

PARTE I.

***TRANSLATIO IUDICII* ED ERRORE
SCUSABILE SULLA GIURISDIZIONE: LE
ORIGINI DEL PROBLEMA ATTUALE.**

Capitolo 1.

L'errore nell'individuazione del giudice competente nel codice di procedura civile del 1865.

Sommario: 1. Cenni alla declaratoria d'incompetenza del giudice di prima istanza nella sistematica del codice di procedura civile del 1865. La sentenza chiude il processo estinguendo il rapporto processuale. 2. (segue): La rimediazione del dogma nel pensiero di Chiovenda. 3. (segue): Cenni alla disciplina dell'interruzione della prescrizione nel Cod. civ. del 1865 (artt. 2125 e 2128). 4. (segue): La cassazione della sentenza per violazione delle norme sulla competenza ed il "rimando" previsto dall'art. 544 del codice di procedura. 5: L'appellazione a giudice incompetente: la tesi di Pisanelli. 6. (segue): La tesi di Pescatore. 7. (segue): La tesi di Mortara. 8. (segue): Corollari delle diverse impostazioni in ordine agli effetti dell'appello al giudice incompetente sul termine di decadenza. 9. La domanda di prima istanza proposta al giudice incompetente sottoposta a termine di decadenza. In particolare, sulla omologazione tra impedimento ed interruzione. 10. Qualche breve riflessione intorno alle diverse tecniche prefigurate per rimediare all'errore nell'individuazione del giudice. 11. (segue): Qualche breve divagazione intorno all'elasticità di queste tecniche oltre il problema della incompetenza del giudice.

1. Cenni alla declaratoria d'incompetenza del giudice di prima istanza nella sistematica del codice di procedura civile del 1865.

La sentenza chiude il processo estinguendo il rapporto processuale.

Chiamata ad applicare l'art. 50 del codice di procedura civile oggi vigente, non di rado la giurisprudenza si compiace di affermare che la riassunzione della causa ivi contemplata non comporta l'instaurazione di un nuovo rapporto processuale, ma costituisce la

prosecuzione di quello promosso davanti al giudice dichiaratosi incompetente¹.

Spesso, poi, si legge che la medesima norma istituisce e regola quindi un fenomeno di c.d. *translatio iudicii*.

Gli articoli del codice di procedura civile del 1865 non prevedevano invece una disposizione simile, e cioè di applicazione potenzialmente estesa a tutti i casi in cui il giudice avesse a dichiarare la propria incompetenza².

Nel corpo di questo codice, piuttosto, si rinvenivano una serie di sparse disposizioni che, solo per fattispecie particolari, istituivano un meccanismo di rimessione della causa da un giudice all'altro ovvero di *translatio iudicii*³.

Ciò avveniva, ad es., nei casi di c.d. incompetenza sopravvenuta, allorquando cioè, pur rettamente instaurato il processo avanti al giudice competente ne sopraggiungesse l'incompetenza, per effetto di una domanda riconvenzionale, di un'eccezione di

¹ Cfr., per tutte, Cass., 24 giugno 2003, n. 10017, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 1509.

² Che vi sia stata una decisa frattura fra la disciplina del codice di procedura del 1865 e l'attuale, sotto il profilo in esame, è constatazione facilmente reperibile anche in dottrina. Cfr., per tutti, A. Attardi, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 142, che proprio esordisce rilevando che il codice del '42 ha profondamente innovato il tema della competenza stabilendo che la domanda al giudice incompetente non dà luogo al rigetto della medesima bensì ad una dichiarazione d'incompetenza accompagnata dall'indicazione del giudice competente presso il quale il processo continua se tempestivamente riassunto. Al contrario, rammenta l'A., "diversa era la disciplina dell'istituto sotto il vecchio cod. proc. civ.: in esso infatti la competenza del giudice adito era condizione di ammissibilità della domanda, e la sentenza del giudice che rigettava la domanda per incompetenza chiudeva il processo". Sull'istituto della riassunzione nell'ambito della sistematica del codice del 1865, è d'obbligo il rinvio a A. Saletti, *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981, 10 ss.

³ Per una riassuntiva esposizione di queste ipotesi, cfr. A. Saletti, *op. cit.*, 19 nota 56.

compensazione oppure di un giudizio di accertamento da innestarsi su un procedimento già in corso.

Nei *Principii di diritto processuale civile* Chiovenda prende proprio spunto da queste ipotesi per istruire il lettore in ordine al concetto di trasformazione soggettiva nel rapporto processuale, in particolare, per effetto di mutamento nel giudice⁴. Con linguaggio limpido si afferma che “in questi casi non ha luogo costituzione di un *nuovo* rapporto processuale, ma continuazione dello stesso rapporto: gli effetti sostanziali e processuali della domanda risalgono al giorno in cui fu proposta davanti al primo giudice. Il provvedimento con cui questi *rinvia* la causa non chiude il rapporto processuale, perché mentre assolve un giudice dall’obbligo di pronunciare, costituisce insieme l’obbligo concreto d’un altro giudice di pronunciare sulla *stessa* domanda”⁵.

Tuttavia era opinione largamente condivisa che in codeste speciali ipotesi si desse luogo all’eccezione ad una regola che invece deponeva in senso esattamente opposto⁶.

⁴ G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 872.

⁵ G. Chiovenda, *Principii*, cit., 872, con corsivo dell’A. Cfr., pure, E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Roma 1936, 137, ove si dichiara che dal trattamento che la legge riserva ai casi di incompetenza sopravvenuta a processo iniziato si ricava che “neppure ha luogo, per effetto del rinvio, costituzione di un rapporto nuovo, ma continuazione del rapporto medesimo e della litispendenza radicata con la prima domanda” e parimenti che “il provvedimento di rinvio per incompetenza sopravvenuta non chiude esso rapporto, perché, mentre libera il giudice adito dall’obbligo di pronunciare in merito, vale a costituire in pari tempo l’obbligo specifico di un altro giudice, di provvedere sul merito della medesima domanda”. Cfr. ancora la stessa opera del Betti, p. 475-476.

⁶ L’idea che qui vi fosse un’eccezione di diritto positivo ad una regola contraria emerge con assoluta evidenza ad es., in F. Minestrina, *Il processo avanti a giudice incompetente e la condanna alle spese*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, II, 213 ss., in part. 228.

Lo stesso Chiovenda, che pure sulla questione si farà in altra sede propugnatore di una tesi affatto diversa, nei *Principii* prosegue proprio dicendo che “non ha luogo invece trasformazione del rapporto processuale per mutamento del giudice, quando dopo la dichiarazione d’incompetenza d’un giudice la causa è proposta ad un altro giudice: qui vi sono due distinti rapporti. Ciò, s’intende, secondo i principii logici, che vanno rigorosamente applicati, quando la legge non dispone in modo contrario”⁷.

E questi principi logici risiedevano nella considerazione che alla retta costituzione del rapporto processuale doveva contribuire non solo l’esistenza di un valido atto costitutivo (la domanda), ma pure l’esistenza dei c.d. presupposti processuali, tra i quali andava annoverata la competenza del giudice. La declaratoria d’incompetenza avrebbe quindi determinato l’estinzione del rapporto processuale e degli effetti ad esso connessi, rimanendo salva per l’attore solo la possibilità di costituirne avanti al giudice competente uno nuovo⁸.

Ovviamente l’enunciazione di questa regola riceveva nei vari autori formulazioni variabili, soprattutto in dipendenza del diverso modo di ricostruire la complessa tematica dei presupposti processuali e, per conseguenza, del rapporto giuridico processuale⁹. Un concetto, quello dei presupposti processuali, e per conseguenza del ruolo della competenza fra questi, come noto assai controverso sin dalle

⁷ G. Chiovenda, *Principii*, cit. 873.

⁸ Cfr., ancora, G. Chiovenda, *Principii*, cit. 987.

⁹ Ora, non è certo il caso di compiere in questa sede un’approfondita disamina della complessissimo tema del rapporto giuridico processuale e dei suoi presupposti. Per un quadro sintetico ma efficace, si legga, C. Mandrioli, *Presupposti processuali*, in *Nov. Dig. It.* (voce), Torino, 1966, XIII, 785 ss.

origini. Guardato come afflitto dal germe di quella contraddizione che si dibatte tra la volontà del giurista di concepire un elemento che dovrebbe porsi quale requisito perché un rapporto processuale prenda vita ed esista – nel che a rigore dovrebbe essere il *proprium* di ogni presupposto – e la contraria constatazione che, se non pensando a fatti ed elementi ben difficili ad inverarsi, il processo prende vita, si svolge e termina con un provvedimento del giudice pressoché sempre¹⁰.

Si sa come la dottrina italiana dell'epoca sciolse il nodo teorico.

Vi fu chi, come Chiovenda, spostò il termine di riferimento dei presupposti, dall'esistenza di un rapporto processuale alla sua validità intesa nello specifico senso di attitudine ad arrivare ad una pronuncia sul merito, nel latente convincimento che un vero processo fosse solo quello idoneo a culminare con una trattazione del merito¹¹. E con ciò ci si riappacificava con l'idea che, per

¹⁰ Per l'evidenziazione di questa sorta di contraddizione in termini, si legga, F. Invrea, *Contro il concetto dei presupposti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 100.

¹¹ Per una sintesi della teorica chiovendiana sul punto, cfr., C. Mandrioli, *op. cit.*, 786, ove si spiega che i presupposti vennero così individuati in una serie di condizioni necessarie non (o non solo) per arrivare ad una pronuncia qualsiasi, ma ad una pronuncia qualificata, e cioè sul merito della domanda. A chi intenda approfondire basterebbe leggere quanto Chiovenda afferma nei *Principii*, cit., ad es p. 91 ss, ove si dichiara che “il dovere fondamentale che forma come l'ossatura d'ogni rapporto processuale, è il dovere del giudice o altro organo giurisdizionale di provvedere sulle domande delle parti. A questo corrisponde il dovere di fare tutto ciò che è necessario nel caso concreto per provvedere (...) cioè per accogliere o respingere in merito, mediante l'attuazione della legge, le domande”. E lo stesso Chiovenda poco dopo prosegue dichiarando che “perché l'obbligo del giudice di provvedere sulle domande possa costituirsi, si richiedono (oltre l'esistenza di una domanda regolare e regolarmente notificata, che è l'atto costitutivo) alcune condizioni che diconsi *presupposti processuali*. Non solo devono esistere i tre soggetti (...) ma essi devono avere certi requisiti di capacità (competenza degli organi giurisdizionali; capacità processuale delle parti (...)). Mancando una di queste condizioni non nasce l'obbligo del giudice di provvedere in merito.”

effetto dell'incompetenza del giudice, il rapporto processuale nascesse invalido, ed alla sentenza di *absolutio ab instantia* non residuasse che il compito di accertare detto vizio determinando così l'estinzione del rapporto¹². Altri andarono nella direzione opposta, svuotando non poco di contenuto la categoria per crearne un'altra. Non più quella dei presupposti processuali, ma, in sintesi, delle condizioni per ottenere una sentenza sul merito. E in questa includendovi, da subito, la competenza del giudice¹³.

¹² Così G. Chiovenda, *Principii*, cit., 485, non esita ad affermare che “se il giudice non è competente, egli non ha l'obbligo né potere di provvedere; non sorge validamente il rapporto processuale. Così la competenza si presenta come il più importante fra i *presupposti processuali*”. E cfr. sempre G. Chiovenda, *Principii*, 650 ss. ove la carenza dei presupposti processuali, e della competenza fra questi, è chiaramente trattata come causa di invalidità (nullità/annullabilità) del rapporto processuale. Cfr. anche, G. Scaduto, *Sugli effetti c.d. conservativi della domanda davanti a giudice incompetente*, in *Studi di diritto processuale* in onore di Chiovenda, Padova, 1927, p. 758, ove l'A. ponendosi su un piano generale, rileva che “l'incompetenza del giudice adito fa sì che la domanda ed il rapporto processuale siano entrambi viziati, in quanto entrambi dovrebbero condurre ad una decisione di merito pronunciata dal giudice adito, mentre tale pronuncia è impedita dalla mancanza di competenza. Questo vizio non è particolare al rapporto; ma inficia la domanda, perché con questa si mirava ad una pronuncia di merito, non ad una dichiarazione d'incompetenza”.

¹³ Cfr. ad es. E. Redenti, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, 280, ove, proprio rilevando che il processo prende vita e termina con un provvedimento ancorché instaurato presso il giudice incompetente, si ritiene piuttosto che essa altro non sia che “un estremo od un requisito della istanza, soltanto all'effetto di ottenere una pronuncia di merito in ordine a quella che chiameremo d'ora innanzi la materia del contendere”. L'impostazione teorica alternativa a quella chiovendiana di più largo successo si deve a, E. Betti, *op. cit.*, 100 ss. L'A. muove in effetti dalla notazione che ai fini della esistenza di un rapporto processuale si richiede il concorso di una serie di requisiti decisamente minimi. Ossia la proposizione di una domanda esistente come atto processuale ancorché in ipotesi invalida, davanti ad un organo che sia dotato in astratto di una qualche giurisdizione, da parte di chi si presenti come soggetto di diritto ancorché in ipotesi incapace. Sicché, ad. es., la domanda proposta ad un privato, o ad un organo della p.a. privo di qualsiasi giurisdizione, ovvero ancora al cancelliere non costituirebbe alcun rapporto processuale non generando alcun obbligo di provvedere sulla stessa (cfr. *op. cit.*, 112-113). Ed allora le categorie teoriche davvero rilevanti ed alle quali riportarsi sarebbero quella dei presupposti processuali in senso stretto e tecnico in contrapposto alle condizioni

All'esito di tali elaborazioni residuava però un principio condiviso: la sentenza con cui il giudice dichiara di essere incompetente è definitiva e pone fine al processo ed al rapporto processuale, sicché la domanda dell'attore successivamente proposta al giudice competente è una domanda nuova da cui nasce un nuovo processo¹⁴.

necessarie per la trattazione del merito. I presupposti processuali involgerebbero dunque un problema di *validità* del rapporto processuale instaurato, mentre le condizioni per una trattazione del merito sarebbero attinenti ad un controllo sull'*ammissibilità* di una trattazione e di un provvedimento circa il merito della domanda. E così, mentre la capacità di esser parte, la capacità processuale d'agire o la rappresentanza sarebbero problematiche inerenti i presupposti processuali, tale non sarebbe la competenza del giudice. La domanda al giudice incompetente "non è affatto una domanda nulla, ossia inetta a costituire validamente un rapporto processuale. Un rapporto processuale essa lo costituisce pur sempre: soltanto che tale rapporto non è idoneo a creare nel giudice adito il potere e l'obbligo di provvedere in merito sulla domanda, ma semplicemente il potere e l'obbligo di dichiarare mediante sentenza di non poter provvedere in merito" (cfr. ancora E. Betti, *op. cit.*, 118; per la riconduzione della competenza fra le condizioni del provvedimento di merito, anziché fra i presupposti processuali cfr. poi, 133 ss.). In posizione per certi versi eterodossa rispetto a quanto si va segnalando si pose ad es. F. Carnelutti, *Appello davanti a giudice incompetente*, in *Dir. comm.*, 1918, I, 165, che sembra opinare nel senso che il rapporto processuale sorge validamente ed è normalissimo anche davanti ad un giudice incompetente, poiché il rapporto processuale esprime solo l'obbligo del giudice di rendere una pronuncia qualsiasi. Nell'ambito di questo scritto, quindi, la frattura tra la sentenza di *absolutio ab instantia* emanata dal giudice incompetente ed il successivo processo avanti al giudice competente sembra imputata più alla constatazione che il codice di procedura non avrebbe conosciuto in via generale la possibilità di un atto di riassunzione, sicché l'unico modo per introdurre il giudizio avanti al secondo giudice non avrebbe potuto che essere una nuova citazione.

¹⁴ E così anche per E. Betti, *op. cit.*, 138, che pure estromette la competenza dalla categoria dei presupposti processuali e quindi dalle condizioni per la validità del rapporto processuale, "l'assoluzione dall'osservanza del giudizio per incompetenza originaria chiude definitivamente il rapporto processuale". In arg., cfr. pure F. Minestrina, *op. cit.*, 228, ove piuttosto si rileva che la dichiarazione d'incompetenza pone fine al processo e non lo lascia pendente in attesa di un mutamento nella persona del giudice, perché se il processo dà luogo ad un rapporto giuridico che trae la sua individualità dai soggetti tra i quali corre, "non si potrà negare che la scomparsa di uno di tali soggetti ferisce il rapporto giuridico in un suo elemento sostanziale e quindi lo estingue" sicché solo la parola del legislatore avrebbe potuto introdurre ipotesi nelle quali

A soccorrere l'attore dalle insidie dell'errore sarebbe però in tal caso sovvenuta la regola dettata dall'articolo 2125 del Codice civile. La domanda, ancorché proposta a giudice incompetente, avrebbe infatti comunque sortito l'effetto di interrompere la prescrizione¹⁵.

2. La rimeditazione del dogma nel pensiero di Chiovenda.

E' per certi versi singolare constatare che, proprio e ancora a Chiovenda si debba la più nota rimeditazione intorno al suesposto dogma, in uno studio dedicato al tema del rapporto giuridico processuale e della litispendenza¹⁶.

Una volta premesso che rapporto giuridico processuale e litispendenza sono concetti che coincidono¹⁷, si osserva che le parti

l'individualità del processo sarebbe sopravvissuta alla scomparsa di un soggetto del rapporto.

¹⁵ Sulla disciplina dell'interruzione della prescrizione per effetto di domanda giudiziale nel Cod. civ. del 1865 cfr. più avanti, al § 3.

¹⁶ G. Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1931, II, 375. La constatazione è singolare non tanto e non solo perché nelle opere di taglio più manualistico si rinvengono affermazioni di principio poco armonizzabili con le conclusioni cui l'A. è poi qui approdato, ma perché la tesi sostenuta proviene da colui che – come si avrà modo di ribadire più avanti – ebbe invece sul terreno dell'appello a giudice incompetente a difendere una tesi, minoritaria, che assai poco si concilia con gli assunti esposti in questo studio. Non è affatto un caso che lo stesso A. senta qui l'esigenza di specificare che la proposta conclusione si trova adottata dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul terreno dell'appello, benché si premuri di ribadire che “la soluzione è discussa in questo caso, mentre mi sembra sicura in caso di domanda proposta davanti a giudice incompetente di primo grado” (v. *op. cit.*, 389). Per un rilievo della non lieve incoerenza cui sembra essere incorso Chiovenda, cfr. F. Ministrina, *op. cit.*, 230-231; G. Cristofolini, *Effetti della cassazione sui poteri del giudice che ha pronunciato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 143 ss., a p. 151, nota 1; più recentemente, R. Oriani, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, 74 nota 53.

¹⁷ G. Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale*, cit. 376.

vanterebbero rispetto al giudice un vero e proprio diritto (aspettazione) a che questi emetta il provvedimento, mentre la tendenza delle stesse ad un provvedimento favorevole sarebbe definibile in termini di aspirazione. Il rapporto giuridico processuale (o litispendenza) consisterebbe quindi “*in questa pendenza di aspirazioni e aspettative; e dura finché una parte, a servizio della propria aspirazione, può pretendere un provvedimento dell’ autorità giudiziaria*”¹⁸. In altre parole, a parere di Chiovenda, la presenza ed attualità del rapporto processuale non postulerebbe la necessità che vi sia un giudice attualmente investito della causa, solo bastando la perdurante possibilità d’invocare il provvedimento giudiziale a servizio delle aspirazioni nate dalla domanda. In buona sostanza, la litispendenza perdurerebbe anche dopo la sentenza di primo grado fino a che vi sia la possibilità d’impugnazione. Anzi, si dice, con l’istanza di impugnazione “*il giudizio non è riaperto, bensì è proseguito*” giungendo incidentalmente sino ad affermare che con la sentenza di primo grado, sia che accolga o rigetti la domanda “*non è affatto chiuso il processo*”¹⁹.

¹⁸ G.Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale*, cit., 378, con corsivo dell’A. Analoghe considerazioni in E. Betti, *op. cit.*, 100-101.

¹⁹ G. Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale*, cit., 380. L’A. quindi, sulla base di questi assunti, ne ricava tra l’altro una prima conseguenza d’ordine pratico sul terreno della prescrizione in dissidio con l’insegnamento della Cassazione. Poiché tra litispendenza e correre della prescrizione vi sarebbe incompatibilità, secondo Chiovenda, dalla pubblicazione della sentenza di accoglimento pronunciata dal giudice di primo grado non inizierebbe a decorrere *ex novo* la prescrizione per cessata interruzione dovendosi reputare il giudizio ancora pendente fino a che la sentenza non sia passata in giudicato. In dottrina, reputava invece ricominciare a decorrere *ex novo* la prescrizione dalla pubblicazione della sentenza – interrotta nuovamente dall’eventuale impugnazione – G. Pugliese, *La prescrizione nel diritto civile. I La prescrizione acquisitiva*, qui consultato nella IV ed., Torino, 1921, p. 502 nonché in, II. *La*

Chiarito quindi che tra pendenza del rapporto processuale e passaggio in giudicato vi è una stretta correlazione, l’A. si intrattiene poi sulla differenza concettuale che intercorre tra sentenza definitiva e sentenza interlocutoria, rammentando che definitiva è la sentenza che “pronuncia sulla domanda, accogliendola o respingendola, o dichiarando di non poter pronunciare su di essa, cioè l’atto con cui il giudice adempie la prestazione da lui dovuta”²⁰. Pertanto, in linea di principio, anche la sentenza che pronuncia sulle eccezioni *litis ingressum impediens* accogliendole è definitiva e suscettibile di far cessare la litispendenza (ed il rapporto processuale) quando non più oggetto di impugnazione. Tuttavia, è proprio a tal proposito che l’A. esprime un pensiero di particolare interesse.

Fra queste eccezioni, infatti, avrebbe una posizione speciale quella d’incompetenza.

“Il giudice che si dichiara incompetente non afferma, come negli altri casi, la impossibilità da parte di TUTTI i giudici di pronunciare sulla domanda, ma soltanto la *propria* impossibilità; da ciò deriva che nell’atto stesso in cui egli si libera dall’obbligo di pronunciare afferma più o meno esplicitamente l’obbligo di un altro giudice. In questa condizione di cose si comprende come, guardando il giudice adito nella sua qualità di membro di quella collettività che è l’autorità giudiziaria e la domanda giudiziale come diretta essenzialmente allo Stato nell’esercizio del potere

prescrizione estintiva, IV ed., Torino 1924, ad es., p. 240, 243. Per altre adesioni dottrinali a questa tesi sotto l’impero del codice del 1865, si vedano le indicazioni di R. Oriani, *Processo*, cit., 53 nota 8.

²⁰ G. Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale*, cit., 385.

giurisdizionale, si possa utilmente giungere a considerare pendente la lite, anche dopo la dichiarazione d'incompetenza D'UN giudice"²¹. Evidentemente consapevole della portata eversiva della tesi che stava sviluppando, Chiovenda cerca un qualche puntello normativo utile a suffragarla. Dopo aver rammentato che in tale senso era già la disciplina processuale germanica²², l'A. ritiene di poter vedere nell'art. 2125 del Cod. civile un primo argomento utile. Disponendo la norma che la prescrizione è interrotta in forza della domanda giudiziale sebbene fatta davanti al giudice incompetente, ed evidente essendo tale interruzione l'effetto della litispendenza, dovrebbe giocoforza ammettersi, "poiché al perdurare dell'effetto deve corrispondere il perdurare della causa, che dopo la dichiarazione d'incompetenza la lite è tuttora pendente, per quanto alla prima citazione risalga il solo effetto relativo alla interruzione della prescrizione. Certo il nostro giudice non è autorizzato a rinviare le parti al giudice competente, e si ha così

²¹ G. Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale*, cit., 387, con maiuscoli dell'A.

²² A norma dei §§ 276 e 505 della C.P.O. germanica il caso di incompetenza per materia rispettivamente del Landgericht e dell'Amtsgericht si risolveva nel senso che il giudice incompetente, su richiesta dell'attore, doveva rimettere le parti avanti all'Amtsgericht o al Landgericht competente. Col giudicato della sentenza declaratoria d'incompetenza la causa si dava come pendente avanti al giudice dichiarato competente e la dichiarazione avrebbe avuto natura vincolante per il giudice davanti al quale la causa era rimessa. Peraltro, con la novella del 1 giugno 1909, il § 505 fu modificato non solo estendendo la soluzione all'incompetenza per territorio, ma sancendo espressamente la conservazione dell'efficacia, avanti al giudice di rinvio, degli atti compiuti avanti al primo. In un simile contesto normativo era difficile non concludere nel senso che i due giudizi costituivano un unico rapporto processuale. Per un sintetico riferimento alla questione, v. G. Scaduto, *op. cit.*, 754, in nota, ed ivi citazione della dottrina tedesca. L'A., peraltro, fa osservare che pur in presenza di quella disciplina positiva rimaneva dubbio se essa costituisse principio da applicare anche a casi non espressamente contemplati, rilevando che ad es., andava escluso il rinvio a o da giurisdizioni speciali.

litispendenza senza che esista un giudice *attualmente* investito della causa; ma s'è visto più su che questo appunto è possibile, bastando all'esistenza d'un rapporto processuale e della litispendenza che vi sia una domanda diretta all'autorità giudiziaria, e non ancora definitivamente nè accolta, nè respinta, nè dichiarata improcedibile”²³.

Ma altre norme, secondo l'A., potrebbero avvalorare l'assunto.

Fra queste, l'art. 544 del codice di procedura civile, poiché a mente di detta norma, quando una lite perviene sino alla Corte di Cassazione, questa, se cassa per violazione delle norme di competenza, rimanda la causa all'autorità competente. Sicché Chiovenda si chiede come mai possa la suprema corte, dichiarata l'incompetenza, rimandare la causa se questa non rimanesse tutt'ora pendente²⁴.

La conclusione che poi Chiovenda trae da questi assunti, sul terreno della declaratoria d'incompetenza del giudice di primo grado è a dir poco suggestiva: “dopo la dichiarazione d'incompetenza, essendo la lite pendente, e non essendovi stata alcuna prestazione di pronuncia sulla domanda, *corre la perenzione*. In altri termini l'attore, per conservare l'effetto interruttivo della prescrizione, dovrà riprendere la causa davanti al giudice competente entro il termine prescritto per la perenzione nei giudizi davanti al giudice stesso, da decorrere dalla dichiarazione d'incompetenza”²⁵.

²³ G. Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale*, cit., 388, con corsivo dell'A.

²⁴ G. Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale*, cit., 388.

²⁵ G. Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale*, cit., 388-389, con corsivo dell'A.

Chiovenda chiude poi il ragionamento rammentando che tale soluzione era già da tempo adottata dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel caso dell'appello a magistrato incompetente. Tesi che egli stesso reputa discutibile in quel caso mentre sarebbe addirittura sicura in caso di domanda proposta a giudice incompetente di primo grado²⁶.

3. Cenni alla disciplina dell'interruzione della prescrizione nel Cod. civ. del 1865 (artt. 2125 e 2128).

Non è certo per giudicare della correttezza del pensiero di Chiovenda che occorre attardarsi sugli addentellati normativi indicati dallo stesso Autore a supporto della tesi rammentata nel paragrafo che precede.

L'utilità di un minimo chiarimento in ordine alla disciplina dell'interruzione della prescrizione nel vecchio codice civile, come pure in merito al potere di rinvio attribuito alla cassazione dal coevo codice di procedura, trascende i limiti dello specifico problema affrontato da Chiovenda. Si tratta infatti di questioni con le quali la presente indagine dovrà spesso confrontarsi anche su altro terreno.

Tuttavia, è bene avvertire, data la complessità dei temi gioverà limitarsi a fornire le coordinate elementari che appaiono qui più necessarie.

²⁶ G. Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale*, cit., 389.

In effetti, l'istituto della interruzione della prescrizione per effetto di domanda giudiziale regolato dal combinato tra l'art. 2125 e 2128 del Cod. civ. dava luogo ad una disciplina di difficilissima lettura.

L'art. 2125 stabiliva interrotta la prescrizione per effetto della domanda giudiziale sebbene fatta a giudice incompetente; l'art. 2128 disponeva però contestualmente che tale virtù interruttiva andava negata alla citazione nulla per incompetenza dell'ufficiale che l'avesse eseguita o per difetto di forma, o quando l'attore recedesse dalla domanda, oppure quando si verificasse la perenzione d'istanza, nonché, infine, nel caso di rigetto della domanda stessa.

Un problema di ordine generale e di fondo si poneva nell'ottica di una possibile omologazione tra interruzione per effetto di domanda giudiziale e di atto di costituzione in mora.

Dovendo in particolare spiegare perché mai la domanda rivolta a giudice incompetente valesse ad interrompere il corso della prescrizione spesso si rispondeva rilevando che tale domanda recava in sé la volontà manifestata di costituire in mora il convenuto²⁷.

²⁷ Cfr., per tutti, L. Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di Procedura Civile*, Milano, 1923, IV ed., vol. III, n. 228, p. 248. Giova però puntualizzare che in altra sede l'A. specifica che se questa è la *ratio* che avrebbe spinto il legislatore nel dettare l'art. 2125 ciò non significa escludere che l'atto di citazione avanti a giudice incompetente nel processo di primo grado valga comunque ad instaurare il rapporto processuale, tanto vero che Mortara stesso chiaramente afferma che "l'eccezione d'incompetenza è sempre una semplice eccezione dilatoria che non impedisce la formazione del rapporto processuale e tanto meno lo annulla". Solo che detti effetti processuali della citazione sarebbero stati completamente al di fuori delle considerazioni del legislatore nel dettare l'art. 2125. Cfr., L. Mortara, *Commentario*, cit., IV ed., vol. IV, n. 187, p. 304, nota 1.

Altra dottrina, di contro, faceva osservare che la legge negava però virtù interruttiva alla domanda perentoria o rigettata, dettando così una regola priva di senso se l'effetto interruttivo della domanda fosse stato riconducibile al suo valere come costituzione in mora. Rifiutando detta omologazione, alla domanda andava riconosciuta virtù interruttiva come categoria a sé e non perché equiparabile alla costituzione in mora²⁸.

A questa preliminare difficoltà di inquadramento seguivano poi numerose perplessità sul terreno applicativo, in merito cioè al modo di operare dell'interruzione.

In primo luogo, nel silenzio della legge sarebbe stato forse lecito ritenere che, dalla proposizione della domanda, ricominciasse a decorrere la prescrizione, con la conseguenza che, ad es., nel caso di prescrizioni brevi e di durata inferiore al termine perenzionale, la prescrizione poteva maturare in corso di giudizio nell'ipotesi in cui l'attore non avesse compiuto alcun atto di procedura. Come noto, la questione fu per lo più risolta ricorrendo all'idea – poi accolta dall'odierno Cod. civ. – che la domanda giudiziale avesse un effetto interruttivo di tipo continuativo, ovvero che la pendenza stessa del giudizio avesse effetto interruttivo e sospensivo insieme²⁹.

La giurisprudenza dell'epoca era poi nel senso che la prescrizione riprendesse corso dalla emanazione della sentenza di primo grado pur soggetta ad impugnazione. L'opinabile assunto avrebbe però

²⁸ Cfr., sul punto, G. Chiovenda, *Principii*, cit., 141 in nota e 144; G. Pugliese, *La prescrizione acquisitiva*, cit., 460.

²⁹ In dottrina v. G. Pugliese, *La prescrizione acquisitiva*, cit., 460 e soprattutto in *La prescrizione estintiva*, cit., 238 ss.; G. Chiovenda, *Principii*, cit., 140; E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile*, V ed., Torino, 1928, vol. II, parte

comportato un'inaccettabile conseguenza, ossia la perdita del diritto – specie se soggetto a prescrizione breve – quando la sentenza di primo grado fosse stata di rigetto, dacché stando alla lettera dell'art. 2128 l'interruzione avrebbe dovuto venir meno *ab initio*. A ciò la giurisprudenza riparò ritenendo che l'effetto di sospensione della prescrizione durante il grado di giudizio si verificasse anche quando la sentenza fosse di rigetto. Sicché, in questo caso, pur cadendo l'interruzione rimaneva salva la sospensione³⁰.

Ma soprattutto, per quel che qui rileva, erano i rapporti tra interruzione e tipo di esito del giudizio a creare non lievi difficoltà. Una volta sancito che il giudizio rinunciato o perento non dava luogo ad alcuna interruzione, la riflessione andava portata sulle ipotesi di sentenza di accoglimento o di rigetto. E proprio nel caso di sentenza di rigetto occorreva lumeggiare la portata del medesimo art. 2128 che escludeva, appunto, l'effetto interruttivo. Ora, nel caso di rigetto nel merito, per infondatezza della domanda, sembrava avere poco senso evocare il problema della interruzione perché il diritto era stato dichiarato insussistente. Non rimaneva, quindi, che riferire la disposizione al rigetto per motivi di rito, ovvero alla sentenza di c.d. *absolutio ab instantia*³¹. Senonché, proprio la più tipica di queste sentenze, ovvero la declinatoria di

2, 142. Sulla questione cfr. pure la nota a Cass., sez. I, 20 febbraio 1933 di E. Presutti, in *Foro it.*, 1933, 1784.

³⁰ La specifica questione è trattata limpidamente da R. Oriani, *Il processo*, cit., 52 ss., ove si rammenta che a detta discutibile soluzione giurisprudenziale contribuì Mortara.

³¹ Cfr. già F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, 1879, vol. V, n. 187, p. 331; G. Pugliese, *La prescrizione acquisitiva*, cit., 463 e in *La prescrizione estintiva*, cit., 176; C. Fadda – P. E. Bensa, *Bernardo Windscheid – Diritto delle pandette*, Torino, 1926, vol. IV, 655; E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni*, cit., II, 2, 134.

competenza, si sottraeva indubbiamente all'applicazione dell'art. 2128 proprio per l'effetto riconosciutole dal precedente art. 2125.

La dottrina finì quindi per riferire la disposizione dell'art. 2128 solo alle sentenze che accertassero la carenza degli altri presupposti processuali³².

Nel contesto di questo sistema parve quindi lecito reputare che la virtù interruttiva andava ricondotta alla sentenza definitiva, che accoglie la domanda a cui si ricollega per tutta la catena degli atti processuali³³.

Lo stesso Chiovenda già nei *Principii* giungeva ad affermare che “impropriamente la legge dice che la *domanda giudiziale interrompe* la prescrizione; da che questo effetto non si produce se la domanda è rinunciata, perentoria o rigettata, bisogna dire che la domanda giudiziale *in sé* non ha questo effetto, ma che piuttosto la esistenza di un processo chiuso con sentenza di accoglimento ha arrestata la prescrizione al giorno della domanda, mentre la esistenza di un processo chiuso in altro modo non ha alcuna influenza sulla prescrizione”³⁴.

³² In arg. oltre alla dottrina appena citata, v. E. Allorio, *Rigetto della domanda e reviviscenza della prescrizione*, in *Riv.dir.proc.civ.*, 1935, II, 225; G. Chiovenda, *Principii*, cit., 140, nota 2.

³³ Così già G. Pugliese, *La prescrizione acquisitiva*, cit., 459.

³⁴ G. Chiovenda, *Principii*, cit., 140. Sulla teorica chiovendiana, cfr., R. Oriani, *Il processo*, cit., 68 ss., ove si chiarisce che la tesi in tema di prescrizione si inserisce nel più vasto principio che la durata del processo non deve andare a danno di chi ha ragione, di modo che la sentenza di accoglimento deve attuare la legge come se ciò avvenisse al momento della domanda. In arg., cfr. anche C. Fadda – P.E. Bensa, *op. cit.*, 654-655, che pur muovendo critica all'opinione che vedeva nella sentenza di accoglimento la fonte della virtù interruttiva, ammettono che nel caso di accoglimento sarebbe più proprio dire che la citazione più che interrompere esaurisce la prescrizione, dacché non si può più parlare di prescrizione del diritto di far condannare l'avversario, ma solo di quello di far eseguire la sentenza.

E, del resto, ad onta del termine utilizzato dal legislatore, in un simile ordito normativo appariva persino improprio parlare di interruzione.

Una volta infatti che la sentenza di accoglimento fosse passata in giudicato, vi era una sostanziale concordia nella dottrina nel reputare, seppur sulla base di giustificazioni diverse, che alla prescrizione originaria (eventualmente più breve) si sostituisse sempre una nuova e diversa prescrizione ordinaria trentennale (c.d. *longissimi temporis*)³⁵. E allora sembra comprendersi il dubbio manifestato da una parte della dottrina, e sul quale si dovrà tornare, in merito alla presunta radicale differenza fra impedimento ed interruzione. Se nessun effetto interruttivo poteva avere la domanda rinunciata, perenta o rigettata, e alla sentenza di accoglimento si accompagnava il sorgere di una nuova e diversa prescrizione legata all'esecuzione del giudicato, non era poi così peregrina l'affermazione che si fosse di fronte ad un fenomeno assai simile all'effetto impeditivo.

Tuttavia è altrettanto chiaro che, rispetto a questo sistema ed ai principi che parte della dottrina ne ebbe a ricavare, la regola che sottraeva il rigetto per incompetenza alla scure dell'art. 2128 riconoscendo l'efficacia interruttiva della domanda non poteva che risultare fortemente eccentrica e problematica. Paradossalmente, per certi versi, l'ipotesi della domanda a giudice incompetente si

³⁵ Cfr., F. Ricci, *Corso teorico-pratico*, cit., vol. V, n. 207 p. 367 e pure n. 226 p. 400; G. Pugliese, *La prescrizione estintiva*, cit., p. 251 ss; G. Chiovenda, *Principii*, cit., 146, il quale ricorre ancora all'idea dell'*actio iudicati*; L. Mortara, *Commentario*, cit., n. 442.

prestava ad essere l'unico conclamato caso facilmente ricostruibile in termini di vero e proprio effetto interruttivo.

Non a caso alla moderna e più attenta dottrina non poteva sfuggire che la tesi di Chiovenda sulla prescrizione era ostacolata proprio dalla testuale previsione dell'effetto interruttivo per il caso di domanda a giudice incompetente, ove si accordava rilevanza ad un processo concluso senza vittoria dell'attore. Chiovenda poteva quindi superare l'obiezione solo reputando che la sentenza di incompetenza non ponesse fine al processo, anticipando il meccanismo poi introdotto dall'art. 50 c.p.c.³⁶

³⁶ R. Oriani, *Il processo*, cit., 73. Per il rilievo che l'argomento desunto da Chiovenda dall'art. 2125 sarebbe erroneo, cfr. già A. Attardi, *op. cit.*, 143 in nota e prima ancora da G. Cristofolini, *op. cit.*, 150-151, in nota. E questo perché, in verità, dalla norma non si desumerebbe affatto che l'effetto interruttivo perduri oltre la sentenza che dichiara l'incompetenza. Per altro questi autori sembrano propensi a ritenere che in tal caso la prescrizione riprenda corso dall'atto interruttivo, cioè dalla domanda al giudice incompetente. Insegnava invece ricominciare a decorrere in questo caso la prescrizione dal passaggio in giudicato della sentenza che dichiara l'incompetenza, F. Ricci, *Corso teorico-pratico*, cit., vol. V, n. 207 p. 367. Deve qui essere puntualizzato che l'argomento esternato da Chiovenda nel più recente saggio, sembra per la verità coerente con quanto lo stesso A. ebbe modo di affermare nei *Principii*, cit., pp. 141-142-143. Evidenziando appunto che per la sentenza che dichiara l'incompetenza il legislatore ha fatto eccezione alla regola dell'art. 2128 Chiovenda dichiara che "in questo caso la legge considera l'attuazione della legge come compiuta nel giorno della *prima* domanda giudiziale, sebbene fatta davanti a giudice incompetente, perché, come vedemmo, l'essenza della domanda giudiziale, come esercizio dell'azione, sta nella valida dichiarazione che la legge sia attuata. L'errore che consiste solo nella invocazione del giudice, non parve al legislatore che dovesse impedire l'effetto del processo riguardo alla prescrizione". Pare quindi che già in questa occasione l'A. immaginasse di collegare, sotto il profilo dell'effetto interruttivo della prescrizione, le vicende processuali sorte presso il giudice incompetente con quella presso il giudice competente.

4. La cassazione della sentenza per violazione delle norme sulla competenza ed il “rimando” previsto dall’art. 544 del codice di procedura.

Non minore rilevanza sistematica riveste l’altro argomento evocato nel saggio sulla litispendenza di Chiovenda, che poggia sulla disciplina dell’art. 544 del c.p.c. del 1865. Specie avendo a mente le simili problematiche insorte dalla disciplina del moderno codice di procedura vigente sul terreno delle statuizioni della corte regolatrice della giurisdizione, e sulle quali si dovrà tornare più avanti, vale la pena di chiarire qui qualche aspetto.

L’art. 544 disponeva che “quando la Corte cassi la sentenza per violazione delle norme di competenza statuisce su questa e rimanda la causa all’ autorità competente”.

Certamente se la disposizione fosse stata letta nel senso così ampio cui allude Chiovenda nel saggio del 1931 essa avrebbe costituito un notevole argomento a favore della continuità del rapporto processuale instaurato presso il giudice incompetente.

Ma questa non era l’interpretazione più accreditata in dottrina, proprio in ragione della sua radicale disarmonia coi postulati recepiti in tema di sentenza che dichiara l’incompetenza. All’art. 544 – ed al relativo meccanismo di c.d. rinvio – si riconosceva infatti una sfera di applicazione più ridotta di quanto la lettura della norma non sembrava in apparenza suggerire.

Innanzitutto la disposizione non si reputava al certo applicabile nell'ipotesi in cui la cassazione avesse a confermare – e non quindi a cassare - la declaratoria d'incompetenza del giudice di merito³⁷.

Il vero problema riguardava però l'ipotesi in cui la Corte avesse a cassare la sentenza con la quale il giudice di merito aveva *erroneamente affermato una competenza che non aveva*. In detta ipotesi, infatti, la dottrina tendenzialmente negava la sussistenza di un caso di cassazione con rinvio, ovverosia la pendenza del rapporto processuale da proseguire presso il giudice individuato come competente, proprio perché altrimenti opinando la disposizione avrebbe seriamente deviato al principio che la declaratoria d'incompetenza pone fine al rapporto processuale essendone la competenza del giudice un presupposto. La norma sarebbe invece stata dettata solo per l'ipotesi inversa, nella quale il giudice di merito avesse *erroneamente declinato la propria competenza*³⁸. E del resto il legislatore affermando che la corte “rimanda” la causa forniva pure un addentellato letterale a questa limitazione.

Peraltro di questa interpretazione era stato complice lo stesso Chiovenda nelle opere precedenti al saggio sulla litispendenza. Nei *Principii*, confrontandosi con l'art. 544 e con l'ipotesi di cassazione per motivi di competenza, Chiovenda ebbe proprio ad affermare che “il rinvio non ha per effetto di rendere pendente la causa

³⁷ G. Scaduto, *op. cit.*, 756-757.

