

Svolgimento del processo

1. Il Ministero dell'interno ha respinto una domanda presentata da Rosa Di Tota e Vincenzo Palombo volta ad ottenere la speciale elargizione prevista dalla L. 20 ottobre 1990, n. 302 in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata.

Il ricorso al tribunale amministrativo regionale per la Campania proposto dalle parti è stato a sua volta respinto con sentenza 30 luglio 2003 n. 10353.

Il tribunale ha ritenuto sufficiente ed adeguata la motivazione di diniego, avuto riguardo al suo contenuto intrinsecamente discrezionale ed in quanto tale sottratto al sindacato di legittimità.

2. Le parti hanno impugnato la sentenza e chiesto che il ricorso fosse accolto: hanno dedotto che gli atti impugnati non contenevano alcuna valida argomentazione e la decisione era perciò erronea.

Il Ministero dell'interno si è costituito in giudizio, senza dal canto suo proporre appello incidentale sulla giurisdizione, ma con memoria depositata il 2 aprile 2009 ha sollevato la questione, che il Consiglio di Stato ha accolto con la decisione 29 dicembre 2009 n. 6699 della Sezione IV, dichiarando di conseguenza inammissibile l'originario ricorso al T.A.R. e cassandone senza rinvio la sentenza.

3. Rosa Di Tota e Vincenzo Palombo hanno proposto ricorso per cassazione con atto notificato il 18 novembre 2010.

Il Ministero dell'interno vi ha resistito con controricorso del 28 dicembre 2010.

Motivi della decisione

1. La cassazione della sentenza è chiesta per un motivo.

Vi si denuncia la violazione degli artt. 37 cod. proc. civ e 30 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034.

Si osserva che nella sentenza di primo grado, perché resa sul fondo del ricorso, era implicita una decisione affermativa sulla questione di giurisdizione.

27/9/10

I ricorrenti l'hanno accettata, per aver impugnato solo la statuizione sul merito, né d'altra parte la decisione sulla questione di giurisdizione è stata impugnata dal Ministero con appello incidentale, mentre ne avrebbe avuto l'onere, sicché sulla giurisdizione del giudice amministrativo s'era nel caso formato il giudicato, con conseguente preclusione ad una decisione di segno contrario da parte del Consiglio di Stato in grado di appello.

Il Ministero dell'interno chiede per parte sua che il ricorso sia dichiarato inammissibile.

In primo luogo, perché pone una questione che non attiene alla giurisdizione, ma all'esatta applicazione delle norme che davanti al giudice amministrativo regolano la formazione del giudicato sulla questione di giurisdizione.

In secondo luogo, perché, nel processo davanti al giudice amministrativo e secondo il diritto applicabile quando è stata proposta l'impugnazione principale, la parte vittoriosa non aveva onere di impugnazione incidentale.

2. Il ricorso per cassazione è tempestivo.

La sentenza impugnata è stata pronunciata dopo l'entrata in vigore, avvenuta il 4 luglio 2009, della modifica apportata dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, all'art. 327 cod. proc. civ., con la riduzione del termine di decadenza dall'impugnazione da un anno a sei mesi dalla pubblicazione della decisione.

Ma, in base all'art. 58.1. della legge 69, la norma non si applica nei giudizi instaurati prima della sua entrata in vigore.

3. Il motivo per cui è chiesta la cassazione della sentenza è ammissibile.

La prima delle eccezioni sollevate dal Ministero dell'interno non è fondata.

Al riguardo è da enunciare il principio di diritto che segue.

Il ricorso per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato è da considerare proposto per motivi inerenti alla giurisdizione, in base agli artt. 111, ultimo comma, Cost., 362 primo comma cod. proc. civ. e 110 cod. proc. amm. ed è come tale ammissibile, quante volte il motivo di cassazione si fonda sull'allegazione che la decisione sulla spettanza della giurisdizione, tuttavia assunta, era preclusa per essersi in precedenza sulla questione formato il giudicato.

procedimento

3.1. La Corte considera che la propria giurisprudenza sull'argomento presenta decisioni non univoche.

3.1.1. La prima affermazione e conseguente applicazione del principio di diritto prima enunciato la si rinviene, negli ultimi anni, nella sentenza delle sezioni unite in tema di *translatio iudicii*, la n. 4109 del 22 febbraio 2007.

