

Fabio Saitta

(Ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Catanzaro)

Commento all'art. 101 del codice del processo amministrativo

Publicato sul Sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 29 luglio 2010

Art. 101*

Contenuto del ricorso in appello

1. Il ricorso in appello deve contenere l'indicazione del ricorrente, del difensore, delle parti nei confronti delle quali è proposta l'impugnazione, della sentenza che si impugna, nonché l'esposizione sommaria dei fatti, le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, le conclusioni, la sottoscrizione del ricorrente se sta in giudizio personalmente oppure del difensore con indicazione, in questo caso, della procura speciale rilasciata anche unitamente a quella per il giudizio di primo grado.

2. Si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio.

BIBLIOGRAFIA: M. ANDREIS, *Art. 19 l. TAR*, A. ROMANO – R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 3^a ed., Padova, 2009, 511 ss.; F. BASSI, *L'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo (dalla parte del ricorrente)*, *DP AMM*, 1985, 341 ss.; V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, 3^a ed., Torino, 2003; C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003; M.P. CHITI, *Osservazioni sul Titolo Terzo "Impugnazioni" della bozza di Codice del processo amministrativo* (Presentazione del Seminario su: «Il progetto del codice del processo amministrativo» - Firenze, 24 maggio 2010), www.giustamm.it, 6/2010; F. DANОВI, *Note sull'effetto sostitutivo dell'appello*, *RD PROC*, 2009, 1466 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo*, *CG*, 2000, 750 ss.; S. DELIA, *L'onere di specificazione dei motivi d'appello: il Consiglio di Stato ritorna sui propri passi, ma, purtroppo, nella direzione sbagliata*, www.giustamm.it, n. 1/2009; P. DE LISE, *L'esperienza dei Tribunali amministrativi* (Relazione al Convegno su: «Nuove frontiere per la costruzione dell'Unione Europea: l'effettività e l'efficacia del sistema di giustizia» - Venezia, 23-25 novembre 2006), www.giustizia-amministrativa.it; E. FAZZALARI, *Il «doppio grado» nella legge*

*Contributo destinato al *Commentario al nuovo Codice del processo amministrativo*, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano, Giuffrè, in corso di pubblicazione.

sui Tribunali Amministrativi, RTDP, 1972, 1900 ss.; C.E. GALLO, *Appello nel processo amministrativo*, D. disc. pubbl., I, Torino, 1987, 315 ss.; ID., *Manuale di giustizia amministrativa*, 4^a ed., Torino, 2009; ID., *Art. 28 l. TAR*, A. ROMANO – R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 3^a ed., Padova 2009, 901 ss.; W. GIULIETTI, *Note sulla specificità delle censure alla sentenza appellata*, DP AMM, 2009, 1217 ss.; ID., *Intervento al Seminario su: «La bozza del Codice del processo amministrativo: le impugnazioni»* - Roma, 30 aprile 2010, www.giustamm.it, n. 7/2010; L. IANNOTTA – F. PUGLIESE, *Appello e contraddittorio*, DP AMM, 1997, 1 ss.; I. IMPASTATO, *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo: il Consiglio di Stato alle prese con la (troppo) «sottile linea rossa» tra semplificazione partecipata e partecipazione semplificata*, FA-CDS, 2003, 3065 ss.; G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2008; D. LOMBARDI, *In tema di autorizzazione al giudizio successiva*, DP AMM, 1994, 300 ss.; F. LUBRANO, *Il processo amministrativo di appello (ipotesi normativa e realtà attuale)*, Roma, 1983; ID., *Osservazioni in tema di appello incidentale*, DP AMM, 1984, 237 ss.; G. MONTEDORO, *Brevi considerazioni in tema di principi generali sui mezzi di impugnazione delle sentenze e futura codificazione del processo amministrativo*, *ibidem*, 675 ss.; F.P. LUISO, *Le impugnazioni nel progetto di Codice del processo amministrativo*, www.judicium.it; R. MANCUSO, *I motivi specifici dell'atto d'appello*, GC, 2006, I, 877 ss.; M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960; ID., *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 279 ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, 6^a ed., a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002; A. PAJNO, *Appello nel processo amministrativo e funzioni di nomofilachia*, *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Roma, 1989, II, 825 ss.; G. PALEOLOGO, *L'appello al Consiglio di Stato*, Milano, 1989; G. PICCIOLI, *L'appello amministrativo nell'evoluzione della giurisprudenza*, DP AMM, 1998, 419 ss.; E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, 2008; ID., *Presentazione del Libro III del Codice del processo amministrativo: le impugnazioni* (Relazione al Seminario su: «La bozza del Codice del processo amministrativo: le impugnazioni» - Roma, 30 aprile 2010), www.giustamm.it, n. 7/2010; R. POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002; A. QUARANTA, *Doppio grado di giurisdizione (principio del): III) Diritto processuale amministrativo*, EG, XII, Roma, 1989; ALB. A. ROMANO, *Profili applicativi e dogmatici dei motivi specifici di impugnazione nel giudizio d'appello civile*, RTDPC, 2000, 1205 ss.; F. SAITTA, *L'appello nel processo contabile*, Napoli, 1999; ID., *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010; N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa*, 2^a ed., Milano, 2009; S. SAMBATARO, *Preliminari di giustizia amministrativa*, II, Padova, 2008; B. SASSANI, *Le Sezioni unite della Cassazione e l'inammissibilità dell'atto di appello carente di motivi specifici*, RD PROC, 2000, 511 ss.; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, 3^a ed., Padova, 1997; ID., *L'appello nel processo amministrativo*, *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, Roma, 1989, II, 807 ss.; S.S. SCOCA, *Effetto devolutivo dell'appello e motivi assorbiti*, DP AMM, 2008, 456 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *L'appello al Consiglio di Stato*, E. PICOZZA (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003, 453 ss.; G. SIGISMONDI, *Appello al Consiglio di Stato e motivi assorbiti*, DP AMM, 2000, 402 ss.; ID., *Appello incidentale, consumazione del potere d'impugnazione e onere di specificazione dei motivi d'appello: il Consiglio di Stato diviso tra soluzioni interpretative autonome e codice di procedura civile*, *ivi*, 2002, 387 ss.; ID., *Osservazioni alle disposizioni sulle impugnazioni, nello schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo* (Intervento al Seminario su: «Il progetto del codice del processo amministrativo» - Firenze, 24 maggio 2010), www.giustamm.it, n. 5/2010; A. SQUAZZONI, *Il rebus del presunto effetto paralizzante del ricorso incidentale nelle gare d'appalto ove anche il ricorrente principale contesti la mancata esclusione del vincitore*, DP AMM, 2009, 151 ss.; V. TAVORMINA, *Contributo alla teoria dei mezzi d'impugnazione delle sentenze*, Milano, 1990; G. TROPEA, *La Plenaria prende posizione sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale (nelle gare con due soli concorrenti). Ma non convince*, *ibidem*, 200 ss.; A. VACCA, *La diatriba ancora aperta fra Consiglio di Stato e Corte di cassazione sulla*

rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione nel giudizio d'appello: alcune sintetiche considerazioni, FA-CDS, 2006, 87 ss.; G. VACIRCA, *Questioni pregiudiziali e impugnazioni incidentali nel processo amministrativo*, FA, 1983, 625 ss.; R. VILLATA, *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, DP AMM, 1985, 146 ss.; P. VIRGA, *L'oggetto dell'appello amministrativo*, Studi in onore di A. Amorth, Milano, 1982, I, 735 ss.; ID., *Diritto amministrativo. II. Atti e ricorsi*, 6^a ed., Milano, 2001; A. ZITO, *Le impugnazioni*, F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, 2^a ed., Torino, 2006, 351 ss.

SOMMARIO: 1. Il contenuto del ricorso in appello ed il problema dell'oggetto del giudizio di secondo grado. – 2. *Segue:* in particolare, l'onere di specificazione dei motivi. – 3. *Segue:* l'indicazione della procura speciale. – 4. Effetto devolutivo e motivi assorbiti.

1. *Il contenuto del ricorso in appello ed il problema dell'oggetto del giudizio di secondo grado.*

La disposizione di cui al comma 1 dell'art. 101 riproduce sostanzialmente quella contenuta nel comma 1 dell'art. 40, che disciplina il contenuto del ricorso di primo grado. Nel rinviare, per i profili comuni, al commento di quella disposizione, qui si nota, innanzitutto, come – al pari di quanto faceva il previgente art. 28, comma 2, l. TAR – l'atto introduttivo del giudizio di secondo grado venga definito «ricorso». A tal riguardo, tuttavia, non possiamo non condividere l'opinione che, già con riferimento alla precedente previsione, escludeva che la definizione spostasse la natura dell'atto d'appello, che talvolta è un gravame di tipo rinnovatorio, tal'altra un gravame di tipo eliminatorio (V. CAIANIELLO).

Ciò premesso, al ricorso in appello si applica dunque la medesima disciplina formale dettata per il ricorso di primo grado, eccezion fatta per l'indicazione del-«l'atto o [...] provvedimento eventualmente impugnato» (art. 40, lett. b), cit.), che dev'essere, ovviamente, sostituita dall'indicazione «della sentenza che si impugna».

