

QUESITO IN TEMA DI PATROCINIO A SPESE DELLO STATO NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

1. La richiesta di parere.

Con richiesta pervenuta in data 15 febbraio 2017, il Presidente del Tar Lazio ha formulato un quesito all'Ufficio Studi in ordine alla disciplina applicabile in ipotesi di opposizione al decreto di liquidazione di onorari al difensore in caso di ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato, con particolare riferimento all'individuazione dell'organo competente alla decisione dell'opposizione nonché del rito applicabile, anche in ordine alla forma della decisione ed alla eventuale appellabilità.

In particolare, dopo aver ricostruito il quadro normativo vigente (artt. 2, 84 e 170 d.P.R. 115\2002 e 15 d.lgs. 150\2011), la nota contenente il quesito richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato (in specie la decisione sez. V 27 gennaio 2014 n. 401) a mente della quale il predetto quadro, in relazione alla questione ora proposta, viene ricostruito nel senso che la liquidazione del compenso debba avvenire con decreto del Presidente dell'ufficio o della sezione di appartenenza, sulla scorta di una competenza reputata non delegabile; l'eventuale opposizione va proposta davanti al medesimo ufficio, che decide in composizione collegiale e sotto forma di ordinanza non impugnabile.

La nota prosegue evidenziando il sopravvenire di un diverso orientamento – espresso dal Tar Campania – che espressamente dichiara di non condividere la soluzione di cui alla giurisprudenza predetta.

Il quesito proposto riguarda i seguenti punti.

A) In primo luogo quale sia l'organo competente alla decisione sull'opposizione al decreto di liquidazione del compenso per patrocinio a spese dello Stato, prospettando le seguenti alternative: o la competenza funzionale in capo al Presidente dell'ufficio giudiziario in composizione monocratica, verificando la possibilità di ripartire la stessa fra i Presidenti delle sezioni esterne del Tar Lazio in base al riparto per materie fra le stesse; o la competenza in capo ai singoli Presidenti delle sezioni competenti che decidono con provvedimento monocratico; o la competenza in capo al Collegio, salva la verifica in merito alla composizione diversa nell'ambito della stessa sezione.

B) In secondo luogo, quale sia il rito applicabile, con particolare riferimento alla forma del provvedimento ed all'eventuale ammissibilità dell'appello avverso la decisione dell'opposizione.

2. Il parere già reso dall'ufficio studi in materia di patrocinio a spese dello Stato e la soluzione ivi prospettata.

Preliminarmente, occorre richiamare il parere di recente reso da questo Ufficio al fine di rispondere a due istanze: la richiesta, pervenuta in data 22 ottobre 2015, del Presidente della III Commissione del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa in ordine alla necessità di una ricognizione normativa della materia del patrocinio a spese dello Stato, integrato dalle prassi in uso nella giustizia amministrativa, con l'evidenziazione dei principali punti critici; la richiesta, pervenuta in data 8 febbraio 2016, del Presidente della Commissione per il patrocinio a spese dello Stato istituita presso il T.a.r. Campania, sede di Napoli, in ordine ad alcuni punti specifici.

In tale parere, infatti, questo Ufficio ha proceduto ad una complessiva ricostruzione della materia del patrocinio a spese dello Stato, ponendo quindi in rilievo i maggiori temi avvertiti con tratto di problematicità in alcuni Tribunali di differenti dimensioni e collocazione geografica (Roma, Napoli, Milano) e le principali novità da ultimo introdotte dalla legge di stabilità per il 2016. Conseguentemente, non può che farsi preliminare rinvio a quanto già in tale contesto evidenziato.

Con specifico riferimento alla problematica dell'opposizione, proposta dalla richiesta del Presidente del Tar Lazio, il predetto parere ha formulato le seguenti considerazioni.

