

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA  
DELLA CORTE DI CASSAZIONE**

**(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)**

**Febbraio 2012**

**Processo civile, notificazione**

**Cass., sez. un., 1 febbraio 2012 n. 1418**

*Il termine di dieci giorni di cui all'art. 8, co. 4, l. n. 890/1982, secondo il quale, nel caso in cui il pieno raccomandato depositato presso l'ufficio postale preposto alla consegna non sia stato ritirato dal destinatario, la notificazione si ha per eseguita decorsi dieci giorni dalla data di spedizione della lettera raccomandata – deve essere qualificato come termine “a decorrenza successiva” e computato, secondo il criterio di cui all'art. 155, co. 1, c.p.c., escludendo il giorno iniziale (data di spedizione della lettera raccomandata di cui al co. 2 dello stesso art. 8) e conteggiando quello finale.*

*Lo stesso termine – essendo stabilito nell'ambito del procedimento preordinato alla notificazione di atti inerenti al processo deve intendersi compreso tra i termini per il compimento degli atti processuali svolti fuori dell'udienza, di cui all'art. 155, co. 5, c.p.c., con la conseguenza che il dies ad quem del termine medesimo, ove scadente nella giornata del sabato, è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo, ai sensi del combinato disposto dei co. 4 e 5 dello stesso art. 155 c.p.c.*

**Giurisdizione, regolamento di giurisdizione**

**Cass., sez. un., 9 febbraio 2012 n. 1914**

*Il regolamento di giurisdizione non può più essere proposto dopo che, nel giudizio di primo grado, sia stata pronunciata sentenza, anche se solo sulla giurisdizione o su altra questione processuale; né il ricorso può essere convertito in impugnazione ordinaria ex art. 360 cod. proc. civ., in quanto rivolto contro sentenza appellabile*

**Giurisdizione, Corte dei conti**

**Cass., sez. un., 13 febbraio 2012 n. 1979**

*Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione per danni da conferimento d'incarichi a professionisti esterni a carico del presidente dell'ENIT, in quanto il giudice contabile non viola i limiti esterni della propria giurisdizione quando accerta la responsabilità per danno erariale in conseguenza delle somme erogate quale compenso di un incarico di consulenza conferito in difetto dei prescritti presupposti.*

**Giurisdizione, verso Stati esteri – impiego**

**Cass., sez. un., 13 febbraio 2012 n. 1981**

*Difetta la giurisdizione del giudice italiano sul contenzioso relativo al licenziamento di un portiere di un'Ambasciata straniera in Italia, perché, considerate le mansioni svolte dal lavoratore licenziato, un eventuale ordine di reintegrazione da parte del giudice italiano si risolverebbe nella specie in un sindacato ed in una interferenza sulle decisioni adottate da un soggetto di diritto internazionale in ordine alla propria organizzazione con riguardo ad una posizione caratterizzata da obbligo di riservatezza e peraltro attinente in una certa misura alla sicurezza interna.*

## **Magistrati, procedimenti disciplinari**

**Cass., sez. un., 13 febbraio 2012 n. 1990**

*In tema di responsabilità disciplinare del magistrato, il superamento di un anno nel ritardo del deposito dei provvedimenti giurisdizionali rende ingiustificabile la condotta dell'incolpato.*

## **Giurisdizione, appalto**

**Cass., sez. un., 17 febbraio 2012 nn. 2312 e 2313**

*In tema di contenzioso per l'esclusione da gara di appalto ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006 (inadempimenti in precedenti contratti) la decisione di esclusione per "deficit di fiducia", è frutto di una valutazione discrezionale della stazione appaltante, alla quale il legislatore riserva la individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso e/o futuro contraente. Pertanto il controllo del giudice amministrativo su tale valutazione discrezionale deve essere svolto ab estrinseco, ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non è mai sostitutivo. Il sindacato sulla motivazione del rifiuto deve, pertanto, essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragione di rifiuto e non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa.*