Quest'ultima espressione ripropone la questione dell'oggetto dell'appello, che, stando alla lettera della legge, sembrerebbe la sentenza del T.a.r.. Ma neanche in tal caso il dato letterale sembra assumere rilievo decisivo, essendo la questione evidentemente più complessa: essa – com'è del resto ben noto – consiste sostanzialmente nello stabilire se si tratti di un rimedio rivolto, almeno tendenzialmente, ad una nuova pronuncia sulla medesima controversia oggetto del giudizio di primo grado in funzione di una decisione sostitutiva ovvero di un rimedio rivolto ad una pronuncia tesa a controllare la sentenza emessa in prime cure ai fini della sua rescissione (R. VILLATA).

Rinviando, per un più dettagliato *excursus*, ad un nostro recente lavoro monografico (F. SAITTA, *I nova*), ci limitiamo a rammentare che, prima dell'entrata in vigore del Codice, la dottrina prevalente optava per la natura rinnovatoria dell'appello, che autorevoli studiosi ritengono, peraltro, la più aderente alle indicazioni contenute nella Costituzione, la quale, manifestando la volontà di realizzare un doppio grado di giudizio (art. 125), tenderebbe chiaramente alla realizzazione di un appello in cui la *cognitio causae* del secondo giudice sia simile a quella del primo (in tal senso, innanzitutto, E. FAZZALARI; analogamente, M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato*; A. QUARANTA).

A sostegno di tale tesi, si osserva, altresì, che, mentre una siffatta configurazione dell'istituto non è in alcun incompatibile con la funzione nomofilattica che il Consiglio di Stato è chiamato a svolgere dal 1971, almeno tre ordini di ragioni inducono a preferire un gravame rinnovatorio: oltre alla già rilevata idea del doppio grado implicita nel sistema costituzionale, la particolare rilevanza che il fatto assume nel processo amministrativo, cui mal si addice un giudizio d'appello di tipo cassatorio, ed il particolare ruolo – di organo, al contempo, di consulenza e di giurisdizione, chiamato a svolgere una complessiva azione unificatrice – che, nell'ordinamento, il sistema costituzionale sembra assegnare al Consiglio di Stato (com'è noto, in sede d'appello, il Consiglio di Stato esercita le medesime funzioni di nomofilachia che l'art. 65, comma 1, r.d. n. 12/1941

attribuisce alla Corte di cassazione rispetto a tutti i giudici ordinari ed a quelli speciali, nei confronti delle cui sentenze è ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge, ai sensi dell'art. 111 Cost.: T.a.r. Abruzzo-Pescara, 3 luglio 2008, n. 659, *GIUR AMM*, 2008, II, 1054; Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 1998, n. 354, *CS*, 1988, I, 399) e che non potrebbe essere svolto in modo altrettanto efficace utilizzando moduli eliminatori anziché rinnovatori (A. PAJNO).

Non mancava, poi, chi, dopo avere premesso che, nel silenzio della legge sul punto, non fosse consentito porre preclusioni o limitazioni processuali di sorta, che non fossero conseguenza automatica della natura del rimedio in questione, sosteneva che «[i]l fatto che con ogni appello si denunci l'ingiustizia del giudizio reso dal primo giudice impone di considerare l'appello nel processo amministrativo come vero e proprio nuovo giudizio» (F. SATTA, *Giustizia*).

Autorevoli studiosi avevano, però, vigorosamente sostenuto la tesi dell'appello impugnazione, rimarcando che obiettivo principale ed immancabile dell'appello amministrativo è sempre quello dell'eliminazione della sentenza di primo grado (così P. VIRGA, *L'oggetto*; ID., *Diritto amministrativo*). In altri termini, il giudizio di secondo grado avrebbe non soltanto ad oggetto una pronuncia del grado precedente, ma «altresì ad argomento il contenuto di essa, nel senso che si propone di dimostrare l'inidoneità di tale pronuncia a regolare la controversia in corretta applicazione delle norme giuridiche» (G. PALEOLOGO). A sostegno di tale tesi, era stato recentemente osservato che la circostanza che in secondo grado si censura proprio la sentenza è confermata dal fatto che quest'ultima può coinvolgere profili di rito (legittimazione e/o interesse ad agire, ecc.) oltre che di merito, e non tanto (o non più) il provvedimento amministrativo oggetto della controversia di primo grado: in questi termini – si dice – «l'oggetto dell'impugnazione di certo è l'erronea valutazione del rapporto processuale che ha reso il Giudice di primo grado» (G. LEONE).

Nemmeno la giurisprudenza è sinora giunta ad una soluzione univoca.

Circa un trentennio addietro, dopo pronunce altalenanti delle singole sezioni del Consiglio di Stato (per il relativo *excursus*, si rinvia a G. PICCIOLI), la questione era approdata all'Adunanza plenaria, la quale aveva optato per la tesi dell'appello gravame: «non è dubbia la sostanziale identità di contenuto, rispetto a quello svolto dal primo giudice, del giudizio che si domanda in secondo grado, dal momento che la devoluzione della controversia in appello ha come effetto, nel processo amministrativo, il riesame appunto dei motivi di illegittimità dedotti in primo grado avverso l'atto amministrativo» (dec. 21 ottobre 1980, n. 37, *FI*, 1981, III, 144). Tale decisione, però, non è riuscita a stabilizzare la successiva giurisprudenza, che continua ad oscillare tra la concezione dell'appello gravame e quella dell'appello impugnazione, da ultimo propendendo per quest'ultima, in adesione alla più recente giurisprudenza civile (questa tendenza è stata segnalata da P. DE LISE). Ed infatti, ancorché non manchino, più o meno presso tutte le sezioni del Consiglio di Stato, decisioni (anche) recenti che configurano l'appello come un gravame rinnovatorio che comporta la devoluzione al giudice di secondo grado della cognizione piena dell'intera controversia (così, ad es., sez. IV, 31 marzo 2005, n. 1414, *FA-CDS*, 2005, 791; sez. V, 4 marzo 2008, n. 896, *ivi*, 2008, 824, che afferma esplicitamente che «[l]'oggetto del giudizio è l'atto amministrativo impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale e non la sentenza»; sez. VI, 12 aprile 2005, n. 1674, *G DIR*, 2005, n. 18, 92), si registrano in prevalenza sentenze di segno opposto (*ex multis*, sez. V, 3 febbraio 2009, n. 595, *FA-CDS*, 2009, 438, che afferma esplicitamente che «[l]'appello al Consiglio di Stato, in quanto rimedio impugnatorio, ha ad oggetto non la questione di legittimità del provvedimento amministrativo impugnato, ma la sentenza di primo grado»; sez. IV, 9 giugno 2006, n. 3467 e 7 aprile 2006, n. 1910, *ivi*, 2006, 1753 e 1131). A ciò si aggiunga che la stessa Adunanza plenaria sembra in evidente imbarazzo, non potendosi altrimenti giustificare la seguente affermazione: «Il giudizio di appello, *pur avendo lo stesso oggetto del giudizio di primo grado*, ossia la legittimità del medesimo provvedimento amministrativo impugnato e la tutela dello stesso rapporto sostanziale, si svolge sulla valutazione che di esso ha effettuato la sentenza. *L'appello ha ad oggetto la sentenza del primo giudice* e comporta l'identica e paritaria posizione processuale di tutte le parti nei cui confronti essa è stata pronunciata» (dec. 24 marzo 2004, n. 7, *CS*, 2004, I, 481).

Non manca, peraltro, una tesi che può dirsi intermedia (formulata da F. LUBRANO, *Il processo*), secondo la quale una valutazione effettiva e razionale del problema dell'oggetto dell'appello amministrativo presuppone una distinzione fondamentale tra il caso in cui la sentenza di primo grado abbia accolto il ricorso introduttivo e conseguentemente annullato il provvedimento amministrativo impugnato ed il caso in cui, invece, tale sentenza abbia respinto il ricorso medesimo. Muovendo da questo approccio metodologico, si sostiene che, nella prima ipotesi, poiché l'accoglimento del ricorso introduttivo comporta il naturale ribaltamento della posizione delle parti in appello, oggetto del giudizio di secondo grado è sempre e soltanto la sentenza del T.a.r., che nella sostanza è l'atto lesivo della posizione dell'appellante, il quale rivolgerà ad essa le sue critiche: se è vero che oggetto indiretto del giudizio d'appello sarà sempre il provvedimento amministrativo originario, oggetto immediato e diretto dell'impugnazione, pur strumentalmente intesa al ripristino del provvedimento stesso, sarà sempre e soltanto la pronuncia di primo grado. Diversamente, nella seconda ipotesi, poiché la statuizione di rigetto del ricorso introduttivo non determina alcuna innovazione sulla realtà giuridica preesistente, non si verifica alcun ribaltamento della posizione delle parti e, pur non potendosi prescindere dalle argomentazioni svolte dal giudice di prime cure, l'oggetto immediato dell'impugnazione sarà sempre e soltanto il provvedimento amministrativo originario, e non già la sentenza del T.a.r., che costituisce soltanto una «realtà occasionale». Vi sono, poi, delle ipotesi intermedie: quella del rigetto del ricorso introduttivo per motivi di rito, nella quale dovrà preventivamente procedersi all'eliminazione della determinazione del primo giudice secondo cui un ostacolo di carattere processuale impedisce l'esame del merito della questione, formulando nei confronti della stessa precise critiche; quella del parziale accoglimento del ricorso introduttivo, nella quale, in presenza di due potenziali appellanti, si deve distinguere l'appello della pubblica amministrazione o del controinteressato in primo grado – che si risolverà nella critica nei confronti della sentenza del T.a.r., che rappresenta per gli anzidetti appellanti l'atto innovativo lesivo da eliminare per ripristinare l'assetto d'interessi determinato dal provvedimento amministrativo originario – da quello del ricorrente in primo grado, che si risolverà, invece, nella riproposizione dei motivi di ricorso ritenuti infondati in prima istanza, nell'ambito dei quali si dovrà rinvenire la critica nei confronti della sentenza appellata, che è lo strumento per perseguire l'obiettivo finale.