“Contro il decreto di pagamento, l'art. 84 del d.P.R. n. 115/2002 consente opposizione a norma dell'art. 170 del medesimo decreto. Il rito del procedimento di opposizione, è lo stesso che si applica in caso di opposizione a decreti di pagamento di spettanze a c.t.u., verificatori, commissari ad acta, che è stato riscritto dal d.lgs. n. 150/2011. Sulla natura giuridica, l'oggetto e l'ambito applicativo (in relazione al processo amministrativo) del rito speciale disciplinato dall'art. 5, d.lgs. n. 150 del 2011, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 401”.

3. La risposta ai quesiti.

Conseguentemente, attesa anche l'epoca di pubblicazione del predetto parere, nel rinviare alle relative considerazioni ivi sviluppate - impregiudicata la piena autonomia dell'organo giudicante chiamato a decidere le singole controversie e la natura di mero studio dei pareri resi da questo

Ufficio (ex art. 13 comma 2 lett a del regolamento di organizzazione degli uffici interni alla g.a.) - occorre precisare, rispetto ai quesiti proposti, quanto segue.

In relazione all'individuazione dell'organo competente alla decisione dell'opposizione al decreto di liquidazione del compenso per patrocinio a spese dello Stato (**quesito sub lettera A**), la competenza alla decisione dell'opposizione fa capo al Collegio che decide, nell'ambito di un rito soggetto alla forma dell'udienza pubblica, con ordinanza non impugnabile.

In ordine alla disciplina della fase di liquidazione del compenso agli ausiliari del giudice amministrativo (che si innesta con tratti di spiccata autonomia nell'ambito della causa principale), non vi sono disposizioni espresse né all'interno del codice del processo amministrativo, né all'interno del t.u. n. 115 del 2002, pur trattandosi, pacificamente, di un procedimento certamente contenzioso e giurisdizionale, avente ad oggetto una controversia di natura civile e di indole patrimoniale in quanto relativa a diritti di credito (cfr. Cass. civ., sez. un., 29 maggio 2012, n. 8516, che ha riconosciuto all'ordinanza che decide l'opposizione ai sensi dell'art. 170 t.u. n. 115 del 2002, natura di provvedimento giurisdizionale definitivo e inappellabile; Cons. Stato, sez. II, parere 25 luglio 2012, n. 3497/2011, che ha escluso la proponibilità del ricorso straordinario avverso il decreto di liquidazione emesso da un pubblico ministero; sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3368, che ha statuito nel senso che i decreti di pagamento emanati ai sensi degli artt. 168 - 170 t.u. n. 115 del 2002, sono titoli esecutivi giurisdizionali nei cui confronti è esperibile il ricorso per ottemperanza ex art. 112, c.p.a.).

In termini di disciplina vigente, la tesi riportata richiama le seguenti norme.

In primo luogo, proprio del processo amministrativo, l'art. 66, co. 3 e 4, c.p.a., il quale si limita a statuire che "3. Con l'ordinanza di cui al comma 1 il collegio può disporre che venga corrisposto all'organismo verificatore, o al suo delegato, un anticipo sul compenso. 4. Terminata la verifica, su istanza dell'organismo o del suo delegato, il presidente liquida con decreto il compenso complessivamente spettante al verificatore, ponendolo provvisoriamente a carico di una delle parti. Si applicano le tariffe stabilite dalle disposizioni in materia di spese di giustizia, ovvero, se inferiori, quelle eventualmente stabilite per i servizi resi dall'organismo verificatore. Con la sentenza che definisce il giudizio il Collegio regola definitivamente il relativo onere."

In secondo luogo, l'art. 168, t.u. n. 115 del 2002, che individua solo la forma del provvedimento mediante il quale il giudice che procede liquida definitivamente i compensi agli ausiliari (il decreto), e l'art. 170 - nel testo *ratione temporis* applicabile a seguito della novella del 2011 - che prevede la possibilità dell'opposizione rinviando per la sua concreta disciplina all'art. 15, d.lgs. n. 150 del 2011.

