

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Dicembre 2011

Giurisdizione, riparto di – Processo amministrativo, ottemperanza

Cass., sez. un., 19 dicembre 2011 n. 27277

Il potere integrativo del giudice dell'ottemperanza incontra il limite esterno della giurisdizione propria del giudice amministrativo, con la conseguenza che, quante volte la cognizione della controversia, la cui cognizione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento dell'amministrazione obbligata, risulti devoluta ad altro giudice, soltanto questi può provvedere al riguardo. Enunciando il suddetto principio, le Sezioni unite riconoscono che la sentenza impugnata, emessa dal Consiglio di Stato, con nomina di commissario ad acta, si è mantenuta nei limiti del giudizio di ottemperanza là dove ha dichiarato l'obbligo del Comune di stipulare il contratto di lavoro, essendosi in tal modo correttamente sostituita all'Amministrazione nell'obbligo a questa derivante dalla decisione di annullamento dell'esclusione della graduatoria. Non altrettanto con riguardo alle statuizioni concernenti il ripristino dello stato giuridico del ricorrente, il suo trattamento economico e la sua posizione previdenziale, perché non trattandosi di strette conseguenze dell'esistenza del rapporto la cognizione delle relative pretese non si presta ad essere compiuta dal giudice dell'ottemperanza.

[Link al testo sentenza](#)

Breve nota di commento e indicazione di precedenti

Nel caso specifico si trattava di ottemperanza ad un giudicato del giudice amministrativo in materia di concorso a pubblico impiego; secondo le sezioni unite nel pubblico impiego privatizzato l'approvazione della graduatoria segna il limite della giurisdizione del giudice amministrativo, mentre la mancata assunzione rientra nella giurisdizione del g.o.

Sui limiti ai poteri del giudice dell'ottemperanza v. anche Cass., sez. un., 9 novembre 2011 n. 23302.

Sui limiti ai poteri del giudice dell'ottemperanza in caso di giudicati del giudice ordinario v. anche Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011 n. 2757.

Giurisdizione, riparto di – Edilizia e urbanistica, espropriazione per pubblica utilità

Cass., sez. un., 19 dicembre 2011 n. 27285

Il provvedimento amministrativo contenente la dichiarazione di pubblica utilità priva della indicazione dei termini per il compimento delle espropriazioni e dell'opera, è radicalmente nullo ed inefficace. Ne consegue che in tal caso si verifica una situazione di carenza di potere espropriativo, per cui si è in presenza di un mero comportamento materiale, in nessun modo ricollegabile ad un esercizio abusivo dei poteri della pubblica amministrazione, sicché spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda, restitutoria o risarcitoria, proposta dal privato.

[Link al testo sentenza](#)

Breve commento

La decisione in commento cassa Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2010 n. 1298.

Il principio di diritto è stato reso con riferimento a procedimento espropriativo svoltosi secondo la disciplina anteriore al t.u. espropriazioni n. 327/2001.

Infatti in motivazione le sezioni unite affermano che nella fattispecie non assumono rilievo le disposizioni di tale t.u.

Verosimilmente la soluzione sarebbe stata diversa per i procedimenti espropriativi disciplinati dal t.u. n. 327/2001.

Infatti l'art. 13 di tale t.u. dispone che nel provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera può essere stabilito il termine entro il quale il decreto di esproprio va emanato.

Se manca l'espressa determinazione del termine, il decreto di esproprio può essere emanato entro il termine di cinque anni, decorrente dalla data in cui diventa efficace l'atto che dichiara la pubblica utilità dell'opera. Nella nuova disciplina non occorre indicare i termini per inizio e ultimazione dei lavori, né il termine di inizio delle espropriazioni, ma solo il termine per emanare il decreto di esproprio; si tratta peraltro di contenuto non essenziale, perché in difetto si applica il termine legale.

Ne consegue che nella nuova disciplina la dichiarazione di pubblica utilità non è né illegittima, né radicalmente nulla, se non reca l'indicazione dei termini suddetti.

Giurisdizione, appello sulla, rilievo d'ufficio del difetto di – Pubblico impiego

Cass., sez. un., 19 dicembre 2011 n. 27288

Sulla sentenza del giudice ordinario di primo grado che si pronuncia su questioni del rapporto di pubblico impiego relative a periodo anteriore al 30 giugno 1998, in difetto di appello principale o incidentale sulla giurisdizione si forma il giudicato implicito, e non è possibile rimettere in discussione detto profilo con un'eccezione sollevata nel corso del giudizio di gravame.