Autorevole dottrina (F. SATTA, *L'appello*), dopo aver osservato che la suesposta tesi – secondo cui, in sostanza, l'oggetto dell'appello amministrativo è diverso a seconda dell'esito del giudizio di primo grado – conduce alla conseguenza, almeno in apparenza paradossale, che il silenzio della norma finisce per legittimare l'esistenza di due diversi tipi d'appello – l'uno, proposto avverso la decisione di rigetto, avente connotazione impugnatoria; l'altro, proposto avverso la decisione di accoglimento, avente configurazione rinnovatoria –, nel tentativo di operare una razionalizzazione, ne ha proposto un ulteriore sviluppo, sostenendo che, in definitiva, «oggetto del giudizio di appello non può [...] essere che l'insieme del provvedimento impugnato, annullato o confermato che sia, e della decisione». Si afferma, in altri termini, che, se si ammette che la sentenza del T.a.r. riconosce o nega il fondamento della pretesa fatta valere dalla pubblica amministrazione con il provvedimento impugnato, dettando quindi la disciplina del rapporto, l'appello non può che configurarsi come un *novum iudicium*, che «investe quella totalità che nasce dalla pretesa e dalla pronuncia sulla pretesa, dal provvedimento e dalla pronuncia sul provvedimento. [...] Attraverso l'impugnazione della decisione di primo grado tutto torna in discussione. Il rapporto tra le parti nella sua completezza viene sottoposto al nuovo giudizio».

La tesi è tutt'altro che peregrina (non a caso, infatti, ha recentemente avuto l'adesione di E. PICOZZA, *Il processo*, secondo cui è indubbio tanto che l'oggetto dell'appello sia la controversia già decisa in prime cure, quanto che quest'ultima riviva attraverso la – e nei limiti della – impugnazione; cfr., altresì, S. SAMBATARO, secondo cui ciò che non convince della distinzione tra appello gravame ed appello impugnazione è il netto distacco tra le due modalità; «distacco che le renderebbe inapplicabili, come renderebbe inapplicabili le loro consequenzialità giuridiche, quando i motivi del ricorso in appello riguardassero, *uno actu* – come verosimilmente avviene nella pratica

giudiziaria – i vizi dell’atto amministrativo e i vizi della decisione del primo giudice»), essendo di tutta evidenza, da un lato, che fra il giudizio di primo grado e quello di secondo grado si frappone una sentenza, senza criticare la quale non può pretendersi un riesame della questione giuridica controversa (cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 7/2004, cit., che evidenzia che il giudizio d’appello, pur vertendo sul medesimo oggetto conosciuto dal T.a.r., viene svolto sulla base della valutazione operata da quest’ultimo; negli stessi termini, sez. VI, 13 marzo 2008, n. 1058, *FA-CDS*, 2008, 850); dall’altro, che, a ben guardare, è lo stesso diritto positivo – che, al contempo, devolve al Consiglio di Stato gli stessi poteri del t.a.r., limitando il più possibile i casi di annullamento con rinvio a quest’ultimo, e configura l’appello alla stregua di un giudizio sull’intera controversia già decisa in primo grado – a giustificare l’assimilazione dell’appello amministrativo ad un vero e proprio «centauro giuridico» (così I. IMPASTATO; in termini analoghi, A. SCOGNAMIGLIO, la quale segnala l’ambiguità dell’istituto, in bilico tra gravame di tipo rinnovatorio e gravame di tipo impugnatorio).

In presenza di un panorama dottrinale e giurisprudenziale così variegato, assumere una posizione decisa potrebbe apparire quantomeno azzardato.

Si ha la sensazione, comunque, che il problema dell’oggetto del giudizio d’appello debba essere risolto evitando troppo rigide contrapposizioni e che, anziché rincorrere soluzioni generali, valide per tutte le ipotesi, si debba distinguere caso per caso: ci sembra, cioè, che, ancorché l’oggetto dell’appello amministrativo si identifichi formalmente con la sentenza di primo grado [riprendendo S. SAMBATARO, va notato che il ricorso in appello al Consiglio di Stato è ammesso «*avverso le sentenze dei tribunali amministrativi regionali*» (art. 101, comma 1, del Codice) e che «il giudice dell’impugnazione può, su istanza di parte, valutati i motivi proposti e qualora dall’esecuzione possa derivare un danno grave e irreparabile, disporre la sospensione dell’esecutività della *sentenza impugnata*» (art. 98, comma 1, del Codice): si tratta di argomenti letterali forse non decisivi, ma che avranno pure un qualche significato], dal punto di vista sostanziale esso muti a seconda della posizione delle parti e dell’esito del processo di primo grado (abbiamo già espresso in passato la nostra sostanziale adesione all’impostazione di Lubrano: cfr. F. SAITTA, *L’appello*). Fondendo insieme i due profili, può, quindi, ritenersi sostanzialmente corretta anche l’ulteriore sviluppo di tale tesi, che finisce per sostenere che, in realtà, l’oggetto dell’appello amministrativo è sia la sentenza del T.a.r. che il rapporto sostanziale già sottoposto al giudizio di quest’ultimo, secondo un dosaggio che varia, appunto, in considerazione della posizione assunta in primo grado dall’appellante.

Per quanto specificamente concerne, poi, la natura del rimedio in questione, restiamo convinti (in tal senso, da ultimo, F. SAITTA, *I nova*) che – come dimostrato mezzo secolo fa da M. NIGRO, *L’appello* – il più significativo elemento distintivo tra gravami rinnovatori ed eliminatori sia costituito dalla *cognitio causae*, nel senso che, nei primi, al giudice dell’impugnazione viene attribuita la piena cognizione dello stesso rapporto sostanziale di cui ha conosciuto il primo giudice, mentre, nei secondi, il giudizio consiste in un controllo della sentenza in relazione alla critica. Se si conviene con tale impostazione, non può che pervenirsi alla conclusione che l’identità dei poteri cognitori e decisorio dei giudici amministrativi di primo e di secondo grado (di cui non ci sembra possa dubitarsi pur in assenza di una previsione espressa come quella già contenuta nell’art. 28, ultimo comma, l. TAR) non faccia altro che confermare la natura appellatoria del gravame in parola, differenziandolo nettamente da quelli cassatori (C.E. GALLO, *Art. 28 l. TAR*; L. IANNOTTA – F. PUGLIESE; V. CAIANIELLO; da ultimo, G. MONTEDORO, secondo cui solo nei casi di annullamento con e senza rinvio l’appello funziona come rimedio eliminatorio).

2. Segue: in particolare, l’onere di specificazione dei motivi.

Alla luce di questa prima conclusione, si può adesso prender in esame la connessa problematica dell’onere di specificazione dei motivi d’appello. Trattasi di questione egualmente controversa, nel senso che non è chiaro se l’appello amministrativo debba contenere una critica specifica della sentenza di primo grado o possa limitarsi a richiamare le domande e le difese

disattese dai giudici di prime cure (per una dettagliata disamina dei contrapposti orientamenti, cfr. G. SIGISMONDI, *Appello incidentale*).