In terzo luogo l'art. 15 del predetto decreto legislativo n. 150 del 2011, a mente del quale "1. Le controversie previste dall'articolo 170 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo. 2. Il ricorso è proposto al capo dell'ufficio giudiziario cui appartiene il magistrato che ha emesso il provvedimento impugnato. Per i provvedimenti emessi da magistrati dell'ufficio del giudice di pace e del pubblico ministero presso il tribunale è competente il presidente del tribunale. Per i provvedimenti emessi da magistrati dell'ufficio del pubblico ministero presso la corte di appello è competente il presidente della corte di appello. 3. Nel giudizio di merito le parti possono stare in giudizio personalmente. 4. L'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato può essere sospesa secondo quanto previsto dall'articolo 5. 5. Il presidente può" chiedere a chi ha provveduto alla liquidazione o a chi li detiene, gli atti, i documenti e le informazioni necessari ai fini della decisione. 6. L'ordinanza che definisce il giudizio non è appellabile."

In generale, le disposizioni del processo civile, in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39 c.p.a., sono applicabili al processo amministrativo in quanto con esso compatibili ovvero espressione di principi generali; applicando tale principio, se ne è dedotto che, ad eccezione della norma racchiusa nel sesto comma dell'art. 15 cit., l'intero rito disegnato dalla medesima disposizione, risultando del tutto estraneo alla logica ed alla struttura del processo amministrativo, non è utilmente richiamabile ed applicabile.

Sul tema specifico del rito, relativamente alla **prima parte del quesito sub B)**, va ribadito che la disciplina generale sancita dall'art. 87 c.p.a. - Udienze pubbliche e procedimenti in camera di consiglio – statuisce come le udienze che si celebrano davanti al giudice amministrativo siano pubbliche, salvi i casi tassativi in cui diversamente dispongano norme espresse del codice o di legge speciale (si pensi, ad esempio, all'art. 28, co. 4, d.l. n. 69 del 2013 che ha disciplinato lo speciale rito camerale per la liquidazione dell'indennizzo da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo), norme che, però, come appena visto, non si riscontrano nel particolare caso di specie.

In termini di principio poi, in assenza di specifica disciplina, a favore del rito dell'udienza pubblica depone in ogni caso la norma sancita dall'art. 6 CEDU, in relazione all'art. 111, co.1, Cost., nell'interpretazione che ne hanno dato la Corte di Strasburgo (cfr. da ultimo 10 aprile 2012, Lorenzetti c. Italia), la Corte costituzionale (cfr. da ultimo 18 luglio 2013, n. 214) e la Sezioni unite penali della Corte di Cassazione (cfr. da ultimo 25 ottobre 2012), in forza della quale per potersi derogare alla garanzia dell'udienza pubblica occorre il consenso delle parti, o la presenza di eccezionali circostanze (ad es., tutela della salute e della sicurezza pubblica, della incolumità e

riservatezza delle parti, ovvero questioni caratterizzate da un forte tecnicismo che possono essere definite in modo soddisfacente in base al solo fascicolo).

Relativamente alla **seconda parte del quesito sub lettera B)**, ulteriore corollario tratto dalla disciplina così ricostruita, è l'inammissibilità dell'appello dell'ordinanza che definisce l'opposizione al decreto di liquidazione dei compensi agli ausiliari del giudice amministrativo.

A tale conclusione si perviene sulla scorta delle seguenti considerazioni:

a) la disciplina normativa degli aspetti procedurali e sostanziali della liquidazione dei compensi agli ausiliari del giudice amministrativo è frutto della stratificazione, nel tempo, di tre distinte masse normative non perfettamente coordinate: il t.u. n. 115 del 2002 (direttamente applicabile al processo amministrativo in virtù dell'art. 2 del medesimo t.u.), il codice del processo amministrativo e da ultimo il regolamento n. 140 del 2012; in particolare sono stati ritenuti applicabili gli artt. 50, 57, 71, 168, 170, 171 e 275 del t.u. cit., in armonia con gli artt. 66, co. 3 e 4, e 67, co. 5, c.p.a. specie nel caso di liquidazione di un acconto nell'ambito del provvedimento che nomina l'ausiliario, incluso il commissario ad acta (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2013, n. 5963; sez. V, 7 novembre 2012, n. 5649; sez. V, decreto, 31 ottobre 2012, n. 5547, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.);