*La sostituzione da parte del giudice amministrativo della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità dell'amministrazione costituisce ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla p.a., quand'anche l'eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto.*

*L'art. 382 cod. proc. civ. va interpretato nel senso che non è luogo ad adottare cassazione senza rinvio le volte in cui sia indubbia la potestas iudicandi del giudice che ha emesso la sentenza cassata, quando la ragione della cassazione sia solo l'errata estensione dell'esercizio della giurisdizione amministrativa con riguardo alle prerogative costituzionali della parte pubblica del processo. In tale caso, in vista del primario obiettivo di assicurare un giusto processo, una volta cassata la sentenza adottata, su impulso della parte interessata può procedersi alla riattivazione del giudizio e il processo d'appello può riprendere e pervenire a nuova decisione sulla domanda di annullamento dell'atto (le sez. un. hanno annullato con rinvio le due decisioni impugnate del Consiglio di Stato).*

[link al testo della sentenza](#)

### **Breve commento**

La decisione delle sez. un. n. 2312/2012 cassa con rinvio Cons. St., sez. VI, 28 luglio 2010 n. 5029.

La decisione delle sez. un. n. 2313/2012 cassa con rinvio Cons. St. sez. VI, 28 luglio 2010 n. 5030.

Sia le decisioni del Consiglio di Stato che le due della Cassazione hanno rispettivamente identico contenuto.

In entrambi i casi, Trenitalia, in sede di gara di appalto per l'affidamento di servizi di pulizia di materiale rotabile, aveva escluso una concorrente motivando su pregressi inadempimenti in altri rapporti contrattuali (art. 38, lett. f), codice appalti).

Il Tar in primo grado aveva respinto i ricorsi dell'esclusa.

Il Consiglio di Stato aveva disposto c.t.u. e sulla scorta dell'esito della c.t.u. aveva ritenuto viziata da eccesso di potere la valutazione compiuta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 38, lett. f), codice appalti.

Le sezioni unite riconoscono che il giudice amministrativo:

a) può, per accertare la corretta applicazione dell'art. 38, lett. f), codice appalti, sindacare incidenter tantum pregressi inadempimenti contrattuali (il sindacato principale sull'inadempimento contrattuale compete invece al g.o.);

b) può accertare i fatti e allo scopo disporre c.t.u.

In parte qua pertanto le sezioni unite confermano le gemelle decisioni del Consiglio di Stato che avevano così, testualmente, statuito:

*“E’ vero, infatti, che il giudice amministrativo non ha giurisdizione sulle controversie relative all’esecuzione del rapporto (e quindi non può andare a verificare la sussistenza dei presupposti per disporre la risoluzione del rapporto contrattuale, in relazione alla gravità dell’adempimento contestato)*

*Deve, inoltre, in linea di massima ribadirsi quanto questo Consiglio ha avuto modo di affermare in relazione alla causa di esclusione di cui all’art. 38, comma 1, lett. f): a) non è necessario che il comportamento di grave negligenza o mala fede sia accertato in sede giurisdizionale, essendo sufficiente la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto in sede amministrativa del comportamento tenuto in precedenti rapporti contrattuali dal soggetto; b) la norma non ha carattere sanzionatorio, ma contempla una misura a presidio dell’elemento fiduciario, che esclude di per sé qualsiasi automatismo, perché l’esclusione deve essere il risultato di una “motivata valutazione”; la motivazione, tuttavia, può essere costituita dal riferimento all’episodio contestato, in base ad un’attività di mero riscontro della fattispecie concreta con quella astratta (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, n. 296/2010).*

*Tale principi, condivisi dal Collegio e ripetutamente applicati in sede giurisprudenziale, non escludono, tuttavia, che il provvedimento di esclusione possa essere sindacato dal giudice amministrativo per vizi di legittimità propri, senza che questo implichi un accertamento diretto della ricorrenza di fattispecie di grave negligenze e, quindi, senza che possa ipotizzarsi alcuna invasione nella giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative all’esecuzione del rapporto.*

