

**NOTA A CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONI UNITE CIVILI,  
ORDINANZA 18 gennaio 2019, n. 1413  
di CARMINE NUZZO**

*Le Sezioni Unite ammettono il regolamento preventivo di giurisdizione in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato ed escludono la c.d. “giustiziabilità frazionata” nelle procedure idoneative.*

**1. Il caso**

La controversia oggetto della pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nasce dall'impugnazione, da parte di un candidato, degli atti di una procedura di selezione pubblica bandita dal MIBACT. È importante precisare che, nel caso in questione, la selezione era finalizzata all'individuazione di una rosa di esperti da utilizzare per la nomina dei direttori dei musei archeologici nazionali di Napoli, Taranto e Reggio Calabria. Si trattava, dunque, di una procedura idoneativa, mediante valutazione dei titoli e colloquio (non esame orale), orientata alla formazione di una terna di nominativi (“finalisti”) da sottoporre poi alla scelta fiduciaria del Ministro.

Il candidato non vincitore impugnava i decreti di nomina dei Direttori museali e gli atti presupposti della procedura mediante ricorso straordinario al Capo dello Stato *ex artt.* 8 e ss., DPR n. 1199/71. A seguito dell'atto di opposizione del MIBACT con cui si chiedeva la trasmigrazione del giudizio innanzi al TAR del Lazio, la ricorrente depositava ritualmente e tempestivamente atto di costituzione presso il g.a. ai sensi dell'art. 48 c.p.a.

Senonché, il TAR dichiarava l'opposizione inammissibile per tardività, in quanto notificata oltre il termine di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso straordinario di cui all'art. 10, DPR n. 1199/1971.

Di conseguenza, la controversia ritornava in sede giustiziale, ma il MIBACT proponeva ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c. innanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, affermando la sussistenza della giurisdizione del g.o. e, quindi, l'inammissibilità del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Il regolamento preventivo di giurisdizione, pertanto, si colloca nella fase in cui la controversia trasmigra nuovamente in sede “amministrativa” ma prima della trasmissione degli atti al Consiglio di Stato e dell'emissione del relativo parere.

## **2. La controversa ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato.**

La questione preliminare che le Sezioni Unite sono chiamate a risolvere attiene all'ammissibilità del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione proposto dal MIBACT "avverso la sentenza del TAR Lazio dichiarativa della tardività del ricorso in opposizione".

Ai sensi dell'art. 7, co. 8, c.p.a., il ricorso straordinario al capo dello Stato è ammesso unicamente nelle controversie in cui si fa questione di interessi legittimi e, per ciò, devolute alla giurisdizione amministrativa. La finalità del regolamento preventivo di giurisdizione esperito dal MIBACT è spostare la controversia dinanzi al g.o. con conseguente inammissibilità del ricorso straordinario. Tuttavia, per poter giungere a tale esito, occorre previamente che il rimedio di cui all'art. 41 c.p.c. sia ammissibile nel particolare contesto di cui sopra.

Per comprendere meglio i termini della questione, è opportuno delineare brevemente i tratti caratteristici del regolamento preventivo di giurisdizione.

Tale strumento, infatti, non è un mezzo di impugnazione, bensì uno strumento preventivo oggi fondato su una logica di economia processuale<sup>1</sup>.

L'art. 41 c.p.c., cui il c.p.a. rinvia, prevede che: "*Finche' la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ciascuna parte può chiedere alle Sezioni unite della Corte di cassazione che risolvano le questioni di giurisdizione di cui all'art. 37. L'istanza si propone con ricorso a norma degli artt. 364 ss., e produce gli effetti di cui all'art. 367.*"<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> In effetti, la finalità dell'istituto e i suoi effetti sono da sempre dibattuti. Per una ricostruzione storica delle origini e delle evoluzioni del regolamento di giurisdizione si veda: G. T. Liuzzi, *Regolamento di giurisdizione* (voce), in *Digesto*, 1977 e agg. 2017, secondo il quale "...il legislatore del 1940, evidentemente equivocando sulla reale funzione dell'istituto, che non era quella di accelerare i tempi di soluzione delle questioni, bensì quella di evitare che il giudice di merito decidesse, sconfinando nel campo della pubblica amministrazione, «fuse» nel codice di rito due istituti profondamente diversi tra loro, il mezzo straordinario ed il regolamento di giurisdizione, entrambi previsti nella legge del 1877, conferendo all'istituto nuova linfa(15). Infatti, a parte il cambio di nome, regolamento di giurisdizione e non più mezzo straordinario, il legislatore del 1940 finì per ampliare l'ambito di applicazione, in quanto a) sottopose al regolamento le questioni e non più i conflitti reali o virtuali, prevedendo non solo le questioni nei confronti della pubblica amministrazione, ma anche quelle nei confronti del giudice speciale e del convenuto straniero; b) estese a tutte le parti in causa il privilegio che era originariamente riservato alla pubblica amministrazione; c) prevede la sospensione obbligatoria propria del «mezzo straordinario». Come si vedrà in seguito (par. 17), il legislatore del 1940 conservò poi al prefetto il potere di arrestare il processo nel quale non è parte la pubblica amministrazione per far dichiarare dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione il difetto di giurisdizione del giudice ordinario".

