



Le impugnazioni nel progetto di Codice del processo amministrativo (The means of impugnation in the italian project of an Administrative Procedure Code)

Francesco P. Luiso

Professor of Civil Procedure
at the University of Pisa, Italy

Abstract: The text analyses the project of impugnation.

de in Italy in special concern to the means of

Keywords: Administrative Procedure Code. Italy. Means of impugnation.

Sommario: 1. – Il libro terzo del progetto; 2.1 – Le impugnazioni in generale: la proposizione dell’impugnazione; 2.2 – Le parti; 2.3 – L’adunanza plenaria; 3.1 – L’appello: l’atto di appello; 3.2 – Il jus novorum; 3.3 – La rimessione al primo giudice; 4. – La revocazione; 5.1 – L’opposizione di terzo: la legittimazione; 5.2 – Il concorso con l’appello; 6. – Il ricorso in cassazione.

§ 1. Com’è noto, l’art. 39, comma 1, del progetto effettua un rinvio alle disposizioni del codice di procedura civile “in quanto compatibili o espressione di principi generali”. Il libro terzo del progetto, dedicato alle impugnazioni, più degli altri risente della vicinanza strutturale e soprattutto funzionale del processo amministrativo rispetto al processo civile: ed in realtà, le peculiarità del processo amministrativo diminuiscono sensibilmente con riferimento ai mezzi di impugnazione, poiché lo scopo di questi ultimi – far fronte alla ingiustizia ed all’invalidità della sentenza – rende in larga parte indifferente quella diversità del diritto sostanziale, che giustifica una diversa giurisdizione. Come ha ricordato la Corte costituzionale¹, la giurisdizione amministrativa postula che la controversia da risolvere sia disciplinata dal diritto pubblico.

La presente relazione non ha ovviamente l’ambizione di disegnare un quadro generale ed esaustivo di quanto il progetto prevede a proposito delle impugnazioni nel processo amministrativo: ma, data appunto la sostanziale sovrapposibilità della disciplina del c.p.c. e di quella del progetto, si limita a segnalare le principali consonanze e differenze che, in riferimento ai mezzi di impugnazione, sono riscontrabili fra il progetto stesso e il c.p.c.

Prima di procedere nel senso illustrato, è bene premettere una breve descrizione della struttura del libro terzo del progetto. Il titolo I (impugnazioni in generale: artt. 91-99) corrisponde al capo 1 del titolo III del secondo libro del c.p.c. (delle impugnazioni in generale), ma comprende anche alcune disposizioni che nel c.p.c. trovano collocazione nei capi dedicati all’appello ed al ricorso per cassazione. Il titolo II (appello: artt. 100-105) corrisponde al capo 2 del titolo III del secondo libro del c.p.c. (dell’appello). Il titolo III (revocazione: artt. 106-107) corrisponde al capo 4 del titolo III del secondo libro del c.p.c. (della revocazione). Il titolo IV (opposizione di terzo: artt. 108-109) corrisponde al capo 5 del titolo III del libro secondo del c.p.c. (dell’opposizione di terzo). Il titolo V (ricorso per cassazione: artt. 110-111) non ha una corrispondenza specifica nel c.p.c., in quanto l’art.120 ripete quanto dispone l’art. 111, ultimo comma, Cost. e l’art. 121 corrisponde all’art. 373 c.p.c.

§ 2.1. Iniziando dunque dal titolo I, dedicato alle impugnazioni in generale, possiamo notare una sostanziale analogia di contenuto fra:

- l’art. 91 e l’art. 323 c.p.c., fatta esclusione per il regolamento di competenza: ma l’esclusione non è giustificata in alcune ipotesi di cui all’art. 16 del progetto, poiché in quei casi siamo in presenza di un vero e proprio mezzo di impugnazione;

Corte cost. 6 luglio 2004 n. 204.

¹ 153 | *Civil Procedure Review*, v.1, n.1: 146-153, mar./jun., 2010
ISSN 2191-1339



- l'art. 92 e gli artt. 325, 326 comma 1 e 327 c.p.c.;
- l'art. 93 e l'art. 330 comma 1 c.p.c.