³⁸ Cfr. sul punto, inequivoco, E. Betti, *op. cit.*, 707; analogamente E. Redenti, *op. cit.*, 477, ove si dichiara che nel primo caso cade tutto il processo ed è perlomeno dubbio che la riproposizione della domanda davanti al giudice dichiarato competente dalla S.C. possa considerarsi come la prosecuzione del processo pendente.

davanti al *nuovo* giudice dichiarato competente (salvo che si tratti d'incompetenza sopravvenuta): occorre invece iniziare una *nuova* causa davanti al nuovo giudice, dichiarato competente”³⁹.

Entro queste coordinate, il mutamento di rotta ventilato successivamente da Chiovenda si chiarisce, ma, soprattutto, sollecita ad una ulteriore considerazione.

Evidentemente l'A. finì per accreditare una lettura dell'art. 544 come manifestazione di un fenomeno di passaggio dello stesso processo al giudice individuato, anche quando la S.C. cassi la sentenza del giudice che ha erroneamente riconosciuto la propria competenza. E questo perché se la Corte di cassazione, in detto caso, dichiara l'incompetenza del giudice originariamente adito, la prosecuzione del medesimo rapporto processuale si può immaginare solo affermando che la declaratoria d'incompetenza lasci la lite pendente.

Tuttavia, a ben vedere, coltivando e sviluppando questa tesi si doveva forse giungere sino a rimeditare anche l'ipotesi in cui la Corte di cassazione avesse a rigettare il ricorso contro una corretta declinatoria di competenza⁴⁰. Difficilmente avrebbe ottenuto una

³⁹ G. Chiovenda, *Principii*, cit., 1060. Sebbene, a onor del vero, questo passo segua all'esegesi (v. p. 1059) della norma stessa in cui l'A. parte dal presupposto che questa si applichi non solo quando la Corte rinvia alla stessa autorità perché si è dichiarata erroneamente incompetente, ma pure ad altra di egual tipo (per aver deciso una causa che per territorio non gli apparteneva) o di tipo diverso (per aver deciso una causa che per materia o valore non poteva decidere). In arg. v. G. Cristofolini, *op. cit.*, 149 ss., ove si rammenta che l'opinione tradizionale era stata fatta propria in precedenza dallo stesso Chiovenda proprio in ragione del ruolo assegnato alla competenza fra i presupposti del rapporto processuale. L'A. nota però giustamente che Chiovenda nel più recente saggio sulla litispendenza doveva aver mutato opinione.

⁴⁰ Un “embrionale” spunto per questa considerazione in G. Cristofolini, *op. cit.*, 152.

patente di razionalità un sistema ove la continuazione del rapporto processuale finiva per dipendere non dalla condotta della parte (che in tutte e due le ipotesi aveva errato nell'individuare il giudice) quanto – in definitiva – dall'errore del giudice del merito che aveva avocato una competenza insussistente. Sotto condizione di questa estensione l'art. 544 avrebbe certo fornito un fortissimo argomento per sostenere che la sopravvivenza del processo alla sentenza d'incompetenza era un principio generale da applicare, quindi, anche alla sentenza del giudice di merito.

Ma poiché a questo caso l'influenza dell'art. 544 non pareva affatto possibile si oppose la constatazione che la norma stessa dimostrava che la continuazione del rapporto processuale era un effetto della statuizione di rinvio (e limitato ai casi in cui il rinvio è imposto), e non della dichiarazione d'incompetenza⁴¹.

5. L'appellazione a giudice incompetente: la tesi di Pisanelli.

Alla necessità di indagare la questione dell'appello a giudice incompetente nella risalente dottrina e magistratura civile non trascina soltanto la menzione rinvenuta nel riferito passo di Chiovenda. Vi sono, per la verità, ragioni ancor più pertinenti.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato guardò infatti a questa specifica problematica quando si trattò di affrontare il caso del ricorso giunto al giudice amministrativo dopo che la parte aveva a torto sperimentato altra giurisdizione. A ciò poi si aggiunge una

⁴¹ A tal proposito, ancora, G. Scaduto, *op. cit.*, 756-757, che approda a questa conclusione rilevando appunto che non vi è rinvio quando la Corte conferma la sentenza di secondo grado che ha pronunciato l'incompetenza.

collaterale e non meno significativa considerazione. Proprio ed ancora al dibattito sorto sul terreno dell'appello la dottrina civile attinse per dirimere la questione degli effetti della domanda in prima istanza proposta al magistrato incompetente soggetta però a termine di decadenza.

L'indagine, tuttavia, qui richiede un ulteriore passo indietro nel tempo e prima ancora una breve parentesi.

Poiché non vi è autore dell'arco di tempo qui considerato che non rammenti la regola romana, converrà indicarla⁴².

Sebbene infatti sia incerta l'idoneità della domanda fatta a giudice incompetente ad interrompere la prescrizione nel diritto romano⁴³, sul terreno invece dell'appello le fonti accreditano una regola che può essere qui utilmente sintetizzata: l'errore non nuoceva se il giudice invocato era di grado eguale o maggiore del giudice appellato⁴⁴.

⁴² Anzi, a voler essere ancor più schietti si dovrebbe ricordare che, vigente il codice del 1865, a qualche processualcivilista sembrava sufficiente invocare la regola del diritto romano per affermare che l'appello a giudice incompetente vale ad interrompere la decorrenza del termine. Cfr., G. Saredo, *Istituzioni di procedura civile*, Firenze, 1876, II, 34. Un'importanza decisiva a questa regola – assurda a rango di principio di diritto e perciò applicabile a norma dell'articolo 3 delle Disposizioni preliminari al Codice civile del 1865 – anche in S. Gianzana, *Dell'appello innanzi a giudice incompetente. Se, essendo valido, interrompa ovvero sospenda la decorrenza del termine per appellare*, in *Annuario della procedura civile*, diretto da E. Cuzzeri, Verona, 1884, 9 ss., in part. p. 10. Di legge applicabile anche oggidi parlava P. Enrico, *Dell'appello a giudice incompetente*, in *Annuario della procedura civile*, diretto da E. Cuzzeri, Verona, 1888, 18 ss., in part. p. 18.

⁴³ In sintesi, sulla questione, C. Fadda-P.E.Bensa, *op. cit.*, IV, 651, con indicazione della dottrina tedesca che inclina per la positiva.

⁴⁴ Per una sintetica ma efficace esposizione della questione dell'appello a giudice incompetente anche in chiave storica, T. Siciliani, *Sugli effetti dell'appello proposto davanti a giudice incompetente*, in *Giur. it.*, 1904, IV, 190 ss.

Effettuata questa brevissima parentesi per ovvie ragioni lasciata senza approfondimento, nel tentativo di delineare un quadro di insieme in merito al tema che investiva il processo civile conviene invece partire dal pensiero di Pisanelli che, nel 1862, vi si trattiene nel *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi* in una parte dedicata a talune possibili ipotesi di sospensione del termine di decadenza per appellare⁴⁵.

L'A. eleva una decisa critica verso la giurisprudenza reputando erroneo l'orientamento che già allora giudicava l'appello innanzi ad un tribunale incompetente idoneo a sospendere il corso del termine per appellare⁴⁶. Riferiva Pisanelli che questa massima era anche appoggiata sull'applicazione analogica dell'art. 2380 del Codice civile in allora vigente, ove si stabiliva che la citazione avanti a giudice incompetente avesse comunque l'effetto di interrompere il corso della prescrizione.

⁴⁵ Cfr., G. Pisanelli, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, Torino, 1862, IV, da CDXXXII a CDXXXVI. Per un sunto delle tesi espresse sul tema dell'appello a giudice incompetente dalla dottrina civile presa in esame nel testo, T. Siciliani, *op. cit.*, 190 ss.; F. D'Alessio, *Rapporti e conflitti fra le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Milano, 1912, in part. 287 ss.; M. Cantucci, *Il ricorso ad autorità incompetente e l'errore scusabile nel processo amministrativo*, in *Studi Senesi*, 1934, 253 ed ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1982, 23.

⁴⁶ G. Pisanelli, *op. cit.*, 222, in nota. Più in particolare, l'A. censura in primo luogo una sentenza della Corte di Genova del 9 marzo 1855 la quale ebbe a dichiarare come "massima generalmente ricevuta in giurisprudenza, che l'appello introdotto per errore avanti un tribunale incompetente sospende il corso de' fatali, in guisa che soltanto dopo che fu conosciuta la declaratoria di incompetenza comincia a decorrere un nuovo termine". Ma poco più avanti, *op. cit.*, 225 nota 2, si rammenta pure di un caso in cui la Corte di Casale, con sentenza 27 settembre 1850, ebbe addirittura ad applicare analogo principio al caso in cui la parte avesse formulato ricorso per Cassazione anziché appello reputando la causa inappellabile. La massima di quest'ultima pronuncia è edita pure in F. Bettini, *Giur. it., Rep.*, 1861, Appello, 645.

All'estensione della norma al diverso caso del termine breve per appellare ripugnavano, però, due ordini di ragioni.

Vedendo la sostanza del giudizio di appello in un secondo esame della causa, l'atto di appello al giudice incompetente sarebbe stato privo di valore in quanto inefficace ad aprire l'adito al detto esame e addirittura inidoneo ad investire di giurisdizione il magistrato d'appello. L'unico seguito dell'impugnativa, presso il giudice incompetente, sarebbe stato dunque quello di chiarire la sua originaria inefficacia. Nondimeno, non provocandosi alcun efficace appello, trascorso il termine per appellare la sentenza dei primi giudici sarebbe passata in giudicato⁴⁷. Sebbene l'A. non si esprimesse in termini così precisi, a ragione qualche decennio dopo la sua tesi venne sintetizzata nel senso che l'appello al magistrato incompetente non poteva avere alcun effetto sulla decadenza perché nullo⁴⁸.

Peraltro, Pisanelli si dà carico di confutare un'ulteriore assioma portato dai sostenitori della tesi avversa, e che poggiava sulla constatazione che introducendo appello, benché a giudice incompetente, la parte dimostrava comunque la volontà di appellare e di non acquietarsi al giudicato. Se bastasse la certezza della volontà non acquietarsi al giudicato, il termine di decadenza per l'appellazione dovrebbe infatti rimaner sospeso in virtù non solo di un atto d'appello, ma pure di tutta una serie di atti dai quali si desumesse detta volontà, ivi compresi gli altri mezzi di impugnazione delle pronunzieri dei magistrati, quali ad esempio

⁴⁷ G. Pisanelli, *op. cit.*, 224.

⁴⁸ T. Siciliani, *op. cit.*, 191; F. D'Alessio, *Rapporti e conflitti*, 289.

i mezzi straordinari della domanda per revoca e del ricorso per cassazione.

A corroborare la tesi che negava effetto sulla decorrenza del termine all'appello proposto a giudice incompetente, lo stesso Pisanelli argomentava poi insistendo sulle indesiderabili ricadute che l'opposta idea avrebbe comportato. La parte avrebbe infatti potuto utilizzare con malizia l'appello, rivolgendosi di proposito al giudice incompetente anche al fine di provvedersi di un tempo maggiore. Osservazione che agevolmente si spiega rammentando il principio per cui l'appello aveva effetto sospensivo della sentenza di primo grado⁴⁹. L'indagine del giudice per distinguere l'errore dalla malizia, oltre che assai malagevole e pericolosa per la giustizia non avrebbe avuto fondamento alcuno nella legge, la quale solo imponeva al magistrato di verificare se la sua giurisdizione fosse stata provocata nel termine prefisso⁵⁰.

Non si può dire che questa tesi abbia avuto gran successo.

E una parte di questo insuccesso è probabilmente da addebitarsi alla circostanza che, come si dirà appresso, di lì a poco Pescatore si pronunciò sul tema esprimendo un'opinione diversa. L'autorità dello studioso sugli interpreti immediatamente successivi, forse più del reale approfondimento della questione nei suoi scritti, fece il resto.

⁴⁹ Sull'effetto sospensivo dell'appello, ancora G. Pisanelli, *op cit.*, DCCI ss.

⁵⁰ G. Pisanelli, *op. cit.*, p. 224. Ma cfr. pure p. 226 ove, a critica dell'idea che anche il ricorso per Cassazione erroneamente sperimentato in luogo dell'appello potesse incidere sul termine per appellare si dichiara che le indagini del giudice per penetrare nella coscienza della parte e scrutinare la sincerità delle sue credenze finirebbero per infirmare la salutare prescrizione di un termine perentorio e con essa l'autorità dei giudicati.

Tuttavia, la tesi di Pisanelli pur vantò nella dottrina sperimentatasi sul codice del 1865, fra altri, un apprezzamento assai autorevole. Parecchi decenni dopo Pisanelli, Chiovenda, nei *Principii*, tratta la questione nell'ambito del tema dei termini per proporre appello ed in stretto contatto con l'ipotesi della riproponibilità di un appello nullo, che non avrebbe certo potuto impedire il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado qualora il termine per appellare fosse già decorso. A parere dell'A. "lo stesso deve dirsi, quando l'inefficacia dell'atto d'appello ad operare il passaggio del rapporto processuale a questa fase, dipenda dalla incompetenza del giudice adito come giudice d'appello". E nella giustificazione torna il dogma di cui lo stesso Chiovenda era allora integerrimo artefice, sol che proiettato nella fase di appello. La valida costituzione del rapporto processuale si ha solo presso il giudice competente; estinguendosi altrimenti il rapporto per effetto della dichiarazione d'incompetenza nessun effetto avrebbe potuto sopravvivere a questa declaratoria, fatta eccezione per l'interruzione della prescrizione, e salva ovviamente all'attore la possibilità di costituirne uno nuovo se non sia sopravvenuta alcuna decadenza⁵¹.

⁵¹ G. Chiovenda, *Principii*, cit., 986. Ma per la verità Chiovenda si dimostrerà sul terreno del giudizio d'appello fermo anche dopo – o, verrebbe da dire, pressoché contestualmente - aver elaborato la teoria della continuazione del rapporto nel giudizio di primo grado. Cfr. infatti, Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934, II, 537. Del resto il pensiero di Chiovenda sul terreno dell'appello era stato esposto con molta convinzione in un contributo sì del 1909 ma ripubblicato con aggiornamenti ancora nel primo volume dei Saggi nel 1930, vale a dire appena un anno prima del saggio sulla litispendenza. Cfr. G. Chiovenda, *Sulla divisione della magistratura in sezioni. Effetti del ricorso diretto a una sezione incompetente del Consiglio di Stato*, in *La Legge*, 1909, 791, ripubblicato in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma 1930, I, 319. Seguirà poi le orme di Chiovenda, A. Raselli, *Appello a giudice incompetente e decorrenza del termine per appellare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 58, che proprio tributa al Pisanelli il merito di aver già anticamente

Per Chiovenda, peraltro, il rigore di detto principio avrebbe potuto essere derogato solo dal legislatore, essendo inibita all'interprete ogni distinzione tra errore scusabile o meno, così come tra buona o mala fede.

Peraltro, decisamente interessante è osservare che, nel dichiarare insignificante la distinzione tra incompetenza più o meno grave, Chiovenda formulasse proprio l'esempio di colui che avesse adito "un giudice ordinario invece dello speciale o viceversa"⁵².

6. La tesi di Pescatore.

Pescatore accenna una prima volta alla questione nella *Sposizione compendiosa* del 1864⁵³. Ma a ben leggere, qui concentra la sua attenzione sul problema della nullità della citazione per difetto di forma, muovendo esplicitamente dal caso in cui l'uscieri incaricato di intimare il libello dell'appellazione ometta di sottoscrivere la copia dell'atto consegnato all'intimato. Distinguendo gli scopi dell'atto di citazione tra effetto processuale (ossia instaurare il giudizio) ed effetto conservativo, ossia conservare il diritto d'impugnare – se trattasi di citazione in appello – ovvero

individuato l'esatta soluzione, poi sviluppata da Chiovenda e condivisa dall'A. sulla base dell'osservazione che, essendo la competenza presupposto del rapporto processuale, quello che si instaura con l'appello a giudice incompetente è un rapporto processuale nullo che non può produrre alcun effetto giuridico, ivi compreso quello di conservare il diritto di appellare. Concludeva per la tesi restrittiva pure G. Scaduto, *op. cit.*, 764.

⁵² G. Chiovenda, *Principii*, cit., 987. E si aggiunga che in nota l'A. afferma che l'errore è facile a darsi "nel campo della giustizia amministrativa (ricorso alla autorità giudiziaria o al Consiglio di Stato in tema di spedalità, art. 80 L. Op. Pie 17 luglio 1890)".

⁵³ M. Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale nelle somme sue origini e nel suo ordine naturale*, Torino, 1864, I, 1, 187 ss.

conservare l'azione e il diritto – se riferito alla citazione introduttiva della prima istanza, l'A. reputa come conforme ad un diritto razionale che tutte le volte che la mancata validità di una citazione dipenda da errore scusabile non si dia l'effetto processuale ma si abbia l'effetto conservativo. A suffragio di questo voto si afferma che “in ogni parte del diritto l'errore scusabile ammette riparazione, né la legge può derogare ai principi di ragione e di giustizia senza bisogno evidente di un interesse contrario. Ora le leggi di prescrizione e di decadenza contro chi non propone azione nel tempo stabilito, forseché non raggiungerebbero il loro scopo, conservando l'azione proposta in tempo, solo perché si ammetta un rimedio agli errori di procedura?”. E a confermare l'assunto subito dopo si osserva che “la legge stessa suppone il contrario, quando dichiara che la citazione, ancorché fatta avanti a giudice incompetente, interrompe la prescrizione; e se si ripara come scusabile l'errore sulla competenza, il rigore draconiano per errori di forma riesce affatto incomprensibile”⁵⁴.

Decisamente più centrato sul tema dell'appello a giudice incompetente è invece il breve scritto apparso nel 1876 sul *Giornale delle leggi*⁵⁵. Qui Pescatore prende le mosse dal caso del creditore che, soccombente in primo grado avanti al giudice di mandamento, giudica che l'oggetto della questione abbia un elemento commerciale e quindi adisce in appello il tribunale di

⁵⁴ M. Pescatore, *Sposizione*, cit., 191.

⁵⁵ M. Pescatore, *Appellazione ad un tribunale incompetente, sospensione dei termini*, in *Giornale delle leggi*, 1876, 1.

commercio che però si dichiara incompetente⁵⁶. Occorre perciò stabilire se “nel termine utile per appellare al giudice competente si abbia a detrarre tutto il tempo vanamente speso dinanzi al tribunale di commercio”. L’A., sul piano generale, comincia col rilevare che a mente dell’art. 2125 Cod. civ. la domanda fatta a giudice incompetente interrompe la prescrizione, per poi subito avvertire, però, che i termini della procedura non sono i termini della prescrizione per quanto gli uni siano analoghi agli altri. Fatta questa premessa si afferma quindi che, sempre in generale, all’appellante potrebbe invero replicarsi che costui maliziosamente introduce appello al giudice incompetente al fine di stancare l’avversario “e prolungare la sospensione dell’effetto esecutivo per tutto il tempo che si sarebbe inutilmente impiegato dinanzi ad un tribunale d’appello incompetente”.

Ed è a questo punto che Pescatore esprime un pensiero di particolare interesse consacrandolo in un passo involontariamente destinato a divenire fondamentale ben oltre il confine dell’errore nell’individuare il giudice dell’appello competente.

Se fosse plausibile un sospetto di malizia della parte, scrive l’A., “non sarebbe da ammettersi la sospensione della decorrenza del termine utile ad appellare, pel fatto di un’appellazione introdotta e sostenuta davanti a un giudice incompetente. Né sarebbe da pretendersi una prova precisa della malizia di un appello non vero ma simulato: quando sulla competenza non apparisse una ragione plausibile di dubitare, e l’appellante attribuisse l’avvenuto errore ad

⁵⁶ Caso di per sé di notevole interesse, perché fra giudici di commercio e civili si prospettava una questione che, nella moderna ottica, verrebbe ad essere questione di giurisdizione.

una sua sbadataggine, non per questo sarebbe giustificato « culpa lata dolo comparatur; nec supina ignorantia ferenda est.» Senza queste massime ogni dolo più squisito, incammuffato sotto il lacero manto della balordaggine sfuggirebbe sempre alle condanne della giustizia civile”.

Ma nel caso discusso poiché l’appellante soccombente era l’attore stesso che si riteneva creditore non poteva levarsi il minimo sospetto di malizia, sicché, si dice ancora, la sua azione era salva “col sol carico di portarla, nel termine a ciò stabilito, dinanzi all’autorità giudiziaria superiore al primo giudice: il principio dell’articolo 2125 del codice civile gli era perfettamente applicabile, esclusa ben anche l’indagine oziosa (che la legge non ammette mancando ogni sospetto di frode) sulla maggiore o minore scusabilità dell’errore”.

Passati quindi in rassegna altri due casi in cui la giurisprudenza aveva fatto applicazione della regola della prescrizione ai termini brevi per proporre azione⁵⁷, l’A. finalmente conclude nel senso che la regola che l’errore di chi appella ad un giudice incompetente non nuoce era pure conforme al diritto romano, ove il principio era che l’appello ad un giudice incompetente, ma di grado superiore o pari non nuoce, mentre non salvava dalla decorrenza del termine

⁵⁷ M. Pescatore, in *Appellazione ad un tribunale incompetente*, cit., 2, riferisce infatti come la Corte d’Appello di Caen, il 1 febbraio 1842, avesse applicato la regola della sospensione del termine, come se si trattasse di prescrizione, all’azione di garanzia promossa dal possessore di cambiale protestata verso i giranti, sottoposta al termine di decadenza di quindici giorni, nel caso avanzata al giudice incompetente. Similmente si rammenta il caso di un richiamo proposto a tribunale incompetente dal marito per ripudiare la paternità del figlio nato dalla moglie in costanza di matrimonio, da proporsi nel termine di due mesi, ove era stato giudicato comunque sospeso il termine per proporlo al giudice competente, ancora in applicazione dell’art. 2125 del Cod. civ.

l'appello ad un giudice di grado inferiore. Peraltro, si aggiunge, essendo ora impossibile scambiare un tribunale di circondario per giudice superiore ad altro tribunale di circondario un'eventuale appello a siffatto giudice di pari grado sarebbe da considerarsi oggi come non avvenuto.

Ora, ciò che dallo scritto sin qui riferito risulta difficile da penetrare è proprio l'aspetto più rilevante che andrebbe decifrato.

Che ruolo gioca e di che nozione si connota la *scusabilità* dell'errore nel pensiero di Pescatore?

Se si isola il passo in cui afferma che non è da scusarsi l'errore sulla competenza ove non apparisse una plausibile ragione di dubitare, si potrebbe in effetti nutrire l'idea che la scusabilità dell'errore debba essere riferita all'interpretazione delle regole che presiedono all'individuazione del giudice competente. In altre parole, il giudice dovrebbe effettuare un'indagine in ordine all'oggettiva plausibilità di un equivoco sulle regole della competenza.

Ma se si guarda alla soluzione data nel risolvere il caso l'ottica sembra decisamente mutare. Una volta escluso che l'appellante possa aver utilizzato artatamente lo strumento dell'impugnativa al giudice incompetente per sottrarsi più a lungo all'esecuzione, si finisce per affermare come oziosa e non ammessa – mancando ogni sospetto di frode – l'indagine sulla maggiore o minore scusabilità dell'errore. Ed allora è dello stato di coscienza della parte, cioè dell'assenza di mala fede che si sta propriamente parlando.

In effetti questo particolare aspetto non esce chiarito nemmeno leggendo taluni autori che aderiscono alla soluzione di Pescatore e si riportano esplicitamente alla sua autorità.

Cuzzi, ad es., una volta dichiarato che la soluzione favorevole alla sospensione del termine si basa specialmente sulla analogia con l'art. 2125 Cod. civ. e sulla dimostrata volontà dell'istante, così, di appellare la sentenza si limita a dichiarare che l'errore sulla competenza è quasi sempre scusabile, e nemmeno è ragionevole supporre che la parte adisca maliziosamente un giudice incompetente per prolungare il termine per esser così condannato a rimborsare le spese all'avversario al quale invece riuscirebbe molto facile far risolvere in brevissimo termine la questione pregiudiziale sulla competenza⁵⁸.

Ma l'autore che più si diffonde sulla questione facendo abbondantemente ricorso alle intuizioni di Pescatore è Mattiolo nel suo celebre *Trattato*⁵⁹.

Per la verità, seppur con linguaggio niente affatto adamantino, Mattiolo sembra più decisamente muovere dalla premessa che l'atto di appello a giudice incompetente sia nullo⁶⁰.

⁵⁸ E. Cuzzi, *Il codice italiano di procedura civile*, Verona, 1877, II, 20. E' peraltro degno di nota che già questo A. si esprima nel senso che la parte potrà "riprodurre l'appello davanti il tribunale competente investendo questo della cognizione delle ragioni che lo indussero ad impugnare il giudicato e che furono già espresse nell'appello tempestivamente introdotto, del quale la seconda citazione non è, si può dire, che la prosecuzione".

⁵⁹ L. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, III ed., 1885, nn. da 269 a 273.

⁶⁰ L'A. (*op. cit.*, 251) parla infatti ad un tempo di un atto che, "riguardo alla sua forma è pienamente regolare, sol che non può sortire il suo pieno effetto, perché è proposto ad un giudice, che è incompetente a conoscerne". Tuttavia subito dopo riconduce la competenza del giudice a condizione di validità del giudizio contestualmente però affermando che la mancanza di una condizione essenziale renderebbe nullo l'atto. Peraltro, l'A. sembra perpetuare l'impostazione da cui

Tuttavia l'argomento tratto dall'analogia con l'art. 2125 Cod. civ. e la connessa distinzione tra effetti conservativi, da riconoscersi anche all'appellazione a giudice incompetente, ed effetti processuali consentirebbe a detto atto di impedire la decorrenza del termine di decadenza⁶¹.

L'A. fa però ripetutamente riferimento al principio della scusabilità dell'errore, che ammette riparazione, come se detta scusabilità costituisse il limite per l'operatività della benigna regola.

Nel lessico utilizzato da Mattiolo c'è anzi una notevole insistenza sulla locuzione errore scusabile quando si tratta di sintetizzare la regola cui intende prestare voto⁶². Del resto, probabilmente

muoveva Pisanelli, affermando anche che l'atto di appello non è efficace in quanto non idoneo ad aprire l'adito all'esame in secondo grado della causa (*op. cit.*, 252). In effetti il convincimento di Mattiolo si evince forse più chiaramente nelle edizioni del *Trattato* successive alla presa di posizione di Mortara. Ed infatti, in polemica con quest'ultimo, si specifica, fra l'altro, che "l'atto di citazione mira essenzialmente a provocare la decisione del giudice sulla controversia; ora, se questa decisione è resa impossibile dal fatto che il giudice adito è incompetente, l'atto di citazione non può raggiungere il suo scopo, e perciò manca di efficacia legale, salvo solo l'effetto di interrompere la prescrizione a norma dell'articolo 2125 del Codice civile, e, per analogia, l'effetto di impedire la decadenza del termine ad impugnare la sentenza". Così, L. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, V ed., 1904, n. 331 in nota.

⁶¹ Cfr. L. Mattiolo, *op. cit.*, p. 249.

⁶² Cfr., e soltanto a titolo esemplificativo, L. Mattiolo, *op. cit.*, p. 247, ove si afferma che la regola dell'effetto sospensivo non giova "quando, in mancanza di dolo propriamente detto, pur risultasse che l'essersi adito il giudice incompetente fu cagionato da *grave ed inescusabile colpa dell'appellante*" (corsivo dell'A.); p. 248, ove si dichiara che "quando non consta né del dolo, né della colpa grave dell'appellante o del ricorrente per cassazione, allorché quindi si deve presumere che egli non altrimenti propose la sua domanda davanti un giudice incompetente, se non perché incappò in un errore scusabile, vuolsi ritenere che tale domanda valga a impedire la decorrenza del termine (...)"; p. 255, ove, nel formulare le conclusioni del ragionamento si stabilisce che "posto mente all'*analogia*, che corre fra prescrizione dell'azione e la decadenza dal diritto di impugnare la sentenza" (...) "vuolsi ritenere che l'appello, proposto per iscusabile errore a giudice incompetente, basta a *sospendere* la decorrenza del termine (...)".

avvertendo che alla base della soluzione vi è un'esigenza di giustizia ed equità, l'A. afferma che, se vi fosse comunque decadenza, "si troverebbero posti in identica condizione ed egualmente trattati, colui che non volle o trascurò di impugnare la sentenza nel termine prefisso dalla legge, e quegli che volle oppugnarla e la impugnò di fatto, ma per iscusabile errore, adì un giudice incompetente"⁶³. Chiaro riscontro di questa impostazione si ha anche in ordine all'ipotesi di colui che si fosse appellato a giudice di grado inferiore a quello che pronunciò la sentenza. Detta impugnazione sarebbe improduttiva di effetti, ma perché la colpa lata della parte apparirebbe evidente e questo errore "non sarebbe al certo scusabile"⁶⁴.

Sul terreno però del preciso confine della nozione di errore scusabile costui non aggiunge granché al ragionamento di Pescatore del quale richiama pressoché integralmente il passo tratto dal *Giornale delle leggi*⁶⁵.

7. La tesi di Mortara.

Nel 1890, nella monumentale voce "*Appello civile*" del *Digesto Italiano*, Mortara dedica un notevole spazio al tema dell'appellazione innanzi a giudice incompetente⁶⁶. Conviene tuttavia premettere che l'A. dichiara che le idee che intende esporre

⁶³ L. Mattiolo, *op. cit.*, p. 248.

⁶⁴ Cfr., L. Mattiolo, *op. cit.*, p. 247-248 in nota.

⁶⁵ L. Mattiolo, *op. cit.*, p. 247.

⁶⁶ L. Mortara, *Appello civile* (voce), in *Digesto italiano*, Torino, 1890, III, 2, nn. 1126 ss.

sull'argomento non sono del tutto nuove ed originali "essendone il germe raccolto da parecchi anni in gravi responsi giudiziari"⁶⁷.

E per la verità, alcune fertili idee che in qualche modo anticipano il ragionamento più ampiamente sviluppato da Mortara si possono rintracciare anche nella dottrina precedente a quest'opera.

Nel *Commento al codice di procedura* di Ricci del 1876⁶⁸, ad esempio, l'A. si interroga sulla questione chiaramente esprimendo la tesi che l'appellazione al giudice incompetente non sia affatto nulla, ma, al contrario di per sé validissima, affermando quindi la necessità di non confondere tra nullità dell'atto di citazione e incompetenza del magistrato adito. Più in particolare, detta citazione "fa conoscere l'intenzione dell'attore di voler appellare da una determinata sentenza, e le ragioni per le quali esso appella; e quando l'autorità in quella designata non sia la competente, rimarrà sempre la volontà espressa nei modi e nelle forme legali di non acquietarsi alla sentenza di primo grado, ad appellarne perciò al giudice superiore". Si badi poi che appresso a questa considerazione Ricci ne aggiunge altra di notevole rilevanza precisando che "se a seguito della dichiarazione d'incompetenza del primo giudice adito, si porti la causa innanzi il magistrato competente, non è già un nuovo appello che s'introduce, ma è quello stesso appello già introdotto, nel quale si richiama l'esame della competente autorità"⁶⁹. Vero è che l'A. conclude nel senso che la soluzione dell'impedimento al decorso del termine si basa su

⁶⁷ L. Mortara, *Appello*, cit., p. 824.

⁶⁸ F. Ricci, *Commento al codice di procedura civile italiano*, Firenze, 1876, II, n. 481.

⁶⁹ F. Ricci, *Commento*, cit., p. 410.

una corretta applicazione analogica dell'art. 2125 Cod. civ. Altrettanto vero è, però, che in questa breve digressione scompare ogni riferimento alla scusabilità dell'errore caduto sulla competenza.

Un altro antecedente dottrinale che ancor più diffusamente precorre la tesi di Mortara si rinviene in uno scritto di Gianzana del 1884⁷⁰. In realtà qui si concentra più che altro attenzione al problema del termine entro il quale l'appello (introdotto a giudice incompetente) deve essere portato a quello competente⁷¹. L'A. passa perciò in rassegna lo stato della giurisprudenza dell'epoca, e chiaramente plaude all'orientamento già affermato dalla Corte di Cassazione di Napoli che risolveva la questione muovendo dal presupposto che l'atto di appello non fosse affatto nullo, perché fra le cause di nullità non vi era l'incompetenza del giudice. Sicché uno solo era l'appello, ed era quello stesso introdotto al giudice incompetente che andava portato alla cognizione del magistrato competente⁷².

Tuttavia, pur nella presenza di questi antecedenti, è certamente un merito da riconoscere a Mortara non solo quello di aver meglio

⁷⁰ S. Gianzana, *Dell'appello innanzi a giudice incompetente*, cit.

⁷¹ Sulla questione vedi qui oltre, § 8.

⁷² Cfr. la motivazione di Cass. Napoli, 1 luglio 1881, Bedotti c. Bavarese, est. Jorio, riportata da S. Gianzana, *op. cit.*, 11-12, che la giudica di scientifica precisione, richiamando anche altri precedenti nel medesimo senso della stessa corte partenopea (in particolare, 2 settembre 1874, Mongo c. Ferace) nonché della Cassazione di Roma, che già con la sentenza 17 novembre 1877 aveva impostato il problema muovendo dalla teorica della nullità, negando quindi che l'appello al giudice incompetente potesse dirsi nullo e che vi fosse la necessità di introdurre un nuovo appello, bastando il portare l'appello originario alla cognizione del giudice. Se ben si nota si tratta della medesima giurisprudenza citata da Mortara a suffragio della sua tesi. Cfr. L. Mortara, *Appello*, cit., 826 nota 5, che poi nel testo vi aggiunge l'ampio riferimento alla motivazione di Cass. Napoli, 12 novembre 1880 del medesimo estensore Jorio che già aveva argomentato nel senso riconfermato dalla corte napoletana l'anno successivo.

sviluppato talune idee già presenti nella giurisprudenza e dottrina, ma di aver affrontato di petto la questione del ruolo da attribuirsi alla scusabilità dell'errore⁷³.

Nella citata opera di Mortara, infatti, emerge con tutta evidenza la volontà di discostarsi recisamente e dalla tesi di Pisanelli, e, soprattutto, dalla tesi ispirata da Pescatore e sviluppata poi da Mattiolo. Per quanto qui di immediato interesse, va subito detto che l'A. non solo dichiara in esordio che la regola del diritto romano non può esercitare influenza nell'ordinamento processuale attuale⁷⁴, ma che degli argomenti tradizionali dipanati dalla precedente dottrina va decisamente estromesso anche quello che fa leva sull'analogia con l'art. 2125 dettato in tema di prescrizione⁷⁵.

Ma, ancor più, l'attenzione deve qui essere appuntata al fatto che, per Mortara, occorre pure rifuggire dal principio secondo il quale l'errore scusabile ammette riparazione. Pur ammettendo che “non è impossibile sostenere in astratto che codesto sia un principio generale”, si prosegue affermando che “è ben malagevole invece lo stabilire che sia un principio compatibile col sistema del nostro codice di procedura ed ancor più che sia un buon criterio di ermeneutica legale”. A parere dell'A. l'apprezzamento della scusabilità degli errori di procedura sarebbe “troppo relativo e indistinto, perché si possa accettare la formola accennata come un

⁷³ Ed infatti, sebbene Gianzana non dedichi al profilo che un velato riferimento, non sembra ancora pienamente acquisita l'idea di estromettere dalla questione ogni incidenza della colpa dell'errante, tanto vero che l'A. incidentalmente afferma di condividere l'idea per la quale colui che con dolo o malizia adisce il magistrato che non è il suo si deve presumere non abbia avuto volontà di appellare e quindi fa acquiescenza al giudicato (*op. cit.*, 14-15).

⁷⁴ L. Mortara, *Appello*, cit., n. 1126.

⁷⁵ L. Mortara, *Appello*, cit., in part. n. 1130.

assioma scientifico corretto e meritevole d'ossequio"⁷⁶. In realtà Mortara giunge sino ad affermare come ripugnante alla nozione scientifica del termine di decadenza per appellare, quando non addirittura aberrante, un sistema in cui la ragione per tener valido un appello proposto al giudice incompetente venisse vista nel riconoscere che l'appellante fosse in buona fede⁷⁷. Desideroso quindi di depurare la soluzione della controversa questione dal richiamo al concetto dell'equità, che mai potrebbe assurgere a mezzo di dimostrazione scientifica⁷⁸, l'A. espone una tesi il cui nocciolo sostanziale è, in realtà, molto semplice e lineare. Poiché a mente dell'art. 56 del Codice di procedura civile l'atto di citazione è valido quando non vi manchi alcuna delle formalità per difetto delle quali la legge detta espressa sanzione di nullità (c.d. formalità accidentali) e quando, inoltre, non manchi di alcuno degli elementi che ne costituiscono l'essenza (c.d. formalità essenziali) occorre solo chiedersi se l'aver designato nella citazione d'appello un giudice incompetente sia un vizio che importi la nullità⁷⁹. E giacché l'A. non vede alcuna norma che sanzioni espressamente di nullità siffatta citazione rimane solo da stabilire se la competenza del giudice sia elemento essenziale dell'atto di appello. Individuando l'essenza dell'atto di appello negli elementi che manifestano l'intenzione, tanto seria e positiva da assurgere un valore legale, di non acquietarsi alla sentenza, secondo Mortara investirebbe

⁷⁶ L. Mortara, *Appello*, cit., n. 1131.

⁷⁷ L. Mortara, *Appello*, cit., n. 1134.

⁷⁸ Così, esplicitamente, L. Mortara, *Appello*, cit., n. 1130.

⁷⁹ Che il quesito preliminare da porsi sia precisamente quello di stabilire se l'appello a giudice incompetente sia valido o nullo, lo ribadirà poi anche T.

l'essenza della natura del reclamo giudiziario che il medesimo sia prodotto ad un giudice gerarchicamente superiore. Sicché l'appello ad un magistrato di grado inferiore o eguale mancherebbe di un elemento essenziale, determinando la nullità della citazione e non sortendo alcun effetto sulla decorrenza del termine. Di contro, la citazione proposta innanzi al giudice superiore, seppur incompetente, avrebbe tutta l'essenza dell'appellazione e sarebbe un appello valido.

Si vedrà in apposita sede quali siano i corollari di detta impostazione.

Conviene però aggiungere che lo stesso Mortara tornerà più volte sulla questione affinando la tesi sopra sintetizzata che troverà nel *Commentario* la sua più matura elaborazione⁸⁰.

Del *Commentario*, peraltro, vanno qui evidenziate alcune interessanti considerazioni.

In primo luogo, il problema è inquadrato come se, in astratto, esso (e la sua soluzione) sia suscettivo di porsi, in termini analoghi, rispetto alle impugnazioni in generale. E' il fatto che, da un punto di vista pratico, la questione nel processo civile si ponesse solo in

Siciliani, *op .cit.*, 190 e sulla scia di questi, F. D'Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., 299.

⁸⁰ Cfr., ad esempio, L. Mortara, *Dell'appello proposto innanzi a giudice incompetente*, in *Giur. it.*, 1904, I, 2, 605. Per il commentario cfr. L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, Vallardi, vol. IV, n. 187 e 187bis, p. 300 ss., in questa parte inalterato dalla prima edizione – pubblicata per fascicoli a partire dal 1899 e completata con la conclusione del V volume nel 1909 - sino all'ultima (la quinta per il vol. I, la quarta per i volumi II-III-IV e V) del 1923.

relazione al rimedio dell'appello che induce a trattarne solo in relazione a detto mezzo di impugnazione⁸¹.

Ciò posto, nel riconfermare gli assunti già sostenuti nella prima opera, Mortara ribadisce l'insensibilità della questione a valutazioni fondate sull'equità così come sulla buona o mala fede della parte. Ma, si badi, l'ottica dei precedenti autori stigmatizzata come erronea viene in questa occasione evidentemente confinata al problema di attribuire (cosa che l'A. non ammette) rilievo alla buona o mala fede soggettiva della parte, cioè a dire allo stato di coscienza dell'appellante. In altre parole, la *scusabilità* dell'errore, che avrebbe a torto indotto taluni autori a costruire un limite alla regola che l'appello salva comunque dalla decadenza, viene letta (e interpretata) da Mortara esclusivamente in termini di assenza di mala fede e malizia.

Rispetto alla primigenia impostazione, si aggiunge poi nel Commentario un argomento di non poco conto.

⁸¹ Cfr. L. Mortara, *Commentario*, cit., 301. L'A. infatti affronta la questione nella parte dedicata ai termini di impugnazione in generale ed è esplicito nel "riqualificare" il problema come questione degli effetti dell'impugnazione proposta avanti ad un magistrato incompetente. Per altro, egli osserva che per il ricorso per cassazione il problema fosse stato prevenuto dal legislatore, che con la disciplina risultante dagli artt. 6 e 7 del r.d. 23 dicembre 1875 aveva previsto che le sezioni unite della cassazione di Roma decidono sulla competenza e la corte di cassazione dichiarata competente procede agli atti ulteriori, dal che avrebbe dovuto dedursi che l'incompetenza della sezione non influisse sulla decadenza comunque impedita dal ricorso presentato. Quanto agli altri mezzi di impugnazione, l'assenza di controversie sarebbe invece dipesa dalla circostanza che, trattandosi di mezzi di ritrattazione erano devoluti alla stessa autorità che pronunciava la sentenza impugnata. Evidentemente, la prospettiva in cui si cala qui Mortara è quella del giusto mezzo di impugnazione proposto però al giudice incompetente, non anche quella di stabilire se l'aver esperito un mezzo di impugnazione erroneo potesse influire sulla decorrenza del termine per esperire quello giusto. Concorda con Mortara sulla portata generale del problema, che può porsi in relazione a qualsiasi impugnazione, F. D'Alessio, *Rapporti e conflitti*, 287.

In sostanza il rapporto processuale intercorre tra le parti e lo Stato, che vi partecipa a mezzo dell'organo di giurisdizione che ne rappresenta la sovranità. Ora, dal principio dell'unità fondamentale dell'organizzazione politica discenderebbe che il rapporto processuale non può dirsi inesistente per il solo difetto di competenza dell'organo, che in realtà condiziona solo l'andamento di detto rapporto, nel senso che quell'organo non può assumere la cognizione del merito.

A questo punto, tuttavia, volendo l'A. ribadire la distinzione fra appello a giudice superiore e non, si afferma che l'istanza proposta a giudice di pari grado o inferiore non è nemmeno virtualmente idonea a costituire il rapporto processuale in fase di gravame. Ed è ai fini di questa indagine assai significativo segnalare che, subito appresso, Mortara aggiunge che “del pari la domanda proposta ad un organo di giurisdizione speciale per la riforma di una sentenza d'un tribunale ordinario, o viceversa, presenterebbe analogo vizio fondamentale”⁸².

8. Corollari delle diverse impostazioni in ordine agli effetti dell'appello al giudice incompetente sul termine di decadenza.