In dottrina, alcuni studiosi hanno da tempo suggerito l'abrogazione dell'istituto in quanto: a) sottrae al giudice adito il potere di decidere sulla questione di giurisdizione; b) "lungi dall'essere uno strumento di economia processuale, sia un comodo espediente dilatorio a disposizione della parte interessata a prendere tempo". Cfr. F. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, rist. 1981, 211 ss.

<sup>2</sup> C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 808 e ss.

Comprendere la portata dell'istituto in relazione al particolare caso in esame richiede un'attenta analisi logica del dato positivo.

Per la parte di interesse, il sintagma normativo da sezionare e scomporre è il seguente: “*Finche' la causa non sia decisa nel merito in primo grado*”.

L'inciso offre all' interprete tre dati fondamentali da utilizzare per risolvere la questione in esame:

1) la congiunzione temporale “*finchè*” sta a significare che il legislatore ha voluto porre una preclusione allo strumento in esame. La *ratio* della preclusione trova la sua giustificazione nella stessa *ratio* del regolamento preventivo di giurisdizione. Trattandosi di un rimedio di economia processuale rivolto a consentire la pronuncia dell'organo supremo della giurisdizione senza passare per i normali mezzi di impugnazione, è evidente che tale logica sarebbe frustrata in assenza della suddetta preclusione.

2) il riferimento alla “*causa*” dice – e ciò è decisivo – che lo strumento del regolamento di giurisdizione è esperibile soltanto in un contesto giurisdizionale. Si tratta, dunque, di un rimedio a carattere necessariamente “*incidentale*”.

In primo luogo, è interessante osservare che se, da un lato, la legge prevede un termine di preclusione finale, essa non pone, dall'altro, un termine iniziale espresso. Questo, infatti, è implicito nell'uso del termine “*causa*”, in forza del quale è dato dedurre che il termine iniziale sia l'inizio del giudizio<sup>3</sup>. Tenuto conto del carattere preventivo dell'istituto in oggetto, il termine iniziale indica, altresì, che è inammissibile l'istanza di regolamento c.d. *ante causam*<sup>4</sup>.

Inoltre, occorre chiedersi perché il legislatore ha utilizzato il termine “*causa*” anziché “*processo*”. Ciò è fondamentale anche in relazione alla questione oggetto della pronuncia. In effetti, la scienza giuridica ha più volte evidenziato come tra processo e causa vi sia un rapporto del tipo contenitore-contenuto non coincidente e non sovrapponibile. Nel concetto di processo rientra ogni tipologia di attività soggettivamente giurisdizionalizzata, per cui anche il processo esecutivo, il processo cautelare, il processo fallimentare o la giurisdizione volontaria. Il processo è, di per sé, un concetto costruito su base soggettiva, come *actus trium personarum* o comunque riferito all'autorità giurisdizionale che lo dirige.

Al contrario, riferendosi alla “*causa*”, il legislatore ha inteso limitare l'ambito oggettivo di applicazione del regolamento preventivo di giurisdizione ai processi soggettivamente e

---

<sup>3</sup> Cass., 15/02/1979, n. 982, in *Foro it.*, 1979, I, 616.

<sup>4</sup> Cass., SS.UU., n. 27187/2007; Cass., n. 23235/2004.

oggettivamente giurisdizionalizzati. Di talché, non è sufficiente che il procedimento si svolga dinanzi ad un organo dotato di poteri giurisdizionali, ma è necessario che vi sia una lite, una controversia sostanziale da risolvere con una pronuncia nel merito di carattere decisorio. La giurisdizione, infatti, è un presupposto processuale, cioè un elemento che deve necessariamente esistere già al momento della proposizione della domanda affinché il giudice possa risolvere la causa nel merito e non arrestarsi ad una pronuncia sul rito.

Proprio su tali basi, la scienza giuridica<sup>5</sup> è giunta ad escludere l'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione quando il giudizio è estinto, ma non quando è sospeso; nel processo esecutivo<sup>6</sup>; nel processo cautelare e nei procedimenti di giurisdizione volontaria<sup>7</sup>.