L'art. 93, comma 2 del progetto contiene una disposizione sconosciuta al c.p.c., che riguarda il caso in cui il difensore domiciliatario di controparte, al quale debba essere effettuata la notificazione dell'impugnazione, abbia trasferito il proprio domicilio professionale "senza notificare una formale comunicazione alle altre parti". In tal caso, è possibile chiedere ed ottenere dal presidente dell'ufficio competente per l'impugnazione la fissazione di un termine per la rinnovazione della notificazione. La disciplina prevista è più favorevole all'impugnante di quella introdotta per il processo civile dalla Corte di cassazione², secondo la quale costituisce onere del notificante verificare se il nuovo indirizzo del difensore di controparte sia ricavabile dall'albo professionale; solo ove dall'albo professionale risulti un indirizzo diverso da quello reale, è possibile chiedere la rimessione in termini.

Con riferimento a questo gruppo di disposizioni, dobbiamo chiederci – sempre richiamando il rinvio operato dall'art. 39 del progetto al c.p.c. – quale sorte abbiano le disposizioni del c.p.c. che non trovano corrispondenza nelle norme del progetto. Mi riferisco in principal luogo alla definizione di cosa giudicata formale (art. 324 c.p.c.), all'acquiescenza (art. 329 c.p.c.) ed al c.d. effetto espansivo esterno (art. 336 c.p.c.). Non avrei dubbi che tali disposizioni trovino applicazione anche nel processo amministrativo, essendo sicuramente espressione di principi generali.

Sarei invece di opinione contraria per quanto riguarda le disposizioni del c.p.c. contenute negli artt. 328 e 330, commi secondo e terzo, che disciplinano ipotesi molto specifiche con soluzioni anche opinabili. Questa conclusione mi sembra rafforzata dai risultati cui giungono le s.u. della Cassazione³ in materia di notificazione dell'impugnazione alla parte defunta: la stessa Cassazione, nell'esaminare le norme sopra indicate, ha escluso che esse siano espressione di principi generali.

§ 2.2. Tralasciando l'art. 94 del progetto (che corrisponde agli artt. 347-348; 399; 406 c.p.c.), e venendo agli artt. 95 e 96, vi è da rilevare che tali norme contengono una disciplina che corrisponde in buona parte a quella degli artt. 331-335 c.p.c., ma con alcune differenze. In primo luogo, l'art. 95, ultimo comma, stabilisce che "il Consiglio di Stato, se riconosce che l'impugnazione è manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondata, può non ordinare l'integrazione del contraddittorio, quando l'impugnazione di altre parti è preclusa o esclusa". La disposizione è quanto mai opportuna, poiché non avrebbe senso integrare il contraddittorio laddove l'impugnazione sia destinata ad essere chiusa in rito. Vi è piuttosto da chiedersi perché l'applicazione di questa regola è limitata ai casi in cui l'impugnazione di coloro, nei cui confronti il contraddittorio dovrebbe essere integrato, è preclusa o esclusa. Infatti, quand'anche per costoro rimanga aperta la possibilità di un'impugnazione, la mancata integrazione del contraddittorio non impedisce loro di impugnare in via principale. Inoltre, come vedremo immediatamente, nel processo amministrativo non è necessario avvertire dell'avvenuta proposizione dell'impugnazione principale le parti soccombenti in cause scindibili: ciò corrobora la conclusione, che una notificazione "di avvertimento" non ha significato.

Può essere interessante notare che anche la Corte di cassazione ha escluso la necessità di

² Cass. (s.u.) 18 febbraio 2009 n. 3960.

³ Cass. 16 dicembre 2009 n. 26279.



integrare il contraddittorio non solo in caso di non decidibilità in rito dell'impugnazione, ma anche in caso di sua manifesta infondatezza⁴.

