglio 2009)²: “Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima

¹ Poco dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, il suo art. 73, comma 3, è stato applicato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha sottoposto al contraddittorio delle parti due questioni rilevate d'ufficio, dandone atto nel verbale dell'udienza: cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 dicembre 2010, n. 3, in *Urb. app.*, 2010, 326, con nota di A. TRAVI, *La Plenaria interviene sul c.p.a.: segnalazione da parte del giudice delle questioni rilevabili d'ufficio e concessione del beneficio dell'errore scusabile*. Sull'immediata applicabilità della disposizione nei processi amministrativi pendenti al 16 settembre 2010 (data di entrata in vigore del Codice), in difetto di deroga al generale principio *tempus regit actum*, cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2402.

² Cfr. art. 58, comma 1, l. 18 giugno 2009, n. 69.

questione”³. La disposizione è collocata nell’art. 101, rubricato “Principio del contraddittorio”, a sua volta inserito nel Libro I del codice di procedura civile, dedicato alle “Disposizioni generali”⁴.

Contrariamente all’art. 101, comma 2, c.p.c. (cfr. l’inciso “a pena di nullità”), l’art. 73, comma 3, c.p.a., non prevede testualmente, quale conseguenza della sua inosservanza da parte del “giudice”⁵, la nullità della sentenza.

Stando a quanto è chiaramente scritto nell’art. 101, comma 2, c.p.c., nel processo civile ogni sentenza “della terza via” è (testualmente) nulla. Non così nel processo amministrativo, dove la nullità (virtuale o extratestuale) della sentenza “a sorpresa” deve ritenersi circoscritta, ben più opportunamente, ai soli casi in cui si registra, in concreto, una violazione del contraddittorio come garanzia costituzionale delle parti (artt. 24, comma 2, e 111, comma 1, Cost.)⁶.

E’ da diversi decenni ampiamente condiviso il rilievo per cui la nullità di un atto processuale, quale è la sentenza, ben possa derivare geneticamente dalla violazione di un precetto costituzionale, pur in difetto di comminatoria espressa da parte della legge processuale ordinaria. I disposti costituzionali – tra i quali, per quel che qui rileva, gli artt. 24, comma 2, e 111, comma 1, Cost. – rappresentano il parametro primo di validità degli atti processuali⁷.

Si badi: l’art. 73, comma 3, c.p.a. condivide con l’art. 101, comma 2, c.p.c. l’ambito applicativo, edificato intorno alle sentenze “a sorpresa”. Tuttavia, mentre la chiara lettera dell’art. 101, comma 2, c.p.c. qualifica come nulle, indistintamente, tutte le sentenze (civili) “della terza via”, nel giudizio amministrativo la scure della nullità – da violazione dei rammentati precetti costituzionali – colpisce le sole sentenze “a sorpresa” che comportano, in concreto, lesione del contraddittorio come garanzia costituzionale delle parti.

Dunque, nel giudizio amministrativo non tutte le sentenze “della terza via” sono nulle. Occorre sceverare tra sentenze “a sorpresa” che implicano e che non implicano, in concreto, *vulnus* del contraddittorio come garanzia costituzionale delle parti: solamente le prime sono fulminate con la nullità (sempre che, beninteso, appellabili e ritualmente appellate⁸: nel campo d’indagine qui scandagliato ricadono le sole sentenze dei Tribunali amministrativi regionali, essendo quelle del Consiglio di Stato – ai cui giudizi pur si applica l’art. 73,

³ Prima ancora, cfr. art. 384, comma 3, c.p.c., come novellato dall’art. 12, d. lg. 2 febbraio 2006, n. 40: “Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio”, la Corte di cassazione “riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione”.

⁴ Se si fosse seguita la stessa logica “topografica” del codice di procedura civile, la disposizione dettata dall’art. 73, comma 3, c.p.a. avrebbe trovato collocazione all’interno del Capo I (“Contraddittorio e intervento”) del Titolo III (“Azioni e domande”) del Libro I (“Disposizioni generali”) del c.p.a.: se ne suggerisce, *de iure condendo*, l’inserimento nell’art. 27 c.p.a., *sub* comma 3.

⁵ “Giudice” sta per “collegio” che, “dopo la discussione, decide la causa” ai sensi degli artt. 75 e 76 c.p.a.

Dato che l’art. 4, comma 1, nn. 2) e 4), All. 4, c.p.a. ha abrogato l’art. 56, comma 4, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 e l’art. 41, comma 1, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 e, quindi, la relazione del giudice relatore in apertura dell’udienza di discussione – in linea con una prassi da lungo tempo consolidata – la segnalazione della questione, in udienza, deve essere fatta dal Presidente del collegio (che dirige l’udienza: art. 11, comma 1, delle norme di attuazione, *sub* All. 2, c.p.a.), per lo più su impulso del giudice relatore (designato dal Presidente almeno trenta giorni prima della data di udienza: art. 71, comma 6, c.p.a.), che più di ogni altro conosce il fascicolo della causa.

⁶ Cfr. altresì, con valenza meramente ricognitiva dei richiamati precetti costituzionali, l’art. 2, comma 1, c.p.a.: “Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall’articolo 111, primo comma, della Costituzione”.

⁷ Cfr. la dottrina citata da A. GIORDANO, *La sentenza della “terza via” e le “vie” d’uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una “terza soluzione” del giudice civile*, in *Giur. it.*, 2008, 913, note 14, 15 e 16; cfr. altresì gli spunti di diritto comparato offerti da L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, 51-70.

⁸ Per la conversione dei motivi di nullità della sentenza in motivi di sua impugnazione, cfr. art. 161, comma 1, c.p.c., applicabile nel processo amministrativo a mente del “rinvio esterno” di cui all’art. 39, comma 1, c.p.a.

comma 3, c.p.a., in forza del “rinvio interno” di cui all’art. 38 c.p.a. – ricorribili in cassazione unicamente per motivi inerenti alla giurisdizione ex art. 111, ultimo comma, Cost. e art. 110 c.p.a.).

L’art. 73, comma 3, c.p.a. ha così evitato d’importare nel processo amministrativo “un caso tipico di formalismo delle garanzie”: con questa formula Sergio Chiarloni connotava negativamente – già intorno alla metà degli anni Ottanta del secolo scorso⁹, in contrapposizione alla tesi, fin da allora dominante nella dottrina processualciviltistica¹⁰, della indiscriminata nullità delle sentenze “a sorpresa”¹¹ – “quei casi in cui il formalismo processuale, un male che può farsi *strumento del torto* secondo le parole di Hegel¹², si mimetizza dietro la “santità” dei principi costituzionali sanciti nel 1948 e nel 1999 più analiticamente articolati dal novellato testo dell’art. 111 Cost., sotto la nozione di giusto processo: “con la conseguenza di rovesciare le garanzie nel loro contrario, da presidi di giustizia a cause d’ingiustizia o d’ingiusta dilazione della decisione”¹³.

Si pensi ad un giudizio amministrativo di primo grado in cui il dibattito tra le parti si è concentrato tutto sulla difformità/conformità di un diniego di accesso ai documenti rispetto ad una norma regolamentare; ad un Tribunale amministrativo regionale che, in sede di decisione della causa, ha imboccato la “terza via”, *sub specie* di disapplicazione *ex officio* dell’illegittima norma regolamentare e, in virtù della (diretta applicazione della) pertinente norma di legge¹⁴, ha accolto il ricorso¹⁵; ad un’amministrazione che ora, nonostante l’insuperabilità delle ragioni sostanziali addotte a fondamento della sentenza del Tribunale (illegittimità della disapplicata norma regolamentare e fondatezza della pretesa ostensiva azionata, alla stregua della pertinente norma di legge), propone appello (e relativa domanda cautelare ex art. 98 c.p.a.), onde ottenere l’annullamento della sentenza e la rimessione della causa al primo giudice ex art. 105, comma 1, c.p.a., al (malcelato) fine di costringere un sicuro vincitore a riassumere (ex art. 105, comma 3, c.p.a.) e coltivare per qualche mese (o per qualche anno) un processo dall’esito scontato. In uno scenario

⁹ S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss.

¹⁰ Anche sull’abbrivio dato dall’art. 16 c.p.c. francese, ai sensi del quale “Le juge doit, en toute circonstances, faire observer et observer lui-meme le principe de la contradiction [...] Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations” (su cui J. NORMAND, *I poteri del giudice civile e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 736-737 ss.; D. BUONCRISTIANI, *L’allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 215 ss.), cfr., per l’indicazione di previsioni analoghe nel diritto processuale civile tedesco e austriaco, L.P. COMOGLIO, “*Terza via*” e processo “giusto”, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 758, nota 19; M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”,* in *Riv. dir. proc.*, 2010, 827, anche nota 6.

¹¹ Cfr. la dottrina richiamata da F.P. LUISO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria”?*, nota a Cass., sez. I, 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giust. civ.*, 2002, 1612, nota 4; A. GIORDANO, *La sentenza della “terza via”,* cit., 912, nota 12; M. GRADI, *Il principio*, cit., 829, nota 11, a cominciare da V. DENTI, *Questioni rilevabili di ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 ss., che inaugurò, alla fine degli anni Sessanta del secolo scorso, quell’orientamento dottrinale, ben presto divenuto maggioritario (cfr., tra gli altri, L.P. COMOGLIO, “*Terza via*”, cit., 755 ss.), che in anni recenti si è fatto diritto positivo.

¹² F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1820), Bari, 1971, 193.

¹³ S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia, formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, in *Giur. it.*, 2011, 208.

¹⁴ Anch’essa invocata dal ricorrente, ché altrimenti il giudice avrebbe pronunciato “oltre i limiti” della domanda giudiziale (art. 112 c.p.c. e art. 34, comma 1, c.p.a.).

¹⁵ Il tema delle sentenze “a sorpresa” era stato inizialmente confinato alle sole questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito, in quanto suscettibili, se fondate, di definire il giudizio (V. DENTI, *Questioni rilevabili d’ufficio*, cit., 225 ss.); ma gli ulteriori sviluppi, principalmente dovuti ad una monografia dei primi anni Ottanta del secolo scorso (C. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati*, vol. XLIX-L, 1980-81, ma 1984, 50 ss.), hanno esteso l’ambito delle questioni rilevate d’ufficio, per i fini che qui interessano, ad ogni *quaestio* passibile di risultare rilevante per il giudizio e, quindi, di incidere sulla decisione della vertenza (M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell’istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, 1166 ss.; M. GRADI, *Il principio*, cit., 829 e 837-838; cfr. altresì la dottrina citata da D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 403, nota 12).

siffatto l'exasperato formalismo si farebbe *strumento del torto*, poiché verrebbe premiato l'intento puramente dilatorio della parte (nell'esempio: l'opaca amministrazione soccombente) che nel torto si trova. "Con quali deplorevoli conseguenze per le esigenze di giustizia (oltre che della sua amministrazione) anche un cieco è in grado di vedere"¹⁶.

Si pensi, ancora, ad una sentenza di primo grado che, preso atto dell'erompere di una legge retroattiva dal contenuto analogo a quello di altra già di recente passata indenne dal vaglio di legittimità costituzionale, abbia d'ufficio dichiarato improcedibile un ricorso (contro un diniego di sanatoria di un manufatto abusivo) per sopravvenuta carenza d'interesse (art. 35, comma 1, lett. c), c.p.a.), senza aver prima suscitato tra le parti alcun dibattito sul punto; ad un ricorrente soccombente che ora, nonostante l'incontrovertibilità delle ragioni (sostanziali) poste alla base della declaratoria giudiziale di improcedibilità (legge retroattiva che, senza dare adito ad alcun dubbio di costituzionalità, vieta la sanatoria di certi manufatti abusivi), interpone appello (e relativa domanda cautelare ex art. 98 c.p.a.) onde ottenere l'annullamento della sentenza e la rimessione della causa al primo giudice ex art. 105, comma 1, c.p.a., così da appagare il suo (malcelato) interesse a procrastinare il più possibile la litispendenza e differire *sine die* un sacrificio inevitabile, confidando altresì che una qualche sopravvenienza normativa, animata dalla logica del perdono, permetta finanche di scansarlo (il pensiero corre alla subordinazione della demolizione di un manufatto abusivo rispetto alla chiusura della "partita" relativa alla domanda di sanatoria, con lo stagliarsi all'orizzonte dell'eventualità di un periodico e risolutivo condono). Ancora una volta, il cieco formalismo si farebbe machiavellico grimaldello al servizio del torto, perché verrebbe assecondata la volontà puramente dilatoria della parte (nell'esempio: l'autore dell'abuso edilizio) che nel torto sta. "Senza contare l'insensatezza di pretendere l'annullamento di una sentenza che [...] il giudice di rinvio" necessariamente riprodurrebbe "con identico dispositivo"¹⁷.

"La nullità fungerebbe da rapida scorciatoia, facilmente agibile da difensori spregiudicati; il giudizio potrebbe subire un ritardo pari al tempo di un'impugnativa pretestuosa; la macchina processuale potrebbe ingolfarsi e rendere un prodotto contrario a giustizia"¹⁸.

Invero, la questione rilevata d'ufficio "non è una questione dell'ufficio, appartenente ad un misterioso patrimonio di sue conoscenze esoteriche. E' una questione sempre risolvibile, in base a nozioni, giuridiche o fattuali, che appartengono ad un patrimonio di conoscenze che sono comuni al giudice e alle parti, o meglio ai loro avvocati. Ne deriva che il non avere il giudice indicato la questione non costituisce la causa del mancato contraddittorio su di essa, da ravvisare piuttosto in un'insufficiente attenzione dei difensori" e, in modo particolare, del difensore della parte cui giovano gli effetti della *quaestio* rilevata d'ufficio¹⁹. "Non per nulla, quando i difensori fanno il proprio mestiere, le questioni rilevabili d'ufficio, prima che l'ufficio autonomamente le ravvisi, sono sollevate dalle parti, tanto che la dottrina ha sentito il bisogno di disegnare

¹⁶ S. CHIARLONI, *La sentenza "della terza via" in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, nota a Cass., sez. I, 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giur. it.*, 2002, 1363.

¹⁷ Così S. CHIARLONI, *La sentenza "della terza via"*, cit., 1364.

¹⁸ A. GIORDANO, *La sentenza della "terza via"*, cit., 915, che riporta il chiaro pensiero di Sergio Chiarloni.

¹⁹ Il carattere "per eccellenza pubblico" delle questioni (S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 578) determina l'*imputet sibi* delle parti (e, in particolare, di quelle che avrebbero tratto beneficio dagli effetti della *quaestio*) per il mancato dibattito. Anche E.F. RICCI, *La sentenza "della terza via" e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 751, rileva che "quando si impone alle parti una difesa tecnica, mediante avvocati in grado di vedere e comprendere quanto emerge dal fascicolo del processo, la garanzia del contraddittorio", che richiede "che ogni parte abbia la *possibilità* di difendersi in modo adeguato, con accesso alle fonti di informazione sulle quali sarà fondata la futura decisione", "è in ogni caso salva" (il corsivo è dell'Autore).

un'apposita categoria concettuale per questa attività, istituendo la *species* delle eccezioni in senso improprio [o in senso lato] o *exceptiones facti*²⁰.

“Contrariamente a ciò che alla superficie può apparire, l'inosservanza del dovere del giudice di stimolare il contraddittorio delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio non mette in giuoco, di per sé [...] il principio del contraddittorio [come garanzia costituzionale delle parti] e la correlativa nullità che sanziona il suo mancato rispetto. Trattandosi del dovere di sollecitare la previa discussione su questioni che appartengono al patrimonio del comune sapere di tutti i soggetti del processo, il principio che viene in considerazione è un altro, la cui trasgressione non comporta (e sarebbe irragionevole che comportasse) la nullità della sentenza. Si tratta del principio di reciproca collaborazione del giudice con le parti²¹: “principio che la dottrina ha da tempo individuato come una componente ispiratrice importante delle moderne discipline processuali²². Prova ne sia il suo richiamo, ancorché riduttivamente finalizzato alla “realizzazione della ragionevole durata del processo”, nell'art. 2, comma 2, c.p.a. (nel Capo I – “Principi generali” – del Titolo I – “Principi e organi della giurisdizione amministrativa”, del Libro I, dedicato alle “Disposizioni generali”).