Anche in tal caso, nonostante l'Adunanza plenaria avesse optato per la seconda soluzione (così, testualmente, nella succitata decisione n. 37/1980: se, in primo grado, la *causa petendi* del giudizio è rappresentata dai motivi del ricorso introduttivo, «in secondo grado l'allegazione della ingiustizia della sentenza è sostanzialmente *in re ipsa* nella proposizione stessa dell'atto in appello; mentre i "motivi" di questo operano, non diversamente che nel processo ordinario, fondamentalmente quali strumenti di individuazione del *quantum appellatum*. In vista del che evidentemente altro non occorre, ai fini dell'ammissibilità dell'appello, se non la riesposizione delle ragioni fatte valere in primo grado, e cioè appunto dei "motivi" di illegittimità dell'atto sottostante respinti dal primo giudice; mentre l'esposizione delle specifiche ragioni per le quali, a sua volta, questo giudizio viene ritenuto ingiusto, onde se ne richiede la riforma, attengono già a un maggiore spiegamento delle facoltà di difesa, in vista soltanto di un più completo ed esauriente riesame della controversia»), la giurisprudenza si era via via sempre più orientata nella direzione opposta, sicché, prima dell'entrata in vigore del Codice, era ormai del tutto prevalente l'orientamento secondo cui è inammissibile l'appello che si limiti alla mera riproposizione delle censure dedotte in primo grado e disattese dal T.a.r., senza alcuna indicazione delle ragioni per le quali le conclusioni alle quali quest'ultimo è pervenuto non sono condivisibili (in tal senso, tra le più recenti, Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2009, n. 113, *GIUR AMM*, 2009, I, 15; 30 maggio 2008, n. 2612, *FA-CDS*, 2008, 1576, secondo cui la domanda originariamente proposta non può essere riesaminata in appello come se non si fosse svolto il primo grado di giudizio e come se questo costituisse solo un passaggio obbligato, ma ininfluenza sul piano della definizione della materia controversa, per sottoporre la causa al giudice superiore; sez. IV, 15 maggio 2008, n. 2240, *ibidem*, 1415; sez. VI, 14 aprile 2008, n. 1581, *GIUR AMM*, 2008, I, 464; sez. V, 14 aprile 2008, n. 1660, *ibidem*, 485 e *FA-CDS*, 2008, 1122; sez. IV, 12 luglio 2007, n. 3997, *ivi*, 2007, 2158; sez. VI, 28 giugno 2007, n. 3784, *ibidem*, 1945; sez. V, 26 giugno 2007, n. 3657 e 25 giugno 2007, n. 3637, *ibidem*, 1861 e 1858; sez. IV, 19 giugno 2007, n. 3295 e 14 maggio 2007, n. 2396, *ibidem*, 1801 e 1452; sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2308, *ibidem*, 1566; sez. IV, 10 maggio 2007, nn. 2214 e 2184 e 7 maggio 2007, n. 1957, *ibidem*, 1434, 1428 e 1420; sez. VI, 23 aprile 2007, n. 1818, *ibidem*, 1255; sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1389, *ibidem*, 880; sez. V, 13 marzo 2007, n. 1229, *ibidem*, 901; sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1212, *ibidem*, 868; sez. VI, 26 gennaio 2007, n. 295, *GIUR AMM*, 2007, I, 76; sez. V, 23 gennaio 2007, n. 191, *ibidem*, 40; sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7969, *ivi*, 2006, I, 1760 e *FA-CDS*, 2006, 3396; sez. IV, 5 dicembre 2006, n. 7119 e 22 novembre 2006, n. 6852, *ibidem*, 3295 e 3038; sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 6416, *ibidem*, 2882; sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5392, *ibidem*, 2511; sez. VI, 28 agosto 2006, n. 5014 e 22 agosto 2006, n. 4927, *ivi*, 2006, 2290 e 2281; 22 agosto 2006, n. 4929, *GIUR AMM*, 2006, I, 1158; sez. V, 28 giugno 2006, n. 4212, *FA-CDS*, 2006, 1821; sez. VI, 24 giugno 2006, n. 4062, *ibidem*, 1951 e *GIUR AMM*, 2006, I, 977; 22 giugno 2006, n. 3830 e 15 maggio 2006, n. 2702, *FA-CDS*, 2006, 1916 e 1523; per la giurisprudenza più risalente, può vedersi G. PICCIOLI). Si riteneva, in sostanza, che la specificità dei motivi d'appello esigesse che, alle argomentazioni svolte nella sentenza di primo grado, venissero contrapposte quelle dell'appellante, finalizzate ad incrinare il fondamento logico-giuridico delle prime, non essendo le statuizioni di una sentenza separabili dalle argomentazioni che le sorreggono (in tal senso, tra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, n. 595/2009, cit.); all'uopo, pertanto, non sarebbe stato sufficiente che l'atto d'appello consentisse di individuare le statuizioni concretamente impugnate, ma sarebbe stato, altresì, necessario, pur quando la sentenza di primo grado fosse stata censurata nella sua interezza, che le ragioni sulle quali si fondava il gravame fossero espone con sufficiente grado di specificità, da correlare, peraltro, con la motivazione della sentenza appellata (così Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2008, n. 6535, *GIUR AMM*, 2008, I, 1771). Un siffatto onere di specificazione dei motivi d'appello veniva desunto anche dal disposto degli artt. 6 e 17 r.d. n. 642/1907, richiamati dall'art. 29 l. TAR, che imponevano all'appellante di esporre i motivi dell'impugnazione (per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 22 maggio 2008, n. 2439, *FA-CDS*, 2008, 1539).

Non deve destare stupore, poi, che, nell'ambito di tale rigoroso orientamento, si registrassero sia posizioni tutto sommato equilibrate – come, ad es., quella che riteneva sufficiente, ai fini dell'ammissibilità dell'appello, una confutazione, anche sommaria, delle argomentazioni svolte nella sentenza di primo grado (così Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2006, n. 1607, *FA-CDS*, 2006, 890) – che eccessi di formalismo – come quello che ha portato a dichiarare inammissibile un appello avverso una sentenza che aveva dichiarato irricevibile il ricorso di primo grado perché l'appellante, pur avendo trascritto integralmente il ricorso stesso e confutato in modo specifico e puntuale la pronuncia appellata, aveva ommesso di riproporre formalmente i motivi dedotti in prime cure (Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2008, n. 6369, www.giustizia-amministrativa.it) – obiettivamente intollerabili e, soprattutto, ingiustificati (pienamente condivisibili appaiono, quindi, le critiche mosse a tale decisione da S. DELIA).

Fortunatamente, non mancano – ripetesi – decisioni più tolleranti, secondo cui, ai fini dell'ammissibilità dell'appello, può essere sufficiente anche la riproposizione dei motivi dedotti in primo grado, ove accanto ad essi vi sia anche una critica della sentenza appellata (in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2007, n. 337, *FA-CDS*, 2007, 206), o, comunque, che dall'esposizione del ricorso siano ricavabili le censure che vengono mosse alla sentenza di primo grado, non essendo indispensabile che siano indicati partitamente i motivi di gravame (Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3960, *FA-CDS*, 2006, 1791). In sostanza, secondo quest'ultima impostazione, non occorre una sacramentale contestazione di tutti gli snodi logico-motivazionali che supportano il *decisum* gravato, bastando ai fini devolutivi la prospettazione di argomentazioni sufficienti, ove ritenute fondate, ad incrinarne in radice la coerenza e la tenuta (così Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2006, n. 4165, *FA-CDS*, 2006, 1794; sez. VI, n. 1674/2005, cit., che si accontenta della proposizione di tesi ed argomenti contrastanti con quelli fatti propri dal giudice nella sentenza appellata; n. 13/2005, cit., che ritiene l'appello «proponibile per il solo fatto che si lamenti l'ingiustizia della decisione assumendo che la stessa sia il risultato di un'errata valutazione, oltre che delle prove e dei fatti, del riferimento dei fatti al diritto, e in generale di tutto ciò che nell'ambito del giudizio di merito è lasciato alla valutazione più o meno discrezionale del giudice (Cass., 3 marzo 1998 n. 2335)»). Nell'ambito di tale orientamento, invero di gran lunga minoritario, spiccava nettamente – sia per l'ampiezza di argomentazioni che per l'equilibrato temperamento delle contrapposte esigenze (chi scrive è pienamente consapevole del fatto che non si può realisticamente pretendere che sia il giudice d'appello a dover «estrarre» dalla complessità delle articolazioni defensionali l'esistenza di una specifica *causa petendi* – ciò che, peraltro, contrasterebbe con il principio della domanda – e che, pertanto, i motivi d'appello devono essere indicati precisamente e sviluppati in modo tale da poter essere apprezzati dal giudice stesso: Cons. Stato, sez. IV, 19 maggio 2008, n. 2292, *FA-CDS*, 2008, 1418) – una recente decisione che, muovendo dalla pacifica natura rinnovatoria dell'appello amministrativo, che «mira a sottoporre al giudice di secondo grado l'intera controversia già esaminata dal tribunale», e dall'inapplicabilità al processo amministrativo dell'art. 342 c.p.c. (secondo cui «[l]'appello si propone con citazione contenente l'esposizione sommaria dei fatti ed i motivi specifici dell'impugnazione, nonché le indicazioni prescritte nell'articolo 163»), che non pareva sancire un principio generale indiscriminatamente applicabile al di fuori del processo civile, riteneva che, quantomeno nel caso di appello proposto dall'originario ricorrente totalmente soccombente in primo grado, dovesse seguirsi l'interpretazione meno rigorosa: in siffatta ipotesi, dunque, l'appello «deve ritenersi ammissibile, qualora, pur consistendo, formalmente, nella mera riproduzione dei motivi di gravame articolati in primo grado, esprima, con chiarezza, la volontà di sottoporre la domanda al giudice di appello, sulla base degli stessi argomenti giuridici posti a base del ricorso di primo grado» (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2007, n. 5926, *GIUR AMM*, 2007, I, 1707; in termini, più recentemente, 7 aprile 2009, n. 2147, *ivi*, 2009, I, 542).