b) in sintesi, si è conseguentemente ritenuto (avuto riguardo agli aspetti strettamente procedurali), che: I) l'istanza di liquidazione deve essere depositata nel termine perentorio di 100 giorni dall'espletamento dell'incarico (art. 71 t.u. n. 115 cit., ritenuto legittimo da Corte cost. n. 306 del 2012); II) il giudice amministrativo può disporre un acconto nell'ordinanza istruttoria che nomina l'ausiliario; III) la liquidazione del compenso avviene con decreto del presidente dell'Ufficio giudiziario o della sezione di appartenenza; IV) mentre per le altre attività istruttorie monocratiche si prevede sempre la possibilità di delega, per la liquidazione del compenso si prevede solo la competenza presidenziale, attesa la delicatezza del compito e la speciale responsabilità erariale che incombe sui magistrati ai sensi dell'art. 172 t.u. n. 115 cit.; V) avverso il decreto presidenziale si può proporre opposizione che si svolge davanti al medesimo Ufficio; VI) l'individuazione della parte processuale su cui grava definitivamente il compenso è effettuata dal giudice con la sentenza che chiude il processo davanti a lui (che, pertanto, non deve occuparsi del quantum ormai cristallizzato dal decreto presidenziale o dall'ordinanza resa sull'opposizione);

c) l'art. 170 -Opposizione al decreto di pagamento -a seguito della novella operata nel 2011 non disciplina più il rito dell'opposizione rinviando all'art. 15, d.lgs. n. 150 del 2011; le uniche disposizioni importabili nel processo amministrativo sono quelle che prevedono, da un lato, la forma dell'ordinanza (in relazione al provvedimento che definisce l'opposizione), dall'altro, la sua inappellabilità;

d) l'inappellabilità dell'ordinanza del T.a.r. che definisce l'opposizione, è coerente, sul piano sistematico, con la struttura del processo amministrativo in doppio grado; non sarebbe logico, infatti, ammettere l'appello sulle ordinanze che chiudono tale fase incidentale in primo grado a fronte della impossibilità di configurare analogo rimedio in caso di nomina di un ausiliario direttamente da parte del Consiglio di Stato;

e) infine, non è rilevante, nel caso di specie, il richiamo all'art. 125 Cost.; secondo una tesi ampiamente condivisa (cfr. Corte cost., n. 395 del 1988; n. 8 del 1982; n. 62 del 1981), nel processo amministrativo il doppio grado di giudizio, oltre ad essere stabilito dal legislatore ordinario (artt. 4 - 6, c.p.a.), costituisce un principio costituzionale (art. 125 Cost.), e va ascritto ai principi generali del processo amministrativo; ne consegue che, se di regola il legislatore ordinario non incontra vincoli in ordine al se prevedere o meno mezzi di impugnazione, nel caso del processo amministrativo il legislatore è costituzionalmente vincolato, se prevede il primo grado, a prevedere il doppio grado di giudizio; tuttavia, il doppio grado non è ritenuto costituzionalmente vincolante se si prevede un ricorso direttamente al Consiglio di Stato (come diviso nel rito dell'ottemperanza dall'art. 113 c.p.a.); sotto il profilo ordinamentale, l'art. 103 Cost., attribuisce direttamente al Consiglio di Stato e agli altri organi della giustizia amministrativa (e segnatamente quelli di primo grado di cui all'art. 125 cost.), la tutela degli interessi legittimi attraverso il controllo sull'esercizio della funzione pubblica (e questo spiega, attesa la delicatezza della materia, la costituzionalizzazione del doppio grado), ma lascia alla legge ordinaria di individuare le particolari materie in cui si fornisce tutela anche ai diritti soggettivi; dalla lettura dell'art. 103, co.1 Cost., si desume, pertanto, che il giudice amministrativo è il giudice naturale degli interessi legittimi in virtù di diretta attribuzione costituzionale di tale competenza; invece la tutela dei diritti soggettivi e il suo ambito, può essere conformato dalla legge ordinaria; sicché in materia di interessi legittimi, il legislatore ordinario non potrebbe sottrarre il sindacato pieno al Consiglio di Stato, quale giudice di appello; mentre ciò sarebbe possibile in materia di diritti soggettivi, atteso che spetta alla legge ordinaria prevedere e conformare la tutela dei diritti soggettivi davanti al giudice amministrativo, con il limite della ragionevolezza e dell'effettività della tutela; limiti che non appaiono valicati dal micro ordinamento di settore nella parte in cui disegna, per il processo amministrativo, l'opposizione come unico mezzo di impugnazione avverso il decreto monocratico di liquidazione del compenso, venendo in rilievo, per le ragioni in precedenza illustrate, una controversia afferente a diritti soggettivi di credito, che viene risolta per ragioni di economia processuale e speditezza (in ossequio al valore costituzionale ed internazionale della ragionevole durata del processo), dal medesimo giudice competente a conoscere della causa principale, articolandosi in ogni caso in un duplice livello di cognizione (prima davanti al presidente dell'Ufficio e successivamente davanti al collegio).