Si è or ora riportato il brillante argomentare con cui Sergio Chiarloni ha dapprima – fin dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso²³ - avvertito la (prevalente) tesi dottrinale dell'indiscriminata nullità delle sentenze “della terza via”, e poi, in anni più recenti, suggerito “un'interpretazione correttiva” dell'art. 101, comma 2, c.p.c., infelice nella sua generalizzata comminatoria di nullità²⁴.

Intendiamoci: è innegabile, perché scolpita nella nitida lettera dell'art. 73, comma 3, c.p.a., l'esistenza di un generale dovere del giudice amministrativo di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio su cui ritiene di edificare la decisione. Dovere sanzionabile in via disciplinare²⁵, secondo le indicazioni offerte dall'art. 124 c.p.p., sicura espressione di un principio di diritto processuale comune laddove stabilisce che “i magistrati sono tenuti ad osservare le norme di questo codice anche quando l'inosservanza non comporta nullità o altra sanzione processuale” e “i dirigenti degli uffici vigilano sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare²⁶”.

Ma la sorte delle sentenze “della terza via” che non si saldano, in concreto, con la violazione del contraddittorio come garanzia costituzionale delle parti si gioca tutta sul versante della giustizia o ingiustizia della decisione, non su quello della sua validità o invalidità.

²⁰ S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia*, cit., 208. Negli stessi termini, già intorno alla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, lo stesso S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 577 ss.

²¹ Su cui cfr. E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 ss.; ID., *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 318. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 92, affermava che “le parti non solo *subiscono* il processo, ma anche *agiscono* nel processo”, tanto che “non sono giudicate se non aiutano a giudicare”.

²² S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia*, cit., 208.

²³ Cfr. S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 569 ss.; ID., *La sentenza “della terza via”*, cit., 1363 ss.

²⁴ Cfr. S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia*, cit., 207 ss.

²⁵ G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1026, richiama, in relazione ai giudici ordinari, l'art. 2, lett. d), d. lg. 23 febbraio 2006, n. 109, ai sensi del quale “costituiscono illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni [...] d) i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori [...] o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario”.

Quanto ai magistrati amministrativi, cui il d. lg. n. 109/2006 non s'applica giusta la previsione del suo art. 30, soccorre tuttora, incredibilmente, l'art. 18, r.d. lg. 31 maggio 1946, n. 511 (che sottopone a responsabilità disciplinare il magistrato che “manchi ai suoi doveri o tenga in ufficio [...] una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere”), cui opera un rinvio statico l'art. 32, l. 27 aprile 1982, n. 186 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 2015, n. 5572). Urge una nuova disciplina legislativa e i proclami in tal senso, apparsi sui *media* nell'estate del 2014, sono rimasti lettera morta.

²⁶ Per il richiamo dell'art. 124 c.p.p., “sicura espressione di un principio generale dell'universo processuale”, si è ancora debitori di S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia*, cit., 208; ID., *La sentenza della “terza via”*, cit., 1363.

“Supponiamo che la sentenza sia palesemente ingiusta perché il giudice ha sbagliato proprio nel risolvere la questione rilevata d’ufficio [es., erronea declinatoria della giurisdizione; disapplicazione di regolamento per errore ritenuto illegittimo]: in casi del genere è senz’altro possibile, e magari anche probabile, che il non avere aperto lo spazio” al dibattito tra le parti “abbia contribuito in modo determinante alla commissione dell’errore. Ma, evidentemente, ciò che qui balza in primo piano è solo quest’errore, che si tratterà di riparare nel successivo grado d’impugnazione (es., annullamento dell’erronea declinatoria della *potestas iudicandi* e rimessione della causa al giudice di primo grado ex art. 105, comma 1, c.p.a.; nuova decisione della controversia in applicazione del legittimo regolamento). Anche dal punto di vista dell’interesse delle parti, la pretesa violazione del contraddittorio rimane qui sullo sfondo, trascolora, anzi, si può ben dirlo, perde completamente di rilevanza”²⁷.

Per contro, laddove la questione rilevata d’ufficio sia stata solitariamente ma correttamente risolta, non residua alcun margine per dolersi, dinnanzi al giudice dell’impugnazione, di una sentenza giusta (es., insuperabile declinatoria della giurisdizione; disapplicazione di regolamento incontrovertibilmente illegittimo).

Non ha senso, dunque, discorrere di nullità della sentenza, poiché delle due l’una: o la questione, rilevata d’ufficio e non significata alle parti, è stata rettammente decisa, ed allora non si intravede spazio alcuno per censurare utilmente, in sede d’impugnazione, una sentenza giusta; oppure la questione non è stata correttamente definita, ed allora la sentenza è ingiusta per aver deciso male, e non invalida per aver deciso senza la previa attivazione del confronto dialogico tra le parti²⁸.

2. Quanto testé osservato riguarda le sentenze “a sorpresa” (dei Tar) che non generano, in concreto, lesione del contraddittorio come garanzia delle parti. Esse risulteranno giuste o ingiuste, ma mai si porrà un problema, altrimenti in linea di principio preliminare, di loro validità o invalidità (con assunzione a parametro del presidio costituzionale del contraddittorio)²⁹.

Non così per le sentenze “della terza via” che implicano, in concreto, violazione del contraddittorio come garanzia delle parti: nulle, in quanto tali. Con una nullità che, ove accertata dal Consiglio di Stato, quale giudice dell’appello, prelude alla rimessione della causa al Tribunale di primo grado ex art. 105, comma 1, c.p.a.³⁰, affinché in quella sede venga reintegrato in forma specifica il diritto di difesa in precedenza vulnerato³¹.

²⁷ S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia*, cit., 208.

²⁸ S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d’ufficio*, cit., 582 ss.

²⁹ La dislocazione sul versante della giustizia/ingiustizia deve predicarsi, ad esempio, allorché il giudice desume *motu proprio* argomenti di prova dal comportamento delle parti nel corso del processo (art. 116, comma 2, c.p.c.; art. 64, comma 4, c.p.a.), derivandone inferenze determinanti ai fini della decisione: correttamente o meno, è profilo che attiene, per l’appunto, alla giustizia o ingiustizia della sentenza e forma, se del caso, materia del giudizio di impugnazione (cfr. M. ACIERNO, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 471, secondo cui esula dall’art. 101, comma 2, c.p.c., “l’attività valutativa delle prove, in quanto il diritto al contraddittorio non si pone come un argine al libero convincimento del giudice a fronte dei fatti allegati e provati”). *Contra* L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 935-936; M. GRADI, *Il principio*, cit., 839, e la dottrina *ivi* menzionata in nota 50.

³⁰ Premesso che la locuzione “nullità della sentenza” è dall’art. 105, comma 1, c.p.a., utilizzata in modo palesemente improprio, perché qualsiasi vizio processuale nel giudizio di primo grado determina, tecnicamente, la nullità della sentenza, mentre la rimessione al giudice di prime cure è prevista (e va disposta) “soltanto” in casi particolari (A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 333), e che alla mancanza di contraddittorio sono di solito ascritte le fattispecie in cui è variamente pregiudicato il diritto di una parte necessaria d’essere intimata in giudizio, la violazione dell’art. 73, comma 3, c.p.a., è riconducibile alla lesione del “diritto di difesa di una delle parti”.

³¹ Nel senso dell’annullamento con rimessione della causa in primo grado ai sensi dell’art. 105, comma 1, c.p.a., cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1462; C.g.a.r.S., 30 gennaio 2012, n. 85; C.g.a.r.S., 27 luglio 2012, n. 721 (a livello

La sentenza “a sorpresa” si sposa con la ferita del contraddittorio come garanzia delle parti allorché la mancata attivazione del dibattito sulla questione rilevata d’ufficio ha inciso sul loro diritto di difesa, sulla loro potenziale e potenzialmente utile attività difensiva. Ciò si avvera quando il rilievo d’ufficio solitario, da parte del giudice, ha precluso allegazioni di fatti e deduzioni istruttorie che il soccombente avrebbe altrimenti svolto, nel tentativo di prevalere, almeno in parte, sull’avversario. Si registra una compressione del diritto di difesa del soccombente, a causa dell’*error in procedendo* del giudice, allorché siano enucleabili allegazioni fattuali e iniziative istruttorie che non hanno avuto modo di spiegarsi, in conseguenza del mancato stimolo del contraddittorio sulla *quaestio* rilevata *ex officio* e decisa in solitudine dal giudice. In casi consimili, l’errore in cui è incorso il magistrato nuoce al diritto di difesa delle parti, ossia impedisce loro di prodursi in iniziative assertorie e probatorie che avrebbero potuto propiziare un esito in tutto o in parte differente della controversia. Risultano così inibite attività difensive (che sarebbero state) consequenziali alla (doverosa, ma mancata) indicazione alle parti della questione rilevata d’ufficio dal giudice e solitariamente risolta (es., la segnalazione giudiziale alle parti della nullità di una clausola contrattuale abusiva avrebbe reso rilevante il fatto che detta clausola ha formato oggetto di trattativa individuale)^{32 33}.

di *obiter dictum*); Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 5970; Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712; Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1127; Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2402 (a livello di *obiter dictum*); Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2013, n. 2175; Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2014, n. 2420; Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2014, n. 2518; Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4383. Isolata, nel senso che il giudice d’appello trattiene la causa, eventualmente rimettendo in termini le parti per svolgere le difese consequenziali alla questione rilevata d’ufficio, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 825 (ma, a ben vedere, la decisione, intervenendo su un ricorso per revocazione di una precedente sentenza, che aveva definito una causa spedita in decisione nel luglio 2010, presuppone l’applicazione dell’art. 35, l. 6 dicembre 1971, n. 1034). La soluzione era già stata accolta, proprio nel vigore dell’art. 35, l. n. 1034/1971, da Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2079.

³² L’esempio si deve a F.P. LUISO, *Questione rilevata di ufficio*, cit., 1613.

³³ S’impone un’interpretazione costituzionalmente orientata del riduttivo dato letterale dell’art. 101, comma 2, c.p.c.: le “osservazioni” *ivi* menzionate, lungi dal rimanere imprigionate nell’angusto limbo di difese “monche” o “impoverite”, comprendono la facoltà di modificare le domande, proporle di nuove, articolare nuove eccezioni, allegare nuovi fatti secondari, svolgere nuove istanze istruttorie, depositare nuovi documenti, tutte attività che ben possono rivelarsi indispensabili in conseguenza del rilievo officioso di una questione da parte del giudicante (M. GRADI, *Il principio*, cit., 834-837; G. COSTANTINO, *Questioni processuali*, cit., 1035; D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101*, cit., 410-411, ove si formula altresì il condivisibile auspicio che i giudici, forzando il dato letterale, fissino un termine per il deposito di memorie ed uno per il deposito di repliche, restando comunque all’interno del lasso temporale indicato dalla disposizione).

Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, secondo cui il potere-dovere del giudice, lungo tutto il corso del processo di primo grado, di rilevare d’ufficio la nullità contrattuale (art. 1421 c.c.) – dove rilevare significa indicare alle parti – può precludere alla formulazione di una domanda di nullità nuova, ammissibile (come le conseguenti attività probatorie) anche se proposta oltre le note barriere preclusive (artt. 183-184 c.p.c.): “non si tratta, infatti, di consentire all’istante una tardiva resipiscenza processuale, bensì di riconoscere un senso ad un itinerario processuale che [...] consente di pervenire a un effettivo e definitivo accertamento in relazione a una questione emersa per la prima volta, sia pure *ope iudicis*, in una qualunque fase del giudizio” (par. 5.11). L’ammissibilità della domanda di nullità tardiva è “speculare alla [...] tardività della rilevazione *officio iudicis*, poiché da essa finisce per trarre [...] fondamento” (par. 5.13). “E’ questo l’unico possibile significato da attribuire al sintagma ‘memorie concernenti osservazioni sulla questione’ [...]; che, se il contenuto di tali memorie dovesse limitarsi ad un’attività solo assertiva”, simile a quella che caratterizza l’intervento adesivo dipendente, “si tornerebbe, in buona sostanza, alle sentenze ‘della terza via’ *ante* riforma, poiché quelle ‘osservazioni’ non risulterebbero” tali da garantire a sufficienza “il diritto di difesa delle parti” (par. 5.11.4). La sentenza non convince, invece, laddove – pur procedendo dal riconoscimento del perdurante obbligo di rilevare d’ufficio la nullità contrattuale “imposto al giudice d’appello (al pari di quello di legittimità) dall’art. 1421 c.c., che non conosce né consente limitazioni di grado” (par. 8.2) – ritiene inammissibile, ai sensi dell’art. 345, comma 1, c.p.c., la domanda di nullità proposta per la prima volta nel giudizio di appello, che però si converte in eccezione di nullità, ammissibile a mente dello stesso art. 345, comma 2, c.p.c., in quanto eccezione in senso lato (par. 8.5). E’ stato correttamente osservato che “se è vero che il principio del contraddittorio [come garanzia costituzionale delle parti] dovrebbe sempre prevalere sul principio di preclusione, non si vede come si possa impedire la domanda in parola, che, non si dimentichi, è provocata dalla spendita di un ammissibile potere

Conquista il centro della scena la causalità del vizio, la sua potenzialità incisiva sul diritto di difesa delle parti e, in modo particolare, della parte soccombente³⁴.

E' così sintetizzabile la linea di discriminazione tra sentenze "a sorpresa" *nulle* in quanto implicano e *al più ingiuste* in quanto non implicano, in concreto, lesione del contraddittorio come garanzia delle parti: la questione rilevata *ex officio*, in solitudine risolta dal giudice e posta a fondamento della sua decisione si rivela, rispettivamente, come questione *di fatto* o *mista* (fatto-diritto) oppure come questione di *puro diritto*³⁵.

Assume una valenza decisiva la natura della questione, come denotata dall'atto di impugnazione della sentenza di primo grado da parte del soccombente. Solamente la decisione solitaria di questioni di fatto o miste (fatto-diritto) è in grado di compromettere il diritto di difesa e, quindi, la validità della sentenza "a sorpresa", purché la relativa rilevazione officiosa sia suscettibile di determinare "ipotesi di sviluppo della *res litigiosa* fino a quel momento processuale" non sondate dalle parti sotto il profilo dell'allegazione e della prova. Per contro, se la questione *motu proprio* affrontata e non significata alle parti è di *puro diritto*, non è rinvenibile nella sentenza "a sorpresa" altro vizio all'infuori dell'eventuale *error iuris in iudicando*³⁶.

processuale altrui" (M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur. it.*, 2015, 1387; anche G. VERDE, *Sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 748, suggerisce di adattarsi "all'idea che in questa ipotesi si abbia un giudizio di merito in unico grado").

Analoghe considerazioni valgono, *mutatis mutandis*, per l'art. 73, comma 3, c.p.a. Pertanto, non persuadono, nella loro assolutezza, gli assunti secondo cui: a) "il deposito di memorie" è "presidio [...] comunque sufficiente del principio del contraddittorio" (Cons. Stato, sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1189, ove si esclude *a priori* la fissazione di "un'ulteriore udienza pubblica", a valle dello scambio di memorie); b) è negata, in ogni caso, la "possibilità di rimettere la causa sul ruolo" di un'udienza successiva (C.g.a.r.S., 27 luglio 2012, n. 721). Invero, non può escludersi *a priori* che, in conseguenza del rilievo officioso di una questione da parte del giudice, si renda necessaria l'articolazione di nuove domande (art. 43 c.p.a.) ed eccezioni (anche in deroga al divieto dei *nova* di cui all'art. 104, comma 1, c.p.a.), l'allegazione di nuovi fatti secondari, la produzione di nuovi documenti, la formulazione di nuove istanze istruttorie (anche in deroga al divieto di cui all'art. 104, comma 2, c.p.a.), che magari sollecitano ordinanze collegiali (es., artt. 66 e 67 c.p.a.). Senza dire che l'allegazione di un fatto fa sorgere in capo alla controparte l'onere della (e nel contempo il diritto alla) specifica contestazione (art. 64, comma 2, c.p.a.).

³⁴ Potenzialità incisiva sul diritto di difesa ravvisabile allorché il soccombente-appellante lamenta "che il rilievo officioso, senza previa stimolazione del contraddittorio, ha impedito ulteriori allegazioni bisognose di prova che sarebbero state capaci di indirizzare la sentenza di primo grado verso un risultato per lui favorevole malgrado la correttezza della soluzione d'ufficio (ho rivendicato la proprietà sulla base di un contratto che è nullo e allora faccio valere l'usucapione)": S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia*, cit., 208.

