



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

R.G.N. 4544/2009

Dott. SALVATORE SENESE	- Primo Presidente f.f. -	Cron. 17349
Dott. ANTONINO ELEFANTE	- Presidente di Sezione -	Rep.
Dott. MASSIMO ODDO	- Consigliere -	Ud. 09/06/2009
Dott. GIOVANNI SETTIMI	- Consigliere -	PU
Dott. FRANCESCO FELICETTI	- Consigliere -	
Dott. ANTONIO SEGRETO	- Rel. Consigliere -	
Dott. SALVATORE SALVAGO	- Consigliere -	
Dott. FABRIZIO FORTE	- Consigliere -	
Dott. ALFONSO AMATUCCI	- Consigliere -	

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 4544-2009 proposto da:

ARIETE FATTORIA LATTE SANO SOCIETA' (00809660152), in
persona del legale rappresentante pro-tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE PARIOLI 180,
presso lo studio legale SANINO, rappresentata e difesa
dagli avvocati SANINO MARIO, BRASCHI FRANCESCO LUIGI,
ARBIB RICCARDO, per procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

CIRIO FINANZIARIA S.P.A. in Amministrazione straordinaria, in persona dei Commissari Attilio Zimatore, Lucio Francario, Luigi Farenga, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA PRINCIPESSA CLOTILDE 2, presso lo studio dell'avvocato CLARIZIA ANGELO, che li rappresenta e difende per procura a margine del controricorso;

PARMALAT S.P.A. (04030970968), in persona del Presidente pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DORA 1, presso lo studio dell'avvocato CERULLI IRELLI VINCENZO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati BASSI FRANCO, D'ERCOLE STEFANO, MALINCONICO CARLO, per procura a margine del controricorso;

ATIR - ASSOCIAZIONE PER LA TUTELA DELLE ISTITUZIONI DELLA CITTA' DI ROMA E DEI ROMANI, in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA LUCREZIO CARO 38, presso lo studio dell'avvocato DE FRANCESCO GIOVANNI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato LO MASTRO GIUSEPPE, per procura in calce al controricorso;

COMUNE DI ROMA (02438750586), in persona del Sindaco pro-tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEL TEMPIO DI GIOVE 21, presso gli Uffici dell'Avvocatura Comunale, rappresentato e difeso dall'avvocato SABATO NICOLA, per procura a margine del controricorso;

- **controricorrenti** -

nonchè contro

EUROLAT S.P.A., COMITATO DIFESA DIRITTI DEI LAVORATORI
DELLA CENTRALE DEL LATTE DI ROMA, J.P. MORGAN -
GUARANTEE TRUST OF NEW YORK, MORGAN GUARANTY TRUST CO.
OF NEW YORK, GRANAROLO S.P.A.;

- intimati -

avverso la decisione n. 5845/2008 del CONSIGLIO DI
STATO, depositata il 26/11/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 09/06/2009 dal Consigliere Dott. ANTONIO
SEGRETO;

uditi gli avvocati Mario SANINO, Francesco Luigi
BRASCHI, Riccardo ARBIB, Vincenzo CERULLI IRELLI, Nicola
PALOMBI per delega dell'avvocato Stefano D'Ercole,
Franco BASSI, Carlo MALINCONICO, Angelo CLARIZIA, Nicola
SABATO, Giuseppe LO MASTRO;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott.
DOMENICO IANNELLI, he ha concluso per il rigetto del
primo motivo del ricorso; accoglimento del secondo
motivo (A.G.A.).

