

# LEAP

---

NEWSLETTER

---

NEWSLETTER DEL 26 LUGLIO 2022

## GIURISPRUDENZA

**Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo** **3**  
Consiglio di Stato, Sez. VII, 18 luglio 2022, n. 6224  
Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 luglio 2022, n. 8

**Diritto civile e processuale civile** **10**  
Cassazione Civile, Sez. III, 6 aprile 2022 n. 11193

## Consiglio di Stato, Sez. VII, 18 luglio 2022 n. 6224

### Massima

Con riferimento alle concessioni demaniali marittime si ritiene che il contratto stipulato tra le parti è la fonte dei reciproci diritti e obblighi, ma è anche strettamente dipendente all'atto unilaterale di concessione con cui è stato attribuito al privato l'uso del bene ed è da questo condizionato.

Il privato, pertanto, deve impugnare sia il contratto che il provvedimento con cui viene concesso il bene demaniale, in quanto è quest'ultimo che lede i suoi interessi.

### Caso di specie

La società, odierna appellante, è concessionaria di un tratto litorale marittimo dove sorge anche uno stabilimento balneare.

Nel primo grado di giudizio, la società concessionaria ha impugnato davanti al TAR alcune clausole del contratto di concessione stipulato con il Comune nel 2017 e tutti gli atti a questo antecedenti e presupposti, tranne l'atto unilaterale di concessione.

In particolare le censure avevano ad oggetto la durata della concessione di sedici anni, la previsione secondo cui alla scadenza le opere non amovibili sarebbero state devolute allo Stato senza indennizzo, i limiti alla facoltà di affidamento a terzi ex art. 45 - bis cod. nav; la previsione di cessazione degli effetti della concessione demaniale marittima precedentemente rilasciata alla società con una licenza del 1999.

Il TAR ha dichiarato il ricorso inammissibile in quanto la società concessionaria aveva accettato

tutte le clausole della concessione predisposte dall'amministrazione comunale concedente e, pertanto, tutti gli oneri e obblighi posti a carico del concessionario, secondo il modello tradizionale della concessione - contratto.

Il TAR ha, inoltre, precisato come l'accordo tra il Comune e la società concessionaria abbia una valenza provvedimentale esterna e questo viene confermato dall'articolo 11 della Legge 7 agosto del 1990, n. 241.

La sottoscrizione da parte della società dell'accordo predisposto dal Comune ha determinato l'acquiescenza di tutte le disposizioni negoziali in esso contenute.

La società concessionaria, quindi, ha proposto appello avverso la sentenza pubblicata dal TAR che ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso.

### **Motivi della decisione**

Il Consiglio di Stato ha respinto l'appello e ha confermato la sentenza di primo grado.

Il Collegio sostiene che la natura della determinazione comunale del 2017 è quella di un provvedimento di concessione e con essa l'Amministrazione comunale ha attribuito al privato l'uso del bene pubblico, secondo le modalità dalla stessa definite in via unilaterale.

Le clausole sono immodificabili in quanto necessarie a conformare l'uso speciale del bene demaniale assentito con il provvedimento comunale.

Il contratto, invece, cui l'atto negoziale di concessione fa rinvio è l'atto negoziale destinato a riprodurre le disposizioni stabilite dall'amministrazione.

Il contratto, infatti, è una fonte di reciproci diritti e obblighi delle parti ed è uno strumento regolatorio del rapporto di concessione, la cui fonte rimane l'atto unilaterale con cui l'Amministrazione comunale ha concesso il bene demaniale perché ritenuto conforme all'interesse pubblico connesso alla gestione dello stesso.

Il contratto, quindi, nonostante rappresenti l'incontro delle volontà delle parti, rimane però in una posizione di dipendenza rispetto alle determinazioni unilaterali dell'Amministrazione concedente, che nel perseguimento dell'interesse pubblico può sempre intervenire sul rapporto avvalendosi dei poteri autoritativi ed in particolare del potere di autotutela.