Resta infine la questione della possibile incompatibilità, di cui in specie al **quesito sub lettera A), ultima parte.**

In generale, sul tema è possibile rinviare, in termini generali di inquadramento delle questioni che si sono poste nel processo civile, alla amplissima giurisprudenza costituzionale, fra cui in specie: Corte costituzionale, 22/12/2015, n. 275 in *Giurisprudenza costituzionale* 2015, 6, 2289 (“È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 51, l. 28 giugno 2012, n. 92 e 51, comma 1, n. 4), c.p.c., censurati, per violazione dell'art. 111, comma 2, Cost., nella parte in cui rispettivamente non prevedono, in caso di opposizione avverso l'ordinanza che decide in via semplificata sul ricorso del lavoratore avverso il licenziamento, l'incompatibilità del medesimo Giudice persona fisica a trattare sia la fase sommaria che quella di opposizione a cognizione piena e l'astensione obbligatoria del Giudice che ha trattato la fase sommaria del predetto giudizio rispetto alla trattazione della successiva fase di opposizione a cognizione piena. Infatti, la sentenza n. 78 del 2015 ha già dichiarato non fondata una questione sostanzialmente identica e il rimettente non adduce alcun argomento che non sia stato ivi preso in considerazione, e motivatamente disatteso. In particolare, il fatto che entrambe le fasi (sommaria e di opposizione) del (primo grado) del giudizio impugnatorio dei licenziamenti possano essere svolte dal medesimo magistrato non confligge con il principio di terzietà del giudice e si rivela, invece, funzionale all'attuazione del principio del giusto processo, per il profilo della sua ragionevole durata. E ciò a vantaggio anche, e soprattutto, del lavoratore, il quale, in virtù dell'effetto anticipatorio (potenzialmente idoneo anche ad acquisire carattere definitivo) dell'ordinanza che chiude la fase sommaria, può conseguire una immediata, o comunque più celere, tutela dei propri diritti, mentre la successiva, ed eventuale, fase a cognizione piena è volta a garantire alle parti, che non restino soddisfatte dal contenuto dell'ordinanza opposta, una pronuncia più pregnante e completa, come detto in sent. n. 78 del 2015”); Corte Costituzionale, 23/12/2005, n. 460 in *Giust. civ.* 2006, 1, I, 32 e in *Fallimento* 2006, 5, 511 (nota di: TISCINI), “Non è fondata, nei sensi di cui in motivazione, la q.l.c. dell'art. 51 comma 1 n. 4 c.p.c., censurato, in riferimento agli art. 24 e 111 cost., nella parte in cui – stabilendo che “il giudice ha l'obbligo di astenersi” se “ha conosciuto” della causa “come magistrato in altro grado del processo” – non prevede l'obbligo di astensione dal partecipare al giudizio di opposizione di cui all'art. 18 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, per il magistrato che abbia fatto parte del collegio che ha deliberato la sentenza dichiarativa di fallimento. Premesso che non esiste un diritto vivente nel senso della inesistenza di un obbligo di astensione, nel giudizio ex art. 18 l. fall., del magistrato che abbia fatto parte del collegio che ha dichiarato il fallimento opposto, deve ritenersi che l'obbligo di astensione – la cui violazione è idonea a rendere nulla la sentenza per vizio di costituzione del giudice solo se sia tempestivamente proposta la ricusazione e questa venga