In secondo luogo, manca nel processo amministrativo una disposizione analoga all'art. 332 c.p.c. Pertanto, l'art. 333 c.p.c. – richiamato dall'art. 96, comma secondo, del progetto – che onera dell'impugnazione incidentale chi riceve le notificazioni di cui agli articoli precedenti, non trova applicazione per i soggetti soccombenti in cause scindibili. Costoro, dunque, nulla sapendo dell'impugnazione principale, proporranno un'impugnazione autonoma.

La riunione delle impugnazione proposte separatamente contro la stessa sentenza, prevista dell'art. 96 comma primo del progetto, diviene dunque fattispecie più frequente rispetto al processo civile. Ed a questo proposito, l'art. 96 ultimo comma del progetto contiene una disposizione sconosciuta al processo civile, in base alla quale “in caso di mancata riunione di più impugnazioni ritualmente proposte contro la stessa sentenza, la decisione di una delle impugnazioni non determina l'improcedibilità delle altre”. La relazione al progetto precisa che “spetterà poi al giudice dell'impugnazione accertare se il primo giudicato che si forma sia opponibile agli altri impugnanti, a seconda che essi siano o non siano stati parti in quel giudizio”.

L'ultima disposizione da esaminare in tema di parti del giudizio di impugnazione riguarda l'art. 97 che volutamente diverge dall'art. 344 c.p.c., in quanto ammette all'intervento “chi vi há interesse”, e non solo chi sarebbe legittimato all'opposizione di terzo. La disposizione recepisce la giurisprudenza del Consiglio di Stato che ritiene inapplicabile all'appello nel processo amministrativo l'art. 344 c.p.c. e quindi ammette in appello sia un intervento principale⁵ sia un intervento adesivo⁶.

§ 2.3. L'art. 99, ultimo articolo del titolo I del progetto, riguarda il deferimento all'adunanza plenaria. La norma è collocata nel titolo dedicato alle impugnazioni in generale, in quanto si applica non solo all'appello, ma anche alla revocazione ed all'opposizione di terzo, purché queste siano proposte al Consiglio di Stato.

L'art. 99, comma primo e secondo, stabiliscono che l'adunanza plenaria può essere investita della decisione del ricorso dalla sezione, di ufficio o su richiesta delle parti, ovvero dal presidente del Consiglio di Stato, e corrisponde agli artt. 372, secondo comma, 376, secondo e terzo comma, con la sola differenza che la sezione semplice della Cassazione non ha il potere di rimettere immediatamente la controversia alle sezioni unite, ma deve investire della questione il primo presidente.

Il comma terzo dell'art. 99 trova il suo corrispondente nell'art. 142 disp. att. c.p.c., che peraltro – dopo la riforma del 2006 – lascia libere le sezioni unite di decidere l'intero ricorso ovvero solo i motivi di propria competenza.

Infine, il comma quarto dell'art. 99 corrisponde all'art. 363, comma terzo e quarto del c.p.c., consentendo la decisione del ricorso, anche quando questo non abbia i requisiti per essere deciso nel merito, allorché la questione sia di particolare importanza.

4 Così, ad es., Cass. 8 febbraio 2010 n. 2723.

5 V., ad es., Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2008 n. 167.

6 V., ad es., Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2009 n. 3084.



Con questo complesso di disposizioni gli strumenti a disposizione del Consiglio di Stato – giudice di vertice della giurisdizione amministrativa – per perseguire la propria funzione nomofilattica vengono equiparati a quelli della Corte di cassazione. Vi è però da notare che manca, nel progetto, una norma, come l'art. 374, comma terzo, c.p.c., che vieta alle sezioni semplici di disapplicare il principio di diritto enunciato dalla sezioni unite: norma, com'è noto, che tante polemiche ha sollevato al momento della sua introduzione, e che viceversa sembra abbia dato prova di buon funzionamento.

Non pare, però, che l'omissione possa legittimare la conclusione che la singola sezione del Consiglio di Stato possa liberamente discostarsi da un precedente dell'adunanza plenaria. Il rafforzamento della funzione nomofilattica del Consiglio di Stato fa invece ritenere che la norma, esplicita per la Cassazione, valga anche implicitamente nel processo amministrativo.