3) la precisazione “*nel merito*”, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, è interpretata nel senso che il regolamento preventivo di giurisdizione è precluso “*da una qualsiasi decisione della causa in sede di merito ma anche non sul merito*”<sup>8</sup>. In seguito alla nuova formulazione dell'art. 367 c.p.c., introdotta dalla L. 26 novembre 1990, n. 353, e all'introduzione della *translatio iudicii* ad opera dell'art. 59, L. 69/2009, il disposto della prima parte dell'art. 41 c.p.c. deve essere interpretato, secondo la Cassazione, nel senso che qualsiasi decisione emanata dal giudice presso il quale il processo è radicato ha efficacia preclusiva del regolamento preventivo di giurisdizione<sup>9</sup>.

E' ostativa alla proponibilità del rimedio preventivo in esame ogni pronuncia del giudice adito compresa quella sulla giurisdizione o altra questione processuale<sup>10</sup>. La giurisprudenza, dunque, intervenuta una pronuncia del giudice adito, ritiene che le contestazioni in punto di giurisdizione debbano seguire i normali binari dei mezzi di impugnazione.

La questione dell'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato e in seguito alla declaratoria di inammissibilità dell'opposizione

---

<sup>5</sup> In dottrina: C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, XXVI ed., 246 e ss.;

<sup>6</sup> Cass., SS.UU., 20 settembre 2017, n. 21855, con nota di L. MORETTI, *Esecuzione forzata - Sull'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nel processo esecutivo*, in *Giur. it.*, 5, 2018; Cass., SS.UU., n. 26109/2007; Cass., n. 1139/2000; Cass., n. 1124/2000.

<sup>7</sup> In giurisprudenza: Cass., SS.UU., 27/06/1987, n. 5743; Cass., 15/02/1979, n. 982; Cass., SS.UU., 19/10/2011, n. 21579; Cass., SS.UU., 15/03/2002, n. 3878.

<sup>8</sup> Cass., SS.UU., 22 marzo 1996, n. 2466.

<sup>9</sup> Cass., SS.UU., 2 luglio 2007, n. 14952.

<sup>10</sup> La tesi, divenuta oggi orientamento consolidato, è criticata da una parte della dottrina secondo la quale essa pecca di eccessivo rigorismo laddove estende la preclusione ad ogni pronuncia del giudice adito e finisce per porsi in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo. Cfr. C. CONSOLO, nota a Cass., SS.UU., 08 febbraio 2010, n. 2716,

del Ministero resistente viene affrontata e risolta dalle Sezioni Unite della Cassazione proprio analizzando i suddetti tre presupposti normativi.

La Corte, infatti, per poter decidere sull'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione nel caso in esame deve, preliminarmente, risolvere due sotto-questioni:

**a)** se sussiste il prerequisite, essenziale per l'esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, della pendenza di una causa e, di conseguenza, se il procedimento per ricorso straordinario al Capo dello Stato può inquadrarsi come giudizio soggettivamente e oggettivamente giurisdizionale ai sensi dell'art. 41 c.p.c;

**b)** qualora si desse risposta positiva al quesito a), se è stato rispettato il termine di preclusione finale a fronte dell'esistenza di una sentenza del TAR del Lazio che dichiara inammissibile l'opposizione per tardività;

Lo stesso MIBACT ricorrente, consapevole delle diverse questioni portate all'attenzione del Giudice e della loro novità, sosteneva l'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione sulla base di due argomenti riguardanti alcuni dei suddetti profili problematici.

Quanto al prerequisite della pendenza di una "causa", il Ministero richiamava l'ormai acquisita e pacifica giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato. L'affermazione della natura giurisdizionale del procedimento e del DPR decisivo finale, secondo il Ministero, avrebbe dovuto condurre il Giudice a ritenere che il regolamento in questione era stato esperito all'interno di una cornice sostanzialmente giurisdizionale.

Relativamente alla preclusione della pronuncia del giudice adito, la tesi del Ministero ricorrente si fondava sulla considerazione per cui il termine finale, data la struttura del procedimento per ricorso straordinario al Capo dello Stato, doveva coincidere con il DPR che decide la questione nel merito. Nel caso di specie, nella ricostruzione del ricorrente, mancava una pronuncia di qualsiasi tipo idonea a determinare la preclusione di cui all'art. 41 c.p.c., a nulla rilevando la sentenza di inammissibilità del TAR del Lazio.

Le conclusioni del P.G. intervenuto nella causa rafforzavano la tesi ministeriale, aggiungendo che la pronuncia del TAR non poteva considerarsi ostativa alla proponibilità del regolamento di giurisdizione sull'assunto che il TAR non era l'autorità giurisdizionale competente a decidere sul ricorso straordinario. Pertanto, non sussisteva, secondo il P.G., una pronuncia né di rito né di merito dell'autorità competente a decidere in ordine alla "causa" instaurata con il ricorso straordinario.

