

Difetto di giurisdizione e abuso del processo

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 5-9-2017

La parte risultata vittoriosa di fronte al Tribunale amministrativo regionale sul capo di domanda relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del g.a.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 21 di A.P. del 2015, proposto da:

Pas s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Immordino, Giuseppe Immordino e Giovanni Fabio Licata, domiciliata ex art. 25 cpa presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

contro

Sac s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Giaconia, domiciliata ex art. 25 cpa presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

Commissione di gara per l'assegnazione del lotto 19 della Stazione Aeroportuale Fontanarossa di Catania, Responsabile Unico del procedimento per l'assegnazione del medesimo lotto N.19;

Enac in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge presso i suoi uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Turisthotels s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Gitto e Federico Tedeschini, domiciliata ex art. 25 cpa presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

Promozione e Sviluppo Sicilia s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Francesco Vitale e Guido Corso, con domicilio eletto presso lo studio Guido Corso in Roma, via Bisagno n. 14;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo della Sicilia, sede di Catania, Sezione III, n. 00396/2015, resa tra le parti, concernente procedura di assegnazione in regime di su-concessione del lotto n.19 nella parte air side dell'aeroporto Fontanarossa; rimessione all'Adunanza Plenaria con ordinanza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione Siciliana n.634/2015

1. Con ricorso al Tribunale Amministrativo della Sicilia, sede di Catania, rubricato al n. 3081/2014, P.A.S. s.r.l. impugnava il provvedimento di aggiudicazione definitiva relativo alla procedura di assegnazione in regime di sub-concessione del lotto n. 19 sito nella parte air side dell'aeroporto Fontanarossa di Catania, destinato alla vendita di prodotti dolciari e liquori tipici locali; l'impugnazione era estesa alla determina n. 10/A.D. a firma dell'amministratore delegato S.A.C. e a tutti gli atti della procedura di gara prima indicata e comunque alla stessa relativi (e conseguenti alla pubblicazione del bando di gara aperta di cui al 19-3-2014) ivi inclusi, a mero titolo esemplificativo: i verbali, gli atti e le valutazioni della Commissione di Gara e del legale rappresentante della società SAC nonché, ove occorra, al bando e al disciplinare di gara.

La ricorrente lamentava:

- 1) l'illegittimità della gara per omessa attivazione del controllo sul possesso dei requisiti ex art. 48 del D.Lgs. 163/2006 (primo motivo);
- 2) l'illegittima ammissione in gara dell'aggiudicataria Turisthotel s.r.l. (secondo, terzo, quarto e quinto motivo);
- 3) l'illegittima ammissione in gara della seconda classificata PAS s.r.l. (sesto, settimo, ottavo e nono motivo).

La ricorrente chiedeva quindi l'annullamento degli atti impugnati e la declaratoria dell'inefficacia del contratto di sub-concessione eventualmente stipulato tra la società S.A.C. s.p.a. e l'aggiudicataria.

Con la sentenza, resa in forma semplificata, in epigrafe, n. 396 in data 10 febbraio 2015, il Tribunale Amministrativo della Sicilia, sede di Catania, respingeva il ricorso.

2. Avverso la predetta sentenza P.A.S. s.r.l. proponeva ricorso in appello di fronte al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio S.A.C. Società Aeroporto di Catania s.p.a., chiedendo il rigetto dell'appello.

Si è costituita in giudizio anche Promozione e Sviluppo Sicilia s.r.l. formulando analoghe conclusioni.

Si è infine costituita in giudizio Turisthotels s.r.l. chiedendo il rigetto dell'appello e proponendo appello incidentale con il quale contesta la giurisdizione del giudice amministrativo chiedendo venga affermata la giurisdizione dell'Autorità Giurisdizionale Ordinaria.

Le parti hanno scambiato memorie e repliche.

Con ordinanza n. 634 in data 22 ottobre 2015 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha rimesso la causa a questa Adunanza Plenaria avendo registrato contrasto di giurisprudenza circa la legittimazione della parte, in primo grado vittoriosa nel merito e implicitamente vittoriosa – non avendola contestata – anche sull'individuazione del giudice competente a decidere la controversie, a sollevare per la prima volta in appello contestazione circa la giurisdizione dell'ordine adito.