Le diverse impostazioni che si è cercato sin qui di sintetizzare non tardarono a riflettersi nella elaborazione di differenti regole in merito al concreto operare dell'appello a giudice incompetente sul termine di decadenza per appellare.

⁸² L. Mortara, *Commentario*, cit., p. 302.

Gli autori propensi a reputare inefficace l'appello affetto da incompetenza, ma idoneo all'effetto di conservare il diritto di appellare si divisero fra chi reputava doversi attribuire all'appello effetto sospensivo e chi doversi invece attribuire effetto interruttivo del termine di decadenza⁸³.

Stando alla prima tesi, notificata la sentenza che dichiara l'incompetenza, il termine utile avrebbe ripreso il suo corso, dovendosi quindi tener conto nel computare il termine dei giorni decorsi prima di proporre l'appellazione e di quelli successivi alla detta notifica⁸⁴. L'appellante avrebbe quindi avuto così a disposizione solo – ed eventualmente – quei giorni che gli restavano al momento in cui notificò il primo atto d'appello.

Stando alla tesi dell'effetto interruttivo, dalla notificazione della sentenza che dichiara l'incompetenza sarebbe invece decorso un nuovo ed intero termine ordinario per appellare.

A suffragare la soluzione della sospensione si argomentava dicendo che la tesi dell'interruzione, facendo decorrere un nuovo ed intero termine dalla notifica della sentenza di appello, avrebbe dispregiato alla regola dell'articolo 467 del Codice di procedura, che vuole che il termine decorra dalla notifica della sentenza di prima istanza

⁸³ Per la verità Pescatore non approfondisce granché la questione, ma pare decisamente impostarla sul terreno della sospensione del termine. Così pure E. Cuzzi, *op. cit.*, 20. Il più convinto assertore della tesi della sospensione fu poi Mattiolo, *op. cit.*, nn. 271-272. Per un riferimento alla tesi della interruzione, vedi già in G. Saredo, *op. cit.*, 34, e poi diffusamente, E. Carbellotto, *Dell'appello proposto avanti un giudice incompetente*, in *Annuario della procedura civile*, diretto da E. Cuzzi, Verona 1884, 16 e ss., in partic. 19 ss.; P. Enrico, *op. cit.*, 18 ss. La tesi della interruzione viene giudicata preferibile a quella della sospensione, ed abbracciata in via subordinata se non si voglia accogliere – come invece fa l'A. – l'idea che unico termine da rispettare è quello di perenzione, da S. Gianzana, *op. cit.*, 14 ss.

⁸⁴ L. Mattiolo, *op. cit.*, 250-251.

impugnata. Inoltre, accordando un effetto interruttivo si sarebbe recata una manifesta ingiustizia premiando l'errore della parte alla quale nel complesso si sarebbe accordato un termine superiore a colui che invece non errò.

Per contro, a favore della tesi dell'interruzione avrebbe in primo luogo militato una maggior coerenza con l'argomento, comune ai sostenitori della tesi della sospensione, che traeva dall'analogia con l'art. 2125 del Cod. civ. la premessa che l'appello avanti a giudice incompetente incide comunque sul trascorrere del termine per appellare⁸⁵.

Peraltro, un risalente contributo evidenziava come la tesi della sospensione avrebbe finito per rendere per lo più illusorio il beneficio poiché, se la parte si era determinata ad appellare l'ultimo giorno utile a nulla sarebbe valso riconoscere che il suo errore era scusabile, sicché con questa teoria si finiva col togliere con una mano quel che si dava con l'altra⁸⁶.

Ben diversa è invece la conclusione avanzata da chi muoveva dalla premessa della validità dell'appello promosso avanti al giudice incompetente. Già Gianzana aveva a suo tempo perorato l'idea che

⁸⁵ Evidenzia che l'invocata analogia è più logicamente applicata dai sostenitori della tesi della interruzione, T. Siciliani, *op. cit.*, 211 e già L. Mortara, *Appello*, cit., 826. L'argomento che l'analogia con l'articolo 2125 non poteva essere parziale fu speso, ad es., da E. Carbellotto, *op. cit.*, 20, come pure da P. Enrico, *op. cit.*, 21-22, con indicazione della giurisprudenza conforme.

⁸⁶ E. Carbellotto, *op. cit.*, 20. Per analoga argomentazione, pure, P. Enrico, *op. cit.*, 20. Del resto lo stesso Mortara, *Commentario*, cit., p. 304-305 ricorda che all'idea della sospensione si opponeva "il pensare che in pratica potesse essere affermata vanamente la conservazione del diritto di appellare quando l'appello proposto in assoluta prossimità allo spirare del termine incontrasse gravi difficoltà ad essere riproposto nel breve scorcio di poche ore o di pochi minuti".

solo il termine di perenzione potesse togliere all'appellante il diritto di far conoscere l'appello al magistrato competente⁸⁷.

Nella prima delle due opere esaminate, Mortara afferma poi che “per illazione rigorosamente logica di tutto quanto si è detto, il giudizio d'appello proposto innanzi a magistrato incompetente (...) potrà dopo la dichiarazione d'incompetenza essere portato avanti al giudice competente, insino al giorno al di là del quale sarebbe perento”, precisando che “anche l'appellato, per l'interesse che professa alla pronta ultimazione del litigio, ha senza dubbio la facoltà di riassumerlo, l'indomani stesso della pronunciazione d'incompetenza”⁸⁸.

Riprendendo il ragionamento nel *Commentario*, lo stesso A. afferma che la dichiarazione di incompetenza del primo giudice “chiudendo una prima fase anomala del rapporto processuale, addita il giudizio competente e mette in grado colui che errò di provvedere *alla continuazione del rapporto processuale*, trasferendo l'istanza a codesto giudizio”⁸⁹. Poco più oltre, il

⁸⁷ S. Gianzana, *op. cit.*, 10-11, ed ivi indicazione della giurisprudenza conforme.

⁸⁸ L. Mortara, *Appello*, cit., p. 826, anche qui con indicazione della giurisprudenza conforme. Poco prima l'A. afferma peraltro che a seguito della dichiarazione d'incompetenza “il giudizio d'appello non sarà esaurito e potrà quindi sovra di esso provocarsi presso il magistrato competente una successiva decisione *di merito*”. Benché l'approfondimento della specifica questione porterebbe la presente indagine troppo lontano dai fini intrapresi, val la pena comunque di ricordare che, dovendo l'A. confrontare la sua tesi con il principio della natura definitiva delle sentenze sulla competenza, qui si giunge a sostenere che, al contrario, le sentenze che dichiarano l'incompetenza del giudice d'appello sono invece incidentali, nel senso che non sono definitive del giudizio ma di un incidente del giudizio.

⁸⁹ L. Mortara, *Commentario*, cit., p. 302. Lo stesso A., in *Dell'appello proposto innanzi a giudice competente*, cit., p. 610, sintetizza la tesi dichiarando che la dichiarazione d'incompetenza non annulla l'appello, “ma ne rinvia l'esame al giudice competente”. Una tesi che coincide negli esiti pratici con quella di Mortara, nel senso che dal tempestivo appello proposto a giudice incompetente

ragionamento è sviluppato osservando che, comunque costituitosi il rapporto processuale “l’eccezione di incompetenza dilaziona la sentenza sul merito negando all’organo adito la potestà di pronunziarla; perciò la sentenza che accoglie codesta eccezione non estingue il rapporto processuale ma ne assegna la continuazione avanti l’organo competente”. Il diritto di continuare il processo, comune ad entrambe le parti, sarebbe quindi perdurato fino alla maturazione del termine per la perenzione d’istanza “solo termine di decadenza legalmente applicabile alla ripresa dell’istanza di

sorge il diritto a far decidere il gravame al giudice competente soggetto al termine della perenzione, ma se ne differenzia per talune premesse ricostruttive è espressa da T. Siciliani, *op. cit.* In particolare l’A. opina nel senso che la vicenda processuale qui si scinderebbe in due fasi, un giudizio preparatorio svolto avanti al magistrato incompetente a decidere il merito, ed una successiva fase consumatrice. Nella complessa ricostruzione prospettata, si cerca infatti di criticare l’idea che in detta ipotesi vi sia un fenomeno di proseguimento del giudizio e di riassunzione d’istanza reputando impossibile riassumere o proseguire un’istanza davanti ad un nuovo magistrato diverso da quello a cui per errore la istanza medesima è stata introdotta (così, *op. cit.*, 213). Tuttavia non pare che l’A. sia pervenuto a conclusioni così dissimili. Infatti si sostiene che l’atto di appello farebbe poi un tutt’uno con la declaratoria sulla competenza del primo giudice, “atto unico e complesso, rassodatosi in una vera e propria istanza, atta a dar luogo ad una completa cognizione in merito” affermando quindi che tale atto “migrerà al magistrato competente, non per la prosecuzione, ma per la trattazione della causa” (*op. cit.*, 214). In adesione alla tesi di Mortara e Siciliani si pose poi F. D’Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., seppure allo scopo di esaminare la specifica questione – sulla quale si tornerà – del ricorso proposto alla sezione del Consiglio di Stato incompetente. Sul piano teorico, in particolare, l’A. muove dalla differenza che esiste tra esistenza del rapporto processuale (non condizionato dalla competenza del giudice) e suo svolgimento. La domanda conserverebbe quindi al rapporto quella forza dinamica idonea a spingerlo verso nuove vie alla realizzazione dello scopo, che è certo quello di ottenere una pronuncia sul merito. Peraltro non contrasterebbe affatto con la natura del rapporto e con la sua superiore unità che l’accertamento sulla competenza, quasi si trattasse di una fase preliminare, fosse compiuto da giudici diversi rispetto a quello che poi deciderà il merito. Resterebbe comunque intatto il fatto che la domanda conserverebbe la sua efficacia ad ottenere anche lo svolgimento della fase del merito presso il giudice competente (cfr., *op. cit.*, 307 ss.).

appello avanti il magistrato competente”⁹⁰. Entro quest’ottica diveniva quindi chiaro che sarebbe stato l’appello già dispiegato, nelle sue condizioni originarie a formare oggetto dell’esame del giudice competente. E che non vi fosse un nuovo e diverso appello lo si doveva desumere anche dal fatto che avanti al giudice competente l’appellato avrebbe sempre potuto opporre la decadenza, qualora il primo atto d’appello fosse stato notificato oltre il termine di legge⁹¹.

Nell’ambito di questa tesi è quindi chiaramente percepibile il tentativo, anche a livello lessicale, di ricondurre il fenomeno ad una sorta di rapporto unitario, ad un giudizio che sorto avanti ad un giudice continua (o prosegue) presso il magistrato competente.

Ora, sarebbe qui del tutto irrilevante elencare gli argomenti sviluppati dalla dottrina del tempo in critica al pensiero qui riferito⁹².

Tuttavia, per il riflesso sistematico che riveste occorre certo sin d’ora accennare ad uno di questi.

Un ostacolo alla prospettazione di un giudizio (o rapporto processuale) unitario, in luogo di un giudizio che si estingue con la declaratoria sulla competenza del primo giudice d’appello, per far posto ad un secondo e diverso giudizio, fu infatti visto nella circostanza che il primo giudice avrebbe potuto solo disconoscere la propria competenza ma non anche accertare, con effetto vincolante, la competenza del secondo⁹³. Per dire, con Mortara, che

⁹⁰ L. Mortara, *Commentario*, cit., p. 305.

⁹¹ L. Mortara, *Commentario*, cit., p. 306. Cfr., pure T. Siciliani, *op. cit.*, 214.

⁹² Cfr. a es., G. Scaduto, *op. cit.*, 737 ss.

⁹³ Per questo rilievo, cfr. F. Carnelutti, *Appello davanti a giudice incompetente*, cit., p. 171, ove nella sostanza l’A. propende per la tesi della inefficacia

la sentenza dichiarativa d'incompetenza non estingue il rapporto processuale, ma ne assegna la continuazione avanti l'organo competente "bisognerebbe che il primo giudice, più ed oltre che disconoscere la propria incompetenza, *accertasse la competenza del secondo, al quale non spettasse più quell'accertamento ma solo la decisione del merito*". Ma siccome il giudizio sulla competenza del primo giudice non vincola il secondo, che può e deve riformulare detto giudizio, al limite dichiarandosi a sua volta incompetente, non si potrebbe avere un unico giudizio, come se il secondo fosse una continuazione del primo, ma si darebbe un giudizio "nuovo, pieno, integro, con tutte le sue fasi normali" che dunque non si riattacca al precedente. Sicché, a differenza di ciò che accadrebbe nelle ipotesi in cui sulla competenza sia chiamato a dirimere un giudice in funzione di regolatore della competenza, "il giudice d'appello, che dichiara la propria incompetenza *non può rimettere davanti a un altro giudice perché non può dichiararne la*

dell'appello ad incidere sul termine di decadenza non tanto perché la prima citazione sia invalida o inetta a costituire un rapporto processuale, ma perché la dichiarazione d'incompetenza chiude detto rapporto e la parte non potrebbe che riproporre la domanda con una nuova e diversa citazione che inaugura un nuovo e diverso giudizio. Lo stesso A. muterà però poi radicalmente avviso – definendo addirittura impeccabile la tesi che il processo possa invece essere riassunto avanti al giudice competente fino a che non si sia avverata la perenzione – in *Termine per proporre l'appello davanti al giudice competente dopo la dichiarazione d'incompetenza del primo giudice adito?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, II, 15 ss., ove peraltro si legge un'inconsueta ed esplicita ammissione di torto relativamente al risalente contributo (cfr. p. 20). Carnelutti arriva a diversa conclusione nella sostanza facendo leva da un lato sulla differenza che esiste fra il concetto di processo e di procedimento (o fase del processo) e, d'altro lato, sulla differenza fra citazione introduttiva e riassuntiva (quest'ultima da ammettersi, in via di analogia, oltre i casi contemplati dal codice di procedura). La declaratoria d'incompetenza chiuderebbe solo il procedimento ma non il processo e la seconda citazione avrebbe carattere riassuntivo e non introduttivo.

competenza”⁹⁴. Insomma, il principio Kompetenz-Kompetenz venne da alcuni reputato ostativo ad una visione dello stesso processo che trasla da un giudice dell’appello all’altro.

9. La domanda di prima istanza proposta al giudice incompetente sottoposta a termine di decadenza. In particolare, sulla omologazione tra impedimento ed interruzione.

Sebbene la questione della incidenza della domanda a giudice incompetente sui termini di decadenza sia stata trattata dalla dottrina dell’epoca soprattutto in connessione all’istituto dell’appello, gli esiti di detto dibattito si dimostrano come facilmente visibili anche in relazione al problema della domanda in primo grado sottoposta a termine decadenziale. Ed infatti, se ne discuteva, ad es., in relazione al termine per esercitare l’azione di disconoscimento della filiazione, a quello per azionare la domanda di rescissione della vendita per lesione, così come al termine per l’azione di manutenzione del possesso.

In una corposa opera dedicata all’istituto della decadenza nei primi del ‘900, l’idoneità della domanda dispiegata a giudice incompetente ad incidere sulla decorrenza del termine di decadenza viene prima accreditata come regola generale⁹⁵ per poi essere

⁹⁴ F. Carnelutti, *Appello*, cit., 171, con corsivo dell’A. Si veda anche A. Raselli, *op. cit.*, 64.

⁹⁵ I. Modica, *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, Torino, 1906, I, n. 256, p. 309. Favorevole ad estendere anche alla decadenza la disposizione dettata dall’art. 2125 in tema di prescrizione pure, G. Pugliese, *La prescrizione estintiva*, cit., 322; in arg. confronta anche C. Fadda – P.E. Bensa, *op. cit.*, vol. IV, 653, ove, proprio rilevando la diffusa applicazione dell’art. 2125 anche alla decadenza, si osserva che non si tratta di un diritto singolare ma di un principio

tradotta in positive applicazioni relativamente alla domanda di disconoscimento di paternità⁹⁶, di manutenzione del possesso⁹⁷, all'appello⁹⁸ ed, infine, alle decadenze previste da leggi speciali⁹⁹.

Il fondamento della soluzione veniva argomentato dalla intrinseca validità dell'atto di citazione, sebbene proposto a giudice incompetente, dalla possibilità di fare applicazione anche in materia di decadenza del combinato fra gli artt. 2125 e 2128 Cod. civ. e, infine, dalla necessità di riconoscere valore di principio generale alla regola dettata dall'art. 325 del Codice di commercio, ove si sanciva che l'azione cambiaria di regresso proposta a giudice incompetente impediva comunque la decadenza¹⁰⁰. Analoghi argomenti si leggono facilmente nella dottrina civilistica che approfondisce poi il tema della domanda di rescissione della vendita per lesione¹⁰¹.

che domina nella logica del sistema. L'idea, evidentemente, doveva avere un forte seguito, tanto da essere penetrata nella più accreditata manualistica. Per tutti, v. E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni*, cit., vol. II, parte 2, p. 38 e 39.

⁹⁶ I. Modica, *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, Torino, 1909, II, n. 77, p. 99.

⁹⁷ I. Modica, *Teoria della decadenza*, cit., II, n. 170, p. 202.

⁹⁸ I. Modica, *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, Torino, 1915, III, n. 376, p. 359-360.

⁹⁹ I. Modica, *Teoria della decadenza*, cit., III, n. 386, p. 369.

¹⁰⁰ I. Modica, *op. cit.*, I, n. 256, p. 309; G. Pugliese, *La prescrizione estintiva*, cit., 322.

¹⁰¹ G. Pugliese, *Rescissione di vendita e domanda a giudice incompetente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 286. Per l'argomento che fa leva sull'applicabilità dell'art. 2125 Cod. civ., cfr. p. 291; per quello che trae spunto dalla validità dell'atto di citazione, cfr. p. 296; infine, per il riferimento all'art. 325 del Codice di commercio, ancora p. 296. Ma si veda pure, F. Santoro Passarelli, nella nota a Cass., sez. II, 5 maggio 1931, in *Foro it.*, 1931, I, 663, ove si argomenta la soluzione in particolare dall'applicazione degli artt. 2125 e 2128 Cod. civ. e 325 del Codice di commercio. Peraltro, sebbene quest'ultimo A. prima muova dal convincimento che l'incompetenza si riflette in nullità del rapporto processuale con conseguente sua estinzione per effetto della declinatoria, a giustificazione della tesi si riprende subito appresso l'idea del

Dai contributi citati due notazioni vanno peraltro messe in evidenza.

In primo luogo è quasi del tutto trascurato ogni accenno al distinguo basato sulla buona o mala fede della parte¹⁰². E, del resto, se si pensa che questa dottrina muove nell'orbita del ricorso all'applicazione analogica dell'articolo 2125 Cod. civ., ovvero dell'attribuire portata generale all'articolo 325 del Cod. comm., ben se ne comprende la ragione.

In secondo luogo è anche da notare come, sul concreto modo di operare della domanda sul termine, la dottrina fosse piuttosto ellittica, parlando – quasi si trattasse di concetti interscambiabili - di interruzione del termine ed impedimento della decadenza.

Poiché la questione assume una rilevanza centrale nello sviluppo della presente ricerca proiettata alle più attuali evoluzioni del tema della *translatio iudicii* sarà bene attardarsi per un attimo su quest'ultimo aspetto.

Nella vigenza del codice civile del 1865 era assente una disciplina generale dell'istituto della decadenza. Mancava dunque una normativa di portata generale come quella oggi sancita dagli artt. 2966 e 2967 Cod. civ. che fa riferimento alla fattispecie dell'impedimento della decadenza. Ciononostante, era già nel

Chiovenda, affermando che però il legislatore ha riservato un trattamento affatto peculiare del presupposto processuale in questione, consentendo ad una trasformazione soggettiva del rapporto processuale originario quasi si trattasse di una convalidazione (v. p. 665).

¹⁰² L'unico accenno di un certo (ma perplesso) significato si rinviene nell'opera di Modica che però lo espone solo in relazione alle decadenze regolate da leggi speciali. La domanda, il ricorso, l'appello etc. presentati ad una Autorità incompetente avrebbero per regola efficacia interruttiva, eccetto che si tratti di un'Autorità non avente alcuna relazione con quella competente, vertendosi in

patrimonio giuridico dell'epoca il ricorso a questo termine per descrivere gli effetti dell'atto parlandosi appunto di impedimento della decadenza. Ma la dottrina dell'epoca era assai divisa sulla concreta connotazione di questo fenomeno giuridico.

Secondo una tesi che affonda le sue radici nella ricerca di una differenza "ontologica" tra decadenza e prescrizione l'impedimento della decadenza sarebbe stato un fenomeno non mai assimilabile alla interruzione¹⁰³. Compiuto tempestivamente l'atto richiesto dalla legge di decadenza non si potrebbe più parlare, ed il diritto, scampato dalla decadenza, sarebbe stato assoggettato alla prescrizione¹⁰⁴.

Ma questa stessa dottrina si dimostrò in un certo imbarazzo di fronte all'ipotesi di domanda proposta al giudice incompetente. Ovviamente il problema non si poneva per chi si risolvette nel senso che la domanda era invalida, e per conseguenza inetta ad impedire la decadenza. Ma chi invece muoveva dalla validità intrinseca della domanda, ancorché proposta a giudice incompetente, finì per accreditare la conclusione che qui si dovesse fare applicazione analogica dell'art. 2125 Cod. civ.¹⁰⁵. La decadenza era quindi interrotta. In buona sostanza ci si rifiutò di inseguire il

quest'ultima ipotesi in dolo o in colpa grave ed inescusabile che è equiparata al dolo. Così, I. Modica, *op. cit.*, III, n. 386, p. 369.

¹⁰³ Sulle origini di questa teoria, che molto deve alla pandettistica tedesca e alla contrapposizione tra prescrizione e diritto a termine, cfr., C. Fadda-P.E. Bensa, *op. cit.*, IV, 580 ss., ove poi si ritiene che in via di principio alla decadenza non si applichi il concetto di interruzione (v. p. 587). Per una più sintetica ma ferma critica alla assimilazione del concetto di impedimento e di interruzione, G. Scaduto, *op. cit.*, 745 ss., e dottrina ivi citata.

¹⁰⁴ Per riferimenti dottrinali a tale teoria, pur contestata da entrambi gli autori, cfr. I. Modica, *op. cit.*, I, n. 249, p. 302; G. Pugliese, *La prescrizione estintiva*, cit., 318. A detta dottrina mostra invece adesione, G. Scaduto, *op. cit.*, 746.

¹⁰⁵ C. Fadda-P. E. Bensa, *op. cit.*, IV, 653.

postulato teorico nelle sue conseguenze poiché esso avrebbe condotto a concludere che, impedita la decadenza, sorgesse a favore dell'attore un termine di prescrizione¹⁰⁶.

Non diverso, e per certi versi scontato, era l'esito della questione per quella corrente dottrinale che non ravvisava alcuna incompatibilità di principio fra il concetto di interruzione ed il fenomeno della decadenza¹⁰⁷. Per parte di questa dottrina era del

¹⁰⁶ Che invece dovesse essere questo il logico corollario della premessa lo ricorda G. Scaduto, *op. cit.*, 747.

¹⁰⁷ Cfr., ad es., I. Modica, *op. cit.*, I, nn. 246 ss.; per l'applicazione dell'istituto dell'interruzione alla decadenza pure G. Pugliese, *La prescrizione estintiva*, cit., 317 ss.; Id., *Rescissione di vendita*, cit., 291 ss. Per la verità molte erano le ragioni che cospiravano verso l'assimilazione del concetto di interruzione ed impedimento, come testimonia, ad es., F. Santoro-Passarelli, *op. cit.*, 665, che parla di una differenza puramente immaginaria sostenendo che la domanda giudiziale in realtà non avesse l'effetto di interrompere la prescrizione ma più propriamente quello di impedirla finché perdurasse il rapporto processuale. Ed invero se nessun effetto interruttivo si verificava ove vi fosse rinuncia, perenzione o sentenza di *absolutio ab instantia*, né alcun senso aveva invocare l'interruzione nel caso di rigetto nel merito, si osservava che pure in caso di accoglimento all'originaria prescrizione si sarebbe sostituita comunque quella *longissimi temporis* derivante dalla sentenza passata in giudicato. Per un argomento analogo, ma sul terreno della decadenza, arg. da G. Pugliese, *La prescrizione estintiva*, cit., 319. Sicché, l'operare dell'azione sulla prescrizione somigliava più ad un impedimento. Di contro, anche a voler insistere sulle differenze concettuali, dicendo che al termine di decadenza subentrava quello ordinario di prescrizione si riproduceva un meccanismo non dissimile da quello che operava anche sul terreno della prescrizione, con la sostituzione di quella derivante dalla sentenza passata in giudicato a quella originaria eventualmente più breve. Ma se ogni distinzione sembrava sfumare, la questione era destinata a riproporsi in tutta la sua problematicità di fronte all'ipotesi di incompetenza del giudice adito. Qui infatti sarebbe stato dapprima necessario prender partito in ordine alla questione se la domanda a giudice incompetente valesse a "impedire" la decadenza, e in caso di soluzione affermativa, chiedersi se vi fosse e quale fosse il termine per agire avanti a quello competente. Un problema del tutto analogo si pose in ordine all'azione cambiaria di regresso lasciata perimere (ove, non a caso, il problema preliminare era superato d'imperio dall'art. 325 cod. comm.). Secondo una certa tesi infatti alla perenzione delle azioni soggette a decadenza non sarebbe stato applicabile l'art. 2128, sicché l'attore avrebbe conservato la possibilità di agire nel termine di prescrizione. Sulla specifica questione v. G. Majorana, *La prescrizione in materia di commercio*, Torino, 1912, 149-150, che appunto aderisce a questa idea; *contra*

tutto naturale affermare che una volta impedita (o per meglio dire interrotta) la decadenza, per effetto del compimento dell'atto previsto dalla legge, cominciava a correre un nuovo termine di decadenza di durata pari al primo¹⁰⁸.

E a tal proposito converrà rammentare che fra gli argomenti sviluppati a suffragio di questa conclusione si avanzò pure quello che levava sulla maggior congruenza con il fondamento politico-sociale che stava alla base della scelta legislativa di prevedere un termine decadenziale. Si disse, cioè, che “se il nuovo termine fosse di prescrizione e non di decadenza, sarebbe (...) frustrato lo scopo della legge, perché si verificherebbero quegli inconvenienti, che la legge ha appunto inteso rimuovere. Sarebbe veramente strano che l'azione redibitoria per una vendita di animali dovesse durare per trenta anni dal suo esperimento, durante i quali vengono meno le prove dei vizi degli animali e gli animali stessi, e che anche trenta anni dovesse durare l'azione di rescissione per lesione, paralizzando così l'attività del compratore e intralciando la libera trasmissione della proprietà. E' quindi più consentaneo al fondamento politico-sociale della decadenza ammettere, che dopo l'interruzione rinasca quel medesimo termine, entro cui la legge aveva imposto per motivi speciali l'esercizio del diritto”¹⁰⁹.

G. Pugliese, *La prescrizione estintiva*, cit., 323; E. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni*, cit., 40, sulla base dell'osservazione che la perenzione, travolgendo la domanda, non avrebbe consentito in radice di salvare l'attore dalla decadenza.

¹⁰⁸ I. Modica, *op. cit.*, I, nn. 249 ss. E nell'ipotesi di decadenza interrotta per effetto dell'esercizio dell'azione, per tutto il tempo di persistenza del giudizio si avrebbe un'interruzione con effetto continuativo poiché la pendenza del processo sarebbe un continuo esercizio del diritto (cfr. *op. cit.* I, n. 272)

¹⁰⁹ I. Modica, *op. cit.*, I, p. 303-304.

Insomma, la tesi della conversione del termine di decadenza in un termine di prescrizione fu da taluni avvertita come irrazionale perché in contrasto con la *ratio* che aveva spinto il legislatore ad assoggettare l'esercizio del diritto ad un breve termine.

Ciò posto, per completare l'esposizione del tema del presente paragrafo, converrà evidenziare che la problematica dell'incidenza sulla decadenza di una domanda di prima istanza rivolta a giudice incompetente non era nota solo sul terreno delle tradizionali azioni civili, ma emergeva anche in ragione di termini legati ad istituti processuali da calare in materie connotate da un percepito carattere di specialità.

Sotto quest'ultimo profilo, di non poco interesse è il riscontro in cui ci si imbatte leggendo ad es. l'edizione del 1891 del *Commento alle leggi sulla espropriazione per pubblica utilità* di Sabbatini nella parte dedicata all'esegesi dell'art. 51 e all'azione di opposizione alla stima dell'indennità effettuata dai periti da introdurre con richiamo al tribunale.

L'A. si propone infatti di dirimere l'eventuale sorte del reclamo tempestivamente azionato entro 30 giorni ma avanti un magistrato incompetente¹¹⁰. E, si noti, nell'occasione si confronta con una sentenza della Cassazione torinese che, circa vent'anni prima, aveva perorato la tesi della non incidenza del reclamo avanti al tribunale incompetente sul termine di decadenza, perché, altrimenti, dal protrarsi di giudizi sull'indennità sarebbe derivato danno alla cosa pubblica in una materia che la legge speciale aveva invece voluto sottoporre ad un procedimento celere e spedito in aderenza

agli scopi di utilità pubblica¹¹¹. Di contro, da questa dottrina viene proprio richiamato il dibattito sugli effetti dell'appellazione a giudice incompetente dichiarando come nella giurisprudenza era pacifica l'opinione della efficacia ad impedire la decorrenza del termine, "essendosi oramai ridotta tutta la disputa a sapere se il gravame, tempestivamente ed in buona fede proposto avanti il giudice incompetente, sia da attribuirsi pieno effetto conservativo, ovvero soltanto interruttivo o invece sospensivo"¹¹². Interrogandosi sull'applicazione di questa teorica al caso in esame, che per l'A. meriterebbe una soluzione positiva, Sabbatini introduce alcune considerazioni che gioverà puntualizzare.

In primo luogo dichiara che la perentorietà del termine dovrebbe certo applicarsi con rigore se davvero dal prolungarsi del giudizio sull'indennità dovesse derivare danno alla cosa pubblica. Ma poiché, prosegue l'A., tale giudizio sull'indennità non già precorre ma segue l'emanazione del decreto d'esproprio e l'occupazione, e quindi nessuna influenza potrebbe avere sul cominciamento dell'opera, il timore paventato dalla corte torinese si ritiene affatto infondato.

Per giunta, a sostegno della tesi dell'incidenza sul termine di decadenza del reclamo proposto al tribunale incompetente avrebbe militato una ragione ulteriore. Il timore di dolosa procrastinazione della lite che aveva indotto taluno a negare efficacia all'appello

¹¹⁰ G. Sabbatini, *Commento alle leggi sulla espropriazione per pubblica utilità e sul risanamento*, Torino, 1891, II, n. 14 bis, p. 76 ss.

¹¹¹ Cfr. il sunto di Cass. Torino, 12 luglio 1872, in G. Sabbatini, *op. cit.*, 78.

¹¹² G. Sabbatini, *op. cit.*, 77, con ampi richiami di giurisprudenza in nota 2. Peraltro, l'A. afferma come questa benigna tesi sia da condividere alla luce della

proposto avanti al magistrato incompetente sarebbe stato non inverabile nel caso in esame. Tutti gli eventuali legittimati attivi all'azione sarebbero stati – per diverse ma oggettive ragioni – necessariamente interessati alla sollecita definizione della lite sull'indennità¹¹³.

A chiusura però di questa esposizione Sabbatini specifica che “non si potrebbe parlare di sospensione o di interruzione di termine allorché il reclamo fosse introdotto altrimenti(i) che per citazione avanti i tribunali, per es., con ricorso all'autorità amministrativa. La legge deferisce ai giudici ordinari la cognizione delle controversie sulla indennità, e, per l'art. 37 del codice di rito, ogni domanda deve essere proposta con atto di citazione; non potrebbe dunque attribuirsi ad un atto diverso la forza di mettere in movimento l'azione giudiziaria”¹¹⁴.

Ora, specie se si tiene conto del momento storico in cui le riferite argomentazioni si calano, immediatamente precedente alla nascita della teoria dell'errore scusabile nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, non se ne può non percepire l'interesse.

Il timore di un danno alla cosa pubblica, come possibile giustificazione di una interpretazione rigorosa e senza distinguo della decorrenza del termine decadenziale.

regola del diritto romano, dell'analogia con l'art. 2125 Cod. civ. nonché della disciplina dell'art. 544 del codice di procedura.

¹¹³ L'espropriato e l'eventuale terzo che per suo conto impugnasse la perizia, accomunati dalla possibilità di fruire al più presto dell'indennità ed abbreviare il termine del deposito, dannoso anche in ragione del modico saggio di interessi corrisposto dalla cassa depositaria. L'espropriante, per ritirare l'eccedenza dell'indennità comunque già depositata rispetto a quella minore che costui ritenesse di dovere. Cfr. G. Sabbatini, *op. cit.*, 80.

¹¹⁴ G. Sabbatini, *op. cit.*, 80.

Ma, anche, vi si può forse leggere l'idea della inettitudine di un atto introduttivo diverso da quello prescritto, in questo caso il ricorso in luogo della citazione, ad incidere sul termine.

In mezzo, si noterà, l'evidente eco della dottrina civile nel modo di intendere la buona fede della parte come possibile limite all'efficacia di un atto proposto al giudice sbagliato. Non un'indagine sulla oggettiva difficoltà nella interpretazione delle regole di riparto sulla competenza ma bensì sul sospetto di malizia della parte, da escludere a priori quando essa non può che essere interessata a definire al più presto la lite.

10. Qualche breve riflessione intorno alle diverse tecniche prefigurate per rimediare all'errore nell'individuazione del giudice.

Sebbene il percorso sino a qui compiuto sia limitato ad un'indagine ristretta al campo del processo civile, non sarà del tutto inutile cercare di astrarre differenti modelli utilizzati dalla dottrina per risolvere il problema della domanda proposta al giudice incompetente. Sarà bene prestarvi sin d'ora attenzione, per l'indubbia rilevanza che queste tecniche assumono anche in ordine al problema dell'erronea elezione della giurisdizione.

Si isoli la tesi di Mortara in tema di appello e quella espressa nella rielaborazione di Chiovenda in tema invece di domanda proposta in primo grado e soggetta a prescrizione.

La domanda, benché proposta al giudice incompetente, è idonea a dar vita allo stesso rapporto processuale che prosegue senza

soluzione di continuità presso quello competente e fino alla sua naturale conclusione. Sotto il limitato profilo dell'incidenza efficiente della domanda sul decorso del tempo (si tratti di decadenza o prescrizione) in realtà si annulla ogni differenza rispetto alla domanda proposta sin dall'inizio al giudice giusto. Nessuno spazio è lasciato all'indagine sulle ragioni dell'errore e per conseguenza sulla sua scusabilità. Il problema, qui, si concentra sulla fase di saldatura del processo. Qual è l'atto idoneo alla trasmigrazione da un giudice all'altro ed entro quale termine compierlo.

Per converso si prenda la tesi sviluppata da Mattiolo ancora in tema di appello.

Evidentemente qui si hanno due vicende processuali distinte. La prima di queste, tuttavia, viene reputata in linea teorica inefficace. Priva dell'effetto di incidere, quindi, anche sul decorso del termine. Quando sopravviene la seconda, il termine è già decorso. Si vuol però ovviare alle conseguenze che sempre deriverebbero da questa constatazione e lo si fa riconoscendo un certo qual effetto alla prima vicenda processuale sulla decorrenza del termine relativo alla seconda. Ma poiché si avverte che ciò avviene a contrasto col rigore della premessa giuridica si accorda a questo rimedio una natura equitativa, attribuendo cioè al giudice il potere discrezionale di negare qualsivoglia effetto se l'errore sia inescusabile.

Ovviamente qui sorge un problema ignoto rispetto alla prima tecnica. Occorre definire i contorni della nozione di errore scusabile.

Almeno in apparenza non dovrebbe invece sorgere un problema inerente il tipo di atto, poiché non essendovi prosecuzione, la seconda vicenda è introdotta con il consueto atto introduttivo del giudizio.

Si mette capo anche in questa ipotesi alla questione del termine entro cui compierlo, ma ciò come ricaduta dell'effetto sul decorso del termine riconoscibile alla prima domanda (di sospensione o di interruzione).

Infine, si consideri la più piana lettura dell'articolo 2125, l'ipotesi contemplata dall'articolo 325 del codice di commercio senza dimenticare il diffuso silenzio sul ruolo della buona fede con cui la dottrina civile circonda l'ipotesi della domanda in primo grado soggetta a termine decadenziale.

Si potrebbe in questo caso delineare il concorso di un'altra tecnica per certi versi intermedia alle prime due.

Due vicende processuali distinte, nel senso che non vi è continuo di un solo processo. Tuttavia la prima di queste viene dichiaratamente affermata dalla legge efficiente (quantomeno) al limitato profilo del decorso del tempo per azionare la seconda. Nessuno spazio alla discrezione del giudice ed a valutazioni sulla scusabilità dell'errore. Quanto al tipo di atto sembrerebbe consono concludere che il secondo processo si apre anche qui con il consueto atto introduttivo. Quanto al termine, vi è anche in questa ipotesi il problema di stabilire per quanto tempo la legge conservi efficienza alla prima vicenda se il dato normativo è equivoco¹¹⁵.

¹¹⁵ Lo si è visto a proposito della domanda in primo grado soggetta a termine decadenziale, ove la dottrina proclive ad ammettere che la citazione a giudice incompetente scongiuri la decadenza, si dibatteva tra la "conversione" nel

Tutte e tre queste tecniche di rimedio all'errore, per come utilizzate nel processo civile, hanno peraltro un elemento comune. Suppongono infatti che la prima domanda sia stata avanzata tempestivamente.

11. Qualche breve divagazione intorno all'elasticità di queste tecniche oltre il problema della incompetenza del giudice.

Il dibattito in sede civile si accentra quasi esclusivamente sull'errore che cade limitatamente alla competenza del giudice.

Che ne è se a ciò si accompagna un errore che sembra trascendere questo profilo?

Gioverà qui limitarsi a gettare alcune riflessioni richiamando alcuni spunti che si possono intravedere nel materiale già passato in rassegna, posto che l'approfondimento del tema deve essere lasciato al prosieguo di questo lavoro.

Più di un autore che impegna il tema dell'appello a giudice incompetente lambisce – seppur con poche parole – il caso della domanda proposta al giudice speciale anziché all'ordinario o viceversa. Chiovenda, nel ripiegare sulla tesi di Pisanelli disconoscendo efficacia all'appello, ha ben presente anche il diverso contesto della dottrina che consente invece ad un qualche riparo all'errore. Nel dichiarare che, al contrario e sul piano generale, non vi è distinzione da fare a seconda della gravità dell'errore e della incompetenza più o meno grave, esemplifica proprio facendo riferimento a questa ipotesi ed insiste sul fatto che

termine di prescrizione e l'assegnazione di un nuovo termine decadenziale di

l'errore è facile a verificarsi proprio fra giudice ordinario e Consiglio di Stato nel campo della giustizia amministrativa¹¹⁶.

Sabbatini, nel dichiararsi favorevole a riconoscere effetto al reclamo avverso la stima dell'indennità di esproprio proposto al tribunale incompetente, sente l'esigenza di chiarire che non potrebbe aversi però effetto, sospensivo o interruttivo che sia, quando l'interessato insorgesse con ricorso all'autorità amministrativa. La legge deferisce ai giudici ordinari la cognizione delle controversie, e poiché il codice di rito vuole la citazione, un atto diverso non avrebbe la forza di mettere in moto l'azione giudiziaria¹¹⁷.

Mortara, infine, nel tentativo di specificare che vi sono domande in radice inette a costituire il rapporto processuale in fase di appello, formula l'esempio domanda proposta ad un organo di giurisdizione speciale per la riforma di una sentenza d'un tribunale ordinario, o viceversa.

In realtà si farebbe un grave torto all'autorità di questi giuristi concludendo semplicisticamente nel senso che avrebbero mischiato questioni profondamente diverse senza alcuna ragione.

Il vero è, al contrario, che nella sensibilità pur sottilissima della dottrina dell'epoca non vi era un divario concettuale incolmabile fra il problema della domanda giustamente proposta al magistrato ordinario, ma incompetente, rispetto alla domanda ingiustamente

durata pari al primo.

¹¹⁶ Cfr., ancora, G. Chiovenda, *Principii*, cit., 987.

¹¹⁷ Cfr., ancora, G. Sabbatini, *op. cit.*, 80.

proposta ad un giudice speciale in luogo dell'ordinario o viceversa¹¹⁸.

E allora converrà chiudere la parte del presente capitolo incentrata sulla dottrina civile chiedendosi subito perché, per Mortara, l'impugnazione di una sentenza resa dal tribunale ordinario proposta per errore ad un organo di giurisdizione speciale non potrebbe giovare della teorica che prefigura la continuità del rapporto processuale ed il meccanismo della *translatio iudicii*. Ora, anche se si tien conto del fatto che questo caso viene esplicitamente accomunato a quello dell'appello al giudice inferiore, pare verosimile concludere che l'A. qui avverta che l'ipotesi trasmoda in una fattispecie di erronea elezione del mezzo di impugnazione¹¹⁹. E, senza voler qui anticipare un argomento che trova conveniente trattazione in ordine all'art. 50 dell'odierno codice di procedura, si avrà proprio modo di verificare come il meccanismo della

¹¹⁸ Lo ebbe a intuire benissimo, G. Scaduto, *op. cit.*, 738 ss., ove si rileva che la questione dell'appello a giudice incompetente può sorgere in realtà rispetto ad ogni domanda soggetta a termine di decadenza. Non a caso l'A. non solo passa in rassegna la giurisprudenza che, ad es., aveva sindacato l'ipotesi della domanda proposta al Tribunale ordinario in vece del Tribunale delle acque pubbliche, ma si intrattiene valutando anche la teorica dell'errore scusabile che nel frattempo si era formata nel Consiglio di Stato. Che poi, da un punto di vista "ontologico" vi sia una qualche difficoltà a distinguere il fenomeno della questione di competenza e della questione di appartenenza della causa al giudice ordinario o speciale è testimoniato dal fatto che più di una dottrina le riconduce concettualmente entrambe alla fattispecie della competenza per materia. Cfr., ad es., G. Azzariti, *Della competenza e del regolamento di competenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 81, in part. 82-83; F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, II, 38.

¹¹⁹ Infatti, nel pensiero di Mortara, l'appello a giudice di grado pari o inferiore è inetto a costituire il rapporto processuale in fase di gravame e non può costituire antecedente per la sua prosecuzione, semplicemente perché non è un appello, ma una riproposizione d'istanza. Lo comprese chiaramente la dottrina che al Mortara si rifece vigente l'odierno codice di procedura. Cfr., L. Barbareschi, *Impugnazione per nullità di sentenza arbitrale avanti un giudice incompetente*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 227, in part. 229-230.

translatio ivi disciplinato sia ritenuto estraneo all'ipotesi di errore sul mezzo di gravame esperibile.