³⁵ Per i concetti – di derivazione francese – di "mezzo di puro diritto", "mezzo misto di fatto e di diritto", "mezzo di fatto", cfr. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti*, cit., 196 ss.

³⁶ In tal senso Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, in *Corr. giur.*, 2010, 352 ss. (con nota di C. CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerge l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*), a poco meno di tre mesi dall'entrata in vigore della novella del 2009, ma in una controversia in cui era inapplicabile *ratione temporis* il novellato art. 101, comma 2, c.p.c. E' palmare, anche se non sempre colta e mai abbastanza sottolineata, l'influenza sulla sentenza dell'acuta impostazione di Sergio Chiarloni.

Negli stessi termini, in precedenza, Cass., sez. III, 5 agosto 2005, n. 16577, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 747 ss., con nota di E.F. RICCI, *La sentenza "della terza via" e il contraddittorio*, cit., e di L.P. COMOGLIO, *"Terza via" e processo "giusto"*, cit.; Cass., sez. III, 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Corr. giur.*, 2006, con nota di C. CONSOLO, *Questioni rilevabili d'ufficio e decisioni della terza via: conseguenze*, cit.; Cass., sez. II, 9 giugno 2008, n. 15194, in *Giur. it.*, 2008, 910, con nota di A. GIORDANO. Cfr. altresì Cass., sez. I, 5 giugno 2003, n. 8993, di cui dà conto G. COSTANTINO, *Questioni processuali*, cit., 1027: in quel caso, il tribunale aveva dichiarato la nullità di un contratto di appalto ed aveva rigettato la domanda diretta ad ottenere la condanna al pagamento del corrispettivo; l'appello, con cui era stata dedotta anche la nullità della sentenza per violazione dell'art. 183, comma 3, c.p.c., era stato rigettato; la questione era stata infine riproposta come motivo di ricorso per cassazione; quest'ultima aveva respinto il motivo, sul rilievo che "tutta l'attività processuale e tutte le difese [...] si sono incentrate proprio sulla nullità del negozio pronunciata dai primi giudici, senza neppure necessità di chiedere un provvedimento di rimessione in termini per l'esercizio delle attività deduttive ed istruttorie non potute esercitare in primo grado".

Si badi: la natura della questione – se *di fatto* o *mista* (fatto-diritto) o piuttosto di *puro diritto* – emerge *ex post* dalla lettura, caso per caso, dell’atto d’impugnazione della sentenza “della terza via” da parte del soccombente³⁷.

La questione è di *puro diritto* se nell’atto di impugnazione sono svolte soltanto argomentazioni giuridiche dirette a palesare l’ingiustizia della sentenza appellata: la questione si esaurisce allora nell’interpretazione di una norma giuridica – nella *Rechtsauslegung*, direbbero oltr’alpe – applicabile ad un invariato quadro di fatti. Per contro, la questione è di fatto o mista se nell’atto di impugnazione figurano allegazioni di fatti e deduzioni istruttorie ad essa consequenziali, potenzialmente capaci di condurre ad una diversa risoluzione della vertenza: “l’amputazione della storia processuale causata dal rilievo solitario della questione”, secondo una felice espressione di Chiarloni³⁸.

Nel medesimo solco, in seguito (ma sempre in controversie in cui non era pertinente *ratione temporis* il novellato art. 101, comma 2, c.p.c.), Cass., sez. III, 12 marzo 2010, n. 6051 e Cass., sez. lav., 23 aprile 2010, n. 9072 (di cui dà conto G. COSTANTINO, *Questioni processuali*, cit., 1029-1030); Cass., sez. III, 27 aprile 2010, n. 10062; Cass., sez. VI, 30 aprile 2011, n. 9591; Cass., sez. trib., 13 luglio 2012, n. 11928 (ma, leggendo con attenzione quest’ultima sentenza, l’omessa attivazione del contraddittorio su una questione rilevata d’ufficio sbiadisce rispetto all’accertamento, in primo piano, della violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato); Cass., sez. III, 7 novembre 2013, n. 25054; Cass., sez. III, 12 aprile 2013, n. 8936, secondo cui dalla omessa segnalazione alle parti di “una questione di puro diritto” (nella specie, il difetto di legittimazione all’opposizione ad un’esecuzione immobiliare) non deriva la nullità della sentenza ma, al più, “la consumazione di un *error in iudicando*”; Cass., Sez. I, 17 aprile 2014, n. 8956; Cass., sez. trib., 23 maggio 2014, n. 11453, secondo cui è “principio consolidato” che “l’omessa indicazione alle parti, ad opera del giudice, di una questione di fatto, ovvero mista di fatto e di diritto, rilevata d’ufficio, sulla quale si fonda la decisione, comporta la nullità della sentenza [...] per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell’esercizio del contraddittorio e delle connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione decisiva [...] allorché la parte che se ne dolga prospetti in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere qualora il contraddittorio sulla predetta questione fosse stato tempestivamente attivato” (nella specie, “la questione posta a base della decisione – indubbiamente rilevabile d’ufficio, trattandosi dell’applicazione del diritto comunitario – non è di puro diritto, ma presenta anche profili di fatto, prospettati dalla ricorrente, relativi all’applicabilità alla fattispecie concreta del [...] regolamento comunitario, in relazione all’entità degli aiuti concessi alla società contribuente”: come dire che l’applicazione “a sorpresa” del regolamento comunitario, da parte del giudice tributario d’appello, rendeva rilevante, nel caso di specie, la misura degli aiuti accordati nell’arco di un quadriennio ad una società, sotto forma di crediti d’imposta e, segnatamente, il ricadere o meno detti aiuti in quelli di “importanza minore” o “*de minimis*”; donde la cassazione della sentenza della commissione tributaria regionale e il rinvio della causa ad altra sezione della stessa).

Contra – e rimaste isolate – Cass., sez. II, 27 luglio 2005, n. 15705 (in *Riv. dir. proc.*, 2006, 747) e Cass., sez. III, 28 gennaio 2004, n. 1572 (di cui dà conto G. COSTANTINO, *Questioni processuali*, cit., 1027), sul non condivisibile rilievo della tassatività delle nullità formali (art. 156, comma 1, c.p.c.), invero non pertinente rispetto a nullità extra formali, quali sono quelle derivanti dalla violazione del contraddittorio (e tali, si badi, restano anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 101, comma 2, c.p.c., poiché l’alternativa formale – extra formale non va confusa con quella testuale – virtuale: un accenno di commistione, invece, in A. GIORDANO, *La sentenza della “terza via”*, cit., 913; D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101*, cit., 412).

³⁷ Cfr. C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 361, ove si sottolinea che “la mera ricorrenza di una questione di puro diritto non può *ex se* a priori determinare la ‘innocuità’ della violazione del contraddittorio. Quantomeno nei casi in cui il giudice addivenga solitariamente ad una *diversa qualificazione giuridica* dei fatti di causa (ad es. del contratto) mai in precedenza prospettata. Questa, infatti, può ben aprire la strada a diverse allegazioni di fatti ad opera delle parti e conseguentemente alla necessità di svolgere ulteriori attività difensive (anche istruttorie), trasformandosi così mediamente (o per quanto attiene alle conseguenze della mancata attivazione del contraddittorio) in una questione a ben vedere mista (di fatto e diritto)” (il corsivo è dell’Autore). Così pure G. COSTANTINO, *Questioni processuali*, cit., 1035; D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101*, cit., 408. A nulla vale, in contrario, ricondurre nell’esercizio del “nucleo tipico dell’attività di decisione” la “attività interpretativa del quadro normativo applicabile alla fattispecie” e “l’autonoma qualificazione giuridica del rapporto dedotto in giudizio o di un fatto rilevante o decisivo allegato” (così, invece, M. ACIERNO, *La motivazione*, cit., 471-472).

³⁸ S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia*, cit., 209.

Si pensi all'ipotesi di un Tar che, senza previa indicazione alle parti della questione (pregiudiziale di rito), dichiara irricevibile per tardività (art. 35, comma 1, lett. a), c.p.a.) un ricorso contro un'aggiudicazione definitiva, in quanto notificato oltre i prescritti trenta giorni (art. 120, comma 5, c.p.a.). Il ricorrente-soccombente sostiene, nell'atto di appello, di aver dapprima ricevuto, dalla stazione appaltante, una scarsa comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva e, soltanto in un secondo momento, il provvedimento corredato dai verbali di gara, e che il termine per la notifica del ricorso decorre solamente dal ricevimento di una comunicazione che esibisce la completezza di cui all'art. 79, comma 5-bis, d. lg. 12 aprile 2006, n. 163 (provvedimento di aggiudicazione definitiva con la relativa motivazione, contenente almeno "le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata" o, in alternativa, corredato dai verbali di gara). Alla luce di quanto prospettato – in punto di fatto – nell'appello, la questione della tempestività/tardività della notifica del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado si atteggia, in concreto (ed *ex post*), come questione *mista*³⁹.

Ancora, si pensi – nell'ambito di una controversia patrimoniale devoluta alla giurisdizione amministrativa esclusiva – ad un'eccezione di prescrizione quinquennale articolata dall'amministrazione resistente; al Tar che, senza significare alle parti la (diversa fisionomia della) questione (preliminare di merito), qualifica diversamente il diritto azionato e ritiene così applicabile l'ordinaria prescrizione decennale, pervenendo comunque a respingere il ricorso (come avrebbe fatto, evidentemente, procedendo dalla eccepita prescrizione quinquennale). Il ricorrente-soccombente sostiene, nell'atto di appello, che l'identificazione del diritto di credito azionato e del relativo regime prescrizionale, ove previamente indicata alle parti, avrebbe dischiuso nuovi e diversi orizzonti fattuali: allegazione e prova, ad esempio, di atti interruttivi compiuti al di fuori del quinquennio, ma pur sempre entro il decennio. Alla luce di quanto prospettato, in punto di fatto, nell'appello, la questione del regime prescrizionale del diritto esattamente qualificato svela – in concreto (ed *ex post*) – la sua natura di questione *mista*.

Gli esempi potrebbero proseguire a lungo: si pensi alla riqualificazione del titolo della responsabilità civile dell'amministrazione, da extracontrattuale a contrattuale o viceversa, con le note conseguenze in tema di onere della prova dell'elemento soggettivo, prescrizione del diritto, danni risarcibili⁴⁰; oppure ad un giudice che, adito con una domanda risarcitoria, dubita all'ultimo momento dell'esistenza del nesso causale tra condotta e danno, dopo che il dibattito tra le parti è stato catalizzato dall'elemento soggettivo dell'illecito⁴¹; oppure ad un giudice che pone a fondamento della decisione fatti notori⁴² non allegati dalle parti o la cui notorietà non sia stata dalle stesse discussa⁴³. Traendo ispirazione da Cass., sez. III, n. 16577/2005, si pensi ad un giudice che rigetta l'azione revocatoria promossa da una banca nei confronti di un atto di disposizione patrimoniale posto in essere da un fideiussore, rilevando d'ufficio la nullità della fideiussione per violazione di una certa norma imperativa, senza consentire all'attrice di allegare e provare

³⁹ Inutile obiettare che il ricorrente-soccombente-appellante avrebbe dovuto produrre, nel giudizio di primo grado, la comunicazione completa dell'aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79, comma 5-bis, d. lg. 163/2006, poiché per giurisprudenza costante sul ricorrente non grava l'onere di allegare, né tanto meno di provare, la tempestività del gravame, incombendo invece sul resistente, che eccepisce la tardività, l'onere di fornirne la prova. Piuttosto, se il Tribunale non avesse rilevato e solitariamente deciso la questione della tardività, ma la avesse significata alle parti, il ricorrente avrebbe esibito nel giudizio di primo grado la comunicazione completa ai sensi dell'art. 79, comma 5-bis, d. lg. 163/2006 e il giudicante si sarebbe allora astenuto dall'erronea declaratoria di irricevibilità.

⁴⁰ M. GRADI, *Il principio*, cit., 838; G. COSTANTINO, *Questioni processuali*, cit., 1036.

⁴¹ E. FABIANI, *Rilievo d'ufficio di "questioni" da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, nota a Cass., sez. III, 5 agosto 2005, n. 16577, in *Foro it.*, 2006, 3181.

⁴² Art. 115, comma 2, c.p.c., applicabile nel giudizio amministrativo a mente del "rinvio esterno" di cui all'art. 39, comma 1, c.p.a.

⁴³ L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale*, cit., 940.

che il debito garantito derivava da operazioni bancarie poste in essere anteriormente all'entrata in vigore della predetta norma imperativa, priva di efficacia retroattiva.

3. La perimetrazione della nullità delle sentenze "a sorpresa" – nullità predicabile soltanto se e quando la "terza via" intrapresa dal giudice pregiudica, in concreto, il contraddittorio come garanzia delle parti – benché opportuna, in quanto evita "l'insostenibile risultato di una nullità dilagante"⁴⁴, fa nascere l'insopprimibile esigenza di rintracciare una giustificazione diversa per l'art. 73, comma 3, c.p.a., nella parte in cui configura in termini generali – e quindi anche laddove non sia dato poi scorgere, in concreto, alcuna lesione del diritto di difesa – il dovere del giudice di significare alle parti qualunque questione rilevabile d'ufficio che intenda porre a base della decisione.

L'art. 73, comma 3, c.p.a., *in parte qua*, ha a che vedere bensì con il contraddittorio, "ma sotto un profilo diverso da quello del suo significato di garanzia di difesa. Il contraddittorio è anche lo strumento mediante il quale – attraverso la contrapposizione dialettica tra tesi diverse – si persegue il fine di una decisione fondata sulla più plausibile ricostruzione dei fatti e su una corretta diagnosi *in iure*; ed in tanto il contraddittorio adempie a tale sua funzione, in quanto le parti esercitino effettivamente la loro facoltà di interloquire. Avendosi di mira la giustizia della futura decisione, il contraddittorio come garanzia di difesa non basta più: occorre che le parti si avvalgano delle loro facoltà; e proprio per questo la legge prevede che il giudice, prima di rassegnarsi ad affrontare e risolvere da solo la questione rilevabile d'ufficio, faccia il possibile per stimolare il dibattito. Se tuttavia il giudice si astiene dal compiere quanto la legge prevede, non per questo la futura sentenza può considerarsi nulla. Può darsi che, essendo mancato il dibattito tra le parti, proprio perché non aiutato il giudice risolve in modo erroneo la questione rilevabile d'ufficio; ma, se ciò accade, il rimedio va trovato unicamente nei mezzi con i quali si fa valere l'ingiustizia della sentenza. Se invece il giudice, nella sua solitudine, ha comunque risolto correttamente la questione rilevabile d'ufficio, ciò vuol dire che la mancanza del dibattito tra le parti non ha provocato alcuna conseguenza negativa e la sentenza merita di essere tenuta ferma".

"Anche se il principio del contraddittorio costituisce una fondamentale garanzia del processo"⁴⁵, non si deve per ciò stesso pensare che riguardino tale fondamentale garanzia tutte le norme, che mirano a sfruttare il contraddittorio per altri fini: i quali possono essere giustificati e nobilissimi, ma con le vere e proprie garanzie [...] non hanno niente a che vedere". Quando il "contraddittorio funziona come garanzia fondamentale", ci si "preoccupa di ciò che le parti possono o non possono fare, del loro possibile accesso alle fonti di informazione rilevanti per la decisione, della loro parità di trattamento e della libertà della loro autodeterminazione"⁴⁶. Quando, invece, il contraddittorio "è impiegato ad altri scopi", "diventa strumento per il perseguimento di fini ulteriori soltanto nei limiti in cui le facoltà concesse alle parti vengano effettivamente esercitate".

⁴⁴ Così, efficacemente, C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 360.

⁴⁵ Dove non v'è possibilità di contraddittorio, là non può nemmeno propriamente parlarsi di processo: cfr. E. FAZZALARI, *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 8.

⁴⁶ Questa è, ad esempio, la logica di Corte Cost., 24 luglio 2007, n. 321, in *Corr. giur.*, 2007, 1389 ss., con nota di C. CONSOLO, *Subitanea istanza di fissazione d'udienza ed incompressibile diritto di replica dell'attore (non onniscientemente presago di difese a sorpresa)*, che ha dichiarato l'incostituzionalità di una disposizione del rito societario che consentiva al convenuto l'immediata istanza di fissazione d'udienza anche nel caso in cui le sue difese facessero sorgere esigenze di replica dell'attore.

