

NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983; (7) IANNOTTA - PUGLIESE, *Appello e contraddittorio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 10; (8) G. CARLOTTI - M. FRATINI, *L'appello al Consiglio di Stato*, in *Trattato di Giustizia Amministrativa* a cura di F. Caringella e R. Garofoli, Milano, 2008; (9) C. MODICA DE MOHAC, *Gli atti processuali*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. SCOCA, 309.

Articolo 102

Legittimazione a proporre l'appello

1. Possono proporre appello le parti fra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado.

2. L'interventore può proporre appello soltanto se titolare di una posizione giuridica autonoma.

SOMMARIO: I INTRODUZIONE ALLA NORMA: 1. *Ratio e rilevanza sistematica della norma.* **II IL COMMENTO:** 1. *Il progressivo ampliamento della legittimazione ad appellare.* **III LE QUESTIONI APERTE:** 1. *La legittimazione ad impugnare del terzo, titolare di una posizione giuridica autonoma, che non abbia partecipato al giudizio di primo grado.*

I INTRODUZIONE ALLA NORMA

1. Ratio e rilevanza sistematica della norma.

La disposizione enuncia il principio di carattere generale in tema di legittimazione ad appellare secondo cui possono proporre appello coloro che furono parti del giudizio di primo grado (Cons. St., sez. III, 1 ottobre 2013, n. 4873, afferma che ai sensi dell'art. 102 c.p.a. il controinteressato soccombente nel giudizio di primo grado, che abbia interesse all'annullamento della relativa sentenza, deve impugnarla ritualmente, in via autonoma od in via incidentale dopo l'altrui impugnazione proposta per prima, non potendo eludere tale onere mediante la mera costituzione, per di più con memoria non notificata, nel giudizio promosso da altro soccombente, con la conseguenza che è inammissibile il motivo d'impugnazione dedotto con il suo atto di costituzione in giudizio; Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2768, afferma che il riferimento dell'art. 102 c.p.a. alle "parti" tra le quali è stata resa la sentenza appellata lascia impregiudicata la questione se con esso si intenda richiamare le parti "formali", ossia quelle costituite o evocate in giudizio, ovvero le parti "sostanziali" del rapporto controverso, fra le quali avrebbe dovuto essere instaurato il rapporto processuale; cfr. Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 983). Viene inoltre specificato che l'interventore è legittimato ad impugnare la sentenza di primo grado soltanto se titolare di una posizione giuridica autonoma.

La legittimazione ad impugnare e l'interesse ad impugnare sono condizioni dell'impugnazione,

vale a dire aspetti di un unico requisito o modo di essere della domanda: l'*ipotetica accoglibilità* (C. MANDRIOLI, (1), 53). Nell'appello esse si concretizzano rispettivamente nella qualità di parte in primo grado e nella soccombenza: in particolare, quest'ultima è concepibile solo in capo ad un soggetto che sia stato parte nel giudizio che ha condotto alla decisione impugnata (C. MANDRIOLI, (2), 412).

La carenza della qualità di parte prevista dalla legge come condizione dell'impugnazione comporta l'inammissibilità dell'appello.

II IL COMMENTO

1. Il progressivo ampliamento della legittimazione ad appellare.

Conformemente alla regola generale del processo civile la legittimazione ad appellare nel processo amministrativo era tradizionalmente riconosciuta alle parti necessarie del giudizio di primo grado (M. OCCHIENA, (3), 27 ss.). La legittimazione è stata affermata in capo a queste ultime siano esse intimamente o meno, ovvero costituite o meno (Cons. St., sez. VI, 25 marzo 1996, n. 500: possono proporre appello contro le decisioni dei tribunali amministrativi regionali, coloro che hanno partecipato al giudizio di primo grado e che sono stati lesi dalle decisioni, ed i soggetti che, pur non avendo partecipato al procedimento perché non chiamati nè intervenuti, sono titolari di un interesse contrastante con quello dedotto in giudizio, tale da essere pregiudicato dalle suddette decisioni).

Il secondo comma della norma in commento riconosce la legittimazione ad appellare in capo al solo intervenitore titolare di una posizione giuridica autonoma.

La disposizione conferma la giurisprudenza che consente l'appello agli altri interventori (non titolari di una posizione giuridica autonoma) soltanto per impugnare i capi di sentenza concernenti l'ammissibilità del loro intervento e le spese processuali (Cons. St., sez. V, 21 marzo 2011, n. 1737; Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2010, n. 4495; Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1264; Cons. St. sez. IV, 28 aprile 2006, n. 2394; Cons. St., sez. V, n. 4461/2002). Infatti l'interveniente adesivo dipendente non può impugnare autonomamente la sentenza di primo grado se non per i profili di rito che abbiano dichiarato inammissibile il suo intervento (A. TRAVI, (4), 323; Cons. St., sez. IV, 5 febbraio 2009, n. 656, afferma la legittimazione al solo intervento *ad adiuvandum* del proprietario da parte del locatario di un terreno sul quale è imposto il vincolo espropriativo). Anche nel processo civile la legittimazione ad impugnare presuppone un'autonomia di posizione, quale non spetta all'interventore adesivo dipendente, se la parte adiuvata non ha, a sua volta, impugnato (C. MANDRIOLI, (2), 412, nota 22).

Accanto alla tradizionale legittimazione ad impugnare più recentemente il Consiglio di Stato ha ammesso la legittimazione a proporre appello anche in capo all'interventore *ad opponendum* nel giudizio di primo grado quando risulti titolare di una situazione giuridica propria ed autonoma rispetto alle altre parti (Cons. St., sez. V, 18 agosto 2010, n. 5832; Cons. St., sez. VI, 7 gennaio 2008, n. 8; Cons. St., sez. V, 12 aprile 2005, n. 1614; Cons. giust. sic., sez. giurisd., 9 maggio 2005, 336; **Cons. St., Ad. plen, 8 maggio 1996, n. 2**); la giurisprudenza identifica l'interventore *ad opponendum* in primo grado non solo nel controinteressato in senso sostanziale pretermesso (che doveva essere evocato in giudizio e non lo è stato) ma anche nel controinteressato successivo alla proposizione del giudizio di primo grado (M. RAMAJOLI, (5), 130 ss.).

La legittimazione ad appellare riconosciuta in capo all'interventore *ad opponendum* è stata introdotta dalla giurisprudenza nel contesto di una riflessione sulla tutela del terzo «percepita come una sorta di sfida» per il modello del processo amministrativo (A. TRAVI, (6), 21).

In questo modo la giurisprudenza ha mostrato aperture ad una lettura in senso sostanziale della posizione del controinteressato per quanto concerne la legittimazione ad appellare. Sono legittimati a proporre appello contro la sentenza di annulla-

mento coloro che, anche se non siano stati propriamente controinteressati nel giudizio di primo grado, o vi abbiano partecipato in qualità di interventori volontari, abbiano tuttavia un apprezzabile interesse al mantenimento dell'atto impugnato (F. G. SCOCA, (7), 215; Cons. St., sez. IV, 27 giugno 2006, n. 4140, riconosce la legittimazione a proporre appello ai soggetti che, pur non rivestendo la posizione processuale di controinteressati, in considerazione della non agevole individuabilità, della non attualità dell'interesse o della non oggettività del vantaggio, traggono un beneficio diretto o personale dal provvedimento impugnato e possono subire dalla sentenza di accoglimento un pregiudizio capace di legittimare il ricorso al rimedio dell'opposizione di terzo; Cons. St., sez. V, 7 dicembre 1995, n. 1676).

III LE QUESTIONI APERTE

1. La legittimazione ad impugnare del terzo, titolare di una posizione giuridica autonoma, che non abbia partecipato al giudizio di primo grado.

Nel processo civile la qualità di parte nel precedente grado di giudizio è condizione dell'impugnazione: questa regola trova un'eccezione solo nella situazione particolare in cui si trova chi è legittimato a proporre opposizione di terzo (C. MANDRIOLI, (2), 601).