La causa è stata rubricata al n. 9623 del registro generale e al n. 21/2015 dell'Adunanza Plenaria.

Anche di fronte a questa Adunanza Plenaria le parti hanno scambiato memorie e repliche.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 21 giugno 2017.

4. La controversia sottoposta dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana all'esame di questa Adunanza Plenaria riguarda, come già esposto nella narrativa che precede, la legittimazione della parte vittoriosa in primo grado e che in prime cure non abbia contestato la giurisdizione del giudice amministrativo,

Più specificamente, la controversia ora sottoposta all'Adunanza Plenaria nasce dal ricorso proposto da P.A.S. s.p.a. avverso l'aggiudicazione in favore di Turisthotel s.r.l. della gestione in regime di sub concessione di un punto vendita, specificamente destinato alla vendita di prodotti tipici siciliani, all'interno dell'Aeroporto di Catania, gestito da S.A.C. s.p.a.

Nella relativa gara l'offerta di P.A.S. s.p.a. era risultata terza per cui la ricorrente ha contestato anche la posizione della seconda classificata, Promozione e Sviluppo Sicilia s.r.l.

Nel corso del primo grado del giudizio nessuna delle parti in causa ha contestato la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il giudizio di prime cure si è concluso con il rigetto dell'impugnazione, e la ricorrente in primo grado ha proposto appello di fronte al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

L'aggiudicataria ha proposto appello incidentale contestando, per la prima volta, la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa ha rimesso la causa di fronte a questa Adunanza Plenaria, sottoponendo il dubbio circa la legittimazione della parte vittoriosa in primo grado, esplicitamente nel merito e implicitamente sul capo relativo alla giurisdizione (dalla parte non contestata e anzi espressamente affermata in primo grado), a proporre appello in punto di giurisdizione.

3.a. Osserva il Collegio che nelle more della trattazione dell'affare da parte di questa Adunanza Plenaria è intervenuto un fatto che impone di dubitare ulteriormente della legittimazione dell'aggiudicataria originaria a proporre appello incidentale.

Infatti, con sentenza n. 205 in data 2 maggio 2017 lo stesso Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in accoglimento dell'appello proposto da Promozione e Sviluppo Sicilia s.r.l., seconda classificata nella gara di cui si tratta, e in riforma della sentenza di primo grado ha annullato l'aggiudicazione in favore di Turisthotel s.r.l.

Quest'ultima, quindi, allo stato non è titolare di alcuna situazione di vantaggio che la legittimi a contestare le iniziative giurisdizionali degli altri due soggetti che si contendono la gestione del punto vendita di cui si tratta.

Alla pubblica udienza di trattazione il difensore dell'aggiudicataria ha dichiarato che la suddetta sentenza d'appello verrà fatta oggetto di ricorso per Cassazione; sostiene quindi che l'aggiudicataria non ha definitivamente perso la posizione di vantaggio conseguita in esito al procedimento di gara.

Rileva questa Adunanza Plenaria che l'aggiudicataria non sia in questo momento legittimata a proporre censure avverso la sentenza di primo grado, non avendo una posizione sostanziale da difendere, fermo restando che questa può esserle restituita a seconda delle decisioni della Cassazione.

Spetta, peraltro, al Consiglio di Giustizia Amministrativa regolare l'andamento del processo decidendo le misure più opportune per assicurare alle parti la tutela più compiuta.

La causa deve quindi essere restituita al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

3.b. Non può essere sottaciuto, peraltro, che la questione relativa alla legittimazione della parte

vittoriosa in primo grado a sollevare per la prima volta in appello questione di giurisdizione è stata risolta dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, con la sentenza 20 ottobre 2016, n. 21260, resa con il contributo di una relazione dell'Ufficio Studi, Massimario e Formazione della Giustizia Amministrativa inviata all'Ufficio del massimario della Cassazione su richiesta del Primo presidente della Suprema Corte al Presidente del Consiglio di Stato.

Con quella sentenza la Corte regolatrice ha condiviso le conclusioni cui è pervenuto questo Consiglio di Stato a partire dalla sentenza della Quinta Sezione 7 giugno 2012, n. 656; non ha invece condiviso i presupposti di quella tesi, basati sul concetto di abuso del processo, affermando invece la questione di giurisdizione costituisce un capo della pronuncia in ordine al quale si individua una parte vittoriosa e una parte soccombente.