[Link al testo sentenza](#)

Giurisdizione, appello sulla, rilievo d'ufficio del difetto di – Edilizia e urbanistica

Cass., sez. un., 19 dicembre 2011 n. 27284

Il ricorso per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato è da considerare proposto per motivi inerenti alla giurisdizione, ed è come tale ammissibile, quante volte il motivo di cassazione si fonda sull'allegazione che la decisione sulla spettanza della decisione, tuttavia assunta, era preclusa per essersi in precedenza sulla questione formato il giudicato.

Vi è preclusione all'esame della questione di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato quale giudice di appello quando l'appellante abbia proposto la questione, implicitamente risolta in senso affermativo dal Tar, soltanto in una memoria difensiva depositata nell'imminenza della discussione dinanzi al giudice di appello.

[Link al testo sentenza](#)

Breve nota di commento e indicazione di precedenti

La decisione in commento si riferisce a vicenda processuale anteriore all'entrata in vigore del c.p.a. (infatti cassa la decisione Cons. giust. sic. 26 maggio 2010 n. 740 che aveva accolto una eccezione di difetto di giurisdizione introdotta nel grado di appello mediante memoria non notificata), ma successiva alle sez. un. n. 24883/2008.

Dunque le sez. un. ritengono che anche prima del c.p.a. (art. 9 c.p.a.) nell'appello amministrativo la questione di giurisdizione andasse introdotta mediante motivo di appello principale o incidentale, e non mediante eccezione o memoria non notificata.

Implicitamente la pronuncia in commento sconfessa la diversa tesi sostenuta da Cons. St., sez. III, 22 novembre 2011 n. 6147; Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2010 n. 8925. Tali due decisioni, esaminando il regime transitorio in relazione all'art. 9 c.p.a., osservano che l'art. 9 c.p.a. contiene due precetti, quello che preclude al giudice dell'impugnazione di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, e quello che onera la parte, nel giudizio di impugnazione, di contestare la giurisdizione con specifico motivo e non con semplice memoria.

Si è ritenuto che il primo precetto sia di immediata applicazione anche nei giudizi in corso; quanto, invece, al secondo precetto, lo stesso non sarebbe applicabile ai giudizi di appello introdotti anteriormente al 16 settembre 2010; in essi la parte, che ha già proposto appello, potrebbe, pure dopo il 16 settembre 2010, contestare la giurisdizione mediante memoria purché il difetto di giurisdizione sia già stato eccepito in primo grado; infatti se in primo grado non fosse stato eccepito, si sarebbe formato, anche in base al quadro anteriore al c.p.a., il giudicato interno, con necessità di proporre motivo di appello.

I casi decisi presentavano peculiarità assolute:

- nel caso deciso da Cons. St. n. 6147/2011, il difetto di giurisdizione era stato già eccepito in primo grado, ma il Tar aveva reso una pronuncia di inammissibilità, per cui sembrerebbe che non avesse esaminato neppure implicitamente la questione di giurisdizione, e dunque non si fosse formato il giudicato implicito sulla giurisdizione;

- nel caso deciso da Cons. St. n. 8925/2010, il difetto di giurisdizione veniva eccepito per la prima volta in appello, con memoria, dall'Amministrazione soccombente in primo grado e appellante, tuttavia l'appello originario risaliva al 2001, dunque ad epoca in cui non era ancora intervenuta la decisione delle sez. un. n. 24883/2008.

In conclusione, sembra doversi affermare che la necessità, nel processo amministrativo, di introdurre la questione di giurisdizione mediante appello principale o incidentale sussistesse anche prima del c.p.a., ma solo dopo le sez. un. n. 24883/2008, e non con riguardo a giudizi anteriori a tale arresto.

Giurisdizione, riparto di – Edilizia e urbanistica, azioni possessorie

Cass., sez. un., 19 dicembre 2011 n. 27289

Le azioni possessorie sono esperibili davanti al giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione quando il comportamento della medesima non si ricolleggi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ma si concreti in una mera attività materiale, non sorretta da atti e provvedimenti amministrativi formali.

Giurisdizione, rilievo d'ufficio del difetto di – Trasporto, trasporto pubblico locale

Cass., sez. un., 22 dicembre 2011, nn. 28331, 28332, 28333

In materia di trasporto pubblico locale, in caso di azione della società esercente per il pagamento delle compensazioni, per effetto della sentenza di rigetto del Tar si forma un giudicato interno, ancorché implicito, sulla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, ostativo alla rilevabilità d'ufficio del relativo difetto da parte del giudice di secondo grado; per l'effetto va cassata la sentenza del Consiglio di Stato che ha d'ufficio declinato la giurisdizione.