Sul versante del processo amministrativo, merita d'essere accennata la progressiva ricerca (legislativa e giurisprudenziale) di un delicato bilanciamento tra diritto di difesa e definizione immediata del giudizio in esito all'udienza cautelare: il punto di equilibrio è oggi riflesso nell'art. 60 c.p.a.

“Se il difetto di contraddittorio discende da un impedimento che è stato opposto all’attività difensiva delle parti, si è di fronte ad un vizio del processo [...] ed il problema di sapere, se la sentenza sia o non sia nulla, è inevitabile. Ma se l’effettivo contraddittorio è mancato, perché le parti non hanno sfruttato le possibilità difensive loro concesse dalla legge, il discorso cambia; e il difetto di contraddittorio viene in giuoco non come violazione di una garanzia fondamentale, ma come ostacolo alla realizzazione degli altri fini, che tramite l’effettivo dibattito tra le parti si volevano perseguire”⁴⁷.

Dato che – al di là delle ipotesi in cui l’indicazione alle parti di una questione rilevabile d’ufficio comporta un’apertura su sviluppi fattuali rimasti fuori del recinto entro il quale si è svolta la dialettica – il fine perseguito tramite l’attivazione del dibattito tra le parti sulle questioni rilevabili d’ufficio è la (più elevata probabilità di) giustizia della decisione – sul rilievo (corrispondente a un postulato di comune esperienza) che “una questione discussa è decisa meglio di una questione solitariamente affrontata”⁴⁸ – coerentemente la sorte delle sentenze “a sorpresa” che, cadendo su questioni che si rivelano *di puro diritto*, non implicano, in concreto, lesione del contraddittorio come garanzia delle parti, si gioca tutta nell’alternativa tra giustizia o ingiustizia della decisione, non in quella tra sua validità o invalidità.

E’ altrettanto logico che – rispetto a sentenze “a sorpresa” che, cadendo su questioni che si rivelano *di fatto* o *miste*, possono comportare, in concreto, violazione del contraddittorio come garanzia delle parti – si discorra, *pour cause*, di nullità. Nullità che, stante la previsione dell’art. 105, comma 1, c.p.a., prelude alla rimessione della causa al giudice di primo grado, quale tecnica prescelta per il ripristino in forma specifica del contraddittorio eliso.

4. Gli esiti testé conseguiti, in sede di lettura e interpretazione sistematica dell’art. 73, comma 3, c.p.a., appaiono sostanzialmente consonanti: *a)* con quelli cui è approdato, all’indomani dell’entrata in vigore dell’art. 101, comma 2, c.p.c., chi, come Claudio Consolo, procedendo dalla (testualmente sancita) nullità delle sentenze “a sorpresa”, ha escogitato una sua ingegnosa sanatoria postuma (realizzata a mezzo d’impugnazione “nuda”, che si limita a dedurre l’*error in procedendo* del giudice di prime cure)⁴⁹; *b)* altresì con quelli cui già perveniva, prima dell’entrata in vigore dell’art. 101, comma 2, c.p.c., chi delineava un modello “mite” di nullità, “condizionata” all’avverarsi di certe “imprescindibili condizioni”⁵⁰, chi sottolineava la mancanza d’interesse a censurare, come nulla, la sentenza “della terza via”, se non enucleando gli specifici poteri processuali impediti dalla decisione solitaria della questione rilevata *ex officio*⁵¹ e, ancor prima, chi concepiva la nullità come “frutto di una fattispecie complessa”, in cui la

⁴⁷ Così, con il consueto rigore, E.F. RICCI, *La sentenza*, cit., 752-754 (il corsivo è dell’Autore). Tre anni prima della novella del 2009, il compianto Autore tendeva a negare che la mancata segnalazione di questioni rilevabili d’ufficio violasse il principio del contraddittorio (come garanzia delle parti) e, così, che la sentenza “a sorpresa” incorresse in nullità, pur lasciando aperto, alla nullità medesima, uno spiraglio nei casi in cui la questione rilevabile d’ufficio fosse capace di “imprimere alla controversia un andamento totalmente diverso da quello sul quale le parti si sono avviate, tanto da aprire la strada alla possibilità (o necessità) di nuove allegazioni, nuove prove, nuove istanze istruttorie”. Casi nei quali – a dire dell’Autore – il rischio di sentenza ingiusta, “proprio perché il contraddittorio non ha funzionato”, era tanto elevato da rendere, forse, non implausibile la conseguenza della nullità.

Il contraddittorio come mezzo (im)piegato verso il fine della giustizia della decisione prende il posto del principio di collaborazione tra giudice e parti, nel pensiero e nel vocabolario di un Autore genuinamente diffidente “verso tutte le descrizioni del processo, che si fondano su visioni di tipo ‘collaborativo’ piuttosto che sul necessario equilibrio di forze contrapposte” (E.F. RICCI, *La sentenza*, cit., 752).

⁴⁸ F.P. LUISO, *Questione rilevata di ufficio*, cit., 1614. Cfr. altresì N. PICARDI, “Audiatur et altera pars”. *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 21 ss.

⁴⁹ C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 358-362.

⁵⁰ A. GIORDANO, *La sentenza della “terza via”*, cit., 916-917.

⁵¹ L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale*, cit., 930.

soluzione solitaria della questione rilevata d'ufficio (che da sola "non basta") produce una violazione del diritto di difesa del soccombente, da allegare puntualmente dinanzi al giudice dell'impugnazione⁵².

Vale la pena di richiamare, in qualche riga, il succo di ciascuna delle raffinate tesi appena enumerate.

Secondo Consolo, la nullità della sentenza "a sorpresa" è suscettibile di sanatoria ove l'atto di impugnazione del soccombente non prospetti i fatti che si sarebbero allegati e le istanze istruttorie che si sarebbero svolte qualora la questione rilevata *ex officio* fosse stata indicata alle parti, anziché solipsisticamente risolta, dal giudice di primo grado. E' lo stesso atto d'impugnazione che denota che il contraddittorio, pur se debitamente attivato, sarebbe rimasto "vuoto"⁵³. L'atto d'impugnazione sana la nullità della sentenza perché evidenzia la "carenza di scopo" del contraddittorio omesso: "si rivela dall'atto di gravame del soccombente" che non ci sarebbe stato "alcuno scopo da raggiungere pur se si fosse stimolato il contraddittorio al momento debito"⁵⁴.

Riprendendo gli esempi sopra abbozzati⁵⁵, sana la nullità della sentenza che, "a sorpresa", ha dichiarato irricevibile per tardività il ricorso di primo grado, l'impugnazione che, affidandosi al "nudo" *error in procedendo*, non allega il duplice fatto dell'incompletezza, rispetto al paradigma normativo, della prima comunicazione dell'aggiudicazione e della completezza della seconda comunicazione, dalla quale soltanto decorre il termine per la notifica del ricorso; sana la nullità della sentenza che, "a sorpresa", ha riqualificato e dichiarato estinto per prescrizione decennale (anziché quinquennale) il diritto azionato, l'impugnazione che, deducendo il solo vizio di attività del giudicante in prime cure, non allega l'atto interruttivo della prescrizione compiuto al di fuori del quinquennio, ma pur sempre entro il decennio utile.

L'avvenuta sanatoria della nullità, per effetto di un'impugnativa "nuda" e "vuota", prelude al rigetto dell'appello per (manifesta) infondatezza⁵⁶. Lo stesso atto di impugnazione denota che "la mancata indicazione della questione da parte del giudicante non ha concretamente precluso alcuna conferente attività difensiva alle parti poiché esse (e per quel che più rileva il soccombente) non ne sanno evidenziare alcuna di consequenziale, sicché il contraddittorio, pure ove (correttamente e dovutamente) attivato, si sarebbe rivelato [...] vuoto": un atto di gravame "sotto tale aspetto *inconcludente*" determina, ora per allora, la sanatoria della nullità della sentenza "a sorpresa"⁵⁷.

Non così quando l'atto di impugnazione evidenzia che la mancata concessione alle parti di adeguati spazi dialettici ha arrecato un reale *vulnus* al loro diritto di difesa, ossia ha impedito di esercitare poteri assertivi e probatori potenzialmente idonei a produrre una diversa soluzione della lite.

Andrea Giordano – che nel 2008 riprende e sviluppa la tesi della nullità della sentenza a sorpresa come "frutto di una fattispecie complessa", già sostenuta da Sergio Chiarloni⁵⁸ – tratteggia un modello "mite" di nullità delle sentenze "della terza via", nel quale la patologia è "condizionata" al verificarsi di "una serie di imprescindibili condizioni": rilevanza della questione colta d'ufficio rispetto alla decisione della

⁵² S. CHIARLONI, *La sentenza "della terza via"*, cit., 1364; ID., *Efficienza della giustizia*, cit., 209.

⁵³ C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 358.

⁵⁴ C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 358.

Altro è la carenza di scopo, altro ancora il suo raggiungimento (art. 156, comma 3, c.p.c.): si dà quest'ultima evenienza, ad esempio, quando le parti svolgono tutte le difese consequenziali al rilievo officioso entro l'insufficiente termine loro assegnato dal giudice (cfr. M. GRADI, *Il principio*, cit., 842). *Idem* allorché una Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato non provoca il dibattito tra le parti su una questione rilevata d'ufficio, ma la questione, dopo essere stata compiutamente rappresentata nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria, viene trattata dalle parti in sede di discussione davanti alla medesima Plenaria (è quanto accaduto nella vicenda giudiziale definita da Cons. Stato, ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4).

⁵⁵ Cfr. il precedente paragrafo 2.

⁵⁶ C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 359.

⁵⁷ C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 360 (il corsivo è dell'Autore).

⁵⁸ S. CHIARLONI, *La sentenza "della terza via"*, cit., 1364; ID., *Efficienza della giustizia*, cit., 209.

controversia⁵⁹; incidenza dell'*error in procedendo* del giudice sui poteri processuali, di allegazione e di prova, del soccombente; nesso di consequenzialità tra questione decisa solitariamente dal giudicante e poteri processuali che sarebbero stati esercitati ove la questione fosse stata indicata alle parti a tempo debito; potenziale idoneità di tali poteri processuali a mutare le sorti della decisione impugnata. L'irrelevanza della questione ai fini del decidere, l'omessa indicazione dei poteri processuali impediti, l'inesistenza del nesso di causalità tra questione decisa in solitudine dal giudice e poteri processuali (conseguentemente) preclusi alle parti, l'inidoneità potenziale di questi ultimi a modificare l'epilogo della controversia, conducono alla declaratoria di inammissibilità dell'appello per carenza di interesse⁶⁰.

Già nel 2000 Luigi Montesano – argomentando dall'art. 157, comma 2, c.p.c., ai sensi del quale la nullità non può essere fatta valere dalla parte che non vi abbia interesse – subordinava l'interesse a contestare, come nulla, una sentenza "a sorpresa" all'indicazione, nella stessa impugnazione e a pena d'inammissibilità, dei poteri processuali impediti in conseguenza del mancato stimolo del contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio e risolta in solitudine dal giudice di primo grado⁶¹.

Anche in sede d'interpretazione (correttiva) dell'art. 101, comma 2, c.p.c., si è ritenuto che nulla non è qualunque sentenza "a sorpresa", ma solamente quella che implica inibizione di specifici poteri assertivi o probatori delle parti – da indicare analiticamente nell'atto di impugnazione – che avrebbero trovato sfogo

⁵⁹ Anche argomentando dall'art. 159, comma 1, c.p.c.: cfr. L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale*, cit., 930; M. GRADI, *Il principio*, cit., 840, ove l'ulteriore rilievo che, secondo il principio *utile per inutile non vitiatur* (art. 159, comma 2, c.p.c.), la nullità non si propaga alle statuizioni della sentenza indipendenti da quella fondata sulla questione rilevata *ex officio*.

⁶⁰ Cfr. A. GIORDANO, *La sentenza della "terza via"*, cit., 916-917, non senza una certa commistione con la diversa tesi dell'inammissibilità, per carenza d'interesse, di un'impugnativa affidata al solo *error in procedendo*; un accenno di commistione si registra anche in S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia*, cit., 209. A rigore, la mancanza di una o più delle "imprescindibili condizioni" della nullità comporta che la sentenza non è nulla, con conseguente infondatezza della sua impugnazione *in parte qua*. La tesi dell'inammissibilità dell'impugnazione per carenza d'interesse, invece, presuppone la nullità della sentenza, che però non può essere fatta valere da chi non vi abbia interesse, argomentando dall'art. 157, comma 2, c.p.c.

⁶¹ L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale*, cit., 930.

Negli anni Duemila si è sviluppato, nella giurisprudenza della Corte di cassazione, un indirizzo che esige che la contestazione di vizi di attività del giudice sia accompagnata dall'indicazione del pregiudizio concretamente subito dalla parte, pena l'inammissibilità dell'impugnazione della sentenza per carenza d'interesse. Cfr. Cass., sez. V, 8 settembre 2003, n. 13091, secondo cui – in una fattispecie di mancata fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni – l'omessa indicazione delle attività difensive impediti dall'*error in procedendo* rende inammissibile l'impugnazione per difetto d'interesse; Cass., sez. III, 11 novembre 2005, n. 22900, secondo cui, in presenza di una doglianza astrattamente prospettata, il giudice del gravame non è in grado di svolgere un effettivo controllo sulla "causalità" del lamentato *error in procedendo*; Cass., sez. III, 4 giugno 2007, n. 12952, secondo cui mancherebbe, a sostegno dell'impugnazione, ogni utilità obiettiva qualora la rimozione del vizio di attività dedotto fosse fine a se stessa, anziché funzionale all'esercizio di attività difensive pretermesse nel grado precedente; Cass., sez. II, 27 luglio 2007, n. 16630, secondo cui la denuncia degli *errores in procedendo* del giudice "non tutela l'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantisce solo l'eliminazione del pregiudizio del diritto di difesa" concretamente subito dall'impugnante; Cass., sez. I, 9 aprile 2008, n. 9169, secondo cui "allorché venga dedotto il vizio della sentenza di primo grado, per avere il tribunale deciso la causa nel merito prima ancora che le parti avessero definito il *thema decidendum* e il *thema probandum*, l'appellante non può limitarsi a dedurre tale violazione, ma deve specificare quale sarebbe stato il *thema decidendum* sul quale il giudice di primo grado si sarebbe dovuto pronunciare ove fosse stata consentita la richiesta appendice di cui all'art. 183, comma 5, c.p.c., e quali prove sarebbero state dedotte". Identica impostazione in Cass., sez. I, 5 dicembre 2003, n. 18618 e 10 febbraio 2006, n. 2984, in ipotesi di mancata fissazione dell'udienza di discussione orale ad opera, rispettivamente, di un giudice civile e di una commissione tributaria regionale. Le sentenze menzionate in questa nota sono state opportunamente segnalate da A. GIORDANO, *La sentenza della "terza via"*, cit., 912 e C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 359, nota 11.

qualora la questione rilevata d'ufficio e posta a base della decisione fosse stata previamente segnalata alle parti⁶².

Sulla stessa linea – già tracciata con alcune pronunce del 2005⁶³ e rinsaldata da Sezioni unite 20935/2009 – è attestata, tutt'oggi, la Corte di cassazione, benché pronunciando nell'ambito di processi, civili o tributari, iniziati prima del 4 luglio 2009⁶⁴.

E' utile riportare per esteso un passaggio (integrante la *ratio decidendi*) di Cass., sez. trib., 23 maggio 2014, n. 11453: “[...] l'omessa indicazione alle parti, ad opera del giudice, di una questione di fatto, ovvero mista di fatto e di diritto, rilevata d'ufficio, sulla quale si fonda la decisione [nella specie, l'applicabilità di un regolamento comunitario sul presupposto, invero tutto da dimostrare, che certi aiuti di Stato non rientrassero nel regime “*de minimis*”, comporta la nullità della sentenza [...] per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio e delle connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione decisiva [...] allorché la parte che se ne dolga prospetti in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere qualora il contraddittorio sulla predetta questione fosse stato tempestivamente attivato”⁶⁵. Cfr. altresì Cass., sez. III, 27 aprile 2010, n. 10062: “la mancata segnalazione da parte del giudice di una questione sollevata d'ufficio [nella specie, la nullità di un contratto di mandato sul presupposto della mancata iscrizione del mandatario in un certo albo, al tempo del conferimento del mandato] che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria [es.: all'epoca del conferimento del mandato non era ancora stato istituito quel certo albo]”.

Da ultimo, la Suprema Corte ha dato continuità a tale indirizzo, anche decidendo processi avviati dopo il 4 luglio 2009⁶⁶.