La medesima logica sembrerebbe essere accolta nel codice del processo amministrativo che afferma espressamente che possono proporre appello le parti fra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado. Le disposizioni in materia di legittimazione all'appello dovrebbero escludere il riconoscimento di tale facoltà in capo a soggetti che non furono parti del giudizio di primo grado.

Tuttavia una giurisprudenza ha affermato che ai sensi dell'art. 102 c.p.a., ai c.d. controinteressati pretermessi, i quali avrebbero la possibilità di esperire il rimedio dell'opposizione di terzo, deve essere riconosciuta anche la legittimazione a proporre appello avverso la sentenza resa in difetto di loro evocazione in giudizio, al pari di qualsiasi soggetto che risultasse essere contraddittore necessario in quanto titolare di un interesse giuridicamente differenziato e qualificato alla conservazione dell'atto impugnato (Cons. St., sez. IV, n. 2768/2011).

La giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto in passato la legittimazione a proporre appello in capo al controinteressato pretermesso che

abbia un interesse autonomo, ancorché non sia intervenuto nel giudizio di primo grado (Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2008, 4755; Cons. St., sez., VI, 26 giugno 2003, n. 3848; Cons. St., sez. V, 23 luglio 1994, n. 805). In questo modo una parte della giurisprudenza ha voluto assicurare una tutela ai terzi (cioè a soggetti che non siano neppure intervenuti *ad opponendum* nel giudizio di primo grado) titolari di una posizione giuridica autonoma (cfr. Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3567; Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013). È stata sostanzialmente riconosciuta la legittimazione ad appellare agli stessi soggetti che avrebbero potuto proporre opposizione di terzo (Cons. St., Ad. plen, 11 gennaio 2007, n. 1; Cons. St., Ad. plen, 11 gennaio 2007, n. 2); in tal modo la legittimazione del terzo a proporre appello è stata ricondotta alla legittimazione a proporre opposizione (A. TRAVI, (8), 113; Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2005, n. 6520: «La legittimazione ad appellare va riconosciuta ai soggetti che ricevono un beneficio diretto e personale dal provvedimento impugnato e possono subire dalla sentenza appellata un pregiudizio capace di legittimare il ricorso all'opposizione di terzo»).

Secondo parte della dottrina era sintomatico di un'interpretazione nel senso della giustizia sostanziale ammettere la legittimazione ad appellare da parte del controinteressato pretermesso e non intervenuto in primo grado, in quanto si trattava di uno strumento processuale volto ad assicurare l'effettiva partecipazione di ogni parte necessaria quanto meno nel giudizio di secondo grado (E. STICCHI DAMIANI, (9), 216).

Tuttavia va sottolineato che la giurisprudenza ha introdotto questa legittimazione in considerazione dell'assenza di un rimedio come l'opposizione di terzo avverso le sentenze non ancora passate in giudicato. Oggi che il codice ammette tale rimedio la disciplina dovrebbe mutare nel senso sottolineato anche nella Relazione introduttiva generale del codice del processo amministrativo, ove è affermato che per effetto dell'introduzione della disciplina dell'opposizione di terzo viene superata la giurisprudenza che ammetteva la legittimazione ad appellare anche di chi non fosse stato parte del giudizio di primo grado (cfr. Relazione introduttiva generale del codice del processo amministrativo). Infatti secondo la nuova disciplina questi soggetti sono legittimati a proporre opposizione di terzo o, nel caso di sentenza non ancora passata in giudicato, ad intervenire nel giudizio di appello instaurato da una delle parti del giudizio di primo grado (v. commento *sub* artt. 108 e 109).

Si segnala un recente orientamento della giurisprudenza secondo cui, con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, non residua oggettivamente spazio per l'appello da parte del terzo ed è preclusa al litisconsorte necessario pretermesso in primo grado la possibilità di appellare autonomamente la relativa sentenza. Il controinteressato non evocato in giudizio può, dunque, impugnare la sentenza di primo grado soltanto (e ove sussistano le condizioni) con il rimedio straordinario dell'opposizione di terzo, ai sensi del comma 1 dell'art. 108 c.p.a. La previsione di cui al comma 2 dell'art. 109 c.p.a., che prevede l'intervento in appello del terzo, è applicabile solo qualora risultano già proposte altre impugnazioni (Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5279).

BIBLIOGRAFIA: (1) C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Torino, XX ed., 2009; (2) C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. II, Torino, XX ed., 2009; (3) M. OCCHIENA, *Osservazioni sulla categoria dei controinteressati*, in *Giur. it.*, 1998, III, 27 ss.; (4) A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010; (5) M. RAMAJOLI, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 118 ss.; (6) A. TRAVI, *L'opposizione di terzo e la tutela del terzo nel processo amministrativo*, in *Foro it.*, 1997, III, 21; (7) F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009; (8) A. TRAVI, *(In tema di) legittimazione delle associazioni di consumatori a proporre appello o opposizione di terzo*, in *Foro it.*, 2007, III, 113 ss.; (9) E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988.

Articolo 103

Riserva facoltativa di appello

1. Contro le sentenze non definitive è proponibile l'appello ovvero la riserva di appello, con atto notificato entro il termine per l'appello e depositato nei successivi trenta giorni presso la segreteria del tribunale amministrativo regionale.

SOMMARIO: **I INTRODUZIONE ALLA NORMA:** 1. Le sentenze non definitive: l'evoluzione del pensiero dottrinale e giurisprudenziale fino all'approdo del codice del processo amministrativo. **II IL COMMENTO:** 1. La riserva d'appello - 2. Forme e termini della riserva d'appello - 3. La prosecuzione del processo di primo grado - 4. Riserva d'appello e impugnazione proposta dalle altre parti. **III LE QUESTIONI APERTE:** 1. L'effetto traslativo dell'appello avverso sentenza non definitiva. 2. L'effetto espansivo della decisione d'appello.

I INTRODUZIONE ALLA NORMA

1. Le sentenze non definitive: l'evoluzione del pensiero dottrinale e giurisprudenziale fino all'approdo del codice del processo amministrativo.

Le sentenze non definitive ricorrono con frequenza nella prassi processuale amministrativa e si configurano allorché il giudice, senza esaurire l'intero spettro dei temi dedotti in contenzioso e senza decidere in via definitiva la controversia, statuisce su questioni pregiudiziali o preliminari ovvero su alcune soltanto delle domande proposte (CARLOTTI (5), 547).

Non appartengono al genere delle sentenze non definitive le cc.dd. *decisioni interlocutorie in senso stretto*, ovvero quei provvedimenti giurisdizionali i quali, sebbene adottati sotto la forma e con il nome di sentenza, presentino un contenuto prettamente ordinatorio e uno scopo, di regola, preparatorio, istruttorio o sospensivo, ma non decisivo. Al riguardo, si rivela ancora oggi utile la tassonomia a suo tempo declinata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la quale, dopo aver genericamente definito *interlocutorie* tutte le sentenze che «concludono una fase nei processi destinati ad esser proseguiti e pronunciano in ordine ad uno o più punti della causa, attinenti al rito o al merito», ha poi ulteriormente distinto le decisioni aventi *carattere preparatorio* (ad esempio, quelle che ordinano la riunione di più cause o l'integrazione del contraddittorio) o *istruttorio* (che dispongono e regolano mezzi istruttori), da quelle *preliminari* (che risolvono questioni pregiudiziali o preliminari, pronunciando sulla giurisdizione, sulla competenza, sull'ammissibilità, ricevibilità e procedibilità degli atti delle parti) e, infine, da quelle propriamente *parziali*, che definiscono cioè solo una parte della controversia.

Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, ancorché nessuno dubitasse dell'appellabilità delle sentenze non definitive (MIGNONE (1), 2061), essendo le stesse dense di carattere decisivo, nondimeno permanevano alcune divisioni in giurisprudenza in ordine all'individuazione della disciplina applicabile: si discuteva, infatti, se fosse necessaria l'impugnazione immediata di tale pronunce, entro i termini fissati dall'art. 28 della legge 1034/1971, oppure fosse possibile proporre riserva d'appello, con-

formemente a quanto disciplinato nel processo civile dall'art. 340 c.p.c.