Di conseguenza, vale il principio generale secondo il quale l'appello può essere proposto solo dalla parte soccombente in quanto la soccombenza "del potere di impugnativa rappresenta l'antecedente necessario" (così la richiamata sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 ottobre 2016, n. 21260).

Questa Adunanza Plenaria quindi riconferma le conclusioni cui erano pervenute le sezioni semplici, pur con le puntualizzazioni della Corte di cassazione, affermando, ai sensi dell'art. 99, quinto comma, del codice del processo amministrativo il seguente principio di diritto: *"la parte risultata vittoriosa di fronte al tribunale amministrativo sul capo di domanda relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo"*.

3.c. Osserva infine il Collegio che il Consiglio di Giustizia Amministrativa non sottopone all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione relativa all'ordine logico delle questioni da trattare.

Il Consiglio di Giustizia, infatti, afferma al riguardo che *"a giudizio del Collegio il mezzo col quale l'appellante incidentale deduce appunto che la controversia all'esame è devoluta alla giurisdizione del giudice civile con conseguente difetto di giurisdizione amministrativa deve essere esaminato in via pregiudiziale"*.

Non può quindi seguirsi l'appellante principale P.A.S. quando sostiene che la questione incidentale di giurisdizione è improcedibile sino a che non sia vagliata la fondatezza dell'appello principale.

Al riguardo effettivamente un indirizzo giurisprudenziale, puntualmente richiamato dalla Difesa di P.A.S., sostiene in sintesi che se la parte vittoriosa nel merito avanti al TAR solleva con l'appello incidentale una questione di giurisdizione il Consiglio di Stato potrà esaminarla solo quando per effetto dello sviluppo della sua decisione sull'appello principale tale parte già vittoriosa nel merito diventi soccombente. (cfr. VI Sez. n. 1596 del 2015).

Nonostante l'autorevolezza di tale precedente, evidentemente ispirato alla valorizzazione di condivisibili criteri di ragionevole durata del processo ed effettività della tutela, questo Collegio non ritiene di potersi conformare a tale impostazione.

Come infatti evidenziato dalla Adunanza Plenaria (ad es. sentenza n. 4 del 2011) la necessità di definire la controversia muovendo dall'esame delle questioni preliminari, costituisce, oltre che una regola di giudizio da sempre pacificamente ritenuta applicabile, anche una espressa previsione positiva, ora stabilita dal codice del processo amministrativo.

L'art. 76 comma 4 del codice infatti rinvia espressamente all'art. 276 comma secondo cod. proc. civ. secondo cui "il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e, quindi, il merito della causa".

Se dunque per norma tutte le questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito (cfr. art. 187 cod. proc. civ.) vanno esaminate prima di affrontare il merito della controversia, ciò a maggior ragione vale per le eccezioni relative al difetto di giurisdizione le quali hanno precedenza su tutte le altre questioni anche processuali (cfr. Ap. n. 10 del 2011).

Infatti, come è stato precisamente osservato, la questione relativa alla giurisdizione del giudice adito va necessariamente definita con assoluta priorità rispetto ad ogni altra questione, in rito e nel merito, atteso che il potere del giudice adito di definire la controversia sottoposta al suo esame postula che su di essa egli sia munito della potestas iudicandi, imprescindibile presupposto processuale della sua determinazione. (ad es. V sez. n. 5786 del 2013).

In tale prospettiva vagliare l'appello incidentale sul difetto di giurisdizione solo dopo aver giudicato fondato nel merito l'appello principale rischia di risultare, in definitiva, alquanto contraddittorio poiché se il difetto di giurisdizione sussiste veramente tutto l'esame del merito (ricorso principale) sarà stato svolto da un giudice non titolato a farlo, in quanto privo di potestas iudicandi.

D'altra parte, per completezza, deve ricordarsi che le sentenze rese dal Consiglio di Stato sono suscettibili di essere impugnate per difetto di giurisdizione e che quindi la parte ivi vittoriosa nel merito è potenzialmente esposta all'alea di siffatta impugnazione.