La Corte, in quell'occasione, ha detto che la decisione con cui il Consiglio di Stato dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, pur in assenza d'impugnazione della statuizione del tribunale amministrativo regionale, che l'abbia invece espressamente affermata, è suscettibile di cassazione perché la violazione del giudicato interno sulla giurisdizione comporta la violazione di un limite esterno alla potestà di decidere.

La sentenza delle sezioni unite venne allora pronunciata sul ricorso proposto per ottenere la cassazione della sentenza in base al motivo di violazione e falsa applicazione dell'art. 5 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034 in relazione agli artt. 360 n. 1) e 362, primo comma, cod. proc. civ., per erronea dichiarazione del difetto di giurisdizione.

E, in quella stessa occasione, le sezioni unite si richiamarono al precedente costituito dalla sentenza n. 411 del 19 gennaio 1987, che, in presenza di un identico decorso del processo amministrativo e di un motivo di ricorso per violazione della norma attributiva della giurisdizione, avendo rilevato l'intervenuta formazione del giudicato interno sulla giurisdizione, da un lato aveva dichiarato il motivo inammissibile, dall'altro aveva cassato la decisione del Consiglio di Stato, appunto in ragione del suo contrasto con quel giudicato.

3.1.2. Successive sentenze della Corte (n. 10971 del 5 maggio 2008; n. 27618 del 21 novembre 2008; n. 3688 del 16 febbraio 2009 e n. 5468 del 6 marzo 2009) hanno seguito un opposto ordine di idee.

L'ultima delle decisioni appena richiamate è stata resa in un caso in cui il ricorso, proposto contro un provvedimento di dispensa dal servizio, era stato rigettato dal tribunale amministrativo regionale; la decisione era stata impugnata da ambedue le parti, dall'una in via principale e dall'altra in via incidentale e da questa per un motivo attinente alla tempestività del ricorso originario, senza però sollevare la questione di giurisdizione.

particolarmente

Il Consiglio di Stato, decidendo sul ricorso principale, l'aveva accolto ritenendo che la dispensa fosse stata disposta illegittimamente, ma aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione a pronunciarsi sulla domanda di risarcimento del conseguente danno biologico lamentato dal ricorrente, domanda considerata spettare alla giurisdizione il giudice ordinario.

La Corte, che ha esaminato il fondo del motivo, ha affermato che a ciò non era di ostacolo il giudicato implicito, che sulla giurisdizione si era formato a seguito della mancata impugnazione della decisione di primo grado sul punto.

Ha negato che la violazione del giudicato interno sulla giurisdizione ridondi in motivo attinente a questa.

Questa soluzione rimanda all'impostazione per cui solo il giudizio, che verte sull'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, attiene a questa, non anche l'errore nell'interpretazione e conseguente applicazione delle norme che regolano il rilievo del difetto di giurisdizione e di quelle correlate, attinenti al sistema delle impugnazioni e che in quanto tali contribuiscono a delineare il regime del rilievo della questione di giurisdizione.

3.1.3. Altre decisioni delle sezioni unite – successive a quelle appena richiamate - appaiono esprimere la tendenza della giurisprudenza della Corte di cassazione a riprendere l'impostazione seguita dalla sentenza 4109 del 2007.

E ciò anche per l'influenza esercitata dall'orientamento inaugurato dalla sentenza 9 ottobre 2008 n. 24883 sul giudicato implicito di giurisdizione e dalla quasi coeva sentenza 16 ottobre 2008 n. 25426, dove è stato affermato che il convenuto vittorioso in primo grado ha onere di appello incidentale condizionato per riproporre la questione di giurisdizione risolta in senso a lui sfavorevole in primo grado.

3.1.3.1. In una serie di decisioni, il caso che si è presentato alle sezioni unite ha presentato questi tratti.

Il T.A.R. pronunzia sul fondo del ricorso, accogliendolo in tutto o in parte o rigettandolo, e la sentenza è impugnata nel merito.

Senza che la questione di difetto di giurisdizione venga sollevata, il Consiglio di Stato accoglie o rigetta nel merito l'appello, in alcuni casi previa dichiarazione che la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

per la Corte

La decisione è impugnata davanti alla Cassazione per difetto di giurisdizione.

