

**Le Sezioni unite aderiscono alla tesi del Consiglio di Stato ed escludono la deducibilità (in appello) del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da parte dell'originario ricorrente che, adito il Tar, sia rimasto soccombente nel merito**

**Cass. civ., s.u., sentenza 20 ottobre 2016, n. 21260 – Pres. Rordorf, Est. Giusti**

**Giustizia amministrativa – Appello – Contestazione della giurisdizione da parte dell'originario ricorrente – Esclusione**

*L'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto (1).*

---

(1) I. - Con la sentenza in epigrafe la Suprema Corte muta il proprio orientamento in tema di deducibilità del difetto di giurisdizione in appello da parte dello stesso soggetto originario ricorrente che sia rimasto soccombente nel merito; come si vedrà in prosieguo, per il tipo di argomentazioni usate, deve ritenersi che il medesimo limite sia opponibile in caso di ricorso per Cassazione ex art. 111 u.c. Cost.

Con una lunga ed articolata motivazione le Sezioni unite danno conto delle ragioni del revirement e dell'adesione all'orientamento consolidatosi presso la giurisprudenza del Consiglio di Stato sotto la vigenza del nuovo codice del processo amministrativo.

A testimonianza dell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa sul punto è sufficiente richiamare le tappe scandite da:

a) Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049 (in Foro it., 2009, III, 121, con nota di TRAVI, ivi gli ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza), che ammetteva, secondo la tesi tradizionale sconfessata dalla sentenza in commento, che la questione di giurisdizione potesse essere sollevata con appello dallo stesso ricorrente originario soccombente nel merito davanti al Tar;

b) Cons. Stato Sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1537 e Sez. V, 7 giugno 2012, n. 656 (in Foro it. 2012, III, 200, con nota di TRAVI, ivi gli ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza e in Foro amm. CDS 2012, 7-8, 1994 con note di DINELLI e LO PRESTI), che hanno invece ritenuto abusivo il contegno processuale della parte appellante sanzionandolo con l'inammissibilità del gravame per violazione del dovere di venire contra factum proprium nonché con dei principi di correttezza e buona fede;

c) Cons. Stato Sez. sez. V, 9 marzo 2015 (in Foro it., 2015, III, 408, con nota di CONDORELLI, ivi gli ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza, cui adde, Sez. V, 27 marzo 2015 n. 1605; Sez. IV, 7 novembre 2015, n. 5484; Sez. VI, 29 febbraio 2016, n. 856), secondo cui l'impugnazione della sentenza di primo grado per difetto di giurisdizione non configura un abuso del diritto se sul punto sussista un dubbio ragionevole.

Le conclusioni cui è giunta la sentenza in commento sono conformi alle elaborazioni sviluppate, sul punto, dalla [relazione](#) che l'Ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa ha inviato all'Ufficio del massimario della Cassazione (su richiesta del Primo Presidente della Suprema Corte al Presidente del Consiglio di Stato).

II. – In via preliminare le Sezioni unite ribadiscono (richiamando Cass. civ., sez. un., 23 novembre 2012, n. 20727 e 9 marzo 2015, n. 4682), l'estensione della propria cognizione in tema di giurisdizione non soltanto sull'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, ma anche sull'applicazione delle disposizioni che regolano la deducibilità ed il rilievo del difetto di giurisdizione, per cui «... è da intendere proposto per motivi inerenti alla giurisdizione, in base agli artt. 111, ultimo comma, Cost. e 362, primo comma, cod. proc. civ., ed è perciò ammissibile, il ricorso per cassazione contro la decisione del Consiglio di Stato con cui è stato ritenuto precluso l'esame della questione di giurisdizione in quanto sollevata dalla parte che ha agito in primo grado mediante la scelta del giudice del quale, poi, nel contesto dell'appello, disconosce e contesta la giurisdizione. Spetta, infatti, alle Sezioni Unite non soltanto il giudizio vedente sull'interpretazione della norma attributiva della giurisdizione, ma anche il sindacato sull'applicazione delle disposizioni che regolano la deducibilità ed il rilievo del difetto di giurisdizione».

Sul pregiudiziale tema della possibilità per le Sezioni unite di sindacare, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 111 u.c., Cost., i meccanismi processuali di rilievo della giurisdizione, cfr. la [News US in data 10 ottobre 2016](#) relativa a Cass. sez. un., 3 ottobre 2016 n. 19912, ivi ulteriori riferimenti.