Giurisdizione, riparto di – Pubblico impiego

Cass., sez. un., 22 dicembre 2011 nn. 28329, 28330,

La RAI, anche se caratterizzata da aspetti peculiari e tuttora in mano pubblica, resta pur sempre una società per azioni: deve quindi escludersi che, con riferimento alla stessa, possa applicarsi la riserva della giurisdizione del giudice amministrativo, in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001. Deve escludersi qualsiasi incidenza innovativa dell'art. 7, comma 2, del codice del

processo amministrativo sulla estensione della giurisdizione amministrativa nella materia delle procedure concorsuali come prevista dall'art. 63, comma 4, cit.

Breve indicazione di precedenti

Le pronunce in commento sconfessano il diverso orientamento espresso, sia pure in sede cautelare, ma con ampia motivazione, da Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2010 n. 5379, ord., che aveva così statuito:

“osservato, invero, nel definire la questione relativa alla individuazione del giudice destinato a conoscere la controversia azionata con la contestazione degli atti adottati da RAI S.p.a. in seno alla procedura dalla stessa indetta per la selezione di giornalisti professionisti da utilizzare, in qualità di redattori ordinari, nelle redazioni giornalistiche regionali, che:

l'art. 7, C.p.a., dopo aver disposto, al comma 1, che “sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi” (oltre che, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni), dispone, al comma 2, che “per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono” anche, da un lato, “i soggetti ad esse equiparati”, dall'altro, i soggetti “comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo”;

quanto alla possibilità di considerare RAI S.p.a. soggetto “equiparato” alla pubblica amministrazione in senso classico, giova considerare che, come già osservato dalla Sezione (cfr., ex multis, Cons. Stato, VI, n. 1478/98; sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206), la veste societaria è neutra non essendo quindi di per sé incompatibile con il riconoscimento della natura di ente pubblico;

la natura pubblica, pertanto, non può essere esclusa con riguardo ad organismi i quali, pur presentando forma societaria, siano sottoposti ad una disciplina derogatoria rispetto a quella codicistica e sintomatica della strumentalità rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche, oltre che, ancor più significativamente, dell'attrazione in orbita pubblicistica;

quanto a RAI S.p.a., numerosi sono gli elementi che attestano tanto la strumentalità della stessa rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche, quanto la sua attrazione in orbita pubblicistica; tra questi, paiono al Collegio oltre modo significative le circostanze costituite dalla prevista nomina di numerosi componenti del Consiglio di Amministrazione non già ad opera dal socio pubblico, ma dalla Commissione parlamentare di vigilanza, dalla indisponibilità dello scopo da perseguire, prefissato con atto normativo, dalla destinazione alla copertura dei costi del servizio dalla stessa gestito di un canone di abbonamento, avente natura di imposta;

la stessa Cassazione, ancorché al diverso fine di definire la questione relativa alla qualificabilità come erariale del danno cagionato dai suoi agenti, ha di recente sostenuto che si tratti di ente sostanzialmente assimilabile ad una amministrazione pubblica (Sez. un., 22 dicembre 2009, n. 27092);

a tale esito le Sezioni unite sono pervenute valorizzando una pluralità di indici sintomatici dell'attrazione in orbita pubblicistica di RAI S.p.a., tra cui la sua designazione direttamente ad opera della legge quale concessionaria dell'essenziale servizio pubblico radiotelevisivo, svolto nell'interesse generale della collettività nazionale per assicurare il pluralismo, la democraticità e l'imparzialità dell'informazione; la sua sottoposizione a penetranti poteri di vigilanza da parte di un'apposita commissione parlamentare, espressione dello Stato-comunità; la destinazione alla copertura dei costi del servizio dalla stessa gestito, di un canone di abbonamento, avente natura di imposta e gravante su tutti i detentori di apparecchi di ricezione di trasmissioni radiofoniche e televisive, che è riscosso e le viene versato dall'Agenzia delle Entrate; la sua sottoposizione al controllo della Corte dei Conti;

peraltro, anche a voler prescindere dal tema della qualificabilità di RAI S.p.a. quale ente pubblico, la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia portata al vaglio del Collegio va

ritenuta in applicazione dell'inciso finale del citato art. 7, comma 2, C.p.a., secondo cui "per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono", in uno ai "soggetti ad esse equiparati", anche i soggetti "comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo";

il doveroso assoggettamento di RAI S.p.a. ai principi del procedimento amministrativo in sede di reclutamento del personale e conferimento degli incarichi è desumibile dall'art. 18, co. 2, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, laddove impone alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo l'adozione di criteri e modalità nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità"

Giurisdizione, riparto di – contratti pubblici nei settori ordinari, promotore finanziario

Cass., sez. un., 27 dicembre 2011 n. 28804

Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la fase esecutiva del rapporto di concessione di lavori originata da una procedura di finanza a progetto, essendo devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la sola fase di scelta del contraente privato. Nella specie la controversia aveva ad oggetto la denuncia da parte dell'impresa di sopravvenuti costi aggiuntivi, con la necessità di rivedere il piano economico e finanziario e di sospendere i lavori, e concerneva la contestazione della legittimità dell'atto di risoluzione della convenzione adottato dalla p.a.