Le sezioni unite dichiarano inammissibile il motivo.

Una decisione di questo tipo oppone all'esame del motivo attinente alla giurisdizione il giudicato interno che sulla questione si è formato.

La questione di giurisdizione trova soluzione in base al giudicato, non in base all'interpretazione ed applicazione della norma sulla giurisdizione sollecitato con il pertinente motivo di ricorso.

Se, da un punto di vista effettuale, la giurisdizione resta radicata presso il giudice che l'ha in concreto esercitata, ciò non avviene però, come si è detto, in base all'applicazione della norma attributiva compiuta dal giudice deputato al controllo dell'esatta applicazione di tali norme, ma in base al risultato cui ha dato luogo il previo corso del processo, considerato impedire l'esame del fondo della questione.

Costituiscono esempi di questo schema di ragionamento le sentenze n. 14889 del 25 giugno 2009; n. 3200 dell'11 febbraio 2010; n. 12340 del 20 maggio 2010; n. 10530 del 13 maggio 2011; n. 13905 del 13 giugno 2011.

3.1.3.2. Tra le decisioni prima richiamate merita che si metta in evidenza come la sentenza 12340 del 2010 sia stata pronunciata in un caso in cui la questione di giurisdizione, espressamente decisa dal giudice di primo grado, era stata riproposta in appello da una delle parti, ma non con appello incidentale e la Cassazione – sulla scia della precedente sentenza delle sezioni unite 25246 del 2008, espressamente richiamata – dopo aver affermato l'inidoneità nel caso della sola riproposizione della questione secondo lo schema dell'art. 346 cod. proc. civ., ha detto che quel rimedio processuale è oramai da considerare non utilmente impiegabile neanche nel caso di decisione solo implicita sulla giurisdizione.

4. I casi scrutinati ed il panorama giurisprudenziale che hanno occasionato mostrano che è possibile distinguere due situazioni processuali.

Esse presentano l'elemento comune dato dal fatto che un giudicato interno si è formato sulla giurisdizione nel passaggio dal primo al secondo grado di giudizio davanti al giudice amministrativo.

Si differenziano per questo elemento.

Handwritten signature

Il giudice di appello in una situazione processuale non si pronunzia sulla giurisdizione o lo fa all'unisono con la soluzione su cui si è formato il giudicato, nell'altra si pronunzia sulla giurisdizione, ma in contrasto col giudicato.

Il panorama giurisprudenziale mostra che le sentenze del periodo intermedio – richiamate al punto **3.1.2.** – prescindono dal giudicato interno, la cui pretermissione assegnano all'area del motivo di violazione delle norme sul procedimento, e scrutinano il motivo di ricorso, se denuncia la violazione della norma attributiva e decidono in base all'interpretazione di questa.

Con la conseguenza del possibile superamento del giudicato interno.

Le sentenze del periodo più risalente – punto **3.1.** - e di quello più recente, - punto **3.1.3.** - attraggono invece il vizio di violazione del giudicato interno sulla giurisdizione al motivo attinente a questa; non danno perciò rilievo alla eventuale esistenza di una decisione difforme dal giudicato interno e quindi, in presenza di una tale decisione, la cassano per violazione del giudicato, in assenza, dichiarano il motivo inammissibile.

5. Da un punto di vista logico, la soluzione potrebbe essere in parte diversa.

Il terzo dei casi appena descritti – giudicato interno ed assenza sulla giurisdizione di una decisione difforme, impugnata in cassazione per violazione delle norme sulla giurisdizione – lo si dovrebbe ritenere certamente estraneo all'area predicata dall'orientamento intermedio e da ricondurre alla soluzione accolta dall'altro orientamento.

Invero, il motivo di violazione di norma sulla giurisdizione, proposto per ottenere che la sentenza sia cassata ed affermata la giurisdizione di un diverso giudice incontra l'ostacolo rappresentato dal giudicato che sulla questione si è formato.

Perché, quel giudicato, vincola il giudice del processo in cui si è formato e la Corte, quando decide del ricorso per cassazione, ancorché per motivi inerenti alla giurisdizione e contro decisione del giudice amministrativo o contabile, pronuncia nell'ambito di quel giudizio.