Svolgimento del processo

La spa Ariete Fattoria Latte Sano con ricorso notificato il 27 ottobre 2000 proponeva innanzi al Tar del Lazio impugnazione del silenzio-rigetto, formatosi sull'atto in data 18 luglio 2000 con il quale essa aveva diffidato e messo in mora il Comune di Roma ad attivarsi in sede di autotutela a risolvere il contratto di vendita stipulato nel 1988 con la spa Cirio, avente ad oggetto il 75% della quota azionaria della spa Centrale del latte di Roma, ed altresì ad indire una nuova gara per la corretta cessione della quota stessa ed a risarcire i danni ad essa istante. Affermava di avere partecipato al procedimento di selezione del contraente di tale vendita, conclusa poi a trattativa diretta; che la Cirio s.p.a presentava un'offerta di €. 80 miliardi (a fronte di quella di €. 37,5 miliardi della spa Ariete Fattoria Latte Sano) e si aggiudicava la gara; che la Cirio, in violazione di apposita pattuizione che prevedeva il divieto di cessione ulteriore del bene in questione per cinque anni, aveva conferito il pacchetto azionario appena acquistato alla spa Eurolat da essa interamente controllata, al fine di cedere quest'ultima conclusivamente alla Parmalat spa.

Precisava che il Comune di Roma nel 1999 aveva concluso una transazione con le predette spa Cirio e Parmalat con la quale aveva chiuso la vicenda, ad onta dell'inadempimento dell'acquirente Cirio.

Il Tar, con sentenza del 28 gennaio 2003, declinava la propria giurisdizione ritenendo estranea a quella amministrativa ogni

vicenda successiva alla stipulazione del contratto ed alla procedura di selezione del contraente e dichiarava pertanto inammissibile il ricorso. Il Tar peraltro rilevava che, ove mai si fosse ritenuta superabile la predetta inammissibilità, l'ipotetico accoglimento del gravame avrebbe potuto comportare solo l'ordine alla Amministrazione di rispondere alla intimazione, ma non certo la determinazione del contenuto sostanziale di tale ordine.

Sull'appello della spa Ariete, il Consiglio di Stato con sentenza del 14 luglio 2003 dichiarava la giurisdizione del G.A. e rinviava la causa ad altra sezione del Tar originariamente adito.

Avverso questa sentenza proponeva ricorso per Cassazione il Comune di Roma. La Corte di cassazione, Sez. Unite, con sentenza del 03/05/2005, n.9103, rigettava il ricorso affermando la giurisdizione del G.A..

Il giudizio veniva riassunto davanti al TAR, che accoglieva in parte il ricorso della società Ariete, con sentenza n. 2883/2006, sul presupposto dell'operatività della clausola risolutiva espressa.

Il Consiglio di Stato con sentenza n. 247/2006 annullava la sentenza per difetto di contraddittorio.

Il tribunale amministrativo con sentenza del 27.7.2007, n. 7119, accoglieva il ricorso affermando che vi era stata un'indebita rinegoziazione delle clausole contrattuali, che tale rinegoziazione infraquinquennale aveva determinato la nullità degli atti di gara e di quelli contrattuali.

Avverso questa sentenza hanno proposto appello la Parmalat, il Comune di Roma, e la Cirio. I tre appelli sono stati riuniti tra di loro, nonché all'appello proposto dalla s.p.a. Ariete avverso la sentenza del TAR Lazio n. 3347/2007 che aveva rigettato il ricorso contro la sua esclusione dalla trattativa diretta.

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza n.5845 depositata il 28.11.2008, dichiarava improcedibile l'appello della s.p.a. Ariete avverso la sentenza n. 3347/2007 per carenza di interesse dal momento che l'appellante non aveva mai contestato l'esito della trattativa diretta. Accoglieva, invece, gli altri tre appelli e respingeva il ricorso di primo grado della s.p.a. Ariete.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto, contrariamente al Tar, che non vi fosse stata nella fattispecie una cristallizzazione della clausola contrattuale che prevedeva nel caso di rivendita infraquinquennale la risoluzione di diritto del contratto di cessione ordinaria; che, essendo avvenuta la cessione attraverso la trattativa diretta, non poteva sussistere la cristallizzazione di clausole antecedenti alla strutturazione del contratto; che, essendo stata prevista nel contratto una penale di un miliardo di lire in caso di violazione del patto di inalienabilità infraquinquennale, era solo dovuto il pagamento di un congruo ristoro in favore del Comune, purchè questi avesse dato, come appunto era avvenuto, il suo consenso alla cessione.