*Inoltre, anche condividendo l’impostazione secondo cui l’esclusione di cui all’art. 38, comma 1, lett. f) non ha carattere sanzionatorio ma si fonda semplicemente sul venir meno del rapporto fiduciario determinato dall’inadempimento grave di precedenti rapporti contrattuali, non può escludersi che il giudice amministrativo sia chiamato a verificare, al fine di scrutinare l’eventuale ricorrenza di ipotesi di eccesso di potere, se effettivamente, nella situazione concreta, alla base del provvedimento, vi siano fatti idonei giustificare il venir meno della fiducia o se, al contrario, ricorrano elementi sintomatici tali da denotare un esercizio del potere per finalità diverse da quelle prese in considerazione dalla norma attributiva”.*

Tuttavia secondo le sezioni unite, a fronte di risultanze della c.t.u. che denotino non già la pretestuosità della valutazione discrezionale, ma la sua mera non con divisibilità, il giudice amministrativo non potrebbe sostituire alla valutazione discrezionale opinabile della p.a. quella propria.

Le decisioni in commento evidenziano le criticità dell’utilizzo della c.t.u. nel processo amministrativo, che può servire ad acclarare fatti sulla base di dati tecnici, o a compiere valutazioni tecniche oggettive, ma non può mai servire a sostituire una valutazione discrezionale amministrativa riservata alla p.a., laddove non emergano travisamenti pretestuosità irrazionalità, ma al più margini di opinabilità e non con divisibilità della scelta discrezionale.

Da segnalare, poi, che le sentenze del Consiglio di Stato sono state annullate perché la Cassazione ha ritenuto che abbiano esercitato un non consentito sindacato di merito; ma poiché la giurisdizione, sia pure di sola legittimità, compete al giudice amministrativo, l’annullamento è avvenuto con rinvio al Consiglio di Stato, che dovrà nuovamente decidere le cause, attenendosi ai limiti del sindacato di legittimità.

Sul piano processuale, si pone la questione della disciplina applicabile per la riattivazione del processo davanti al Consiglio di Stato.

Non vi sono norme specifiche sulla questione all'interno del cod. proc. amm., che si occupa solo del giudizio di rinvio davanti ai Tar a seguito di annullamento da parte del Consiglio di Stato (art. 105 cod. proc. amm. e art. 8 disp. att. cod. proc. amm.).

Andranno applicati, pertanto, con i dovuti adattamenti, gli artt. 392-394 cod. proc. civ., che regolano il giudizio di rinvio dopo un annullamento da parte della Cassazione.

Sicché il giudizio va riassunto entro tre mesi dalla pubblicazione della sentenza della Cassazione, su iniziativa di ciascuna delle parti (art. 392, co. 1, c.p.c.).

A tal proposito si pone la questione specifica se, trattandosi di contenzioso in materia di pubblici appalti, debba applicarsi il dimezzamento dei termini processuali, ai sensi degli artt. 119 e 120 c.p.a., o se invece, trattandosi di un termine non previsto dal c.p.a. ma dal c.p.c., lo stesso si sottragga al dimezzamento.

La riassunzione va fatta con ricorso, da notificarsi personalmente e non nel domicilio eletto nel precedente giudizio (art. 392, co. 2 c.p.c.).

In difetto di tempestiva riassunzione il giudizio si estingue (art. 393 c.p.c.).

Nel giudizio di rinvio si osservano le norme che regolano il processo davanti al Consiglio di Stato, e va prodotta copia autentica della sentenza della cassazione (art. 394 c.p.c.).