Il caso opposto – giudicato interno e decisione espressa conforme o contraria, ed è alla seconda ipotesi che va assegnato il ricorso in esame – lascia residuare invece il problema se sia corrispondente ad esatta applicazione

La Cassazione

dell'art. 111, ultimo comma, Cost. la soluzione predicata dall'uno o dall'altro orientamento.

6. La Corte ritiene che vada preferito l'orientamento al tempo stesso più risalente e più recente.

Questo in base ai seguenti argomenti.

L'orientamento intermedio troverebbe un saldo riscontro nell'art. 37 cod. proc. civ., in quanto dispone che il difetto di giurisdizione è rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del processo.

Se il difetto di giurisdizione è rilevabile anche di ufficio anche dalla Corte di Cassazione, quanto al riguardo sia stato deciso nei gradi precedenti rimane privo di incidenza e la questione di giurisdizione è nelle condizioni di potere e dovere essere decisa in base a quanto avrebbe disposto la norma attributiva.

Sì che neppure si potrebbe prospettare che nell'area del sindacato per motivi attinenti alla giurisdizione rientri la verifica dell'esatta applicazione delle norme sulle impugnazioni.

Tuttavia, per un verso, sulla regola stabilita dall'art. 37 cod. proc. civ., è venuta appunto mostrando la sua incidenza la disciplina del regime delle impugnazioni: ciò ha condotto a negare che il giudice dei successivi gradi del processo abbia il potere di tornare a decidere della questione di giurisdizione, dopo una pronuncia che la concerne, espressa o implicita che sia.

Per altro verso, la sentenza n. 77 del 12 marzo 2007 della Corte costituzionale ha portato ad emersione nell'ordinamento e come aspetto essenziale del principio di effettività della tutela giurisdizionale, quello di unità funzionale della giurisdizione.

Da cui è scaturita – attraverso la disciplina dettata dall'art. 59 della legge n. 69 del 2009 – un'ulteriore restrizione della regola dettata dall'art. 37 cod. proc. civ.

Si è giunti così, con la disciplina della *translatio*, a riconoscere implicitamente alla decisione del giudice, che ne indica altro, come dotato della giurisdizione che nega a sé stesso, la forza di vincolare il secondo giudice, se questi non vi si sottrae in un tempo processualmente definito.

procedi

Questa disciplina, in particolare, dimostra che alla Corte di Cassazione spetta non solo verificare l'ammissibilità della richiesta che il giudice indicato le indirizza, ma anche e di necessità di sindacare - perchè contraria ad un giudicato sulla giurisdizione, oramai formatosi all'interno del processo suscitato dalla domanda originaria - un'eventuale decisione del giudice amministrativo o contabile di secondo grado, che tale giudicato abbia ritenuto di poter superare tornando a declinare la giurisdizione.

Conseguenza, questa, ineluttabile a pena di vanificare l'operatività del congegno ed a mettere in crisi il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Appare, dunque, che anche per la questione di giurisdizione, come è avvenuto per la questione di competenza nell'ambito del giudizio davanti al giudice ordinario, valga il principio che a tale questione attiene anche il sistema delle disposizioni che disciplinano il rilievo della questione stessa e l'irreversibile stabilità della relativa decisione (Sez. Un. 19 ottobre 2007 n. 21858).

Né questa soluzione dovrà suonare come un'equiparazione della questione di giurisdizione a quella di competenza, indebita perché strumentale ad invadere spazi di giurisdizione riservati al giudice amministrativo o contabile.

Accogliere questa impostazione non porta alla conseguenza di ampliare arbitrariamente lo spazio di esercizio del sindacato sulle decisioni di questi giudici, ma contribuisce al progressivo allineamento degli strumenti di tutela di cui i diversi ordini di giudici sono dotati.

E del resto, da un lato la disciplina della *translatio* ha attinto a piene mani in quella della competenza, dall'altro la Corte costituzionale - nella sentenza n. 77 del 2007 - non aveva mancato di notare come il prevalente orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di applicazione dell'art. 30 della legge 1034 del 1971, consentendo una rinnovata decisione della questione, pur dopo che sulla giurisdizione s'era formato il giudicato, costringesse, nonostante ciò, a riprendere da capo il giudizio, con pregiudizio della effettività della tutela giurisdizionale.