Giurisdizione, riparto di – Processo amministrativo, ottemperanza

Cass., sez. un., 27 dicembre 2011 n. 28812

Sussiste l'eccesso di potere giurisdizionale da parte del giudice amministrativo quando questo, in materia di ottemperanza di sentenza emessa dal giudice ordinario, nella quale la sua potestas iudicandi è limitata alla sola interpretazione del contenuto del giudicato sulla base degli elementi interni alla sentenza, abbia effettuato, invece (o anche), un sindacato integrativo, provvedendo per motivi di siffatta natura ad individuare un diverso contenuto precettivo mediante una pronuncia sostanzialmente autoesecutiva.

Giurisdizione, riparto di – Professioni e ordini professionali, dottori commercialisti

Cass., sez. un., 30 dicembre 2011 n. 30785

In materia di procedimenti disciplinare a carico dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, spetta all'AGO conoscere delle impugnazioni avverso le deliberazioni del Consiglio nazionale, anche nel nuovo quadro normativo scaturito dal d.lgs. n. 139 del 2005.

Giurisdizione, riparto di – Sovvenzioni, contributi, sussidi

Cass., sez. un., 30 dicembre 2011 n. 30644

Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in caso di revoca di un finanziamento pubblico, giacché, una volta intervenuta l'ammissione alle agevolazioni, spetta al giudice ordinario la cognizione delle questioni connesse al diritto soggettivo alla concreta erogazione dei contributi

Giurisdizione, regolamento di

Cass., sez. un., 30 dicembre 2011 n. 30169

Il regolamento preventivo non è proponibile dopo che il giudice del merito abbia emesso una sentenza, anche soltanto limitata alla giurisdizione o ad altra questione processuale.

Giurisdizione, riparto di – Contratti pubblici nei settori ordinari, società mista

Cass., sez. un., 30 dicembre 2011 n. 30167

In materia di società di trasformazione urbana mista (STU), mentre è soggetta alla giurisdizione amministrativa l'impugnazione della delibera con cui il Comune individua il socio privato per la costituzione di una STU, tutti i successivi atti societari a valle restano interamente soggetti alle regole del diritto commerciale proprie del modello recepito, con conseguente loro attribuzione alla giurisdizione ordinaria, non essendo consentita in via interpretativa una attrazione alla giurisdizione amministrativa della controversia sulla domanda di caducazione degli atti consequenziali alla suddetta scelta.

[Link al testo sentenza](#)

Breve nota di commento

La pronuncia in commento cassa Cons. St., sez. V, 3 giugno 2010 n. 3489, che ha confermato la sentenza di primo grado che aveva annullato una trattativa privata indetta per la scelta del socio privato di una società di trasformazione urbana, e aveva ritenuto esservi la giurisdizione amministrativa sulla sorte del contratto di società e sugli atti societari successivi.

In motivazione le sez. un., affermano che la direttiva 2007/66/CE, che fonda l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sulla sorte del contratto, si riferisce solo agli appalti, e non ai contratti di società, e che l'art. 244 codice appalti, ora trasfuso nell'art. 133 cod. proc. amm., nell'attribuire al g.a. la giurisdizione sulla sorte del contratto, pur usando la generica locuzione "contratto" intende riferirsi solo ai contratti relativi a lavori, servizi, forniture, e non ai contratti costitutivi di società miste.

Affermano le sez. un., richiamando espressamente Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011 n. 10, che al di fuori dei casi tassativi in cui una legge attribuisca al g.a. la giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito di annullamento del presupposto procedimento amministrativo, la giurisdizione su detta sorte spetta al giudice ordinario. In caso di contratto di società, poi, osta alla caducazione automatica conseguente all'annullamento degli atti di gara, la circostanza che con il contratto di società si dà vita ad un soggetto giuridico, e che l'art. 2332 cod. civ. individua casi tassativi di nullità delle società, una volta avvenutane l'iscrizione nel registro delle imprese.

A maggior ragione, secondo le sez. un., non compete al g.a. ma al g.o. la giurisdizione sugli atti societari successivi alla stipula del contratto di società.