La tecnica per rimediare all'errore prefigurata da Mortara è in realtà certamente la più difficile ad adattarsi fuori dal campo della competenza strettamente intesa.

Vedremo presto che la storia della giurisprudenza dirà che la più idonea è quella che muove dalla teorica dell'errore scusabile.

Qui occorre piuttosto precludere ad un'ipotesi suggestiva e confrontare la terza "soluzione" oltre la fattispecie di incompetenza del giudice strettamente intesa.

Ora, una delle sentenze con cui ebbe a che fare Pisanelli ai suoi tempi, non riguardava affatto il caso, su cui l'A. intendeva intrattenersi, di appello proposto ad un giudice incompetente. Ben diversamente, nell'occasione, la parte ebbe a gravare con ricorso per cassazione la sentenza di primo grado a torto reputando la causa inappellabile. La cassazione rigettò statuendo che la causa era invece suscettibile d'appello, sicché il ricorrente passò ad appellare la sentenza. La Corte di Casale decise dunque che il ricorso per cassazione era utile ad incidere sul termine per appellare, e ciò fece ricorrendo all'art. 2380 del codice civile, cioè al precedente dell'art. 2125 del codice del 1865. A tenore della motivazione, essendo quella norma la base per affermare che l'appello a giudice incompetente salvava dalla decadenza, non saprebbe ravvisarsi differenza fra l'ipotesi in cui il concorso fosse fra due tribunali d'appello e l'ipotesi in cui il concorso fosse invece tra magistrato di

cassazione e d'appello¹²⁰. Pisanelli provocatoriamente rileva che, in effetti, questa arditissima conclusione doveva ritenersi coerente con la premessa per chi volesse fare applicazione della norma dettata per la prescrizione al termine per appellare.

Prendendo ora tutt'altro versante, si deve rammentare che in dottrina era consueto disquisire in merito alla portata applicativa dell'art. 2125 nella parte in cui affermava che la domanda giudiziale interrompeva la prescrizione. Ci si chiedeva dunque cosa dovesse comprendersi entro la categoria della domanda giudiziale. Normalmente la questione si attardava su altro (specialmente sull'arbitrato), ma l'autore che con più completezza trattò l'argomento, non esitava a specificare che entro questa categoria doveva certamente farsi rientrare anche il ricorso contenzioso – che ben avrebbe potuto involgere questioni su diritti - agli organi della giurisdizione amministrativa e forsanche il reclamo amministrativo (quello che oggi chiameremmo ricorso amministrativo)¹²¹.

Da un punto di vista onotologico, questa tecnica di rimedio non presenta delle assolute incompatibilità a risolvere problemi che trascendono l'ambito della competenza del giudice ordinario. Vero è che essa risulta fortemente implicata dal dato positivo¹²².

¹²⁰ Si legga la motivazione di Corte di Casale, 27 settembre 1850, in G. Pisanelli, *op. cit.*, 225, nota 2.

¹²¹ G. Pugliese, *La prescrizione estintiva*, cit., 190.

¹²² Si allude, all'evidenza, al trattamento che il legislatore riserva rispettivamente alla prescrizione e alla decadenza.

Capitolo 2.

La teorica dell'errore scusabile elaborata dal Consiglio di Stato.

Sommario: 1. L'erronea elezione della giurisdizione e la giurisprudenza del Consiglio di Stato: la teorica dell'errore scusabile. Antecedenti alla decisione 27 maggio 1892. In particolare, sulla sentenza 5 giugno 1883 della Corte dei conti. 2. (segue): I precedenti del Consiglio di Stato in sede consultiva e della IV sezione. 3. La decisione della IV sezione 27 maggio 1892: esposizione del caso, della motivazione e della massima. 4. (segue): Ispirazione alla dottrina di Mattiolo e Pescatore, ma sua peculiare applicazione. 5. (segue): Qualche ipotesi intorno al silenzio della teoria di Mortara. 6. La giurisprudenza degli anni immediatamente successivi. 7. Il pensiero della dottrina: Lomonaco e Orlando. 8. Il ricorso a sezione del Consiglio di Stato incompetente: la decisione della V sezione 8 febbraio 1909. 9. (segue): La soluzione della dottrina. 10. La critica di Mortara alla teorica dell'errore scusabile come elaborata dal Consiglio di Stato. 11. (segue): Il raffronto con la decisione della IV sezione, 21 maggio 1909. 12. (segue): Il suggestivo passo di Mortara sull'erronea elezione del giudice civile in luogo del Consiglio di Stato. 13. La sentenza della IV sezione, 26 luglio, 1932 – De Santis c. Ferrovie dello Stato. L'introduzione della regola della rimessione in termini. 14. (segue): La motivazione della sentenza De Santis e la teoria della continuità del rapporto processuale. 15. Qualche riflessione di sintesi. 16. *Translatio iudicii* in verticale e legge 31 marzo 1877 sui conflitti di attribuzione. La preveggenza ipotesi di Chiovenda.

1. L'erronea elezione della giurisdizione e la giurisprudenza del Consiglio di Stato: la teorica dell'errore scusabile. Antecedenti alla decisione 27 maggio 1892. In particolare, sulla sentenza 5 giugno 1883 della Corte dei conti.

Nella raccolta di giurisprudenza amministrativa probabilmente più praticata dell'epoca, oggi nota come *Manuale Astengo*, si legge che

una massima della Corte dei conti del 5 giugno 1883 ebbe a decidere che l'appello di un decreto del consiglio di prefettura in materia di conti comunali, “sebbene incompetentemente proposto al tribunale civile sospende la perenzione del termine utile ad interporlo innanzi alla Corte dei conti; ma dalla notificazione della sentenza del tribunale che dichiara la sua incompetenza riprende corso il termine rimasto sospeso per virtù dello interposto appello”¹²³.

Sebbene alla motivazione, reperibile nella rivista *La legge*, i compilatori del *Manuale Astengono* non abbiano poi prestato adeguata attenzione, accontentandosi di parare sulla massima, la sua lettura riserva una qualche sorpresa di cui è qui obbligo rendere conto¹²⁴.

A quanto è dato apprendere un tal Borsari citò il 7 febbraio 1881 avanti al tribunale di Modena tale conte Salibeni perché rispondesse di un arbitrario e indebito pagamento fatto al Comune di Bomporto. In quella causa fu chiamato in giudizio, il 2 giugno, Baracchi, del quale Salimbeni era garante. Par di capire che Baracchi avesse curato la gestione di un ente patrimoniale del Comune. Baracchi spiegò quindi intervento, il 12 luglio, chiamando in causa il Comune di Bomporto chiedendo che il tribunale dichiarasse nulla un'ingiunzione fatta il 23 novembre 1879 dallo stesso comune per il pagamento di una somma eccedente le lire 2020, 66, che

¹²³ Corte dei conti, 5 giugno 1883 – Baracchi c. Comune di Bomporto, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, (meglio poi noto come *Manuale Astengo*, dal nome del curatore Carlo Astengo), 1885, 7.

¹²⁴ La motivazione si trova in *La legge: monitore giudiziario ed amministrativo del regno d'Italia*, 1884, vol. II, n. 20, 715 ss.

comunque dichiarasse non competere al Comune diritto di ripetere da Baracchi – e per esso da Salimbeni – altro che la somma di lire 2020, 66, che fosse dichiarata nulla la revisione dei conti della sua gestione effettuata dalla ragioneria, e che, infine, il Comune stesso fosse condannato a restituire la somma di lire 4288, 27 indebitamente ricevuta. Pochi giorni prima della chiamata in causa del Comune ad opera del Baracchi, tuttavia, era intervenuto un decreto del Consiglio di Prefettura di Modena, emesso il 6 giugno 1881 e notificato a Baracchi il 9 luglio successivo, che ebbe ad accertare che il fondo di cassa ed i residui attivi del conto erano in somma maggiore di quella sostenuta da Baracchi.

Non è ben chiara la sorte del giudizio instaurato presso il tribunale di Modena. Fatto sta che Baracchi si trovò ad appellare il decreto del Consiglio di Prefettura di Modena avanti alla Corte dei conti.

Il Comune appellato eccepì l'irricevibilità dell'appello, peraltro in modo piuttosto maldestro, lamentando cioè che quando Baracchi chiamò in causa il Comune avanti al tribunale civile – il 12 luglio 1881 - era già decorso il termine utile di 30 giorni per appellare il decreto del Consiglio di Prefettura. La Corte, rilevò peraltro che questa allegazione poteva riferirsi alla data di emanazione del decreto, ma non a quella della sua notificazione.

Molto più competente doveva essere l'avvocato patrocinatore dell'appellante, che incentrò la tesi difensiva sostenendo che l'appello doveva ritenersi ricevibile e non tardivo dipanando una serie di argomenti – come traspare dalla motivazione – che dimostrano un notevole aggiornamento di conoscenze sulla questione.

In particolare la difesa dell'appellante prospettò la vicenda come se si trattasse di riconoscere al giudizio promosso avanti al tribunale di Modena la natura di appello proposto al giudice incompetente, rammentando al giudice la dottrina che, facendo leva sull'articolo 2125 del Cod. civ., riconosceva a detto appello la virtù di sospendere o addirittura interrompere il termine per appellare. Ma poiché, nella fattispecie, il termine di 30 giorni utile per appellare alla Corte dei Conti probabilmente si trovava decorso sia considerando detto termine sospeso o interrotto durante il giudizio svoltosi presso il tribunale civile, l'appellante invocò a suo favore, tra altro, proprio il precedente della Corte di cassazione di Napoli 12 novembre 1880 al quale Mortara avrebbe poi fatto ampio riferimento per supportare la sua tesi. Per adire il magistrato competente non vi sarebbe stato dunque limite di tempo.

Ora nel passare in rassegna la questione la Corte dei conti esordisce rammentando che in effetti la giurisprudenza patria aveva accolto la tesi principale, evidentemente riferendosi ad un qualche effetto da attribuire all'art. 2125 Cod. civ., ma che non vi era concordia sui corollari. E, si badi, del tutto incidentalmente e con una certa imprecisione di termini, il giudice dei conti afferma che “è permesso dubitare che dopo la notificazione della sentenza, colla quale il giudice adito ha dichiarato la sua incompetenza, riprenda il suo corso quel termine che era rimasto sospeso per virtù dell'interposto appello (Ricci, *Comm. al cod. di proc. civ.*, tit. XIV, cap. III, § 483); ed anzi secondo quest'autore, non si dà nuovo termine *ex integro*, ma i giorni trascorsi prima dell'appellazione avanti il giudice incompetente contano, insieme a quelli decorsi

dopo la dichiarazione d'incompetenza, nel termine utile ad appellare: nel nostro caso, il termine ad appellare, che è di trenta giorni, secondo l'art. 35 del regio decreto 5 ottobre 1862, era decorso anche attenendosi alla più larga norma, onde il procuratore dell'appellante sosteneva, fondandosi sulla citata sentenza della Corte di cassazione di Napoli, che per adire il magistrato competente non è limite di tempo, avvegnachè l'appello già prodotto avanti il giudice incompetente rimanga in tutta la pienezza della sua efficacia".

Ma la Corte subito appresso scansa tutti questi argomenti come secondarie questioni alle quali "si dovrebbe discendere sol quando fosse riconosciuto, che davvero fu interposta appellazione avanti a giudice incompetente; dacché mancando questo sostrato, ogni altra argomentazione viene meno". Sicché il giudice semplicemente si chiede: "appellò Baracchi avanti il tribunale di Modena dal decreto del Consiglio di Prefettura?". E la risposta non poteva che essere negativa, poiché in quel giudizio la parte non aveva affatto gravato quel decreto. "In quella citazione non è in alcun modo, neppure implicito, dichiarata la volontà di appellare dal decreto del Consiglio di Prefettura, anzi di questo non è fatta alcuna menzione; laonde invano s'invoca dottrina e giurisprudenza intorno agli appelli iniziati avanti giudice incompetente, per impugnare ora il decreto del Consiglio di Prefettura di Modena". Il giudizio si chiuse quindi malamente per l'appellante Baracchi, poiché il giudice concluse che la sua azione promossa avanti la Corte dei conti, riguardata come appello, era da dichiararsi inammissibile. Ma, a onor del vero, gli argomenti prospettati dal difensore dovevano aver

suggestionato non poco il collegio, che si premurò subito dopo di affermare, seppure in via ipotetica, che se detta azione “potesse essere riguardata come prosecuzione di un’azione speciale iniziata incompetentemente avanti il tribunale di Modena, è da rigettare per la semplice ragione, che il Consiglio di Prefettura accertò sia il fondo di cassa sia i residui attivi del conto 1877 in somma maggiore di quella, di cui Baracchi si gravò e si grava”.

Guardando alla motivazione ci si rende agevolmente conto che il precedente riveste un interesse ben superiore a quello, pur non trascurabile, recato dalla massima a cui poi guardarono i compilatori del *Manuale Astengo*.

Certo, comune alla massima e alla motivazione è una considerazione fondamentale.

Evidentemente il giudice speciale trovava come cosa del tutto naturale e consona discutere di un’azione erroneamente promossa avanti al giudice ordinario e poi avanti ad esso, come se si trattasse dello stesso problema della domanda proposta al giudice incompetente. Insomma, la differenza di giurisdizione non spostava i termini della questione.

Ma, dalla motivazione, pure si desume che in realtà la fermezza nell’aderire alla tesi della sospensione del termine scolpita nella massima è assolutamente esorbitante rispetto al pensiero che emerge dal motivato, ove il giudice si mostra in astratto disponibile a discutere non solo di interruzione, ma anche della tesi allora solo affacciata da alcune sentenze civili e ripresa poi da Gianzana e Mortara nel confinato campo dell’appello civile. Tanto ciò vero che, contraddicendo al rigore con cui formula la conclusione della

irricevibilità dell'appello, il relatore finisce poi per ipotizzare un'azione che sia prosecuzione di quella intentata avanti al tribunale.

Tuttavia, ed è questo il profilo che più preme, l'ostacolo insormontabile ad applicare ogni tesi elaborata sul terreno dell'appello a giudice incompetente venne visto in ciò, che nel giudizio promosso avanti al tribunale, guardando alla domanda della parte, non c'era impugnazione. Anzi, a voler essere ancora più sottili, si deve osservare che l'unica vera tesi con cui la Corte si confronta è in definitiva quella che la domanda introdotta avanti al tribunale di Modena era pienamente efficace a conservare alla parte l'appello, che solo andava proseguito avanti alla Corte dei conti. Infatti, una volta accertato che il termine di 30 giorni era decorso sia che lo si considerasse sospeso o interrotto, l'esito del giudizio non sarebbe mutato nemmeno riconoscendo che Baracchi aveva impugnato, se il giudice si fosse limitato a contemplare la teoria della sospensione o della interruzione.

Ora, non è certo possibile penetrare nella volontà del giudice più di quanto si sia già tentato di fare. E' però lecito azzardare una considerazione che dalla sentenza invece emerge.

La Corte dei conti non fece alcun cenno all'errore scusabile, né per la verità in questa sentenza mai parla di errore o accenna a sindacarne la plausibilità.

Estromettendo questo angolo di prospettiva, era in effetti pressoché impossibile non approdare a quella conclusione.

2. I precedenti del Consiglio di Stato in sede consultiva e della IV sezione.

Negli anni immediatamente successivi alla sentenza della Corte dei conti sopra menzionata, altre interessanti questioni andavano ponendosi al Consiglio di Stato in sede consultiva.

A quanto pare una notevole incertezza regnava intorno alla tutela esperibile dall'impiegato comunale intenzionato ad insorgere contro il licenziamento, tanto che sia la magistratura civile che l'autorità amministrativa si dichiaravano incompetenti¹²⁵. Il Consiglio di Stato in adunanza generale, con parere 16 maggio 1885, statuì che spettava ai prefetti “di provvedere sulle deliberazioni consiliari portanti licenziamento di impiegati comunali per motivi di servizio o di disciplina, e di annullare quelle deliberazioni che non appoggiate a giusti motivi ledono gl'interessi legittimi degli impiegati”. Il Ministro dell'interno adottò quindi in data 8 giugno 1885 un'apposita circolare per dare applicazione al suddetto parere¹²⁶. Consta che questa giurisprudenza fosse stata ritenuta applicabile a quegli impiegati che avevano iniziato e compiuto il giudizio avanti all'autorità giudiziaria che poi aveva dichiarato la sua incompetenza. Tuttavia un successivo parere del 17 agosto 1888 dovette intervenire a chiarire che di tale interpretazione non potevano più usufruire gli impiegati licenziati dopo l'emanazione del parere e della circolare “quando cioè

¹²⁵ Cfr. Di questa circostanza rende edotti la nota di redazione n. 2, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1885, 197, nonché la circolare ministeriale 8 giugno 1885, ivi pubblicata, resa per dare applicazione al parere del Consiglio di Stato di cui si discorre.

¹²⁶ Cfr. la circolare ed il parere, anche per esteso, in *Manuale*, cit., 1885, 197 ss.

sapevano di avere a loro disposizione il rimedio in via amministrativa, alla sola condizione di sperimentarlo nei termini di legge”. Perciò, conclude la consultiva, “sebbene un impiegato licenziato siasi rivolto all’autorità giudiziaria, non può poi in seguito alla dichiarazione di incompetenza della medesima, sperimentare il ricorso in via amministrativa, quando sia scorso il termine indicato dall’art. 251 della legge”¹²⁷.

Con qualche variante suonava però la massima di un successivo parere, reso sempre in tema di licenziamento degli impiegati l’8 gennaio del 1889. “Per massima assodata in giurisprudenza” si legge, “deve ritenersi che il ricorso in via giudiziaria impedisce la decorrenza del termine stabilito dall’art. 251 della legge comunale (art. 270 testo unico) per ricorso in via amministrativa, alla condizione peraltro che il giudizio sia intrapreso prima che il detto termine sia compiuto. Quindi se allorquando il ricorrente intraprese il provvedimento giudiziario il termine per ricorrere in via amministrativa era già decorso da oltre un mese, a ragione il Prefetto ha dichiarato irricevibile per intempestività il di lui reclamo”¹²⁸.

In una fattispecie assolutamente diversa, ma dai contorni oggi difficilmente intelligibili, il 5 giugno 1889, il Consiglio di Stato osservava poi che “sarebbe soverchio rigore pronunciare senz’altro

¹²⁷ Parere Consiglio di Stato, 17 agosto 1888, - Comune di Siena, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1889, 136.

¹²⁸ Parere Consiglio di Stato, 8 gennaio 1889, - Comune di La loggia, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1889, 156.

la irricevibilità di un ricorso soltanto perché indirizzato al Consiglio di Stato, anziché al Ministero dell'Interno”¹²⁹.

Ad un atteggiamento restrittivo si tornava però l'anno successivo con il parere 25 luglio 1890. Avendo un consiglio comunale gravato un decreto prefettizio di annullamento delle sue deliberazioni avanti alla IV sezione, che lo aveva rigettato perché non era esaurita la via gerarchica, in sede consultiva si stabilì che “non potrebbe lo stesso Consiglio riproporre il ricorso al Governo del Re, specialmente se è decorso il termine stabilito dall'art. 165 della legge comunale per tali ricorsi”. Si argomentò osservando che “avuto riguardo alla diversità del termine stabilito dalla legge per i ricorsi in via amministrativa in confronto a quelli previsti per i ricorsi in via gerarchica, se si ammettesse che un ricorso incompetentemente presentato alla 4a Sezione potesse avere per effetto di far rivivere il termine per il ricorso al Governo del Re, è evidente che alle parti interessate si offrirebbe un mezzo facile per rimettersi in tempo utile per reclamare in via amministrativa ed a confondere così in uno i diversi termini fissati per i due differenti procedimenti contro l'espresso volere del legislatore”¹³⁰. La quale argomentazione sembra trovare logica definizione se si tien mente

¹²⁹ Parere Consiglio di Stato, 5 luglio 1889, - Comune di Borno, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1890, 47.

¹³⁰ Parere Consiglio di Stato, 25 luglio 1890, - Comune di Riposto, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1890, 265. Con precedente decisione, il 10 aprile 1890, la IV sezione aveva stabilito che contro il decreto prefettizio di annullamento, prima di adire la IV sezione stessa in via contenziosa, il comune avrebbe dovuto in via gerarchica sperimentare le proprie ragioni avanti il governo del Re, né la stessa sezione avrebbe potuto ricevere la domanda contro il decreto prefettizio senza usurpare i poteri amministrativi gerarchici. Cfr., IV Sezione, decisione 10 aprile 1890, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1890, 130.

al fatto che il ricorso al Re contemplato dall'art. 165 della legge com. e prov. doveva esperirsi nel breve termine di 15 giorni¹³¹.

Ma ecco che proprio in relazione a detto ultimo parere inizia ad operare sottotraccia il ruolo del breve commento critico dei compilatori del *Manuale Astengo*.

“Osserveremo” – si legge in nota – “che la giurisprudenza della Corte dei Conti è diversa, avendo essa ritenuto che l'appello proposto ad un magistrato incompetente ha però effetto di sospendere il termine utile a ricorrere alla Corte, quale termine ricomincia a decorrere dalla sentenza del tribunale che dichiarò la propria incompetenza”. E, quale precedente della Corte, si indicò proprio la sentenza 5 giugno 1883 in massima repertoriata dalla medesima rivista¹³².

L'occasione per affinare la critica non si fece attendere.

Con decisione 10 marzo 1891, la IV sezione rese una statuizione che non solo affermava che il ricorso dell'impiegato comunale contro il licenziamento rivolto al prefetto non poteva considerarsi ricorso gerarchico, ma pure che la deliberazione consigliare di licenziamento era in realtà l'unico atto definitivo che si poteva impugnare avanti la IV sezione. Ma non avendo il dipendente impugnato detta deliberazione con ricorso alla IV sezione entro il termine – trascorsi essendo oltre due mesi dalla notifica della

¹³¹ Sul termine previsto dall'articolo 165 e sulla sua decorrenza, cfr. le massime dei pareri del Consiglio di Stato repertorate in C. Astengo, *Dizionario amministrativo*, Roma, 1898, p. 1111-1112, nn. da 25145 a 25150.

¹³² Cfr., *Manuale*, cit., 1890, 265 nota 1.

delibera – sarebbe rimasto oramai precluso l’adito alla giurisdizione della sezione medesima¹³³.

Il contrariato annotatore rilevava però che “la giurisprudenza giudiziaria e quella della Corte dei Conti e anche quella della sezione Interni del Consiglio di stato ammettono invece che il ricorso ad autorità incompetente non fa decadere dai termini per ricorrere. - E noi preferiamo quella giurisprudenza a quella della Sezione 4a, troppo cattedratica e troppo poco conforme ai buoni principii della giustizia”¹³⁴. Probabilmente l’invocazione di una presunta discordia con la sede consultiva del Consiglio di Stato era al momento un po’ discutibile, ma è qui che si principia ad insidiare anche l’argomento di un parallelo con la giurisprudenza ordinaria.

Pochissimi giorni dopo, in effetti, il Consiglio di Stato ebbe a rilasciare parere semplicemente affermando che “il fatto di aver diretto per errore un ricorso, purché in tempo, ad un’Autorità incompetente, non fa decorrere i termini di cui all’art. 270 della legge comunale per ricorrere poi all’Autorità competente”¹³⁵. Da ciò trae conforto l’annotatore sulla medesima raccolta, poche pagine dopo la nota già riferita, per affermare che la giurisprudenza amministrativa come quella della Corte dei conti era sempre stata costante in questo senso; “soltanto ha deciso diversamente la Sez. 4a del Consiglio di Stato” (...) “e secondo noi meno rettamente. – Anche la giurisprudenza giudiziaria si è sempre pronunciata per

¹³³ IV Sezione, decisione 10 marzo 1891, Alcamisi c. Prefetto di Gurgenti, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1891, 128-129.

¹³⁴ Cfr., *Manuale*, cit., 1891, 129 nota 1.

¹³⁵ Parere Consiglio di Stato, 20 marzo 1891, - Comune di Asti, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1891, 164-165.

l'ammissione in termini del ricorso diretto ad Autorità incompetente, in relazione all'art. 2125 del cod. civ. sulla interruzione della prescrizione"¹³⁶. Nella mente dei compilatori del Manuale la suggestiva analogia con l'esperienza della magistratura civile cominciava a farsi più nitida.

Dunque era questo lo stato dell'arte prima del 27 maggio 1892.

Un risalente precedente della Corte dei conti propenso a concedere che l'appello proposto al tribunale civile valesse a *sospendere* il termine per proporlo alla corte medesima. O, più precisamente, in questo senso massimato.

Una giurisprudenza del Consiglio di Stato in sede consultiva che cominciava a confrontarsi con ipotesi di concorso fra via giurisdizionale e amministrativa e si dimostrava propensa a concedere un qualche rimedio a favore di colui che avesse erroneamente agito in sede giudiziaria, ma alla condizione che lo avesse fatto prima dello spirare del breve termine per reclamare in via amministrativa.

Un precedente della IV sezione che invece non aveva concesso alcuna efficienza al ricorso in via amministrativa sul termine per agire avanti alla sezione medesima.

Ma, soprattutto, il pensiero dei compilatori della raccolta, compendiato in poche righe, che invitava a guardare alla giurisprudenza ordinaria ed al puntello normativo da questa utilizzato per risolvere analoghe questioni costituito dall'art. 2125 del Cod. civ.

¹³⁶ Cfr., *Manuale*, cit., 1891, 164-165 nota 4.

Vale per altro la pena di puntualizzare un dato. In nessuna delle massime qui analizzate ricorre il termine errore scusabile. Né, a dire il vero, a questo termine fanno riferimento i brevi commenti riportati.

Vi è poi un fatto che merita di essere ricordato anche perché solitamente misconosciuto.

Il 27 maggio 1892, vale a dire lo stesso giorno in cui venne licenziata la storica decisione della IV sezione di cui fra breve si riferirà ampiamente, il Consiglio di Stato in sede consultiva venne chiamato a decidere dei rimedi accordati contro le deliberazioni comunali in materia di fiere e mercati. Le Sezioni unite Interni e finanze decisero che al sistema previsto dalla legge 17 maggio 1866, ove si prevedeva l'opposizione alla deputazione provinciale suscettibile di appello al consiglio provinciale, si era oramai sostituita la via, tracciata dall'art. 1 n. 11 della legge 1 maggio 1890, del ricorso alla giunta provinciale amministrativa in sede contenziosa contro la cui decisione si poteva ricorrere alla IV sezione. Precisava anche il collegio che quando pure si volesse ammettere – contro la legge – ancora la via gerarchica, poiché alla deputazione provinciale si era sostituita la giunta provinciale amministrativa in sede di tutela il ricorso avrebbe comunque dovuto farsi a quest'ultima¹³⁷.

Ebbene con parere adottato in pari data, la sezione interni stabilì in massima che “insorto un conflitto di competenza tra la Deputazione provinciale e la Giunta amministrativa sul ricorso prodotto da un

¹³⁷ Cfr. Parere Consiglio di Stato, Sez. unite Int. e finanze, 27 maggio 1892, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1892, 336 ss.

Comune avverso il cambiamento del giorno della fiera stabilito da un Comune limitrofo, non si devono considerare decorsi i termini prescritti per poter ricorrere alla Giunta amministrativa, non solo perché non sia stata notificata al Comune ricorrente la decisione emessa dalla Giunta in sede di tutela, ma anche perché è ritenuto che l'appello avanti un giudice incompetente vale ad interrompere la decorrenza del termine per l'appello nello stesso modo in cui per l'art. 2125 del Codice civile una domanda proposta avanti un giudice incompetente vale ad interrompere il corso della prescrizione”¹³⁸.

E' noto che la storia della giurisprudenza non si sottrae al caso ed alla suggestione delle sue coincidenze. Certo è che questa ne costituisce esempio eclatante. Evidentemente in quegli stessi giorni le brevi osservazioni riportate dai compilatori del *Manuale Astengo* dovettero risultare affascinanti tanto nelle stanze della sede consultiva quanto in quelle della IV sezione. E, a dirla tutta, nel citato parere il Consiglio di Stato dimostrava forse un'attitudine a recepire il pensiero degli annotatori potenzialmente assai più largheggiante di quanto non abbia contestualmente fatto la IV sezione.

¹³⁸ Così Parere Consiglio di Stato, Sez. Int., 27 maggio 1892 – Comune di Roverchiara, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1892, 355.

3. La decisione della IV Sezione 27 maggio 1892: esposizione del caso, della motivazione e della massima.

Sebbene l'importanza degli antecedenti segnalati nel paragrafo precedente non vada trascurata, è certo alla decisione della IV sezione 27 maggio 1892, n. 154, relatore Canna, che va ricondotta l'origine della linea che segnerà poi il destino della giurisprudenza amministrativa in ordine al tema dell'erronea elezione di giurisdizione. La decisione venne pubblicata per esteso sulla rivista *La Giustizia Amministrativa* e pressoché integralmente pure sul *Manuale Astengo*¹³⁹.

Converrà analiticamente intrattenersi su questa decisione.

Ma occorre prima di tutto principiare dall'esposizione caso, come è dato apprenderlo dalla stessa motivazione, e ripercorrere quindi il motivato così come ci è offerto dal giudice.

L'Economato generale dei benefici vacanti di Napoli ebbe a intimare una significazione a tal Vessichelli, sub-economo, per il pagamento di lire 13,592. Par di capire che quest'ultimo avesse quindi impugnato detta significazione al consiglio di Prefettura di Benevento con esito favorevole e che detta decisione fosse stata notificata sin dal 20 agosto 1887. Orbene, l'Economato intraprese la via dell'appello alla Corte dei conti che tuttavia si dichiarò incompetente sulla questione. Dal complesso risultante dalle disposizioni del decreto Borbonico 24 dicembre 1827 e dalla legge organica della gran Corte dei Conti napoletana del 25 maggio 1817, si giudicò infatti che lo strumento azionabile fosse quello del

richiamo entro tre mesi presso la Consulta di Stato, al quale nel frattempo la legge italiana 20 marzo 1865, all. L, aveva surrogato il Consiglio di Stato. Nel 1892, finalmente, l'Economato introdusse ricorso alla IV sezione.

Il caso, è bene anticipare, involgeva quindi un problema che con linguaggio moderno si definirebbe nei termini non di un'erronea elezione della giurisdizione ordinaria in luogo di una speciale (o viceversa), bensì dell'erronea elezione di una giurisdizione speciale in luogo di altra giurisdizione speciale.

Esponne quindi la motivazione che il sub-economo Vessichelli – resistente in Consiglio di Stato – dedusse l'inammissibilità del ricorso per tardività, non potendo in alcun modo giovare all'Economato, per ricostituirlo in tempo utile, il duplice errore da questo commesso “col proporre un secondo appello in luogo del *richiamo* dalle anzidette leggi ammesso, e segnatamente coll'aver all'uopo adita la giurisdizione della Corte dei conti anziché quella del Consiglio di Stato”.

Poiché il punto è degno di attenzione, gioverà chiedersi a cosa alludesse il resistente nel dire che il ricorrente Economato avrebbe proposto un secondo appello. Sembra che ciò sia da mettere in relazione alla circostanza, poi indicata dalla medesima sentenza, che il decreto borbonico attribuiva alla significazione intimata portata di pronuncia di primo grado contro la quale l'impugnativa al Consiglio di prefettura sarebbe stato un appello. L'Economato, quindi, avrebbe dapprima appellato al consiglio e poi, contro questa

¹³⁹ Cfr., *Giust. amm.*, 1892, I, 245; *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1892, 372, nota 2-3.

decisione, appellato alla Corte dei conti, anziché proporre richiamo al Consiglio di Stato.

Ed è a questo punto che l'estensore della motivazione inaugura un ragionamento destinato alla storia nobile della giurisprudenza amministrativa.

Con questo mezzo di difesa, il resistente avrebbe infatti “a introdurre nel novello campo della giurisdizione amministrativa contenziosa una questione delle più dibattute nel contenzioso ordinario, se cioè l'impugnativa di una sentenza dedotta dinanzi ad autorità incompetente salvi dalla decadenza per decorrenza di termine; cosicché la giurisprudenza giudiziaria fornisce in via di perfetta analogia riscontri ed argomenti abbondantissimi per la risoluzione di essa”.

Il riferimento al tema dell'appello a giudice incompetente nell'alveo della giurisdizione ordinaria non potrebbe essere più diretto. La sentenza parla addirittura di una perfetta analogia fra la situazione processuale sindacata e la fattispecie da tempo dibattuta in sede civile.

L'estensore, premesso che il contrasto di opinioni nella evidenziata tematica civile vantava appoggi autorevolissimi tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza, prosegue quindi rilevando che per sorreggere l'opinione negativa si adduce “che non è logico né giusto il riconoscere capace della sua principale virtù giuridica un atto il quale per essere diretto ad un'autorità diversa da quella dalla legge determinata venga a risultare assolutamente inetto a produrre alcuno degli effetti connaturali a qualsiasi mezzo di impugnativa –

l'effetto cioè devolutivo, e la possibilità che mediante un nuovo esame sia la denunciata decisione dall'adito magistrato corretta.

Prevalse per altro nella dottrina e nel foro la opinione contraria la quale, anziché alle rilevate rigorose esigenze dello stretto diritto, attenendosi ai più benevoli insegnamenti delle leggi Romane (specie della L. I, § 3, D. *de appellationibus – si quis in appellatione erraverit*, etc.) applica in via di analogia, ai termini stabiliti dalla legge di procedura intorno ai mezzi per impugnare le sentenze il disposto dell'articolo 2125 del Cod. civ., il quale in materia di prescrizioni statuisce che la citazione dinanzi ad un giudice incompetente vale ad interrompere la prescrizione.

Sta a precipuo fondamento di questa seconda opinione il riflesso che sarebbe contrario alle più ovvie regole della distributiva giustizia il trattare ad una stessa stregua tanto colui che di proposito col silenzio e colla assoluta inazione dimostra di volersi acquietare alla sentenza, quanto quegli che con un atto solenne ed in sé stesso regolare manifesti formalmente il suo fermo proposito di insorgere contro di essa, comunque, o per un mal concetto sistema di difesa o per altro scusabile errore abbia sbagliato nello indirizzo della impugnativa.

Però in relazione a siffatte ragioni di equità che la ispirano, la opinione ora in esame subordina il beneficio della sospensione del termine alla condizione che lo sbaglio della giurisdizione non apparisca l'effetto della colpa grave secondo il noto principio *culpa lata dolo comparatur, nec supina ignorantia ferenda est*".

Ed è proprio dopo questa dissertazione – per i tempi niente affatto breve – che il Consiglio di Stato detta una soluzione del caso su cui

si dovrà presto portare la riflessione. Ripercorsa infatti la vicenda di fatto, il giudice rileva come non fosse in alcun modo giustificabile che l'Economato, il quale nell'intimare la significa agiva secondo le norme del citato decreto borbonico, poi dimenticasse la precisa disposizione del medesimo decreto quando si trattò di andare in giudizio "per cui l'errore fu evidentemente il risultato di ignoranza grave ed inescusabile.

Onde è che senza escludere che eziando dinanzi questa Sezione IV, non ostante la eccezionalità della giurisdizione da essa esercitata, sia in tesi astratta da preferirsi la meno rigida delle accennate opinioni, e senza nemmeno attribuire un'importanza decisiva all'essere stato dedotto piuttosto l'uno che l'altro mezzo d'impugnativa, però nelle particolarità della fattispecie ritiene il Collegio che in luogo della benigna regola generale ricorre manifesta l'applicabilità dell'eccezione, e che per conseguenza l'appello dall'Economato erroneamente introdotto alla Corte dei Conti non lo abbia salvato dalla decadenza del termine per richiamarsi al Consiglio di Stato avverso la ripetuta decisione del Consiglio di prefettura di Benevento".

Il ricorso fu dunque dichiarato inammissibile. Pur tuttavia, come ricorda la moderna dottrina, il principio era oramai stabilito¹⁴⁰.

La massima edita delle motivazione suonò quindi nel senso che *"Non è da escludersi che anche innanzi alla IV sezione, non ostante la eccezionalità della giurisdizione da essa esercitata, sia, in tesi astratta, applicabile la massima fondata sulla L. 1, § 3, D. (de appellationib.) XLIX, 1, e per analogia sull'art. 2125 del Codice*

civile, secondo la quale l'impugnativa dedotta innanzi ad un'autorità incompetente salva dalla decadenza per decorrenza di termine.

Tale benigna massima non può, però, esser seguita quando al caso controverso si riveli applicabile l'eccezione che la limita, subordinando il beneficio della sospensione del termine alla condizione che lo sbaglio della giurisdizione non apparisca come effetto di colpa grave e d'inescusabile ignoranza¹⁴¹.

Per inciso sia detto che – forse non a torto - l'anonimo annotatore de *La Giustizia Amministrativa* si espresse nel senso che, nella fattispecie, le ragioni per ritenere la competenza della Corte dei conti non mancavano affatto sicché a suo modo di vedere le cose non si poteva parlare di colpa grave, né di ignoranza inescusabile o supina che fosse¹⁴².

¹⁴⁰ O. Sepe, *L'errore scusabile nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1958, 677 nota 7.

¹⁴¹ Così in *Giust. amm.*, 1892, I, 245. Lievemente diversa – specie nel secondo punto – quella pubblicata nel *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1892, 372. “Nonostante la eccezionale giurisdizione esercitata dalla Sezione 4a del Consiglio di Stato, deve ritenersi, in tesi astratta, applicabile il principio fondato sulla L. 1 § 3), D. (De appellationibus) XLIX. 1., e per analogia sull'art. 2125 del codice civile, cioè che l'impugnativa dedotta innanzi ad una Autorità incompetente salva dalla decadenza per decorrenza di termini. Occorre però che lo sbaglio della giurisdizione non dipenda da colpa grave o da inescusabile ignoranza.” Come si noterà qui non vi è esplicito riferimento alla sospensione.

¹⁴² V. *Giust. amm.*, 1892, I, 247.

4. Ispirazione alla dottrina di Mattiolo e Pescatore, ma sua peculiare applicazione.

L'ampio passo della motivazione della decisione in esame si può agevolmente scomporre in tre punti.

Si afferma in via preliminare la perfetta analogia della questione sindacata al problema della impugnazione a giudice incompetente dibattuto in sede ordinaria.

Si espone quindi in sintesi la tesi ispirata da Pisanelli e la opposta soluzione adottata dalla giurisprudenza e dottrina civile, in particolare da Mattiolo.

Si presta in via di principio adesione a questa seconda scuola di pensiero; se ne fa quindi (o si ritiene di farne) applicazione al caso.

Ognuno di questi punti merita separata riflessione.

Il primo di essi dimostra inequivocabilmente il tributo che la sezione ebbe a riconoscere ai compilatori del *Manuale Astengo*, che da tempo suggerivano di prestare attenzione all'esperienza del processo civile.

Per quanto riguarda i rimanenti profili, la dottrina ha già avuto modo di rimarcare che la nozione di errore scusabile ordita sin dalle origini dalla giurisprudenza amministrativa trova genesi nel passo di Pescatore qui a suo tempo analizzato¹⁴³.

Ma per il vero, leggendo la motivazione, è decisamente forte il sospetto che l'estensore ne abbia tratto ispirazione attraverso il filtro dei discepoli di costui, e verosimilmente dal *Trattato* del Mattiolo. La qual cosa, per altro, non sposta i termini della

¹⁴³ Cfr. M. Cantucci, *op. cit.*, 56.

questione, posto che quest'ultimo – oltre che riportare a sua volta le parole di Pescatore – come già detto non delinea un concetto nella sostanza diverso.

Certamente peculiare e diversa fu invece la lettura e l'applicazione al caso che di questa opinione diede qui il giudice amministrativo.

Dall'orizzonte sparisce infatti ogni appunto sull'indole dolosa o maliziosa che sia del comportamento dell'errante, che avrebbe finito invece per costituire il fulcro del concetto utilizzato dal processualcivilista (con ciò determinandone, in quella sede, la relativa inutilità).

In buona sostanza la scusabilità dell'errore viene qui a concentrarsi sulla oggettiva dubbiozza delle regole di riparto della competenza.

Si potrebbe dire che di due diversi concetti astrattamente geminabili dalle parole qualche anno prima esposte da Pescatore nel *Giornale delle leggi* il giudice amministrativo abbia eletto quello forse più lontano dagli intendimenti autentici dell'autore e comunque passato poi – soprattutto attraverso la critica di Mortara – nel panorama dei processualcivilisti.

Questi, preoccupati di non estendere una regola di beneficio anche a colui che maliziosamente avesse ad adire il giudice sbagliato per ritardare l'esecuzione della sentenza, finirono per guardare ad un elemento soggettivo ovvero agli intendimenti della parte. Sicché a ragione si parlava di buona o mala fede.

Il giudice amministrativo sin da questa fondamentale pronuncia ebbe invece ad abbracciare un concetto oggettivo, imperniato sulla

obiettiva equivocità delle norme di distribuzione delle competenze¹⁴⁴.

Ora, di questo differente approccio e delle sue conseguenze si accorse probabilmente l'estensore della breve nota a questa sentenza edita nel *Manuale Astengo*. Infatti, con evidente soddisfazione si rimarca che con questa decisione anche la IV sezione – sino ad allora affetta da un “rigorismo non certo rispondente agli intendimenti che presiedettero alla istituzione di quel supremo collegio amministrativo” e tacciata di aver praticato un principio “poco conforme ai dettati di equità e di giustizia” – si era finalmente allineata alla giurisprudenza consultiva e giudiziaria, ove era oramai stabilito il principio che l'aver adita una autorità incompetente non nuoce per la decorrenza dei termini.

Tuttavia, concludendo, all'attenzione dei lettori si fa rilevare “che il nuovo principio è stato adottato con tali limitazioni che ne diminuiscono grandemente il valore e l'importanza”¹⁴⁵.

Altra osservazione degna di nota riguarda il concreto modo di operare del beneficio sul termine.

Se si legge la motivazione della sentenza si noterà che il giudice in due punti parla di impugnativa che *salva* dalla decadenza. In esordio, quando si tratta di sintetizzare il problema già dibattuto dalla magistratura civile; alla fine, quando si tratta di statuire che l'appello introdotto alla Corte dei conti non ha giovato al ricorrente. Nel mezzo, ripercorrendo la tesi prevalsa in sede ordinaria, dapprima ci si imbatte nella affermazione che detta tesi leva anche

¹⁴⁴ Sul punto, M. Cantucci, *op. cit.*, 52 ss.

¹⁴⁵ Cfr. *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1892, 373 in nota.

sull'applicazione dell'art. 2125 Cod. civ. e, per conseguenza, se ne indica la disposizione rammentando che la citazione vale ad *interrompere* la prescrizione.

Poi, finalmente, nel precisare il limite opposto dalla dottrina civile alla benigna regola si parla di una opinione che subordina il beneficio della *sospensione* del termine.

In realtà occorre ben aver presente che, nel caso sentenziato, il giudice ha stabilito che non accorderà nessuna efficienza sul termine di tre mesi per richiamarsi al Consiglio di Stato all'appello dispiegato alla Corte dei conti. Nella sua prospettiva, pertanto, non è di alcun interesse decidere se l'impugnativa al giudice sfornito di giurisdizione valga a interrompere ovvero a sospendere il termine.