Di talché non sembra immediatamente trasponibile nel processo amministrativo l'impostazione consolidata nella giurisprudenza della Suprema Corte (a far tempo da SS.UU. n. 5456 del 2009) secondo cui in sintesi nel giudizio civile di legittimità la parte vittoriosa nel merito non ha interesse a chiedere appunto che la Cassazione dichiari il difetto di giurisdizione di quel plesso giurisdizionale ordinario che le ha definitivamente dato ragione."

La questione meriterebbe di essere approfondita ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo al fine di verificare se effettivamente i principi affermati dalla Corte di Cassazione nelle sentenze che hanno costruito l'orientamento (da ultimo confermato da C. di S., IV, 28 gennaio 2016, n. 323) richiamato, criticamente, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa siano incompatibili con la struttura del processo amministrativo come ritenuto dal giudice rimettente.

Peraltro, deve essere rilevato che la causa oggi in discussione è stata già sottoposta, o verrà

fra breve sottoposta, alla Corte regolatrice della giurisdizione, per cui non appare opportuno l'intervento, in questa fase, del Consiglio di Stato.

4. L'Adunanza Plenaria restituisce gli atti al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, ai sensi dell'art. 99, co. 1, ultimo periodo, e 4, c.p.a.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello principale e incidentale in epigrafe, restituisce la causa al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione Siciliana per la decisione del merito.

Spese al definitivo.

Guida alla lettura

Chiamata a dirimere il contrasto interpretativo sorto attorno alla **legittimità della parte ricorrente in primo grado** (esplicitamente nel merito ed implicitamente sul capo relativo alla giurisdizione) **a proporre appello in punto di giurisdizione**, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato liquida la risoluzione della specifica situazione rimessale considerando la illegittimità dell'aggiudicataria a proporre appello, la stessa non avendo una posizione sostanziale da difendere.

Nonostante l'anzidetto approdo però, i supremi giudici amministrativi non mancano di richiamare il corposo dibattito sorto attorno all'eccepibilità in appello del difetto di giurisdizione da parte del non soccombente in primo grado.

Sul tema diverse le posizioni emerse.

Per una prima tesi **il motivo di impugnazione avente ad oggetto il difetto di giurisdizione avanzato dal ricorrente vittorioso risulta inammissibile per palese contrasto con il divieto del *venire contra factum proprium*, oltre che con il principio di correttezza e buona fede.**

Sostrato dell'esposta considerazione è rappresentato dall'art. 9 c.p.a. interpretato quale disposizione prevedente il principio del giudicato interno implicito.

Il Consiglio di Stato sez. III 7 aprile 2014 n. 1630, nel seguire l'esposta posizione, introduce il concetto di abuso del diritto irrigidendo ulteriormente i limiti entro cui è possibile contestare la spettanza della giurisdizione, innalzando il rispetto dei principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo, di effettività e pienezza della tutela, del contraddittorio, della

parità delle parti.

A dire il vero **la tesi dell'inammissibilità del difetto di giurisdizione avanzato direttamente in grado di appello risulta sorretta anche da quanti ritengono non necessario scomodare l'istituto dell'abuso del processo, l'inammissibilità derivando dalla non soccombenza del soggetto eccepente.** Con maggiore impegno esplicativo, muovendo dalla semplice considerazione per cui l'appello può essere avanzato solo dalla parte soccombente (tale circostanza costituendo un presupposto necessario), non può revocarsi nel dubbio che nell'ipotesi oggetto di attenzione la parte soccombente nel merito non può considerarsi soccombente altresì in punto di giurisdizione, con la conseguenza per cui la legittimazione ad avanzare un giudizio di secondo grado nel merito non si estende anche alla giurisdizione.

È proprio quest'ultima linea interpretativa quella seguita dall'Adunanza Plenaria 2017.

A parere di un'opposta ricostruzione interpretativa, invece, **il motivo di impugnazione avente ad oggetto il difetto di giurisdizione dallo stesso ricorrente originariamente individuata è sempre ammissibile.**

Infine, per una posizione mediana **l'ammissibilità di una siffatta impugnazione passa dalla presenza di determinate condizioni.**

Nel dettaglio, l'eccezione di giurisdizione è legittima se deriva da eventuali eccezioni avanzate dalla parte resistente, se la materia del contendere risulta particolarmente complessa, ovvero se vi è incertezza giurisprudenziale in ordine al giudice munito di giurisdizione (in termini Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192; Cass, civ., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 9251).