Al contrario, la parte resistente in sede di regolamento di giurisdizione, eccepiva l'inammissibilità del medesimo. Una volta incardinato il giudizio innanzi al TAR, per effetto dell'opposizione del Ministero, nella prospettiva del resistente, si era venuta a determinare un'implicita accettazione

della giurisdizione amministrativa. Più correttamente, l'inammissibilità del regolamento di giurisdizione derivava da un dato di fatto: l'assenza di una questione di giurisdizione. Né il Ministero, né il TAR adito a seguito dell'opposizione, avevano posto la questione di giurisdizione, la quale rappresentava, secondo il resistente, il presupposto logico oltre che giuridico del regolamento preventivo.

A sostegno, si richiamava quanto affermato da Cass., SS.UU. n. 10414 del 2014, la quale ha statuito che: *"se nessuno pone la questione di giurisdizione e il giudice pronuncia la sentenza di merito, significa che la "potestas iudicandi" è pacifica, nessuno la contesta e perciò non merita un apposito dibattito. E nel particolare procedimento del ricorso straordinario al Capo dello Stato ciò significa che matura una preclusione per cui la questione di giurisdizione - in termini di sussistenza, o no, del presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo per ricorrere a questo speciale rimedio giurisdizionale - non è più proponibile con ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., comma 8 e art. 362 c.p.c."*.

La parte resistente interpretava la pronuncia appena citata attraverso la chiave di lettura dell'abuso del diritto *sub specie* di abuso del processo. La parte che, in un primo momento, richiede la trasposizione del procedimento giustiziale innanzi al giudice amministrativo e, successivamente, contesta l'esistenza di una situazione di interesse legittimo in capo al ricorrente incorre in una condotta processuale contraddittoria, *contra factum proprium*, a scopo puramente emulativo e dilatorio. Il comportamento della parte che consapevolmente non sollevi tempestivamente la questione di giurisdizione per poi farla valere in un secondo momento, soltanto dopo la declaratoria di inammissibilità dell'opposizione ex art. 48 c.p.a., configurava un abuso del processo a fronte del quale la reazione dell'ordinamento doveva concretarsi in un diniego di tutela per immeritevolezza.

### **3. La decisione delle Sezioni Unite sul regolamento preventivo di giurisdizione e sul rilievo della c.d. giurisdizione per fasi o giustiziabilità frazionata.**

Le Sezioni Unite, risolvendo i due quesiti sopra articolati, si pronunciano in favore dell'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Relativamente al profilo della preesistenza di un procedimento giurisdizionale, le Sezioni Unite non dubitano che il procedimento per ricorso straordinario al Capo dello Stato abbia natura giurisdizionale.



Tale aspetto è toccato implicitamente nella parte in cui si afferma che il regolamento di giurisdizione costituisce uno strumento indispensabile per contestare il presupposto della giurisdizione amministrativa a fronte di un procedimento peculiare che si svolge in un unico grado. La pronuncia si concentra maggiormente sul profilo riconducibile al quesito di cui alla lett.b) sopra delineato.

Il parere del Consiglio di Stato, reso obbligatorio e vincolante per effetto delle modifiche intervenute nel 2009, ha un duplice effetto: da un lato, è l'argomento principale a sostegno della natura giurisdizionale del DPR decisorio in quanto la paternità della decisione è sostanzialmente riconducibile al Consiglio di Stato; dall'altro, secondo le Sezioni Unite, l'emissione del parere, formando il contenuto della decisione giustiziale, rappresenta il momento in cui matura la preclusione finale in relazione al regolamento preventivo di giurisdizione.

La pronuncia in rito del TAR non fa maturare la preclusione *de qua* in quanto si limita a dichiarare inammissibile l'opposizione del Ministero e, come naturale conseguenza, essa comporta la ripresa del procedimento per la definizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Alla declaratoria di ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione segue l'affermazione del seguente principio di diritto: *“Ove sia proposto un ricorso straordinario al Capo dello Stato, ai sensi degli articoli 8 e ss. del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, e l'opposizione dell'amministrazione intimata, ai sensi dell'art. 48 CPA, ancorché senza contestazioni in ordine alla sussistenza della giurisdizione amministrativa, sia stata dichiarata inammissibile dal competente TAR per tardività, con conseguente rimessione degli atti all'amministrazione per la prosecuzione del giudizio in sede straordinaria, il regolamento preventivo di giurisdizione ben può essere proposto in tale sede, deducendosi la non riconducibilità della controversia nell'ambito della giurisdizione amministrativa, presupposto indefettibile del ricorso straordinario al Capo dello Stato, ai sensi dell'art. 7, comma 8, CPA, fino al momento della pronuncia del necessario parere del Consiglio di Stato, che costituisce l'antecedente necessario alla decisione del Presidente della Repubblica”*.

Ritenuto ammissibile il regolamento di giurisdizione sia nell'*an* che nel *quomodo*, le Sezioni Unite esaminano il merito della questione di giurisdizione, affermando la giurisdizione del g.o. sulla controversia.

