



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 5112 del 2013, proposto da:

Vincenzo Anglade, rappresentato e difeso dall'Avv. Gennaro Terracciano, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Gennaro Terracciano in Roma, Largo Arenula, n. 34;

contro

Azienda Sanitaria di Siracusa, in persona del direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Pietro De Luca, con domicilio eletto presso l'Avv. Francesco Ferrante in Roma, via Acherusio, n. 18;
Azienda Sanitaria di Siracusa – Ufficio Affari Generali e Risorse Umane;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. SICILIA - SEZ. STACCATA DI CATANIA: SEZIONE II n. 01531/2013, resa tra le parti, concernente l'esclusione dal concorso pubblico per titoli ed esami a n. 5 posti di dirigente amministrativo

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria di Siracusa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 il Cons. Massimiliano Noccelli e udito per le parti l'Avv. Terracciano;

1. Il dott. Vincenzo Anglade ha impugnato avanti al T.A.R. Sicilia, sezione staccata di Catania, l'esclusione dal concorso pubblico, per titoli ed esami indetto dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa per la copertura di 5 posti di dirigente amministrativo, disposta dall'Amministrazione ritenuto privo del requisito di servizio, che invece assumeva di possedere, chiedendo conseguentemente al giudice di prime cure l'annullamento dell'atto impugnato.

2. Nel giudizio di prime cure si è costituita l'Azienda intimata, chiedendo la reiezione del ricorso avversario.

3. Il T.A.R. Sicilia, con sentenza n. 1531 del 24.5.2013, ha rigettato il ricorso, sull'assorbente rilievo che il ricorrente non avesse contestato uno degli autonomi motivi che sorreggevano l'impugnato provvedimento di esclusione e, cioè, quello concernente il servizio prestato *part-time*.

4. Avverso tale sentenza il dott. Vincenzo Anglade ha proposto appello avanti al Consiglio di Stato, chiedendone, previa sospensione, la riforma.

5. Si è costituita nel presente grado di giudizio l'appellata Azienda Sanitaria Provinciale, eccependo in via preliminare l'inammissibilità dell'appello, per essere stato lo stesso proposto avanti a questo Consiglio anziché al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, e nel merito ne ha chiesto la reiezione.

6. Nella camera di consiglio del 3.10.2013, fissata per l'esame dell'istanza di sospensione proposta in via cautelare dall'appellante, la causa veniva rinviata a quella successiva del 7.11.2013, nella quale il Collegio, rilevata preliminarmente la questione relativa al difetto di competenza di questo Consiglio a conoscere del proposto appello e ritenuto, altresì, di poter decidere la controversia eventualmente ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha trattenuto la causa in decisione, per la sua definizione, se del caso, anche con sentenza in forma semplificata.

7. Appare anzitutto evidente al Collegio che l'appello proposto contro la sentenza del T.A.R. Sicilia, sezione staccata di Catania, risulti viziato da incompetenza, perché proposto avanti a questo Consiglio anziché al Consiglio di giustizia amministrativa, come ha eccepito prontamente l'Azienda Sanitaria Provinciale nel proprio atto di costituzione e ha, del resto, riconosciuto lo stesso appellante nella memoria presentata per la camera di consiglio del 3.10.2013.

7.1. L'odierno appellante, nel riconoscere il proprio errore, ha tuttavia chiesto al Collegio di disporre la riassunzione del giudizio avanti al Consiglio di giustizia amministrativa.

7.2. Proprio in ordine a tale ultima istanza dell'appellante, che presuppone e richiede la composizione di un contrasto esistente nella giurisprudenza del Consiglio e il contemperamento dei diversi principi processuali che ne stanno a fondamento, ritiene il Collegio di dover sottoporre all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione della richiesta *translatio iudicii*.

8. L'art. 6, comma 6, c.p.a. prevede che *“gli appelli avverso le pronunce del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia sono proposti al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, nel rispetto delle disposizioni dello statuto speciale e delle relative norme di attuazione”*, mentre il successivo art. 100 c.p.a. stabilisce espressamente che *“avverso le sentenze dei tribunali amministrativi regionali è ammesso appello al Consiglio di Stato, ferma restando la competenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana per gli appelli proposti contro le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia”*.

