

La Consulta e la sanatoria della notifica nulla: la valenza sostanziale anche del vizio di eccesso di delega

Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2018, n. 132 – Pres. Lattanzi, Red. Coraggio

Giustizia amministrativa – Nullità della notificazione del ricorso – Costituzione degli intimati – Sanatoria non retroattiva – Incostituzionalità

È incostituzionale l'art. 44, comma 3, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), limitatamente alle parole «salvi i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione» (1).

1 l'importanza della sentenza.

Come noto agli operatori del settore, con l'approvazione del c.d. codice del processo amministrativo nel 2010 è giunto a conclusione l'iter di consolidamento di un corpus di regole di rito, di cui tutti gli operatori di un tale delicato settore sentivano e manifestavano la necessità da diversi anni.

Peraltro, se la tecnicità delle norme processuali ha imposto il percorso del decreto delegato, la rilevanza dell'intervento ha spinto gli organismi individuati per la riscrittura delle regole di rito ad alcuni approfondimenti, risultati peraltro non sempre in linea con le rigorose indicazioni di cornice dettate dalla legge delega.

Ciò trova diretta conferma nei numerosi interventi che la stessa Corte Costituzionale è stata chiamata ad effettuare nei pochi anni di vita del codice.

Se per un verso la Consulta ha avuto modo di consolidare diverse scelte coraggiose effettuate dal codice, come ad esempio in merito al termine decadenziale per l'esercizio dell'azione risarcitoria (cfr. sentenza 4 maggio 2017, n. 94) ovvero in tema di competenza (cfr. sentenza 23 giugno 2014 n. 182), per un altro verso lo stesso Giudice delle leggi è dovuto intervenire al fine di sanzionare alcune novità reputate estranee rispetto ai confini della ricognizione delle regole esistenti e del relativo diritto vivente (cfr. sentenza 15 aprile 2014 n. 94).

La sentenza in esame si colloca su questo secondo versante. Peraltro, la rilevanza della pronuncia deriva, oltre che dalla estrema chiarezza dell'ordito argomentativo, dal fatto di porsi non tanto nell'ottica delle sentenze punitive delle novità in materia di riparto di giurisdizione (argomento invero meno rilevante rispetto alla garanzia del rispetto dei principi costituzionali e sovranazionali in tema di effettività della tutela: cfr. ad es. sentenza 27 giugno 2012 n. 162), quanto piuttosto nel solco del condivisibile approccio sostanziale nell'interpretazione delle regole processuali.

Al riguardo, lo stesso vizio di eccesso di delega accolto dalla Consulta, di per sé avente carattere formale, nello schema argomentativo dei Giudici supremi assume un connotato sostanziale di perseguimento dell'effettività del processo e delle tutele ivi garantite alle parti. Infatti, dietro la forma dell'eccesso di delega si nasconde una vera e propria scelta di politica giudiziaria rispetto alla preminenza di una regola fondamentale quale la riconosciuta prevalenza del raggiungimento dello scopo rispetto alla stessa forma più grave di invalidità.

In definitiva, con l'operazione chirurgica che elimina l'inciso finale della norma in tema di sanatoria della nullità della notifica, la Corte ritorna alle buone prassi già seguite dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, facendo applicazione di un principio fondamentale tratto dal processo civile: la costituzione della parte sana la nullità della notifica con effetti ex tunc.

Per giungere ad un tale importante risultato la pronuncia non si ferma al mero dato tecnico dell'eccesso di delega, svolgendo una serie di considerazioni di estremo rilievo in merito alla stessa funzione del processo amministrativo.

2 La fattispecie controversa e i profili di rimessione.

L'occasione per l'importante modifica dell'art. 44 del codice di rito amministrativo è sorta nell'ambito di una controversia in tema di appalti, pendente dinanzi al Tar Veneto.

In particolare, a fronte dell'impugnativa dell'aggiudicazione della gara indetta dall'Anas per l'affidamento di un appalto pubblico, la stessa stazione appaltante e la parte controinteressata, nel costituirsi in giudizio, eccepivano la nullità della notifica del ricorso, in quanto non effettuata presso la propria sede legale in Roma ma presso una sede periferica e presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato, benché l'ANAS non benefici del patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura.