Riteneva, inoltre, il Consiglio di Stato che la negoziazione era avvenuta nei modi e con le forme tipiche previste dalla legge, che non vi era stata alcuna rinegoziazione di clausole contrattuali;

che il Tar aveva operato un'inammissibile mutatio li
pretendendo di avere titolo, sulla base delle sentenze della
Cassazione e del Consiglio di Stato, per valutare il complessivo
operato dell'Amministrazione, segnatamente passando alla
declaratoria della nullità dei contratti di diritto privato.

Rilevava il Consiglio di Stato che "gli atti di diritto privato
posti in essere non sono nulli e, alla stregua di quanto rilevato,
neppure annullabili: in ogni caso la relativa declaratoria di tali
effetti non compete al giudice amministrativo, bensì all'Autorità
giudiziaria ordinaria così che la pronuncia in esame ha violato in
modo consistente i canoni del riparto di giurisdizione".

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione la spa
Ariete Fattoria Latte Sano.

Resistono con rispettivi controricorsi la Cirio Finanziaria s.p.a.
in Amministrazione straordinaria, la Atir (Associazione per la
tutela delle istituzioni della città di Roma e dei Romani), la
Parmalat s.p.a. ed il Comune di Roma.

Tutte le parti hanno presentato memoria.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta il difetto
di giurisdizione e la violazione e falsa applicazione degli artt.
25 e 111 cost., 51, 158, 276, 239 c.p.c. 114, 119 e 131 disp.
att. c.p.c., 47 r.d. n. 642/1907, 7 bis, 7 ter, 104 e 108 del r.d.
n. 12/1941; 1 l. n. 186/1982.

Assume la ricorrente che il presidente del Consiglio di Stato,
dr. La Medica, doveva astenersi, così come effettuato nel

giudizio n. r. 4472/2007, relativo alla sentenza del
3347/2007, con cui era stato respinto il ricorso di ~~essa~~
ricorrente contro la determinazione del Comune di Roma di
escluderla dalla procedura per irregolarità della fideiussione, in
quanto già presidente della sezione del Tar che aveva emesso tale
sentenza.

Lamenta la ricorrente che il ricorso avverso tale sentenza non
doveva essere riunito con i tre ricorsi (di Comune, Parmalat e
Cirio) avverso la sentenza del Tar n. 7119/2007, con la
conseguenza che il presidente La Medica non avrebbe dovuto
astenersi in tale altro giudizio riunito; che, così operando,
erano state violate le norme in tema di riunione di ricorsi e di
astensione.

Secondo la ricorrente anche la sostituzione del quinto componente
del collegio, a seguito dell'astensione del presidente La Medica,
con il cons. Carlotti, è *contra legem*, dovendo essere il collegio
integrato con il cons. Caringella, che era il più anziano nel
ruolo; che essa ricorrente solo con la lettura del dispositivo
aveva avuto cognizione delle sostituzioni predette, mentre doveva
esserne avvertita preventivamente.

Assume, infine, la ricorrente che il vizio di irregolare
composizione dell'organo giudicante va ricondotto nello schema del
difetto di giurisdizione.

2.1. Il motivo è infondato e va rigettato.

Va anzitutto riconfermato il principio (Cass. S.U., 30/06/2008,
n.17766; S.U. 05/06/2006 n. 13176) per cui i motivi inerenti alla

giurisdizione - in relazione ai quali soltanto è ammesso, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c., e dell'art. 362 cod. proc. civ., il sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato - vanno identificati nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato (in positivo o in negativo) l'ambito della giurisdizione in generale o i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione, ossia quando abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenesse ad altro giudice, ovvero ancora quando, in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo sindacato della legittimità degli atti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito. È inammissibile, pertanto, il ricorso per cassazione con il quale si denunci un cattivo esercizio da parte del Consiglio di Stato della propria giurisdizione, vizio che, non può essere dedotto dinanzi alle Sezioni Unite della Suprema Corte.