9. Analogamente l'art. 4, comma 3, del d. lgs. 373/2003, fonte di fondamentale riferimento, *in subiecta materia*, perché recante *“Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato”*, prevede che in sede giurisdizionale il Consiglio di giustizia amministrativa esercita le funzioni di giudice di appello contro le pronunce del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia.

10. La competenza della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia

amministrativa, che ai sensi dell'art. 1, comma 2, del medesimo d. lgs. 373/2003 funziona quale "sezione staccata" del Consiglio di Stato, in ordine agli appelli proposti contro le sentenze del T.A.R. Sicilia, benché non espressamente definita tale dalla legge, è insieme funzionale, rivestendo esso la funzione di giudice d'appello, e territoriale, essendo la sua cognizione in sede di gravame limitata alle sentenze rese dal T.A.R. siciliano.

11. La costante giurisprudenza di questo Consiglio, già a partire dalla fondamentale pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 21 del 4.7.1978 (in *Giur. it.*, 1978, III, 1, 33-36), afferma che l'appello contro una sentenza del T.A.R. Sicilia, erroneamente proposto innanzi al Consiglio di Stato, deve essere perciò dichiarato inammissibile.

12. Questa conclusione, già unanimemente condivisa dalla giurisprudenza nel vigore della legislazione processuale antecedente al codice del processo amministrativo e ora rafforzata dalla previsione dell'art. 100 c.p.a., è stata da ultimo riaffermata anche nell'ordinanza dell'Adunanza Plenaria n. 34 del 2012 (in *Foro it.* 2013, III, 5 e ss. e, in particolare, 8-9) che, seppur non affrontando *ex professo* la questione nei termini di cui si dirà, esaminata dall'Adunanza stessa marginalmente in sede di regolamento di competenza, e con esclusivo riferimento all'appello cautelare avverso un'ordinanza del T.A.R. Sicilia, proposto insieme con il regolamento di competenza, avanti al Consiglio di Stato, ha dichiarato tale appello inammissibile, in quanto doveva essere proposto avanti al Consiglio di giustizia amministrativa.

13. Non scevre da criticità e tutt'altro che unanimemente condivise, tuttavia, sono le conseguenze che da tale declaratoria di inammissibilità la giurisprudenza fa discendere, sicché ritiene il Collegio che la questione, per le ragioni che ora più diffusamente si esporranno, debba essere rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria.

14. Sul punto, nonostante la (apparente) concordia di opinioni sulla premessa dalla quale muovono, è dato infatti registrare un contrasto di orientamenti giurisprudenziali, che occorre portare all'esame dell'Adunanza Plenaria affinché

essa, nella sua funzione nomofilattica, ne sciolga i nodi irrisolti.

15. Vi è una prima linea interpretativa invero prevalente, per quanto più risalente (v. *ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 21.10.1993, n. 898, in *Giur. it.*, 1993, III, 1, 148-151; Cons. St., sez. IV, 19.2.1990, n. 103, in *Cons. St.*, 1990, I, 175), che dalla radicale inammissibilità dell'appello fa conseguire il passaggio in giudicato della sentenza del T.A.R. Sicilia impugnata erroneamente avanti al Consiglio di Stato, in ragione del fatto che, con la proposizione di un appello inammissibile, il potere di impugnazione si è definitivamente consumato.

16. Nei precedenti che seguono tale indirizzo interpretativo non si rinviene una particolare e approfondita analisi della questione, evidentemente sul generale e incontestato (nonché inespresso) presupposto che, decorso il termine per impugnare, dalla dichiarata inammissibilità dell'appello, pure in questa ipotesi, non possa che conseguire il passaggio in giudicato della sentenza impugnata.