E però nel massimare la sentenza, da un lato della regola romana e dell'art. 2125 si fa tutt'uno nell'affermare il principio che potenzialmente consente all'impugnativa dedotta innanzi ad un'autorità incompetente di salvare dalla decadenza per decorrenza di termine. D'altro lato, per lo meno nella rivista *La Giustizia Amministrativa*, l'eccezione che limita il principio viene definita come a subordinare il beneficio della sospensione del termine.

Da qui una considerazione.

Si può in effetti pensare che il collegio plaudesse alla tesi di Mattiolo, favorevole all'effetto sospensivo anziché interruttivo dell'impugnativa. E però questo riferimento è alquanto velato, essendo la scomparsa del riferimento all'interruzione del termine giustificabile anche in ragione di un'esigenza di contrazione della prima parte della massima.

Ciononostante, la forza delle enunciazioni anche quando esorbitanti dalle intenzioni finirà per prevalere, dacché a questo precedente si appellerà la giurisprudenza amministrativa stabilmente attestata per l'effetto sospensivo della domanda sul termine di decadenza.

5. Qualche ipotesi intorno al silenzio della teoria di Mortara.

Fin qui tutto ciò che direttamente emerge dalla decisione, che però lascia in ombra la questione certamente più interessante ai fini dell'indagine.

Si osserverà infatti che, nel delineare i tratti del problema in sede di processo civile, il giudice amministrativo abbozza alla tesi di Pisanelli e sintetizza quella nata sulla scia di Pescatore, ma non si spinge oltre. Nessun riferimento alle teorie che, pur riconoscendo effetto all'impugnativa proposta al giudice incompetente, aborriscono all'equità ed al connesso ingrediente della scusabilità dell'errore. In altre parole, si tace della tesi di Mortara ed anche di quelle anticipazioni che fanno leva sulla intrinseca validità dell'atto di appello sebbene fatto a giudice incompetente.

Molto probabilmente la giustificazione di questo silenzio trova una piana spiegazione sol che si osservi il fatto che, mentre l'estensore del Consiglio di Stato scrive la tesi di Mortara aveva da poco visto la luce ed il suo consolidarsi nella magistratura ordinaria era ancora lontano nel tempo.

Ma, investigando a fondo, cade assai pertinente una sottile constatazione che potrebbe lumeggiare anche diversamente il caso.

La vicenda sindacata, come già evidenziato, involgeva un problema di erronea elezione della Corte dei conti in luogo della IV sezione e, più precisamente, la formulazione di un atto di appello alla prima in vece di un atto di richiamo al Consiglio di Stato. Ebbene, il giudice qui dichiara che la natura eccezionale della giurisdizione esercitata dalla IV sezione non sarebbe di ostacolo a recepire la teorica della benevola regola insegnata dalla dottrina civile. Non solo, perché nell'affermare ciò si lascia pure sfuggire l'inciso che, nel caso disputato, nemmeno dovrebbe attribuirsi un'importanza decisiva all'essere stato dedotto piuttosto l'uno che l'altro mezzo di impugnativa (intendendo con questo l'appello in luogo del richiamo). Evidentemente dicendo ciò il giudice intende prevenire la contestazione del resistente, secondo il quale l'errore dell'Economato sarebbe stato duplice. Non solo sulla giurisdizione, ma anche sul mezzo.

E allora, ritenuta superabile la barriera rappresentata dalla specialità della giurisdizione, sembra accrescere l'idea che vede nella fattispecie un caso forse potenzialmente fertile al vaglio proprio delle tesi taciute dal Consiglio di Stato. Un caso, cioè, certamente assai diverso da quello poi frequentemente giudicato dalla magistratura amministrativa, di colui che errando era andato ad indirizzare le sue doglianze al giudice ordinario¹⁴⁶.

Tuttavia, è altrettanto lecito il convincimento che se il Consiglio di Stato si fosse imbarcato nell'analisi della teoria di Mortara e del suo fondamento non avrebbe affatto potuto con altrettanta sintetica

¹⁴⁶ E, sia consentito rilevare, assai distante da quello giudicato dalla Corte dei conti 9 anni prima, nonostante l'omogeneità della materia trattata nelle due vertenze.

leggerezza concludere per l'irrilevanza della doglianza del Vessichelli, nella parte in cui lamentava l'errore sul mezzo di impugnativa esperito.

Una conclusione, invece, perfettamente alla portata della teoria dell'errore scusabile.

6. La giurisprudenza degli anni immediatamente successivi.

A quanto è dato reperire, la prima decisione che fece della scusabilità dell'errore positiva applicazione a vantaggio della parte venne pochi mesi dopo licenziata, il 9 dicembre 1892, dalla IV sezione del Consiglio di Stato e ad opera del medesimo relatore¹⁴⁷. Monsignor Faustini di Brescia ed il Presidente della Società "Cesare Arici" presentarono domanda al Provveditore degli Studi di Brescia per aprire una scuola elementare. Al diniego opposto dalle autorità imboccarono la via della giurisdizione ordinaria. Avvenne però che la Cassazione, con sentenza 19 febbraio 1891, reputò da un lato che la legge sulla pubblica istruzione non aveva attribuito ai privati un diritto ad aprire stabilimenti pubblici di istruzione, e, d'altro lato, che la magistratura ordinaria non poteva essere chiamata ad esaminare se il provvedimento amministrativo di diniego fosse o meno informato a principi di equità e di

¹⁴⁷ IV sezione, decisione 9 dicembre 1892, rel. Cana – Società scolastica Cesare Arici c. Min. I. P., in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1893, 169.

convenienza senza eccedere dalle sue attribuzioni¹⁴⁸. Tuttavia la sentenza della corte regolatrice non fu notificata.

La Società “Cesare Arici” ricorse dunque alla IV sezione presso la quale si stabilì che “il ricorso proposto all’Autorità giudiziaria nella supposizione che col decreto ministeriale impugnato siasi voluto offendere un diritto civile, è valido a sospendere la decorrenza dei termini per ricorrere – dopoché l’Autorità adita si è dichiarata incompetente – a quella competente, e cioè alla 4a Sezione, specialmente se la scelta della giurisdizione ordinaria aveva parvenza di ragione”. Per altro in difetto di notifica della sentenza che aveva regolato la giurisdizione, il collegio poté affermare che l’effetto della citazione in sede ordinaria, anche considerato semplicemente sospensivo anziché interruttiva dei termini, perdurava anche nel momento in cui venne proposto ricorso al Consiglio di Stato¹⁴⁹. Il ricorso fu pure accolto nel merito¹⁵⁰.

Ma la materia che dette al Consiglio di Stato più occasioni di riconfermare la regola dell’errore scusabile non fu affatto in quegli anni legata all’ipotesi di erronea elezione della magistratura ordinaria. Assai più ricorrenti sono le decisioni in ordine all’ipotesi di ricorso alla giunta provinciale in sede di tutela, ovvero gerarchica, in luogo del ricorso alla medesima in via contenziosa¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cfr. Cass. Roma, Sez. unite, 19 febbraio 1891. – Società scolastica cesare Arici c. Min. d’Istruz. Pubbl., in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1893, 56.

¹⁴⁹ Rende edotti di questa affermazione la nota alla decisione, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1893, 169, nota 2.

¹⁵⁰ Per questo aspetto cfr. la motivazione in *Manuale*, cit., 1893, 170 ss.

¹⁵¹ Cfr. IV Sezione, decisione 23 giugno 1893, Ric. comune di Porto San Giorgio, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1893, 269; IV sezione, decisione 2 giugno 1893, rel. Canna, Comune di Costa di Rovigo c. Ospedale di Lendinara, *ivi*, 1893, 357; IV Sezione, decisione

Similmente il Consiglio di Stato ne fece applicazione nella fattispecie di ricorso al Re quando invece doveva ricorrersi alla IV sezione¹⁵². Ben presto peraltro si affermò l'estensione del beneficio anche a colui che, viceversa, proponeva erroneamente ricorso alla IV Sezione quando avrebbe prima dovuto esperire la via gerarchica. La stessa IV Sezione, per giunta, si arrogò nell'occasione la prerogativa di dichiarare, contestualmente alla irricevibilità del ricorso, che alla parte non era precluso di ricorrere in via gerarchica giacché per giurisprudenza oramai assodata del Consiglio di Stato, tanto in sede consultiva che in via contenziosa, il ricorso prodotto in tempo per errore all'Autorità incompetente aveva l'effetto di sospendere il termine per reclamare a quella competente¹⁵³.

La disamina di queste prime decisioni che seguono la svolta inaugurata nel 1892 porta peraltro ad evidenziare una certa larghezza nel riconoscere la qualifica della scusabilità dell'errore¹⁵⁴.

14 ottobre 1893, rel. Tiepolo, Ospedale di Trigona c. Giunta prov. amm. di Siracusa, *ivi*, 1893, 438; IV Sezione, decisione 21 dicembre 1894, rel. Motta, in *Giur. it.*, 1895, III, 76.

¹⁵² Cfr. IV Sezione, decisione 1 giugno 1894, rel. Perla, Foselli e altri c. Giunta prov. di Salerno, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1894, 229; IV Sezione, decisione 21 dicembre 1894, rel. Semmola, Caggiano c. Comune di Caggiano, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1895, 29; IV sezione, decisione 9 giugno 1899, rel. Sandrelli, in *Giur. it.*, 1899, III, 269.

¹⁵³ Cfr. IV sezione, decisione 5 aprile 1895, rel. Astengo, Ric. Angelo Rivero, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali e delle Opere pie*, 1895, 160.

¹⁵⁴ Delle decisioni citate nelle note che precedono l'unica che ritenne l'errore inescusabile è quella 9 giugno 1899, cit. Nella specie, il comune era insorto con ricorso al governo del re contro una decisione della giunta provinciale amministrativa resa sul licenziamento del segretario comunale. Rilevò però la sezione che l'art. 172 della legge comunale e provinciale 10 febbraio 1889 n. 5921 ammetteva questo rimedio in relazione a determinate attribuzioni di ordine tutorio della g.p.a., mentre l'art. 12 della medesima legge era molto chiaro nello stabilire che contro le deliberazioni di licenziamento era ammesso ricorso alla g.p.a. e dalla decisione di questa al Consiglio di Stato. Sicché il collegio osservò

Piuttosto, il giudice amministrativo si profuse ad insistere sul modo di operare del beneficio, abbracciando la soluzione in un certo qual modo meno vantaggiosa per l'errante: il termine poteva dirsi solo sospeso, e non interrotto¹⁵⁵.

Per rendersi conto dell'importanza pratica dell'adesione a questa regola basterà osservare che in più di una occasione il ricorso della parte, il cui errore in astratto fu reputato scusabile, venne dichiarato comunque irricevibile per decorrenza dei termini applicando la regola della sospensione, quando invece il gravame sarebbe stato ricevibile se si fosse applicata la norma della interruzione. In una decisione del 21 dicembre 1894, ad esempio, si apprende che un comune ebbe ad impugnare la deliberazione consiliare di altro comune reclamando alla giunta provinciale in sede di tutela 17 giorni dopo la pubblicazione all'albo pretorio. Dalla comunicazione

che il comune “non può addurre a propria scusa alcuna oscurità od incertezza di locuzione della legge, la di cui parola non potrebbe essere più chiara e precisa, e di cui a nessuno, e tanto meno alle autorità comunali, è lecito ignorare le disposizioni. *Nec supina ignorantia ferenda est*, e la giunta municipale ricorrendo al governo del re in un caso, nel quale è espressamente prescritto il ricorso al consiglio di Stato, non ha soltanto errato, ma ha contravvenuto ad un tassativo precetto legislativo”. Come si può ben notare, lo spettro del passo di Pescatore era ancora ben vivo.

¹⁵⁵ Per la verità stabilì che “il ricorso proposto erroneamente in via gerarchica davanti alla Giunta prov. amm. vale ad interrompere la decorrenza del termine utile per ricorrere in via contenziosa; e che in tal caso il nuovo termine decorre a partire dal giorno in cui viene notificata al ricorrente la diffida a rettificare il suo ricorso”, la IV Sezione, decisione 14 ottobre 1893, rel. Tiepolo, cit. Per un riferimento all'interruzione – in fattispecie di ricorso erroneamente proposto alla g.p.a. anziché direttamente alla IV Sezione - anche la massima di IV Sezione, decisione 12 giugno 1896, Rel. Imperatrice, in *Giur. it.*, 1896, III, 277. Tuttavia, fatte queste eccezioni, il giudice amministrativo si attestò decisamente e ben presto per la sospensione. Si parla infatti di sospensione – fra altre - in, IV Sezione, decisione 9 dicembre 1892, cit.; IV Sezione, decisione 23 giugno 1893, cit.; IV Sezione, decisione 1 giugno 1894, cit.; IV Sezione, decisione 5 aprile 1895, cit.; IV Sezione, decisione 22 novembre 1895, Rel. Astengo, in

dell'incompetenza dell'adita sede incautamente il comune fece decorrere 25 giorni prima di ricorrere alla giunta provinciale in sede contenziosa. Il Consiglio di Stato ne dedusse che la giunta avrebbe dovuto dichiarare irricevibile il ricorso perché sommando i due periodi si andava oltre il termine di 30 giorni prescritto per ricorrere alla stessa¹⁵⁶.

Ed è proprio leggendo la sentenza che in quegli anni più si impegna a fornire le ragioni che consentirebbero di accordare solo il rimedio della sospensione del termine che si rintracciano valutazioni più generali sull'istituto dell'errore scusabile che la giurisprudenza del Consiglio di Stato non distribuirà più se non dopo qualche decennio.

Con decisione 21 gennaio 1898¹⁵⁷, la IV sezione si trovò a giudicare se la giunta provinciale amministrativa di Ferrara avesse correttamente ritenuto inammissibile il reclamo ad essa pervenuto dopo che il ricorrente lo aveva erroneamente proposto ad altra autorità¹⁵⁸. E poiché solo congiungendo in uno i due periodi di tempo si trovava che il termine per ricorrere alla giunta di Ferrara

Giur. it., 1896, III, 54; IV Sezione, decisione 6 agosto 1897, rel. Raccioppi, in *Giur. it.*, 1897, III, 342.

¹⁵⁶ IV Sezione, decisione 21 dicembre 1894, Rel. Motta, cit. Per una decisione resa lo stesso giorno, ma ove il ricorrente poté giovare dell'effetto sospensivo, cfr. IV Sezione, decisione 21 dicembre 1894, Rel. Semmola, cit. Per un altro caso in cui la regola della interruzione avrebbe determinato la ricevibilità del ricorso, dichiarato invece irricevibile in ragione dell'effetto solo sospensivo, cfr., IV Sezione, decisione 22 novembre 1895, cit.

¹⁵⁷ IV sezione, decisione 21 gennaio 1898, Rel. Schanzer, congregazione Carità di Cento c. Intendenza di Finanza, per esteso in *Giur. it.*, 1898, III, 90 ed in *Giust. amm.*, 1898, 455 con la motivazione in nota.

¹⁵⁸ Dalla sentenza non è dato evincere quale rimedio avesse esperito la ricorrente prima di ricorrere alla giunta di Ferrara. Ma dal tono complessivo sembra potersi escludere che si fosse rivolta alla magistratura civile.

era trascorso, il Consiglio di Stato intese in effetti dissipare ogni residuo dubbio a favore dell'effetto sospensivo, e non interruttivo. Le ragioni esplicitate da questa sentenza sullo specifico punto non sono affatto originali. In realtà riprendono abbondantemente argomenti già propri di quella dottrina del processo civile che propalava da tempo analoga soluzione¹⁵⁹. Solo la sospensione salvaguarderebbe il principio che il termine decorre dalla notificazione dell'atto che si impugna, e non dalla pronuncia che declina la competenza. Inoltre, consentendo all'interruzione, si finirebbe per rendere "in certo modo più vantaggiosa la condizione di chi avesse sbagliato strada di fronte a colui che fin da principio avesse scelta la via giusta", accordando a costui un termine nel complesso superiore¹⁶⁰. Il Consiglio di Stato, in questa occasione, vi aggiunge solo la considerazione che la teoria dell'interruzione finirebbe per sostituire due termini a quello, uno ed unico, previsto dalla legge per impugnare.

Ma il collegio antepose a questa conclusione alcune considerazioni che non vanno affatto perse.

La questione venne infatti impostata rilevando che i termini di ogni procedura contenziosa sono perentori, improrogabili da parte del decidente e decorrenti dalla notificazione dell'atto che si impugna, istituendo quindi una perfetta simmetria tra i principi enunciati agli artt. 46, 466 e 467 del codice di procedura civile, relativi al termine

¹⁵⁹ Ci si riferisce in particolare a L. Mattiolo, *op. cit.*, 1885, 249 ss.

¹⁶⁰ Condivisa con la dottrina del processo civile è anche la considerazione che nea pregio alla constatazione che il beneficio della sospensione in pratica non servirebbe a nulla se il primo ricorso è prodotto l'ultimo giorno utile. Stando alla pronuncia in esame "merita minor indulgenza chi si è ridotto all'ultimo

per impugnare, e la disciplina introdotta dall'art. 30 della l. 2 giugno 1889 sul Consiglio di Stato e dall'art. 4 della l. 1 maggio 1890 n. 6837 sulle giunte provinciali amministrative.

Senonché, si rammentò, tanto la giurisprudenza ordinaria quanto l'amministrativa in molti casi dovettero "versarsi sopra la teoria dell'errore in rapporto all'elezione dei mezzi di gravame al fine di determinare se e fino a qual punto l'errore scusabile, non dovuto a supina ignoranza, potesse valere ad impedire la decadenza del diritto di reclamare, quando altrimenti i termini d'impugnativa sarebbero già decorsi".

La sezione prosegue poi ricordando che la soluzione adottata dalla giurisprudenza in generale prese appunto le mosse dalla nota regola del diritto romano dettata in tema di appello al giudice incompetente, rilevando però che detta regola così come sancita nell'ordinamento antico non potrebbe trasportarsi nel campo del diritto giudiziario moderno. E d'altra parte, si dice in questa sentenza "se in qualunque tempo è consona ai principii del diritto una certa indulgenza all'errore, questa deve tuttavia mantenersi negli stretti confini della equità, senza sovvertire norme essenziali dello svolgimento della procedura".

A parere del giudice, questa derivazione equitativa del rimedio porterebbe ad una prima conclusione.

Non potrebbe esservi alcuna riparazione quando, nel momento in cui si impugna al magistrato incompetente, sia già interamente decorso il termine per impugnare a quello competente.

Ma ecco che già sul punto si insinua un primo e notevole dubbio.

giorno per usare del suo diritto, sapendo così di correre un'alea in più". Per

“Si potrebbe obiettare che l’errore sulla competenza potendo implicare anche quello sulla lunghezza del termine, la scusabilità dell’uno dovrebbe anche importare la riparabilità dell’altro, quando sia chiara la manifestazione della volontà di ricorrere che è l’elemento a cui precipuamente si deve guardare in questa materia”. Evidentemente già si cominciava ad avvertire che, per la sua intrinseca natura, un rimedio basato su principi equitativi, se poi condotto sul terreno della logica, avrebbe implicato dei corollari applicativi assai più ampi di quelli sino ad allora ammessi.

Sicché il relatore si premura di chiarire che la questione non è di quelle che si possono risolvere con la pura logica, perché “di fronte al riguardo che merita l’interesse dei contendenti sta la esigenza di non lasciare troppo tempo in una condizione di precarietà i provvedimenti dell’amministrazione che agisce per l’interesse pubblico. E se si ammettesse la riparabilità dell’errore anche dopo la integrale decorrenza del termine fissato dalla legge, dovrebbe necessariamente concedersi la apertura di un nuovo termine, il che significherebbe non solo disconoscere la perentorietà del primo, ma anche sostituire due termini ad un termine unico”.

Insomma, di fronte alla constatazione che, sul piano della logica giuridica, il rimedio all’errore scusabile dovrebbe portare ad ammettere la rimessione in termini, fu inizialmente opposto il contrasto fra questa soluzione e l’esigenza di stabilità del provvedimento che reca con sé la tutela del pubblico interesse.

Ma l’osservazione ai fini della presente indagine ancor più interessante è che, subito appresso, la motivazione prosegue

analogo opinare, L. Mattiolo, *op. cit.*, 254 in nota.

rilevando che “d’altro lato non potrebbe, nel campo amministrativo, adottarsi la teoria patrocinata da alcuni eminenti cultori della procedura civile, i quali, prescindendo del tutto dalla decorrenza di un nuovo termine, opinano che il giudizio di appello si abbia per istituito dalla data della citazione presso il magistrato incompetente e possa riassumersi in sede competente sino a quando non si verifichi il termine della perenzione d’istanza, e ciò per la ovvia considerazione che l’istituto della perenzione d’istanza non esiste nel procedimento della giustizia amministrativa, organizzato dalle leggi più sopra indicate”.

Il passo è veramente suggestivo. Dimostra che, a distanza di soli sei anni dalla sentenza che sta a fondamento della teorica dell’errore scusabile, il Consiglio di Stato si mostrava disponibile a sondare l’applicazione della teoria di Mortara che alla prima sta veramente agli antipodi.

E si badi, nell’occasione, l’ostacolo che si individua risiede in un argomento meramente tecnico-processuale. L’assenza dell’istituto della perenzione d’istanza non avrebbe consentito di individuare il termine entro cui trasferire il giudizio. Ovviamente il giudice non si sta figurando l’ipotesi di un trapasso del processo da una giurisdizione all’altra, ma all’interno degli istituti – per così dire – della neonata giustizia amministrativa. Ancorché così confinata, l’osservazione di questa motivazione è comunque un sintomo della non totale o aprioristica chiusura del giudice amministrativo verso soluzioni che andavano imponendosi sul terreno del processo civile. Converrà chiudere la disamina di questi primi pronunciamenti della giurisprudenza tornando, in un certo senso, al punto di partenza.

Ossia alla Corte dei conti. Nella giurisprudenza contabile la sentenza “Baracchi” del 1883 fa il paio con una pronuncia del 1898 ove la Corte ebbe modo di statuire in massima che “il ricorso proposto al giudice incompetente, in base ad uno scusabile errore di diritto, interrompe il termine per ricorrere alla Corte dei conti”¹⁶¹. Ma, anche in questo caso, la lettura della motivazione giova a qualche utile spunto.

Nella fattispecie si controverteva della legittimità di una deliberazione della giunta provinciale amministrativa e di un decreto del Consiglio di prefettura resi in ordine all’amministrazione ed ai conti relativi a due Istituzioni originate da un legato testamentario, che i ricorrenti reputavano invece sottratte all’obbligo di rendimento dei conti ed alla tutela delle autorità pubbliche. Dalla motivazione si apprende che, in questo caso, la parte, entro il termine di 30 giorni per appellare alla Corte, aveva invece proposto ricorso alla IV Sezione chiedendo l’annullamento dei decreti per incompetenza ed eccesso di potere. La Corte dei conti evidenziò quindi che con detto ricorso era stato manifestato il pensiero di non accettare i decreti impugnati e di volerne la riforma dal giudice superiore. “E se, come è costante giurisprudenza, il ricorso o l’appello erroneamente proposto a giudice incompetente interrompe i termini per rivolgersi al giudice competente, ben si può ritenere che fu errore sensibile quello degli eredi Ponza, ove si consideri che la tesi da essi sempre sostenuta così avanti il Consiglio di Stato, come nel presente giudizio, sia che la Amministrazione del legato Romani non era di ragione pubblica o

¹⁶¹ Corte conti, 24 marzo 1898, Rel. Martuscelli, Ponza c. Comune di Vasto, in

comunale e quindi non essere essa tenuta né a rendimento di conti all'autorità amministrativa, né a sottoporre i suoi atti all'approvazione delle autorità tutorie"¹⁶². Così venne rigettata l'eccezione di irricevibilità dell'appello per tardività.

Questa decisione ha in sé un certo interesse.

Conferma, ancora una volta, che il giudice trovava del tutto naturale impostare il problema dell'erronea elezione di giurisdizione come si trattasse di un errore sulla competenza.

Accredita, peraltro, la regola dell'interruzione del termine, in luogo della sospensione.

Ma soprattutto è il modo con cui il giudice tratta il profilo della scusabilità dell'errore a meritare attenzione.

Di primo acchito si sarebbe infatti portati a concludere che il giudicante abbia qui assai largheggiato nel concedere il beneficio della scusabilità, quasi configurandola *in re ipsa*. Il ragionamento, infatti, suona grosso modo nel senso che poiché il privato sosteneva in giudizio che gli istituti non dovessero rendere i conti ed andar soggetti a tutela sol per questo si giustificava la via del Consiglio di Stato. E questa lettura ha un che di vero, perché la sentenza dimostra che quando l'errante propone però un mezzo di impugnazione entro i termini "giusti" in relazione ad altro mezzo di gravame si fa assai più fatica ad attardarsi a indugiare se l'errore sia o meno grave. Ma forse non è questa l'unica considerazione

Giust. amm., 1898, II, 38.

¹⁶² Il testo della sentenza pubblicato parla di errore "sensibile". Non a torto la dottrina dell'epoca, nel riferirne il passo, correggerà il termine con "scusabile". Cfr. B. Lomonaco, *Se, in sede amministrativa, il ricorso innanzi ad Autorità incompetente produca «sospensione» ovvero «interruzione» del termine*, in *Giust. amm.*, 1898, IV, 49 ss, p. 55.

possibile né la più perspicace. Nella specie, infatti, stabilire se il privato avesse o meno ragione sul punto era (anche) risolvere il merito. Sicché la Corte trovò assai più consono rigettare l'eccezione di tardività, accreditando la scusabilità dell'errore, per esaminare quindi il merito ai fini del rigetto dell'appello, piuttosto che risolvere interamente la questione di merito per concludere che l'errore non era scusabile e dichiarare l'irricevibilità dell'impugnazione. Insomma, si è di fronte ad un esempio plastico dell'intreccio di questioni di rito e merito che l'erronea elezione della giurisdizione spesso porrà anche in futuro.

Per inciso, ad opinione del commentatore, avrebbero nel caso sbagliato tanto le parti, quanto il Consiglio di Stato e la Corte dei conti. Le questioni sui conti dell'istituto e sulla responsabilità dei suoi amministratori non avrebbero potuto che appartenere alla giurisdizione ordinaria¹⁶³.

7. Il pensiero della dottrina: Lomonaco e Orlando.

La moderna dottrina del processo amministrativo non ha riservato all'istituto l'attenzione che merita¹⁶⁴. Anzi si può ben dire che abbia sostanzialmente abdicato al ruolo di una lettura critica del rimedio

¹⁶³ Cfr. il breve commento in *Giust. amm.*, 1898, II, 39, nota 1.

¹⁶⁴ A quanto consta, un'opera di ampio respiro sull'istituto dell'errore scusabile nel processo amministrativo manca. E, per la verità, anche i lavori di più ridotta portata davvero interessanti non abbondano. Fondamentale, sul tema, rimane la voce di E. Riva Crugnola, *Errore III) Errore scusabile –dir. proc. amm.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XIII; per altri contributi di un certo spessore, cfr., M. Cantucci, *Il ricorso ad autorità incompetente*, cit.; R. Soprano, *La rimessione in termini per errore scusabile nel procedimento innanzi al Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubb.*, 1950, II, 586; O. Sepe, *L'errore scusabile nel processo amministrativo*, cit., 675 ss.

dell'errore scusabile utilizzato dalla giurisprudenza. La ragione di questo atteggiamento non manca. Come si avrà modo di dire, l'errore scusabile ricevette ben presto una copertura normativa, sicché forse è apparso storicamente ozioso, agli studiosi, impegnare il tema del suo intimo fondamento. Per giunta, essendo uno strumento che manifesta il potere discrezionale del giudice, è argomento che non si presta granché alla costruzione di una teoria per astrazione.

Non sarebbe esatto dire che la dottrina più risalente abbia avuto un atteggiamento diverso.

E' però esatto far rilevare che almeno in qualche occasione gli studiosi affrontarono il tema tradendo un certo imbarazzo.

In particolare, sotto questo profilo, meritano di essere qui ricordati i contributi di Lomonaco e Orlando.

In uno studio del 1898 il primo intese sottoporre a critica l'orientamento della magistratura amministrativa che già era attestato per l'effetto solo sospensivo, e non interruttivo, del ricorso portato al giudice sbagliato¹⁶⁵.

Ed a suscitare nell'A. l'interesse per la questione sarebbe proprio stata "la divergenza fra i responsi della giurisprudenza giudiziaria e quelli della giurisdizione contenzioso amministrativa, nella rispettiva sfera, intorno agli effetti giuridici che derivano dal ricorso portato per errore innanzi ad autorità incompetente".

Lomonaco passa quindi in rassegna gli orientamenti rispettivamente del giudice civile e di quello amministrativo e contabile.

¹⁶⁵ B. Lomonaco, *Se, in sede amministrativa, il ricorso innanzi ad Autorità incompetente produca «sospensione» ovvero «interruzione» del termine*, cit ., 49.

In particolare, si mette in chiara evidenza come la magistratura ordinaria, basandosi sulla norma dell'articolo 2125 del Cod. civ., non solo aveva rifiutato di aderire alla tesi dell'effetto solo sospensivo della domanda, ma non riconosceva alcun pregio alla distinzione fra errore scusabile e non scusabile¹⁶⁶.

Sicché, a parere di Lomonaco, ci si dovrebbe chiedere se “nel campo contenzioso – amministrativo, o meramente amministrativo, di fronte all'ampia locuzione dell'art. 2125 del Codice civile è proprio indispensabile, per la risoluzione della questione in disamina, dover ricorrere alla distinzione fra errore scusabile e non scusabile?”.

Secondo l'A. questa distinzione non sarebbe ammissibile, perché finirebbe con contrastare la premessa, che cioè anche nel campo del contenzioso amministrativo la domanda proposta innanzi ad autorità incompetente produce effetto in virtù dell'applicazione dell'articolo 2125, riguardato come disposizione che impedisce ogni decadenza di diritto o di termine. Quindi nelle ipotesi in cui potesse nella materia del contenzioso amministrativo farsi un qualche distinguo, “la distinzione non dovrebbe mai aver luogo tra

¹⁶⁶ Il precedente rammentato dall'A. è di Cass. Firenze, 1 settembre 1890, Est. Pezzi, con massima e motivazione edita in *Giur.it.*, 1891, I, 6-7. Nella fattispecie la Corte fiorentina ebbe a cassare una pronuncia di merito che invece aveva ritenuto errore non meritevole di scusa, perché prodotto da negligenza e colpa che si sostanzia nel non prevedere *quod a diligenti praevideri poterat*, l'aver proposto appello al Tribunale di Pistoia anziché a quello competente di San Miniato. Secondo la cassazione il giudice dell'appello avrebbe errato perché nella sua pronuncia non aveva escluso la buona fede della parte, ma si era indugiato su di un criterio giuridico indubbiamente sbagliato e contrario all'art. 2125 Cod. civ., da applicarsi al termine processuale in via di analogia. In massima si stabilì quindi che “l'appello proposto in buona fede innanzi a giudice incompetente mantiene in vita il diritto ad appellare avanti al giudice competente, senza che sia permessa l'indagine, se l'errore, in cui è caduto l'appellante, sia degno, oppure no, di scusa”.

errore scusabile e non scusabile, ma, tutto al più, come fu pure autorevolmente ritenuto, tra i termini se il ricorrente fu in buona fede o in mala fede”¹⁶⁷.

Sicuramente la fattispecie sulla quale Lomonaco concentra l’attenzione è quella di un errore “interno” – come diremmo oggi – alla giustizia amministrativa. Tuttavia, occorre pur notare che tra i precedenti ritenuti dall’autore come indicativi dell’orientamento giurisprudenziale vi sono pure casi in cui lo sbaglio insiste fra la giurisdizione contabile e amministrativa¹⁶⁸.

Altrettanto interessante è la lettura delle considerazioni che al tema dedica Orlando nel suo celebre e fondamentale *Trattato*¹⁶⁹.

Anche in questo caso lo studioso intende affrontare il problema degli effetti che abbia ad esercitare sul termine il ricorso proposto dinanzi un’autorità incompetente¹⁷⁰. Ed anche in questo caso il

¹⁶⁷ B. Lomonaco, *op. cit.*, 56-57. Quanto poi alla questione che più preme all’A., che milita a sostegno della teoria della interruzione del termine, nessuno degli argomenti dipanati dal Consiglio di Stato al fine di abilitare l’idea che presso quel giudice sia possibile solo una forma di benigna interpretazione che conduce alla sospensione del termine sarebbero da condividere (cfr. *op. cit.*, 57 ss.). In particolare, fra questi, nessun pregio avrebbe il rilievo della natura di giurisdizione eccezionale o speciale esercitata, Dacché, anzi, la potestà conferita al supremo tribunale amministrativo dalla legge del 1889 “è al contrario d’indole e di fisionomia generale”. Men che meno rileverebbe l’argomento che fa leva sul pericolo che gli atti amministrativi rimarrebbero per troppo soggetti a precarietà. Se gli atti amministrativi relativi al *jus gestionis* pur implicando diritti patrimoniali di portata a volte immensa, sono tutti soggetti alla legge comune coi privati, ed all’interruzione, “mal si comprenderebbe il motivo per cui gli altri atti amministrativi per lo più attinenti allo gius d’imperio e relativi ad interessi – dovessero restare pregiudicati col sottoporli alla legge medesima”.

¹⁶⁸ Tanto vero che l’A. indica sia il precedente della sezione IV, 27 maggio 1992, che quello della Corte dei conti 24 marzo 1898, reputando addirittura come caso tipico quello di chi adisca il Consiglio di Stato in luogo della Corte dei conti (cfr., *op. cit.*, 55).

¹⁶⁹ V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, III, nn. da 305 a 308, p. 958 ss.

¹⁷⁰ Cfr. con questi termini, V. E. Orlando, *op.cit.*, 958.

profilo che più preme è quello di contestare la regola dell'effetto solo sospensivo per dimostrare la maggior attendibilità della regola dell'effetto interruttivo. Sul punto, la tesi proposta da Orlando può essere facilmente sintetizzata. Poiché due sarebbero le ragioni per ammettere che il reclamo all'autorità incompetente abbia l'effetto di salvare dalla decadenza, si dimostrerebbe che entrambe conducono all'interruzione, e non alla sospensione. Evidentemente in questo senso depone l'argomento dell'applicazione analogica dell'art. 2125.

Ma anche ritenendo che l'effetto sul termine sia da ricondurre piuttosto alla manifestazione della volontà di non acquietarsi al provvedimento, che impedirebbe all'atto di divenire irrevocabile, si afferma esatta tale conclusione.

La declinatoria di competenza, “per ciò stesso che sopprime ogni ulteriore efficacia al ricorso intimato, fa sì che il provvedimento ritorni ad essere non impugnato e nuovamente impugnabile” ed il termine per impugnarlo non potrebbe che essere quello assegnato dalla legge¹⁷¹.

In realtà quest'affermazione, apparentemente di dubbia tenuta, si spiega osservando che lo stesso Orlando, inquadrando il problema come affrontato dalla magistratura ordinaria sul terreno dell'appello, dichiara di trovare elegante e convincente quell'ordine

¹⁷¹ V. E. Orlando, *op. cit.*, 962. Più precisamente l'A. afferma che la teoria della sospensione manca di conseguenza logica perché “la dichiarazione di incompetenza implica che il provvedimento non fu mai impugnato, ed allora né interruzione né sospensione, ma decadenza pura e semplice; o implica che rimosso l'atto erroneo, il provvedimento torni ad essere impugnabile, ed allora non può darsi che un termine solo, giusta quanto dicemmo: il termine che la legge assegna per impugnare l'atto”.

di considerazioni, fatte dal Mortara¹⁷², “per le quali la salvezza della decadenza del termine per via di un atto impugnativo notificato ad una autorità incompetente, si deduce dalla natura stessa del rapporto. Difatti, ciò che importa essenzialmente è che, entro un termine segnato, si manifesti la volontà del soggetto di non acquietarsi alla sentenza o al provvedimento. Or questa volontà sorge anche dal ricorso o appello all’autorità incompetente: per regola generale devesi dunque escludere che quel provvedimento o quella sentenza abbia acquistato efficacia definitiva pel decorso termine, posto che mancò l’altro elemento dell’acquietarsi in quelli, anzi sussiste l’elemento contrario del chiederne l’annullamento o la revoca”¹⁷³.

Come si può facilmente constatare egli è quindi fortemente affascinato dai presupposti cui muove Mortara, tanto da istituire un parallelo fra sentenza impugnata e provvedimento¹⁷⁴.

Tuttavia l’A. non arriva sino al punto di svilupparne tutte le potenzialità, cadendo nell’equivoca idea che la pronuncia di incompetenza sopprima l’efficacia del ricorso restituendo al provvedimento la qualità di atto non impugnato.

Ma è pure sul terreno della questione della scusabilità dell’errore che le parole di Orlando sono assai significative.

¹⁷² Orlando cita appunto qui la voce “Appello civile” del Digesto di Mortara. Cfr. V.E. Orlando, *op. cit.*, 959 in nota.

¹⁷³ V. E. Orlando, *op. cit.*, 959.

¹⁷⁴ Sul punto basterà ancora osservare che secondo Orlando anche sul terreno amministrativo, “bisogna peraltro che l’autorità incompetente appaia di un ordine superiore a quella che emise l’atto impugnato, sì da poter giuridicamente comprendersi che l’atto di volontà del reclamante fosse effettivamente diretto ad ottenere la revoca, in quanto si rivolgeva ad un’autorità che egli riteneva capace di modificare l’atto stesso”. Cfr., *op. cit.*, 961, nota 1.

Appurato che il Consiglio di Stato parlava di errore scusabile ma anche di buona fede del ricorrente, egli individua nella giurisprudenza un concetto generale che può dividersi in due particolari. Che non vi sia colpa grave o grossolana ignoranza; che l'errante sia in buona fede.

Ora di fronte al primo di questi, l'A. afferma che “l'elemento della gravità della colpa o dell'ignoranza, isolatamente preso, non ci sembra plausibile, posto che importa un criterio di giudizio affatto subiettivo, dove si tratta di fissare obiettivamente una norma”¹⁷⁵.

Più fondato sarebbe invece il requisito della buona fede, perché la regola giurisprudenziale non potrebbe mai ammettere che “il giudizio dinanzi ad un'autorità incompetente non abbia altro scopo che di prolungare, ad arbitrio della parte, i termini stabiliti per ricorrere”.

Tuttavia, l'A. si rende conto che abilitando questo concetto di errore scusabile non solo ci si sarebbe assai allontanati dal modo in cui esso era inteso dalla giurisprudenza della IV sezione, ma lo si sarebbe reso di fatto del tutto inutile, perché la prova della mala fede sarebbe stata sempre impossibile¹⁷⁶.

¹⁷⁵ V. E. Orlando, *op. cit.*, 962, ove si prosegue chiedendosi “quale sarà il punto entro cui la colpa sarà scusabile e al di là del quale non lo sarà più? Tante e tante opinioni sembrano a noi effetto di inescusabile ignoranza, che pure sono state professate da magistrati altissimi: e non escludiamo che altri porti eguale giudizio sulle nostre!”.

¹⁷⁶ Cfr. V. E. Orlando, *op. cit.*, 963. L'impossibilità di dare la prova della mala fede è in realtà l'unico argomento evidenziato da Orlando senza particolari spiegazioni. Tuttavia, si deve qui far presente che la questione legata all'esigenza di prevenire la malafede della parte, nel campo della giustizia amministrativa avrebbe assunto un connotato ancor più evanescente rispetto all'analogo tema dell'appello civile. Se, infatti, in quest'ultimo campo poteva forse supporre che l'appellante agisse dolosamente presso il giudice incompetente per dilazionare ancor di più l'esecuzione della sentenza di primo grado – sfruttando cioè l'effetto sospensivo dell'impugnazione -, tale sospetto

Orlando finì dunque per abilitare una conclusione evidentemente di compromesso¹⁷⁷.

La gravità dell'ignoranza che l'errore supporrebbe sarebbe stata una presunzione sufficiente per comprovare la mancanza di buona fede¹⁷⁸.

Ora, quel che appare in un certo qual modo comune all'approccio di questi due autori, è un palese sentimento di inferiorità scientifica ravvisato nella teorica dell'errore scusabile rispetto al modo di approcciare la questione nella magistratura e dottrina del processo civile¹⁷⁹.

Evidentemente, l'idea di un rimedio basato su di un potere discrezionale del giudice e tarato sulle convinzioni di costui in merito alla gravità dell'errore commesso dalla parte, in tema di norme processuali, era avvertito come un accorgimento assai meno evoluto e poco consono all'aspirazione ad una regola oggettiva.

Peraltro, nessuno dei due arriva sino al punto di sondare appieno l'applicabilità, sul terreno del contenzioso amministrativo, della teorica che fa leva sull'intima validità dell'impugnativa al giudice incompetente.

non poteva darsi di fronte ad un'impugnazione che, al contrario, per regola non aveva effetto sospensivo del provvedimento amministrativo.

¹⁷⁷ Il criterio elaborato da Orlando sul punto parve un tentativo di maggior precisione ma non del tutto soddisfacente ad es., a B. Liuzzi, *L'errore scusabile nel ricorso ad autorità incompetente e al Consiglio di Stato in s.g. contro provvedimento non definitivo*, in *Foro. amm.*, 1925, I, 1, 336 ss., in part. 339.

¹⁷⁸ V. E. Orlando, *op. cit.*, 963.

¹⁷⁹ Basti osservare che Lomonaco chiude la sua monografia augurandosi che il Consiglio di Stato voglia per il futuro mettersi al pari dell'Autorità giudiziaria comminando parallelamente a questa. Cfr. B. Lomonaco, *op. cit.*, 61.

8. Il ricorso a sezione del Consiglio di Stato incompetente: la decisione della V sezione 8 febbraio 1909.

Subito dopo l'istituzione della V sezione, con la l. 7 marzo 1907, n. 62, cui venne assegnata la competenza a conoscere dei ricorsi estesi al merito, si pose in giurisprudenza e dottrina la questione degli effetti del ricorso erroneamente proposto alla sezione IV in vece della V o viceversa¹⁸⁰.

Il Consiglio di Stato si orientò subito per la teoria che vedeva nelle due sezioni vera e propria natura di due giurisdizioni speciali nettamente distinte¹⁸¹.

Muovendo da questo presupposto applicò anche a questo caso la teorica dell'errore scusabile.