La questione sorgeva per effetto dell'assenza di una previsione specificamente dettata per il giudizio amministrativo, analoga a quella contenuta nel codice di rito, che riconoscesse o meno la facoltà della parte di optare per l'appello immediato o, in alternativa, per l'impugnazione contestuale della sentenza non definitiva e di quella che definisce il giudizio (CARLOTTI (5), 547).

Si riteneva che tale lacuna non potesse essere colmata attraverso un trapianto *sic et simpliciter* nel tessuto normativo del rito amministrativo di una disposizione come l'art. 340 c.p.c. (Cons. St., sez. VI, 7 luglio 1982, n. 354, 1982, I, 977), dal momento che la previsione codicistica modella la regolamentazione dell'istituto della riserva d'appello sulle scadenze tipiche del processo civile che risultano incompatibili con la fisionomia propria del giudizio amministrativo.

Un orientamento dottrinale, al contrario, riteneva necessario valutare se la *ratio* dell'istituto fosse suscettibile di estensione in via analogica al giudizio amministrativo, previa modulazione dei tempi e dei modi di esercizio della riserva d'appello.

In dottrina si sono levate autorevoli voci contrarie all'esistenza di un'*eadem ratio* idonea a giustificare l'integrazione della normativa processuale amministrativa mediante estensione analogica degli istituti processuali civili, in quanto si qualificava la riserva facoltativa di appello alla stregua di una proiezione del *principio di concentrazione delle impugnazioni* che, secondo tale dottrina, sarebbe posto a presidio del giudizio civile, ma non di quello amministrativo (CAIANIELLO (2), 891; VIRGA (3), 388; NIGRO (4), 476). Veniva, inoltre, criticata la concezione che rinviene nell'istituto della riserva d'appello l'unica regola idonea a soddisfare esigenze di economia processuale, considerata l'ampia discrezionalità concessa al legislatore nel plasmare gli strumenti e le forme della tutela giurisdizionale ritenuti più idonei a un'efficace e puntuale attuazione dei principi costituzionali. Non mancavano, ad ogni modo, voci in controtendenza. Secondo un diverso orientamento dottrinale (CARLOTTI (5), 547) non poteva essere revocato in dubbio che il principio di concentrazione avesse diritto di cittadinanza anche nel processo amministrativo: la necessità della rapida conclusione dei procedimenti, alla cui tutela tale principio è funzionale, ri-

sultava rafforzata dalle sopravvenienze costituzionali (art. 111 Cost., 2° comma, ult. periodo) e primarie (quale l'inserimento nel corpo della legge istitutiva dei Tar di previsioni dedicate alle *sentenze cc.dd. semplificate*). Riguardo all'altra argomentazione, imperniata sull'assunto dell'impossibilità di inferire logicamente dal principio di concentrazione soluzioni processuali obbligate, la dottrina in esame riteneva che tale argomentazione contenesse sicuramente un nucleo di verità, posto che: a) il legislatore del 1971 aveva configurato la disciplina del primo grado ispirandosi allo schema del processo cartolare *sull'atto*, sulla falsariga cioè del prevalente modello archetipico del giudizio di legittimità in unico grado avanti al Consiglio di Stato, in cui era poco avvertita l'esigenza di una frantumazione della materia contenziosa; b) la concentrazione delle impugnazioni nel rito amministrativo, del resto, verrebbe garantita a monte, ed in maniera assai più intensa, sia attraverso l'implicito divieto imposto al giudicante di frammentare in più decisioni, cronologicamente ripartite, l'unitarietà del *thema decidendum* introdotto dalle parti, sia mediante la previsione dell'onere, gravante sui litiganti, di gravare immediatamente, entro i termini di decadenza, qualunque pronuncia giurisdizionale ritenuta lesiva, definitiva o meno. Ciò nonostante, la dottrina in esame affermava che il superamento della concezione esclusivamente impugnatoria del processo amministrativo, da un lato, e l'evoluzione del diritto positivo e della riflessione giuridica, convergenti nel senso della necessità di assicurare una tutela, completa ed effettiva, degli interessi dedotti in giudizio, dall'altro, dovevano condurre a rivedere le argomentazioni svolte dalla dottrina contraria all'estensione della riserva d'appello al processo amministrativo, giacché esse rendevano manifesta l'importanza di un pieno riconoscimento della facoltà delle parti di procrastinare, all'esito definitivo del giudizio di primo grado, la scelta in ordine all'impugnazione o meno delle decisioni parziali, eventualmente rese nel corso del processo svoltosi dinanzi al Tar. Sulla scorta di tali argomentazioni si attribuiva soluzione favorevole alla questione dell'impugnabilità differita delle sentenze non definitive, pur in assenza di una specifica regolamentazione processuale. La problematicità e l'ampiezza dei profili sottesi a tale questione sono stati per lungo tempo oggetto di valutazione anche da parte della giurisprudenza con esiti risolutivi non univoci. Secondo un orientamento più risalente nel tempo, si riteneva, alquanto apoditticamente, che non fosse estensibile al processo amministrativo la riserva facoltativa d'appello, sul presupposto implicito che l'assenza di una disposizione normativa analoga a quella prevista dal codice di rito non potesse essere colmata in via analogi-

ca (Cons. St., sez. VI, 7 luglio 1982, n. 354; Cons. St., sez. V, 4 dicembre 1989, n. 792). Fin dalla prima metà degli anni '90 (Cons. St., sez. V, 8 marzo 1994, n. 155) la giurisprudenza del Supremo Consesso è stata impegnata nell'opera di revisione critica di tale orientamento, opera alla quale hanno concorso talune significative innovazioni legislative, quali l'art. 7 della L. n. 1034/1971 - poi completamente riscritto dalla L. n. 205/2000, onde conformare la disposizione alla novità, veramente rivoluzionaria, della riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi - che consentiva la proposizione, mediante un unico ricorso, di una duplice domanda, di natura rispettivamente cassatoria (diretta contro l'atto) e risarcitoria (mirante ad ottenere la piena riparazione delle conseguenze dannose scaturite dal provvedimento illegittimo); e l'art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998, con cui si è tipizzato un nuovo modello di pronuncia amministrativa nell'ambito di tutte le controversie vertenti su pretese di natura aquiliana che permette al giudice amministrativo di limitare l'oggetto della decisione all'accertamento della sola spettanza del risarcimento del danno, circoscrivendola all'*an* del diritto dedotto, e di rimettere invece all'accordo delle parti - almeno in prima battuta - la determinazione negoziale del *quantum* della riparazione dovuta, sulla base di criteri selezionati direttamente dal giudicante (CARLOTTI (5), 547).

Il *revirement* giurisprudenziale si fondava su un ragionamento di tipo analogico, volto ad ammettere, in mancanza di un'espressa disposizione di legge, l'ingresso nel processo amministrativo dell'istituto della riserva d'appello prevista dall'art. 340 c.p.c., anche al fine di dare attuazione al principio di concentrazione processuale e di economia dei relativi mezzi (Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2005, n. 3260; Cons. St., sez. IV, 1 marzo 2001, n. 1121; Cons. St., sez. V, 8 marzo 1994, n. 155).

Con l'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare al risarcimento del danno, prima nelle sole materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, poi nella generalità delle materie di sua competenza in forza dell'art. 7 della legge 1034/1871, si è assistito a una "proliferazione" di sentenze non definitive, con il giudice spesso indotto a decidere con sentenza parziale sull'annullamento del provvedimento prima di dar corso al giudizio risarcitorio. Alla luce di ciò, da più parti è stato auspicato un intervento del legislatore a definitivo superamento degli ostacoli posti all'estensione in via analogica della riserva d'appello al giudizio amministrativo (SAITTA (6), 363).

A rimuovere tale ostacolo è intervenuto il codice del processo amministrativo, il cui art. 103 prevede che "contro le sentenze non definitive è proponibile l'appello ovvero la riserva di appello, con

atto notificato entro il termine per l'appello e depositato nei successivi trenta giorni presso la segreteria del tribunale amministrativo regionale”.