erroneamente respinta – presuppone che il procedimento svolgentesi davanti al medesimo ufficio giudiziario sia solo apparentemente “bifasico”, mentre in realtà esso – per le caratteristiche decisorie e potenzialmente definitive del provvedimento che chiude la prima fase e per la sostanziale identità di valutazioni da compiersi in entrambe le fasi nel rispetto del principio del contraddittorio, ancorché realizzato con modalità deformalizzate – si articola in due momenti, il secondo dei quali assume il valore di vera e propria impugnazione, e acquista, pertanto, i caratteri essenziali di “altro grado del processo”; e tale connotazione ricorre anche nella fase di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento, la quale assume certamente “valore impugnatorio con contenuto sostanziale di *revisio prioris instantiae*”, in quanto non soltanto la sentenza dichiarativa di fallimento, ove non opposta, è idonea a passare in giudicato e le condizioni che legittimano il provvedimento sono oggetto di rivalutazione in sede di opposizione, ma la gravità delle conseguenze (non di rado irreversibili) derivanti dalla dichiarazione di fallimento rende evidente come la “sommarietà” della cognizione camerale vada intesa nel senso non già di “parzialità” o “superficialità”, bensì di “deformalizzazione”.

Con particolare riferimento al processo amministrativo, in linea generale va ricordato che il capo del codice del processo concernente l’incompatibilità del giudice si apre con la norma in tema di astensione. La disposizione compie un secco e totale rinvio alla disciplina dettata dal codice di procedura civile, con riferimento alle cause ed alle modalità di astensione. La norma certifica un principio ed un orientamento già consolidati, sia a livello normativo che giurisprudenziale.

Peraltro, la specificità del processo amministrativo ha portato spesso la giurisprudenza a letture restrittive delle ipotesi di conseguente incompatibilità. In termini quasi paradossali, proprio ora che la norma del codice conferma a livello formale il pieno rinvio alle norme del codice processualcivilistico, sono emersi alcuni distinguo, tali da escludere l’applicabilità del rinvio stesso in alcune ipotesi, secondo un criterio ripreso dall’art. 39 sulla verifica di compatibilità.

Ad esempio, con riferimento al frequente caso della revocazione, al più alto livello la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato ad. plen., 24 gennaio 2014, n. 5, in *Diritto & Giustizia* 2014, 3 febbraio 2014) ha espressamente statuito come nel processo amministrativo non sia applicabile la norma di cui all’art. 51 n. 4 c.p.c. - richiamata dalla norma di rinvio di cui all’art. 17 c. proc. amm. - che prevede l’obbligo del giudice di astenersi quando abbia conosciuto della causa in altro grado del processo, allorquando sia lo “stesso ufficio giudiziario” che ha reso la pronuncia oggetto di revocazione, competente a decidere nuovamente; ne consegue che, ad eccezione dell’ipotesi del dolo del giudice o, comunque, dell’ipotesi in cui il giudice abbia un interesse proprio e diretto nella causa, i magistrati che hanno pronunciato la sentenza impugnata per

revocazione possono legittimamente far parte del collegio investito della cognizione del giudizio revocatorio.