Per l'ampiezza delle argomentazioni sul punto basterà qui ripercorrere il precedente della V sezione, 8 febbraio 1909, relatore Sandarelli¹⁸². Peraltro, la piena intelligenza dello spirito di questa sentenza è agevolata dalla possibilità di leggerla in contrappunto

¹⁸⁰ Il problema, come noto, cessò di porsi a seguito della riforma sancita con il d. lgs. 30 dicembre 1923, che – come fu detto - ricondusse ad unità la giurisdizione del Consiglio di Stato assegnando una competenza promiscua di legittimità e di merito alla IV e V sezione stabilendo che i ricorsi erano assegnati dal presidente del Consiglio di Stato con l'assistenza dei presidenti di sezione. In arg., cfr., sinteticamente, O. Ranelletti, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 402 ss.

¹⁸¹ Cons. Stato, V sez., 31 dicembre 1907, in *Giur. it.*, 1908, III, 69; Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 1908, *ivi*, 71.

¹⁸² La decisione ebbe ampia eco. La si trova pubblicata in *Giur. it.*, 1909, III, 170, con nota di F. Cammeo, *La efficacia di un ricorso al consiglio di Stato diretto ad una sezione incompetente*; in *Foro. It.*, 1909, III, 149. La stessa decisione è commentata anche da G. Chiovenda, *Sulla divisione delle magistrature in sezioni. Effetti del ricorso diretto a una sezione incompetente del Consiglio di Stato*, in *Legge*, 1909, 791 ed ora in *Saggi, cit.*, I, 319, da cui si trarranno qui le successive citazioni.

con la memoria difensiva dell'illustre difensore del resistente, pubblicata in nota sul *Foro Italiano*¹⁸³.

Il Comune di Alesano ebbe a licenziare il segretario, tal Calsolaro, che però si gravò con successo del licenziamento avanti alla giunta provinciale amministrativa di Lecce in sede contenziosa. Contro questa decisione il comune ricorse alla IV sezione che tuttavia si dichiarò incompetente, con decisione legalmente intimata al medesimo Comune il 7 luglio 1908. Avvenne, appunto, che il Comune propose quindi il ricorso alla V sezione in data 28 settembre 1908.

Il difensore del resistente Calsolaro sollevò quindi eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività.

La V sezione esordì rammentando che la legge del 1907 “intese istituire ed istituì due speciali giurisdizioni amministrative di pari grado, ma separate e distinte, nettamente dell'una e dell'altra determinando il campo ed i confini, mercè la tassativa enumerazione delle controversie deferite alla cognizione della nuova sezione”.

Sicché l'intera questione si sarebbe più semplicemente ridotta “a vedere se fra le due opposte tesi sia da accogliersi quella secondo la quale il ricorso indirizzato ad una sezione, che non è la competente, continua a vivere dopo che questa dichiarò la propria incompetenza e può così, come fu originariamente prodotto, essere portato al giudizio dell'altra sezione; oppure l'altra tesi, per la quale intervenuta la dichiarazione d'incompetenza, al ricorrente non resta che dar vita, se ed in quanto sia legalmente possibile, ad una

¹⁸³ Cfr. la memoria redatta da A. Codacci-Pisanelli, riportata in nota in *Foro. it.*,

impugnativa nuova davanti la sezione competente”. La motivazione prosegue proprio ricordando, sulla scorta di precedenti della Cassazione fiorentina e torinese, che la suprema magistratura ordinaria era oramai attestata per la prima soluzione, riconoscendo che l’appello proposto al giudice incompetente “assicura la esperibilità del gravame e il diritto a farlo decidere dal giudice competente fino al termine della perenzione della introdotta domanda”.

Convorrà un attimo fermarsi per una riflessione.

Il riferimento alla tesi di Mortara, penetrata nella magistratura ordinaria è chiarissimo. Come chiarissima e per certi versi nuova (o comunque mai espressa in questi termini) è la volontà del Consiglio di Stato di confrontarsi con questa teoria¹⁸⁴.

In effetti la constatazione potrebbe risultare sorprendente e inspiegabile. Ma occorre tener in debito conto che, nel frattempo, le riforme del 1907 avevano introdotto nel processo amministrativo l’istituto della perenzione d’istanza.

Proseguendo nella disamina della motivazione, occorre rilevare che il collegio, pur dichiarando di non disconoscere la gravità delle argomentazioni a sostegno della tesi prevalente in sede di processo civile, ricorda però che la questione, sin dal precedente della IV sezione 27 maggio 1892 era stata risolta diversamente nell’orbita

1909, III, 150 ss.

¹⁸⁴ Del resto che il Consiglio di Stato sia stato inaspettatamente chiamato a confrontarsi in questa vicenda con la tesi mortariana lo si evince pure dalla memoria difensiva di Codacci-Pisanelli che appunto si impegna a contestare la tesi, definendola a più riprese “nuova ed audace”, secondo la quale “il ricorso portato al Consiglio di Stato valga indifferentemente per le due Sezioni giurisdizionali e che la Sezione adita, dichiaratasi incompetente, possa esser

dei procedimenti contenziosi amministrativi. Il ricorso “contro un provvedimento amministrativo proposto ad autorità o giudice incompetente può avere il solo effetto di far sospendere la decorrenza del termine (...) a condizione però che l’errore della giurisdizione non appaia derivato da colpa grave, secondo la nota massima che: « culpa lata dolo comparatur, nec supina ignorantia ferenda est »”.

Interessante è la spiegazione di questa diversità di approccio che il Consiglio di Stato intende qui difendere.

In primo luogo la V sezione reputa che la soluzione ispirata a criteri di equità, sin da quel precedente sarebbe stata elaborata quale compromesso tra due opposte soluzioni “l’una eccessivamente rigida nel senso di negare ogni virtù giuridica al ricorso deferito ad autorità dichiaratasi incompetente e l’altra troppo estensiva di conservare a quello efficacia piena dopo e malgrado l’intervenuta dichiarazione di incompetenza”. In realtà, sul punto il collegio erra, perché quella soluzione fu elaborata senza alcun confronto con uno dei due estremi dell’alternativa, che proprio in questa sentenza compare per la prima volta in modo così prepotente all’orizzonte del giudice amministrativo.

Ad ogni buon conto, la ragione che sosterrrebbe questo sensibile discostamento dalla regola imposta nei responsi del giudice ordinario risiederebbe nella osservazione che “non tutte e non sempre e non in tutto le norme regolatrici delle azioni esperibili a difesa dei diritti privati possono essere adattate a regolare l’esperimento dei rimedi consentiti per la tutela degli interessi

portato all’altra finché non sia passato il triennio previsto dall’art. 32 della legge

reputati lesi da atti della pubblica autorità. E poiché la giurisdizione amministrativa, tra le ragioni di sua concezione ed esistenza autonoma e distinta dalla giurisdizione ordinaria, ha quella precipua di temperare entro congrui limiti i rigidi postulati del diritto colle plausibili esigenze dell'interesse pubblico, ben si comprende come la stessa giurisdizione amministrativa abbia fatta propria la teorica che più si avvicina alla sua indole e finalità, intesa ad evitare ogni pericolo che il libito, o la negligenza o la impreparazione degli interessati protragga oltre il necessario la durata dei procedimenti amministrativi, ostacolando la più sollecita risoluzione delle contestazioni rivolte ad infirmare la validità formale o intrinseca degli atti della pubblica amministrazione e defatigando le autorità o le parti col chiamare in una sede che non è quella dalla legge indicata e stabilita". Il collegio si premura poi di affermare che non ripugna alla logica giuridica il postulato di partenza da cui muove la teorica dell'errore scusabile, ovvero che il ricorso portato al giudice incompetente si estingue con la dichiarazione d'incompetenza e solo un ricorso nuovo e diverso può essere utilmente prodotto sempre che vi sia ancora tempo¹⁸⁵.

perché il ricorso possa ritenersi abbandonato" (v. *op. cit.*, 152).

¹⁸⁵ Per la verità sulla base di un argomento esegetico di fondo un po' anacronistico e già scartato dalla dottrina del processo civile. La V sezione reputò infatti nell'occasione che l'art. 5 della l. 7 marzo 1907, transfuso nell'art. 28 del T.U. 17 agosto 1907, n. 638, ove si prescriveva che il ricorso dovesse essere diretto alla sezione giurisdizionale competente, facesse prova sostanzialmente del fatto che l'incompetenza della sezione adita era un vizio essenziale e congenito del ricorso (cfr. più diffusamente la citata motivazione a p. 181-182). La dottrina del processo civile, aveva invece chiarito che la norma dell'art. 35 del c.p.c. del 1865, ove si statuiva che per far valere un diritto la domanda doveva essere rivolta davanti all'autorità giudiziaria competente, non avrebbe in alcun modo potuto significare che la competenza era condizione per la validità dell'atto di citazione, significando solo che il magistrato incompetente non poteva decidere il merito di una controversia. Sul punto, per

Furono poi giudicati inattendibili gli argomenti prospettati dalla difesa del ricorrente, che suggeriva di guardare in via di analogia al trattamento che il legislatore riservava all'incompetenza della sezione nei ricorsi per cassazione¹⁸⁶.

In esito, non riconoscendo alla seconda impugnativa la natura di atto semplicemente di riassunzione, ma crisma di ricorso nuovo, l'atto del Comune di Alesano fu dichiarato tardivo essendo "scaduto ogni maggior termine legale escogitabile dal giorno 7 luglio, in cui la pronuncia d'incompetenza era stata al Comune legalmente intimata". L'irrimediabile tardività avrebbe poi nel caso

tutti, L. Mortara, già in *Appello*, cit., p. 825. Per la contestazione dell'argomento prospettato dal Consiglio di Stato, F. D'Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., 303, ove appunto si considera l'analoga norma del processo civile.

¹⁸⁶ Argomenti sui quali non è qui il caso di trattarsi diffusamente. In sintesi, comunque, gioverà ricordare che la l. 4 giugno 1893, n. 259 dopo aver determinato le materie devolute alla sezione prima penale, attribuendo alla seconda ogni altro ricorso, aveva introdotto il meccanismo per risolvere la questione della competenza dell'una o dell'altra sezione dando alle sezioni unite in camera di consiglio il compito di statuire sulla competenza. Similmente, con la l. 12 dicembre 1875, n. 2837 e con il r.d. 23 dicembre 1875, n. 2852, in tema di ricorso in materia civile, la questione della competenza delle sezioni di cassazione romane, esclusiva in alcune materie, si risolvette attribuendo alle sezioni unite il compito di stabilirla. Con ciò la legge avrebbe dimostrato di reputare perfettamente valido ed efficace il ricorso proposto alla sezione sbagliata. Per la V sezione, tuttavia, questi argomenti deporrebbero invece proprio nel senso contrario in materia di contenzioso amministrativo, perché con le riforme del 1907 il legislatore non avrebbe invece previsto un meccanismo analogo per risolvere la questione del c.d. conflitto latente di competenza, curandosi solo di attribuire alla plenaria il compito di risolvere conflitti di competenza, positivi o negativi, o al più nascenti dall'aver incardinato la stessa causa o cause connesse presso entrambe le sezioni. Nel caso invece fosse semplicemente sollevata questione di competenza della sezione, in via d'eccezione o d'ufficio, era questa a doverla dichiarare senza che la legge avesse espressamente previsto alcun potere di rinvio all'altra. In arg. si rinvia alla disamina critica compiuta da F. Cammeo, *La efficacia di un ricorso al consiglio di Stato diretto ad una sezione incompetente*, cit., 184 ss; ma si veda pure G. Chiovenda, *Sulla divisione delle magistrature in sezioni*, cit., p. 328 e 331.

dispensato “da ogni indagine sulla scusabilità dell’errore incorso dal Comune”.

Si vedrà qui subito appresso che la dottrina contestò vivamente l’orientamento del Consiglio di Stato sancito da questa sentenza.

Ma prima converrà focalizzare l’attenzione su due aspetti.

In primo luogo bisogna interrogarsi sulle ragioni di un così diffuso confronto, nell’ipotesi sindacata, con la teorica sviluppata da Mortara e risultata oramai “vincente” in tema di impugnazioni civili.

La risposta è piuttosto semplice.

A differenza delle altre ipotesi emerse nel campo del contenzioso amministrativo, l’errore nell’indirizzare il ricorso alla IV piuttosto che alla V sezione del Consiglio di Stato non involgeva un problema di erronea elezione del mezzo di impugnazione. Tale rimaneva, comunque, un ricorso al Consiglio di Stato.

Un secondo ordine di considerazioni riguarda invece la natura dell’istituto dell’errore scusabile come risultante dalla strenua difesa operata in questo specifico ambito dal giudice amministrativo.

Se ben si riflette, il ripudio della soluzione patrocinata dalla magistratura civile, riposa sul convincimento che consentendo alla parte di riassumere il ricorso presso la sezione competente fino al termine di perenzione si sarebbe determinato un allungamento della durata del processo. Il collegio non cade qui nell’equivoco di reputare che quella soluzione avrebbe infirmato la perentorietà del termine per ricorrere né la sua durata. Tutto si accentra sul termine per portare il ricorso da una sezione all’altra.

Tuttavia, la celerità nella definizione della controversia viene nell'occasione vista come un obiettivo insito nel processo amministrativo e funzionale alla tutela dell'interesse pubblico. Che le questioni sulla legittimità del provvedimento devono essere decise velocemente, affinché il provvedimento stesso non rimanga per troppo tempo esposto all'eventuale annullamento del giudice. In questo senso la memoria difensiva del resistente era assai appassionata¹⁸⁷.

La dottrina del tempo contestò in modo decisamente convincente anche questo argomento¹⁸⁸.

¹⁸⁷ A. Codacci-Pisanelli fece infatti rilevare che “la tesi nuova ed audace, anziché corrispondere, come pretende, alle esigenze e ai criteri di speditezza e di semplicità della giustizia amministrativa, rappresenterebbe per essa il grave pericolo enunciato, sin dall'inizio, di poter far rimanere sospesi e quasi in letargo dei ricorsi i quali potrebbero entro tre anni provocare l'annullamento di decisioni e di atti amministrativi non più discussi e talora anche esauriti e dimenticati” (v. *op. cit.*, 155).

¹⁸⁸ Cfr. specialmente, F. Cammeo, *La efficacia di un ricorso al consiglio di Stato diretto ad una sezione incompetente*, cit., 188-189. Al Maestro non poteva sfuggire che, in realtà, questo argomento meritava di essere indagato anche dopo aver dimostrato erronea tutta l'impostazione seguita dalla V sezione, ovvero il ritenere che la questione della competenza fra le due sezioni potesse essere riguardata davvero come questione di concorso fra due distinte giurisdizioni. E l'A. fece osservare che la sollecitudine della procedura non poteva essere ottenuta calpestando il diritto di ottenere giustizia dei reclamanti. Del resto il processo amministrativo già conosceva tutta una serie di decisioni interlocutorie, fossero esse incidentali, istruttorie o ordinatorie della lite che pur ritardavano la sentenza definitiva. E se la retta applicazione di principi del diritto in una col riguardo al diritto della parte suggerivano un ulteriore caso di pronuncia avente natura incidentale, non vi sarebbe stato alcun insopportabile inconveniente. A ciò si aggiungeva la considerazione, tanto da parte di L. Mortara che F. d'Alessio, che l'istituto della perenzione era appunto stato introdotto proprio dal legislatore. E come osservò quest'ultimo, in replica alla posizione perorata da A. Codacci-Pisanelli, la preoccupazione di una dilazione dei tempi della decisione di merito non veniva meno anche abilitando la teorica della sospensione per errore scusabile. Nulla avrebbe infatti impedito al ricorrente che avesse riproposto nuovo ricorso alla sezione competente nel residuo termine salvato dal beneficio della sospensione, di ritardare però per

Tuttavia, esso è assai sintomatico.

Verrebbe in effetti da dire che, paradossalmente, una tecnica di rimedio all'errore apparentemente nata per essere funzionale ad incontrare le esigenze di tutela del ricorrente, sia qui stata eletta dal giudice perché in realtà come più funzionale all'interesse tutelato dal resistente¹⁸⁹.

L'ambiguità, già di per sé insita nella nozione di errore scusabile, si presenta qui sotto una nuova luce.

E – come si avrà modo di rilevare fra poco - questa nuova prospettiva non poteva certo sfuggire a Mortara, che proprio anni prima aveva contribuito a scacciare l'equità dalla porta del giudizio civile.

Per inciso, se si guarda alla fattispecie sindacata dalla V sezione non ci si può astenere dal concludere osservando che le affermazioni generali della V sezione erano pure scarsamente tarate al fatto. Nel caso, portatore dell'interesse pubblico era il ricorrente Comune.

ben tre anni il deposito dell'istanza di fissazione d'udienza. Cfr. F. d'Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., 313 in nota.

¹⁸⁹ Questa sensazione di paradossale applicazione della teorica dell'errore scusabile riceve un preciso e letterale riscontro nella motivazione. Il relatore rammenta che la specialità della giurisdizione amministrativa trae ragion d'essere dal "contemperare entro congrui limiti i rigidi postulati del diritto colle plausibili esigenze dell'interesse pubblico", ma evidentemente dimentica di considerare che, in questo caso, il postulato di diritto disapplicato è quello della validità del ricorso indirizzato alla sezione incompetente.

9. La soluzione della dottrina.

Nel ripercorrere brevemente la tesi della dottrina in merito al ricorso indirizzato alla sezione sbagliata ci si trova di fronte ad una constatazione per certi versi sorprendente.

Si è già detto che alla teorica dell'errore scusabile applicata sul terreno dei rapporti tra magistratura ordinaria ed amministrativa, così come tra giurisdizioni speciali, e financo all'interno del concorso fra mezzi amministrativi e del contenzioso amministrativo, la dottrina più risalente dedicò un'attenzione tutto sommato limitata.

Allo sbaglio nell'indirizzo della sezione del Consiglio di Stato, il magistero dottrinale si applicò invece con profusione.

Chiovenda vi dedicò uno studio. Mortara non poche pagine del suo *Commentario*¹⁹⁰. Cammeo una nota piuttosto estesa, specie se si tien conto della sua abituale concisione. D'Alessio, addirittura, pone la questione al centro di un'intera monografia.

La soluzione data dai primi tre autori ha in realtà molto di comune. Il vizio dell'impostazione data dal Consiglio di Stato starebbe già nel presupposto. La IV e la V sezione non sarebbero affatto due distinte giurisdizioni speciali, né le loro rispettive attribuzioni

¹⁹⁰ Nella edizione successiva alle riforme del 1907 l'A. dedica ampio spazio alla tematica generale del rapporto fra le due sezioni giurisdizionali ed al connesso problema del ricorso a sezione incompetente. Cfr. L. Mortara, *Commentario*, cit., IV ed., 1911, vol. I, 426 ss.

darebbero luogo a questioni di competenza nel senso comunemente proprio di questo concetto¹⁹¹.

In realtà, la ripartizione dei ricorsi all'una e all'altra secondo i dettami degli artt. 22 e 23 della l. 7 marzo 1907 risponderebbe ad una logica del tutto identica a quella che prevede la ripartizione delle cause fra, ad es., diverse sezioni del tribunale ordinario¹⁹². E questa logica risiederebbe unicamente in una distribuzione per ragioni di servizio interno, cioè per meglio assecondare la divisione del lavoro del Consiglio di Stato. L'unica particolarità risiederebbe nel fatto che il criterio di questa distribuzione era dettato direttamente dalla legge¹⁹³.

La giurisdizione, quindi, come pure la competenza nel senso specifico, apparterebbe al Consiglio di Stato, e non ad una sezione piuttosto che all'altra, nello stesso modo che la giurisdizione, ad es., appartiene alla Corte di cassazione e non ad una piuttosto che all'altra delle sue sezioni.

¹⁹¹ Afferma che “non vi è qui una questione di competenza nel senso specifico della parola”, G. Chiovenda, *Sulla divisione delle magistrature in sezioni*, cit., 334.

¹⁹² Sul punto, specialmente, G. Chiovenda, *Sulla divisione delle magistrature in sezioni*, cit., 322 ss. Cfr., nello stesso senso, L. Mortara, *Commentario*, cit., 440, ove peraltro è significativo rilevare che secondo l'A., benché la risoluzione della questione sia eguale a quella da lui dettata per il caso dell'appello al giudice incompetente, il problema del ricorso alla sezione sbagliata non sarebbe costituito dai medesimi elementi, essendo invece più pertinente proprio il parallelo dei rapporti fra diverse sezioni di tribunale.

¹⁹³ Cfr. F. Cammeo, *La efficacia di un ricorso al consiglio di Stato diretto ad una sezione incompetente*, cit., 179 ss., ove si dimostra che nessuna delle ragioni che presiedono all'istituto della competenza, sia essa per materia, valore o territorio possono soccorrere nel caso. L'A. conclude pertanto nel senso che la norma che disciplina questa sorta di competenza “ha carattere di norma di istruzione per il miglior andamento del servizio” e natura tipicamente regolamentare (v. *op.cit.*, 182). Di ragioni di servizio interno parla anche, G. Chiovenda, *Sulla divisione delle magistrature in sezioni*, cit., 334. Cfr. pure, L. Mortara, *Commentario*, cit., 432.

La conclusione che se ne trasse era già nell'assunto.

Il ricorso intestato al Consiglio di Stato, ancorché alla sezione sbagliata, era perfettamente valido e perciò stesso efficace a salvare la parte dalla decadenza¹⁹⁴. Quanto al meccanismo per far transitare il ricorso da una sezione all'altra, Chiovenda lo individua nella riassunzione ad opera della parte più diligente entro il triennio di perenzione¹⁹⁵. Cammeo, non trova questo sistema contrario ad alcun principio, ma, più per ragioni di semplicità, stima di prediligere il rinvio ordinato direttamente dalla sezione che si dichiara incompetente, salvo per la parte l'obbligo di chiedere nuovamente la fissazione d'udienza¹⁹⁶. Mortara è proclive ad ammettere che ciascuna delle parti possa far transitare il ricorso semplicemente formulando istanza di fissazione d'udienza¹⁹⁷. Ora, non ci si poteva certo aspettare altra conclusione in Mortara. Cammeo, per parte sua, rigorosamente imposta la questione cercando di tenersi lontano dal parallelo dell'appello a giudice

¹⁹⁴ Cfr. F. Cammeo, *La efficacia di un ricorso al consiglio di Stato diretto ad una sezione incompetente*, cit., 173, ove la tesi che l'A. si propone di dimostrare viene esposta affermando, tra l'altro, che "se il ricorso è portato a sezione incompetente e questa dichiara l'incompetenza, il giudizio è soltanto irregolare, la causa rimane pendente e basta correggere l'errore" (...) "non si parla più di *sospensione* o di *interruzione di termini*, perché il primo ricorso è valido e produce tutti gli effetti come tale". Cfr. pure L. Mortara, *Commentario*, cit., 440, ove si conclude nel senso che la dichiarazione d'incompetenza della sezione è un provvedimento incidentale che non esaurisce il rapporto processuale.

¹⁹⁵ G. Chiovenda, *Sulla divisione delle magistrature in sezioni*, cit., 335 e 336, ove si rileva che, nel silenzio della legge, la sezione incompetente non può rinviare all'altra.

¹⁹⁶ F. Cammeo, *La efficacia di un ricorso al consiglio di Stato diretto ad una sezione incompetente*, cit., 189-190, ove comunque si chiarisce che unico termine da rispettare per il nuovo ricorso sarebbe quello perenzionale.

¹⁹⁷ L. Mortara, *Commentario*, cit., 444.

incompetente, poiché appunto qui di incompetenza non si tratta¹⁹⁸. Ma, se si legge tra le pieghe del suo contributo, vi è qualche motivo per sospettare che l’A. fosse intimamente convinto della bontà della teorica di Mortara da tempo elaborata su quel terreno¹⁹⁹.

Ad analoghe conclusioni approda però anche Chiovenda, che proprio e ancora nel medesimo scritto – quando forse non aveva ancora maturato appieno il suo fondamentale ripensamento sul ruolo della competenza - coglie il destro per plaudere alle parole

¹⁹⁸ E sarebbe appunto questa, nella logica dell’A. una ragione assorbente per dire che il ricorso è valido.

¹⁹⁹ Cfr. F. Cammeo, *La efficacia di un ricorso al consiglio di Stato diretto ad una sezione incompetente*, cit., rispettivamente nel testo a p. 185-186 e a p. 189-190 in nota y. Nel testo infatti si afferma che “si può comprendere (sebbene si adducano ragioni in contrario) che un reclamo prodotto ad un giudice assolutamente incompetente per motivi di ordine pubblico, si consideri esso pure viziato di così radicale nullità da negarglisi qualunque effetto per far salvo il diritto di reclamare. Ed è precisamente questo l’argomento di coloro i quali ritengono decaduto dal diritto d’appello chi ha appellato a giudice incompetente; o di coloro che soltanto per equità temperano la severità di questo principio con la riserva della sospensione del termine nel caso di reclamo proposto in buona fede”. E l’A. cita appunto Pisanelli per l’opinione dell’assoluta decadenza; Mattiolo per quella che ammette la sospensione. Cammeo poi prosegue ancora affermando come si possa capire “(sebbene anche qui non manchino vivaci obiezioni) che un giudizio d’appello instaurato davanti ad un giudice assolutamente incompetente si consideri come radicalmente viziato per difetto di un presupposto essenziale; che quindi si dice che, dichiarata l’incompetenza e rilevato il vizio, il giudizio è chiuso in modo da non potersi più considerare pendente e di non consentire una riassunzione nel termine fissato per la perenzione”. E a tal uopo cita ancora Mattiolo. Si noti tuttavia che nell’espone queste opinioni Cammeo non manca di segnalare tra parentesi che vi è chi ritiene diversamente. Quando poi prende in esame l’ipotesi ventilata dallo stesso Codacci-Pisanelli, che intravede nell’articolo 17 del regolamento di procedura (che appunto consentiva di dare un termine per rinnovare il ricorso ai fini di correggerne un vizio non implicante radicale nullità) la scappatoia per consentire alla sezione incompetente di fissare un termine per la riproduzione del ricorso a quella competente, Cammeo però replica che “il difetto organico di tale sistema è che, come è dimostrato dal Mortara, *op. e vol. cit.*, n. 187, e dal Siciliani, *op. cit.*, n. 13, l’essere diretto ad autorità incompetente non è un vizio del ricorso (o dell’atto d’appello ecc.) ma un vizio del processo e quindi non infirma il ricorso, come dichiarazione di

della stessa V sezione, nella parte in cui stimano che l'incompetenza del giudice renda in radice inefficace pure l'impugnazione²⁰⁰. Solo, appunto, che nel caso non si sarebbe potuto trattare di incompetenza.

Molto più originale o quantomeno interessante ai fini della presente indagine è invece la tesi di d'Alessio.

L'A. conclude infatti nel senso che la IV e la V sezione darebbero vita a due giurisdizioni distinte ed autonome, tanto da affermare che essenzialmente costituiscono due distinte magistrature²⁰¹. Sicché, a suo modo di vedere, la soluzione del quesito in merito alla sorte del ricorso male indirizzato adottata dai primi tre autori sarebbe erronea nell'impostazione.

Secondo d'Alessio, di contro, gli effetti del ricorso presentato alla sezione sbagliata, non sono e non sarebbero potuti "esser diversi dagli effetti del ricorso presentato a qualunque giudice incompetente, la giurisdizione, del pari che fra due giudici diversi, essendo distinta e propria di ciascuna delle due sezioni"²⁰².

volontà della parte". Evidentemente l'A. inclinava più a condividere la tesi di Mortara che non quella dei suoi detrattori.

²⁰⁰ G. Chiovenda, *Sulla divisione delle magistrature in sezioni*, cit., 320 ss. Come già segnalato, questo contributo è del 1909 ma fu ripubblicato con aggiornamento normativo nel 1930. Lo studio sulla litispendenza è invece dell'anno successivo.

²⁰¹ F. d'Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., 161 ss. In buona sostanza questa conclusione farebbe leva sull'inconciliabile distinzione che vi è tra la funzione del sindacato di sola legittimità, esercitato dalla IV, e del sindacato anche sul merito, esercitato dalla V. Quest'ultimo, secondo l'A., nella prospettiva di analisi anche evolucionista del diritto, sarebbe stato destinato ad un organo essenzialmente amministrativo. Per la decisa affermazione che si tratta di due magistrature distinte, cfr. ad es., *op. cit.*, 279.

²⁰² F. d'Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., 280.

Sicché dopo aver esaminato l'evoluzione del pensiero della dottrina civile in tema di appello al giudice incompetente²⁰³, e prestato adesione alla impostazione data su quel terreno da Mortara²⁰⁴, d'Alessio essenzialmente la amplifica e adatta alla questione del ricorso presentato alla sezione incompetente. Che anzi, è interessante osservare che per l'A. vi sarebbe assoluta omogeneità fra la questione della citazione a giudice incompetente, del ricorso a giudice incompetente e dell'appello a giudice incompetente²⁰⁵.

In sintesi, e senza scendere nei particolari, d'Alessio teorizza la permanenza in vita (esistenza) del rapporto processuale pur dopo la declaratoria di incompetenza che solo ne condizionerebbe lo svolgimento²⁰⁶. Nel caso specifico, il ricorso alla sezione sbagliata

²⁰³ F. d'Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., 287 ss.

²⁰⁴ Cfr. F. d'Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., 299 ss.

²⁰⁵ Cfr. F. d'Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., in partic. 302, ove si afferma che il problema va affrontato considerando i seguenti punti: "a) Se la competenza del giudice invocato sia o pur no un requisito essenziale per la validità della citazione, o del ricorso o dell'appello che sia; b) se, esistendo una citazione o un ricorso o un appello, per tal modo validi, possa ritenersi istituito efficacemente un rapporto processuale, che, indipendentemente dalla competenza del giudice adito, attribuisca all'attore o ricorrente od appellante il diritto ad ottenere una decisione sul merito della domanda". L'interesse di questo modo di impostare il tema risiede anche nell'includere pure la citazione al giudice incompetente di primo grado accanto al caso del ricorso al giudice amministrativo e dell'appello. Non a caso d'Alessio rammenta pure la tesi chiovendiana che era per l'inefficacia della domanda al giudice incompetente a costituire un rapporto processuale (v. op. cit., 304). Tuttavia è da notare che l'A. poi perde un po' di vista proprio questa prima ipotesi. Abilita infatti la tesi della permanenza del rapporto processuale pur dopo l'affermazione dell'incompetenza del giudice adito come fosse un postulato generale, ma poi non istituisce un serrato confronto con la tesi allora imperante sul terreno del processo civile di primo grado che era per l'invalida costituzione del rapporto processuale, insistendo in realtà su argomenti che erano stati utilizzati per il caso dell'appello.

²⁰⁶ In realtà l'A. cerca di dimostrare che il sorgere della questione di competenza darebbe vita ad una questione preliminare ovvero ad una fase preliminare del giudizio, che sospende il processo sino alla decisione sulla competenza stessa. Risolta questa fase nel senso dell'incompetenza, rimarrebbe alla domanda la forza dinamica di spingere il rapporto verso la via giusta per

sarebbe stato pienamente valido ed efficace al fine di attribuire al ricorrente il diritto ad ottenere una decisione nel merito. Non avrebbe quindi avuto alcun senso parlare di nuovo ricorso da presentare alla sezione competente. Il ricorso era uno e uno solo, da presentare entro il termine di decadenza solo che il suo svolgimento doveva aver luogo entro il termine di perenzione. Il meccanismo per far transitare la causa era dunque la domanda di fissazione d'udienza, da rinnovare – dopo la decisione di incompetenza – alla sezione competente entro il termine perenzionale²⁰⁷.

Per altro è certamente notevole rilevare che, entro questa impostazione, una volta stabilito che anche l'adempimento del deposito del ricorso presso la segreteria non era atto da rinnovarsi, l'A. incidentalmente osserva che – trascorsi i termini perentori stabiliti dalla legge – la posizione reciproca delle parti nel giudizio doveva ritenersi definitiva e immutabile²⁰⁸.

A corredo della sintetica esposizione della teoria di d'Alessio due cose vanno evidenziate.

giungere alla realizzazione del fine, che è la decisione sul merito (v. *op. cit.* 307 ss). Ovviamente, d'Alessio si espone così alla critica che, con lui opinando, si finirebbe per abilitare l'inammissibile idea che la domanda dà contemporaneamente vita a due rapporti processuali (presso il giudice incompetente e presso quello competente) oppure che il primo di questi in realtà non c'è, quando invece si constata che esiste e si esaurisce. In arg. G. Scaduto, *op. cit.*, 759-760.

²⁰⁷ Per queste conclusioni cfr. F. d'Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., 322-323, ma anche 312-313.

²⁰⁸ Cfr. F. d'Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., 320, ove si chiarisce che se il deposito non è atto da rinnovare non sarà ad es. possibile al controinteressato proporre un ricorso incidentale non proposto prima, mentre questa possibilità non potrebbe escludersi se l'atto di deposito fosse da considerare inefficace in virtù della declinatoria di competenza. Non è il caso di intrattenere ora sulla questione, che del resto dovrà essere trattata più avanti, ma l'intuizione del problema delle preclusioni processuali è notevole.

In primo luogo anche quest'autore – sulla scia di Mortara - esprime, ben oltre l'ipotesi dello sbaglio nella sezione, un generale disappunto per la teorica della scusabilità dell'errore propugnata dal giudice amministrativo.

Un rimedio basato sull'equità sarebbe contrario al carattere giurisdizionale della giustizia amministrativa ed incompatibile col diritto processuale²⁰⁹.

Insomma, anche qui si percepisce un evidente sentimento di inferiorità scientifica fra la teorica della scusabilità e l'approccio della processualcivilistica.

Infine, vi è da chiedersi se il sostrato che sta alla base della soluzione edificata da d'Alessio sia, nel pensiero di costui, ristretto al caso di erroneo indirizzo del ricorso alla sezione. O, diversamente, debba estendersi anche alle ipotesi di erronea elezione del giudice civile, o di altra giurisdizione speciale, in luogo dell'amministrativa e viceversa.

In verità l'A. non tratta di queste ipotesi, ma da un passaggio non coltivato – e poco chiaro - si deve desumere che fosse decisamente propenso al contrario²¹⁰.

²⁰⁹ Si legga F. d'Alessio, *Rapporti e conflitti*, p. da 296 a 298.

²¹⁰ Cfr. F. d'Alessio, *Rapporti e conflitti*, cit., 305. Dopo aver introdotto il quesito della vitalità del rapporto processuale, infatti, si specifica che “è chiaro intanto che qui si parla d'incompetenza nel senso più ristretto di difetto di attribuzione in una sezione in confronto dell'altra, non già nel senso più largo di assoluto difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato o magari di qualsiasi altro organo giurisdizionale. Che, quando di questa più larga incompetenza si trattasse, la questione, che ci occupa, non potrebbe nemmeno presentarsi, perché allora non si tratterebbe di un errore nella direzione del ricorso, bensì di un'assoluta inammissibilità del ricorso avanti entrambe le sezioni”. La difficoltà di decifrare il pensiero che sta sotto a questa breve affermazione dipende, ovviamente, dall'aver accomunato il caso del difetto assoluto della giurisdizione di qualunque giudice e del difetto della giurisdizione del (solo) Consiglio di Stato.

Tuttavia una considerazione finale non va oscurata.

D'Alessio – a torto o a ragione qui nulla conta – vedeva nelle sezioni del Consiglio di Stato due giurisdizioni funzionalmente distinte. Eppure questo *solo* motivo non gli impediva di teorizzare la trasmigrazione del ricorso da una all'altra.

10. La critica di Mortara alla teorica dell'errore scusabile come elaborata dal Consiglio di Stato.

Se la tesi espressa da Mortara in ordine al ricorso indirizzato alla sezione sbagliata non stupisce più di tanto negli esiti e nelle premesse, che egli condivide con Cammeo e Chiovenda, decisamente più interessanti sono le parole che l'A., proprio muovendo da questa fattispecie, dedica alla teorica dell'errore scusabile così come elaborata ed applicata dal Consiglio di Stato.

Nell'edizione del *Commentario* successiva alle riforme del 1907 ed alla sentenza della V sezione del 1909 più sopra analizzata, l'A. non resiste all'invito di elevare una radicale critica a detta teorica²¹¹. Critica, condotta con linguaggio veramente sferzante, che si dipana ben oltre l'ipotesi di errore sulla sezione per poi giungere a lambire la questione che, ai fini qui disputati, è veramente centrale.

Ma occorre procedere con ordine.

²¹¹ Si veda con attenzione, L. Mortara, *Commentario*, cit., IV ed., 1911, vol. I, da p. 446 a p. 450. Per inciso gioverà constatare che le parole dell'A. che si andranno qui riferendo nel testo risultano immutate anche nella successiva ed ultima edizione del *Commentario*, quella del 1923. Cfr. L. Mortara, *Commentario*, V ed. (corrispondente alla IV per i volumi successivi), 1923, Milano, vol. I, p. da 446 a 450.

Sindacando l'atteggiamento del Consiglio di Stato in ordine al tema del ricorso indirizzato alla sezione sbagliata, Mortara inizia col rilevare che la nozione di rapporto processuale è qui decisiva, mentre il giudice amministrativo l'avrebbe soverchiamente trascurata.

Che se invece questa nozione fosse stata tenuta in debito conto “essa avrebbe impedito di ripetere, in forma piuttosto autoritaria e non affatto giuridica, la massima *di equità* che la proposizione del ricorso ad un ufficio incompetente sospende il corso del termine perentorio”. Rileva infatti l'A. che “questa massima era stata accolta, in ben diverso aspetto e con tutt'altre conseguenze, dalla quarta sezione, e i giuristi non avevano avuto motivo di censurarla, avanti la riforma del 1907, poiché allora la si riferiva al caso di un ricorso gerarchico proposto per errore scusabile invece di quello contenzioso”.

Ora, come si è ampiamente mostrato in questa sede, la piega da cui Mortara muove il discorso è storicamente inesatta. Nondimeno è illuminante l'idea ove va subito dopo a parare. “Il ricorso gerarchico non istituisce rapporto giuridico processuale, e l'equità poteva temperare il rigore della sanzione pendente sul capo del ricorrente per la proposizione del ricorso fuori di termine”. Ma una soluzione impostata sull'equità diverrebbe illegittima ed arbitraria se trasportata sul terreno delle due sezioni.

“Il ricorso a una sezione istituisce un rapporto giuridico, cioè conferisce un diritto processuale a ciascuno dei soggetti che vi partecipano; e il giudice non può conculcare il diritto in nome dell'equità. Se fosse vero che a rigore di legge la dichiarazione

d'incompetenza consuma l'istanza, il consiglio di stato commetterebbe un eccesso di potere censurabilissimo attribuendole una sopravvivenza, o una nuova fase di esistenza, incompatibile col diritto acquisito dall'altra parte in causa; la quale parte, si noti, può essere una parte privata". Secondo l'A. in realtà il rimedio equitativo in origine rifletterebe il convincimento dello stesso Consiglio di Stato di non esercitare giurisdizione, ma piuttosto una funzione d'indole amministrativa. Superata questa incertezza, l'equità non potrebbe più avere alcuno spazio.

Nella questione disputata, la teorica della sospensione del termine sarebbe quindi in linea di diritto insostenibile ed errata, e ancor "più erroneo e pericoloso il farne dipendere l'applicazione da un giudizio subbiiettivo del magistrato circa la scusabilità dell'errore, potendosi convertire la invocata equità in reale iniquità e in vero diniego di giustizia. Nessun giurista opina diversamente; e la stessa giurisprudenza del consiglio di stato, richiamandosi all'equità, confessa di trovarsi fuori dall'orbita del diritto".

Fatta questa premessa Mortara incalza nel tono e generalizza la critica.

"Seduce, in generale, l'invocazione dell'equità massime quando ha luogo nei rapporti fra il potere costituito e i soggetti privati. Pur troppo le applicazioni nel campo giurisdizionale si dimostrano quasi sempre fallaci, poiché di regola l'esercizio della giurisdizione è subordinato all'osservanza delle leggi. Il consiglio di stato, in nome dell'equità, ha cominciato dal concedere che il ricorso gerarchico male proposto sospenda il termine per proporre quello contenzioso, nell'intento di agevolare l'esercizio della giustizia

amministrativa a rimedio di errori o arbitrii delle autorità. Quando si trovò innanzi a casi particolari nei quali non pareva equa siffatta agevolazione ricorse alla indagine sulla scusabilità dell'errore; e negandola in singole specie costrinse l'equità a dare responsi difformi secondo l'apprezzamento subbiiettivo dei giudicanti.”

11. Il raffronto con la decisione della IV sezione, 21 maggio 1909.

A questo punto, a dimostrazione degli esiti arbitrari cui condurrebbe la teorica dell'errore scusabile Mortara raffronta la soluzione data dal giudice amministrativo nella sentenza del febbraio 1909 in merito all'erronea elezione della sezione con una decisione dettata dalla IV sezione pochi mesi dopo sindacando un caso di erronea invocazione del giudice civile.

Per comprendere meglio il pensiero di Mortara conviene però dir qualcosa in ordine a questa interessante pronuncia sulla motivazione della quale l'A. in effetti non si intrattiene²¹².

In fatto, la società delle strade ferrate secondarie meridionali, società privata concessionaria di ferrovie, ebbe a licenziare un dipendente in data 13 aprile 1907. Costui citò avanti al tribunale di Napoli la società il giorno 23 dello stesso mese. Tanto il tribunale, quanto la corte d'appello ritennero la causa di competenza della

²¹² Si tratta di Consiglio di Stato, sez. IV, 21 maggio 1909, in *Giur. it.*, 1909, III, 448 con nota di F. Cammeo, *La competenza giudiziaria su rapporti fra concessionari di pubblici servizi e loro impiegati*. Cammeo, tuttavia, non esamina il profilo relativo alla concessione del rimedio dell'errore scusabile, analizzando esclusivamente il problema se spetti alla giurisdizione del Consiglio di Stato conoscere dei rapporti fra concessionari e dipendenti.

magistratura civile. Avvenne però che la cassazione a sezioni unite dichiarò l'incompetenza del giudice ordinario, con sentenza del 27 giugno 1908. Risulta dalla motivazione del Consiglio di Stato, tuttavia, che detta sentenza declinatoria della competenza venne dalla cancelleria della suprema corte rilasciata al privato in data 18 luglio 1908. L'impiegato ricorse alla IV sezione in data 22 agosto 1908.

Per dichiarare ricevibile il ricorso, la IV sezione opinò che i cinquanta giorni utili al ricorrente (una volta detratti i dieci giorni trascorsi tra il licenziamento e la citazione avanti al tribunale) andassero computati non dalla pubblicazione della sentenza della cassazione, ma dal rilascio della copia autentica siccome equivalente a tal fine alla notificazione della sentenza (della quale notificazione nulla risultava agli atti della causa in Consiglio di Stato). Giudicando pertanto sospeso il termine per ricorrere durante l'arco di tempo che andava dalla citazione al rilascio della copia della sentenza cassatoria ne risultava che il ricorrente aveva agito avanti al giudice amministrativo tempestivamente.

Peraltro, il Consiglio di Stato non spese molte parole per acclarare la scusabilità dell'errore in cui era incorso il privato, che, nel caso, sarebbe stata dimostrata dal fatto che la via della giurisdizione ordinaria era stata ritenuta legittima tanto dal tribunale che dalla corte d'appello.