17. Vi è però un diverso, e minoritario, indirizzo ermeneutico, seguito anche da questa Sezione in un proprio precedente – per quanto sintetico – pronunciamento (Cons. St., sez. III, 16.4.2011, n. 2340, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2011, 4, 1160), secondo il quale l'inammissibilità dell'impugnazione proposta avanti al Consiglio di Stato, incompetente funzionalmente a conoscere degli appelli contro le sentenze del T.A.R. Sicilia non preclude la riassunzione del giudizio di appello avanti al Consiglio di giustizia amministrativa.

18. La declaratoria di inammissibilità dell'appello per difetto di competenza, secondo tale orientamento, non produrrebbe la consumazione del potere di impugnare, perché la parte appellante potrebbe infatti, nel termine di legge, riassumere il giudizio avanti al Consiglio di giustizia amministrativa.

19. Si segnala, in particolare, una pronuncia che, nel vigore della precedente disciplina processuale, ha affermato che, in mancanza di una qualsiasi contraria disposizione, dovrebbe trovare applicazione la disposizione contenuta nell'art. 50 c.p.c., a mente del quale, in caso di incompetenza del giudice adito, la causa

prosegue davanti al giudice competente, qualora sia tempestivamente riassunta nel termine fissato dalla sentenza (di incompetenza) o, comunque, di sei mesi dalla sua pubblicazione (Cons. St., sez. V, 21.7.2009, n. 4580, in *Foro amm., C.d.S.*, 2009, 7-8, 1732).

19.1. A questa conclusione tale pronuncia è pervenuta anche in nome e in applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 24 Cost.

20. L'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, peraltro, renderebbe superflua, laddove si accedesse a tale indirizzo, l'applicazione analogica dell'art. 50 c.p.c., invocata dal richiamato precedente, o comunque il rinvio esterno alla disciplina processualcivilistica, poiché il codice contempla una disposizione, l'art. 15, comma 4, la quale prevede che se, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza dichiarativa dell'incompetenza, la causa è riassunta davanti al giudice dichiarato competente, il processo continua davanti al nuovo giudice.

21. Tale disciplina della *translatio iudicii* è dettata dal codice con esclusivo riferimento all'incompetenza dichiarata in primo grado, ma è pur vero che la disposizione dell'art. 15, comma 4, c.p.a. rientra tra i principi generali della giurisdizione amministrativa, applicabili ad ogni tipo e grado di giudizio, nei limiti della specificità di ciascuno di essi, senza dire che, comunque e ai sensi dell'art. 38 c.p.a., il processo amministrativo si svolge secondo le regole dettate per il giudizio di grado che, se non espressamente derogate, si applicano anche alle impugnazioni e ai riti speciali.

22. Si tratta quindi di comprendere se il principio generale del processo amministrativo, secondo il quale il giudizio instaurato davanti ad un giudice incompetente, dopo la declaratoria della propria incompetenza da parte di questi, prosegue avanti al giudice competente, ove sia riassunto entro il termine perentorio di trenta giorni, possa trovare applicazione anche nel giudizio di appello o se esso,

invece, debba arrestarsi di fronte alla regola generale che l'impugnazione dichiarata inammissibile, anche per difetto di competenza, comporta il passaggio in giudicato della sentenza gravata.

23. Ritiene il Collegio che il contrasto tra i due orientamenti non possa essere ricomposto senza sciogliere l'ancor irrisolto nodo del conflitto tra questi due fondamentali principi, la *translatio iudicii* e la consumazione del potere di impugnare nell'ipotesi di appello dichiarato inammissibile, che costituiscono, il primo, uno dei criteri ispiratori della disciplina della competenza e, il secondo, una fondamentale regola in materia di impugnazione.

24. Il problema, almeno a quanto consta alla Sezione, non pare essere stato affrontato in modo approfondito e particolarmente meditato né dall'uno né dall'altro dei due indirizzi richiamati che, tuttavia, muovono entrambi dall'implicita o, talvolta, esplicita adesione all'uno o all'altro dei principi richiamati.

25. Pare al Collegio utile e rilevante rammentare come questa criticità della disciplina processuale, meno evidente nel giudizio amministrativo per l'esiguità della casistica giurisprudenziale registratasi in materia, sia emersa con maggior frequenza nell'ordinamento della legge processuale civile, dove diversi, sul piano funzionale, e numerosi, a livello territoriale, sono i giudici d'appello.