### **Giurisdizione, servizio sanitario nazionale**

**Cass., sez. un., 27 febbraio 2012 n. 2923**

*Quando l'assistito dal servizio sanitario nazionale allega una situazione di fatto fondata sul diritto alla salute – come nel caso di richiesta di prestazione sanitaria, basata su tecniche terapeutiche non praticate dal servizio sanitario nazionale, per ottenere l'attenuazione o la rimozione delle conseguenze del suo stato morboso – la cognizione della controversia spetta al giudice ordinario, perché si fa questione di diritto soggettivo perfetto, primario e fondamentale della persona, incomprimibile per la base costituzionale che lo tutela. (Fattispecie in tema di rimborso delle spese per prestazioni terapeutiche presso una struttura privata, senza preventiva autorizzazione).*

### **Corte di cassazione, ricorso e controricorso – Tribunale superiore delle acque pubbliche**

**Cass., sez. un., 27 febbraio 2012 n. 2925**

*In tema di impugnazione delle sentenze emesse dal Tribunale superiore delle acque pubbliche in unico grado, una volta avvenuta la comunicazione dell'avviso di deposito della sentenza, la successiva notifica della copia integrale del dispositivo fa comunque decorrere, indipendentemente dalla registrazione della sentenza, il termine breve di quarantacinque giorni per la proposizione del ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 202 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, rilevando il compimento della registrazione, ove dovuta, esclusivamente a fini fiscali.*

*Essendo detto principio già stato affermato dalle Sez. un. n. 7607/2010 con overruling della precedente giurisprudenza, si deve escludere un affidamento del ricorrente nella precedente giurisprudenza, perché il lasso di tempo intercorso tra la pubblicazione della pronuncia recante l'overruling e la notificazione dell'estratto della sentenza impugnata (30 marzo 2010; 14 settembre 2010) è largamente sufficiente a consentire all'interessato la piena conoscenza del nuovo orientamento giurisprudenziale e l'adeguamento ad esso con la conseguente esclusione della configurabilità di un comportamento incolpevole.*

### **Giurisdizione, del giudice italiano – Credito e risparmio, contratti bancari**

**Cass., sez. un., 27 febbraio 2012 n. 2926**

Qualora l'attore proponga nei confronti di un convenuto straniero una domanda principale ed una subordinata, la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano va verificata con esclusivo riferimento alla domanda principale (nella specie il Comune di Milano aveva chiesto, in via

principale, l'accertamento di una responsabilità extracontrattuale delle banche convenute per violazioni dei doveri precontrattuali di informazione del cliente consumatesi nella fase antecedente al contratto di intermediazione e, in via concorrente, l'accertamento della responsabilità contrattuale per violazione degli obblighi nascenti dai contratti di consulenza e di *arranging*.

#### **Giurisdizione, urbanistica**

##### **Cass., sez. un., 27 febbraio 2012 nn. 2930 e 2932**

Appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il ricorso di un Comune pretermesso contro le deliberazioni del comitato esecutivo di un Ente parco e di un consiglio comunale di altro Comune, autorizzanti l'Ente parco ed il Comune a stipulare una convenzione con una società di diritto privato, in tema di riconversione di strutture industriali e di rilocalizzazione delle stesse, rientrando le stesse nel governo del territorio, in quanto sono impugnati tipici provvedimenti amministrativi di natura deliberativa, adottati nell'esercizio di poteri istituzionali da parte dei due enti deliberanti.

#### **Giurisdizione, urbanistica**

##### **Cass., sez. un., 27 febbraio 2012 n. 2931**

Appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il ricorso di comitati popolari e di cittadini, contro atti amministrativi adottati nell'esercizio delle rispettive competenze istituzionali dalle varie amministrazioni coinvolte nel procedimento di pubblico interesse, essenzialmente diretti a stabilire la compatibilità, sulla base di valutazione discrezionale comparativa tra le esigenze della produzione e quella della tutela del territorio e dell'ambiente, del progetto di modifica delle strutture industriali di una società di diritto privato.