La procedura idoneativa descritta sopra si articolava in tre fasi: selezione dei *curricula* (valutazione titoli), selezione per colloquio (non esame orale) e la formazione di una terna di nominativi tra cui operare la scelta definitiva fiduciaria.

E' importante precisare tale aspetto in quanto il nodo centrale della questione è l'ammissibilità nel nostro ordinamento di una c.d. "*giustiziabilità frazionata*" o "*giurisdizione per fasi*".

La parte resistente in sede di regolamento preventivo di giurisdizione sosteneva, infatti, la sussistenza della giurisdizione amministrativa e la titolarità di una posizione di interesse legittimo sull'assunto per cui, anche se la fase finale aveva carattere non concorsuale, le fasi precedenti di selezione per titoli e colloquio si connotavano, al contrario, per la loro rilevanza pubblicistica. La diversa natura dei segmenti procedimentali dimostrava che, almeno per quanto concerneva la prima e la seconda fase della procedura, l'amministrazione aveva agito nell'esercizio di un potere amministrativo con conseguente titolarità di un interesse legittimo in capo ai candidati. Le controversie attinenti alla parte procedimentalizzata della procedura di selezione fino alla scelta fiduciaria del Ministro erano assoggettate, nella prospettiva della parte resistente, alla giurisdizione del g.a., mentre quelle riguardanti la scelta fiduciaria finale alla giurisdizione del g.o.

In altri termini, la tesi suffragata dal resistente si fondava sulla possibilità di un "*apportionement of jurisdiction*" nelle diverse fasi della medesima procedura.

Le Sezioni Unite, con la pronuncia in commento, adottano un approccio definibile come di "*all or nothing*", atteso che, all'interno della stessa procedura selettiva, la giurisdizione non è frazionabile a seconda delle diverse fasi in cui è suddivisa. La stessa natura della posizione giuridica soggettiva sostanziale dei candidati non è suscettibile di mutamento da interesse legittimo a diritto soggettivo al variare delle fasi della procedura.

Le Sezioni Unite fanno uso di un criterio di "prevalenza" in forza del quale, in caso di procedure suddivise in più fasi, alcune procedimentalizzate ed altre su base fiduciaria, la situazione giuridica di cui il candidato è titolare e la giurisdizione dipendono dal segmento della procedura ritenuto "*dominante*" rispetto gli altri.

Si legge, infatti, che: "*Tale ultimo segmento della procedura – quello della nomina fiduciaria - , palesemente dominante rispetto all'intero percorso finalizzato alla nomina di un solo aspirante, conferisce il carattere sostanzialmente non concorsuale alla procedura d'interpello, attribuendo la relativa cognizione giudiziale all'AGO*".

A fronte di una procedura idoneativa articolata in più fasi e finalizzata alla nomina fiduciaria di un solo candidato all'interno della "rosa dei finalisti", la natura della procedura, con tutte le conseguenze in punto di giurisdizione, deve essere determinata individuando la fase che ha il maggior peso e la maggiore rilevanza. Tale criterio porta la Corte ad escludere la giurisdizione del g.a. sulla controversia azionata con il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Pertanto, le Sezioni Unite esprimono il seguente principio di diritto: “...*appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della controversia relativa alla procedura d'interpello per il conferimento di incarichi di nomina dei direttori dei musei archeologici nazionali (nella specie: di Napoli, Taranto e Reggio Calabria), in quanto priva di natura concorsuale, sebbene aperta a soggetti esterni e caratterizzata da una pluralità articolata di fasi, il cui segmento finale, sfociante nella formazione di terne di nominativi, nell'ambito delle quali operare la scelta conclusiva e fiduciaria a cura del Ministro o del Direttore generale, ha carattere dominante rispetto all'intero percorso della selezione (finalizzata alla nomina di un solo aspirante), cosicché esso conferisce il carattere sostanzialmente non concorsuale all'intera procedura d'interpello, con conseguente attribuzione della relativa cognizione giudiziale all'AGO.*”

#### **4. Considerazioni conclusive.**

La pronuncia in commento, come sopra illustrato, si articola in due capi: il primo relativo alla questione dei presupposti e dei limiti al regolamento preventivo di giurisdizione in sede di ricorso straordinario e il secondo, nel merito, sul riparto di giurisdizione in caso di procedura idoneativa in più fasi.

Le soluzioni fornite ad entrambe le questioni rendono necessarie alcune riflessioni conclusive.

Il ricorso straordinario al Capo dello Stato rappresenta un rimedio dalle origini antiche che nasce ancor prima della tutela giurisdizionale amministrativa come ricorso straordinario al Re per effetto della legge del Regno di Sardegna n. 3707 del 1859, la quale già prevedeva il parere obbligatorio del Consiglio di Stato. Con la legge n. 2248 del 1865, All. D, fu prevista la necessità di una delibera del Consiglio dei Ministri ove l'amministrazione avesse voluto discostarsi dal parere del Consiglio di Stato. La disciplina dello strumento è poi confluita nel DPR n. 1199/1971. Lo strumento, nato come rimedio giustiziale amministrativo, ha subito una lenta e costante trasformazione in rimedio a carattere giurisdizionale.