R
2007

Da ultimo, la soluzione accolta vale a configurare uno strumento di sindacato capace di operare in modo eguale nei diversi casi descritti al punto 3, sì da rendere più agevole e prevedibile la decisione.

7. Il ricorso, infine, è fondato.

7.1. Nell'ambito del processo davanti al giudice ordinario, è stato affermato, dalla sentenza 25246 del 2008 delle sezioni unite, che la sentenza favorevole al convenuto nel merito, però preceduta da una decisione espressa di rigetto della questione di difetto di giurisdizione, deve essere fatta oggetto di appello incidentale da parte dell'appellato, perché il giudice di secondo grado possa tornare a pronunciarsi sulla questione.

Ma, una volta accolta la teorica del giudicato implicito, formulata dalle sezioni unite con la sentenza n. 24883 del 9 ottobre 2008, e posto che la sentenza, che contiene il rigetto nel merito della domanda, implica una decisione affermativa sulla giurisdizione, è giocoforza andare alla conclusione che anche in questo caso della questione di giurisdizione nel giudizio di secondo grado non potrà discutersi se non in base ad appello incidentale.

Quanto, infatti, alla questione di difetto di giurisdizione, che l'art. 37 cod. proc. civ. dichiara rilevabile di ufficio in ogni stato e grado, la compressione di questo potere del giudice può derivare solo da un giudicato, sicché, o si postula che una decisione ci sia ed allora, com'è per la decisione esplicita, deve essere fatta oggetto di impugnazione e non di semplice riproposizione in base all'art. 346 cod. proc. civ. o si postula che non vi sia ed allora il potere del giudice di rilevarla di ufficio non può trovare ostacolo nel fatto che la parte che vi abbia interesse non la riproponga.

Infatti, perché possa essere esaminata, in questo caso, basta il potere di rilievo di ufficio.

Lo stesso ordine di considerazioni si può riproporre a proposito del processo davanti al giudice amministrativo, in una situazione processuale, che, come nel caso, era regolata dalla disciplina anteriore all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, dove una disciplina espressa sul tema mancava e la soluzione andava tratta dall'interpretazione dell'art. 30 della legge 1034 del 1971.

procedi

A proposito della quale, quando la teoria del giudicato implicito non era stata formulata, la sentenza n. 411 del 19 gennaio 1987 delle sezioni unite – già richiamata – aveva affermato la necessità dell'appello incidentale nel caso di decisione espressa sfavorevole sulla giurisdizione doppiata da decisione favorevole sul merito ed il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4 del 30 agosto 2005 dell'Adunanza plenaria, s'era pronunciato nello stesso senso, affermando invece la persistenza del potere di rilievo di ufficio nel caso di decisione solo implicita.

Sicché si deve enunciare il principio di diritto che segue.

Nel processo davanti al giudice amministrativo, come disciplinato dalla legge 6 dicembre 1971, n. 1034 e dal suo art. 30, la decisione sulla questione di giurisdizione, implicita nella decisione di rigetto del ricorso rivolto al tribunale amministrativo regionale passa in giudicato se, impugnata dal ricorrente la decisione sul merito, non è a sua volta impugnata dagli interessati con appello incidentale condizionato.

8. Il ricorso è accolto, la decisione è cassata e la causa è rinviata al Consiglio di Stato.

Gli è rimesso di provvedere sulle spese di questo grado del giudizio.

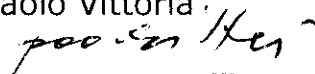
P.Q.M.

La Corte, pronunciando a sezioni unite, accoglie il ricorso, cassa la decisione impugnata, rinvia la causa al Consiglio di Stato, cui rimette di provvedere sulle spese di questo grado del giudizio.

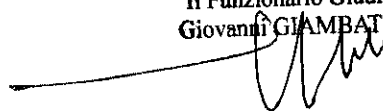
Così deciso il giorno 25 ottobre 2011 nella camera di consiglio delle sezioni unite civili della Corte di Cassazione.

Il presidente, relatore ed estensore

Paolo Vittoria



Il Funzionario Giudiziario
Giovanni GIAMBATTISTA



Depositata in Cancelleria
oggi, **9 NOV. 2011**



Il Funzionario Giudiziario
Giovanni GIAMBATTISTA