26. Nell'ordinamento processuale civile, infatti, i giudici d'appello si distinguono per funzione (la Corte d'Appello è funzionalmente competente a decidere sugli appelli contro le sentenze del Tribunale, mentre il Tribunale è funzionalmente competente a decidere sugli appelli contro le sentenze del giudice di pace, ove appellabili) e per territorio (ciascun giudice d'appello è competente a decidere gli appelli contro le sentenze dei giudici di primo grado della rispettiva circoscrizione territoriale).

27. La Suprema Corte, chiamata a dirimere la complessa questione, ha ribadito più volte, nella sua giurisprudenza, che nel nostro ordinamento processuale civile non ha fondamento l'assunto secondo cui la regola di individuazione dell'ufficio

giudiziario da investire con la impugnazione possa ricondursi alla nozione di competenza risultante dal codice di procedura civile, Capo primo, Titolo primo, Libro primo.

28. La Cassazione ha al riguardo osservato che, se anche la disciplina di attribuzione del potere di conoscere dell'impugnazione assolve a uno scopo analogo, sul piano funzionale, a quello delle regole sulla competenza in primo grado, l'una e l'altra attribuzione dei poteri di conoscere del processo non hanno una *eadem ratio* che possa avvicinare i due istituti per analogia, con conseguente inapplicabilità, per la individuazione della cognizione in grado di appello, degli artt. 50 e 38 c.p.c.

29. È divenuto quindi principio consolidato, nella giurisprudenza della Suprema Corte, quello secondo il quale la erronea individuazione del giudice legittimato a decidere sulla impugnazione non si pone come questione di competenza o attinente ai poteri cognitivi del giudice adito, ma riguarda la mera valutazione delle condizioni di proponibilità o ammissibilità del gravame, che deve quindi dichiararsi precluso se prospettato ad un giudice diverso da quello individuato per legge dall'art. 341 c.p.c.

30. *“L'eventuale appello ad un giudice diverso da quello individuato nell'ultima norma ora citata può dare luogo anche alla consumazione del potere di impugnare, una volta decorsi i termini per il gravame la cui notificazione individua anche il dies a quo del termine d'impugnazione per entrambe le parti?”* (Cass., sez. I, 7.12.2011, n. 26375).

31. Decorsi quindi i termini per impugnare, laddove sopraggiunga una sentenza che dichiari l'inammissibilità dell'appello per l'incompetenza del giudice d'appello, si consuma definitivamente il potere di impugnazione, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza impugnata.

32. La Suprema Corte, nell'affermare tale rigorosa conclusione, muove dal presupposto che l'erronea individuazione del giudice d'appello attiene non già ad una nozione in senso stretto di competenza, quale sarebbe, invece e propriamente,

quella stabilita dalla legge processuale per ripartire il *quantum* di funzioni giurisdizionali attribuite ai giudici di primo grado, ma ad una questione di ammissibilità o proponibilità dell'impugnazione, sicché tale inammissibilità, anche se dichiarata per un difetto di "competenza" da intendersi in senso puramente descrittivo, non può che comportare la consumazione definitiva del potere di impugnare, se siano decorsi ormai i termini per impugnare la sentenza.

33. La Cassazione, nel suo indirizzo prevalente e, comunque, più recente, esclude dunque che il regime dell'art. 50 c.p.c., che contempla la *translatio iudicii* avanti al giudice competente in primo grado, si applichi al giudizio di appello, facendo leva sull'argomento testuale che il codice di procedura civile non configura l'attribuzione delle funzioni ai giudici delle impugnazioni in termini espressi di "competenza" e sull'argomento sistematico che "*ipotizzare l'applicabilità della regola della translatio iudicii e quella, ad essa sottesa, della salvezza della domanda giudiziale di primo grado proposta a giudice incompetente, alla instaurazione del processo d'impugnazione introdotto avanti al giudice "incompetente" (cioè diverso da quello legittimato a riceverla secondo le regole dettate in proposito) comporta l'adozione di una scelta di favore per chi esercita il diritto di impugnazione sbagliando ad individuare il giudice, la quale sarebbe del tutto priva di coerenza con le scelte, questa volta espresse (e, pertanto, tali da dover essere considerate particolarmente significative ai fini della valutazione di compatibilità presupposto dell'estensione analogica) con le quali il legislatore ha assoggettato l'esercizio del diritto di impugnazione ad una serie di regole in punto di inammissibilità ed improcedibilità*" (Cass., sez. III, 10.2.2005, n. 2709).