Il Consiglio di Stato precisa che il TAR ha erroneamente richiamato l'articolo 11 della Legge 7

agosto del 1990, n. 241 in luogo del contratto strettamente dipendente al provvedimento. Non mutano però le conseguenze in ordine all'ammissibilità del ricorso in primo grado della società odierna appellante, che ha più volte trascurato di impugnare l'atto lesivo dei suoi interessi e quindi la determinazione del Comune del 2017 ed è, pertanto, decaduta dal diritto di azione.

## Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 13 luglio 2022, n. 8

### Massima

Per procedersi all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., è sufficiente dichiarare di avervi interesse a fini risarcitori; non è pertanto necessario specificare i presupposti dell'eventuale domanda risarcitoria né tantomeno averla proposta nello stesso giudizio di impugnazione; la dichiarazione deve essere resa nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 c.p.a.

Una volta manifestato l'interesse risarcitorio, il Giudice deve limitarsi ad accertare se l'atto sia o meno legittimo, come avrebbe fatto in caso di permanente procedibilità dell'azione di annullamento, mentre gli è precluso pronunciarsi su una questione in ipotesi assorbente della fattispecie risarcitoria, oggetto di eventuale successiva domanda.

### Caso di specie

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria in commento trae origine da una serie di giudizi, tra loro riuniti per connessione in sede di appello, mediante i quali alcuni proprietari terrieri hanno impugnato gli atti di pianificazione urbanistica di un Comune veneto che pregiudicavano la capacità edificatoria dei loro fondi.

Nelle more dei giudizi di primo grado, il Comune ha adottato una nuova disciplina urbanistica che ha determinato il venir meno dell'interesse all'annullamento degli atti impugnati.

Nondimeno, i ricorrenti hanno richiesto espressamente al TAR di voler comunque accertare e dichiarare l'illegittimità degli atti impugnati al

fine di poter successivamente coltivare, mediante autonomo giudizio, le proprie pretese risarcitorie. Il TAR ha tuttavia dichiarato improcedibili i ricorsi per sopravvenuta carenza di interesse, evidenziando come le istanze di accertamento dell'illegittimità a fini risarcitori fossero prive dell'allegazione di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito.

I ricorrenti hanno impugnato le sentenze di primo grado lamentando un'errata applicazione della disposizione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., secondo cui "*[q]uando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori*".

La Sezione Quarta del Consiglio di Stato ha rilevato la sussistenza, sul punto, di due orientamenti giurisprudenziali contrapposti: secondo un primo orientamento, infatti, ai fini dell'operatività della disposizione citata risulta sufficiente la sola deduzione dell'interessato di voler proporre in un futuro giudizio la domanda risarcitoria; secondo un secondo orientamento, invece, l'interessato deve anche allegare i presupposti della successiva domanda risarcitoria, o, quantomeno, comprovare sulla base di elementi concreti il danno ingiustamente subito.

La Sezione Quarta ha ritenuto opportuno deferire all'Adunanza Plenaria la risoluzione del contrasto giurisprudenziale sopra descritto, al contempo manifestando, nell'ordinanza di rimessione, il proprio favore per il secondo e più restrittivo orientamento interpretativo.

In particolare, secondo il parere espresso dalla Sezione Quarta, la prosecuzione del giudizio di accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati, anche una volta venuto meno l'interesse dei ricorrenti al loro annullamento e in assenza di una domanda in tal senso espressa e completa dell'allegazione quantomeno del danno asseritamente subito, si porrebbe in contrasto con la disposizione di cui all'art. 100 c.p.c., secondo cui condizione dell'azione è la sussistenza di un interesse concreto e attuale.

Inoltre, ad avviso della Sezione rimettente il principio della domanda non osterebbe al riconoscimento, in capo al giudice, della possibilità di accertare l'eventuale insussistenza di uno o più degli ulteriori presupposti della futura domanda risarcitoria, anche in assenza di avviso alla parte ex art. 73, comma 3, c.p.a.: ciò al fine di evitare un defatigante allungamento dei

processi, soprattutto nel caso in cui l'accertamento richieda l'espletamento di approfondimenti istruttori.