Tuttavia la società ferroviaria eccepì che, “stante la differenza formale e sostanziale fra il giudizio promosso davanti all'autorità giudiziaria e quello che ora si agita, la benevola giurisprudenza della IV sezione non possa nella specie applicarsi”. Nella sostanza

il resistente eccepì che la regola della sospensione del termine non potesse applicarsi, avendo la controparte agito avanti al giudice civile non chiedendo l'annullamento o la revoca del licenziamento, ma la dichiarazione di lesività dell'atto ed il risarcimento del danno. Sosteneva quindi la società "che per potersi applicare la benigna giurisprudenza, cui innanzi si è accennato, occorre che, pur sperimentandosi l'azione innanzi all'autorità giudiziaria, si tratti dell'*eadem actio* e dell'*eadem quaestio*".

Per rigettare questa singolare doglianza, la IV sezione oppose che "se per l'applicazione della nota giurisprudenza si dovesse richiedere l'*eadem actio*, come pretende la Società, la giurisprudenza stessa mai avrebbe potuto formarsi ed applicarsi, essendo vano ricercare una identità di azione tra due procedimenti, l'amministrativo ed il giudiziario, che sono sostanzialmente diversi e per la forma e per la tendenza". Peraltro, per quanto invece attinente all'*eadem quaestio*, la motivazione del Consiglio di Stato osservò che nel giudizio introdotto avanti al giudice civile, l'impiegato ebbe a formulare ed ad insistere nella richiesta che il provvedimento di licenziamento fosse dichiarato inesistente per incompetenza, nullo in rito ed iniquo nel merito, tanto ciò vero che la Società proprio si lamentò del fatto che l'autorità giudiziaria sarebbe stata incompetente su di una richiesta di annullamento e revoca del provvedimento. Sicché, a parere del collegio, nemmeno sarebbe stato possibile dubitare "della identità della questione proposta dapprima innanzi al giudice ordinario con quella che attualmente si agita in questa sede".

Ponendo mente a queste due pressoché coeve decisioni Mortara rileva che “nel caso del ricorso alla quarta sezione invece che alla quinta, la tesi dell’effetto sospensivo fu contrapposta a quella della vitalità del rapporto processuale per non ammettere ad esame presso la sezione competente il ricorso, dicendosi già consumato il residuo del termine che era rimasto sospeso. Così invece di agevolare l’esercizio della giustizia amministrativa, questa volta l’equità servì a sbarrarle la via. Si addusse a scusa, come accennai, lo *spirito* della legge del 1907, che si disse consistere nell’acceleramento del processo, e perciò incompatibile col rispetto del termine di perenzione che fu stabilito propriamente dalla stessa legge. Vi è però motivo di dubitare che codesto *spirito* manchi di luce ferma e costante; infatti, a brevissimo intervallo il consiglio di stato, sempre in nome dell’equità, giudicò avere un’azione civile ordinaria istituita per la riparazione degli effetti di un atto pseudo-amministrativo interrotto il termine per proporre ricorso alla quarta sezione; e largheggiando nel calcolo della sospensione, non volle nemmeno considerarne cessati gli effetti dalla pubblicazione della sentenza della corte di cassazione a sezioni unite, che dichiarando incompetente l’autorità giudiziaria aveva esaurito in modo assolutamente definitivo il processo in quella sede, senza che per tale effetto ne occorresse la notificazione. Niente impedisce, con tali criteri, di ammettere che un ricorso alla quarta o alla quinta sezione sia proposto dopo dieci o venti anni dalla data del provvedimento che si impugna, ben potendo durare per altrettanto tempo il giudizio avanti i tribunali, o restare non eseguita la spedizione o la notificazione della sentenza dichiaratrice della loro

incompetenza. Forse allora l'equità troverebbe di nuovo la scappatoia dell'errore non scusabile per ricusare la sua indulgente protezione al tardivo ricorso?"

In disparte la *querelle* sulla decorrenza del termine rimasto sospeso, quando la declinatoria provenga dalla corte di cassazione, Mortara ha quindi buon gioco nel censurare l'incongruenza a cui si prestava un rimedio basato sull'equità. Usato in realtà per denegare tutela al ricorrente se applicato ai rapporti fra quarta e quinta sezione contrapponendo imprescindibili esigenze di celerità nella definizione giudiziaria della lite. Esigenze che però subito dopo venivano totalmente dimenticate ammettendo il tardivo ricorso di colui che si era a torto rivolto al giudice civile.

12. Il suggestivo passo di Mortara sull'erronea elezione del giudice civile in luogo del Consiglio di Stato.

Ma è proprio esaminando questa seconda fattispecie che il ragionamento di Mortara si fa assai intrigante.

A parere dell'A., infatti, la soluzione dettata dal Consiglio di Stato sarebbe affetta da gravissimo errore. Qui più che altrove le parole di Mortara meritano di essere integralmente riportate.

“Fra l'azione giudiziaria e il ricorso in sede di giustizia amministrativa non vi è nesso giuridico che legittimi la tesi della sospensione del termine per il ricorso in virtù e per effetto di una citazione. Non vi è nesso *subbiiettivo*, come non vi è nesso obbiiettivo. Tutt'alpiù, nell'aspetto subbiiettivo, è permesso dire che un qualunque reclamo, per quanto irregolare, rivela il malcontento

dell'interessato. Ma non basta. L'efficacia giuridica di un atto dipende dal contenersi alcun requisito d'idoneità per tale o tal altro fine; nella specie, per lo meno, converrebbe dimostrare che esso contenga, anche per implicito, la espressione della volontà di ricorrere al giudice competente, pur essendo indirizzato ad uno incompetente. Ciò non è. L'azione giudiziaria non è vincolata a nessun termine; è dunque per semplice accidentalità che la si promuove un giorno prima o un giorno dopo la scadenza del termine stabilito per il ricorso contenzioso amministrativo. Bene si intende che colui il quale è deciso di tentare ogni via per l'impugnazione del provvedimento, ricorra prima al consiglio di stato, riserbandosi di ricorrere all'autorità giudiziaria qualora sia pronunciata l'incompetenza di quello. L'inverso non è razionale, appunto perché un termine perentorio vincola solo la proposizione del ricorso al consiglio di stato, e l'interessato *non può porre a base della sua riserva mentale la consapevolezza dell'effetto sospensivo legale di una domanda proposta in sede incompetente*, essendo codesto un beneficio concesso dall'equità, cioè dall'arbitrio, del consiglio di stato, nell'ipotesi di errore scusabile; questo evidentemente mancherebbe (e con esso la sospensione verrebbe meno) nel caso di preconcetta riserva mentale, inconciliabile coll'involontarietà dell'errore; senza dire che cotale arbitrio del consiglio di stato è soggetto alla naturale defettibilità di ogni massima di giurisprudenza. Nell'aspetto *obbiettivo*, poi, l'assenza di ogni nesso è intuitiva, perché la domanda che si propone avanti l'autorità giudiziaria è sempre diversa da quella per cui si adisce il consiglio di stato; da questa diversità ha ragione la coesistenza dei

due organi giurisdizionali, altrimenti inconcepibile. Ora se la domanda è diversa, non corrisponde neppure a verità materiale la tesi della sospensione. Il rapporto processuale che si esaurisce con la dichiarazione di incompetenza dell'autorità giudiziaria non potrebbe propaginarsi nella sede della giustizia amministrativa, tale quale, senza soggiacere anche colà al medesimo giudizio d'incompetenza. E se l'incompetenza giudiziaria avesse motivo dall'essersi chiesto la revocazione o l'annullamento dell'atto (che è competenza del consiglio di stato) sottentrerebbe la non scusabilità dell'errore per eliminare a priori qualsiasi possibile indagine circa la sospensione, non potendovi essere errore scusabile di fronte alla chiara e precisa disposizione dell'art. 4 della legge 20 marzo 1865, allegato E.”

Al termine di questo ragionamento, l'A. torna in un certo qual modo all'ipotesi di partenza: “se la più corretta intelligenza dei principii giuridici dovrà prevalere nelle future decisioni del consiglio di stato, parmi ragionevole attenderne anche il ripudio della tesi dell'effetto sospensivo di un ricorso gerarchico viziato d'incompetenza. Basterà che si renda più solida e precisa, come dicevo dianzi, la nozione del suo ufficio giurisdizionale, perché il consiglio di stato comprenda di non poter confondere l'indole della propria attività con quella dell'amministrazione e di dover attribuire effetto utile, nei riguardi dell'attività propria, solamente alle manifestazioni di volontà idonee a costituire un rapporto processuale, il cui oggetto debba essere sottoposto alla sua giurisdizione”²¹³.

²¹³ L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. 448-449-450 con corsivi dell'A.

Ora, l'ampio passo appena riportato riflette evidentemente un pensiero che si può a buon diritto reputare ad un tempo oscuro ed illuminante.

Per penetrarne – per quanto possibile - il significato sarà utile rammentare che, al tempo in cui Mortara scrive, la regola del rimedio all'errore scusabile era ristretta all'effetto della sospensione del termine.

Ancor più utile è ammettere una provocazione: in qualche punto l'argomentare sembra incongruente, e in effetti probabilmente lo è. Tuttavia, molte delle perplessità sollevabili svaniscono se si accetta un dato.

Mortara scrive per contestare l'applicabilità al caso della teoria della sospensione per errore scusabile, ma sottotraccia pensa anche (e forse soprattutto) a esaminare la fattispecie alla luce del principio della continuazione del rapporto processuale. In altre parole, pensa alla *translatio iudicii*.

In realtà l'ipotesi sindacata davvero dall'A. si riduce ovviamente ad una. E' il caso di colui che agisca erroneamente con citazione davanti al giudice ordinario, ma entro il termine breve per ricorrere al Consiglio di Stato.

Ora, è ben chiaro che quando l'A. taccia siffatta condotta come affetta da stato di riserva mentale pensa appunto alla teorica della scusabilità dell'errore, non ravvisabile in un comportamento che dimostrerebbe la consapevolezza di invocare un giudice incompetente.

Ma quando in esordio al ragionamento afferma che non basta un qualunque reclamo, e cioè la manifestazione del malcontento

dell'interessato, in realtà sta pensando a ben altro. Tanto vero che prosegue dicendo che l'efficacia giuridica di un atto dipende dal contenere requisiti idonei ad un fine piuttosto che all'altro²¹⁴.

Ma è sul versante del profilo oggettivo delle due azioni che si rivela la considerazione più interessante.

L'A. rammenta che fra la domanda che si propone in sede civile e quella che si propone avanti al consiglio di stato vi è sempre una differenza di oggetto, ed è appunto questa differenza oggettiva che giustifica la presenza di due giurisdizioni.

Quando però dichiara che, stante questa diversità non corrisponde a verità materiale la tesi della sospensione e subito appresso afferma che il rapporto processuale che si esaurisce con la dichiarazione d'incompetenza dell'a.g.o. non potrebbe propagginarsi avanti al giudice amministrativo tale quale, si sarebbe in effetti tentati dal concludere che Mortara poco conosce dell'essenza e della portata del rimedio dell'errore scusabile.

Pur non negando che nella prosa vi è un'evidente confusione di piani, la verità è che, al contrario, l'A. sta riflettendo di altro. Ciò che davvero Mortara qui si domanda è se vi possa essere continuità del rapporto processuale. La nega, appunto, perché l'oggetto della domanda è necessariamente diverso.

²¹⁴ Certo, l'affermazione dello stesso Mortara che nella fattispecie occorrerebbe dimostrare che la citazione contenga per implicito la manifestazione della volontà di ricorrere al giudice competente, pur essendo indirizzata al giudice incompetente è difficilmente intelligibile. Ma è ben più importante osservare che proprio a corredo di detta affermazione l'A. in nota specificò che “nella efficacia giuridica di una legittima manifestazione della volontà sta la genesi del rapporto processuale” (v. *op. cit.*, 449 nota 1). E' allora assai verosimile sospettare che l'interrogativo che si presenta alla mente di Mortara è se la citazione avanti al tribunale è idonea a fondare un rapporto processuale che poi continui per effetto del ricorso al consiglio di stato.

Ma a Mortara non poteva sfuggire che l'ipotesi teoricamente più delicata risiede nell'eventualità che la parte abbia chiesto al giudice civile l'annullamento del provvedimento, ossia quella stessa domanda che invece doveva e ora va chiedendo al consiglio di stato. Ed è veramente notevole che lo stesso A. qui non trovi di meglio che rilevare come sottentrerebbe la non scusabilità dell'errore, non potendo sorgere equivoco sulla portata dell'art. 4 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo.

Certo, Mortara è ben lontano dal dire che in questo caso si può accreditare la continuazione del rapporto processuale. Tuttavia è forte il sospetto che il dubbio si sia presentato alla mente dell'A. in termini fortemente problematici. E non poteva che essere altrimenti per chi appunto voleva concludere in linea generale affermando che il Consiglio di Stato avrebbe dovuto attribuire effetto utile alla manifestazione di volontà idonea a costituire un rapporto processuale il cui oggetto debba essere sottoposto alla sua giurisdizione²¹⁵.

²¹⁵ Vale la pena di osservare che l'evidenziata confusione di piani che traspare dal passo di Mortara si riverbera in altro autore che lo legge per dirimere la questione del ricorso al giudice amministrativo in luogo di quello gerarchico. Secondo B. Liuzzi, *op. cit.*, 341-342, prima dell'introduzione della rimessione in termini operata dalla l. 8 febbraio 1925, la sospensione del termine per errore scusabile non si potrebbe applicare in questo caso perché "qualora l'errore investa anche il mezzo di ricorso, quelle considerazioni di equità che sono a base dell'istituto della sospensione del termine incontrano gravi difficoltà. La circostanza che si dovrebbe non tanto far proseguire davanti all'autorità competente un ricorso di cui (...) la legge ammette il principio, quanto far esperire un nuovo mezzo di ricorso oppone un ostacolo insuperabile. In questo senso vanno in particolare ricordate le considerazioni di Mortara (Comm., I, n. 301)". E' evidente che questo A. è indotto dalle equivoche parole di Mortara a confondere la teoria della continuità del rapporto processuale (che trova ostacolo nella differenza del mezzo esperito ma non abbisogna della scusabilità dell'errore) con il rimedio della sospensione per errore scusabile che, perlomeno nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, proprio per gli errori che cadono

Del resto, e per concludere sul punto, la fattispecie da cui Mortara prende le mosse era emblematica ed assai istruttiva.

Non solo la motivazione della sentenza del Consiglio di Stato rendeva conto della identità della questione erroneamente promossa al giudice civile.

Ma il problema della spettanza ad una piuttosto che all'altra giurisdizione a conoscere della legittimità del licenziamento dipendeva in realtà non tanto dall'oggetto della domanda, quanto dall'equiparare o meno la società privata concessionaria della ferrovia ad una pubblica amministrazione²¹⁶.

13. La sentenza della IV sezione, 26 luglio 1932 – De Santis c. Ferrovie dello Stato. L'introduzione della regola della rimessione in termini.

Si può a buon diritto affermare che la disciplina del rimedio dell'errore scusabile elaborata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato ricevette una stabile definizione in virtù di un'altra storica decisione della IV sezione, del 26 luglio 1932, nota come sentenza De Santis²¹⁷. Con questa sentenza, infatti, il giudice amministrativo non solo ridefinì con magistrale chiarezza il ruolo di questo istituto all'interno di un più ampio contesto sistematico, ma delineò, si

anche sul mezzo fu elaborata. Sul significato attribuito quindi da Liuzzi alla l. 8 febbraio 1925, cfr. qui oltre § 13 in nota.

²¹⁶ Come lucidamente evidenziato da F. Cammeo, *La competenza giudiziaria su rapporti fra concessionari di pubblici servizi e loro impiegati*, cit., che conclude invece per la giurisdizione del giudice ordinario.

²¹⁷ Si tratta di Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 1932, Rel Malinverno, De Santis c. Ferrovie dello Stato, in *Giur. it.*, 1933, III, 1, con nota di F. Cammeo ed in

direbbe una volta per tutte, i criteri per accertare il carattere della scusabilità dell'errore ed i profili applicativi più strettamente legati al modo di operare dell'errore sul termine.

Prima di attardarsi sul contenuto della decisione è doverosa una premessa. Il contesto normativo con cui il giudice si trovò nell'occasione a fare i conti era infatti fortemente mutato.

Con la legge 8 febbraio 1925, n. 88, intervenendo a modifica degli artt. 34 e 36 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, il legislatore elevò a precetto positivo l'istituto creato dalla giurisprudenza in due serie di ipotesi.

L'art. 34, come noto, una volta stabilito che il ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non era ammesso se non contro provvedimenti definitivi, ebbe a concedere al giudice "la facoltà dell'assegnazione di un breve termine per riprodurre all'autorità gerarchica competente il ricorso proposto, per errore ritenuto scusabile contro provvedimenti non definitivi".

L'art. 36, su tutt'altro versante, dopo aver stabilito che nel termine di 60 giorni il ricorso al Consiglio di Stato doveva essere notificato tanto all'autorità dalla quale è emanato l'atto o il provvedimento impugnato, quanto alle persone, alle quali l'atto o il provvedimento direttamente si riferisce, fece salva "la possibilità di rinnovare o integrare la notificazione, secondo le norme da stabilirsi col regolamento, nei casi di errore che dalla sezione sia ritenuto scusabile".

Ovviamente solo la prima delle due fattispecie poteva dirsi in qualche modo attinente con il tema del ricorso all'autorità

Foro. It., 1933, III, 72, con nota di G. Giacobelli, *Alcune osservazioni in tema*

incompetente, essendo il rimedio di cui all'art. 36 dettato per risolvere problemi legati, si direbbe oggi, alla instaurazione ed integrità del contraddittorio²¹⁸.

Peraltro, anche limitando l'attenzione alla previsione dell'art. 34 si evince con chiarezza che l'effetto del rimedio sul termine segnava una palese discontinuità con la linea tracciata dalla giurisprudenza, introducendo un accorgimento che nella terminologia corrente venne presto definito come *rimessione* in termini²¹⁹.

di ricorso ad autorità incompetente per errore scusabile.

²¹⁸ Non è questa quindi la sede per disaminare i problemi sollevati dalla disciplina prevista dal citato art. 36, notoriamente aggravati dal fatto che il regolamento previsto da detta norma non fu mai emanato mentre il vigente art. 15 del regolamento del 1907 conteneva una disciplina dell'instaurazione del contraddittorio difficilmente armonizzabile con la legge sopravvenuta. Gioverà però quantomeno ricordare che, in buona sostanza, la norma di legge sembrava precludere alla necessità di notificare a pena di inammissibilità il ricorso all'autorità e a tutti i controinteressati, con il che il rimedio della scusabilità dell'errore sarebbe stato funzionale a verificare se vi erano state plausibili ragioni per giustificare un contraddittorio non completamente integro sin dall'inizio. Il precedente art. 15 del regolamento, di contro, era chiaramente nel senso che il ricorso doveva notificarsi a pena di inammissibilità all'autorità e almeno ad uno dei controinteressati, deducendosi quindi che l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri era sottratta ad una valutazione sulle ragioni dell'omessa notifica. Probabilmente, l'interpretazione migliore delle due disposizioni fu quella che ravvisava nell'art. 36 il significato di ammettere un rimedio nei casi in cui la disciplina dell'art. 15 non l'avrebbe previsto, ammettendo cioè alla rinnovazione/integrazione della notifica colui che per scusabile errore non avesse chiamato in causa nemmeno un controinteressato e, in determinati casi, persino nell'ipotesi di omessa notifica all'autorità. In arg., cfr., in dottrina, G. M. De Francesco, *Sulla nullità del ricorso alle Sezioni Giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 1931, IV, 85 ss., in part. 92 ss.; G. Roehrsen, *Notifica del ricorso giurisdizionale amministrativo ai controinteressati*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 1 ss.; Pappalardo, *In tema di notifica del ricorso ai controinteressati*, in *Giur. it.*, 1941, III, 81; A. Albinì, *L'introduzione del processo dinanzi al giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 41 ss., in partic., 61-62.

²¹⁹ Avverte benissimo detta discontinuità, G. Giacobelli, *op. cit.*, 73 ss.

Come dimostra la stessa sentenza citata, e la dottrina in compagnia con questa, la ragione di siffatta scelta legislativa parve da subito evidente.

La necessità di positivizzare l'ipotesi dell'erronea supposizione di definitività di un provvedimento dipendeva dalle congenite incertezze connesse al fenomeno della c.d. definitività implicita.

L'esigenza, inoltre, di prevedere in questa ipotesi non la mera sospensione del termine, ma la restituzione in un termine nuovo, dipendeva dalla palmare constatazione che il termine per adire la via gerarchica era assai più breve di quello per ricorrere al Consiglio di Stato. Chi a torto intraprendeva la strada della giurisdizione in luogo del ricorso gerarchico assai raramente si sarebbe quindi potuto giovare di un errore, pur scusabilissimo, se il termine per ricorrere in via gerarchica fosse solo sospendibile²²⁰.

Peraltro la decisione di cui di qui appresso ci si occuperà nel dettaglio, rende conto di come una precedente decisione della plenaria del 1926 avrebbe interpretato in via estensiva la disposizione dell'art. 34. Stando infatti a quanto asserito in motivazione “della rimessione in termini ha tuttavia fatto una estensione analogica, o, meglio, una interpretazione estensiva, una decisione dell'adunanza plenaria (12 febbraio 1926); affermandola quasi come verità evidente ed assoluta, ed applicandola all'ipotesi

²²⁰ Cfr. G. Giacobelli, *op. cit.*, 75-76. Del tutto peculiare è invece la lettura della l. 8 febbraio 1925, n. 88 prospettata da B. Liuzzi, *op. cit.*, 342. Come già evidenziato, l'A. muove dall'idea che la sospensione per errore scusabile non potrebbe applicarsi ove l'errore cada anche sul mezzo, come avverrebbe nel caso di ricorso al giudice amministrativo in vece di quello gerarchico. Il legislatore, consapevole della irreparabilità di questo errore dal punto di vista logico-giuridico, sarebbe perciò intervenuto accordando uno speciale beneficio di legge per superare detto ostacolo.

inversa di quella della legge 8 febbraio 1925, e, cioè, al ricorso per errore scusabile fatto all'autorità gerarchica anziché alla giurisdizione amministrativa”.

In verità, da quella decisione dell'adunanza plenaria non è affatto chiaro se il giudice ebbe davvero ad applicare nell'occasione la rimessione in termini per errore scusabile superando cioè la teorica della sospensione²²¹.

²²¹ Si veda la motivazione di Ad. plen., 12 febbraio 1926, n. 1, pubblicata in *Giur.it.*, 1926, III, 73, in *Foro amm.*, 1926, I, 2, 51 nonché in *Riv. dir. pubbl.*, 1926, II, 102. La questione controversa riguardava i mezzi per gravare i provvedimenti in materia di revisione dell'organico imposti a province, comuni e opere pie dal r.d. 27 maggio 1923, n. 1177, posto che l'art. 4 del medesimo decreto stabilì che contro questi provvedimenti era “ammesso ricorso soltanto per legittimità alla quarta sezione del consiglio di stato od in via straordinaria al re, esclusa qualsiasi azione giudiziaria”. La IV sezione si era determinata nel senso della non definitività di detti provvedimenti, opinando che prima dovesse intervenire l'approvazione della g.p.a. in sede tutoria e contro questa dovesse esperirsi ricorso gerarchico al governo del re per poi poter finalmente adire il Consiglio di Stato. La V sezione, di contro, reputava di escludere l'esperibilità del ricorso gerarchico pur non escludendo la necessità dell'approvazione tutoria. La Plenaria decise che i provvedimenti in questione presi dagli enti locali erano impugnabili direttamente al Consiglio di Stato, non essendo peraltro nemmeno soggetti all'approvazione tutoria della g.p.a. Nel caso giustiziato dalla Plenaria, alcune impiegate della Pia casa di lavoro di Firenze avevano direttamente impugnato in Consiglio di Stato, in data 20 marzo 1925, una deliberazione dell'opera pia del 5 gennaio 1925 che, appunto in esecuzione del predetto regio decreto, disponeva il licenziamento di tutto il personale femminile dell'ente. Detta deliberazione era peraltro stata oggetto di approvazione tutoria della g.p.a. in data 28 gennaio 1925. Contro questo provvedimento di approvazione della g.p.a., le medesime ricorrenti avevano peraltro proposto ricorso al governo del re in data 15 febbraio. Alla luce di questi fatti il collegio, una volta chiarito che il rimedio giusto era l'impugnazione diretta del provvedimento locale al Consiglio di Stato e che detto provvedimento non rientrava fra quelli oggetto di necessaria approvazione tutoria, rilevò che il ricorso al re contro l'approvazione del 28 gennaio non aveva alcuna ragione giuridica di esistere e che nella fattispecie era stato promosso per mero tuziorismo “per il caso, cioè, che si fosse giudicato non ammissibile il ricorso contenzioso direttamente contro la deliberazione 5 gennaio 1925”. Ora gli unici riferimenti che questa sentenza effettua al tema dell'errore scusabile si pongono in realtà in due *obiter* della motivazione e su un piano assolutamente generico. Dapprima, avendo stabilito in generale che i provvedimenti degli enti locali in questione non erano gravabili in via

Sta però di fatto che – complice anche questa lettura successiva della IV sezione – la stessa dottrina riferirà stabilmente al precedente della plenaria del 1926 la regola dell'applicabilità della rimessione in termini anche al caso “inverso” rispetto a quello introdotto dall'art. 34 della legge²²².

gerarchica, il giudice incidentalmente afferma che “sempre che non si diano nei singoli casi concreti circostanze al tutto particolari che altrimenti impongano, non potrà costituire impedimento ad esperire ricorso ai sensi di tale articolo il tempo trascorso, eventualmente, nello sperimentare il gravame gerarchico il quale per diritto comune fosse stato necessario; dovendosi la proposizione di esso ascrivere ad errore del tutto scusabile”. In un inciso successivo, dopo aver stabilito la non necessità dell'approvazione tutoria, si asserisce poi che “dall'altro canto, non mancherà neppure qui il giudice competente a ritenere scusabili, nella mancanza di gravi speciali ragioni, quegli indugi nell'adire le vie di gravame dell'art. 4, i quali, comunque, all'opinione della necessità dell'intervento della G.P.A. siano da riferire”. In verità l'inciso che accredita la scusabilità dell'errore di colui che avesse agito in via gerarchica è perfettamente compatibile con la tradizionale idea che il termine per ricorrere in via giurisdizionale rimanesse solo sospeso. E del resto, se si rammenta che, in via generale, il termine per ricorrere in via gerarchica era più breve ben se ne comprende la ragione. Si aggiunga che, nel caso sindacato, il ricorso gerarchico era stato proposto il 15 febbraio 1925. A quanto pare, quindi, entro il termine per proporre quello contenzioso. Per giunta, in nessun punto della sentenza la Plenaria fa riferimento alla l. 88 del 1925 e nessun riferimento si legge alla rimessione in termini. A dirla tutta, leggendo la motivazione, sorge persino il sospetto che la Plenaria, nell'occasione, nemmeno abbia dovuto applicare il rimedio dell'errore scusabile. Perché se è vero che il provvedimento impugnato era datato 5 gennaio, ed il ricorso 20 marzo, da un passo si apprende che la Pia casa di lavoro “con la lettera 3 febbraio 1925, di cui trasmetteva copia a ciascuna delle ricorrenti, le avvertiva che appunto «a seguito della deliberazione 5 gennaio 1925 il giorno 16 febbraio avrebbero dovuto lasciare l'istituto»”. Probabilmente, nella fattispecie, il ricorso nemmeno era tardivo. Del resto fra le varie riviste che pubblicarono questa sentenza a quanto consta solo il *Foro amministrativo* recitò in massima una statuizione attinente al tema dell'errore scusabile. Ivi si legge che “il ricorso giurisdizionale va ammesso anche quando sia trascorso il termine fissato dalla legge per avere nel frattempo esperito gravame gerarchico per errore che può essere ritenuto scusabile”. Statuizione, all'evidenza, compatibile con la teoria della sospensione del termine.

²²² Prima della motivazione del 1932 della IV sezione, il precedente della plenaria 12 febbraio 1926 è indicato ad es., da V. Tedeschi, *In tema di errore scusabile per adizione d'autorità incompetente*, in *Foro amm.*, 1939, IV, 86, che però vi assegna semplicemente la portata di aver “ammesso l'indagine dell'errore scusabile nei casi di presentazione di ricorso gerarchico invece del

Ma certo non è questo il contenuto di più notevole interesse della sentenza De Santis.

In fatto, il De Santis aveva tempestivamente gravato alla Corte dei conti una nota ministeriale che il 10 giugno 1924 gli ingiungeva di restituire una somma ricevuta a titolo di buonauscita, nella supposizione che si trattasse di somma accordata a titolo di quiescenza e quindi rientrante nella competenza di quel giudice. Nelle more del giudizio interveniva un secondo provvedimento del 22 agosto 1925 ove l'amministrazione tratteneva detta buonauscita al De Santis sugli arretrati di un assegno vitalizio nel frattempo accordatogli. Con sentenza 7 maggio 1926 la Corte dei conti si dichiarava incompetente. Il privato, quindi, si rivolse all'autorità giudiziaria contro il secondo provvedimento, quando però, all'evidenza, era da tempo trascorso il termine di sessanta giorni.

Il tribunale di Roma affermò la propria competenza, muovendo dalla considerazione che la domanda aveva contenuto meramente patrimoniale e non investiva in alcun modo il rapporto di impiego.

La corte d'appello prima e poi la cassazione ritennero

ricorso al Consiglio di Stato in s.g.". E del resto, ben lontano dal parlare di rimessione, Tedeschi per parte sua prospetta poi che il legislatore nell'introdurre l'art. 34 avrebbe "implicitamente voluto, anche per l'ipotesi reciproca, ammettere un tale beneficio, se non certo con tutti gli effetti di cui all'art. 34 (facoltà di rinvio, assegnazione di termine), quanto meno con efficacia sospensiva" (v. op. cit., 88). Successivamente alla sentenza De Santis, di applicazione analogica dell'art. 34 parla esplicitamente, F. Cammeo, nella nota alla decisione 26 luglio 1932, cit., p. 4 in fine, ove si rammenta che "la giurisprudenza del consiglio di Stato una sola volta ha, fino ad ora, ritenuto di compiere tale estensione e precisamente sul caso inverso di quello preveduto dall'art. 1° della legge 8 febbraio 1925 ossia nel caso di ricorso giurisdizionale prodotto a termine scaduto per aver ritenuto, in base ad errore scusabile di dover proporre ricorso gerarchico. Vedasi adunanza plenaria 12 febbraio 1926". Cfr. pure G. Giacobelli, *op. cit.*, 76. Questo convincimento penetrerà poi in tutta la

diversamente, giudicando che il provvedimento che aveva trattenuto la somma sull'assegno vitalizio sarebbe stato necessariamente intaccato dalla pronuncia sulla domanda dell'attore. La cassazione a sezioni unite statuì quindi per la competenza del Consiglio di Stato. Prima ancora che la sentenza delle sezioni unite fosse notificata De Santis ricorse al Consiglio di Stato.

L'amministrazione resistente eccepì la tardività del ricorso per decorrenza del termine.

Risulta testualmente dalla sentenza che il ricorrente chiese invece "la riammissione in termini per errore scusabile circa la competenza del giudice adito"²²³.

Come riferisce la motivazione qui in esame, si trattava "di una delle più discusse questioni della giurisdizione esclusiva, data la tutt'altro che chiara dizione dell'art. 30 del testo unico delle leggi sul consiglio di Stato, complicata, nel caso, da una interferenza di competenza con la corte dei conti".

E su questo profilo è opportuno evidenziare, prima di ogni altra questione, che il giudice in più occasioni avverte che il trovarsi di fronte ad un'ipotesi di giurisdizione esclusiva nel pubblico impiego gioca un ruolo non secondario.

dottrina che si è occupata dell'errore scusabile ripercorrendone la genesi. Un esempio per tutti, in E. Riva Crugnola, *op. cit.*, 2.

²²³ E' appena il caso di chiarire che nel caso specifico il ricorrente chiese la "riammissione" in termini verosimilmente considerando che la sospensione del termine (come pure l'interruzione) non gli avrebbero giovato. Avendo infatti atteso la pronuncia della Corte dei conti sul primo provvedimento per gravare il secondo avanti al giudice ordinario, la domanda al Tribunale risultava introdotta parecchi mesi dopo l'emanazione di quest'ultimo provvedimento che, secondo la cassazione, era il vero oggetto della domanda dell'attore.

Infatti, “vertendo in materia di giurisdizione esclusiva e di rapporto di pubblico impiego, e, quindi, in materia di veri e propri diritti patrimoniali, il termine non è soltanto di decadenza per l’esperienza del ricorso giurisdizionale, ma funziona anche da termine di prescrizione per il diritto che la parte afferma lesa dall’atto amministrativo, e che, trascorso detto termine, essa non potrà far valere in alcun altro modo, data la natura della giurisdizione esclusiva in materia di pubblico impiego e la ormai costante interpretazione ad essa data dalla giurisprudenza del supremo collegio e delle sezioni giurisdizionali del consiglio di Stato”²²⁴. Sicché il giudice non esita a parlare di una “grave conseguenza, che pone i diritti fatti valere innanzi alle giurisdizioni amministrative in condizioni tanto più rigorose e sfavorevoli di quelli, pur analoghi (rapporti patrimoniali di impiego privato), fatti valere innanzi alla giurisdizione ordinaria”²²⁵, rammentando in altro passo come non mancasse in dottrina “chi ha sostenuto la tesi, tuttavia respinta dalla giurisprudenza di questa sezione, che in tali rapporti di diritto debba tornare ad osservarsi il termine ordinario della prescrizione, anziché quello della decadenza del ricorso”²²⁶. Insomma, nel 1932 la IV Sezione non ipotizzava il vicino avvento della c.d. giurisprudenza Fagiolari²²⁷.

²²⁴ Cfr. IV Sezione, 26 luglio 1932, cit., p. 8. Già prima (p. 6) il relatore aveva affermato che il breve termine di decadenza per ricorrere al giudice amministrativo “funziona, sostanzialmente, anche da prescrizione del diritto e (...) vale innanzi alle giurisdizioni amministrative anche in materia di giurisdizione esclusiva (e quindi, di rapporto di pubblico impiego), malgrado si controverta su veri e proprii diritti, come innanzi all’ autorità giudiziaria”.

²²⁵ IV Sezione 26 luglio 1932, cit., p. 8.

²²⁶ IV Sezione 26 luglio 1932, cit., p. 9.

²²⁷ Come noto, l’indirizzo giurisprudenziale che assoggettò al termine di prescrizione le controversie su diritti patrimoniali devolute alla giurisdizione

Come poi la sentenza De Santis abbia risolto la questione sottoposta a giudizio è cosa nota.

Il giudice mise in fila con approfondita analisi gli istituti accordati dalla giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, nonché dalla novella legge, per dirimere la questione degli effetti sulla decadenza della domanda prodotta a giudice incompetente. “Tali istituti” si disse “sono l’impedimento della decadenza, la rimessione in termini, la sospensione dei termini e la interruzione dei termini”.

Nel caso in questione, ovvero di domanda erroneamente proposta al tribunale in luogo del Consiglio di Stato, la soluzione eletta dal magistrato fu, a quanto consta per la prima volta, a favore della rimessione in termini per errore scusabile.

E ciò, in sostanza sulla base di due ordini di ragioni.

Tutti gli altri istituti avrebbero avuto in comune la premessa che, al momento in cui si agisce avanti al giudice incompetente non siano ancora scaduti i termini per adire quello giusto²²⁸. Ma nel caso di

amministrativa esclusiva si deve alla presidenza della V sezione di Fagiolari, la cui tesi era stata dal medesimo espressa in, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, II, 285. La sentenza “pilota” fu Consiglio di Stato, sez. V, 1 dicembre 1939, in *Foro it.*, 1940, III, 9, subito seguita da Consiglio di Stato, Ad. plen., 18 dicembre 1940, in *Foro it.*, 1941, III, 190. Per la dottrina del tempo, cfr., U. Forti, oltre che nelle note adesive alle due sentenze sopra citate, in, *Un punto fermo: prescrizione e non decadenza nelle questioni patrimoniali in sede di giurisdizione esclusiva*, in *Riv. pubbl. imp.*, 1941, 209. In generale la dottrina approvò questo nuovo indirizzo salvo qualche eccezione. Cfr., in senso critico, ancora parecchi anni dopo, R. Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1960, 775-776. Per una sintetica esposizione delle origini di questo orientamento e delle sue motivazioni, V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2004, 200 ss.

²²⁸ Osservava il relatore a proposito dei criteri dell’impedimento, della sospensione e dell’interruzione che “l’effetto giovevole di questi tre istituti, che si differenzia notevolmente nel tempo successivo alla dichiarazione di incompetenza del giudice adito (in quanto minore è l’effetto della sospensione, maggiore quello dell’interruzione, massimo quello dell’impedimento della

erronea convinzione che il giudice competente fosse quello ordinario e non l'amministrativo, accompagnandosi a questo errore il convincimento di aver a disposizione il ben più ampio termine prescrizione, l'attore di norma avrebbe lasciato decorrere il più ristretto termine di decadenza. Sicché nessuno dei tre rimedi sarebbe stato normalmente utile.

Tuttavia le ragioni dell'equità non si potevano arrestare a quest'ordine di constatazione.

“Né il fatto che all'inizio dell'azione giudiziaria sia già decorso il termine di decadenza del ricorso può apparire sufficiente ad escludere l'applicabilità di dette ragioni, quanto meno nella procedura giurisdizionale²²⁹. In questa, infatti, detta applicabilità è stata sempre rigorosamente subordinata alla condizione che concorra l'errore scusabile sulla scelta della procedura fatta dal ricorrente, così nella giurisprudenza che ha creato tale dottrina, come nella legge 8 febbraio 1925, che ne ha fatto applicazione con la rimessione in termini. Ma è evidente che, accolto il criterio della scusabilità dell'errore, occorre accettarlo con tutte le sue conseguenze: e, cioè, se il ricorrente è scusabile per aver scelto la procedura giudiziaria anziché la giurisdizionale amministrativa, deve pur esserlo se si è valso del termine indicatogli dalla procedura giudiziaria, e, cioè, di quello della prescrizione, anziché

decadenza, che giunge fino alla perenzione di istanza), presuppone, però, che la prima azione, e, cioè, la giudiziaria, sia stata presentata entro il termine assegnato per il ricorso giurisdizionale, in cui, poi, l'azione giudiziaria dovrà mutarsi”.

²²⁹ Con il termine “procedura giurisdizionale” il Consiglio di Stato intende designare la giurisdizione amministrativa in contrapposto al termine “giudiziaria” che designa nel linguaggio del tempo quella avanti al giudice civile.

di quello della decadenza del ricorso giurisdizionale, che egli non poteva in alcun modo considerare, non ritenendo, per ragioni scusabili, che sussistesse nel caso la competenza della giurisdizione amministrativa. Ritenere, infatti, scusabile il ricorrente per avere scelto la via giudiziaria, e non ritenerlo scusabile per essersi attenuto ai termini procedurali da quella prescritti, costituirebbe una contraddizione logica, e, quindi, giuridica, inammissibile”.

Insomma, quelle esigenze della logica che, pure affacciatesi, erano state fugate dalla sentenza 21 gennaio 1898, tornavano decenni dopo prepotentemente ad invocare una diversa soluzione.

Ovviamente il Consiglio di Stato poteva essere in questa occasione più coraggioso, avendo dalla sua la novella legge. Ed infatti non mancò di diffondersi configurando la soluzione data sul terreno dell’erronea elezione del giudice civile come appoggiata su di una interpretazione estensiva della l. 8 febbraio 1925, che già sarebbe stata fatta dalla plenaria nel precedente del 1926, e che nulla avrebbe potuto opporsi a fare “a casi ancor più meritevoli della considerazione del giudice; in quanto, come si è detto, si riferiscono a veri e propri diritti”.

Tuttavia, l’introduzione della rimessione in termini a favore di colui che aveva eletto la giurisdizione sbagliata necessitava di alcune specificazioni applicative. In particolare si trattava di stabilire chi dovesse giudicare della scusabilità dell’errore.

Nella sentenza De Santis il giudice si avvede chiaramente della differenza che passa tra questa ipotesi e quella, normata dalla legge del 1925, di restituzione del termine per proporre il ricorso gerarchico. Quest’ultimo caso sarebbe stato assimilabile ad una

sorta di rinvio all'autorità competente²³⁰. E del resto, nella giurisprudenza amministrativa, mai si era prospettata l'idea – né mai si prospetterà poi – che competente ad accordare il rimedio dovesse essere l'autorità giudiziaria ordinaria che declinava la giurisdizione.

Il caso sarebbe stato quindi assai più simile a quello ritenuto risolto dalla plenaria del 1926 di ricorso che approdava al Consiglio di

²³⁰ In realtà si possono formulare molte ipotesi per giustificare la scelta del legislatore di accordare al Consiglio di Stato il potere di concedere la rimessione in termini per ricorrere in via amministrativa anziché lasciare che sia l'autorità amministrativa stessa, se successivamente adita, a valutare la ricorrenza dei presupposti per concedere il rimedio. Già si è segnalato che questa peculiarità ha degli antecedenti storici assai risalenti nella giurisprudenza della IV sezione. E, probabilmente, riflette l'idea della posizione di superiorità del Consiglio di Stato all'autorità amministrativa in un'ottica di omogeneità fra i due plessi. Una considerazione interessante sul punto emerge però guardando a quei casi in cui il Consiglio di Stato, prima della vigenza della legge, si limitava invece a dichiarare inammissibile il ricorso contro l'atto non definitivo lasciando all'organo amministrativo l'apprezzamento se sussistessero, nel caso concreto, gli estremi dell'errore scusabile. A tal proposito è assai istruttiva la vicenda sentenziata dalla IV sezione, 17 luglio 1925, n. 694, in *Foro amm.*, I, 1, 336, con nota di B. Liuzzi, cit. Avendo la parte equivocato sulla provenienza ministeriale di un provvedimento in materia di autorizzazioni sullo sfruttamento di pozzi nell'area di Montecatini, ritenendolo cioè prefettizio e per la peculiare disciplina della legge sul bacino idrologico di Montecatini immediatamente ricorribile alla IV sezione, a questa appunto ricorreva. Senonché la IV sezione, rilevata l'origine ministeriale del provvedimento, dichiarò inammissibile il ricorso appunto rimettendo all'organo amministrativo l'apprezzamento della scusabilità dell'errore. Proposto quindi ricorso al governo del Re, su parere della sezione interni del Consiglio di Stato il ricorso fu dichiarato tardivo e l'errore inescusabile. Il Regio decreto venne quindi impugnato alla IV sezione. Che per inciso, con la citata sentenza confermò l'inescusabilità dell'errore rigettando il ricorso. Come nota Liuzzi, *op. cit.*, 337, il sistema precedente finiva quindi per delineare una via assai tortuosa. In pratica, rendeva possibile che la controversia sulla scusabilità dell'errore passasse al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale a cui però la causa era già stata sottoposta una prima volta sebbene in questa prima occasione il giudice si fosse limitato a conoscere del profilo della non definitività del provvedimento impugnato. Il sistema delineato dall'art. 34 del T.U. Cons. Stato consentiva invece di concentrare nel solo primo giudizio le due questioni. Peraltro se il Consiglio di Stato riteneva l'errore inescusabile, la lite sarebbe stata immediatamente troncata senza ulteriore strascico in via amministrativa.