III. – Questi gli snodi essenziali del ragionamento seguito dalla Corte per giungere alla formulazione del principio riportato in massima:

a) richiamo alle ragioni a sostegno del pregresso orientamento: ammissibilità del c.d. pentimento secundum eventum litis, quale esercizio del diritto di avere torto; natura oggettiva dell'interesse sotteso all'universalità della legittimazione a proporre ricorso per regolamento preventivo ex art. 41 c.p.c.; sufficienza di un interesse impugnatorio correlato alla posizione di merito e irrilevanza della rinuncia nella materia indisponibile della giurisdizione; possibilità di mitigare il rischio di pregiudizio al diritto fondamentale della controparte ad una ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111 Cost. con il governo delle spese di lite (su tale ultimo punto Cass. civ., Sez. un., 29 marzo 2011, n. 7097, in Giust. civ. Mass. 2011, 3, 479, secondo cui: «la questione di giurisdizione può essere sempre posta, anche nel giudizio di cassazione, purché almeno una delle parti l'abbia sollevata tempestivamente nel giudizio di appello, con ciò impedendo la formazione del giudicato sul punto. In presenza di tale condizione, la questione di giurisdizione può essere posta anche dalla stessa parte che ha adito un giudice e ne ha successivamente contestato la giurisdizione in base all'interesse che deriva dalla soccombenza nel merito; in questo caso, però, il giudice può condannare tale parte alla rifusione delle spese del giudizio di impugnazione anche se la stessa sia risultata vincitrice in punto di giurisdizione,

potendo ravvisarsi in simile comportamento la violazione del dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c.>>);

b) richiamo a due recenti precedenti delle medesime Sezioni unite espressivi della considerazione, sia pure in ambiti particolari, del tema dell'abuso del processo in punto di deducibilità del difetto di giurisdizione (cfr. 19 giugno 2014, n. 13940 e 14 maggio 2014, n. 10414, che hanno, rispettivamente, escluso in concreto l'abuso del processo stante la complessità della materia del contendere e dichiarato inammissibile il ricorso in cassazione ex art. 362 c.p.c. da parte di un soggetto che aveva intrapreso la via del ricorso straordinario proprio nel presupposto della sussistenza della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo);

c) ricostruzione del diritto vivente sull'evoluzione dell'art. 37 c.p.c. e della relativa applicazione, in specie attraverso una interessante ricostruzione del regime cronologico e modale dell'eccezione di difetto di giurisdizione;

d) richiamo sistematico al disposto normativo di cui al codice del processo amministrativo (in specie l'art. 9, individuato quale base dell'orientamento della g.a.) nonché al recente codice della giustizia contabile (art. 15 d.lgs. n. 174 del 2016);

e) specificazione della nozione di capo della sentenza, da intendersi non solo con riferimento alla domanda quanto piuttosto con la soluzione di una questione, nella specie quella (anche implicita) di giurisdizione; il capo sulla giurisdizione viene indicato non solo suscettibile di giudicato interno, ma altresì come termine di riferimento da cui desumere una soccombenza sulla questione di giurisdizione autonoma rispetto alla soccombenza sul merito; da qui l'impossibilità di ritenere soccombente sulla questione di giurisdizione la parte che abbia perso nel merito e conseguentemente di configurare la sua legittimazione all'appello in punto di giurisdizione;

f) compatibilità della soluzione prescelta con la garanzia del giudice naturale precostituito per legge e con l'attinenza del riparto di giurisdizione all'ordine pubblico processuale;

g) compatibilità del nuovo principio con il sistema della rilevabilità del difetto di giurisdizione come disegnato dagli artt. 37 e 41 c.p.c.; in proposito, la preclusione ora affermata riguarda l'appello per difetto di giurisdizione proposto dall'attore dopo che il giudice ha deciso la causa nel merito: concerne, quindi, un rimedio impugnatorio rivolto a fare pronunciare una sentenza endoprocessuale di difetto di giurisdizione; diversamente il regolamento preventivo di giurisdizione è un rimedio non impugnatorio diretto ad una pronuncia con efficacia pan processuale; si ammette la pertanto la coesistenza dei rimedi e la facoltà, anche per l'attore, di accedere al giudice regolatore della giurisdizione finché la causa non sia decisa nel merito dal giudice adito, e la preclusione a interporre appello con un motivo di difetto di giurisdizione per chi ha promosso la controversia dinanzi ad un giudice e dallo stesso ha ricevuto un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale;

h) conformità della soluzione prescelta alla considerazione della <<...giurisdizione come risorsa a disposizione della collettività, che proprio per tale ragione deve essere impiegata in maniera razionale, sì da preservare la possibilità di consentirne l'utilizzo anche alle parti nelle altre cause pendenti e agli utenti che in futuro indirizzeranno le loro controversie alla

cognizione del giudice statale>> (sul punto si segnala che il tema della funzione giurisdizionale quale “risorsa scarsa” è stato sviluppato dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in due recenti pronunce: 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro it.*, 2014, III, 429, con note di TRAVI e SIGISMONDI; 27 aprile 2015, n. 5, *id.*, 2015, III, 265, con nota di TRAVI) e ripreso dalle Sezioni unite nelle sentenze gemelle 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, *id.*, 2015, I, 862, con note di PARDOLESI R., PALMIERI A., PROTO PISANI, ADORNO M., DI CIOMMO, PAGLIANTINI e MENCHINI).