Viene poi in rilievo la questione dell'applicabilità della causa di astensione per le ipotesi in cui il giudice abbia già conosciuto della causa in altra veste ("se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico").

In generale, si ritiene che la norma comprenda sia le ipotesi in cui il giudice abbia espresso un parere sulla causa ed anteriormente ad essa, sia il caso in cui abbia già conosciuto della causa in altro grado del processo.

A dispetto di una formulazione piuttosto ampia, dimostrata dal richiamo a diverse figure coinvolte dal processo, la dottrina e la giurisprudenza hanno tentato una delimitazione dei concetti al medesimo fine di circoscrivere l'operatività della causa in esame. Peraltro, anche alla luce della riforma dell'art. 111 Cost. sono emerse di recente opzioni maggiormente estensive.

A titolo esemplificativo, relativamente ad ipotesi rilevanti nel processo amministrativo, possono richiamarsi i casi del rapporto tra giudizio cautelare e di merito e quello del giudizio di rinvio.

Nel primo caso, è stata ritenuta (cfr. ad es. Consiglio Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1660 in *Foro amm. CDS* 2008, 4, II, 1122) inconfigurabile una situazione di incompatibilità nei confronti del giudice della fase cautelare chiamato a partecipare anche alla decisione di merito della controversia. Tale conclusione trova il suo immediato precedente nella già richiamata declaratoria di infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 51 c.p.c. nella parte in cui non prevede l'obbligo di astensione nella causa di merito per il giudice civile che abbia concesso una misura cautelare *ante causam*, in riferimento all'art. 24 Cost.. Tanto è vero questo che, in via analogica, si ritiene che non si verifichi incompatibilità nel caso in cui il magistrato, pronunciandosi in sede di sospensiva quale componente di un collegio del Consiglio di Stato, sia successivamente transitato al Tar e debba decidere la medesima causa nel merito. Nel nostro sistema, il giudice che conosce un diritto e/o un interesse giuridicamente protetto nella fase cautelare è incompatibile a decidere nel merito solo se il processo è penale, mentre resta compatibile a decidere nel merito se il processo è civile o amministrativo; l'indirizzo di fondo che ispira il giudice delle leggi sembra nel senso di escludere l'estensione, ai processi diversi da quello penale, di taluni principi sull'incompatibilità del giudice già elaborati con riferimento al dibattimento penale.

Nel secondo caso, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta (sentenza n. 2 del 25 marzo 2009, in *Guida al diritto* 2009, 17, 95 con nota di MASARACCHIA) a dirimere il

contrasto emerso in ordine all'estensione del concetto di altro grado, concludendo nel senso più rigoroso per cui l'art. 51, n. 4, trova applicazione nel giudizio amministrativo di rinvio, posto che l'alterità del giudice è necessaria applicazione del principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione, avente pieno valore costituzionale in relazione a qualunque tipo di processo. Nella stessa decisione viene poi chiarita analoga conclusione negativa per la revocazione (“ancorché il ricorso per revocazione possa fondarsi anche solo su errore dei sensi, non di apprezzamento, sussistano le ragioni che inducono ad escludere che di tale giudizio possa conoscerne la stessa persona fisica che ha pronunciato la sentenza impugnata, ben potendo la c.d. forza della prevenzione svolgere un ruolo decisivo nella fase rescindente”), mentre ad opposto esito si giunge per l'opposizione di terzo, “posto che, in tale ipotesi, la possibilità per il giudice che ha pronunciato la sentenza poi impugnata con la opposizione di terzo di partecipare alla decisione sull'opposizione medesima, non essendo configurabile la situazione di cui all'art. 51 n. 4 c.p.c., è consentita dalla norma dell'art. 405 dello stesso codice, secondo cui competente a conoscere dell'opposizione, è lo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza opposta”.

Sulla scorta di tali orientamenti e della mancanza di una regola specifica opposta, appare sostenibile la soluzione a mente della quale non occorre che, nel caso di decisione sull'opposizione al decreto di liquidazione, il Collegio debba avere composizione diversa.