### **Motivi della decisione**

L'Adunanza Plenaria si è discostata dalle argomentazioni esposte dalla Sezione Quarta nell'ordinanza di rimessione, abbracciando, invece, il primo orientamento giurisprudenziale da quest'ultima richiamato. In particolare, l'Adunanza Plenaria ha affermato che, ai fini dell'applicabilità della disposizione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. - e della conseguente prosecuzione del giudizio di accertamento dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati anche a seguito del venir meno dell'interesse all'annullamento dei medesimi - è sufficiente la dichiarazione del ricorrente di averne interesse ai fini della futura azione risarcitoria.

La preferibilità di tale interpretazione discende dal generale principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, nonché dai suoi corollari: da un lato, l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, e, dall'altro, la generale tendenza a restringere e ad accertare con particolare rigore le ipotesi di improcedibilità del giudizio per sopravvenuta carenza di interesse.

La dichiarazione del ricorrente relativa al proprio interesse alla prosecuzione del giudizio a fini risarcitori è dunque condizione necessaria - in quanto proprio al ricorrente è rimessa l'iniziativa a tutela del proprio interesse - ma al contempo sufficiente per l'operatività della disposizione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. Dalla necessità di coordinare quest'ultima disposizione con quella di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a., secondo cui la domanda risarcitoria può essere proposta *"nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza"*, discende che non occorre, in sede di giudizio di annullamento, né che siano esposti i presupposti dell'eventuale domanda risarcitoria, né, tantomeno, che questa sia in concreto proposta.

Al contempo, riconoscere una più estesa operatività della disposizione di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., consente alla medesima di assolvere una funzione deflattiva, consistente nella possibilità di conoscere anticipatamente la fondatezza o meno



del presupposto principale dell'eventuale futura domanda di risarcimento dei danni.

L'Adunanza Plenaria ha inoltre affermato che la prosecuzione del giudizio di annullamento nella forma di un giudizio di accertamento dell'illegittimità deve essere ricondotta entro la fattispecie dell'*emendatio* della domanda in senso riduttivo quanto al *petitum* immediato, e, per converso, non costituisce una modifica della domanda originariamente proposta: lo conferma la disposizione di cui all'art. 104, comma 1, c.p.a., disciplinante il divieto di *nova* in appello, che fa infatti salvo quanto previsto dall'art. 34, comma 3, c.p.a. Ai fini dell'operatività di quest'ultima disposizione risulta pertanto sufficiente una semplice dichiarazione del ricorrente, da rendersi nelle forme previste dall'art. 73 c.p.a., senza che vi sia la necessità, per la parte, di promuovere nel medesimo giudizio un'autonoma domanda risarcitoria. Dall'assenza di un'autonoma domanda risarcitoria discende, infine, l'impossibilità, per il giudice, di pronunciarsi sulla sussistenza o meno degli ulteriori profili costitutivi della fattispecie risarcitoria, in quanto, proprio in ossequio al principio della domanda, un'eventuale pronuncia che investisse i medesimi risulterebbe priva dell'attitudine al giudicato.

## Cassazione Civile, Sez. III, 6 aprile 2022 n. 11193

### Massima

Nell'ipotesi in cui una società, parte in causa, venga cancellata dal Registro delle Imprese e il procuratore non dichiari né notifichi l'evento, è ammissibile la notifica dell'impugnazione presso il procuratore (ai sensi dell'art. 330 c. 1 c.p.c.). Inoltre, la notifica della sentenza fatta al procuratore è idonea a fare decorrere il termine per l'impugnazione nei confronti della parte deceduta (o del rappresentante legale della parte divenuta incapace) e il procuratore è legittimato a proporre impugnazione se munito di procura valida per gli ulteriori gradi di giudizio (eccezion fatta per il ricorso in Cassazione che postula una procura speciale).