Complessivamente più equilibrata, in quanto scevra da biechi formalismi, ci è sembrata la posizione assunta sul punto dalla dottrina.

Ed infatti, anche coloro che avevano fermamente sostenuto la tesi della natura (se non totalmente, quantomeno «marcatamente») rinnovatoria dell'appello amministrativo, affermando che il giudizio di secondo grado cade sullo stesso oggetto del giudizio di primo grado, nel senso che – eccezion fatta per i casi di annullamento con e senza rinvio tassativamente indicati dagli artt. 34 e 35 l. TAR – «vi si conosce *direttamente*, e non per il tramite della sentenza di primo grado, dell'atto amministrativo (nei processi di impugnazione) o del rapporto litigioso (negli altri processi)», non avevano potuto far a meno di ammettere che la legge prevedeva espressamente che le forme del gravame fossero impugnatorie e che «da ciò deriva l'onere di indicazione dei motivi del gravame» M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato*; più recentemente, nel senso che, mentre è ipotizzabile costruire un rimedio impugnatorio puro, che miri cioè a censurare i vizi della sentenza impugnata, non sarebbe possibile immaginare rimedi rinnovatori che non presentino, almeno in parte, anche caratteri impugnatori, A. ZITO; in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 896, *FA-CDS*, 2008, 824, che, pur ritenendo che l'appello amministrativo abbia carattere di gravame, e non di rimedio impugnatorio, ed abbia ad oggetto l'atto amministrativo impugnato innanzi al t.a.r., e non la sentenza, afferma che l'art. 28 l. TAR ha introdotto aspetti impugnatori, prevedendo che l'appellante già ricorrente in primo grado debba censurare la sentenza di primo grado e non possa limitarsi a reiterare i motivi del ricorso di primo grado).

Analogamente, tra coloro che avevano, invece, optato per la configurazione impugnatoria dell'appello amministrativo non mancava chi aveva operato un temperamento per quanto riguarda l'onere di formulare precise critiche alla sentenza di primo grado, ritenendo che, per la difficoltà di catalogare le doglianze concernenti l'*error in iudicando*, fosse sufficiente una generica affermazione dell'erroneità della sentenza appellata [P. VIRGA, *L'oggetto*; dubbioso su tale temperamento R. VILLATA, il quale aveva osservato che, se vi è l'onere di criticare specificamente la sentenza appellata, importa poco che sia difficile individuare una precisa rubricazione; in ogni caso, siffatta difficoltà non comporta affatto che l'onere di critica si possa ritenere soddisfatto con la generica affermazione dell'erroneità della sentenza, bensì che deve ritenersi superflua una rubricazione puntuale delle (dettagliate) considerazioni critiche secondo moduli prefissati. Il rilievo, in effetti, coglieva nel segno, tant'è vero che, nella prassi, i motivi d'appello non vengono rubricati come quelli del ricorso di primo grado]. Ed anche chi, dall'alto della sua esperienza concreta, aveva sostenuto con maggiore vigore la tesi secondo cui l'oggetto dell'appello è rappresentato dalla sentenza di primo grado, perché l'attività decisoria del primo giudice «deve servire da punto di partenza per critiche ed aggiunte ad essa relative» ed «[i]l ragionamento del Consiglio di Stato è, in fatto, anzitutto critica della sentenza; non esclusiva ripetizione autonoma del giudizio del TAR», aveva poi finito, saggiamente, per badare più alla sostanza che alla forma: «il Consiglio di Stato ha sempre ritenuto che poco contano le espressioni usate dalla parte, quando sia chiara l'intenzione di essa. Dunque, è improbabile che appelli reiterativi delle censure avanzate in primo grado, proposti con espresso riferimento a decisioni di rigetto del TAR, non siano intesi come implicite ma chiare statuizioni dell'erroneità della risposta negativa data dal TAR a tali doglianze. A meno che la sentenza del TAR non si fondi su passaggi niente a fatto toccati nell'originario ricorso, e così diversi dallo schema seguito nelle censure iniziali da rendere incomprensibile un appello che ignori del tutto la *ratio decidendi* della pronuncia impugnata» (G. PALEOLOGO).

Ci era parso (F. SAITTA, *I nova*), allora, evidente che – fermo restando che, dal punto di vista pratico, è sicuramente consigliabile che, nel redigere un appello al Consiglio di Stato, si formulino prudentemente delle censure abbastanza articolate, tali da rendere chiaramente percepibile che si è inteso riproporre la questione dedotta in prime cure attraverso il filtro della sentenza appellata (C.E. GALLO, *Manuale*) – i dubbi non riguardassero tanto l'onere di criticare la sentenza di primo grado, onere che sicuramente grava sull'appellante, quanto il grado di specificità dei motivi d'appello che può ritenersi sufficiente affinché tale onere possa dirsi assolto. Ed in tal senso non potevamo che ribadire la nostra ritrosia nei confronti di orientamenti eccessivamente formalistici, che sembravano, da un lato, muovere da premesse indimostrate e, dall'altro, trascurare elementi di un certo rilievo. Si alludeva, in primo luogo, al fatto che – come già osservato in

dottrina con riguardo alla funzione ed alla disciplina dei motivi d'impugnazione nell'appello civile (per più precise indicazioni al riguardo, sia consentito rinviare a F. SAITTA, *I nova*) – la (presunta) valenza dogmatica di specificità idonea a circoscrivere la devoluzione automatica dell'appello amministrativo e, nel contempo, a giustificare la sanzione dell'inammissibilità del rimedio stesso in assenza di tale presupposto non può certo essere desunta dall'aprioristico riconoscimento della funzione di *revisio prioris instantiae* dell'impugnazione in parola; riconoscimento che, ove non supportato da adeguati indici rivelatori, non risulterebbe nulla di più che una preconcepita professione di fede. Va, inoltre, considerato che – a prescindere dalla, invero dubbia, esistenza di un autonomo momento rescindente [lo stesso M. NIGRO, che fino all'ultimo ha sostenuto che, in presenza di una sentenza soggetta a gravame dotata di piena imperatività dalla stessa legge, dev'esservi necessariamente un distacco – logico-giuridico, se non anche cronologico – tra momento rescindente e momento rescissorio (*Giustizia*), in passato, con la sua nota onestà intellettuale, aveva dato atto che «vi sono buoni argomenti in contrario» (*Il Consiglio di Stato*) – l'appello amministrativo, come quello civile, consiste comunque in una rinnovata valutazione della *res in iudicium deducta* in primo grado. Se si tengono in debito conto tutte queste cose e si conviene sul fatto che, mentre oggetto diretto dell'appello è sempre la sentenza (*rectius*: «i capi della sentenza gravati»: art. 101, comma 1, in commento), oggetto indiretto dell'appello stesso è sempre la situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio (R. POLI), ci si accorge che è errato enfatizzare la funzione dei motivi d'appello e, soprattutto, interpretare in modo troppo rigoroso la disciplina della loro specificità (F. SAITTA, *I nova*).

Queste ultime riflessioni ci hanno indotto a ritenere che le conseguenze della surriferita tesi c.d. intermedia sull'oggetto del giudizio d'appello si riverberino a mo' di corollario sull'onere di specificazione dei motivi d'impugnazione (nonostante dovrebbe essere chiaro che la disciplina di quest'ultimo dev'essere tratta, innanzitutto, dal diritto positivo, che oggi parla chiaramente di «specifiche censure»: art. 101, comma 1, in commento), non essendo metodologicamente corretto fare di tuttata l'erba un fascio. Ed infatti, se si conviene sul fatto che una valutazione effettiva e razionale del problema dell'oggetto dell'appello amministrativo presuppone una distinzione fondamentale tra il caso in cui la sentenza di primo grado abbia accolto il ricorso introduttivo e conseguentemente annullato il provvedimento amministrativo impugnato ed il caso in cui, invece, tale sentenza abbia respinto il ricorso medesimo (F. LUBRANO, *Il processo*), non può non distinguersi la prima ipotesi – in cui, comportando l'accoglimento del ricorso introduttivo il naturale ribaltamento della posizione delle parti in appello, oggetto del giudizio di secondo grado è sempre e soltanto la sentenza del T.a.r., che nella sostanza è l'atto lesivo della posizione dell'appellante, il quale rivolgerà ad essa le sue critiche: se è vero che oggetto indiretto del giudizio d'appello sarà sempre il provvedimento amministrativo originario, oggetto immediato e diretto dell'impugnazione, pur strumentalmente intesa al ripristino del provvedimento stesso, sarà sempre e soltanto la pronuncia di primo grado – dalla seconda, in cui, non determinando la statuizione di rigetto del ricorso introduttivo alcuna innovazione sulla realtà giuridica preesistente, non si verifica alcun ribaltamento della posizione delle parti e, pur non potendosi prescindere dalle argomentazioni svolte dal giudice di prime cure, l'oggetto immediato dell'impugnazione sarà sempre e soltanto il provvedimento amministrativo originario, e non già la sentenza del T.a.r., che costituisce soltanto una «realtà occasionale».