2.2. Siccome il sindacato delle sezioni unite della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale è circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, ovvero all'esistenza dei vizi che attengono all'esercizio della funzione giurisdizionale e non al modo del suo esercizio, il suddetto sindacato non è esperibile per censurare gli errori "in iudicando" o "in procedendo", attenendo all'esplicazione interna del potere

giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo (Cass. Sez. Unite, 27/06/2003, n.10287).

Ne consegue che nella fattispecie sono inammissibili tutte le censure relative alla violazione delle norme processuali in tema di astensione del giudice o di composizione del collegio.

3.1. Né può ritenersi che le assunte violazioni delle norme in tema di astensione e sostituzione del giudice possano integrare un difetto di giurisdizione dell'organo giudicante. E' giurisprudenza pacifica di questa Corte che l'eventuale partecipazione alla decisione di magistrato che avrebbe dovuto astenersi, ai sensi dell'art. 51 c.p.c., e per converso la non partecipazione di un magistrato che non avrebbe dovuto astenersi, non può di per sé integrare mancanza di giurisdizione del collegio giudicante, come tale deducibile con ricorso per tassazione a norma dell'art. 111 Cost., comma 3, atteso che detta carenza di giurisdizione, in relazione all'illegittima composizione dell'organo giudicante, è ravvisabile solo nelle diverse ipotesi (non ricorrenti nella fattispecie in esame) di alterazioni strutturali dell'organo medesimo, per vizi di numero o di qualità dei suoi membri, che ne precludano l'identificazione con quello delineato dalla legge (Cass. sez. un. n. 4589 del 1978 ed ord. n. 146 del 2000).

3.2. L'asserita irregolarità della composizione del collegio - sotto il profilo della assunzione delle funzioni di presidente da parte del consigliere Filoreto D'Agostino (per effetto dell'astensione del presidente) e dell'integrazione del collegio giudicante con un consigliere in luogo di un altro - non può

essere dedotta con ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per difetto di giurisdizione, atteso che tale ricorso è esperibile solo per violazioni dei limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali di detto Giudice amministrativo, e che siffatta violazione è ravvisabile, rispetto ai vizi di costituzione dell'organo giudicante, esclusivamente quando i vizi medesimi si traducano nella non coincidenza di tale organo con quello delineato dalla legge, per effetto di alterazione della sua struttura ovvero di totale carenza di legittimazione di uno o più dei suoi componenti, condizione che non si può ravvisare nella formazione del collegio giudicante con la partecipazione di componenti muniti dello "status" di magistrati del Consiglio Cass. civ., Sez. Unite, 16/01/2007, n.753; Cass. civ., Sez. Unite, 19/05/2008, n.12644).

In questa linea, la giurisprudenza di questa Corte ha ravvisato un difetto di giurisdizione per decisioni adottate dal Consiglio di Giustizia Amministrativa siciliana in caso di assoluta inidoneità di componenti del collegio a farne parte (cfr. Cass. Sez. Un. 19 ottobre 1983 n. 6125, 23 maggio 1984 n. 3168); ha peraltro costantemente escluso che tale vizio sia ravvisabile in ipotesi diverse, in cui non sussista la totale carenza di legittimazione di uno o più dei componenti, come nel caso di partecipazione di un primo referendario non relatore (munito dello status di magistrato del Consiglio) senza un provvedimento di chiamata in supplenza di Consigliere assente o impedito (Cass. Sez. Un. 21 aprile 1982 n. 2476, 5 novembre 1998 n. 973), di mancata

astensione di un membro del collegio che avrebbe dovuto astenersi ai sensi dell'art. 51 cod. proc. civ. (Cass. Sez. Un. 16 dicembre 1987 n. 9305, 7 dicembre 2000 n. 146, 1 giugno 2006 n. 13034).