Sotto tale aspetto, le Sezioni Unite si limitano a dare per scontato che il procedimento per ricorso straordinario abbia carattere giurisdizionale. L'impostazione è oggi alquanto pacifica<sup>11</sup>, soprattutto

---

<sup>11</sup> L. MARUOTTI, *Il giudicato. La decisione del ricorso straordinario da parte del Presidente della Repubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003, V, 4445 ss.; F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, nota a Cons. di Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9, in *Giur. It.*, 2013, 11, 2374 ss.; A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra interventi legislativi e arresti giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2014, 228 ss.; A. DAPAS - L. VIOLA, *L'ottemperanza delle decisioni dei ricorsi straordinaria spetta al Consiglio di Stato: la posizione dell'Adunanza Plenaria*, in *Urb. e app.*, 2013, 780 ss.; S. MORELLI, *L'Adunanza Plenaria conferma la "sostanza giurisdizionale" del ricorso straordinario: l'ottemperanza compete al Consiglio di Stato*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2013, 4, 3 ss.; I. RAIOLA, *Al solo Consiglio di Stato il giudizio per l'ottemperanza ai decreti decisori su ricorso straordinario*, in *Corr. merito*, 2013, 7, 803 ss.



in seguito alle modifiche intervenute per effetto della legge 69/2009 e del Codice del processo amministrativo. In estrema sintesi<sup>12</sup>, la metamorfosi del ricorso straordinario è suffragata da molteplici argomenti<sup>13</sup>, tra i quali: l'obbligo del contraddittorio; la possibilità di sospendere l'efficacia dell'atto impugnato in via cautelare; la natura vincolante del parere del Consiglio di Stato e la sostanziale paternità giurisdizionale della decisione; la sua esperibilità nelle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa; il potere del Consiglio di Stato di sollevare questione di legittimità costituzionale<sup>14</sup> o questione di giurisdizione in sede consultiva<sup>15</sup>; l'impugnabilità del DPR decisorio con revocazione per contrasto tra giudicati<sup>16</sup> e l'ammissibilità del ricorso in Cassazione a Sezioni Unite avverso le decisioni rese su ricorso straordinario al Capo dello Stato per i soli motivi attinenti alla giurisdizione<sup>17</sup>.

Altro argomento decisivo è il dettato dell'art. 112, co.2, lett. d), c.p.a., che ha previsto l'ottemperabilità dei provvedimenti "equiparati" alla sentenza passata in giudicato del g.o. per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza. Sul punto, però, va precisato che se si considera il DPR decisorio come provvedimento giurisdizionale, l'ottemperanza deve essere ricondotta all'art. 112, co.2, lett. b), e la competenza è del Consiglio di Stato quale giudice che ha emesso il provvedimento<sup>18</sup>.

Inoltre, l'art. 48, c.p.a., dispone testualmente che, a seguito dell'opposizione, il giudizio segue innanzi al giudice amministrativo e, al comma III, che, se l'opposizione viene dichiarata inammissibile, il giudice deve disporre la restituzione del fascicolo per la "prosecuzione del giudizio in sede straordinaria". In tal modo, si crea una particolare forma di *translatio iudicii* che lascia presumere la natura giurisdizionale del procedimento in sede straordinaria.

Pertanto, sotto tale profilo, la pronuncia in commento ritiene, condivisibilmente, che il contesto in cui s'inquadra il regolamento preventivo di giurisdizione sia un procedimento sostanzialmente giurisdizionale riconducibile al concetto di "causa" richiamato dall'art. 41 c.p.c.

---

<sup>12</sup> Per una ricostruzione approfondita della tematica, si veda: G. URBANO, *Riflessioni sull'impugnazione per Cassazione della decisione resa su ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2017, 90 e ss.

<sup>13</sup> G. FERRARI, *Il ricorso straordinario*, in *Enc. Treccani, agg.*, XVII, 2009; Cons. Stato, sez. riunite I e II, 7 maggio 2012, n. 2131 che ritiene il rimedio tendenzialmente giurisdizionale. Cfr. anche A. POZZI, *Riflessioni sulla cd. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario*, in *www.giustamm*, 2013; L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura del rimedio di tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; N. PIGNATELLI, *Sulla "natura" del ricorso straordinario: la scelta del legislatore*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2009.

<sup>14</sup> A. AVERARDI, *Ricorso al Capo dello Stato e incidente di costituzionalità: i pericoli dell'irrocervo in azione*, in *GdA*, 6, 2015, 807 e ss.

<sup>15</sup> Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 73.