Da questo approccio – che ci sembra assolutamente condivisibile per il sano realismo che lo anima e che non a caso sembra essere stato tenuto in considerazione dagli stessi fautori della tesi dell'appello impugnazione (in tal senso, se non abbiamo mal interpretato il suo pensiero, G. PALEOLOGO, ad avviso del quale la tesi secondo cui il giudizio d'appello consiste sempre nel puro e semplice esame dei motivi di ricorso dedotti in primo grado «non reggerebbe ad un'indagine che distingue fra i vari esiti di quello»: in nota, è citato espressamente il lavoro di Lubrano) – si traggono, poi, elementi per pervenire ad una ragionevole soluzione del connesso problema dell'onere di specificazione dei motivi d'appello: «quale che sia la posizione della decisione appellata e anche quando essa venga a costituire in definitiva l'oggetto immediato e diretto della

contestazione, perché l'appello possa essere ritenuto ammissibile è necessario e sufficiente che esso contenga la formulazione in modo adeguato della tesi dell'appellante contraria a quella accolta nella sentenza ma senza che ogni elemento di motivazione di questa debba trovare specifica contestazione in un elemento formulato come motivo di ricorso» (F. LUBRANO, *Il processo*). Ecco perché la diversità di situazioni si riverbera inevitabilmente sull'onere di specificazione dei motivi d'appello, che pure non può non variare da appellante ad appellante (sul punto, dettagliatamente, Cons. Stato, sez. V, n. 5926/2007, cit.).

In verità, l'orientamento giurisprudenziale più rigoroso in tema di specificità dei motivi d'appello non convinceva nemmeno laddove dava sostanzialmente per scontata l'applicabilità al processo amministrativo di secondo grado dell'art. 342 c.p.c. (così, ad es., Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971, *DP AMM*, 2009, 1212, con nota di W. GIULIETTI, *Note*). Ed infatti, al contrario di quanto recentemente affermato a sostegno di un'indimostrata «commensurabilità ontologica fra l'appello nel giudizio civile e l'appello nel giudizio amministrativo» (A. VACCA), l'anzidetta disposizione del codice di rito – che, al comma 1, in aggiunta alle indicazioni prescritte dall'art. 163 c.p.c., pone un onere di specificazione dei motivi d'appello che non è in alcun modo assimilabile all'indicazione dei motivi su cui si fonda il ricorso introduttivo che era richiesta, per il processo amministrativo, dall'art. 6, n. 3), r.d. n. 642/1907, il quale ultimo si limitava a richiedere che venisse precisata la *causa petendi* del ricorso (precisazione che, nel processo civile, è già implicita nel richiamo dell'art. 163 c.p.c.) – non può ritenersi espressione di un principio generale delle impugnazioni, non foss'altro perché l'onere di specificazione dei motivi d'appello è stato introdotto nel codice di procedura civile del 1940, mentre mancava in quello precedente (G. SIGISMONDI, *Appello incidentale*). Né, nelle leggi processuali amministrative che si occupavano delle impugnazioni, poteva rinvenirsi una lacuna da colmare facendo ricorso al codice di rito, atteso che, se lo stesso processo civile ha per lungo tempo fatto a meno di una norma che imponesse di esporre nell'atto d'appello i motivi specifici dell'impugnazione, accontentandosi della semplice deduzione dell'ingiustizia della sentenza appellata (art. 486 c.p.c. 1865), non si vede per quale ragione un siffatto onere dovesse farsi gravare su chi propone appello al Consiglio di Stato (G. SIGISMONDI, *Appello incidentale*).

Quest'ultima critica è, tuttavia, superata dalla nuova disciplina contenuta nell'art. 101, comma 1, del Codice, che, stabilendo che il ricorso in appello deve contenere «le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata», mentre, da un lato, lascia aperta la discussione sulla precisa delimitazione della nozione di capo di sentenza (M.P. CHITI), dall'altro, riecheggia chiaramente l'art. 342 c.p.c., la cui disciplina si è, pertanto, inteso recepire (G. SIGISMONDI, *Osservazioni*; F.P. LUISO; W. GIULIETTI, *Intervento*).

Il che, peraltro, non significa né che sia stata implicitamente confermata la natura impugnatoria dell'appello amministrativo (come da ultimo affermato da E. PICOZZA, *Presentazione*) né che siano stati risolti tutti i problemi.

Sotto il primo aspetto, ci si limita ad evidenziare come, a dispetto di quanto apoditticamente affermato dalla più rigorosa giurisprudenza civile in tema di specificità dei motivi d'appello (si allude, in part., a CC, sez. un., 29 gennaio 2000, n. 16, *GC*, 2000, I, 673), sia stato autorevolmente osservato che il fatto che l'appello civile sia *revisio* – nel senso che ha ad oggetto, di regola, questioni che hanno già formato oggetto di contesa in primo grado – non consente in alcun modo di affermare che ad oggetto del giudizio d'appello assurgano le soluzioni date dal primo giudice a tali questioni, in quanto la struttura logica dell'impugnazione impone comunque (eccezion fatta per le ipotesi di annullamento con rinvio al primo giudice) un *plenum iudicium* da parte del giudice di secondo grado, il quale non può limitarsi a svolgere un «giudizio su giudizio» come nelle impugnazioni a struttura critica (B. SASSANI). Il rigoroso orientamento giurisprudenziale in discussione sembra, poi, dimenticare del tutto che, pur nella sua (asseritamente) nuova configurazione (di *revisio prioris instantiae* anziché di *novum iudicium*), l'appello civile resta, praticamente a detta di tutti gli studiosi (per intenderci, anche di coloro che sostanzialmente condividono il nuovo corso giurisprudenziale e ritengono che l'appello abbia ad oggetto la sentenza

e non il rapporto giuridico sostanziale: ALB. A. ROMANO; M. DE CRISTOFARO; B. MANCUSO) e della stessa Corte di cassazione (per tutte, sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, *FI*, 2006, I, 1433), un mezzo d'impugnazione sostitutivo (V. TAVORMINA; da ultimo, F. DANOVÌ e, in giurisprudenza, C, sez. II, 29 settembre 2009, n. 20873, *G DIR*, 2009, n. 48, 56). Ed infatti, «la “sostitutività” dell'impugnazione impone sempre un *novum iudicium*, in cui il rescissorio assorbe il rescindente» (B. SASSANI), per cui sostenere che l'appello civile, alla luce del mutato sistema normativo, non costituisca più una prosecuzione del giudizio di primo grado appare una soluzione preconcepita: dovendo tendere, per definizione, ad una seconda pronuncia sul merito, cioè sull'esistenza o meno del diritto controverso, l'appello consiste in una rinnovata valutazione della *res in iudicium deducta* in primo grado, a prescindere da qualunque preventivo giudizio di fondatezza dei motivi dell'impugnazione che dovrebbero aprire la via ad una seconda (ma eventuale) valutazione nel merito (C. CAVALLINI). Le stesse considerazioni possono adesso svolgersi, alla luce della nuova disciplina dettata dall'art. 101, comma 1, del Codice, con riguardo all'appello amministrativo, la cui natura impugnatoria, pertanto, non può – a nostro avviso – desumersi dal sostanziale recepimento dell'art. 342 c.p.c..

Per quanto concerne il secondo aspetto, ci si limita ad osservare che l'interpretazione giurisprudenziale dell'anzidetta disposizione del codice di rito è sempre stata tutt'altro che univoca, se è vero che anche dopo la svolta del 2000 la Corte di cassazione ha continuato a chiedersi fin dove si spinga l'onere di specificità dei motivi d'appello, recentemente pervenendo a conclusioni più tolleranti – cioè, che danno più valore alla sostanza che alla forma (W. GIULIETTI, *Intervento*) – e, tutto sommato, condivisibili, come quella secondo cui «l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto, invocate a sostegno dell'appello, possono sostanziarsi anche nella prospettazione delle medesime ragioni addotte nel giudizio di primo grado, purchè ciò determini una critica adeguata e specifica della decisione impugnata e consenta al giudice del gravame di percepire con certezza il contenuto delle censure, in riferimento alle statuizioni adottate dal primo giudice» (CC, sez. un., 25 novembre 2008, n. 28057, *CED Cassazione*, 2008). Stando così le cose, non è affatto scontato che la codificazione determini un ulteriore irrigidimento della giurisprudenza amministrativa in materia.

3. Segue: l'indicazione della procura speciale.

Un breve cenno merita la prescrizione attinente all'indicazione della procura speciale.