3.3. Segnatamente è stato già statuito che, con riguardo a decisione resa dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, l'irregolarità della composizione del collegio, sotto il profilo della sostituzione del presidente o dell'integrazione del collegio stesso con altro consigliere senza le prescritte autorizzazioni, non può essere dedotta con ricorso alle Sezioni unite della Corte di Cassazione, atteso che tale ricorso è esperibile solo per violazioni dei limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali di detto giudice amministrativo, e che siffatta violazione è visibile, rispetto ai vizi di costituzione dell'organo giudicante, esclusivamente quando i vizi medesimi si traducano nella non coincidenza di tale organo con quello delineato dalla legge, per effetto di alterazione della sua struttura ovvero di totale carenza di legittimazione di uno o più dei suoi componenti (Cass. Sez. Unite, 11/12/1992, n.870).

4. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta il difetto di giurisdizione in relazione agli art. 37 e 276 c.p.c., e 30 l. n. 1034/1971.

Assume la ricorrente che erroneamente la sentenza impugnata ha affermato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla richiesta di declaratoria di nullità del contratto per divieto di rinegoziazione delle clausole dell'invito a contrarre. Ritiene la ricorrente che la giurisdizione ~~si~~ appartenga, anche

in merito alla nullità dei contratti, in via esclusiva al G.A. sulla base della sentenza del Consiglio di Stato n. 4167/2003 e di quella della Cass. S.U. n. 9103/2005, che investono la giurisdizione sull'intera questione.

Secondo la ricorrente in ogni caso si era formato il giudicato implicito sulla giurisdizione amministrativa relativa alla questione della nullità dei contratti, tenuto conto che sul punto di merito si era pronunciato il Tar e che nessuna parte aveva impugnato davanti al Consiglio di Stato la sentenza per difetto di giurisdizione, in applicazione dei principi fissati da Cass. S.U. 28545 del 2008.

1. Il motivo è fondato.

Le S.U. di questa Corte con sentenza (riguardante questa controversia) del 3/05/2005, n.9103, decidendo sul ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato n. 4167/2003, hanno statuito che in tema di procedure di privatizzazione o di dismissione d'impresе o beni pubblici, l'impugnazione, da parte del partecipante alla gara, del silenzio rigetto formatosi sull'atto di diffida e messa in mora della P.A. ad attivarsi, in sede d'autotutela, a risolvere il contratto e ad indire una nuova gara a seguito dell'inadempimento del contraente privato (che, nella specie, aveva proceduto alla vendita del pacchetto azionario in violazione del divieto temporaneo d'alienazione), è volta a censurare l'esercizio illegittimo, quanto al rapporto sostanziale fatto valere, dei poteri della P.A., e, denunciando la lesione dell'interesse legittimo al corretto svolgimento della gara per la

dismissione della (partecipazione azionaria nella) impresa pubblica, rientra, in ragione della consistenza della situazione giuridica tutelata, nella competenza giurisdizionale del Giudice amministrativo, al quale spetta conoscere - ai sensi dell'art. 7, lettera c), della legge 21 luglio 2000, n. 205, con cui è stato novellato il testo dell'art. 35 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 - anche della domanda di reintegrazione in forma specifica dell'interesse legittimo leso (mediante la declaratoria dell'obbligo della P.A. di risolvere il contratto precedentemente stipulato), trattandosi di richiesta di pronuncia di risarcimento del danno inteso quale diritto patrimoniale consequenziale.