Giunti a questo punto, alcuni interrogativi s'impongono: perché manifestano una tale “forza magnetica” tesi dottrinali che, pur variamente articolate, sono accomunate dall'approdare ad un sensibile “smussamento” della tesi dell'indiscriminata nullità delle sentenze “a sorpresa”⁶⁷? Perché la Corte di

⁶² Cfr. S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia*, cit., 209 e G. COSTANTINO, *Questioni processuali*, cit., 1032 ss., ai quali si obietta soltanto che non può escludersi *a priori* una violazione del diritto di difesa delle parti quale conseguenza della decisione solitaria, da parte del giudicante, di una questione pregiudiziale attinente al processo. Valga, al riguardo, l'esempio – sopra abbozzato nel testo (cfr. il precedente par. 2) – del rilievo della tardività del ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva di un contratto pubblico, che rende rilevante l'allegazione (e prova documentale) del fatto della comunicazione completa ex art. 79, comma 5-bis, d. lg. n. 163/06 in epoca posteriore ad una precedente incompleta comunicazione.

Non manca, naturalmente, chi – come D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101*, cit., 413-414 – rifiuta qualunque interpretazione ortopedica di una disposizione che, testualmente, riserva la qualifica della “nullità” a qualunque sentenza “a sorpresa”, per tale intendendo quella che muta il quadro fattuale o anche soltanto il quadro puramente giuridico su cui le parti hanno discusso, senza necessità, per il soccombente-impugnante, di enucleare un *quid novi* di poteri assertivi e probatori ch'egli avrebbe speso se la questione rilevata *ex officio* alla *dernière heure* gli fosse stata segnalata.

⁶³ Cass., sez. III, n. 16577/2005; Cass., sez. III, n. 21108/2005.

⁶⁴ Il novellato art. 101, comma 2, c.p.c. è applicabile ai giudizi avviati dopo il 4 luglio 2009 (art. 58, comma 1, l. n. 69/2009).

⁶⁵ Cfr. la più analitica descrizione del caso di specie, nella precedente nota 36.

⁶⁶ Cfr. Cass., sez. un., 15 dicembre 2015, n. 25208; Cass., sez. I, 16 febbraio 2016, n. 2984. Cfr. pure Cass., sez. VI, ord. 29 settembre 2015, n. 19372, dalla cui lettura rimane in ombra la data di avvio del processo, ma emerge che il ragionamento della Suprema Corte si appunta sull'art. 101, comma 2, c.p.c.

⁶⁷ Di “forza magnetica” e “smussamento” discorre A. GIORDANO, *La sentenza della “terza via”*, cit., 916 e 917.

cassazione ha, fino ad oggi, mantenuto fermo l'indirizzo già tracciato nel 2005, incurante dell'indiscriminata comminatoria di nullità delle sentenze "a sorpresa" nel novellato art. 101, comma 2, c.p.c.?

La risposta non è disagevole: per chi scevera tra contraddittorio come garanzia delle parti e contraddittorio come mezzo (im)piegabile verso il fine di una decisione giusta⁶⁸, soltanto l'accertata violazione del contraddittorio nella sua prima accezione (come garanzia) produce nullità della sentenza "della terza via". Il risultato non cambia sostituendo il contraddittorio come veicolo verso la giustizia della decisione con il principio di collaborazione tra giudice e parti: soltanto la violazione del contraddittorio, e non anche la violazione del principio collaborativo, determina nullità della sentenza "a sorpresa".

Ma anche per chi muove da una concezione monolitica di contraddittorio, ove coesistono indistinte le due anime (di garanzia delle parti e di *instrumentum veritatis*)⁶⁹, soltanto l'acclarato fallimento teleologico del contraddittorio, che manca l'obiettivo *immediato* della difesa e mette a repentaglio quello finale della verità, provoca la nullità della sentenza "della terza via". Del resto – si è bene osservato – "a poco più di un feticcio si riduce una garanzia, laddove la si astragga da un contesto e dai suoi scopi. Il garantismo diviene formalismo laddove si prenda a ragionare 'per categorie', indipendentemente da ciò che impone ragionevolezza e da ciò che detta opportunità"⁷⁰. "Quando il culto delle garanzie può dare luogo ad impugnazioni meramente dilatorie o ad 'epidemie' dei vizi tali da bloccare la macchina processuale, è opportuno smussare le tesi più estreme per adeguarle alle imprescindibili ragioni della pratica"⁷¹. "Non sono i nostri ragionamenti misura delle cose, ma piuttosto le cose misura di ogni ragionamento, giuridico o non che esso sia"⁷².

5. Entro le coordinate fin qui delineate, si procede ad una disamina critica della giurisprudenza amministrativa maturata a seguito dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2012, n. 3557 e C.g.a.r.S., sez. I, 4 marzo 2013, n. 309 riducono la nozione di "questioni rilevate d'ufficio" ai soli "fatti (sostanziali e processuali) ulteriori rispetto a quelli costitutivi della pretesa [...] azionata mediante ciascun motivo di ricorso (e quindi rispetto al *thema decidendum* di diritto sostanziale ad essi rispettivamente inerente)". In particolare, espungono da detta nozione "le argomentazioni giuridiche svolte dal giudice in autonomia dagli argomenti di parte, ma che, discendendo linearmente dalla semplice interpretazione delle norme pertinenti alla fattispecie", già fanno parte "*ab origine* del *thema decidendum* di diritto sostanziale introdotto dal ricorrente attraverso i propri motivi di gravame". Secondo quest'impostazione, esulano dallo spettro applicativo dell'art. 73, comma 3, c.p.a., "l'accertamento dell'esistenza della norma invocata", "la sua interpretazione, anche in coordinamento con altre ad essa eventualmente connesse", "la verifica della sua applicabilità alla specie"; "sicché il fatto che il giudice dia alla singola norma una interpretazione diversa da quella patrocinata [dalle parti], oppure ritenga prevalente sulla prima una norma diversa, non forma materia di obbligatoria indicazione preventiva".

Osservo in contrario che il principio di collaborazione tra giudice e parti – o, se si preferisce, il contraddittorio come strumento per una decisione giusta⁷³ – impone di estendere l'ambito delle "questioni rilevate d'ufficio" (e, quindi, del dovere del giudice di attirare su di esse l'attenzione delle parti) ad ogni *quaestio* in grado di incidere sull'esito, in rito o nel merito, della vertenza, ivi comprese quelle di pura

⁶⁸ E' la lucida impostazione di E.F. RICCI, *La sentenza "della terza via"*, cit., 752-754.

⁶⁹ A. GIORDANO, *La sentenza della "terza via"*, cit., 915 e 917-918; C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 359.

⁷⁰ A. GIORDANO, *La sentenza della "terza via"*, cit., 918, che riporta il pensiero di S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 569-571.

⁷¹ A. GIORDANO, *La sentenza della "terza via"*, cit., 918.

⁷² A. GIORDANO, *La sentenza della "terza via"*, cit., 918, che riporta un'espressione di T. D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I II, q. 91, a. 3: "*Non ratio est mensura rerum, sed potius e converso*".

⁷³ Cfr. il precedente paragrafo 3 e la conclusione del 4.

ricerca e interpretazione delle norme pertinenti al caso di specie⁷⁴. Pur sempre di sentenze “a sorpresa” si tratta, se il giudice imbrocca, all’ultimo momento, una via giuridica “terza” da quelle alternativamente prospettate dai contendenti (ad esempio, disapplica una norma nazionale contrastante con una norma europea munita di effetto diretto o dichiara il difetto di interesse a ricorrere in esito alla c.d. prova della resistenza). Non di meno, il destino di sentenze siffatte si gioca sul terreno della giustizia o ingiustizia, non su quello della validità o invalidità. L’opportuna perimetrazione verte non già sul campo di applicazione dell’art. 73, comma 3, c.p.a. (cosa che irragionevolmente penalizzerebbe la proficua collaborazione tra giudice e parti o, se si preferisce, il contraddittorio come sentiero privilegiato verso una decisione giusta), bensì sulla nullità delle sentenze “a sorpresa”, predicabile soltanto allorché la “terza via” intrapresa dal giudice abbia leso, in concreto, il contraddittorio come garanzia delle parti⁷⁵.

Sempre in un’ottica di riduzione della nozione di “questioni rilevate d’ufficio” (e, di conseguenza, della portata dell’art. 73, comma 3, c.p.a.), Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2402 nega il connotato della “sorpresa” ad una sentenza dichiarativa dell’inammissibilità del ricorso di primo grado, per carenza d’interesse, in quanto resa “in adesione a difese della parte resistente”. Ma – per neutralizzare il non lieve dubbio⁷⁶ di una certa generosità nell’attribuzione posticcia di specifici contenuti alle difese di parte resistente e nel divincolare, per questa via, la fattispecie dalle maglie dell’art. 73, comma 3, c.p.a.⁷⁷ – la lettura della sentenza d’appello dimostra che la sorte della decisione di prime cure si è giocata sul versante della giustizia o ingiustizia, non su quello della validità o invalidità, perché la Quinta Sezione ha motivatamente disatteso le ragioni giuridiche (inerenti all’interpretazione di contratti e provvedimenti succedutisi nel tempo) addotte dall’appellante per criticare la declaratoria d’inammissibilità resa dal Tar, che quindi meritava d’esser tenuta ferma.

Ancora nella (qui non condivisa) prospettiva di riduzione della nozione di “questioni rilevabili d’ufficio”, Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2014, n. 322 e Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2015, n. 3065 negano l’applicabilità dell’art. 73, comma 3, c.p.a., ad una “condanna d’ufficio” della parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria ex art. 26, comma 2, c.p.a., per lite temeraria⁷⁸. Dissento radicalmente. Né la motivazione offerta – basata sulla natura sanzionatoria della misura, che prescinde da una specifica domanda e dalla prova del danno subito, e il cui gettito, commisurato a predeterminati limiti edittali, è destinato al bilancio della giustizia amministrativa ex art. 15 delle norme di attuazione del Codice – apporta elementi tali da scalfire il radicale dissenso. La questione della temerarietà nell’agire o resistere

⁷⁴ Cfr. M. GRADI, *Il principio*, cit., 837, anche nota 46.

⁷⁵ Con ciò – opportunamente perimetrando non il precetto, ma la sanzione (della nullità) derivante dalla sua inosservanza – finisco per condividere i risultati pratici cui sono pervenuti Cons. Stato, sez. V, n. 3557/2012 e C.g.a.r.S., n. 309/2013. *Contra* F. SAIITA, *La “terza via” ed il giudice amministrativo: la “questione rilevata d’ufficio” (da sottoporre al contraddittorio) tra legislatore e giurisprudenza*, in questa *Rivista*, 2014, 844-847, 855 e 857-858, critico sulla perimetrazione sia del precetto, sia della sanzione, in nome della massima latitudine e pregnanza del valore costituzionale del contraddittorio, monoliticamente inteso come garanzia delle parti e, insieme, *instrumentum veritatis*.

⁷⁶ Dubbio cui non dà adito, invece, Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2014, n. 151, che dichiara inammissibile l’appello proposto da un controinteressato sostanziale non intimato né intervenuto nel giudizio di primo grado, adducendo, quale ragione della mancata applicazione dell’art. 73, comma 3, c.p.a., le “considerazioni esaustive (ma non condivisibili)” svolte dallo stesso appellante “circa la propria [pretesa, ma inesistente alla luce dell’art. 102 c.p.a.] legittimazione” ad appellare (né, nella specie, poteva convertirsi l’appello in opposizione di terzo, andando quest’ultima proposta davanti al giudice di primo grado ex art. 109, comma 1, c.p.a.; nemmeno, infine, vi erano gli estremi per l’applicazione dell’art. 109, comma 2, c.p.a., in mancanza d’appello proposto da parti del giudizio di primo grado).

⁷⁷ E’ per questo che F. SAIITA, *La “terza via”*, cit., 845 inquadra la sentenza tra quelle “che destano [...] notevoli perplessità” o, quanto meno, tra quelle “opinabili”.

⁷⁸ Così pure F.G. SCOCA, *Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all’accesso*, in questa *Rivista*, 2014, 1424-1425. *Contra* Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210.

in giudizio è, evidentemente, passibile di tradursi in un capo di sentenza, recante la “condanna d’ufficio” della “parte soccombente” al pagamento di una sanzione pecuniaria: non può, per ciò solo, non integrare una “questione rilevabile d’ufficio” ai fini dell’art. 73, comma 3, c.p.a.⁷⁹. Altro discorso riguarda il destino di tale statuizione, quando trasfusa “a sorpresa” in una sentenza del Tar: destino compendiato, quanto meno normalmente, nell’alternativa tra giustizia e ingiustizia, non in quella tra validità e invalidità.

Si passa ora ad esaminare un gruppo di sentenze del Consiglio di Stato, di annullamento con rinvio, ai sensi dell’art. 105, comma 1, c.p.a., di sentenze rese dai Tar in violazione dell’art. 73, comma 3, c.p.a.

Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2013, n. 2175 annulla con rinvio la sentenza di primo grado perché il ricorrente, che aveva impugnato atti espropriativi, non era stato avvisato – come risultava dal verbale dell’udienza⁸⁰ – della possibile improcedibilità del ricorso introduttivo, ma semplicemente interpellato in ordine alla permanente pendenza del *sub*-procedimento di cui all’art. 21 del d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 (nomina di un tecnico di fiducia, che concorre con altri a stimare il bene e a determinare in via definitiva l’indennità di espropriazione).

Dato che la questione rilevata d’ufficio si è rivelata di puro diritto (se la perdurante pendenza dell’anzidetta *sub*-procedura di determinazione definitiva dell’indennità di espropriazione comportasse o meno l’improcedibilità, per sopravvenuta carenza d’interesse, del ricorso contro gli atti espropriativi)⁸¹, la Quarta Sezione, a fronte di un appello che lamentava altresì l’ingiustizia della gravata sentenza e riproponeva le censure avanzate in prime cure, su ciò avrebbe dovuto pronunciarsi, dando immediata risposta alla domanda di giustizia avanzata in primo grado e ribadita in appello (dopo aver statuito, invece,

⁷⁹ Come è dimostrato dall’art. 123, comma 2, secondo periodo, c.p.a., che – a proposito delle sanzioni amministrative irraggiungibili *ex officio* dal giudice amministrativo in alternativa all’inefficacia *ex tunc* del contratto pubblico, quale conseguenza tendenzialmente necessaria delle gravi violazioni di cui all’art. 121, comma 1, c.p.a. – richiama l’art. 73, comma 3, c.p.a., a presidio del diritto di difesa dell’amministrazione (e, quanto alla sanzione della riduzione della durata residua del contratto, pure del controinteressato) rispetto all’esercizio di un potere sanzionatorio dalla legge affidato al giudice amministrativo.

Non merita condivisione Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5079, che – nell’annullare l’affidamento diretto di un appalto di servizi, limitando nel contempo l’inefficacia del contratto alle “prestazioni ancora da eseguire” – ha applicato all’amministrazione resistente la sanzione pecuniaria di cui all’art. 123, comma 1, lett. a), c.p.a., senza osservare l’art. 73, comma 3, c.p.a., sul rilievo che “non è necessario stimolare il contraddittorio [...] quando si debba ritenere che la parte [nella specie: l’amministrazione resistente] sia comunque consapevole della possibilità che il giudice affronti la questione”, circostanza nella specie ricavabile dalle difese della stessa parte pubblica, largamente impostate su asserite “esigenze imperative connesse ad un interesse generale” (art. 121, comma 2, c.p.a.), il cui (auspicato) riconoscimento, da parte del giudice, avrebbe comportato proprio l’applicazione delle sanzioni alternative di cui all’art. 123 cit.

Tanto più che – come osserva F. SAITTA, *La “terza via”*, cit., 849 – “per quanto attiene [...] al Consiglio di Stato, l’obbligo di sottoporre al contraddittorio la questione rilevata d’ufficio dovrebbe essere interpretato con ancora maggiore rigore in considerazione della circostanza che, nel giudizio d’appello, non è possibile sanare a valle l’omessa attivazione del contraddittorio perché, con il ricorso per cassazione, possono dedursi soltanto motivi di giurisdizione” (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9, che, dopo aver segnalato alle parti la questione in udienza, dichiara inammissibili due interventi in giudizio da parte di associazioni rappresentative di interessi collettivi). Anche se – va precisato – il problema dell’eventuale invalidità o ingiustizia di Cons. Stato, sez. V, n. 5079/2014 è stato neutralizzato, nella specie, dall’avvenuta applicazione della sanzione pecuniaria nella misura minima prevista dall’art. 123, comma 1, lett. a), c.p.a. (0,5% del valore del contratto).