In passato, la giurisprudenza prevalente escludeva che il conferimento, in primo grado, della procura speciale fosse idoneo ad attribuire al difensore, in deroga alla presunzione *iuris tantum* posta dall'art. 83, ultimo comma, c.p.c., l'esercizio dello *ius postulandi* anche in grado d'appello (Cons. Stato, sez. IV, ord. 17 marzo 2005, n. 1109, *GI*, 2005, 1527, che ha dichiarato l'appello nullo ai sensi dell'art. 17 r.d. n. 642/1907; sez. VI, 25 gennaio 1995, n. 62, *CS*, 1995, I, 110; sez. V, 22 giugno 1989, n. 389, *ivi*, 1989, I, 694; *contra*, sez. VI, 18 giugno 1997, n. 923 e 11 gennaio 1990, n. 62, *ivi*, 1997, I, 843 e 1990, I, 69; per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. V. CAIANIELLO). L'appello era, peraltro, ritenuto ammissibile ove la volontà della parte di conferire la procura speciale anche per l'appello si desumesse dal contesto della procura stessa, idonea a superare la presunzione semplice della sua limitazione al giudizio di primo grado (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, www.giustizia-amministrativa.it; sez. IV, 17 ottobre 1985, n. 441, *CS*, 1985, I, 1063; sez. VI, 4 giugno 1985, n. 273, *ibidem*, 741, secondo cui, articolandosi il giudizio amministrativo in più fasi o gradi, tale volontà può essere desunta anche dal riferimento alla «procedura» o al «giudizio» o alla «causa»).

Conseguentemente, nel caso in cui la parte in causa fosse un ente pubblico, si riteneva necessaria anche una nuova autorizzazione a stare in giudizio (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 1998, n. 1380, *FA*, 1998, 2701), salvo che la sentenza appellata fosse favorevole all'amministrazione – nel qual caso essa, essendo già legittimata a resistere in primo grado, conservava la propria capacità processuale anche nel giudizio d'appello promosso dal privato soccombente (Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4226, *FA*, 2001, 1996) – ovvero che l'appello fosse proposto dall'avvocatura erariale, legittimata *ex lege* a proporre appello anche in favore di

amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato (Cons. Stato, sez. IV, 16 ottobre 1990, n. 798, *CS*, 1990, I, 1209; sez. VI, 21 giugno 1982, n. 314, *ivi*, 1982, I, 932). Dopo alcune oscillazioni giurisprudenziali, che avevano portato alla rimessione della questione all'Adunanza plenaria (Cons. Stato, sez. V, ord. 15 ottobre 1992, n. 1023, *CS*, 1992, I, 1324), era stato, peraltro, chiarito che, quanto all'effetto sull'ammissibilità dell'appello, la situazione dell'assoluta mancanza dell'autorizzazione a stare in giudizio non era equiparabile a quella del deposito di un'autorizzazione adottata dopo la notifica del gravame ed era stato, conseguentemente, affermato che l'appello proposto dall'ente pubblico nei termini di legge è ammissibile ancorché l'autorizzazione a stare in giudizio sia stata deliberata dopo la scadenza degli stessi termini (Cons. Stato, ad plen., 6 febbraio 1993, n. 3, *DP AMM*, 1994, 297, con nota di D. LOMBARDI).

Ora che la legge espressamente consente che la procura speciale per il giudizio d'appello venga rilasciata «unitamente a quella per il giudizio di primo grado», la giurisprudenza dovrà soltanto stabilire in presenza di quali indicazioni la procura rilasciata per agire e contraddire innanzi al T.a.r. – che sicuramente «si intende conferita anche per proporre motivi aggiunti e ricorso incidentale, salvo che in essa sia diversamente disposto» (art. 24 del Codice) – possa ritenersi idonea, nel singolo caso, a conferire al difensore anche il potere di agire e contraddire innanzi al Consiglio di Stato.

Per il resto, è pacifico che, a norma dell'art. 85 c.p.c., l'autenticazione della procura speciale rilasciata a margine o in calce al ricorso in appello (ovvero ancora in calce o a margine della copia notificata della sentenza impugnata, purchè depositata al momento della costituzione in giudizio: Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 2009, n. 679, www.giustizia-amministrativa.it) debba essere effettuata, a pena di inammissibilità, dallo stesso avvocato che l'ha ricevuta, il quale, pertanto, dev'essere abilitato al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, ord. 9 febbraio 2010, *FA-CDS*, 2010, 726). Il gravame risulta, conseguentemente, inammissibile ove la procura speciale sia stata rilasciata unicamente ad un avvocato sfornito di tale abilitazione (che l'ha anche autenticata), dovendosi considerare irrilevante che l'atto sia stato sottoscritto, oltre che dal predetto legale, anche da altro avvocato che, invece, risulti abilitato, ma non sia munito della prescritta procura speciale (Cons. Stato, sez. IV, 4 novembre 2008, n. 5482, www.giustizia-amministrativa.it). Di contro, qualora l'originale del ricorso in appello rechi la firma del difensore munito di procura speciale e l'autenticazione ad opera del medesimo della sottoscrizione della parte che gli ha conferito la procura medesima, la mancanza degli stessi elementi sulla copia notificata non determina l'inammissibilità del gravame quando tale copia contenga elementi – come, ad es., la trascrizione o l'indicazione della procura ovvero ancora l'attestazione dell'ufficiale giudiziario in ordine alla richiesta di notificazione – idonei a dimostrare la provenienza dell'atto da difensore già munito di procura speciale (Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3585, *FA-CDS*, 2004, 1643).

Va da sé, poi, che la procura speciale a margine dell'appello dev'essere idonea ad identificare il soggetto legittimato a proporre il gravame, che altrimenti risulta inammissibile, salvo che la qualità dell'appellante, pur essendo stata omessa nella procura, sia desumibile dal contesto del ricorso (*ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2006, n. 326, www.giustizia-amministrativa.it).

4. *Effetto devolutivo e motivi assorbiti.*

Il comma 2 dell'art. 101 del Codice riproduce – ancorchè, come si dirà, non proprio alla lettera – l'art. 346 c.p.c., riproponendo il mai sopito problema della portata dell'effetto devolutivo nell'appello amministrativo.

Com'è noto, la più accreditata ricostruzione dell'istituto è quella secondo cui l'effetto devolutivo consiste nella riemersione automatica (*id est*, senza la necessità di iniziativa di parte) in appello del materiale di cognizione (espressione comprensiva di tutto quanto – domande, eccezioni, deduzioni, difese, ecc. – è astrattamente idoneo oggetto di devoluzione al secondo giudice (M. NIGRO, *L'appello*; ID., *Giustizia*; C.E. GALLO, *Appello*; ID., *Art. 28 l. TAR*). Tale effetto, intimamente connesso con la funzione rinnovatoria del gravame, desumibile soprattutto – come si è

già notato – dall'ampiezza della *cognitio causae* spettante al giudice d'appello (sul punto, oltre a M. NIGRO, *Giustizia*, v. F. BASSI), incontra dei limiti in altri principi processuali, generali o propri di ciascun processo, ovvero in espresse disposizioni di legge. Tra i primi v'è, innanzitutto, il principio dispositivo, in virtù del quale la devoluzione in appello si produce nei limiti del *thema decidendum* fissato dall'appellante: stante il divieto di ultrapetizione, il giudice di secondo grado non può rimediare d'ufficio a soccombenze non lamentate (M. NIGRO, *Giustizia*; A. ZITO). Tra le seconde v'è, ad es., proprio il surrichiamato art. 346 c.p.c., il quale dispone che «[l]e domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate».

Ebbene, proprio la tematica dell'applicabilità o meno, nel processo amministrativo, di quest'ultima disposizione del codice di rito ha a lungo occupato dottrina e giurisprudenza, che non sono pervenute a risultati univoci. Ed infatti, mentre la più autorevole dottrina riteneva che l'anzidetta norma, ponendo un'eccezione al principio di diritto processuale comune secondo cui alla funzione rinnovatoria del gravame corrisponde un effetto devolutivo pieno, non potesse essere applicata in via analogica al di fuori del processo civile (M. NIGRO, *Giustizia*), la giurisprudenza, seppure dopo notevoli oscillazioni [cfr. ad es., Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 1982, n. 21 (CS, 1982, I, 1519; FA, 1982, I, 2119 e 1983, 625, con nota di G. VACIRCA; DP AMM, 1984, 237, con nota di F. LUBRANO, *Osservazioni*), che riteneva tale disposizione estranea alla realtà del processo amministrativo], si è infine attestata su posizioni diametralmente opposte (*ex multis*, Cons. Stato, ad. plen., 19 gennaio 1999, n. 1, DP AMM, 2000, 398, con nota di G. SIGISMONDI, *Appello incidentale*, a cui si rinvia per indicazioni giurisprudenziali più risalenti; recentemente, nello stesso senso, sez. V, 15 febbraio 2010, n. 808 e 11 luglio 2008, nn. 3470, 3471, 3472 e 3473, www.giustizia-amministrativa.it; sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4313, *ibidem*; sez. IV, 22 dicembre 2007, n. 6604 e 20 aprile 2006, n. 2234, *ibidem*).