II IL COMMENTO

1. La riserva d'appello.

A fronte di una sentenza non definitiva, l'effetto della riserva d'appello è duplice: da un lato, essa esclude la decadenza dall'appello per decorso degli ordinari termini di impugnazione, protraendo la possibilità di esercizio del potere di impugnazione fino alla pronuncia della sentenza definitiva, insieme con la quale potrà essere impugnata anche la sentenza non definitiva; dall'altro, la riserva preclude alla parte la possibilità di proporre immediatamente appello. Una volta, infatti, che sia fatta valere la riserva, non vi è più possibilità di proporre appello immediato avverso la sentenza non definitiva, anche se i termini ordinari non siano ancora decorsi (CARLOTTI (5), 548).

La riserva di gravame non rappresenta una manifestazione di volontà diretta a proporre impugnazione contro la sentenza stessa ma è unicamente diretta a conservare il potere d'impugnazione, differendone l'esercizio, e ha l'effetto di sostituire al dovere di osservanza del termine di decadenza l'onere di proporre il gravame insieme con quello contro la sentenza definitiva.

2. Forme e termini della riserva d'appello.

L'art. 103 del codice del processo amministrativo, oltre a prevedere la riserva facoltativa d'appello, ne stabilisce anche le forme e i termini di proposizione.

La riserva si propone con atto notificato entro il termine per l'appello e depositato nei successivi trenta giorni presso la segreteria del tribunale amministrativo regionale presso cui pende il giudizio nel cui ambito è stata pronunciata la sentenza non definitiva.

Il termine per proporre la riserva, in altre parole, è lo stesso termine per la proposizione dell'appello: se la sentenza non definitiva è stata notificata, la riserva d'appello deve essere formulata entro il termine breve per appellare (sessanta giorni); diversamente, vige il termine lungo di sei mesi.

Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il dibattito si era incentrato sull'individuazione delle modalità mediante le quali far valere la riserva ogniquale volta la parte interessata non intendesse impugnare immediatamente, nelle forme ordinarie, la decisione non definitiva (CARLOTTI (5), 554).

I giudici di Palazzo Spada, al riguardo, avevano chiarito che occorre adattare al rito speciale le previsioni dell'art. 129 disp. att. c.c., di talché, *a*) per l'ipotesi di *sentenza parziale notificata*, l'onere di formulare la riserva andava adempiuto, a pena di decadenza, entro il termine breve per appellare, attraverso la notificazione dell'atto di esercizio della specifica facoltà processuale al procuratore delle controparti costituite (o, personalmente, a quelle non costituite); mentre, *b*) nel caso della *sentenza parziale non notificata*, occorre provvedere alla notificazione in parola, non oltre la prima udienza successiva alla comunicazione della pronuncia non definitiva (sempre che detta udienza cada in epoca antecedente alla scadenza del termine per l'appello, altrimenti la parte interessata a gravarsi parzialmente non potrà attendere il giorno dell'udienza, ma dovrà partecipare tale intenzione con atto da notificarsi nei modi indicati nel testo), oppure, più semplicemente, annunciando *verbis*, in udienza, l'intenzione di riservare l'appello (o, ancora, chiedendo di allegare al verbale una dichiarazione scritta su un foglio separato: Cons. St., sez. VI, 15 aprile 1993, n. 289).

I due limiti temporali, aventi carattere perentorio, andavano coordinati nel senso che se la prima udienza successiva alla comunicazione aveva luogo prima della scadenza del termine per impugnare, la riserva doveva essere formulata all'udienza; se, invece, il termine per impugnare scadeva anteriormente alla prima udienza, la riserva doveva essere manifestata prima della scadenza di quel termine. Puntuale, in tal senso, era la giurisprudenza, secondo la quale il termine alternativo della prima udienza previsto dall'art. 340 c.p.c. ha carattere acceleratorio, non già facoltativo, e quindi riguarda l'ipotesi in cui tale prima udienza preceda la scadenza del termine per impugnare.

La forma della riserva è disciplinata dall'art. 129 disp. att. cod. proc. civ., secondo cui la riserva va effettuata con atto notificato ai procuratori delle parti o personalmente alla parte, se questa non sia costituita, oppure con dichiarazione da inserirsi nel processo verbale d'udienza o con dichiarazione su foglio a parte da allegare al verbale stesso.

Secondo la giurisprudenza, la riserva di appello differito non richiede formule sacramentali, ma è ravvisabile sempre che vi sia un'espressa manifestazione della volontà di impugnare, che denoti in maniera chiara e inequivoca l'intenzione di differire la proposizione dell'impugnazione dopo la pronuncia definitiva. Non sono, dunque, considerate sufficienti a integrare riserve di gravame le dichiarazioni espresse in termini ambivalenti e incerti, quali la dichiarazione di voler proporre eventualmente appello dopo aver preso visione della sentenza non definitiva.

La dichiarazione avente per oggetto la riserva di impugnazione si ritiene rientri nei poteri del procuratore della parte costituita, il quale, pertanto, non necessita a tal fine di una procura speciale.

L'omessa dichiarazione di riserva o la sua tardività o irritualità comportano decadenza dal diritto oggetto della riserva, cioè la facoltà di proporre appello differito, ma non precludono l'esercizio del potere d'impugnazione immediata della sentenza non definitiva, sempre che non siano decorsi i termini di impugnazione. Tale potere, al contrario, deve essere esercitato se si vuole evitare la preclusione da giudicato interno o da giudicato sostanziale sulla questione affrontata dalla sentenza non definitiva (CARLOTTI (5), 555).

3. La prosecuzione del processo di primo grado.

La proposizione dell'impugnazione avverso una sentenza parziale non obbliga il primo giudice a sospendere il processo avanti a sé, non sussistendo alcun rapporto di pregiudizialità necessaria tra le cause pendenti nei due gradi (CARLOTTI (5), 558).

Una situazione analoga si presenta, del resto, in tutti i casi in cui, chiamato a pronunciarsi su un appello cautelare, il Consiglio di Stato non aderisca, sul piano del *fumus boni iuris*, all'impostazione giuridica che sorregge l'ordinanza appellata.

Autorevole dottrina, tuttavia, argomentando sull'assunto per cui le sentenze dei tribunali amministrativi regionali sono esecutive e il ricorso in appello non sospende l'esecuzione della sentenza impugnata, ritiene che il giudizio di primo grado prosegue se il Consiglio di Stato non sospende la decisione parziale impugnata. Questa soluzione mira a "evitare le conseguenze pregiudizievoli per la celerità del processo, connesse a impugnative di sentenze interlocutorie proposte a scopo meramente dilatorio: se l'impugnativa viene proposta, sarà il Consiglio di Stato, nel suo prudente apprezzamento a valutare la temerarietà dell'impugnativa, respingendo la domanda di sospensione, per consentire la prosecuzione davanti al Tar, nonostante il gravame, ove si avveda dello scopo defatigatorio dell'appello avverso la sentenza non definitiva.

Se, dunque, non venga disposta la sospensiva della sentenza interlocutoria appellata, il processo continua in primo grado, anche se il Consiglio di Stato decida sull'appello. In quest'ultimo caso, ove dovesse verificarsi un contrasto tra la decisione emessa dal Consiglio di Stato sull'impugnativa della sentenza non definitiva e la sentenza di primo grado emessa sul processo proseguito, il contrasto potrà essere sanato, in sede di impugnativa di quest'ultima sentenza, da parte del Consiglio di Stato, che

dovrà ovviamente annullarla ove contrasti con il proprio precedente giudicato" (CAIANIELLO (2), 769).