§ 3.1. Il titolo secondo del libro dedicato alle impugnazioni riguarda, come si è detto, il giudizio di appello e – dopo l'art. 100 che individua la competenza del giudice di appello – contiene all'art. 101 le disposizioni relative al contenuto del ricorso. Le norme corrispondenti del c.p.c. sono gli artt. 342 e 346, rispetto alle quali si può rilevare una diversità: l'art. 346 c.p.c. fa riferimento alle domande ed eccezioni “non accolte”, accomunando in un'unica previsione sia le domande ed eccezioni rigettate sia quelle non esaminate, sicché può essere dubbia, soprattutto con riferimento alle eccezioni esaminate e rigettate, se sia sufficiente la riproposizione ex art. 346 c.p.c. ovvero sia necessario l'appello incidentale⁷. L'art. 101, comma secondo, rende invece esplicito che per le eccezioni rigettate è necessario l'appello incidentale, essendo lo strumento della riproposizione limitato alle eccezioni non esaminate. Ovviamente alla stessa conclusione si deve giungere per i fatti costitutivi concorrenti, esaminati e rigettati: mentre quelli assorbiti potranno essere semplicemente riproposti.

Per quanto riguarda la legittimazione ad impugnare, secondo l'art. 102 del progetto essa spetta a chi ha assunto la qualità di parte in senso processuale nel giudizio di primo grado: nell'ipotesi che costui sia un intervenuto, ha il potere di appellare solo se titolare di una posizione giuridica autonoma. Il progetto prende così posizione, in senso restrittivo, sulla vexata quaestio relativa al potere di impugnare dell'interventore adesivo.

L'art. 103 del progetto conferisce al soccombente relativamente ad una sentenza non definitiva, come accade nel processo civile (art. 340 c.p.c.), l'opzione fra l'appello immediato e la riserva.

§ 3.2. Di fondamentale importanza è l'art. 104 del progetto, relativo allo jus novorum in appello, che contiene una disciplina perfettamente coincidente con quella che presenta il c.p.c. dopo la riforma del 2009. Occorre peraltro segnalare due profili peculiari.

L'art. 104, primo comma, del progetto fa salvo quanto previsto dall'art. 34, comma terzo. L'art. 34 del progetto è rubricato “sentenze di merito” e, al terzo comma, stabilisce che “quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se c'è interesse ai fini risarcitori”. Quanto stabilisce l'art. 34, comma terzo, deve poi essere messo in relazione con l'art. 30, comma quinto, secondo il quale, “nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in

⁷ V., in vario senso, Cass. 27 gennaio 2010 n. 1712; Cass. 25 febbraio 2009 n. 4496; Cass. 16 ottobre 2008 n. 25246.



giudicato della relativa sentenza”. È dunque chiarito che la domanda di risarcimento può essere proposta per la prima volta anche nel giudizio di appello.

L'altro profilo riguarda l'ultimo comma della norma in esame, il quale suscita qualche incertezza nella parte in cui consente la proposizione di motivi aggiunti se la parte viene a conoscenza di documenti non prodotti in primo grado. Poiché ovviamente dei documenti prodotti la parte viene senz'altro a conoscenza, ci si può chiedere se la mancata produzione dei documenti costituisce presupposto sufficiente per la proposizione dei motivi aggiunti, e come si coordina tale possibilità con il divieto, in linea di principio, di produzione di documenti nuovi in appello.

Un suggerimento può provenire dalla relazione, secondo la quale “si consente peraltro la proposizione di motivi aggiunti in grado di appello nel caso in cui l'appellante sia venuto a conoscenza di documenti non prodotti nel corso del giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti o provvedimenti amministrativi già impugnati in primo grado. Tale disposizione si ispira ai principi di effettività e di concentrazione della tutela. Resta fermo il principio per cui nei confronti degli ulteriori provvedimenti amministrativi emessi o conosciuti nelle more del giudizio di appello va proposto un separato ricorso di primo grado”.

Sembra, dunque, che la disposizione debba essere letta in correlazione con l'onere di produzione documentale, che l'art. 46 del progetto impone alla pubblica amministrazione.