In particolare ritenevano le S.U. che : "Il petitum della Ariete al Tar, quindi, è di annullamento di tutta la complessa operazione a partire dalla aggiudicazione che è stata posta in essere dal Comune per la dismissione in questione. E' ben vero che Ariete Latte Sano avanza anche una domanda di declaratoria dell'obbligo di risolvere il contratto stipulato con la Cirio, ma ciò sempre in ragione della denunciata illegittimità della operazione ed in vista della indizione di una nuova gara, come si trae dal riferimento in ricorso alla reintegrazione in forma specifica del suo interesse legittimo leso ai sensi dell'art 35 del d.lgs. n. 80 del 1998 nel testo successivo all'intervento della legge n. 205 del 2000. Parimenti tali circostanze vengono considerate quali cause di pregiudizio economico ma ciò, ancora una volta, lungi dal caratterizzare la vicenda come estranea alla G.A., delinea un assetto disciplinato dalla legge n. 205 del 2000, nel vigore della

quale la domanda venne proposta. La spa Ariete infatti allegando le ragioni che a suo dire avevano indotto la P.A. a tenere il comportamento omissivo che si chiedeva di dichiarare illegittimo, tende al riesame della precedente attività amministrativa ed all'accertamento della sua illegittimità, anche al fine di una pronuncia di risarcimento del danno inteso quale diritto patrimoniale consequenziale.

Siffatta domanda non fuoriesce dalla giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art 7 lettera e) della legge n 205 del 2000."

Dalla predetta sentenza emerge che le S.U. hanno affermato la giurisdizione dell'AGA ai fini della domanda di annullamento di tutta la complessa operazione, ivi compresa la stessa declaratoria dell'obbligo della p.a. di annullamento dei contratti, quale forma di reintegrazione in forma specifica.

5.2. In ogni caso, anche a prescindere dalla predetta sentenza, il giudicato sulla giurisdizione del Giudice amministrativo nei confronti di tutte le parti presenti nel presente giudizio si è formato implicitamente per effetto della sentenza del Tar 27 luglio 2007, n. 7119, oggetto dell'appello deciso dal Consiglio di Stato, con la sentenza attualmente impugnata per cassazione.

Va, infatti, osservato che tale sentenza del TAR ha statuito sulla nullità dei contratti di diritto privato tra il Comune, la Cirio, Eurolat e Parmalat. Questa sentenza, che è stato oggetto di appello da parte di Cirio, Parmalat e del Comune di Roma, non è stata però censurata sotto il profilo del difetto di

giurisdizione, in merito alla statuizione di nullità dei contratti detti.

Ciò comporta che sul punto si è formato il giudicato.

5.3. Queste S.U. (n. 24883/2008; n. 28545/2008) hanno infatti statuito che l'interpretazione dell'art. 37 cod. proc. civ., secondo cui il difetto di giurisdizione "è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo", deve tenere conto dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo ("asse portante della nuova lettura della norma"), della progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza e dell'affievolirsi dell'idea di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, essendo essa un servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, per la realizzazione del diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli. All'esito della nuova interpretazione della predetta disposizione, volta a delinearne l'ambito applicativo in senso restrittivo e residuale, ne consegue che: 1) il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 cod. proc. civ. (non oltre la prima udienza di trattazione), fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado; 2) la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; 3) le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice

di legittimità; 4) il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito. In particolare, il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione.

5.4. Da ciò consegue che la sentenza impugnata non può ^{oltre} affermare la giurisdizione del giudice ordinario, relativamente alla dichiarazione di nullità o di annullamento dei contratti in questione intervenuti tra il Comune di Roma e le altre parti private, essendosi sul punto formato il giudicato implicito, per mancanza di impugnazione relativamente alla giurisdizione della sentenza del TAR.

5.5. Di nessun rilievo (ai fini di una pretesa carenza di interesse all'impugnazione, sostenuta da una parte resistente) è la circostanza che il Consiglio di Stato, pur affermando che nella fattispecie sussistesse la giurisdizione del giudice ordinario, affermi nello stesso § 151 che "gli atti di diritto privato posti in essere non sono nulli e, alla stregua di quanto rilevato, neppure annullabili" mentre in precedenza aveva rilevato (§ 126 - 127) che il Tar aveva effettuato una *mutatio libelli*, valutando il complessivo operato dell'amministrazione e, quindi anche la pretesa nullità dei contratti.