4. Riserva d'appello e impugnazione proposta dalle altre parti.

La dichiarazione di riserva sortisce un duplice effetto, sia autorizzativo sia preclusivo: da un lato, essa esonera la parte che se ne avvale dal rispetto dei rigorosi termini perentori per la proposizione dell'appello dinanzi al Consiglio di Stato; dall'altro lato, impedisce a chi esercita la riserva di cambiare idea e d'interporre ugualmente un'impugnazione in via principale avverso la sentenza parziale, posto che l'esito di una iniziativa siffatta, in aperta violazione dell'impegno al differimento, sarebbe inevitabilmente una pronuncia d'inammissibilità (CARLOTTI (5), 559).

È pur vero, tuttavia, che la riserva non è vincolante per le scelte difensive delle altre parti, di guisa che, qualora siano queste ultime ad impugnare immediatamente la sentenza, il riservante non potrà far altro che seguire, se del caso, la via dell'appello incidentale.

Nel rito civile, infatti, ai sensi dell'art. 340 c.p.c., nel caso in cui la sentenza non definitiva sia stata immediatamente impugnata da altra parte, la riserva non è più ammissibile e, se già in precedenza proposta, rimane priva di effetto. Di conseguenza, la parte che ha fatto riserva deve, a pena di decadenza, proporre impugnazione nelle forme dell'appello incidentale (MANDRIOLI (9), 410; nello stesso senso la giurisprudenza, secondo la quale la parte che abbia fatto riserva di appello differito contro una sentenza non definitiva è obbligata a proporre l'appello in dipendenza dell'appello di altro soccombente, senza alcuna possibilità di potersi giovare della riserva di gravame in precedenza emulata, atteso il chiaro disposto dell'art. 340 c.p.c., che conserva efficacia a tale riserva a condizione che nessuna delle altre parti si avvalga della facoltà di impugnazione immediata; pertanto, in caso di appello di altro soccombente, la mancata impugnazione di chi abbia formulato la riserva - da effettuarsi anche nelle forme dell'impugnazione incidentale - determina il passaggio in giudicato della sentenza definitiva nella parte non impugnata).

Secondo parte della dottrina, tale impugnazione non può considerarsi tardiva malgrado l'avvenuta decorrenza dei termini. Al riguardo, la Cassazione ha affermato che, qualora la parte, che abbia formulato riserva di appello differito contro una sentenza non definitiva, sia obbligata a proporre appello, in dipendenza dell'appello immediato di altro soccombente, può proporre la sua impugnazione come incidentale tardiva, anche per quell'interesse autonomo che l'aveva legittimata alla riserva di

impugnazione, senza incorrere in decadenza diversa da quella risultante dalla mancata osservanza delle modalità e dei termini per l'appello incidentale, rimanendo in particolare irrilevante, in ragione del carattere incidentale della impugnazione e della pregressa formulazione della riserva, la decorrenza dei termini previsti per le impugnazioni principali (Cass. n. 48417 del 1992; Cass. n. 6628 del 1986).

La legittimazione all'impugnazione incidentale tardiva della sentenza non definitiva sussiste alla duplice e congiunta condizione che il soccombente sia autore della riserva di gravame differito e che, essendo risultato parzialmente vittorioso per effetto della sentenza definitiva, vede le statuizioni di questa, a lui favorevoli, impugnate in via principale dalla controparte (CARLOTTI (5), 559).

III LE QUESTIONI APERTE

1. L'effetto traslativo dell'appello avverso sentenza non definitiva.

Un tema ancora dibattuto riguarda l'estensione dei poteri cognitori e decisorio del giudice di appello, qualora investito dell'impugnazione di una sentenza non definitiva, pronunciata unicamente su una questione pregiudiziale o preliminare, oppure su una parte soltanto del *petitum*.

Gli interrogativi si concentrano sulla questione della possibilità per il secondo giudice, cui la controversia sia stata devoluta solo parzialmente, di decidere sopra l'intera lite e, quindi, anche sull'oggetto ancora sottoposto al sindacato del Tar (CARLOTTI (5), 556).

Si pone, dunque, il problema di verificare quale sia l'ampiezza dell'*effetto traslativo* dell'appello o, detto altrimenti, occorre determinare i confini della possibile dilatazione dell'oggetto del secondo giudizio oltre i limiti segnati dall'impugnazione di una sentenza parziale.

I principi che governano i rapporti tra le distinte fasi processuali (che nel codice di procedura civile sono sedimentati nell'art. 356, comma 2, c.p.c.) e il generale principio devolutivo nonchè quello del divieto dell'ultrapetizione suggeriscono una risposta di segno recisamente negativo, non potendosi produrre alcun effetto traslativo del giudizio, in assenza di un'espressa domanda di una delle parti.

Il giudizio di appello deve dunque restare nei limiti della questione decisa dalla sentenza non definitiva impugnata. Puntuale, in questo senso, la giurisprudenza civile, secondo la quale il carattere non definitivo della sentenza di primo grado che, senza definire il giudizio, abbia deciso una questione preliminare, comporta che il giudice di secondo grado

investito dell'appello avverso tale decisione ha potere di cognizione limitato alla questione decisa dalla sentenza appellata.

Il giudice d'appello, pertanto, non può occuparsi delle questioni per le quali il processo continua in primo grado e non può ammettere prove se non su quell'elemento della fattispecie che è stato oggetto della sentenza appellata (CARLOTTI (5), 557).

2. L'effetto espansivo della decisione d'appello.

La regola enunciata nel precedente paragrafo non è idonea a descrivere compiutamente la reale incidenza della pronuncia su un appello parziale, quando sia ancora pendente il processo di primo grado.

In altre parole, si danno ipotesi in cui la decisione del Consiglio di Stato, ancorché formalmente circoscritta ad una parte contenuta della lite, può condizionare sensibilmente il prosieguo del residuo giudizio di primo grado. S'intende mettere in luce che, oltre al fenomeno eclatante del travolgimento dell'intera controversia a seguito del rilievo d'ufficio, in sede di appello promosso avverso una sentenza non definitiva o parziale, del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo o di altri vizi di radicale inammissibilità o di sopravvenuta improcedibilità dell'impugnativa pendente avanti al Tar, resta comunque il fatto, obiettivamente non contestabile, che i nessi di collegamento e di presupposizione tra le varie questioni dedotte nei due gradi del giudizio tendano talora ad amplificare le conseguenze della decisione d'appello, travalicando i confini, apparentemente ristretti, delle questioni devolute (CARLOTTI (5), 557).

Se dunque, in linea di massima, il principio del doppio grado induce l'interprete a giudicare abnorme una pronuncia d'appello che, nel riformare una sentenza non definitiva, decida dell'intera controversia sostanziale - anche se un'eventualità del genere è ammessa da SANTORO (7), 2607, quando l'appellante deduca, quale specifico motivo d'impugnazione, l'erroneità dell'emanazione di una pronuncia non definitiva ed in parte interlocutoria, in luogo di una definitiva, nonostante l'asserita completezza dell'istruttoria compiuta - non può escludersi con altrettanta sicurezza che, nella pratica, non si diano ipotesi in cui la decisione di secondo grado, pur investendo solo una o più questioni di quelle introdotte in prime cure, conduca nondimeno alla *mors litis*.

Ciò è conseguenza dell'effetto espansivo che si produce proprio in virtù dell'oggetto della decisione d'appello, la quale, nel momento in cui riforma la sentenza non definitiva, potenzialmente assorbe e rende irrilevanti tutte le altre questioni, pendenti

dinanzi al giudice di primo grado o da lui decise (LUISO, (8), II, p. 386).

L'effetto espansivo, per la mediazione della riforma della sentenza non definitiva, si estende an-

che agli atti da quest'ultima dipendenti, in maniera analoga a quanto avviene nel caso di riforma in appello dell'ordinanza cautelare (CARLOTTI (5), 558).

BIBLIOGRAFIA: (1) MIGNONE, *Le impugnazioni*, in Mazarroli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, III ed., 2061; (2) V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003; (3) G. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, 1987; (4) M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960; (5) CARLOTTI - FRATINI, *L'appello al Consiglio di Stato*, Trattato di giustizia amministrativa a cura di F. Caringella e R. Garofoli, Milano, 2008; (6) SAITTA, *La riserva di appello nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 363; (7) SANTORO, *Il giudizio amministrativo di secondo grado*, in *Foro amm.*, 1981, I, 2607; (8) P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2000; (9) MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2006.