§ 3.3. L'ultima disposizione dedicata all'appello si occupa della rimessione al primo giudice: si tratta, dunque, di una fattispecie che attiene all'appello come mezzo per fronteggiare non l'ingiustizia, sibbene l'invalidità della sentenza di primo grado. Essa postula dunque la vigenza, anche nel processo amministrativo, del principio enunciato nell'art. 161, comma primo, c.p.c.: cioè del principio, in virtù del quale la nullità della sentenza deve essere tendenzialmente fatta valere attraverso i mezzi di impugnazione.

Si presuppone, dunque, che la sentenza di primo grado sia affetta da nullità o originaria oppure derivata per il vizio non sanato di un atto di quella fase processuale. La vigente disciplina è contenuta negli artt. 34 e 35 della legge TAR, in virtù dei quali: a) se il processo non è in grado di giungere ad una decisione di merito, il Consiglio di Stato pronuncia sentenza di rito che chiude il processo stesso (art. 34); b) se il processo è viziato, ma il vizio è sanabile, il Consiglio di Stato annulla la sentenza e rinvia la causa al giudice di primo grado (art. 35, comma primo). A tali ipotesi di annullamento si aggiunge la errata declinatoria di competenza da parte del TAR (art. 35, comma secondo): in questo caso, al contrario degli altri, il processo non è viziato, in quanto la competenza sussisteva ed il TAR ha errato nel negarla; c) “in ogni altro caso, il Consiglio di Stato decide sulla controversia” (art. 35, comma terzo). Dunque, anche se non esplicitato, si applica al processo amministrativo l'ultimo comma dell'art. 354 c.p.c.: il giudice di appello dichiara la nullità degli atti, provvede alla loro rinnovazione, ove possibile, e decide nel merito.

L'art. 105 del progetto prevede ora tre fattispecie di annullamento e rimessione al TAR che conviene esaminare separatamente.

La prima fattispecie si ha quando “è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti”. Il difetto di contraddittorio si verifica quando vi è la nullità dell'atto introduttivo o della sua notificazione: a tale fattispecie si deve a mio avviso aggiungere anche la mancata instaurazione del giudizio nei confronti di una parte necessaria. La lesione del diritto di difesa – come ipotesi distinta dalla mancanza di contraddittorio – dovrebbe invece riguardare ipotesi nelle quali il contraddittorio è stato correttamente instaurato, ed il difetto si è verificato nel corso del



processo: ad es., perché il decreto di fissazione dell'udienza (art. 71) non è stato correttamente comunicato ad una delle parti.

La seconda fattispecie si ha quando il Consiglio di Stato “dichiara la nullità della sentenza”. Con tutta evidenza occorre circoscrivere il significato del termine “nullità della sentenza”, poiché la nullità della sentenza costituisce la conseguenza necessitata di ogni vizio processuale del giudizio di primo grado, in ordine al quale il Consiglio di Stato è chiamato ad intervenire. In altri termini: se la nullità verificatasi in primo grado non avesse portato alla nullità della sentenza del TAR, il Consiglio di Stato dovrebbe limitarsi semplicemente a rigettare la censura relativa all'error in procedendo. Infatti, le nullità processuali in tanto rilevano in quanto ridondano in nullità della sentenza: altrimenti è come se non si fossero verificate. Quindi, se il termine “nullità della sentenza” fosse inteso in senso proprio, il Consiglio di Stato – ove riconosca presente il vizio del processo di primo grado – dovrebbe sempre annullare e rinviare, senza mai poter rimediare al vizio processuale e pronunciare poi nel merito.

Per dare un significato alla previsione, bisogna dunque ritenere che qui per “nullità della sentenza” si intendano le fattispecie dell'art. 161, secondo comma, c.p.c.: cioè quelle ipotesi, comunemente etichettate come inesistenza della sentenza, alle quali non si applica il principio della conversione delle nullità in mezzi di gravame. In sostanza, quindi, si tratta di ritenere che la previsione in esame corrisponda quanto stabilito nell'art. 354, comma primo, ultima parte, c.p.c.