⁸⁰ E’ il verbale di udienza che determina la verità legale di quanto avvenuto nel corso dell’udienza medesima (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6137; C.g.a.r.S., 13 marzo 2013, n. 356).

⁸¹ Si noti che Cons. Stato, sez. IV, n. 2175/2013, menziona una quasi coeva sentenza, sempre della Quarta Sezione, che esclude che la pendenza della procedura di cui all’art. 21, d.P.R. n. 327/2001 comporti il venir meno dell’interesse a coltivare il ricorso contro gli atti espropriativi.

l'infondatezza della censura di violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a., non tradottasi in nullità della sentenza impugnata)⁸².

Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2012, n. 5970 annulla con rinvio la sentenza di primo grado che aveva, "a sorpresa", dichiarato estinto il giudizio.

Posto che la questione colta *ex officio* si è rivelata *di puro diritto* (se l'istanza di fissazione d'udienza da parte della curatela fallimentare fosse o meno tempestiva alla stregua della – invero non del tutto perspicua – disciplina dei commi 2 e 3 dell'art. 80 c.p.a.), la Quinta Sezione, al cospetto di un appellante che si doleva altresì dell'ingiustizia dell'impugnata sentenza e riproponeva i motivi di diritto avanzati in prime cure, su ciò avrebbe dovuto statuire, assicurando subitaneo riscontro alla domanda di giustizia formulata in primo grado e reiterata in appello (dopo aver accertato, invece, l'infondatezza dell'*error in procedendo* consistito nell'inosservanza dell'art. 73, comma 3, c.p.a., non tradottasi in nullità della sentenza di primo grado)⁸³. Così, il giudice d'appello avrebbe confermato la correttezza della dichiarazione giudiziale di estinzione del giudizio di primo grado oppure – vuoi diversamente interpretando i commi 2 e 3 dell'art. 80 c.p.a., vuoi accordando la rimessione in termini per errore scusabile *ex art. 37 c.p.a.* – avrebbe deciso la domanda giudiziale avente ad oggetto, nella specie, l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione di un contratto pubblico e la sua aggiudicazione all'operatore secondo classificato.

Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1127, annulla con rinvio la sentenza che aveva, "a sorpresa", dichiarato improcedibile il ricorso di primo grado, per effetto dell'entrata in vigore di una legge regionale che faceva proprio il contenuto dell'impugnato provvedimento, legge sulla cui costituzionalità l'appellante sollevava dubbi.

Premesso che la questione apprezzata *motu proprio* si è rivelata *di puro diritto* (se la sopravvenuta legge regionale, avendo "recepito" il contenuto del provvedimento gravato, comportasse o meno la sopravvenuta carenza d'interesse a coltivare il ricorso, e se i dubbi di costituzionalità, paventati nell'appello, fossero o meno non manifestamente infondati), la Terza Sezione su ciò avrebbe dovuto decidere, garantendo tempestiva risposta alla domanda di giustizia articolata in primo grado e reiterata in appello (dopo aver respinto, invece, il motivo basato sulla lamentata violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a., bensì occorsa, ma senza ridondare in nullità della sentenza impugnata)⁸⁴.

Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712 annulla con rinvio la sentenza di prime cure che aveva, "a sorpresa", dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva, quale conseguenza della (solipsisticamente rilevata) tardività dei motivi aggiunti contro il silenzio-diniego perfezionatosi sul c.d. preavviso di ricorso di cui all'art. 243-*bis* del d. lg. n. 163/2006.

⁸² Condivisibile, per contro, il passaggio in cui Cons. Stato, sez. IV, n. 2175/2013 non ritiene sufficiente che l'indicazione giudiziale faccia generico riferimento ad un accadimento di natura "storica", essendo invece necessario che vengano fatte presenti alle parti pure le conseguenze possibili "del positivo o negativo riscontro della circostanza medesima", tanto più laddove ciò finisca con l'incidere, precludendolo, sull'esame nel merito della controversia. Aderisco a F. SAITTA, *La "terza via"*, cit., 843, allorché ritiene il passaggio appena riportato "sicuramente condivisibile"; dissento, però, dall'Autore quando inquadra Cons. Stato, sez. IV, n. 2175/2013 tra le sentenze da salutare con favore, sul presupposto della nullità di qualunque sentenza "a sorpresa".

⁸³ Curiosamente Cons. Stato, sez. V, n. 5970/2012 assume di aver rilevato d'ufficio l'*error in procedendo* commesso dal Tar – tanto da verbalizzare, durante la pubblica udienza, l'avviso alle parti circa la possibilità di rimessione della causa al giudice di primo grado *ex art. 105, comma 1, c.p.a.* – quando invece il vizio di attività era stato dedotto dall'appellante con il secondo motivo d'appello, così come emerge dalla lettura della stessa sentenza. Peraltro, l'eventuale nullità della sentenza "a sorpresa" può trovare ingresso davanti al giudice dell'appello solamente per il tramite di un apposito motivo di impugnazione (art. 161, comma 1, c.p.c.): cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2013, n. 6191, che dichiara inammissibile una censura di violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a. sollevata all'udienza pubblica anziché nel ricorso in appello. *Contra* Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2016, n. 1755, nel senso della rilevabilità d'ufficio del vizio *in procedendo* del Tar.

⁸⁴ La sentenza è ritenuta, invece, "apprezzabile" da F. SAITTA, *La "terza via"*, cit., 844.

Assodato che la questione intercettata d'ufficio si è rivelata *di puro diritto* (configurabilità o meno di un onere di impugnazione del silenzio-diniego che si forma sul c.d. preavviso di ricorso, a pena d'improcedibilità del ricorso introduttivo avverso l'aggiudicazione definitiva), la Terza Sezione, dinnanzi ad un appellante che lamentava altresì l'ingiustizia della sentenza e riproponeva i motivi di diritto avanzati in prime cure, su ciò e senza dilazioni avrebbe dovuto rendere pronuncia (dopo aver rigettato, invece, la doglianza inerente alla violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a., che non aveva dato luogo a nullità dell'impugnata sentenza). Così, il giudice d'appello avrebbe confermato la correttezza della declaratoria d'improcedibilità resa in primo grado oppure, diversamente interpretando l'art. 243-bis, d. lg. n. 163/2006⁸⁵, deciso la domanda giudiziale avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva disposta a favore del controinteressato⁸⁶.

Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2014, n. 2518 annulla con rinvio la sentenza che, previa declaratoria "a sorpresa" di inammissibilità della costituzione in giudizio della Regione, stante la mancanza della delibera giuntale di resistenza alla lite, aveva accolto nel merito il ricorso di primo grado.

Dato che la questione rilevata d'ufficio si è rivelata *di puro diritto* (se, in base allo statuto regionale, per la costituzione in giudizio della Regione fosse sufficiente la sola procura rilasciata dal Presidente o fosse, invece, necessaria l'autorizzazione alla lite da parte della Giunta), la Quinta Sezione, a fronte di un appello regionale che stigmatizzava altresì l'ingiustizia di tutti i capi della sentenza di prime cure (quello relativo all'inammissibilità della costituzione in giudizio e quelli di accoglimento nel merito del ricorso di primo grado)⁸⁷, su tutto ciò avrebbe dovuto, senza indugio, somministrare giustizia (dopo aver respinto, siccome infondata, la censura, definita invece "prioritaria e assorbente", inerente alla violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a.: violazione bensì occorsa, ma senza riverberarsi in nullità della sentenza)⁸⁸.

Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4383 annulla con rinvio un capo della sentenza di primo grado che aveva dichiarato, "a sorpresa", il difetto di giurisdizione su una delle domande cumulate. Si badi: la pronuncia di annullamento con rinvio è dalla Quinta Sezione resa su appello dell'Amministrazione parzialmente soccombente, nel merito, in prime cure. Ebbene, anche a voler ravvisare la soccombenza dell'Amministrazione, rispetto all'anzidetto capo, in quanto la carenza di giurisdizione è stata colta *ex officio* dal Tar (anziché su eccezione in senso lato articolata dalla stessa Amministrazione), resta il fatto che – pur

⁸⁵ Si noti che Cons. Stato, sez. III, n. 6712/2012 si produce in alcune considerazioni vagamente critiche sulla improcedibilità dichiarata in primo grado, ma al solo fine di "dimostrare" la complessità di una questione (di puro diritto) su cui "le parti soccombenti in primo grado non hanno avuto modo" di interloquire "a causa della violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a.", e senza "pregiudicare la decisione che [...] dovrà essere assunta dal Tar in sede di rinvio".

⁸⁶ *Contra* F. SAITTA, *La "terza via"*, cit., 844, che riserva alla sentenza una "valutazione positiva".

⁸⁷ La deduzione, nell'appello, della violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a., non era avvenuta in via esclusiva, bensì "in via prioritaria ed assorbente" (punto 2 del "Fatto e diritto" di Cons. Stato, sez. V, n. 2518/2014).

⁸⁸ Tanto più che, nella specie, prima ancora di rimettere la causa in primo grado, la Quinta Sezione ha deciso per la sufficienza della sola procura rilasciata dal Presidente dell'Ente, con conseguente (indebito accertamento della) ingiustizia della statuizione, resa dal Tribunale, d'inammissibilità della costituzione della Regione nel giudizio di primo grado (invadendo così, *sine titulo*, l'area della giustizia/ingiustizia della pronuncia di prime cure, inibita ad un giudice d'appello che, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., ne accerta appena la nullità per rimettere le parti al primo giudice). Anziché vedere immediatamente definita la lite, auspicabilmente con la conferma della sentenza di primo grado, di annullamento degli impugnati provvedimenti, il ricorrente vittorioso in prime cure vede annullata quella sentenza, ripristinata l'efficacia di quei provvedimenti lesivi e risorgere su di sé l'onere di riassumere il giudizio in primo grado, ai sensi dell'art. 105, comma 3, c.p.a., e di coltivarlo nei mesi (o negli anni) successivi. Esito ancor più kafkiano ove si consideri che il giudice di primo grado, pur avendo dichiarato inammissibile la costituzione in giudizio della Regione, aveva tuttavia "tenuto conto nel decidere delle argomentazioni difensive e della pertinente decisiva documentazione depositata dal medesimo Ente" (così nel punto 2 del "Fatto e diritto" di Cons. Stato, sez. V, n. 2518/2014): ciò che avrebbe dovuto far propendere, addirittura, per l'inammissibilità dell'appello *in parte qua*.

Opposta è la valutazione di F. SAITTA, *La "terza via"*, cit., 844, nota 57, che ritiene "condivisibile" la sentenza.

rientrando il rilievo d'ufficio del difetto di *potestas iudicandi* (art. 9 c.p.a.) nell'ambito applicativo dell'art. 73, comma 3, c.p.a. – l'inosservanza del dovere di previa stimolazione del contraddittorio su una questione rivelatasi *di puro diritto* (nella specie, giurisdizione amministrativa o civile su una domanda relativa al conferimento di un incarico dirigenziale) non determina nullità della sentenza di primo grado. Si compone l'ennesimo mosaico di stampo kafkiano: il rinvio della causa ad un giudice di primo grado che ribadirà la declinatoria di giurisdizione in favore del giudice civile (art. 59, comma 1, l. n. 69/2009), in luogo dello stesso traguardo conseguito immediatamente con sentenza del Consiglio di Stato.

Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2014, n. 2420 annulla con rinvio una sentenza con cui il Tar aveva, “a sorpresa”, dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado per mancato deposito dell'avviso di ricevimento della notifica, a mezzo del servizio postale, del ricorso medesimo a una delle amministrazioni resistenti (non essendo a tal fine sufficiente “l'attestazione di consegna del servizio di monitoraggio della corrispondenza nel sito *internet* delle poste”, la cui efficacia è dall'art. 55, comma 6, c.p.a. circoscritta ai soli “fini del giudizio cautelare”). Osservo, in chiave critica, che la motivazione della sentenza pare poggiare sull'inesatta equazione sentenza “a sorpresa” = sentenza nulla; le si restituisce correttezza valorizzando quanto emerge dal primo motivo di appello (siccome sintetizzato nella sentenza medesima), e cioè che, se il ricorrente fosse stato messo dal Tar in condizione di interloquire, avrebbe potuto dimostrare che l'omissione non era a lui ma agli uffici postali imputabile, e così aspirare alla rimessione in termini (art. 37 c.p.a.), ovvero attivarsi – o offrire la prova d'essersi già attivato – per ottenere dalle poste un duplicato dell'avviso di ricevimento, ai sensi dell'art. 6, comma 1, l. 20 novembre 1982, n. 890⁸⁹.

Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2016, n. 1755 annulla con rinvio la sentenza di primo grado che aveva, “a sorpresa”, dichiarato inammissibili censure articolate con memoria, anziché con motivi aggiunti. Posto che la questione colta *ex officio* si è rivelata di *puro diritto* (se ciò che era stato prospettato con memoria fossero motivi ulteriori o argomenti a sostegno di quelli prospettati nel ricorso introduttivo), la Quinta Sezione, al cospetto di un appellante che si doleva altresì dell'ingiustizia dell'impugnata sentenza e ribadiva tutte le doglianze già avanzate in prime cure, su ciò avrebbe dovuto pronunciarsi, garantendo immediata risposta alla domanda di giustizia formulata in primo grado e reiterata in appello (dopo aver accertato l'infondatezza del lamentato in vizio *in procedendo* del Tar, innocuo perché non tradottosi in nullità della sentenza).

Infine, Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1462 annulla con rinvio una sentenza di primo grado che, “a sorpresa”, aveva dichiarato in parte irricevibile e in parte inammissibile il ricorso contro una serie di provvedimenti di un Comune: irricevibile per tardività della notifica, rispetto alla (scadenza della) pubblicazione sull'albo pretorio di una deliberazione del consiglio comunale; inammissibile rispetto ai provvedimenti successivi, in quanto consequenziali e tacciati d'invalidità derivata. Insorgeva in appello la ricorrente-soccombente, lamentando non soltanto l'avvenuta violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a.⁹¹, ma

⁸⁹ Ai sensi del quale, in caso di “smarrimento dell'avviso di ricevimento”, gli uffici postali sono tenuti “a rilasciare senza spesa un duplicato e a farlo avere al mittente nel più breve tempo possibile”. Cfr., al riguardo, la giurisprudenza e la dottrina richiamate da F. SAITTA, *La “terza via”*, cit., 832, nota 13.

⁹⁰ Cons. Stato, sez. IV, n. 2420/2014 merita un'ulteriore critica: vero è che l'inammissibilità dichiarata dal Tar non avrebbe potuto investire l'intero ricorso, siccome recante cumulative domande di annullamento di provvedimenti adottati da diverse Amministrazioni, e con deduzione di motivi anche indipendenti, anziché derivati, da quelli afferenti alla denunciata illegittimità del provvedimento proveniente dall'Amministrazione in relazione alla quale difettava la prova del perfezionamento della notifica del ricorso introduttivo; ma ciò, lungi dal “colorare viepiù la violazione del diritto di difesa”, si traduce in un'intrusione nella giustizia/ingiustizia della pronuncia di primo grado, che dovrebbe ritenersi interdetta ad un giudice d'appello che, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., ne accerta la nullità e rimette la causa al primo giudice.