<sup>16</sup> Art. 3, co.4, l. n. 205/2000.

<sup>17</sup> Cass., SS.UU., 5 ottobre 2015, n. 19786.

<sup>18</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 6 maggio 2013, n. 9.



Appare condivisibile, altresì, la soluzione fornita al secondo quesito, quello relativo al rispetto della preclusione prevista dall'art. 41, co.1, c.p.c.

Al di là delle motivazioni addotte dalla pronuncia a sostegno della irrilevanza, ai fini della preclusione, della sentenza del TAR sull'inammissibilità dell'opposizione per tardività, si può osservare che tale sentenza, limitandosi al suddetto aspetto, non è idonea a far scattare la preclusione al regolamento di giurisdizione in quanto non idonea ad instaurare neppure un nuovo rapporto processuale. Plausibilmente è per tale ragione che le Sezioni Unite escludono la maturazione della preclusione per effetto della sentenza di rito del TAR e affermano che essa non proviene dall'autorità competente a decidere sul ricorso straordinario.

La struttura procedimentale del ricorso straordinario al Capo dello Stato, così come delineata dagli artt. 8 -15 del DPR n. 1199/1971, è unitaria, nel senso che l'opposizione non determina l'inizio di un nuovo giudizio innanzi al g.a., ma la sua prosecuzione senza soluzione di continuità davanti all'autorità giurisdizionale. Per questa ragione, correttamente, la Corte di Cassazione individua il termine di preclusione per il regolamento preventivo di giurisdizione al momento dell'emissione del parere del Consiglio di Stato.

Non si può condividere la tesi sostenuta dalla parte resistente secondo cui l'atto di opposizione implica l'accettazione della giurisdizione amministrativa e preclude il successivo regolamento di giurisdizione. Da un punto di vista squisitamente logico può essere anche plausibile che l'opponente, implicitamente, riconosca come giudice della cognizione il g.a., ma la legge non prevede un tale tipo di preclusione al regolamento di giurisdizione. Anche nel giudizio ordinario, infatti, la contestazione della giurisdizione con regolamento preventivo di giurisdizione può aver luogo fino a che il giudice non abbia emesso una qualsiasi pronuncia ovvero fino alla rimessione della causa in decisione. Ragionando diversamente si arriverebbe all'assurda conseguenza per cui anche il convenuto che si costituisce in giudizio implicitamente accetta la giurisdizione del giudice adito. Un' accettazione tacita della giurisdizione può dirsi sussistente soltanto quando il convenuto tiene un comportamento processuale incompatibile con l'eccezione di giurisdizione, come nel caso in cui il convenuto compaia in processo difendendosi nel merito e senza nulla dedurre a riguardo della giurisdizione<sup>19</sup> ovvero quando il convenuto eccepisca il difetto di giurisdizione non in via principale, prima di ogni altra difesa, bensì dopo l'esposizione di eccezioni e difese di merito e subordinatamente alle stesse. Lo svolgimento di difese non implica accettazione della giurisdizione se viene subordinata al mancato accoglimento dell'eccezione di difetto di giurisdizione.

---

<sup>19</sup> Cass., SS.UU., n. 1200 del 2000, la quale specifica che sussiste la giurisdizione italiana per accettazione tacita nei confronti dello straniero che non abbia eccepito, e neppure in alcun modo adombrato, il difetto di giurisdizione del giudice italiano nella sua comparsa di costituzione e risposta.

Alla luce di quanto appena scritto, all'atto di opposizione non può attribuirsi un significato che non è proprio dell'atto medesimo o è ultroneo rispetto a quello di legge. In altre parole, l'opposizione in sé è un atto neutro non incompatibile con la contestazione della giurisdizione mediante regolamento preventivo.

Allo stesso tempo, la sentenza d'inammissibilità dell'opposizione per tardività non determina né un difetto di interesse né una soccombenza, per cui è evidente che non si pone alcun problema di abuso del processo né alcuna violazione del divieto di *venire contra factum proprium*<sup>20</sup>.

Inoltre, ipotizzando che l'opposizione fosse stata tempestiva e il giudizio fosse stato incardinato ritualmente innanzi al g.a., ciascuna parte, compreso l'opponente, che avesse avuto ragione di dubitare della giurisdizione sulla controversia avrebbe comunque e in ogni caso potuto proporre regolamento di giurisdizione davanti alle Sezioni Unite della Cassazione nel rispetto della preclusione di cui all'art. 41, co.1, c.p.c.

Relativamente al secondo capo della sentenza, riguardante il riparto di giurisdizione nel merito, le Sezioni Unite si uniformano ad un orientamento consolidato<sup>21</sup>. Il fulcro della questione, sebbene non esplicitato dalla pronuncia per ragioni di sinteticità, è nell'interpretazione dell'art. 63, comma 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il quale pone una riserva di giurisdizione amministrativa sulle «*procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*».