Articolo 104

Nuove domande ed eccezioni

1. *Nel giudizio di appello non possono essere proposte nuove domande, fermo quanto previsto dall'articolo 34, comma 3, nè nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio. Possono tuttavia essere chiesti gli interessi e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonchè il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza stessa.*

2. *Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile.*

3. *Possono essere proposti motivi aggiunti qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti o provvedimenti amministrativi impugnati.*

SOMMARIO: I INTRODUZIONE ALLA NORMA 1. La ratio del divieto di "nova" in appello. **II IL COMMENTO** 1. Il regime delle domande nuove in appello: l'ambito oggettivo di operatività della preclusione - 2. Le domande accessorie - 3. La censura di legittimità costituzionale proposta per la prima volta in appello - 4. La domanda di risarcimento del danno - 4.1. L'accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto a fini risarcitori - 5. Il regime delle domande nuove in appello: l'ambito soggettivo di operatività della preclusione - 6. La sorte delle domande nuove in appello e l'eventuale accettazione del contraddittorio - 7. Gli effetti espansivo ed estensivo dell'impugnazione e della decisione di appello - 8. Il regime delle eccezioni nuove in appello: il dibattito ante codice - 9. Il regime delle nuove eccezioni nel codice del processo amministrativo - 9.1. Le eccezioni in senso ampio e le eccezioni fondate su fatti o diritti sopravvenuti - 9.2. Le eccezioni della parte non costituita in primo grado e quelle della parte erroneamente dichiarata non costituita in primo grado - 9.3. Le eccezioni rilevabili d'ufficio - 9.4. Una casistica delle eccezioni rilevabili d'ufficio - 10. Il difetto di giurisdizione - 11. Il regime dei nuovi mezzi di prova - 11.1. La nozione di "indispensabilità" dei nuovi mezzi di prova - 11.2. L'impossibilità di proporre il mezzo di prova in primo grado - 11.3. Il regime applicabile alle nuove prove precostituite. **III LE QUESTIONI APERTE:** 1. I motivi aggiunti in appello.

I INTRODUZIONE ALLA NORMA

1. La ratio del divieto di "nova" in appello.

Il regime dei *nova* assume centralità nella connotazione del giudizio dinanzi al Consiglio di Stato (FRATINI (1), 241).

La fonte positiva di tale regime si rinviene nell'art. 104 del codice del processo amministrativo, la cui formulazione ricalca quella dell'art. 345 c.p.c.

Sul piano della teoria generale, il principio sancito dalle citate norme è considerato una naturale conseguenza del doppio grado di giurisdizione (Cons. St., sez. IV, 2 giugno 1999, n. 963), da cui discende l'esigenza di una piena e inalterata corri-

spondenza oggettiva tra il primo e il secondo grado del giudizio (PICCIOLI (2), 424).

In altri termini, il *thema decidendum* fissato nel giudizio di primo grado non può essere modificato in appello mediante proposizione di domande o eccezioni nuove che, alterando l'oggetto della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, siano idonee a pregiudicare la corrispondenza, nei limiti di quando devoluto con l'atto di appello alla cognizione del giudice superiore, della *res litigiosa* di primo e secondo grado, con conseguente lesione del principio del doppio grado di giudizio (FRATINI (1), 241; **Cons. St., sez. V, 12 gennaio 2015, n. 37**).

La configurazione dello *ius novorum* in appello è intimamente connessa con quella dell'effetto devolutivo e della natura dello stesso giudizio di appello e quindi, specularmente, con quella dei motivi aggiunti, giacché il riconoscimento della facoltà di presentare in appello domande, eccezioni o mezzi di prova nuovi rappresenta all'evidenza una deroga alla regola della preclusione all'introduzione, in secondo grado, di *nova* (MASTRANDREA (3), 848).

Sul piano della teoria generale processual-civile, il fondamento del divieto di *nova* è altrimenti individuato nella volontà del legislatore di soddisfare l'esigenza, di carattere politico processuale, di garantire una tutela giurisdizionale non solo efficace, ma anche rapida e concentrata, in grado di condurre celermente alla definizione della controversia (CHIARLONI (4), 9; BONSIGNORI (5), 66). In tale prospettiva, sarebbe pertanto esclusa la possibilità di introdurre elementi nuovi in grado di appello per non "affaticare" il giudizio e non procrastinarne la durata.

Tale esigenza appare ancor più pregnante se ragguagliata alla caratterizzazione del processo amministrativo, notoriamente imperniato sulla rilevanza degli interessi pubblici dedotti in giudizio e sull'emersione di posizioni giuridiche individuali incise dall'azione amministrativa, per sua natura funzionale al perseguimento dell'interesse collettivo.

Autorevole dottrina (Nigro), nella trattazione del tema dello *ius novorum* in appello, pone l'accento sulla rigidità che caratterizza l'oggetto del giudizio amministrativo; rigidità che, precludendo la *mutatio del thema decidendum* già in primo grado, a maggior ragione la preclude in appello.

Alla base del divieto di *nova* vi è anche l'esigenza di non accordare strumenti che consentano alle parti di eludere le regole processuali, rimediando a eventuali carenze nella formulazione originaria delle rispettive pretese e difese o a eventuali decadenze maturate nel giudizio di primo grado (SCIARRETTA (6), 265).

Prescindendo dall'esame della fondatezza delle diverse teoriche elaborate al fine di individuare la

ratio del divieto di *nova* in appello, resta indiscusso il dato positivo (art. 104 cod. proc. amm.) che sancisce, per il giudizio amministrativo, tale divieto.

La vigenza del divieto di *nova* in appello precede l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Benché prima di tale codice una norma analoga a quella dettata dal codice di procedura civile (art. 345) non fosse contemplata dal complesso delle disposizioni che disciplinavano il giudizio amministrativo, tuttavia era nondimeno ritenuta indiscussa l'applicazione a tale giudizio di un divieto speculare a quello sancito per le controversie civili (**Cons. St., Ad. plen, 7 novembre 1966, n. 22**); divieto che, sul piano positivo, veniva ancorato all'art. 28 della legge 1034/1971 che riconosceva al Consiglio di Stato in sede di appello "gli stessi poteri giurisdizionali di cognizione e di decisione del giudice di primo grado".

Nell'assetto ordinamentale *ante* codice del processo amministrativo tale norma assumeva una duplice valenza, estrinseca e intrinseca: essa, infatti, da un lato, sanciva la natura appellatoria del gravame, affermando l'identità di cognizione affidata ai giudici di primo e secondo grado, dall'altro, disponeva implicitamente che il giudizio d'appello doveva essere incardinato sulle stesse regole che disciplinavano il giudizio di primo grado e che costituivano la struttura interna e fondante del processo amministrativo, tra cui quella che preclude la modificazione "in corsa" del *thema decidendum*.

Il divieto di *nova* era ritenuto applicabile anche al processo amministrativo (di legittimità, di merito, nonché in ipotesi di giurisdizione esclusiva) anche quale logica conseguenza del principio di specificità dei motivi di impugnazione e, più in generale, dell'onere di specificazione della domanda: la cognizione del giudice d'appello doveva essere limitata alla sentenza appellata e ai motivi dedotti e dibattuti in primo grado, dovendo le richieste eccedenti tali limiti formare oggetto di autonoma impugnativa nei modi e nei termini di legge (FRATINI (1), 242).

Il processo amministrativo, in tal modo, viene ad assumere un carattere unitario: pur essendo suddiviso in gradi, esso mira essenzialmente alla soluzione della controversia così come configurata in primo grado e devoluta al giudice dell'appello, in rapporto alle difese delle controparti e agli elementi istruttori complessivamente acquisiti (**Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2003, n. 2632**, in cui si rileva che "il rapporto processuale non perde la sua unitarietà per il fatto di essere articolato in gradi distinti"; il che "è provato dal permanere, dell'operatività nel grado superiore delle preclusioni verificatesi in quello inferiore e dal divieto dello *ius novorum*).