⁹¹ Avvenuta, nel caso di specie, in vista di una sentenza in forma semplificata, resa in esito ad udienza camerale fissata per la discussione della domanda cautelare (art. 60 c.p.a.).

anche la (ingiustizia della sentenza *sub specie di*) individuazione del *dies a quo* del termine per ricorrere avverso la delibera consiliare nella comunicazione individuale o, in mancanza, nella conoscenza altrimenti acquisita, poiché essa ricorrente era titolare di una posizione qualificata in quanto già destinataria diretta di precedenti deliberazioni favorevoli (sdemanializzazione di alcune particelle in funzione della cessione gratuita ad essa ricorrente, che già di fatto le possedeva ininterrottamente dagli anni Trenta del secolo scorso, gestendovi una struttura termale). Nell'appello si riproponevano altresì i motivi di diritto già articolati in primo grado. Ebbene, Cons. Stato, sez. V, n. 1462/2011 annulla con rinvio perché la soluzione della questione (pregiudiziale di rito) colta dal Tar dipende da “delicati accertamenti e valutazioni in fatto”, dai quali l'appellante “fa discendere l'assunto di essere titolare di una posizione qualificata implicante la necessità della notifica personale o, in difetto, della prova della conoscenza effettiva delle delibere impugnate ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del termine per ricorrere, secondo la tesi difensiva dell'appellante non ricollegabile all'evento della pubblicazione (come invece assunto d'ufficio dal giudice), sicché il vizio processuale ha limitato in concreto i poteri processuali della ricorrente di allegare, provare e ricostruire i fatti impeditivi della decadenza rilevata d'ufficio dai primi giudici”. La soluzione è, a mio avviso, corretta, ma presuppone che la pretesa “posizione qualificata” della ricorrente non emergesse – o, quanto meno, non emergesse compiutamente – dalle risultanze processuali: in caso contrario, la Quinta Sezione avrebbe dovuto saggiare la consistenza della tesi dell'appellante, che ancorava la decorrenza del termine per il ricorso alla comunicazione individuale/piena conoscenza altrimenti acquisita e, se l'avesse condivisa, avrebbe dovuto, a quel punto, dichiarare ricevibile la domanda giudiziale introdotta davanti al Tar e giudicare sul merito della stessa.

6. La panoramica giurisprudenziale suscita un'immediata riflessione: è paradossale che la Corte di cassazione e una parte della dottrina processualcivilistica – pur chiamate a misurarsi con l'art. 101, comma 2, c.p.c., maldestramente concepito nella sua generalizzata comminatoria di nullità delle sentenze “a sorpresa” – siano attestate su soluzioni che, per quanto variamente articolate, condividono il pregio di scongiurare “l'insostenibile risultato di una nullità dilagante”⁹², mentre il Consiglio di Stato e i pochi studiosi del processo amministrativo che si sono (meritoriamente) cimentati con il tema⁹³ – pur potendo profittare

⁹² Così, con la consueta efficacia, C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 360.

Il risultato della “nullità dilagante” è percepito come “insostenibile” non tanto nei rapporti tra giudizio civile di primo e di secondo grado – poiché l'accertamento della nullità della sentenza per violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c., esulando dalle tassative ipotesi di rimessione al giudice di primo grado contemplate dagli artt. 353-354 c.p.c., si salda con una nuova decisione della causa da parte dello stesso giudice dell'impugnazione, in esito ad un appello che, argomentando dall'art. 354, comma 4, c.p.c., funziona come *novum iudicium* (cfr. C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 362; M. GRADI, *Il principio*, cit., 843-845; F.P. LUISO, *Questione rilevata di ufficio*, cit., 1614, anche nota 15) – quanto piuttosto in relazione al ricorso per cassazione: allorché la violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c. è consumata da una sentenza non appellabile o da una sentenza del giudice d'appello o da una sentenza di primo grado non stigmatizzata, sotto questo profilo, dal giudice d'appello, la sua deduzione in cassazione (art. 360, n. 4, c.p.c.: “nullità della sentenza”) determina l'annullamento della sentenza con rinvio, affinché davanti al giudice del rinvio, in applicazione dell'art. 394, comma 3, c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali che la parte ha lamentato di non aver potuto svolgere a causa della decisione solitariamente adottata dal giudice (cfr. Cass., sez. III, n. 10062/2010; Cass., sez. trib., n. 11928/2012; Cass., sez. III, n. 25054/2013; Cass., sez. trib., n. 11453/2014). Eccettuati, naturalmente, i casi in cui la Cassazione decide immediatamente la causa ex art. 384, comma 2, c.p.c., non essendo necessari nuovi accertamenti in fatto.

⁹³ Si vedano F. SAITTA, *La “terza via”*, cit., 827 ss.; M. ANTONIOLI, *Riflessioni in tema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori delle società in mano pubblica, di sollecitazione del contraddittorio su questioni rilevabili d'ufficio e d'effetti negli altri processi delle sentenze delle Sezioni unite che si pronunziano sulla giurisdizione*, in questa *Rivista*, 2014, 533-536; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in questa *Rivista*, 2013, 130-136.

di una disposizione, quale l'art. 73, comma 3, c.p.a., che non prevede testualmente la nullità della sentenza – tendano a ripiegare sull'equazione sentenze “della terza via” = sentenze nulle.

S'impone poi una seconda riflessione, utile per debellare un equivoco in cui cadono alcuni passaggi motivazionali non ben meditati⁹⁴, che già hanno suscitato, in dottrina, condivisibili preoccupazioni⁹⁵. La violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a. non invalida la sentenza se la questione solitariamente risolta dal giudice si rivela *di puro diritto* e non implica, per ciò solo, alcuna lesione del contraddittorio come garanzia delle parti, e non perché la questione è stata risolta correttamente e, quindi, costituisce la base di una sentenza giusta: infatti, ben potrebbe essere stata decisa erroneamente e ciò si tradurrebbe in ingiustizia della sentenza. La validità della sentenza non è subordinata alla sua giustizia. Validità e giustizia si collocano su piani diversi e non comunicanti: la sentenza valida – tale perché, essendo caduta su questione poi rivelatasi *di puro diritto*, non ha menomato il diritto di difesa delle parti – può essere giusta o ingiusta. Per una sentenza invalida – tale perché, essendo caduta su questione poi rivelatasi *di fatto* o *mista* (fatto-diritto), ha pregiudicato, in concreto, il contraddittorio come garanzia delle parti – neppure si pone, ove l'invalidità sia stigmatizzata in sede d'impugnazione, il problema della sua giustizia o ingiustizia: in quanto invalida (e sotto questo profilo impugnata), merita d'essere rimossa e sostituita con una sentenza finalmente valida. Mai si potrà sostenere che l'invalidità è elisa o sanata dall'ineluttabilità dell'esito del giudizio, proprio perché la validità della sentenza, lungi dall'esserne condizionata, è logicamente preliminare rispetto alla sua giustizia. Se è invalida (e come tale stigmatizzata in sede d'impugnazione), la sentenza è destinata ad essere eliminata e rimpiazzata da un'altra: non importa, a questi fini, se l'epilogo – in termini (pratici) di distribuzione delle ragioni e dei torti – potrà, per avventura, coincidere con quello interlocutoriamente attinto con la sentenza invalida.

Altro è assorbire l'invalidità della sentenza nella sua giustizia; altro ancora rimuovere ineluttabilmente la sentenza invalida e sostituirla con un'altra – valida – che decida nuovamente la controversia, non importa se pervenendo ad esiti diversi oppure – non lo si può escludere *a priori* – ricalcando il dispositivo della prima, ancorché sulla base di un diverso *iter* motivazionale⁹⁶.

7. La logica che presiede alla corretta esegesi dell'art. 73, comma 3⁹⁷, c.p.a., è suscettibile di espandersi in direzione di ogni altra regola processuale collocata al crocevia tra contraddittorio come garanzia delle parti e collaborazione tra giudice e parti.

Si pensi, ad esempio, al dovere del giudice⁹⁸ di sentire⁹⁹ “le parti costituite” e presenti (tramite i rispettivi avvocati) all'udienza in camera di consiglio¹⁰⁰, fissata per la discussione e “decisione della domanda

⁹⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 2009, n. 1712 (“se le valutazioni compiute dal giudice sulla questione rilevabile di ufficio si rivelano corrette, diventa ininfluyente e non è viziante la circostanza che le parti non sono state sul punto sentite”); Cons. Stato, Sez. V, n. 3557/2012 (che richiama apertamente la logica dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241).

⁹⁵ Cfr. F. SAITTA, *La “terza via”*, cit., 856, che trova “inquietante” la somiglianza di certi ragionamenti “al controverso art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990”.

⁹⁶ Diverso *iter* motivazionale che “può avere il suo bravo rilievo, ad es., e non fosse per altro, sulle spese di lite” (C. CONSOLO, *Le sezioni unite*, cit., 360).

⁹⁷ Cfr. i primi tre paragrafi del presente contributo.

⁹⁸ Il dovere incombe, segnatamente, sul Presidente del collegio, che dirige l'udienza ai sensi dell'art. 11, comma 1, delle norme di attuazione, *sub* All. 2, c.p.a.: cfr. Tar Piemonte, sez. II, 28 novembre 2009, n. 3179. A tanto il Presidente del collegio provvede, per lo più, su impulso del giudice relatore, che meglio di ogni altro conosce il fascicolo della causa.

⁹⁹ Il dovere giudiziale consiste nel sentire “sul punto” le parti, e non anche nel procurarsi il loro consenso: le parti “devono semplicemente essere informate” della possibilità che il collegio definisca immediatamente il giudizio, anziché limitarsi alla decisione cautelare, “senza che ciò prefiguri un accordo che deve intervenire fra esse e l'organo giurisdizionale” (Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2003, n. 1131; Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7940; C.g.a.r.S.,

cautelare”, circa l’eventualità della definizione immediata del giudizio, “con sentenza in forma semplificata”, “in esito all’udienza cautelare” (art. 60 c.p.a.).

Fermo restando, poiché inciso nella cristallina lettera dell’art. 60 c.p.a., il preciso dovere del giudice amministrativo, sanzionabile in sede disciplinare, di sentire “sul punto le parti”, la sua violazione¹⁰¹ determina nullità della sentenza soltanto quando impedisce loro di “proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza ovvero regolamento di giurisdizione” (cfr. l’art. 60 c.p.a., ove la dichiarazione in tal senso di “una delle parti” è elevata a ragione ostativa alla definizione immediata del giudizio)¹⁰².

24 ottobre 2005, n. 708; Cons. Stato, sez. IV, 28 dicembre 2005, n. 7399, Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2010, n. 4244, Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2010, n. 7570, Cons. Stato, sez. VI, 9 dicembre 2010, n. 8625, in relazione all’art. 21, comma 10, l. n. 1034/1971; più di recente Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2014, n. 5751; Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2015, n. 2755).

Non è sufficiente, perché non riferito specificamente alla singola controversia, l’avvertimento fatto in sede di “preliminari d’udienza”, in relazione a tutte le domande cautelari da chiamare nella camera di consiglio (Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2224; Cons. Stato, sez. VI, n. 8625/2010; Cons. Stato, sez. III, 7 gennaio 2013, n. 14; C.g.a.r.S., 18 marzo 2013, n. 368).

¹⁰⁰ La mancata costituzione in giudizio delle parti e l’assenza dei loro difensori all’udienza camerale per la discussione (e decisione) della domanda cautelare non ostano all’immediata definizione del giudizio (Cons. Stato, sez. V, n. 1131/2003; Cons. Stato, sez. IV, n. 7940/2004; C.g.a.r.S., n. 708/2005; C.g.a.r.S., 13 febbraio 2007, n. 33; Cons. Stato, sez. IV, n. 4244/2010, ove risulta che l’avvocato del ricorrente aveva inviato alla Segreteria del Tar un’istanza di rinvio nella quale rappresentava di essere impegnato, nel giorno fissato per la camera di consiglio, in un’udienza nell’ambito di un processo penale e, confidando nell’accoglimento dell’istanza, non si era premunito di nominare alcun sostituto o delegato; Cons. Stato, sez. VI, n. 7570/2010; Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2012, n. 1810; Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 2014 n. 4982; Cons. Stato, sez. V, n. 5751/2014; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 712; Cons. Stato, sez. VI, n. 2755/2015). *Contra*, ma a quanto consta isolata, Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2007, n. 3831. Assai peculiare, invece, la fattispecie decisa da Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 2012, n. 3317, che accoglie l’appello di un’amministrazione il cui difensore non aveva presenziato all’udienza camerale di primo grado a motivo della preventiva formulazione, da parte del ricorrente, di una rinuncia alla domanda cautelare: donde l’annullamento con rinvio ex art. 105, comma 1, c.p.a.

¹⁰¹ Il verbale dell’udienza in camera di consiglio è “unico documento atto ad attestare, con valore di prova legale”, ciò che in quella sede è avvenuto, “nel senso che se *ivi* non consti espressamente che le parti sono state sentite sul punto”, la sentenza in forma semplificata è nulla (C.g.a.r.S., n. 708/2005). Cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6137, che ritiene decisiva l’assenza di ogni annotazione nel verbale dell’udienza camerale di primo grado, nonostante l’indicazione, nell’epigrafe della sentenza, dell’avviso alle parti, “e ciò sia perché si tratta di frasi già predisposte nello schema di sentenza, sia per il fatto che il verbale di udienza è quello che determina la verità legale di quanto avvenuto nel corso dell’udienza medesima”. Anche Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2011, n. 4913, prima di decidere, ha acquisito copia del verbale dell’udienza camerale di prime cure.

Contra Cons. Stato, sez. V, n. 1131/2003, che ritiene sufficiente la “attestazione [...] data con la sentenza”, “senza la necessità di ulteriori supporti”; Cons. Stato, Sez. IV, n. 7399/2005, che, solo dopo non aver trovato, nel testo della sentenza di primo grado, traccia dell’avvenuta informazione delle parti, ordina al direttore della segreteria del Tar di depositare il verbale dell’udienza camerale; Cons. Stato, sez. VI, n. 8625, che pure parrebbe accontentarsi di una “attestazione” contenuta nella “sentenza impugnata”; Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2011, n. 815; Cons. Stato, sez. III, n. 14/2013.

¹⁰² La “sorpresa” non riguarda, qui, una “via” all’ultimo momento imboccata dal giudice e “terza” rispetto a quelle alternativamente perorate dalle parti, ma la stessa (imprevedibile, se non preannunciata) pubblicazione di una decisione definitiva del (grado di) giudizio, in luogo dell’attesa decisione cautelare.

Stabilisce l’art. 60 c.p.a. che, “se la parte dichiara che intende proporre regolamento di competenza o di giurisdizione, il giudice assegna un termine non superiore a trenta giorni”; e che “il collegio dispone l’integrazione del contraddittorio o il rinvio per consentire la proposizione di motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o di giurisdizione e fissa contestualmente la data [di una nuova camera di consiglio] per il prosieguo della trattazione”: cfr. la dinamica della vicenda processuale di primo grado rappresentata in Cons. Stato, sez. III, 4 giugno 2013, n. 3050.

Non persuade per nulla Cons. Stato, sez. III, 14 marzo 2013, n. 1533, che nega la violazione dell’art. 60 c.p.a. in un caso di definizione immediata del giudizio di primo grado nonostante il ricorrente avesse preannunciato motivi aggiunti a

Il carattere innocuo o nocivo dell'*error in procedendo* emerge *ex post* dalla lettura, caso per caso, dell'atto d'impugnazione della sentenza, confezionato dal soccombente.

La sorte di una sentenza in forma semplificata non preceduta dall'avviso alle parti si gioca sul versante della giustizia/ingiustizia, salvo che l'omesso avviso abbia pregiudicato, in concreto, il diritto di difesa delle parti, *sub specie* di diritto di articolare "motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione", con conseguente nullità della sentenza¹⁰³. Nullità che, ove accertata dal Consiglio di Stato, quale giudice dell'appello, prelude alla rimessione della causa al Tribunale di primo grado *ex art. 105, comma 1, c.p.a.*¹⁰⁴, affinché sia *ivi* ripristinato in forma specifica il diritto di difesa per l'innanzi vulnerato¹⁰⁵.

La perimetrazione della nullità della sentenza per trasgressione del dovere giudiziale di sentire le parti *ex art. 60 c.p.a.*, benché opportuna in quanto evita l'inefficiente scenario di una nullità epidemica, fa sorgere l'esigenza di ricercare una giustificazione diversa per il dovere giudiziale in parola, sancito in termini generali, anche quando la sua inosservanza non leda, in concreto, il diritto di difesa (come dimensionato dallo stesso art. 60 cit.: diritto di "proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione").

Il fine perseguito tramite l'avviso del giudice, capace di orientare le parti nella discussione¹⁰⁶, è la (più elevata probabilità di) giustizia della decisione. Nel dovere giudiziale di sentire le parti si esprime, dunque, il principio di collaborazione del giudice con le stesse, nell'interesse della giustizia.

Soltanto la lesione del diritto di difesa, siccome declinato nell'art. 60 cit., produce nullità della sentenza, che (si converte in motivo di gravame e) prelude alla rimessione della causa al giudice di primo grado, quale tecnica prediletta per la *restituito in integrum* del conculcato diritto di difesa.

valle della conoscenza dell'offerta tecnica dell'aggiudicatario dell'appalto (controinteressato in giudizio), in esito all'auspicato accoglimento di una domanda incidentale di accesso (art. 116, comma 2, c.p.a.). Vero è che il rigetto di quest'ultima, ribadito dal giudice d'appello, disinnesci la (fondatezza della) doglianza di violazione dell'art. 60 c.p.a., ma quel che non è dato comprendere, nel caso di specie, è proprio la (ritenuta) infondatezza della domanda incidentale di accesso, in tesi derivante da (supposte) finalità esplorative.