Trova quindi applicazione la regola dell'ultrattività del mandato alla lite, pertanto, se il procuratore non dichiara o notifica l'evento (morte o incapacità), egli continua a rappresentare la parte come se l'evento non si fosse verificato.

### Caso di specie

Una società in nome collettivo otteneva un decreto ingiuntivo e il debitore ingiunto si opponeva, ma il Tribunale rigettava l'opposizione.

L'appello veniva dichiarato inammissibile in quanto notificato alla società estinta nel corso del giudizio di primo grado per cancellazione dal Registro delle Imprese.

Secondo il Giudice di merito, la dichiarazione di inammissibilità del gravame non poteva essere superata né dalla costituzione del socio e degli eredi dell'altro socio (deceduto nelle more), né dalla circostanza che la notifica dell'appello fosse avvertita presso il difensore costituito in prime cure, il quale non aveva dichiarato l'evento della cancellazione.

Si arriva così in Cassazione

### **Motivi della decisione**

In via preliminare, la Suprema Corte rigetta l'eccezione di parziale passaggio in giudicato della sentenza per la mancata notifica del ricorso tante volte quanti sono il numero dei soci e degli eredi. Infatti, la notifica dell'impugnazione a più parti presso lo stesso difensore, eseguita mediante la consegna di una sola copia (oppure di un numero di copie inferiore alle parti a cui è diretto l'atto) è nulla e non inesistente.

Tale vizio può essere sanato con efficacia *ex tunc* con la costituzione in giudizio di tutte le parti a cui l'impugnazione è diretta.

Oppure, la sanatoria può avvenire con la rinnovazione della notifica, imposta nel caso di litisconsorzio necessario processuale (cfr. Cass. 9213/2020), da eseguire nel termine perentorio stabilito dal giudice, con la consegna di tante copie quanti sono i destinatari (cfr. Cass. 20982/2021).

Il codice di rito considera la morte o la perdita della capacità di stare in giudizio come eventi interruttivi del processo.

Tali eventi possono avvenire:

- prima della costituzione (art. 299 c.p.c.)
- dopo la costituzione o in caso di contumacia (art. 300 c.p.c.).

Qualora antecedentemente alla costituzione sopravvenga la morte oppure la perdita della capacità di stare in giudizio di una delle parti o del suo rappresentante legale o la cessazione di tale rappresentanza, il processo è interrotto, salvo che coloro ai quali spetta di proseguirlo si costituiscano volontariamente, oppure l'altra parte provveda a citarli in riassunzione.

Se uno di detti eventi si verifica nei riguardi della parte che si è costituita a mezzo di procuratore, questi lo dichiara in udienza o lo notifica alle altre parti.

Dal momento di tale dichiarazione o notificazione il processo è interrotto, salvo che avvenga la

costituzione volontaria o la riassunzione a norma dell'articolo precedente.

Nella fattispecie *de qua*, il legale della società non ha comunicato la sua cancellazione dal Registro delle Imprese, avvenuta durante il giudizio di primo grado.

Il ricorrente sostiene che la mancata dichiarazione della cancellazione della società, avvenuta in primo grado, renderebbe rituale la notifica dell'appello presso il difensore in ragione dell'ultrattività del mandato rilasciato per ogni stato e grado del giudizio.

Inoltre, il contraddittorio era stato correttamente integrato stante la costituzione dei soci e dei loro eredi.

La Cassazione considera fondate tali doglianze.

La giurisprudenza più recente - superando il vecchio orientamento del 2013 (Cass. SS.UU. n. 6070/2013) - ritiene che la morte (o la perdita di capacità) della parte costituita a mezzo procuratore, qualora il legale non la dichiari in udienza o non la notifichi alle altre parti, determina che:

- la notifica della sentenza fatta a tale procuratore sia idonea a fare decorrere il termine per l'impugnazione nei confronti della parte deceduta (o del rappresentante legale della parte divenuta incapace);

- il procuratore sia legittimato a proporre impugnazione, se munito di procura valida per gli ulteriori gradi di giudizio, eccezion fatta per il ricorso in Cassazione che necessita del rilascio di una procura speciale;

- sia ammissibile la notifica dell'impugnazione presso detto procuratore ai sensi dell'art. 330 comma 1 c.p.c. e non rileva la conoscenza ottenuta *aliunde* del verificarsi di uno degli eventi interruttivi previsti dall'art. 299 c.p.c.