34. È peraltro interessante osservare, soprattutto ai fini che qui rilevano, che la Suprema Corte, proprio nel precedente testé richiamato, abbia sottolineato, seppur *incidenter tantum* e con un'argomentazione che disvela tutta la sofferta problematicità della questione, che una norma come l'art. 50 c.p.c., che consente la *translatio iudicii* avanti al giudice competente, ha carattere di favore per colui che agisce in giudizio, sebbene, una volta posta a raffronto con il sopravvenuto ordine costituzionale e segnatamente con la garanzia del diritto di azione anche in termini

di effettività sottesa nel primo comma dell'art. 24 della Costituzione, “*non sembri presentarsi come costituzionalmente dovuta, ancorché l'ipotesi della sua assenza si valuti in termini di ricadute su quella effettività*” (Cass., sez. III, 10.2.2005, n. 2709).

35. La Corte, proprio in tale ultimo passaggio motivazionale, non ha mancato di sottolineare la particolare delicatezza, sul piano della compatibilità con il principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., di tutte le ipotesi “*in cui l'azione in giudizio per la tutela di un certo diritto sia assoggettata ad un termine decadenziale, destinato a consumarsi comunque inutilmente con l'atto introduttivo avanti al giudice incompetente: riguardo ad esse, peraltro, proprio la severità del legislatore nel voler assoggettata la tutela giurisdizionale ad un termine decadenziale renderebbe non incoerente l'assenza della regola dell'art. 50 cod. proc. civ., ma ciò non toglie che non sarebbe incoerente una soluzione che attribuisca comunque all'introduzione del processo avanti al giudice incompetente l'effetto di impedire la decadenza, in quanto atto di esercizio della tutela giurisdizionale e, quindi, esercizio dell'azione, assoggettata al termine decadenziale*”.

36. L'orientamento seguito dal giudice della nomofilachia, nella giurisprudenza civile, pone dunque, anche per le ragioni appena menzionate e ben espresse dalla Suprema Corte, ulteriori e più gravi interrogativi, proprio e anzitutto sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale, nell'esame della questione, che si devolve alla cognizione dell'Adunanza Plenaria, di fronte al dato normativo attualmente vigente per la disciplina del processo amministrativo, che assoggetta a brevi termini decadenziali non solo l'esercizio dell'azione di annullamento, quale tradizionale “regina delle azioni”, secondo l'icastica espressione di autorevole dottrina, nel giudizio amministrativo, ma anche quella di risarcimento e quella di nullità.

37. Anzitutto l'argomento testuale, al quale la giurisprudenza civile ricorre per escludere l'applicazione della *translatio iudicii* nel giudizio di appello, non sembra sia applicabile al giudizio amministrativo.

38. Il codice del processo amministrativo, infatti, delinea e definisce espressamente la “*competenza*” del Consiglio di giustizia amministrativa (art. 100) per le

impugnazioni proposte avverso le sentenze del T.A.R. Sicilia.

39. Il rapporto tra i due organi giurisdizionali d'appello – Consiglio di Stato e Consiglio di giustizia amministrativa – viene ormai ricostruito in termini di riparto di competenza territoriale rispetto alle rispettive attribuzioni giurisdizionali, almeno a far data dalla sentenza n. 21 del 1978 dell'Adunanza Plenaria, sicché appare difficile negare che tale criterio di riparto non rientri nella nozione tecnica di competenza.