¹⁰³ Nullità virtuale in quanto non sancita espressamente dall'art. 60 c.p.a. e, nel contempo, extra formale, in quanto derivante dalla violazione del diritto di difesa delle parti, nelle sue manifestazioni *ivi* contemplate.

¹⁰⁴ Per lesione del "diritto di difesa di una delle parti": cfr. la precedente nota 30.

¹⁰⁵ Premesso che, per quanto attiene al Consiglio di Stato, il dovere giudiziale di sentire le parti *ex art. 60 c.p.a.*, va inteso con il massimo rigore, trattandosi dell'ultimo grado della giurisdizione amministrativa, non si condivide Cass., sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428, che parrebbe ricondurre la trasgressione di quel dovere ai motivi inerenti alla giurisdizione e, segnatamente, ai casi di "radicale stravolgimento delle norme di rito sì da ridondare in manifesta denegata giustizia" (sulla linea di politica del diritto perseguita negli ultimi anni dalle Sezioni unite, in una condivisibile chiave critica, cfr. R. VILLATA, "Lunga marcia" della Cassazione verso la giurisdizione unica ("dimenticando" l'art. 103 della Costituzione)?, in questa Rivista, 2013, 324 ss. e ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 483 ss.). La nota positiva di quest'ultima sentenza risiede nell'intravisto collegamento tra dovere di sentire le parti ed eventuale dichiarazione della volontà di proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione: "a seguito di tale dichiarazione – che ha la valenza di un'opposizione alla decisione immediata di tutta la controversia – il giudice amministrativo adito deve limitarsi a pronunciare sulla misura cautelare"; "l'opposizione della parte [...] alla decisione di tutta la controversia in sede di camera di consiglio fissata per la trattazione della misura cautelare non consente la decisione di tutta la controversia con la forma della sentenza semplificata".

¹⁰⁶ Tralasciando il *periculum in mora* e concentrandosi sui profili di rito e di merito rilevanti ai fini della (preannunciata) definizione (immediata) del (grado di) giudizio.

Alcune sentenze, per la verità, colgono l'attitudine dell'avviso ad orientare le parti nella discussione, ma la riconducono semplicisticamente al diritto di difesa come garanzia delle parti, e non al principio di collaborazione tra giudice e parti, né al contraddittorio come mezzo (im)piegato per una decisione giusta: cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 815/2011; Cons. Stato, sez. IV, n. 4244/2010; Cons. Stato, sez. V, n. 6137/2010; Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2012, n. 3777; Cons. Stato, sez. V, n. 5751/2014; C.g.a.r.S., n. 708/2005 oscilla, invece, tra la "leale collaborazione" e la garanzia del diritto di difesa.

Non così la violazione del principio di collaborazione tra giudice e parti (o, se si preferisce, il fallimento del contraddittorio come mezzo per la giustizia della decisione): tutte le volte in cui l'omessa consultazione delle parti non ha avuto, come conseguenza, la mancata proposizione di motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione, il destino della sentenza in forma semplificata non preceduta dal prescritto avviso si gioca nell'alternativa tra giustizia o ingiustizia, e non in quella tra validità o invalidità.

Spiace constatare che la giurisprudenza amministrativa – già sotto il vigore dell'art. 21, comma 10, l. n. 1034/1971 (*ivi* introdotto dall'art. 3, comma 3, l. 21 luglio 2000, n. 205), che è l'antecedente dell'art. 60 c.p.a. – tende a ripiegare, formalisticamente, sull'equazione "omesso avviso alle parti = nullità della sentenza in forma semplificata", con conseguente rimessione della causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a. (e, prima, dell'art. 35, l. n. 1034/1971)¹⁰⁷.

Così, per esemplificare, con una sentenza pubblicata nel dicembre 2010, il Consiglio di Stato ha riportato ai nastri di partenza, anziché definire immediatamente, una controversia, avente ad oggetto un diniego di rinnovo di un'autorizzazione di pubblica sicurezza, avviata presso il Tar Campania all'inizio del 2004¹⁰⁸; con una sentenza pubblicata nel febbraio 2011 il Consiglio di Stato ha ricondotto all'anno zero, anziché risolvere una volta per tutte, una causa, relativa ad atti espropriativi, iniziata davanti al Tar Piemonte sul finire del 2004¹⁰⁹; con una sentenza pubblicata nel gennaio 2013 il Consiglio di Stato ha riportato alla casella iniziale,

¹⁰⁷ C.g.a.r.S., n. 708/2005; Cons. Stato, sez. VI, n. 2224/2006; Cons. Stato, sez. VI, n. 8625/2010 (ove l'accento alla pendenza del termine per l'eventuale proposizione di motivi aggiunti, allorché il Tar decideva la vertenza ex art. 21, comma 10, l. n. 1034/1971, pare più un'argomentazione svolta autonomamente per rafforzare la statuizione – di annullamento con rinvio – che non una pronuncia corrispondente ad una puntuale doglianza dell'appellante); Cons. Stato, sez. IV, n. 815/2011 (ove l'inappropriato riferimento all'art. 35, l. n. 1034/1971 va riletto, alla luce del principio *tempus regit actum*, come richiamo all'art. 105, comma 1, c.p.a.); Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2011, n. 4397; Cons. Stato, sez. V, n. 6137/2011; Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2002, n. 3929 (a livello di *obiter dictum*); C.g.a.r.S., n. 368/2013; Cons. Stato, sez. III, n. 14/2013.

Si condivide, invece, Cons. Stato, sez. IV, n. 3831/2007, in una fattispecie in cui il ricorrente aveva "preannunciato", presumibilmente nelle memorie depositate a ridosso dell'udienza camerale (perché il suo difensore era risultato poi assente in quell'udienza), "la notificazione di motivi aggiunti, conseguenti ad un'istanza di accesso agli atti, di cui aveva accluso copia": la vanificazione dei preannunciati motivi aggiunti, lamentata nel ricorso in appello, si traduce in nullità della sentenza del Tar. Si condivide altresì (con una precisazione) Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2428, in una fattispecie in cui il ricorso di primo grado era stato trattenuto in decisione, in esito ad una camera di consiglio, prima che l'amministrazione resistente depositasse certi documenti in esecuzione di un'ordinanza istruttoria assunta a valle di una precedente camera di consiglio (documenti che – puntualizza chi scrive – avrebbero potuto costituire la base di motivi aggiunti). Identico ragionamento potrebbe valere pure per Cons. Stato, sez. IV, 3 luglio 2013, n. 3566, che stigmatizza la lesione del diritto di difesa derivante dalla definizione immediata del giudizio, da parte del Tar, allorché l'Amministrazione non aveva ancora adempiuto al proprio obbligo di produzione documentale di cui all'art. 46, comma 2, c.p.a., né tanto le era stato ordinato ai sensi dell'art. 65, comma 3, c.p.a.: ma, a ben vedere, qui si sarebbe, più correttamente, potuto (e dovuto) ritenere queste ultime disposizioni (sulla necessaria acquisizione al giudizio della provvista documentale *ivi* contemplata) derogate dall'art. 60 c.p.a.

Per quanto consta, l'unica sentenza che, sia pure a livello di *obiter dictum*, lascia intravedere uno spiraglio nella direzione qui sostenuta è Cons. Stato, sez. V, n. 1131/2003, ove si legge che "le conclusioni raggiunte [*id est*, il rigetto dell'*error in procedendo* prospettato in appello poiché le parti, nella specie, erano state sentite dal Tar ai sensi dell'art. 21, comma 10, l. n. 1034/1971] non rendono necessario [...] affrontare l'ulteriore problema del se l'omessa audizione delle parti si configuri, di per sé ed in ogni caso, come un difetto di procedura che determina l'annullamento della sentenza con rinvio al primo giudice" oppure "se, accanto ed a causa dell'omessa audizione, si debba però individuare un vizio del processo di primo grado che abbia fatto mancare alla parte una garanzia ineliminabile posta a tutela della sua posizione, e che quindi renda necessaria una nuova pronuncia del primo giudice".

¹⁰⁸ Cons. Stato, sez. VI, n. 8625/2010.

¹⁰⁹ Cons. Stato, sez. IV, n. 815/2011, che per di più ritiene "insufficiente" (e *tamquam non esset*) la formulazione "sentite le parti a norma dell'art. 21, comma 10, l. n. 1034/1971", che figurava nel verbale dell'udienza camerale di primo grado: non emergerebbe da un "verbale" siffatto "la circostanza che il collegio si è effettivamente rivolto alle parti comunicando ad esse in forma diretta ed esplicita la possibilità di adozione di una sentenza semplificata". La

anziché dirimere una volta per sempre, una vertenza, inerente a crediti di una struttura privata accreditata, promossa al principio del 2001 dinanzi al Tar Puglia¹¹⁰. E ciò a fronte di appelli che contestavano altresì l'ingiustizia delle sentenze in forma semplificata, rese bensì senza preavviso alle parti, ma senza che ciò avesse alle stesse impedito di proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione.

8. Identica logica¹¹¹ dovrebbe ispirare la soluzione del problema dell'inosservanza del dovere "dell'ufficio di segreteria" di comunicare alle parti costituite in giudizio il "decreto [presidenziale] di fissazione" dell'udienza per la discussione del ricorso, "almeno sessanta giorni prima dell'udienza fissata" (art. 71, comma 5, c.p.a.)¹¹².

Ciò dovrebbe determinare la nullità della sentenza di primo grado soltanto se, stando all'atto d'impugnazione, l'omesso avviso ha comportato il mancato esercizio di specifici poteri assertivi e probatori¹¹³; diversamente, la sorte della sentenza dovrebbe giocarsi sul terreno della giustizia/ingiustizia, e non su quello della validità/invalidità.

Ma la giurisprudenza amministrativa¹¹⁴ pare, ancora una volta, attestata su una linea formalistica, che procede dall'equazione "omesso avviso dell'udienza di discussione = nullità della sentenza", con conseguente rimessione della causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a. (e, prima, dell'art. 35, l. n. 1034/1971)^{115 116}.

Così, per esempio, con una sentenza pubblicata nel febbraio 2013 il Consiglio di Stato ha retrocesso davanti al Tar Lazio, anziché dirimere senza indugio, una causa, avente ad oggetto oneri di una concessione edilizia in sanatoria, che *ivi* era stata avviata sul finire del 2002¹¹⁷; con una sentenza pubblicata nel marzo 2013 il Consiglio di Stato ha rimesso le parti dinanzi al Tar Calabria, dove era stata radicata, fin dal 1999, una controversia tra un ente locale e una regione avente ad oggetto un piano di rateizzazione di un debito del primo per fornitura di acqua potabile¹¹⁸. E ciò senza che l'omesso avviso dell'udienza di discussione avesse impedito alle parti (soccombenti) l'esercizio di poteri assertivi e probatori potenzialmente capaci di imprimere alle liti direzioni ed approdi in tutto o in parte diversi.

9. Alla lettura qui propugnata delle regole processuali situate all'incrocio tra contraddittorio come garanzia delle parti e collaborazione tra giudice e parti non osta la giurisprudenza della Corte europea dei

sentenza appare, sul punto specifico, isolata: l'orientamento largamente maggioritario è ben rappresentato da Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5658, secondo cui "le parti devono soltanto essere rese edotte dell'eventualità che il collegio possa pronunciare la sentenza definitiva, anziché limitarsi alla misura cautelare, e ciò al solo scopo di permettere alle stesse" di potersi esprimere al riguardo.

¹¹⁰ Cons. Stato, sez. III, n. 14/2013.

¹¹¹ Cfr. i primi tre paragrafi del presente contributo.

¹¹² Termine ridotto a quarantacinque giorni, su accordo delle parti, se l'udienza di merito è fissata a seguito di rinuncia alla definizione autonoma della domanda cautelare: così stabilisce lo stesso art. 71, comma 5, secondo periodo, c.p.a.

¹¹³ Nullità che, ove accertata dal Consiglio di Stato, quale giudice dell'appello, prelude alla rimessione della causa al primo giudice ex art. 105, comma 1, c.p.a., per lesione del "diritto di difesa di una delle parti": cfr. la precedente nota 30.

¹¹⁴ Già nel vigore dell'art. 23, comma 3, l. n. 1034/1971, che è l'antecedente dell'art. 71, comma 5, c.p.a.

¹¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 849; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1831; Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2014, n. 2416 (a livello di *obiter dictum*); Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2014, n. 4019 (a livello di *obiter dictum*); Cons. Stato, sez. IV, 16 luglio 2007, n. 4021; Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2014, n. 5799.

¹¹⁶ Secondo Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, n. 4616, l'omesso avviso dell'udienza di discussione identifica, rispetto a sentenze del Consiglio di Stato, un errore di fatto ex art. 395, n. 4, c.p.c. (richiamato dall'art. 106, comma 1, c.p.a.).

¹¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, n. 849/2013.

¹¹⁸ Cons. Stato, sez. V, n. 1831/2013.

diritti dell'uomo. Vero è che nel caso *Drassich c. Italia*, 11 dicembre 2007, punti 32 e 33, la Corte EDU ha – del tutto condivisibilmente – esteso anche alla “materia civile” il dovere del giudice, che riqualifica giuridicamente i fatti di causa, di provocare il contraddittorio tra le parti; non di meno, la stessa Corte EDU ha escluso la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (diritto ad un equo processo) allorché l'ordinamento nazionale predisponga, contro la sentenza frutto di una riqualificazione giuridica operata “a sorpresa” dal giudice di primo grado, un giudizio d'impugnazione capace di garantire il recupero della garanzia frustrata in prime cure (C. eur. Dir. uomo, 9 dicembre 2010, *Zhupnik c. Ucraina*; 8 ottobre 2013, *Mulosmani c. Albania*). Non merita, pertanto, censure, un sistema in cui la sorte delle sentenze rese dai Tar in violazione di regole processuali poste a presidio del contraddittorio come *instrumentum veritatis* si gioca, davanti al giudice dell'appello (Consiglio di Stato), sul versante della giustizia o ingiustizia della decisione, anziché su quello della sua validità o invalidità¹¹⁹.

ABSTRACT: Il contributo esamina alcune regole processuali collocate all'incrocio tra contraddittorio come garanzia delle parti e come strumento per la giustizia della decisione. La tesi sostenuta - peraltro compatibile con le indicazioni provenienti dalla Corte EDU - è che soltanto la lesione del contraddittorio come garanzia delle parti comporta la nullità della sentenza (che si converte in motivo di sua impugnazione e, stante l'art. 105, comma 1, c.p.a., prelude alla rimessione della causa al Tar), mentre si gioca sul diverso versante della giustizia/ingiustizia della decisione la sorte della sentenza resa in violazione del principio di collaborazione del giudice con le parti (o, se si preferisce, del contraddittorio come *instrumentum veritatis*). Inevitabile diviene, allora, la critica della giurisprudenza del Consiglio di Stato, che - non illuminata dalla dottrina - non scevera tra contraddittorio come garanzia delle parti e come strumento per la giustizia della decisione, finendo per sanzionare con la nullità ogni violazione, da parte dei Tar, delle menzionate regole processuali.

ABSTRACT: This article examines some procedural rules concerning the adversarial principle meant as a procedural guarantees of parties before the administrative judge and as an instrument to grant the lawfulness of the administrative judgments. In this respect, the author supports a different view from the one dominant in the jurisprudence of the Administrative Court of Appeal, here critically reviewed.

Key words: adversarial principle, defence, process, judgment, invalidity, appeal

¹¹⁹ Il discorso cambia, ma non può essere qui affrontato perché condurrebbe troppo lontano, per le sentenze del Consiglio di Stato, ricorribili in Cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, tra i quali non rientra la violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a., né delle altre regole processuali collocate al crocevia tra contraddittorio come garanzia delle parti e collaborazione tra giudice e parti: si staglia, forse, all'orizzonte un nuovo caso di revocazione della sentenza, necessario per conformarsi a pronunce definitive della Corte EDU, ma è necessario attendere il riscontro che il Giudice delle leggi fornirà alla questione di costituzionalità al riguardo sollevata da Cons. Stato, ad. plen., 4 marzo 2015, n. 2.