Quanto sopra in applicazione della regola dell'ultrattività del mandato alla lite; sostanzialmente, se il procuratore non dichiara o notifica l'evento (morte o incapacità), egli continua a rappresentare la parte come se l'evento non si fosse verificato "*risultando così stabilizzata la posizione giuridica della parte rappresentata, rispetto alle altre parti e al giudice, nella fase attiva del rapporto processuale, nonché, coerentemente, in quelle successive di sua quiescenza o eventuale riattivazione dovuta alla proposizione dell'impugnazione*".

La situazione cambia se in fase di impugnazione:

- si costituiscono gli eredi (o il rappresentante dell'incapace);

- oppure il procuratore della parte, già munito di procura valida anche per i successivi gradi, dichiara in udienza o notifica l'evento (morte o incapacità);

- o ancora, qualora la parte sia contumace, l'evento venga documentato dall'altra parte o notificato dall'ufficiale giudiziario ex art. 300 comma 4 c.p.c.

Secondo altro orientamento giurisprudenziale (Cass. SS.UU. n. 6070/2013), la cancellazione della società dal Registro delle Imprese priva la società della capacità di stare in giudizio.

L'unica eccezione si rinviene nella Legge Fallimentare che all'art. 10 introduce una *fictio iuris*.

Infatti, secondo detta norma, una società cancellata dal registro delle imprese può essere dichiarata fallita entro l'anno dalla cancellazione; ciò significa che il procedimento prefallimentare e le eventuali successive fasi di impugnazione si svolgono nei confronti della società estinta, la quale non perde la propria capacità processuale in ambito concorsuale (Cass. 24968/2013).

Al di fuori di tale eccezione, secondo l'indirizzo in commento, qualora l'estinzione avvenga nel corso di un giudizio in cui la società è parte, si verifica un evento interruttivo (ex art. 299 c.p.c.) da cui deriva la prosecuzione o la riassunzione da parte o nei confronti dei soci, successori della società, ex art. 110 c.p.c.

Nell'ipotesi in cui l'evento non sia stato comunicato nei modi di legge o si sia verificato quando non era più possibile renderlo noto con tali modalità, l'impugnazione della sentenza nei confronti della società deve provenire o essere indirizzata a pena di inammissibilità dai soci o nei confronti dei soci "*atteso che la stabilizzazione processuale di un soggetto estinto non può eccedere il grado di giudizio nel quale l'evento estintivo è occorso*".

La decisione in commento si discosta dal precedente orientamento e intende dare continuità all'indirizzo introdotto dalla decisione delle Sezioni Unite del 2014 (Cass. sent. 15295/2014) che deve considerarsi ormai consolidato.

Pertanto, nel caso in cui il legale non comunichi l'evento nei modi stabiliti dalla legge, egli continua "*a rappresentare la parte come se l'evento stesso non si fosse verificato, risultando così stabilizzata la posizione giuridica della parte rappresentata (rispetto alle altre parti ed al giudice) nella fase attiva del rapporto processuale, nonché in quelle successive di sua quiescenza od*

*eventuale riattivazione dovuta alla proposizione dell'impugnazione".*

Si tratta di un orientamento condivisibile poiché fa applicazione della regola generale dell'ultrattività del mandato alle liti e prevede un meccanismo di stabilizzazione processuale.

In tal guisa, vengono bilanciate *"le verifiche esigibili dalla controparte senza ricadute che vanifichino attività processuali svolte da e nei confronti di soggetto professionalmente assistito"*.

In conclusione, la Suprema Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza con rinvio alla Corte d'Appello affinché decida dalla luce dei principi sopra esposti.

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

# LEAP

---

NEWSLETTER

---