La conservazione dell'unitarietà del processo e la concentrazione dello stesso su pretese sostanziali

già conosciute dal primo giudice e devolute, nei limiti dell'appello, alla cognizione del secondo ammettono con difficoltà l'accesso al grado di appello di domande e di eccezioni non proposte in primo grado.

Si tratta, in sostanza, di individuare in quali casi ed entro quali limiti operi il divieto di *nova* nel giudizio dinanzi al Consiglio di Stato (FRATINI (1), 242).

II IL COMMENTO

1. Il regime delle domande nuove in appello: l'ambito oggettivo di operatività della preclusione.

L'esame dell'operatività del divieto di domande nuove in appello postula la risoluzione di una questione di natura preliminare, concernente l'individuazione del carattere di novità della domanda (FRATINI (1), 245).

L'elaborazione teorica dottrinale ritiene necessario, a tal fine, procedere all'esame degli elementi richiesti per l'identificazione dell'azione, ossia (tralasciando gli aspetti soggettivi) il *petitum* e la *causa petendi*. Secondo tale orientamento, devono essere considerate uguali le domande che presentano coincidenza dei suddetti elementi, mentre va ritenuta nuova la pretesa che presenta variazione anche di uno solo dei requisiti identificativi della domanda decisa in prime cure.

La novità della domanda, secondo un diverso orientamento, si risolve nell'allegazione di fatti costitutivi diversi da quelli dedotti in primo grado e idonei, alterando il nucleo fattuale costitutivo della domanda, a modificare il titolo originario della pretesa azionata (Cass. n. 4463 del 2000; Cass. n. 3065 del 1999; Cass. n. 8580 del 1998) ovvero la stessa pretesa (Cass., sez. I, 23 marzo 2006, n. 6431, secondo cui "si configura domanda nuova - e, come tale, inammissibile in appello, con rilevanza dell'inerente violazione del divieto anche d'ufficio in funzione dell'attuazione rigorosa del principio del doppio grado di giurisdizione - quando gli elementi dedotti in secondo grado comportano il mutamento dei fatti costitutivi del diritto azionato, integrando una pretesa diversa, per la sua intrinseca essenza, da quella fatta valere in primo grado, e ciò anche se questi fatti erano già stati esposti nell'atto introduttivo del giudizio al mero scopo di descrivere ed inquadrare altre circostanze, mentre soltanto nel giudizio di appello, per la prima volta, siano stati dedotti con una differente portata, a sostegno di una nuova pretesa, determinando in tal modo l'introduzione di un nuovo tema di indagine e di decisione").

Il Consiglio di Stato mostra di aderire a tale ultimo orientamento laddove ravvisa l'operatività del regime dello *ius novorum* nella preclusione all'introduzione per la prima volta in appello di una censura nuova che modifica nel nucleo essenziale la prospettazione dei fatti di primo grado, innovando il *thema decidendum* (ai sensi dell'art. 104, comma 1, c.p.a., è inammissibile la censura non proposta nel ricorso di primo grado ma per la prima volta in appello e in una memoria neppure notificata a controparte, e quindi in violazione del divieto di *ius novorum*. Cons. St., sez. IV, 8 novembre 2010, n. 7914; Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2004, n. 331; Cons. St., sez. IV, 25 settembre 2002, n. 4926; Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 1998, n. 179).

Occorre però distinguere, sotto il profilo concettuale e dell'essenza giuridica, tra domanda nuova e argomentazione giuridica altrettanto nuova (FRATINI (1), 246).

La prima si individua in relazione all'atto impugnato e all'oggetto sostanziale della pretesa azionata e si articola in una denuncia di vizi e lamenti la cui fondatezza viene rimessa allo scrutinio del giudice. La struttura della domanda si compone di una allegazione in fatto e di una *valutazione critica* di quest'ultima, dedotta sotto forma di censura di carattere giuridico.

Il divieto di *nova* si riferisce alla domanda in tal senso intesa e non concerne lo sviluppo delle argomentazioni giuridiche contenute nel motivo proposto in primo grado, sia pure quando tale sviluppo appaia del tutto nuovo rispetto alle originarie prospettazioni. La giurisprudenza ha pacificamente ammesso la modificabilità di tali argomentazioni senza i limiti procedurali previsti per i motivi aggiunti in senso proprio (Cons. St., Ad. plen., 27 ottobre 1987, n. 24), specialmente laddove la parte, mediante una *diversa prospettazione* di una precedente doglianza, miri a contrastare le motivazioni poste dal giudice di primo grado a fondamento della reiezione di un'originaria doglianza (Cons. St., sez. V, 1° febbraio 1995, n. 61; Cons. St., sez. VI, 15 aprile 1989, n. 418; Cons. St., sez. IV, 1 aprile 1980, n. 330).

In tale prospettiva, può ammettersi anche l'ammissibilità in appello di argomentazioni nuove in relazione a fatti costitutivi sopravvenuti, purchè la tardiva allegazione non sia imputabile alle parti.

Ad analoga conclusione dovrebbe pervenirsi per il caso di argomentazioni fondate su uno *ius superveniens* o su declaratorie di illegittimità della Corte Costituzionale, le quali hanno effetto nei giudizi pendenti (trattandosi di rapporti non esauriti) ancorchè pubblicate nelle more del giudizio di appello (Cons. St., sez. VI, 14 dicembre 1991, n. 1082).

Un orientamento giurisprudenziale ha individuato alcuni temperamenti alla libera proponibilità in

appello di argomentazioni giuridiche nuove (Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 1992, n. 96; Cons. St., sez. IV, 23 ottobre 1979, n. 844).

Si ritiene, infatti, che soggiacciano al divieto di *nova* anche quelle prospettazioni che, pur costituendo uno sviluppo logico delle argomentazioni formulate in primo grado, determinano il mutamento del profilo del vizio di eccesso di potere, consegnando al giudice superiore il sindacato su una figura sintomatica di tale vizio diversa da quella allegata nel giudizio *a quo*.

Parimenti, è considerata nuova la censura con la quale si deduce un vizio di violazione di legge diverso da quello azionato nel giudizio di prime cure, che non si risolve nella mera indicazione di una diversa norma posta a fondamento della medesima censura, ma che determina l'allegazione di un diverso vizio, autonomamente valutabile.

Nelle due prospettate ipotesi il tema del divieto di *nova* interferisce con il principio *iura novit curia*, che consente al giudice di qualificare giuridicamente i fatti allegati dalle parti e ricondurli all'esatta norma di riferimento, eventualmente anche diversa da quella indicata dalle parti stesse, in deroga al divieto di *nova*.

Gli è, però, che nelle riferite ipotesi si verte non già in fattispecie che si risolvono nella mera sussunzione di fatti nella relativa categoria-norma - che rappresenta un'operazione di qualificazione giuridica dei fatti che è pacificamente consentita proprio in virtù del principio *iura novit curia*, che ha prevalenza sul divieto di *nova* in appello - bensì in ipotesi che determinano un mutamento del *thema decidendum* attraverso l'allegazione di un vizio sostanzialmente diverso da quello configurato nel giudizio di primo grado. Di qui l'atteggiamento preclusivo assunto dalla giurisprudenza a fronte di tali allegazioni.

Sono considerate nuove anche le domande già dedotte in primo grado in modo irrituale e, dunque, respinte con pronuncia di rito (Cons. St., sez. V, 14 marzo 1980, n. 276). Una diversa considerazione delle stesse, del resto, costituirebbe un'inammissibile *restitutio in termino*, in quanto consentirebbe la proposizione di doglianze oltre il termine decadenza stabilito dalle norme processuali.

Stessa sorte, per le medesime ragioni, attende la riproposizione in appello di domande formulate in prime cure e in tale sede abbandonate (FRATINI (1), 247).