La terza fattispecie si ha quando il Consiglio di Stato “riforma la sentenza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza⁸ o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio”. Qui si verifica una situazione, che nel c.p.c. è prevista negli artt. 353 e 354, comma secondo, esattamente inversa rispetto alle precedenti. Lì la sentenza è invalida, perché il TAR ha pronunciato nel merito nonostante un vizio del processo che una tale pronuncia impediva; qui il TAR ha rifiutato di pronunciare nel merito, nonostante che una pronuncia di merito fosse possibile e quindi doverosa. Pertanto, mentre negli altri casi la pronuncia di merito è possibile solo se il difetto processuale possa essere e sia in concreto sanato; qui non vi sarebbe che sostituire la pronuncia di rito del TAR con una pronuncia di merito. Tuttavia, in queste sole specifiche ipotesi (e non in altre, che ad esse possono essere parificate: si pensi, ad es., ad una erronea dichiarazione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado) il giudice di appello non può pronunciare nel merito e deve rinviare la causa al TAR.

§ 4. Le disposizioni contenute nel titolo terzo del progetto sono dedicate alla revocazione, e rinviano espressamente alle corrispondenti previsioni del c.p.c. oppure hanno un contenuto identico a norme del c.p.c.: così l'art. 107, che ripete, invertendo l'ordine, quanto contenuto nell'art. 403 c.p.c.

Un breve accenno merita l'art. 106, comma terzo, del progetto, laddove, rispetto alle sentenze di primo grado, si coordina la revocazione con l'appello, stabilendo che la revocazione è possibile solo se il motivo non può essere “dedotto” con l'appello. Nel c.p.c., com'è noto, il concorso fra revocazione ed appello è risolto escludendo la proponibilità della revocazione c.d. ordinaria avverso la sentenze di primo grado e facendo riferimento, per le fattispecie di revocazione straordinaria, al dies a quo di decorrenza del termine per proporla: se tale dies a quo si verifica quando è ancora

⁸ Per la verità, la pronuncia sulla competenza assume la forma dell'ordinanza e non quella della sentenza (art. 16 del progetto). Ma le cose non cambiano: se il TAR ha declinato la propria competenza, e il Consiglio di Stato ritiene invece che la competenza spetti al TAR che l'ha negata, si avrà un annullamento dell'ordinanza con rinvio al primo giudice.



pendente il termine per appellare, il motivo di revocazione deve essere speso con l'appello (previa eventuale proroga dello stesso: art. 396 c.p.c.).

A mio avviso, la norma in esame introduce una disciplina analoga. Si deve inoltre ritenere che, se il termine per la proposizione della revocazione straordinaria si verifica quando già pende il processo di appello, esso debba essere fatto valere in quella sede, se ciò è possibile: i.e., se quel processo è ancora in grado di riceverlo, perché sono ancora disponibili i termini di cui all'art. 73.

§ 5.1. Significative novità sono contenute nel titolo quarto, relativamente all'opposizione di terzo. Il punto di partenza, com'è ovvio, è costituito dalla sentenza della Corte costituzionale del 17 maggio 1995 n. 177, che ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 36 legge TAR nella parte in cui non prevede l'opposizione di terzo ordinaria avverso le sentenze del Consiglio di Stato, nonché dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato successiva a tale pronuncia.

In primo luogo, è da sottolineare che viene resa espressamente possibile anche l'opposizione di terzo revocatoria, che non era stata oggetto della pronuncia della Corte costituzionale, ma che era stata ritenuta possibile dalla giurisprudenza⁹.