La pronuncia in commento aderisce all'orientamento secondo cui l'inciso normativo appena riportato va interpretato nel senso che la riserva in favore del g.a. opera in relazione alle procedure selettive, comunque denominate, aperte ai soggetti in possesso di predeterminati requisiti soggettivi e caratterizzate da concorrenzialità fra i partecipanti alla selezione, destinate poi a concludersi con la formazione di una graduatoria di merito, mentre, per contro, laddove la scelta rivesta carattere non meramente competitivo, ancorché all'esito di una valutazione comparativa di una rosa di candidati, anche esterni all'Amministrazione, sulla base di curricula a tal fine esaminati, la selezione non acquista natura di procedura concorsuale ai sensi del citato art. 63, comma 4, del D.lg. n. 165 del 2001 e la giurisdizione sulle relative controversie rientra in quella residuale del Giudice ordinario<sup>22</sup>. La valutazione svolta dall'Amministrazione pubblica è di idoneità e di rispondenza del profilo professionale emergente dal singolo curriculum rispetto alle esigenze funzionali del posto

---

<sup>20</sup> G. TROPEA, *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2015, 685 e ss, nota a Cons. Stato, III, 7 aprile 2014, n. 1630; P. M. VIPIANA PERPETUA, *Appello per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo - venire contra factum proprium in tema di giurisdizione: il nodo della soccombenza*, nota a Cass.,SS.UU., 20 gennaio 2016, n. 21260, in *Giur. It.*, 2017, 2, 457.

<sup>21</sup> Cass., SS.UU., 3 febbraio 2014, n. 2290, 16 aprile 2007, n. 8950; ord. 27 febbraio 2008, n. 5078 e 28 novembre 2005, n. 25042, 8 novembre 2005, n. 21593, 27 gennaio 2004, n. 1478, 15 maggio 2003, n. 7621; Cons. Stato, III, 16 dicembre 2015, n. 5693; V, 1 ottobre 2015, n. 4599, 31 agosto 2015, n. 4039;

<sup>22</sup> TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 05 gennaio 2017, n.2; Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2016, n. 1888.



da ricoprire; in altri termini la comparazione non è svolta sulla base di prove episodiche di capacità o di titoli oggettivi e di tipo predeterminato, ma è relativa al profilo complessivo del singolo aspirante ed è di tipo globale: pertanto è estranea alla fattispecie, di stretta interpretazione, della procedura concorsuale, cui la norma suddetta riferisce l'eccezione alla giurisdizione ordinaria<sup>23</sup>.

Ciò detto, deve condividersi la scelta delle Sezioni Unite di ripudiare la tesi della c.d. giurisdizione per fasi o giustiziabilità frazionata prospettata dalla parte resistente. Prendendo come riferimento l'art. 63 citato, deve convenirsi con la Cassazione che non è possibile suddividere la procedura selettiva in fasi "concorsuali", i cui atti sono sindacabili da parte del g.a., e fasi non concorsuali sottratte alla giurisdizione amministrativa. Il carattere concorsuale della procedurale selettiva non è frazionabile, così come non lo è la giurisdizione. In sintesi, la procedura o è concorsuale o non è concorsuale: non sono ammessi ibridi. Come chiarito dal Consiglio di Stato<sup>24</sup>, laddove manchi la caratteristica essenziale del concorso, quale mezzo di reclutamento a pubblici impieghi, ossia la selezione dei candidati più capaci e meritevoli attraverso il superamento di prove appositamente preordinate a farne emergere le qualità, affinché siano graduati in ordine decrescente di merito e, su questa base, avviati all'impiego, la procedura non è concorsuale *in toto* e appartiene alla giurisdizione del g.o<sup>25</sup>.

Non vi è alcuna ragione per frammentare un'unica procedura avviata dall'amministrazione ai fini dell'attribuzione di un incarico fiduciario, sia pure previa individuazione di una terna di idonei, in due sub-procedure, di cui una governata dal diritto pubblico e rientrante nella giurisdizione del g.a. La controversia rientra dunque, a pieno titolo, nella previsione dell'art. 63, comma 1, del d. lgs. 163/2001, laddove devolve alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie del pubblico impiego, incluse quelle concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali

---

<sup>23</sup> Cons. Stato sez. V, 21/11/2016, n.4883.

<sup>24</sup> Cons. Stato, Sez. III, 16 dicembre 2015 n. 05693, richiamata anche dalla sentenza Sez. III, 8 novembre 2016 n. 04652.

<sup>25</sup> Lo stesso principio è stato più volte affermato, in giurisprudenza, relativamente alle procedure di conferimento degli incarichi dirigenziali in ambito sanitario ai sensi dell'art. 15-ter, Dec. lgs., n. 502 del 1992. Cfr. Cass., SS.UU., n. 4227 del 2017.