40. Se così è, come sembra doversi ritenere sulla base dello stesso tenore letterale dell'art. 100 c.p.a., occorre anche chiedersi se non debba applicarsi, in quanto compatibile, anche al giudizio di secondo grado la disciplina della competenza fissata per il giudizio di primo grado, riconoscendo la possibilità di riassumere il giudizio appello davanti al giudice competente.

41. La diversità tra la disciplina dell'incompetenza dichiarata in primo grado e la disciplina dell'incompetenza dichiarata in secondo grado, in assenza di una espressa previsione del codice del processo amministrativo per quest'ultima, non potrebbe infatti giustificarsi, come afferma la giurisprudenza della Suprema Corte nel processo civile, alla stregua del rilievo che l'individuazione del giudice funzionalmente e territorialmente competente a conoscere dell'impugnazione non sarebbe una questione di "competenza", *stricto sensu* intesa, bensì di ammissibilità (o proponibilità) dell'impugnazione, poiché sembra ostare a tale conclusione proprio la lettera dell'art. 100 c.p.a., a meno che non si voglia ritenere – ciò che, invero, sembra arduo ammettere nonostante l'art. 1, comma 2, del d. lgs. 373/2003 definisca la sezione giurisdizionale del Consiglio di Giustizia amministrativa mera "sezione staccata" del Consiglio di Stato – che l'espressione "*competenza*", contenuta nella disposizione, sia stata usata dal legislatore in senso atecnico e improprio.

42. Nemmeno l'argomento sistematico dell'individuazione del giudice d'appello come condizione di ammissibilità/proponibilità della domanda, al quale la

prevalente giurisprudenza civile ricorre per escludere la *translatio iudicii* avanti al giudice d'appello competente, sembra possa ritenersi decisivo nel giudizio amministrativo.

43. L'inammissibilità, categoria disciplinata ora in via generale dalla legge processuale amministrativa nell'art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a., è infatti solo la conseguenza e l'effetto del vizio processuale dal quale è affetto l'atto processuale (nel caso di specie, il ricorso in appello proposto a giudice "incompetente"), ma nulla dice circa l'origine, la causa e la natura di tale vizio, riferendosi genericamente – al di là dell'ipotesi, qui non ricorrente, del difetto di interesse – ad "*altre ragioni ostative ad una pronuncia di merito*".

44. La stessa Suprema Corte (Cass., sez. I, 4.12.2012, n. 21717), seppur nel diverso contesto normativo dell'ordinamento processuale civile, ha operato una distinzione, nel definire i vizi che comportano la consumazione del potere di impugnare, chiarendo che il vizio causativo dell'impugnazione inammissibile può essere di carattere *strutturale*, per il mancato rispetto delle norme processuali che disciplinano i requisiti di contenuto-forma dell'atto (art. 342 c.p.c.), o di carattere *funzionale*, per il mancato rispetto delle norme processuali dettate per la instaurazione del contraddittorio dinanzi al giudice (artt. 347 e 348 c.p.c.).

45. Il dubbio circa la riconducibilità del vizio-incompetenza del giudice d'appello ad una delle due categorie – vizio strutturale e vizio funzionale – permane, nel codice del rito amministrativo, e non è risolto dalla generale definizione di inammissibilità che si rinviene nell'art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a., sicché l'affermata (o negata) consumazione del potere impugnatorio non può prescindere dall'analisi del vizio processuale che ha determinato l'inammissibilità dell'appello.

46. Se l'inammissibilità dell'appello è la conseguenza dell'incompetenza del giudice d'appello, quindi, occorre chiedersi se l'impugnazione proposta al giudice incompetente sia affetta in radice da un *error in procedendo* tale che, come sembra ritenere la Suprema Corte nel giudizio civile, essa consumi irrimediabilmente il

potere di impugnare, perché atterrebbe ad una condizione di ammissibilità o proponibilità dell'impugnazione e farebbe "scolarare" e passare in secondo piano lo stesso presupposto, meramente descrittivo e atecnico, della "incompetenza", o non sia al contrario affetta da un vizio emendabile con la riassunzione perché riconducibile, in senso proprio e tecnico, alla violazione delle regole generali sulla competenza, con tutto ciò che ne consegue, per la naturale *vis expansiva* di tali regole, sulla possibilità della *translatio iudicii* avanti al giudice d'appello competente.