Al riguardo veniva fatta espressa applicazione dell'art. 44, comma 3 d.lgs. n. 104 del 2010 a mente del quale la costituzione dell'intimato sana la nullità della notificazione del ricorso, restando peraltro «salvi i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione». In definitiva, la sanatoria opera solo ex nunc, con conseguente inammissibilità del ricorso, essendo nella specie la costituzione intervenuta in epoca successiva alla scadenza del termine per l'impugnazione del provvedimento.

A fronte di tale eccezione, riconosciuta la rilevanza della questione nel caso in esame, il Tar ha rimesso la questione di legittimità costituzionale della norma predetta, nella parte in cui appunto limita gli effetti della sanatoria derivante dalla costituzione della parte intimata, sotto diversi ed articolati profili, evidenziando in via preliminare l'impossibilità, in specie a cagione del chiaro dettato letterale, di perseguire un'interpretazione costituzionalmente orientata.

In dettaglio, il Tar remittente ipotizzava in primo luogo il contrasto con l'art. 76 Cost., non potendosi ritenere che la sanatoria ex nunc risponda ai criteri direttivi contenuti nella legge delega, a mente dei quali il legislatore delegato avrebbe dovuto adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori e coordinarle con quelle del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali.

In secondo luogo, veniva sollevato il dubbio del contrasto con gli artt. 3,24,111,113 e 117, comma 1, Cost. (quest'ultimo in relazione al parametro interposto dell'art. 6 CEDU), in quanto la previsione di una sanatoria ex nunc, infatti, non avrebbe alcuna concreta funzione sanante nel processo amministrativo attesi i ristretti tempi che caratterizzano il breve termine di decadenza per la proposizione dell'azione impugnatoria e comprometterebbe il diritto d'azione della parte ricorrente, senza che ciò sia giustificato da effettive garanzie difensive o da concorrenti e prevalenti interessi di altra natura.

Infine, secondo i Tar la norma si porrebbe in contrasto con l'obiettivo di favorire la pronuncia sul merito, scopo ultimo del processo, pregiudicando altresì il diritto di difesa dell'amministrazione resistente che avesse, in ipotesi, interesse ad ottenerla al fine di accertare la legittimità del proprio operato, in quanto di fatto non sarebbe nelle condizioni di poter sanare il vizio della notificazione; infatti, la stessa p.a. dovrebbe costituirsi entro il breve termine previsto per la proposizione del ricorso, eventualità al di fuori della sua sfera di controllo e remota, dato che, secondo l'id quod plerumque accidit, il ricorrente, per l'esigenza di disporre del maggior tempo possibile per apprestare le proprie difese, è portato a notificare il ricorso a ridosso della scadenza del termine.

3.1 L'iter logico: l'ammissibilità.

La Consulta sposa in pieno le tesi del Tar remittente, adottando un approccio sostanziale pur dinanzi al carattere (anche) formale del vizio di eccesso di delega accolto in via principale.

La chiarezza del percorso argomentativo ne suggerisce un breve riassunto.

Innanzitutto la Corte parte dalla ricostruzione della norma e del relativo campo applicativo, evidenziandone il carattere generale con conseguente applicazione a tutte le azioni proponibili davanti al giudice amministrativo, sia in primo grado che in appello.

In secondo luogo, viene escluso il carattere di inconveniente di fatto del meccanismo distorsivo derivante dall'effetto preclusivo della sanatoria *ex nunc*. Al riguardo la sentenza svolge un approfondimento che denota una piena padronanza dei peculiari meccanismi del processo amministrativo, dove il ricorso introduttivo viene di norma notificato a ridosso della scadenza del termine per la sua proposizione, per l'ovvia ragione che ciò consente di apprestare una più approfondita difesa tecnica, con la conseguenza che l'ipotesi che l'amministrazione e il controinteressato si costituiscano entro la scadenza di quel termine è di difficile verifica. Analogamente, le stesse parti resistenti (p.a. e controinteressati) hanno l'esigenza di apprestare al meglio le proprie difese, sicché anche essi sono portati a costituirsi a ridosso della successiva scadenza del termine loro assegnato, ciò a maggior ragione al fine di beneficiare degli stessi effetti della norma censurata.