Diverso è a dirsi per le *mere difese* usate dall'appellante per contestare le motivazioni poste dal Tar a fondamento della sentenza appellata, rispetto alle quali non opera la preclusione di *nova* in appello, in quanto trattasi di allegazioni di per sé inidonee a mutare i confini della contesa, l'interesse alla

proposizione delle quali sorge a seguito della pronuncia del giudice di prime cure. Analoghe appaiono le ragioni che consentono di escludere dall'ambito oggettivo di operatività del divieto di *nova* le censure formulate nell'atto d'impugnazione contro la sentenza, trattandosi di doglianze sicuramente "nuove" in senso lato, ma pienamente giustificate dalla fisiologia del sistema delle impugnazioni (FRATINI (1), 247).

Deve parimenti ritenersi ammissibile la censura avverso la decisione del Tar c.d. della "terza via", con la quale cioè il giudice ha accolto o rigettato l'originaria domanda in virtù di motivi rilevati d'ufficio sui quali non è stato suscitato il contraddittorio in primo grado.

Ai sensi dell'articolo in commento è inammissibile la proposizione in appello di domande subordinate, non proposte nel ricorso di primo grado; pertanto, è inammissibile la domanda subordinata, proposta nel giudizio di appello alla sentenza che ha respinto il ricorso avverso il diniego di accesso ai documenti, di conoscere i soli estremi degli atti oggetto di istanza di ostensione (Cons. St., Ad. plen., 24 aprile 2012, n. 7).

2. Le domande accessorie.

Un'ulteriore precisazione terminologica concerne la nozione di *domanda accessoria*: è tale quella domanda connessa ad altra, principale, già decisa, di cui costituisca un mero sviluppo, inidoneo ad alterarne il contenuto primigenio.

Il fenomeno ricorre prevalentemente nella giurisdizione esclusiva o, comunque, nell'ambito delle istanze a contenuto solamente patrimoniale (tra le quali, tipicamente, va compresa la richiesta di risarcimento del danno).

Tecnicamente, in tale evenienza non si è al cospetto di un motivo nuovo, dal momento che le domande accessorie, come sopra definite, non esorbitano dal *thema decidendum* già introdotto, ma semplicemente rappresentano uno strumento di determinazione del *petitum* originario (FRATINI (1), 248).

Casi paradigmatici di domande accessorie sono quelle menzionate dal primo comma dell'art. 104 del codice del processo amministrativo ossia « gli interessi e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni subiti dopo la sentenza stessa ».

A queste deve aggiungersi la domanda di riconoscimento della *rivalutazione* delle somme accertate dal giudicante come dovute, richiesta che può essere avanzata anche per la prima volta in appello (Cons. St., sez. V, 17 gennaio 1994, n. 11; Cons. St., sez. IV, 19 dicembre 1987, n. 793), qualora non

fondata su una *causa petendi* diversa da quella sottostante la pronuncia di accoglimento (Cons. St., sez. IV, 16 ottobre 2001, n. 5449). L'ammissibilità di tale domanda, così come di quella relativa agli interessi maturati e ai danni sofferti dopo la decisione di primo grado, è infatti subordinata alla circostanza che si tratti di domande soltanto parzialmente nuove posto che esse devono effettivamente dipendere dai fatti dedotti nel corso del giudizio di primo grado ed essere collegate funzionalmente alle domande in tale sede proposte.

La giurisprudenza configura la richiesta di interessi e rivalutazione monetaria alla stregua di uno strumento di determinazione del *petitum* originario e, pertanto, ne ammette pacificamente la proponibilità per la prima volta in grado di appello.

Tuttavia, qualora la domanda abbia a oggetto accessori maturati prima della decisione di primo grado, l'ammissibilità trova il limite derivante dal giudicato interno, operante nei casi in cui il primo giudice abbia esplicitamente respinto tale domanda ovvero abbia, omettendo di pronunciarsi su di essa, quantificato in misura più ridotta il credito principale, così presupponendo un accertamento diverso e più ridotto rispetto a quello postulato dalla parte e/o dovuto per legge (Cons. St., Ad. plen, 1 agosto 1985, n. 18; Cons. St., sez. V, 1 aprile 1993, n. 450).

Deve ritenersi inammissibile, inoltre, la domanda relativa a interessi e rivalutazione proposta per la prima volta in appello qualora fondata su un *petitum* e una *causa petendi* nuovi (Cons. St., sez. IV, 16 ottobre 2001, n. 5449).

Con specifico riferimento alle domande di rivalutazione, vale il tradizionale principio per cui si distingue tra debiti di valore e debiti di valuta. Si ritiene, tradizionalmente, che la rivalutazione intervenuta dopo la sentenza di primo grado, derivando dallo sviluppo logico-giuridico della domanda originaria, costituisca un debito di valore che non integra una domanda nuova e che, pertanto, possa essere chiesta anche in sede di appello (Cass., Sez. Un., 8 agosto 2000, n. 549; Cass., sez. I, 9 aprile 1998, n. 3695; Cass., sez. III, 10 marzo 1998, n. 2639; Cass., sez. I, 14 luglio 1997, n. 6387; Cass., sez. III, 23 ottobre 1995, n. 11002). Al contrario, la domanda di rivalutazione ex art. 1224, comma 2, c.c. è considerata e trattata alla stregua di una domanda nuova relativa a un debito di valuta, non liquidabile né d'ufficio né su istanza di parte proposta per la prima volta in seconde cure (Cass., sez. V, 11 maggio 2007, n. 10783; Cass., sez. I, 1 ottobre 1999, n. 10871; Cass., sez. I, 8 novembre 1995, n. 11600; Cass., sez. I, 13 luglio 1995, n. 7683).

Diversamente, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, sono ammissibili in appello le domande di restituzione di quanto l'appellante

abbia dovuto corrispondere o abbia spontaneamente corrisposto alla controparte in esecuzione della sentenza di primo grado.

Del pari, si ritiene ammissibile la domanda di risarcimento per responsabilità aggravata ex art. 96, comma 1, c.p.c., proposta per la prima volta in appello.

3. La censura di legittimità costituzionale proposta per la prima volta in appello.

L'orientamento giurisprudenziale consolidato ritiene "nuova" e, dunque, inammissibile anche la censura di costituzionalità proposta per la prima volta nell'atto di appello (Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5016; Cons. St., sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5950; Cons. St., sez. V, 16 ottobre 2001, n. 5471).

Occorrono al riguardo due precisazioni.

La censura, innanzitutto, non deve essere assimilata alla questione di legittimità costituzionale, la quale (Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5016) può essere sollevata d'ufficio.

Inoltre, è necessario distinguere il caso in cui la censura si riferisca a una norma sostanziale o processuale che ha costituito oggetto del giudizio di primo grado senza essere stata in tale sede esposta a questione di legittimità costituzionale dal caso in cui la censura, pur essendo nuova, riguardi disposizioni primarie che disciplinano il giudizio di secondo grado ovvero concerna norme poste autonomamente dal Tar a fondamento della propria decisione in virtù del principio *iura novit curia*.

Mentre nel primo caso la censura afferisce ad aspetti sui quali, alla luce del divieto di *nova*, sono maturate le preclusioni di rito, nella seconda ipotesi l'interesse alla proposizione della domanda sorge per la prima volta in sede di appello ed emerge (in relazione alla norma sostanziale) come effetto immediato, consequenziale e diretto della decisione di prime cure o (in relazione alla norma processuale) della instaurazione del contraddittorio in secondo grado; in tal caso, pertanto, la censura deve ritenersi ammissibile, anche in considerazione del fatto che, a diversamente ritenere, si determinerebbe una illegittima compressione del diritto di difesa della parte, precludendo alla stessa il diritto di sollevare questioni nell'unica (e opportuna) sede nella quale esse sono deducibili (FRATINI (1), 249).

4. La domanda di risarcimento del danno.

Occorre stabilire se la domanda di risarcimento dei danni diversi da quelli subiti dopo la sentenza di primo grado possa essere proposta per la prima volta in appello senza subire le preclusioni derivanti dal divieto di *nova* (FRATINI (1), 257).