47. Si è già detto che la giurisprudenza civile, chiamata ad affrontare analogo problema, lo ha per lo più risolto affermando che "*si accettasse l'applicabilità dell'art. 50 all'atto di impugnazione introdotto avanti a giudice diverso da quello legittimato a ricevere l'impugnazione si avallerebbe una soluzione salvifica dell'impugnazione altrimenti inammissibile per un vizio ad essa inerente (tale essendo l'individuazione del giudice) senza una base normativa come quella esistente per l'inammissibilità che conseguirebbe alla nullità dell'atto di appello viziato nella vocatio in jus (art. 359 cod. proc. civ., in relazione all'art. 164, commi 1°, 2° e 3°, cod. proc. civ.), essendo assolutamente carente una norma che dica applicabile l'art. 50 all'erronea individuazione del giudice dell'impugnazione*" e che non "*potrebbe pensarsi che, essendo l'art. 50 norma della disposizioni generali, dovrebbe dirsi automaticamente applicabile al processo di impugnazione, atteso che tale applicabilità dovrebbe sempre verificarsi in termini di compatibilità e, sotto tale profilo, [...] risulterebbe incompatibile con la disciplina che [...] il legislatore ha dato dei vizi dell'atto di impugnazione sanzionandoli con l'inammissibilità*" (Cass., sez. III, 10.2.2005, n. 2709).

48. Occorre attentamente verificare l'estensibilità di tali argomenti anche al giudizio amministrativo, per le ragioni appena esposte, soprattutto alla luce di una considerazione sistematica del ben diverso e nuovo dato positivo offerto dal codice del processo amministrativo.

49. E tale verifica si impone, ancor più, ove si consideri che la stessa giurisprudenza civile non si mostra coesa, nel negare l'applicazione della *translatio iudicii* al giudizio di appello, proprio nell'ipotesi in cui l'errore della parte appellante

cada sulla competenza territoriale del giudice adito, allorquando, cioè, essa proponga impugnazione, ad esempio, ad una Corte d'Appello di un distretto diverso da quello nel quale ha sede il Tribunale che ha reso la sentenza impugnata.

50. Mentre la Cassazione è costante nell'affermare la radicale inammissibilità dell'appello proposto a giudice d'appello funzionalmente incompetente (è il caso, ad esempio, dell'appello contro la sentenza del giudice di pace proposto alla Corte d'Appello anziché al Tribunale), infatti, essa introduce delle distinzioni e mostra delle oscillazioni proprio nell'ipotesi, analoga a quella di cui qui si controverte e dubita, dell'appello proposto a giudice territorialmente incompetente.

51. Deve registrarsi, in seno alla stessa giurisprudenza civile, un orientamento, seppur minoritario e meno recente, incline a ritenere che *“l'appello proposto davanti ad un giudice incompetente non configura un'ipotesi di inammissibilità dell'impugnazione ai sensi dell'art. 358 del codice di rito, ma vale ad instaurare un valido rapporto processuale suscettibile di proseguire dinnanzi al giudice competente (essendo possibile, attraverso il meccanismo della riassunzione, trasferire e proseguire il rapporto processuale originario dinnanzi all'organo dichiarato competente), soltanto nel caso in cui l'incompetenza del giudice adito sia meramente territoriale; e che tale principio non trova applicazione nel caso in cui l'appello sia stato proposto davanti allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza oggetto del gravame, ossia nel caso di incompetenza funzionale del giudice adito”* (Cass., sez. I, 30.8.2004, n. 17395).

52. Anche nell'ordinamento processuale civile, dunque, sussiste un dubbio e un contrasto in ordine alla possibilità di riconoscere la *translatio iudicii* di fronte al giudice d'appello (solo) territorialmente competente.

53. La questione è, in altri termini e conclusivamente, se il vizio dell'impugnazione, in quanto attinente all'individuazione del giudice d'appello (territorialmente) competente, sia insanabile e irrimediabile, traducendosi in una radicale inammissibilità dell'appello, o sia idoneo comunque a radicare un valido rapporto processuale suscettibile di proseguire, previa riassunzione ai sensi dell'art. 15, comma 4, c.p.a., davanti al giudice competente.