In terzo luogo, al fine di escludere l'esistenza di un'opzione ermeneutica conforme a Costituzione, la sentenza prosegue con l'esegesi della norma, condotta alla stregua della dottrina e giurisprudenza prevalenti.

Al riguardo, la Corte evidenzia come, per un verso, la norma sia oggetto di quasi unanime interpretazione letterale, anche in raffronto al pregresso dato normativo e, per un altro verso, come la migliore dottrina abbia avuto modo di criticare il ritorno al passato dettato dal codice proprio in tema di limiti alla sanatoria delle nullità della notifica del gravame con la costituzione in giudizio.

Sul primo versante viene richiamato il prevalente filone giurisprudenziale (Consiglio di Stato, sez. III, 18 maggio 2016, n. 2064, sez. IV, 13 ottobre 2014, n. 5046, sez. II, 29 agosto 2012, n. 4651), secondo cui «sulla scorta dell'art. 44, comma 3, c.p.a., la costituzione dell'intimato è sì idonea a sanare la nullità medesima, ma, a differenza che nel processo civile, con efficacia *ex nunc*, ossia con salvezza delle eventuali decadenze già maturate in danno del notificante prima della costituzione in giudizio del destinatario della notifica, ivi compresa la scadenza del termine di impugnazione».

La tesi, oltre che sul dato letterale, si fonda sull'identica formulazione dell'art. 17, terzo comma, r.d. n. 642 del 1907, riferita alla nullità del ricorso (oggi regolata dall'art. 44, comma, 1, cod. proc. amm.) e da sempre interpretata dalla giurisprudenza amministrativa come preclusiva della sanatoria.

Sul secondo versante la critica alla nuova norma trova conforto, seppur acritico, in una parte della giurisprudenza che, senza porsi soverchi problemi, continuava ad intendere la sanatoria della costituzione come avente effetti *ex tunc* (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. III, 1° febbraio 2017, n. 440 e sez. V, 25 gennaio 2016, n. 229); anche se un interessante tentativo di mitigamento della formulazione del contestato terzo comma è stato perseguito da una pronuncia (Consiglio di Stato, sez. VI, 27 giugno 2014, n. 3260), secondo cui la disposizione censurata si riferisce solo ai diritti sostanziali, con esclusione di quelli processuali e, quindi, della decadenza dall'impugnazione del provvedimento amministrativo.

3.2 il merito.

Ultimato il percorso di verifica dell'ammissibilità, la Corte mette subito le cose in chiaro dichiarando la questione già fondata sotto il profilo dell'eccesso di delega.

D'altronde, il ricostruito "diritto vivente" ha posto direttamente le basi per il riconoscimento del vizio di eccesso di delega.

Come più volte evidenziato dai numerosi interventi della Consulta sul codice del 2010, il margine di discrezionalità del legislatore delegato era ristretto, in quanto la possibilità di adeguare le norme vigenti doveva seguire due direttrici precise: la giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori; il coordinamento «con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali».

L'art. 44 comma 3, nella formulazione completa, viola entrambe le direttrici: da un lato la giurisprudenza civile e quella del Consiglio di Stato era granitica nell'affermare la sua applicabilità alla nullità della notificazione del ricorso, in caso di costituzione della parte intimata; dall'altro lato la norma contrasta prima facie con il principio generale di cui all'art. 156, terzo comma, cod. proc. civ., che detta il principio generale a mente del quale la sanatoria ex tunc della nullità degli atti processuali per raggiungimento dello scopo, principio.

3.3 i precedenti della Corte.

Infine, la Corte smonta i tentativi, emersi anche in alcune pronunce di primo grado (cfr. T.A.R. Liguria sez. II 09 settembre 2013 n. 1164), di giustificare la violazione del principio predetto sulla scorta di alcuni più rigorosi orientamenti della stessa Consulta.

In primo luogo viene in rilievo la sentenza n. 97 del 1967 con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 11, terzo comma, del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 (Approvazione del testo unico delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato), nei limiti in cui escludeva la sanatoria, con effetti ex tunc, della nullità della notificazione degli atti introduttivi (di tutti i giudizi), nonostante la costituzione in giudizio dell'amministrazione statale a mezzo dell'Avvocatura dello Stato. In sostanza, già allora la Corte affermò che la sanatoria per raggiungimento dello scopo e la sua applicabilità alla notificazione degli atti introduttivi sono «principi introdotti nel sistema degli atti processuali attraverso ampia elaborazione che ha posto in evidenza la funzione dell'atto ai fini dello svolgimento e giusta definizione del processo», e cioè sono principi generali immanenti alla ratio degli atti processuali.