Nella realtà concreta, il problema della portata dell'effetto devolutivo, *id est* dell'individuazione delle questioni che possono riemergere in secondo grado a prescindere dalla loro espressa riproposizione, si pone soprattutto con riferimento ai motivi dichiarati assorbiti dai giudici di prime cure. Anche a tal riguardo si registra una certa evoluzione, in quanto, mentre la giurisprudenza più risalente affermava che gli anzidetti motivi potessero riemergere solo se riproposti dall'appellato (già ricorrente in primo grado) mediante appello incidentale (per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 7 aprile 1981, n. 143, CS, 1981, I, 432; sez. IV, 3 febbraio 1981, n. 125, GI, 1981, III, 236), le decisioni più recenti sono praticamente univoche nel ritenere sufficiente che tali motivi vengano richiamati con semplice memoria non notificata (*ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, n. 808/2010, cit.; sez. VI, n. 4313/2008, cit., e 17 febbraio 2006, n. 659, www.giustizia-amministrativa.it; sez. IV, 24 settembre 2009, n. 5755, 31 maggio 2007, n. 2832 e 10 aprile 2006, n. 1983, *ibidem*; per ulteriori indicazioni, cfr. M. ANDREIS).

Quest'ultimo orientamento è soltanto in parte condivisibile. Non è sempre vero, infatti, che l'assorbimento di un motivo non determini una situazione di soccombenza, anche soltanto parziale, per rimuovere la quale occorra l'impugnazione (principale o incidentale): ciò avviene quando il motivo assorbito è un motivo che non poteva essere esaminato in quanto logicamente successivo a quello ritenuto fondato, essendo evidente che in tal caso non sussiste «un interesse a dolersi della pronuncia che ha accordato il massimo risultato possibile; ma se il motivo assorbito aveva, invece, una sua autonoma rilevanza ed è stato erroneamente assorbito (c.d. assorbimento improprio), l'appello (principale o incidentale) è possibile, perché la parte già ricorrente in primo grado ha interesse a che l'impugnazione da lui proposta innanzi al T.a.r. sia esaminata in tutta la sua ampiezza, con riferimento sia all'effetto eliminatorio che agli effetti ripristinatorio e conformativo (C.E. GALLO, *Art. 28 l. TAR*; R. VILLATA; in parte diverso è l'approccio di M. NIGRO, *Giustizia*, il quale ritiene che non si debba distinguere fra motivi respinti e motivi assorbiti e che, per stabilire la sorte di entrambi, debba farsi riferimento ai capi di domanda, «con la conseguenza che rivivono i motivi riferibili a capi che non aggravano la soccombenza dell'appellante e non rivivono gli altri»; di recente, sulle varie articolazioni del concetto di soccombenza proposte dalla

dottrina, cfr. S.S. SCOCA). E', dunque, da respingere l'assunto secondo cui, nell'assorbimento, non essendovi pronuncia, non v'è mai soccombenza: a tacer d'altro, occorre considerare che l'accoglimento di un motivo impropriamente assorbito può determinare un vantaggio per colui che l'ha proposto, a prescindere dal ruolo – appellante ovvero appellato – che poi ricopra in appello (G. SIGISMONDI, *Appello incidentale*; in giurisprudenza, nel senso che sussiste l'interesse ad appellare l'assorbimento dei motivi in vista delle successive determinazioni da adottarsi, da parte dell'amministrazione, in forza dei motivi di ricorso accolti, Cons. Stato, sez. IV, 29 maggio 2008, n. 2566, www.giustizia-amministrativa.it).

Strettamente connessa a tale questione è quella inerente alla c.d. graduazione dei motivi, consistente nella possibilità, che dovrebbe essere riconosciuta al ricorrente in virtù del principio dispositivo (Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143, *GD AMM*, 2009, 1068), di indicare l'ordine in cui vuole che i motivi di ricorso vengano esaminati, avendo interesse all'accoglimento di alcuni solo in via subordinata, nel caso in cui altri, il cui accoglimento può determinare per lui un maggiore vantaggio, vengano disattesi. Dopo aver a lungo affermato che l'ordine di trattazione delle questioni è rimesso all'ampia discrezionalità dell'organo giudicante, che non sarebbe in alcun modo vincolato dall'indicazione del ricorrente (sul punto, M. ANDREIS, cui si rinvia per i relativi riferimenti), la giurisprudenza, mostrando maggiore sensibilità nei confronti dell'esigenza di effettività della tutela, afferma adesso che l'anzidetta discrezionalità dev'essere comunque esercitata in modo tale da assicurare «la massima tutela conseguibile dall'interessato mediante l'esercizio dell'azione; in particolare il giudice adito deve procedere preliminarmente all'esame di quelle questioni o di quei motivi che, evidenziando in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato, appaiono idonei a soddisfarne pienamente ed efficacemente l'interesse sostanziale dedotto in giudizio; per passare poi, soltanto in caso di rigetto di tali censure, all'esame degli altri motivi che, pur idonei a determinare l'annullamento dell'atto gravato, evidenzino profili meno radicali d'illegittimità» (così CGAS, 22 aprile 2009, n. 299, www.giustizia-amministrativa.it; nel senso che, in base al principio della parità delle parti, il giudice non può determinare una soccombenza, anche parziale, in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni, Cons. Stato, ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11, *DP AMM*, 2009, 146, con note di A. SQUAZZONI e G. TROPEA). A prescindere da quale sia l'ordine di esame dei motivi, il giudice dovrebbe comunque proseguire tale esame finché non sia certo che dall'accoglimento di un ulteriore motivo non derivi più alcuna utilità al ricorrente (Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213, www.giustizia-amministrativa.it).

In questo quadro dottrinale e giurisprudenziale si inserisce la disposizione codicistica in commento, che – com'è stato anticipato – introduce alcune novità rispetto ad un contesto connotato, come si diceva, da un sostanziale recepimento dell'art. 346 c.p.c..

In primo luogo, l'art. 101, comma 2, del Codice assoggetta al medesimo trattamento processuale le domande e le eccezioni dichiarate (esplicitamente) assorbite e quelle non esaminate. Così facendo, mentre recepisce il rilievo secondo cui «il non esame di uno o più motivi di ricorso costituisce una forma indiretta di assorbimento» (così Cons. Stato, sez. VI, n. 4313/2008, cit.; in termini, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2832, www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui sia i motivi assorbiti che quelli non esaminati possono essere riproposti dall'appellato già ricorrente con qualsiasi atto difensivo non notificato), elimina i dubbi interpretativi cui dà luogo l'art. 346 c.p.c., che, accomunando in un'unica previsione sia le domande ed eccezioni rigettate che quelle non esaminate (si parla genericamente di domande ed eccezioni «non accolte»), non chiarisce se, per riportare all'attenzione del giudice d'appello le eccezioni esaminate e rigettate, sia sufficiente la riproposizione ovvero sia necessario l'appello incidentale: dalla disposizione in commento emerge chiaramente che, per riproporre le eccezioni rigettate (*ergo*, né «assorbite» né «non esaminate»), occorre l'appello incidentale (F.P. LUISO, cui si rinvia per i relativi riferimenti giurisprudenziali).

La disposizione codicistica affronta anche il problema della forma e dei termini in cui le domande ed eccezioni devono essere riproposte.

Sotto il primo aspetto, usando il termine «espressamente», essa ha chiaramente inteso recepire il più rigoroso orientamento giurisprudenziale, secondo il quale l'onere di riproposizione in appello esige, per il suo rituale assolvimento, che la parte indichi specificamente ciò che intende sia devoluto alla cognizione del giudice di secondo grado, al fine di consentire a quest'ultimo una compiuta conoscenza delle relative questioni ed alle controparti di contraddire consapevolmente sulle stesse; pertanto, un indeterminato rinvio agli atti di primo grado, senza alcuna ulteriore precisazione del loro contenuto, è inidoneo ad introdurre nel *thema decidendum* del giudizio d'appello quanto già dedotto in prime cure (in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 159, *GIUR AMM*, 2010, I, 17; n. 4313/2008, cit.; sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 450, www.giustizia-amministrativa.it; sez. V, 7 novembre 2007, n. 5774, *ibidem*, secondo cui la formula di stile «ai sensi dell'art. 346 c.p.c. si ripropongono i motivi che sostenevano il ricorso introduttivo del giudizio, che qui si intendono integralmente trascritti», si deve ritenere inadeguata, ai fini della riproposizione del ricorso di primo grado, in quanto viola l'onere di specificità delle censure).

Per quanto concerne il secondo profilo, l'art. 101, comma 2, del Codice dispone che la riproposizione deve avvenire «nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio». Mentre per l'appellante non si pongono particolari problemi interpretativi, non è chiaro se, per poter riproporre domande e/o eccezioni, l'appellato debba costituirsi (com'è sicuramente tenuto a fare se vuole evitare che tale possibilità resti preclusa: Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4186, *FA-CDS*, 2005, 2183) tempestivamente, ossia nel rispetto del termine (60 gg. dalla notificazione del ricorso) fissato dall'art. 46 del Codice, ovvero possa costituirsi successivamente, purchè nel rispetto del termine ultimo (30 gg. prima del giorno dell'udienza) fissato dal successivo art. 73 per presentare memorie. Il dubbio è legittimo se l'espressione utilizzata dalla disposizione in commento («memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio») si pone a raffronto con il consolidato orientamento giurisprudenziale che ritiene meramente ordinatorio il termine per la costituzione in giudizio delle parti resistenti (G. SIGISMONDI, *Osservazioni*).

FABIO SAITTA