In secondo luogo, l'art. 108 del progetto individua il legittimato all'opposizione nel terzo "titolare di una posizione autonoma e incompatibile". La divergenza con l'art. 404, comma primo, c.p.c. è evidente, in quanto quest'ultima norma si limita, assai più genericamente, a far riferimento al terzo, i cui diritti sono pregiudicati dalla sentenza. Ed è proprio questa indeterminata nozione di pregiudizio che ha consentito, in sede processuale civile, lo sviluppo dei due filoni dottrinali e giurisprudenziali, l'uno dei quali ritiene che legittimato all'opposizione di terzo sia il titolare di un diritto autonomo ed incompatibile, l'altro dei quali fa invece riferimento al litisconsorte pretermesso ed al falsamente rappresentato. Alternativa, questa, che si riscontra anche nel processo amministrativo, poiché il Consiglio di Stato¹⁰ ha legittimato all'opposizione di terzo ordinaria sia il litisconsorte pretermesso sia il titolare di una situazione soggettiva autonoma e incompatibile.

Sulla base della nuova disposizione, sembra dunque escluso che il litisconsorte necessario pretermesso possa esperire l'opposizione di terzo. Ma la conclusione potrebbe essere messa in dubbio, rilevando che il litisconsorte pretermesso ed il falsamente rappresentato rischierebbero di non trovare uno strumento per far valere il vizio processuale realizzatosi nella pregressa fase.

§ 5.2. Per quanto attiene ai profili processuali dell'opposizione di terzo, sia l'art. 108 sia l'art.109 del progetto stabiliscono che competente sia il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata: resta quindi superato quell'indirizzo giurisprudenziale, che ammetteva sì l'opposizione di terzo avverso le sentenze del TAR ma riteneva che l'impugnazione dovesse essere proposta al Consiglio di Stato¹¹.

Nell'ipotesi in cui vi sia concorso fra opposizione di terzo ed appello, l'art. 109, secondo comma, del progetto prevede che prevalga l'appello, nel senso che – se l'appello è già pendente – l'opposizione deve essere nelle forme dell'intervento ex art. 97 del progetto. Se, invece, l'appello

⁹ Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003 n. 208.

¹⁰ Si v. Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2007 n. 278; Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003 n. 208; Cons. Stato, sez. IV, 3 aprile 2001 n. 1999.

¹¹ Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 1998 n. 263.



viene proposto successivamente all'opposizione, il TAR lo dichiara improcedibile, fissando all'opponente un termine affinché intervenga nel giudizio di appello. Si deve ritenere, nonostante la identità dello strumento, che nel primo caso con l'intervento sia proposta la domanda di opposizione; nel secondo caso, invece, l'intervento costituisce un semplice atto di impulso processuale, volto a trasferire dinanzi al Consiglio di Stato una domanda già proposta innanzi al TAR., idoneo a conservare gli effetti sostanziali e processuali della domanda di opposizione originariamente proposta.

Resta da chiedersi se la proposizione o il trasferimento dell'opposizione di terzo dinanzi al Consiglio di Stato a seguito della pendenza di un appello postuli che quest'ultimo sia ammissibile, ovvero rilevi la pura e semplice materiale pendenza anche di un appello che non abbia i requisiti per la decisione di merito. La seconda soluzione è quella più semplice e sbrigativa, ed evita al terzo – che magari ha proposto l'opposizione dinanzi al TAR e l'ha dovuta trasferire dinanzi al Consiglio di Stato a causa della successiva proposizione di un appello poi dichiarato inammissibile – di ritornare dinanzi al TAR. Dal punto di vista dei principi è però senz'altro più corretta la prima, poiché ogni deroga alla competenza per ragioni di connessione presuppone che la causa attraente sia decidibile nel merito.

§ 6. Poco da dire in ordine al titolo quinto del progetto, dedicato al ricorso per Cassazione. L'art. 110 ripete quanto prevede l'art. 111, ultimo comma, Cost. L'art. 111 consente la sospensione degli effetti della sentenza del Consiglio di Stato, impugnata in Cassazione, in caso di "eccezionale gravità ed urgenza". Si tratta di formula diversa da quella utilizzata dall'art. 98 del progetto con riferimento alla sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata in sede di giurisdizione amministrativa (l'art. 98 parla di "danno grave e irreparabile"), e che, comunque, come tutte le sospensioni rimesse allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata, presenta profili particolari con riferimento al fumus, che – in questa ipotesi – riguarda più la opinabilità che la fondatezza della questione di giurisdizione proposta alla Corte di Cassazione.