In secondo luogo viene in rilievo la più recente sentenza n. 18 del 2014, che ha ritenuto non fondata la questione, sollevata proprio con riferimento all'art. 76 Cost., avverso il comma 4 dello stesso art. 44, ai sensi del quale, in caso di nullità della notifica del ricorso, il giudice, se l'intimato non si costituisce, ne dispone la rinnovazione soltanto in caso di esito negativo dipendente da causa non imputabile al notificante.

In tale ultimo precedente, infatti, il diverso esito si basava proprio sull'assenza, in quel caso, di un principio generale, ricavabile dal rito civile: l'obbligatoria rinnovazione della notificazione della citazione nulla prevista dall'art. 291 cod. proc. civ. non è un principio generale del processo civile, tanto che la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato precedente all'entrata in vigore del codice (il diritto vivente) escludeva la rinnovazione in caso di nullità imputabile al notificante, valorizzando la peculiare struttura del processo amministrativo.

4. la sanatoria ex tunc nella giurisprudenza.

Così riassunto, il percorso compiuto dalla Consulta appare logico e coerente. Peraltro, l'esito trova pieno conforto nella giurisprudenza del tutto prevalente fino al 2010, sulla scorta di argomenti che invero hanno da subito evidenziato il sapore del comma 3 in esame alla stregua di un insostenibile ritorno all'ancien regime

Infatti, il diritto vivente ante codice era chiaramente individuabile, nella giurisprudenza amministrativa, specie dopo le chiare prese di posizioni dell'Adunanza plenaria, la quale, con la sentenza 16 dicembre 1980, n. 52, nel confermare le conclusioni già raggiunte con la sentenza 15 gennaio 1960, n. 1, esclude l'applicabilità alla nullità della notificazione del ricorso della sanatoria ex tunc prevista dall'art. 17, terzo comma, e affermò per contro, l'operatività, in assenza di deroghe espressamente previste dal legislatore, del «principio fondamentale» del raggiungimento dello scopo codificato dall'art. 156 cod. proc. civ. (applicabile alle notificazioni ai sensi dell'art. 160 cod. proc. civ.).

Analoga indicazione parimenti granitica emerge dalla giurisprudenza civile, laddove si ritrovano chiare affermazioni nel senso che lo scopo della notificazione degli atti è quello di attuare

il principio del contraddittorio; tale finalità è raggiunta con la costituzione in giudizio del destinatario dell'atto, rimanendo conseguentemente sanato con effetto ex tunc qualsiasi eventuale vizio della notificazione stessa (cfr. ad es. Cassazione civile sez. II 25 febbraio 2014 n. 4489 e sez. VI 9 febbraio 2018 n. 3240).

In tale ottica, posto che lo scopo della notificazione degli atti di vocatio in ius è attuare il principio del contraddittorio, tale finalità può dirsi raggiunta con la costituzione in giudizio del destinatario dell'atto, comportamento che sana con effetto ex tunc qualsiasi eventuale vizio della notificazione stessa. Se dunque la mera conoscenza aliunde del procedimento non può avere di per sé - efficacia sanante, la successiva costituzione in giudizio deve considerarsi come sanante ex tunc.

Invero, oltre al tentativo di limitare l'operatività dell'inciso (ora espulso dalla Corte) alle preclusioni di carattere sostanziale, una parte della giurisprudenza amministrativa ha seguito la strada della distinzione fra inesistenza e nullità della notifica, facendo salva per quest'ultima la sanatoria ex tunc (cfr. ad es. Consiglio di Stato sez. IV 26 luglio 2017 n. 3683).

Peraltro, l'encomiabile tentativo si scontrava con una formulazione generale della norma difficilmente superabile, se non dando la parola alla Consulta: che infatti ha parlato, e lo ha fatto a chiare lettere.

Davide Ponte

Consigliere di Stato

29 novembre 2018