54. La ripartizione delle attribuzioni giurisdizionali tra Consiglio di Stato e Consiglio di giustizia amministrativa, quali giudici d'appello e, dunque, entrambi di pari grado, è basata infatti su un criterio di competenza territoriale, sicché ben potrebbe la *translatio iudicii* essere disposta, laddove se ne riconoscesse l'ammissibilità, da un giudice all'altro di pari (e secondo) grado.

55. Non è questa la sede per addentrarsi nell'esame della *vexata quaestio* del rapporto tra Consiglio di Stato e Consiglio di giustizia amministrativa, il quale gode di un particolare statuto giuridico, di fondamento costituzionale, connesso all'autonomia riconosciuta alla Regione siciliana.

55.1. Rileva tuttavia il Collegio, per quanto di interesse ai fini del presente giudizio, che la possibilità di una *translatio iudicii* dall'uno all'altro giudice di appello sembra essere avvalorata e rafforzata dalla chiara previsione dell'art. 1, comma 2, del d. lgs. 373/2003, il quale espressamente stabilisce che le due sezioni, giurisdizionale e consultiva, del Consiglio di giustizia amministrativa costituiscono “*sezioni staccate del Consiglio di Stato*”, tanto da poter far ritenere che la *translatio iudicii*, al di là dell'indubbia competenza funzionale riconosciuta al Consiglio di giustizia amministrativa, integri una forma di riassunzione davanti ad una diversa articolazione territoriale, per quanto connotata da una forte autonomia di fondamento e di rilievo costituzionale, dello stesso organo giurisdizionale.

56. Il dubbio e il contrasto, delineatisi nella giurisprudenza amministrativa forse con minor evidenza rispetto a quella civile, acquistano maggiore gravità, anche alla luce del differente contesto normativo introdotto dal codice del processo amministrativo, per la particolare e più spiccata importanza che il principio della *translatio iudicii* assume in un processo, come quello amministrativo, nel quale gran parte delle azioni sono soggette ad un ristretto termine decadenziale.

57. E proprio tale dubbio e tale contrasto il Collegio ritiene doveroso, per l'incertezza e per le oscillazioni manifestatesi al riguardo in giurisprudenza, per la necessità di un armonico temperamento tra i richiamati principi, anche alla luce

di quanto prevedono il d. lgs. 373/2003 e il codice del processo amministrativo, e, soprattutto, per la gravità delle conseguenze che ne discendono per l'odierno appellante, sottoporre all'esame dell'Adunanza Plenaria, non senza rilevare, da ultimo ma non per ultimo, che proprio l'eventuale irreversibilità e irrimediabilità degli effetti processuali, conseguente alla declaratoria di inammissibilità dell'appello non assistita dalla *translatio iudicii*, appare questione di estrema delicatezza, in un'ottica orientata al rispetto dei principi degli artt. 24 e 111 Cost., ove si consideri che la riassunzione del processo avanti al giudice competente è regola, anche nel nuovo processo amministrativo, intesa a salvaguardare la parte ricorrente dalla decadenza che inevitabilmente discenderebbe, altrimenti, dall'*error in procedendo* compiuto nella scelta del giudice territorialmente incompetente.

Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, potrebbe emergere anche la considerazione che, quando si tratti dell'esercizio dell'azione in primo grado, l'individuazione del giudice competente è regolata (tanto in sede civile quanto in quella amministrativa) da norme relativamente complesse e in varie fattispecie di non sicura applicazione, il che giustifica la scelta del legislatore di conservare comunque gli effetti utili dell'atto introduttivo, quasi per una presunzione *ope legis* di "scusabilità dell'errore"; laddove in secondo grado l'individuazione del giudice competente è assolutamente univoca, e l'eventuale errore della parte non presenta alcun margine di scusabilità.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., rimette il giudizio, per le ragioni espresse in parte motiva, all'esame dell'Adunanza Plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)