Infatti, qualora il giudice abbia declinato la sua giurisdizione, spogliandosi della "potestas iudicandi" in relazione al merito

della controversia e, ciononostante abbia impropriamente inserito nella sentenza argomentazioni sul merito, la parte soccombente non ha l'onere né l'interesse ad impugnare. Conseguentemente è ammissibile l'impugnazione che si rivolga alla sola statuizione pregiudiziale ed è viceversa inammissibile, per difetto di interesse, l'impugnazione nella parte in cui pretenda un sindacato anche in ordine alla motivazione sul merito, svolta "ad abundantiam" nella sentenza gravata. (Cass. civ., Sez. Unite, 20/02/2007, n.3840; Cass. 05/07/2007, n.15234)

5.6. Con la declaratoria di difetto di giurisdizione, che in particolare qui viene in rilievo, il giudice definisce e chiude il giudizio.

Da ciò consegue che in questo caso le considerazioni di merito ovvero quelle attinenti ad altre ~~ad~~ questioni pregiudiziali, ma logicamente posposte a quelle della giurisdizione, che comunque egli abbia svolto, restano irrimediabilmente fuori, appunto, dalla decisione, non tanto perchè esse non trovano sbocco, nel dispositivo (che potrebbe, al limite, considerarsi integrabile con la motivazione), e non solo perchè formulate in via ipotetica e in modo per lo più sommario e approssimativo, quanto soprattutto per l'assorbente ed insuperabile ragione che dette valutazioni provengono da un giudice che, con la declaratoria (pregiudiziale sotto il profilo logico) di difetto di giurisdizione, si è già spogliato della potestas iudicandi in relazione alla fattispecie controversa.

Per cui quelle ultronee considerazioni relative al merito della domanda (o del gravame) non sono riconducibili alla decisione di difetto di giurisdizione che al riguardo egli ha adottato, ma a quella, semmai, che egli avrebbe adottato ove appunto il correlativo esame non ne fosse risultato precluso. E si muovono, pertanto, su un piano esclusivamente virtuale e non entrano nel circuito delle statuizioni propriamente giurisdizionali.

Dal che, conclusivamente, la riaffermazione del principio per cui, relativamente alle argomentazioni sul merito, ipotetiche e virtuali, che il giudice impropriamente abbia inserito in sentenza, insieme ad una statuizione di declinatoria della sua giurisdizione, da una parte non si forma giudicato e dall'altra la parte soccombente non ha l'onere, nè ovviamente l'interesse, ad impugnare (lì dove è astrattamente possibile l'impugnazione delle stesse, ipotesi che non ricorre per le sentenze del Consiglio di Stato).

6. Pertanto va rigettato il primo motivo di ricorso ed accolto il secondo motivo. Va cassata, in relazione al motivo accolto, l'impugnata sentenza, va affermata la giurisdizione del giudice amministrativo e va rinviata la causa al Consiglio di Stato.

Le parti resistenti vanno condannate al pagamento delle spese sostenute dalla ricorrente per questo giudizio di cassazione.

P.Q.M.

Rigetta il primo motivo di ricorso ed accoglie il secondo motivo. Cassa, in relazione al motivo accolto, l'impugnata

sentenza,afferma la giurisdizione del giudice amministrativo e
rinvia la causa al Consiglio di Stato.

Condanna i resistenti in solido al pagamento delle spese sostenute
dalla ricorrente per questo giudizio di cassazione, liquidate in
complessivi €. 10.200,00, di cui €. 200,00 per spese.

Così deciso in Roma, lì 9 giugno 2009.

Il cons. est.

Il Presidente