Stato tardivamente perché si era prima a torto esperita la via gerarchica²³¹.

Peraltro, 40 anni di giurisprudenza del Consiglio di Stato stavano a dimostrare che competente a sindacare della scusabilità dell'errore era lo stesso Consiglio di Stato a cui la causa approdava, seppur tardivamente, perché ne conoscesse del merito.

Quanto alla decorrenza iniziale ed all'entità del termine la sentenza De Santis tributò un evidente omaggio al pensiero di Orlando, solo riadattandolo tenendo conto che, nella giudicata ipotesi, si era al di fuori del concetto di interruzione²³².

L'inizio del "nuovo termine" "si verifica con la notificazione della sentenza definitiva giudiziaria (in generale, della cassazione) che dichiara la incompetenza del giudice adito. E ciò per la precipua considerazione, a tacer d'altro che, mentre nella prima domanda l'azione muoveva non dalla considerazione di un provvedimento amministrativo impugnabile, ma dalla sussistenza di un diritto lesa, senza la contemporanea possibilità che un atto amministrativo

²³¹ Cfr., sul punto, la motivazione in esame ove si afferma che "non occorre qui, infatti, la necessità di assegnare un altro breve termine, come occorre per la ipotesi della legge 8 febbraio 1925, che contempla un rinvio ad altra autorità, mentre, nella ipotesi in esame, il ricorso è già stato presentato alla giurisdizione amministrativa designata come competente (ipotesi, come si è accennato, più simile a quella contemplata dalla decisione 12 febbraio 1926 dell'adunanza plenaria)".

²³² Per inciso, nell'ampia analisi che questa sentenza compie anche degli istituti della sospensione e della interruzione del termine, la condivisione degli argomenti della dottrina di Orlando si manifesta anche accreditando come "più giuridicamente esatto" il criterio della interruzione rispetto a quello, utilizzato dalla giurisprudenza, della sospensione. E ciò proprio rammentando che l'analogia con l'art. 2125 ed il riguardo alla volontà espressa di reclamare "attengono assai più alla interruzione dei termini, e, quindi, alla nuova decorrenza per intero, che non alla sospensione". Cfr. la motivazione in esame, in *Giur. it.*, cit., p. 6 e 11. Che la sentenza De Santis debba molto alle argomentazioni di Orlando lo rammenta pure, E. Riva Crugnola, *op. cit.*, 2.

potesse, comunque, essere anche indirettamente colpito dal giudice, la determinazione giuridica del provvedimento amministrativo impugnabile, prima incerto ed indeterminato, sorge solo dalla sentenza che pronunciò definitivamente sulla incompetenza del giudice adito. Ed è pertanto, dalla notificazione di tale sentenza che torna a decorrere, ma per intero, il termine per il ricorso giurisdizionale.” Sicché “ammesso, come si è ammesso, che il provvedimento, per l’effetto conservativo della domanda, debba considerarsi come non impugnato e nuovamente impugnabile, necessariamente si va alla conseguenza della nuova decorrenza per intero. Il termine è quello della legge e non soffre detrazioni”²³³.

²³³ Secondo E. Riva Crugnola, *op.cit.*, 2 la decisione del 1932, riprendendo gli argomenti di Orlando, avrebbe individuato la regola poi seguita dal giudice amministrativo: “considerato che la certezza sul mezzo di tutela si verifica solo con la sentenza di incompetenza del primo giudice adito (essendo incerta prima di tale atto la soluzione corretta a causa appunto di oggettive difficoltà interpretative), dalla notificazione di tale sentenza deve ritenersi nuovamente decorrere il termine ordinario per l’impugnazione del provvedimento davanti al giudice amministrativo, con conseguente ricevibilità del ricorso presentato entro tale periodo di tempo”. Ora, nulla quaestio sul fatto che la regola fu dettata da questa sentenza. Così come può convenirsi in merito al fatto che la giustificazione alla regola limpida e sintetizzata dall’autrice sia quella da cui muove la moderna giurisprudenza. Non è invece del tutto condivisibile imputare alla sentenza del 1932 ed al pensiero di Orlando siffatta giustificazione. Nel senso, cioè, che tanto il giudice nel 1932 quanto soprattutto Orlando non pensarono che il termine doveva decorrere dalla sentenza che declina la competenza perché questa fa chiarezza su chi sia il giudice competente facendo da lì cessare la causa di scusabilità dell’errore. In realtà, come qui altrove chiarito, Orlando – affascinato dalla teoria di Mortara in ordine all’appello – muove dall’idea che la manifestazione della volontà di reclamare contenuta nella domanda, ancorché al giudice sbagliato, renda il provvedimento come impugnato; la sentenza che declina la competenza tornerebbe a restituirgli la qualità di provvedimento non impugnato e nuovamente impugnabile nell’ordinario termine. E’ quindi una giustificazione che non si pone sul piano del cessare della causa di scusabilità dell’errore, quanto sul piano dell’efficienza della manifestazione di volontà di non acquietarsi al provvedimento, contenuta nella domanda, in ordine all’inopponibilità del provvedimento per decorso del termine. Certo, questa giustificazione, già di per sé discutibile sul terreno della interruzione del

E con ciò, appunto, vennero determinate le coordinate applicative del novello istituto della rimessione in termini per errore scusabile accordato a chi avesse a torto eletto un giudice diverso dal Consiglio di Stato.

Ora, sarà bene appuntare all'attenzione una considerazione sulla quale il motivato della IV sezione non indulge particolarmente, ma non priva di rilevanza.

Accreditando l'istituto della rimessione in termini come quello "proceduralmente e sostanzialmente (...) meglio degli altri idoneo ad applicare, nella procedura giurisdizionale amministrativa, l'effetto conservativo della domanda a giudice incompetente" si considera contestualmente che questa applicazione è assai più lata rispetto a quella conseguente alla teorica della sospensione "che viene, così, ad essere in essa compresa, e, per così dire, assorbita, ma che è sempre salvaguardata dal rigoroso controllo della scusabilità dell'errore (...)".

Così calò il velo, nella giurisprudenza amministrativa, sulla possibilità di elaborare una soluzione distinta fra chi fosse insorto avanti al giudice sbagliato, ma entro i termini per ricorrere al

termine, era probabilmente ancor più debole nel suo adattamento all'istituto della rimessione. Non avendo la parte agito entro il termine, seppur avanti al giudice sbagliato, sarebbe stato assai difficile non osservare che il provvedimento era divenuto inoppugnabile. Se poi si rileggono con attenzione le parole di Orlando, si noterà che l'A. non si accontenta della generica volontà di reclamare, ma di una volontà di chiedere l'annullamento o la revoca del provvedimento (cfr., ancora, V. E. Orlando, *Primo trattato*, cit., 959 e 961 alla nota). Una condizione non priva di significato, e certamente ancor più ostativa ad estendere *de plano* e genericamente detta teoria nei rapporti fra giudice ordinario e Consiglio di Stato. Sicché non stupisce che la giustificazione della regola sancita nel 1932 abbia poi dovuto far ricorso ad un ragionamento molto più semplice e coerente con gli esiti della regola stessa. Ciò non toglie che la sentenza De Santis non sembra affatto mossa da questa giustificazione.

Consiglio di Stato e colui che, nell'invocare malamente la giurisdizione avesse anche lasciato decorrere il termine.

14. La motivazione della sentenza De Santis e la teoria della continuità del rapporto processuale.

I profili di maggior rilevanza del contenuto della motivazione del 1932 non risiedono solo nel contenuto precettivo introdotto da questa sentenza e nella sua più diretta giustificazione.

Il costante confronto con la teorica risultata vincente nel processo civile, emergente a più riprese fra gli argomenti del relatore, rappresenta infatti l'aspetto più importante ai fini della presente indagine.

In buona sostanza in questa sentenza ci si diffonde a spiegare perché detta teorica non potrebbe essere applicata nel caso di erronea elezione della magistratura ordinaria in luogo del giudice amministrativo.

Conviene premettere che, secondo la motivazione in esame, l'istituto applicato dalla giurisprudenza civile per risolvere il problema dell'appello a giudice incompetente è "l'impedimento della decadenza". "Come dicono le stesse parole, suo effetto è che, presentata la domanda anche a giudice incompetente, la decadenza non può più verificarsi se non con la perenzione di istanza: conseguenza, questa, che deriva dal considerare come validamente continuativo il rapporto processuale iniziato innanzi al giudice incompetente (...)". Nel riassumere gli argomenti portati dai sostenitori di questa teoria, il giudice amministrativo rammenta poi

che detta tesi si appoggiava sulla interpretazione estensiva dell'art. 325 del codice di commercio e ancor più "sul principio generale dell'art. 544 del codice di procedura civile, pel quale la cassazione rinvia al giudice competente la controversia iniziata innanzi a giudice incompetente". Inoltre, si rammenta ancora, si invocano anche "argomenti che ineriscono alla interruzione di termini: e, cioè, la interpretazione estensiva dell'art. 2125 del codice civile (che, però, riguarda l'interruzione della prescrizione mentre qui si avrebbe interruzione di decadenza) ed il riguardo dovuto alla espressa volontà di impugnare la sentenza, manifestata nelle forme e nei termini prescritti, se pure innanzi a giudice incompetente. Quale argomento principale, però, si adducono assai spesso «alte e manifeste ragioni di equità, avuto riguardo alle gravi difficoltà di cui è irta la materia della competenza» (cass. sezioni unite, 10 dicembre 1923)".

Sin da questa esposizione apparentemente piana, si può quindi notare che il relatore fissa con chiarezza quale sia il fulcro teorico dell'istituto applicato nel processo civile, ossia la continuità del rapporto processuale, ma poi elenca argomenti in realtà estranei quando non addirittura contraddittori rispetto alla versione più pura e rigorosa della teoria elaborata dalla dottrina del processo civile. L'invocazione delle ragioni di equità, in particolare, avrebbe certo meritato le più accese censure di Mortara²³⁴.

²³⁴ E per la verità non solo questo argomento, perché la teorica di Mortara aveva espunto l'argomento dell'analogia con l'art. 2125 Cod. civ. ed alla stessa erano estranei gli argomenti desunti dall'art. 325 del Cod. comm. e 544 del c.p.c. Cfr., su quest'ultimo punto Mortara, *Appello*, cit., 825. In realtà, l'unico vero argomento della teoria di Mortara risiede nell'intrinseca validità della domanda. Prescindendo dal fine che il relatore persegue impostando in questi termini la

In effetti, nell'economia complessiva della motivazione De Santis, la ragione di questo inquinamento della teoria processualciviltistica non riposa soltanto sulle equivoche affermazioni che talvolta sfuggivano anche alla magistratura ordinaria, ma ha una funzione precisa.

Il collegio, infatti, intende accreditare l'idea che tanto la teoria della sospensione per errore scusabile, sino allora imposta dal Consiglio di Stato, quanto il novello istituto introdotto dalla legge del 1925, quanto, infine, la teorica della continuità del rapporto processuale rientrerebbero "entro l'ambito di una norma generale più ampia" che tutti questi istituti comprende. E questa norma più ampia, compendiata sinteticamente nei termini dell'effetto conservativo della domanda, viene dal medesimo giudice più propriamente indicata nella regola generale "per cui ogni effetto dannoso per

questione, è assai forte il sospetto che costui abbia tenuto ben presente la lettura del contributo - di pochi anni precedente - di G. Scaduto, *op.cit.*, che pur sostenendo una tesi diametralmente opposta a quella praticata nel processo civile non solo aveva preso in esame anche gli argomenti desunti dalle norme citate, ma aveva ricordato come la sentenza della cassazione del 1923 si fosse appellata ad "alte e manifeste ragioni di equità". Un argomento, per inciso, che lo stesso A. liquidava senza mezzi termini come estraneo "giacché l'equità non può influire sulla perentorietà dei termini e questa non può venir meno o sussistere a seconda che riesca più o meno difficile la ricerca del giudice competente" (v. *op. cit.*, 739). L'evidenza di questa "genesì" della parte di motivazione in esame nel testo, è del resto confermata nell'immediato prosieguito, ove il giudice amministrativo ricorda che "a tali ragioni si oppone tutt'ora una autorevole, se pur minore, parte della dottrina, che rigetta la continuità del rapporto processuale innanzi al giudice incompetente, ritenendo appunto la competenza del giudice un presupposto essenziale alla costituzione del rapporto medesimo, e che nega, pur con deboli argomenti, tratti dai lavori preparatori del codice di commercio, la interpretazione estensiva dell'art. 325 del codice di commercio, e che, per ciò che riguarda l'analogia con l'art. 2125 e il riguardo alla volontà dell'attore, oppone il diverso carattere della decadenza, che guarda al decorso del tempo, e non alle cause subbietive". Chi appunto aveva cercato di trarre dai lavori preparatori argomenti a sostegno della non estensibilità dell'art. 325 Cod. comm., era G. Scaduto, *op. cit.*, 752-753.

l'attore, in quanto la domanda sia stata respinta per incompetenza, venga meno per la stessa proposizione della domanda” in tale principio rientrando anche “l'effetto conservativo della domanda a giudice incompetente di fronte ai termini di decadenza”.

Solo che, appunto, il superiore principio che orienterebbe tutte le soluzioni date – così dal giudice amministrativo, da quello civile e dal legislatore – risiederebbe nelle ragioni di equità prevalenti anche su rigorose e restrittive concezioni di stretto diritto.

In sostanza la motivazione del 1932 rappresenta una forma di reazione alla diffusa idea che la dottrina dell'errore scusabile sarebbe stata rivestita da una minore attendibilità scientifica rispetto a quella oramai praticata nel processo civile. E questa operazione venne compiuta elevando la scusabilità dell'errore, e così l'equità, a *ratio* e fondamento di tutte le soluzioni e gli istituti elaborati in proposito. Al prezzo, inevitabile, di equivocare sul significato e fondamento della teorica che poggiava sulla continuità del rapporto processuale²³⁵.

²³⁵ Una spia evidente dell'equivoco indotto da questa volontà di includere anche la teoria della continuità del rapporto processuale entro il più ampio mantello dell'equità è senza dubbio rinvenibile negli argomenti dispiegati in questa motivazione a favore dell'effetto conservativo della domanda. Dopo aver affermato che tale effetto risponde a superiori ragioni di equità, e rammentato il principio sancito dalla storica decisione 27 maggio 1892, il relatore rileva che a favore di questa soluzione non mancano argomenti di diritto positivo “così il citato art. 325 del codice di commercio. Così gli art. 6 e 7 del regio decreto-legge 23 dicembre 1875 circa la istituzione della cassazione di Roma, dai quali risulta che la incompetenza della sezione di cassazione adita non influisce sul diritto processuale acquisito mediante la notificazione del ricorso in tempo utile. Così, soprattutto, lo stesso principio generale dell'art. 544 del codice di procedura civile circa il rinvio al giudice competente disposto dalla cassazione, malgrado la presentazione della originaria domanda a giudice risultato poi incompetente (argomento fondamentale per la teoria della continuità del rapporto processuale giudiziario, sebbene iniziato innanzi a giudice incompetente); mentre può rilevarsi che la dichiarazione delle sezioni unite

Ma se ben si legge la sentenza De Santis ebbe a fallire in questo obiettivo.

Lo dimostra l'insistenza del giudice nell'interrogarsi sulla possibilità di far applicazione della teorica della continuità del rapporto processuale al caso. Evidentemente il relatore avvertiva assai chiaramente che la soluzione dell'impedimento della decadenza elaborata in sede di impugnazioni civili si basava su di un sostrato assai diverso.

La questione viene deliberata in due passi della motivazione.

Dopo aver rammentato che i diritti erano sottoposti a ben diversi termini a seconda che la giurisdizione fosse quella ordinaria o amministrativa, di prescrizione nel primo caso, di decadenza nel secondo, si osserva che “questa differenza sostanziale fra i termini delle due competenze non sussiste per l'ipotesi che dà luogo alla analoga questione nella giurisdizione ordinaria, e, cioè, per l'appello a giudice incompetente, in cui trattasi sempre di termini di pura decadenza, in genere, di uguale decorso, e nell'ambito della stessa giurisdizione; mentre nella soggetta ipotesi si hanno termini

della cassazione della competenza di questo collegio compie una funzione analoga a quella del rinvio al giudice competente nella giurisdizione ordinaria. Così, infine, lo stesso art. 1 della legge 8 febbraio 1925 circa la facoltà di rimessione in termini affidata alla giurisdizione amministrativa. Se a tali applicazioni si aggiunge il principio generale, in materia di prescrizione, dell'art. 2125 del codice civile, è a domandarsi se esse non costituiscano, anziché casi speciali di eccezione, l'applicazione di una regola generale più ampia per cui ogni effetto dannoso per l'attore, in quanto la domanda sia stata respinta per incompetenza, venga meno per la stessa proposizione della domanda, e se, quindi, in tale principio generale rientri anche l'effetto conservativo della domanda a giudice incompetente di fronte ai termini di decadenza (...). In realtà, quindi, il giudice riprospetta a favore dell'assunto argomenti di diritto positivo che – come la stessa sentenza poco prima ricordava – erano portati a suffragio della teoria processualcivilistica. Solo che dimentica

di natura diversa (prescrizione innanzi alla autorità giudiziaria, decadenza innanzi alle giurisdizioni amministrative), durata che differisce enormemente, e giurisdizioni di natura diversa. Per il che il criterio della continuità del rapporto processuale e del conseguente impedimento della decadenza, che domina per l'ipotesi dell'appello nella giurisprudenza giudiziaria, troverebbe non lievi difficoltà procedurali di estensione ai rapporti fra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa esclusiva, per quanto, come si è più volte detto, trattasi di materia di diritti, e, quindi, di uguale oggetto di competenza”²³⁶.

In un passo successivo, arrivando al punto della vertenza, il giudice si chiede quale istituto, fra quelli dell'impedimento alla decadenza, della sospensione o interruzione del termine ovvero della rimessioni in termini per errore scusabile “può ritenersi di applicazione più logica e più giuridica alla ipotesi in esame, data anche la speciale natura e del rapporto giuridico e della procedura che essa contempla”.

E la risposta muove dall'osservazione che “non sembra, anzitutto, come si è già accennato, che il criterio dell'impedimento della decadenza, connesso col concetto della continuità del rapporto processuale, sia il più logicamente applicabile al rapporto iniziato innanzi alla autorità giudiziaria (o ad altra giurisdizione) e riprodotto poi, innanzi alla giurisdizione amministrativa, per la stessa diversità dei due rapporti processuali aventi carattere, formalità e scopi così notevolmente differenti. D'altro canto, come

di osservare che queste norme non richiedevano affatto valutazioni fondate su ragioni di equità.

²³⁶ Così, motivazione in esame, in *Giur. it.*, p. 6-7.

si è già accennato, anche questo criterio, come, e ancor, più i criteri della sospensione e della interruzione, non risolve la questione nel caso che al momento dell'inizio dell'azione giudiziaria sia già compiuto il termine di decadenza del ricorso giurisdizionale. In altri termini, l'effetto giovevole di questi tre istituti (...) presuppone, però, che la prima azione, e, cioè, la giudiziaria, sia stata presentata entro il termine assegnato per il ricorso giurisdizionale, in cui, poi, l'azione giudiziaria dovrà mutarsi²³⁷.

Ora, nel corso della presente ricerca si è forse abusato di una sorta di dietrologia nel leggere via via le motivazioni della giurisprudenza (e non solo).

A costo di insistere nel medesimo vizio è però opportuno evidenziare sinteticamente alcuni aspetti che sembrano emergere da quanto appena riferito.

In primo luogo è percepibile il seducente fascino che la teorica della continuità del rapporto processuale esercitava in questa occasione sul collegio del Consiglio di Stato.

La principale ragione ostativa a farne applicazione ad una causa proveniente dalla sede ordinaria veniva individuata in una constatazione di ordine pratico. La soluzione non poteva soccorrere ove l'attore si fosse rivolto al giudice ordinario oltre i termini per ricorrere a quello amministrativo.

²³⁷ Motivazione in esame, in *Giur. it.*, p. 8-9. Per completezza di analisi si noti che, fra i due passi citati qui nel testo, vi è un altro riferimento alla differenza dei rapporti processuali. Si legge infatti che “il fatto che così la giurisprudenza giudiziaria come la giurisdizionale abbiano già da tempo dato, sia pure muovendo da concetti e criteri diversi (e necessariamente diversi, data la differenza già accennata dei due rapporti processuali), una soluzione affermativa al problema in generale, appare già di per sé importantissimo argomento favorevole all'effetto conservativo”.

Tuttavia la motivazione De Santis accosta a questa constatazione un ulteriore fattore. Innanzitutto, si osserva, l'estensione di tale dottrina ai rapporti fra giudice ordinario ed amministrativo incontrerebbe difficoltà procedurali. Si parla, poi, di giurisdizione di natura diversa, di una azione giudiziaria che dovrebbe *mutarsi* in ricorso giurisdizionale, di rapporto processuale che deve essere *riprodotto* innanzi alla giurisdizione amministrativa.

Un ostacolo ad applicare la teorica basata sulla continuità del rapporto processuale, più chiaramente ancora, fu quindi visto nella supposta differenza dei due rapporti processuali. E in che cosa sia questa differenza il giudice lo disse: avrebbero carattere, formalità e scopi differenti.

Infondo, buona parte della questione che si va qui affrontando si risolve nel vedere quanto esatta ed assoluta fosse questa affermazione.

15. Qualche riflessioni di sintesi.

In una breve ma acuta riflessione intorno alle origini della teorica dell'errore scusabile sviluppata dal Consiglio di Stato, la moderna dottrina ha avanzato l'idea che la nozione di errore oggettivamente scusabile non sia sorta in funzione del temperamento equitativo alla rigidità dei termini decadenziali propri del sistema di giustizia amministrativa "ma al fine di limitare – nell'ambito di tale sistema fondato su mezzi di tutela tipici e differenziati per categorie di atti –

la portata del principio civilistico della validità processuale dell'impugnazione presentata a giudice incompetente²³⁸.

L'analisi delle motivazioni delle più importanti sentenze del Consiglio di Stato sulla questione, compiuta nelle pagine precedenti, in effetti conferma quanto di vero vi sia in questa intuizione.

Il rimedio dell'errore scusabile non servì certo ad assecondare solo questo fine. Che anzi, in talune applicazioni aderì proprio alla logica di sopperire all'evidente improponibilità di argomentare per la vitalità del rapporto processuale.

Tuttavia tale istituto fu *anche* utilizzato per disconoscere operatività al principio elaborato dalla processualcivilistica.

Utilizzando un approccio volutamente rozzo, si può però osservare che piegato a tale obiettivo il principio dell'errore scusabile in talune ipotesi si espone a censure che ad una prima analisi paiono non del tutto immotivate.

Si pensi alla sua applicazione nell'ambito del ricorso indirizzato alla sezione sbagliata del Consiglio di Stato.

La voce della dottrina, tutta discorde alla soluzione dettata dal giudice amministrativo e favorevole alla vitalità del rapporto processuale che si trasferisce da una sezione all'altra è assai significativa.

Esemplare è poi la vicenda del licenziamento impugnato dal dipendente della società concessionaria di ferrovie sentenziato dalla IV sezione, 21 maggio 1909 da cui trae spunto l'affascinante passo di Mortara qui ampiamente analizzato.

²³⁸ Così E. Riva Crugnola, *op. cit.*, 2.

In realtà, la ragione per cui il pensiero di Mortara si fa contorto e contraddittorio è evidente. L'A., sul piano generale, non riesce ad affermare con sicurezza che di trasmigrazione del rapporto processuale non è dato immaginare quando si sia chiesto l'annullamento di un atto al magistrato ordinario entro il termine per impugnarlo a quello amministrativo.

E poiché Mortara ben doveva aver letto la motivazione di quella sentenza se ne comprendono le ragioni.

Il dipendente aveva tempestivamente impugnato il licenziamento avanti al tribunale chiedendo che detto licenziamento fosse dichiarato inesistente per incompetenza e nullo in rito (cioè per il procedimento). Quando il Consiglio di Stato passò al merito della controversia accolse il ricorso ritenendo che costui aveva diritto ad un regolare procedimento disciplinare statuendo che "l'inflitto licenziamento non può non ritenersi per irritato e nullo". L'oggetto della domanda non si poteva dir diverso sol perché era passata dal tribunale al Consiglio di Stato, tanto ciò vero che il tentativo di accreditare da parte di quest'ultimo collegio una diversità di azione ma un'identità di questioni ne è la prova.

Ma è certo la sentenza De Santis del 1932 che apre l'adito al tema più interessante o perlomeno foriero di più ampi sviluppi.

Il Consiglio di Stato si sbarazzò in quella occasione della teorica impostata sulla continuità del rapporto processuale sorto presso la magistratura ordinaria anche perché inutile. Detta teorica non poteva *quasi* mai giovare in un sistema ove alla differenza di plesso giurisdizionale seguisse l'assoggettamento a termini di decadenza e non di prescrizione dei diritti patrimoniali del pubblico impiegato.

Pochi anni dopo, tuttavia, il contesto di una simile fattispecie sarebbe stato integralmente stravolto.

La giurisprudenza amministrativa che decise di assoggettare a termine di prescrizione quei diritti patrimoniali inclusi nella giurisdizione esclusiva, argomentò chiaramente nel senso che gli organi della giustizia amministrativa sarebbero stati qui eredi della magistratura ordinaria esercitandone la stessa funzione, e cioè dichiarando il diritto lesa e non già esercitando un potere di annullamento di atti amministrativi. Di più, perché la stessa giurisprudenza giunse ad affermare che l'azione, quantunque dalla legge chiamata ricorso per uniformità di dizione, non sarebbe nemmeno sorta dall'art. 26 del T.U. Cons. Stato, ma piuttosto dagli articoli 29 e 30 del medesimo testo unico²³⁹.

Non ci vuole certo uno sforzo di fantasia eccessivo per intuire che, riguardati nell'ottica di questa giurisprudenza successiva, gli argomenti dipanati nella decisione De Santis per scansare l'applicazione della teoria della continuità del rapporto processuale avrebbero acquisito un certo margine di opinabilità.

Non solo l'applicazione dell'istituto praticato in sede civile sarebbe divenuto improvvisamente assai utile, ma diveniva più arduo negare che il rapporto processuale mantenesse lo stesso carattere e lo stesso scopo ancorché promosso prima avanti al giudice ordinario e poi a quello amministrativo (e viceversa). Rimanevano soltanto le differenti formalità.

Ad ogni buon conto, l'attenta disamina delle origini e dei primi decenni di sviluppo della giurisprudenza della giudice

²³⁹ Cfr. la motivazione di Cons. Stato, Ad. plen., 18 dicembre 1940, cit.

amministrativo in materia di errore sulla giurisdizione accredita quantomeno una prima conclusione.

Il fatto di aver adito una giurisdizione sbagliata non era di per sé solo elemento considerato sufficiente ad escludere la praticabilità della teoria nata nel processo civile per le impugnazioni avanti a giudice incompetente. O, per meglio dire, il Consiglio di Stato non rifiutò di prendere in esame questa teoria semplicemente opponendo che in un caso vi era incompetenza, nell'altro difetto di giurisdizione.

A onor del vero una giurisprudenza cercò di abilitare quest'ultima idea. Non si trattava però del Consiglio di Stato, ma del Tribunale delle acque di Firenze²⁴⁰.

E anche di questa pronuncia del 1925 converrà dir qualcosa.

Giudicando un caso di tempestivo reclamo contro la stima dell'indennità di espropriazione per opere di bonifica proposto al tribunale ordinario di Modena, anziché al giudice delle acque pubbliche fiorentino, quest'ultimo in effetti rilevò che il riferimento al principio dell'efficacia dell'appello tempestivo a giudice incompetente era fuori luogo, perché "l'appartenenza dei giudicanti ad un unico grande organo giurisdizionale, quale nel suo complesso è la magistratura ordinaria, autorizza a considerare come unico anche un processo il quale si svolga e prosegua per fasi successive prima davanti ad un giudice d'appello incompetente e poi davanti ad altro giudice d'appello competente; ma ben diverso è il caso in cui per effetto dell'assoluta differenza della giurisdizione ordinaria adita rispetto alla giurisdizione speciale che avrebbe dovuto adirsi,

la impugnativa successivamente proposta innanzi a questa ultima, della quale il ricorrente provoca il giudizio sotto la condizione della osservanza da parte sua di modalità particolari che in massima non coincidono con quelle segnate nel codice di procedura civile, lungi dall'aver un semplice carattere formale di riassunzione o di riproduzione della lite, ha carattere sostanziale nel senso che sostituisce *ex novo* il precedente atto di impugnativa”.

Sicché, come osservò la dottrina rammentando questa sentenza, qui si prospettava l'idea che la domanda presentata al giudice ordinario in luogo di un organo della giurisdizione speciale sarebbe stata inefficace perché rivolta a giudice sfornito di giurisdizione sulla materia e non semplicemente incompetente²⁴¹.

La medesima dottrina tuttavia ebbe buon gioco nel rilevare che il ragionamento non si conciliava con la tesi prevalsa in sede civile, “in quanto per essa la validità della domanda dovrebbe dirsi non collegata in alcun caso alla possibilità che l'organo adito emetta una sentenza capace di passaggio in giudicato. La domanda sarebbe efficace come tale per l'affermazione del diritto in essa contenuta e quindi indipendentemente dal tipo di organo giurisdizionale adito”²⁴².

In realtà, il Tribunale delle acque pubbliche arrivò a quella considerazione in buona sostanza reputando che costituisse requisito essenziale dell'atto di reclamo concernente i danni derivanti da lavori di bonifica seguenti ad espropriazione che sia

²⁴⁰ Tribunale delle acque pubbliche di Firenze, 19 giugno 1925, est. Tommasini, in *Giur. it.*, 1925, I, 2, 594.

²⁴¹ Cfr. G. Scaduto, *op. cit.*, 741.

²⁴² G. Scaduto, *op. cit.*, 741-742.

adito un tribunale delle acque, e per di più con determinate forme, diverse da quelle necessarie per introdurre il giudizio avanti al giudice ordinario, sicché il reclamo proposto al tribunale ordinario doveva ritenersi nullo.

L'argomento, nel caso di specie, era probabilmente erroneo.

Ma lo stesso tribunale, incidentalmente, argomentò anche osservando che queste erano le medesime ragioni che avrebbero indotto a reputare invalida alla scopo di salvare dalla decadenza (ed inetta a costituire il rapporto processuale) “un’istanza nella materia del rapporto d’impiego pubblico disciplinata dalle ultime leggi di riforma della giustizia amministrativa ed a questa riservata, fatta al tribunale ordinario anziché alla giunta provinciale amministrativa, od a seconda dei casi, al consiglio di Stato”²⁴³.

Probabilmente anche questo esempio, nel suo riferirsi alla materia del pubblico impiego, non era fra i migliori.

Tuttavia qui riemerge con chiarezza la ragione che inibì al Consiglio di Stato di fare concreta applicazione della teorica del processo civile già a partire dalla decisione del 1892.

La tesi della continuità del rapporto processuale si basava sull'intrinseca validità della impugnazione al fine di istituire il rapporto processuale non solo con il primo, ma anche con il secondo giudice.

²⁴³ Cfr. motivazione in *Giur. it.*, 1925, I, 2, 597-598. A questo esempio la sentenza accosta pure quello della proposizione in via contenziosa di un reclamo contro la liquidazione di pensione a carico dello Stato fatta al tribunale ordinario anziché alla Corte dei conti.

Ma nel caso della citazione avanti al giudice ordinario in luogo del ricorso alla IV sezione vi si opponeva una palmare quanto semplice constatazione.

Tra le molte cose che il processo amministrativo sin dalle origini ebbe a condividere con il ricorso per cassazione²⁴⁴ vi era anche l'identificazione fra l'azione, o il mezzo di impugnazione, e l'organo a cui andava rivolta. In altre parole, così come non poteva esservi ricorso per cassazione che non fosse rivolto alla corte di cassazione, nemmeno poteva esservi ricorso al Consiglio di Stato che non fosse rivolto al Consiglio di Stato.

Pertanto, la domanda rivolta al tribunale civile, riguardata come ricorso al Consiglio di Stato, era nulla o per meglio dire inesistente²⁴⁵.

La vera ragione per cui il meccanismo immaginato dalla dottrina del processo civile non venne applicato dal giudice amministrativo non risiedeva dunque tanto nel fatto che in un caso si trattava di incompetenza, nell'altro di difetto di giurisdizione. Era invece la circostanza che all'erronea elezione di giurisdizione si accompagnava l'errore sul mezzo di azione da esperire, che a sua volta si identificava con il giudice da invocare.

²⁴⁴ Sulla tipologia cassatoria del processo amministrativo sin dalle origini, cfr., per tutti, F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XIX, 589 ss.

²⁴⁵ E lo stesso discorso poteva farsi per il ricorso in sede amministrativa proposto quando invece si doveva adire il Consiglio di Stato.

16. *Translatio iudicii* in verticale e legge 31 marzo 1877 sui conflitti di attribuzione. La preveggenete ipotesi di Chiovenda.

Una ricerca che miri ad indagare la genesi storica dell'istituto della trasmigrazione della causa tra plessi giurisdizionali diversi, ed in particolare tra giudice ordinario ed amministrativo, dovrebbe certamente dedicare ampio spazio alle problematiche sollevate dalla legge 31 marzo 1877 sui conflitti di attribuzione. O, più esattamente, ai poteri delle Sezioni unite della cassazione in tema di giurisdizione nel contesto della normativa anteriore all'odierno codice di procedura civile.

Ma la vastità del tema, in una con le difficoltà poste da una disciplina che in virtù delle molteplici e divergenti letture degli interpreti dell'epoca si presenta agli occhi moderni come una sorta di torre di Babele²⁴⁶, sconsigliano un approccio veramente analitico alla questione.

Piuttosto, conviene mettere in luce con molta semplicità una questione che si manifestò anche in tempi relativamente vicini all'entrata in vigore del c.p.c. del 1940, e non solo poiché essa aiuta a comprendere davvero molto del percorso dottrinale compiuto in anni recenti sul terreno della *translatio* e a cui si dedicherà apposita sede. Il sorprendente esito della sommaria indagine che si andrà adesso esponendo, infatti, ha un che di destabilizzante rispetto alle conclusioni cui si è appena approdati dopo una lunga e faticosa analisi. A conferma del fatto che l'intero problema corre lungo una linea di confine assai labile.

L'art. 3, n. 3, della legge del 1877 ebbe ad attribuire alle sezioni della Corte di cassazione di Roma la competenza a giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali, nonché della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere²⁴⁷. Calata nella sua origine storica la norma non era destinata a grande fortuna, poiché le giurisdizioni speciali mantenute in vita - per giunta in via transitoria - dalla legge di abolizione del contenzioso non solo erano in numero esiguo, ma, soprattutto, esigua era la loro competenza. Sicché gli stessi lavori preparatori denunciano la scarsa attenzione dei contemporanei verso questa disposizione, attratti invece a dedicare infinite dispute in ordine alla fattispecie della eccezione di incompetenza dell'autorità giudiziaria contemplata al n. 1²⁴⁸.

E' però un fatto storicamente accertato che quando fu istituita la giurisdizione amministrativa e mano a mano che questa operò, l'ambito applicativo dell'art. 3 n. 3 cominciò a dilatarsi. Soprattutto a seguito della legge 7 marzo 1907, n. 62 che spazzò via ogni dubbio in ordine al carattere giurisdizionale del consiglio di stato, attribuendogli pure il potere di decidere della propria competenza

²⁴⁶ La definizione è di F. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1977, 87.

²⁴⁷ Per una moderna analisi di questa norma, cfr. M. P. Gasperini, *Il sindacato della cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, 28 ss.; per un ulteriore approfondimento, F. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., in part. 83 ss.

²⁴⁸ In arg. F. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 83.

giurisdizionale, l'ambito applicativo dell'art. 3 n. 3 della legge del 1877 andò più nitidamente delineandosi²⁴⁹.

In buona sostanza due erano le fattispecie contemplate dalla disposizione.

Limitando l'indagine ai rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo, in primo luogo la norma assegnava alla cassazione il compito di risolvere i conflitti di giurisdizione positivi o negativi. La disposizione, non senza qualche incertezza, fu per lo più intesa a consentire il regolamento solo nel caso in cui il conflitto fosse reale²⁵⁰. Vale a dire solo nell'ipotesi in cui si fossero già avute due pronunce con le quali un giudice ordinario ed uno speciale si fossero entrambi detti competenti, oppure incompetenti.

²⁴⁹ Converrà rammentare che a norma invece degli artt. 40 e 41 della legge 2 giugno 1889, l'incompetenza per ragione di materia del Consiglio di Stato sollevabile dalle parti o d'ufficio, avrebbe costretto il Consiglio di Stato stesso a sospendere ogni decisione ed a rinviare gli atti alla Corte di cassazione per decidere sulla competenza. Sulla illogicità di questa mutilazione dei poteri del giudice amministrativo, giustificabile solo in ragione delle incertezze in ordine alla sua natura di giudice, cfr. L. Mortara, *Commentario*, I ed. cit., I, 418 ss. Altra considerazione che non può essere taciuta attiene al fatto che, pur avendo l'art. 6 della l. n. 62/1907 modificato l'art. 41 della legge del 1889 (poi art. 48 T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato), ed ammesso il ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato solo per assoluto difetto di giurisdizione, prevalse l'idea che la formula terminologica equivallesse a quella dell'art. 3 n.3 della legge del 1877 ove parlava di incompetenza ed eccesso di potere. Cfr. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1939, II, 359-360. In altre parole, pur nella equivocità del dato letterale, assai raramente si dubitò della ricorribilità per cassazione delle sentenze con cui il Consiglio di Stato aveva invaso una competenza del giudice ordinario.

²⁵⁰ G. Zanobini, *Corso*, cit., II, 462. Un propugnatore della necessità di ammettere il regolamento anche di fronte al conflitto solo virtuale fu L. Mortara, *Commentario*, già I ed., cit., I, 586, che sembra preludere ad un istituto del tutto simile al regolamento preventivo di giurisdizione. In arg. v. F. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 84; M. P. Gasperini, *Il sindacato*, cit., 33-34.

Così configurato, peraltro, questo mezzo assicurava sempre la continuazione del processo davanti al giudice che la cassazione dichiarava essere fornito di competenza (giurisdizione)²⁵¹.

In ordine invece all'ipotesi di ricorso per nullità delle sentenze emesse dal giudice amministrativo perché affette da incompetenza o eccesso di potere²⁵² il discorso si fece più delicato.

In verità non si dubitava della possibilità di ricorrere per cassazione contro la sentenza del Consiglio di Stato che avesse pronunciato su di una questione che invece spettava al giudice ordinario. La dottrina, e appresso la giurisprudenza, cominciarono invece ad un certo punto a reputare che il ricorso non potesse essere dato nel caso in cui il Consiglio di Stato si fosse dichiarato incompetente (oggi diremmo carente di giurisdizione)²⁵³.

E l'argomento dottrinale sviluppato a tal fine è assai interessante.

In buona sostanza, vi sarebbe stata una netta distinzione nella funzione esercitabile dalla cassazione adita in sede di regolamento dei conflitti, rispetto a quella alla medesima corte attribuita in sede di impugnazione contro la sentenza del giudice amministrativo. Mentre nel primo caso la corte regolava la competenza e la attribuiva ad uno dei due giudici in conflitto, nel secondo essa “non

²⁵¹ F. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 86. Tuttavia, come si vedrà appena avanti nel testo, poiché il conflitto era reale, e comunque tra due “giudizi” già instaurati (e quindi non mai solo latente), l'ipotesi non avrebbe dato luogo ad una vera e propria *translatio iudicii* perché al giudice competente tornava lo stesso giudizio che la parte aveva già presso di lui intrapreso.

²⁵² Ovvero, secondo l'equivalente formula dell'assoluto difetto di giurisdizione introdotta dalla legge del 1907.

²⁵³ In dottrina sostenne la tesi della improponibilità del ricorso, F. d'Alessio, criticando la soluzione favorevole alla proponibilità enunciata da Sez. un., 12 dicembre 1914, in *Foro it.*, 1915, I, 336. Si accodò a questa dottrina mutando orientamento, Sez. un., 7 gennaio 1918, Pres. Ed est. Mortara, in *Foro it.*, 1918, I, 193, con nota dello stesso F. d'Alessio ove si sviluppa ulteriormente la tesi.

ha che un potere *correttivo* dei vizi, il quale si conclude con un provvedimento molto più semplice, qual è quello della cassazione e dell'annullamento della decisione viziata, *senza potestà di rinvio*²⁵⁴. Al contenuto della sentenza cassatoria sarebbe stata quindi assolutamente estranea l'individuazione del giudice che ha competenza, con il risultato che in seguito ad essa non si sarebbe creato alcun vincolo in capo ad alcun giudice.

E mentre nel caso di ricorso avverso la sentenza del giudice amministrativo che aveva erroneamente ritenuto di essere competente la sentenza di annullamento della corte sarebbe stata utile, anche solo perché con ciò si annullava una pronuncia sul merito, nel caso di ricorso avverso la declinatoria si arrivò a concludere che una pronuncia della cassazione sarebbe stata sempre *inutiliter data*. Non solo essa, nel caso di rigetto del ricorso, non avrebbe impedito al giudice ordinario di dichiararsi a sua volta incompetente, ma nemmeno avrebbe, in ipotesi di accoglimento, vincolato il Consiglio di Stato a ritenersi competente²⁵⁵.

Ma più singolare dell'esito lo è l'argomento dottrinale nella specifica parte in cui intende dimostrare l'impraticabilità di un rinvio.

La dottrina infatti, non prese affatto le mosse dal caso in cui la cassazione avesse in ipotesi ad annullare la declinatoria del Consiglio di Stato bensì dall'ipotesi in cui si trattava di annullare

²⁵⁴ F. d'Alessio, nota in *Foro it.*, 1918, cit., 194, con corsivo dell'A. il quale poco dopo ancora insiste affermando che "quel che conta ai fini della nostra questione si è che la Cassazione adita per tale giudizio di nullità non abbia la *potestà di rinvio all'autorità ritenuta competente*".

²⁵⁵ F. d'Alessio, nota in *Foro it.*, 1918, cit., 196: Sez. un., 7 gennaio 1918, cit., 197.

una decisione del giudice amministrativo che aveva indebitamente ritenuto di essere competente.

In tal caso, si rilevò, la cassazione “dovrebbe rinviare la causa all’autorità competente, cioè all’autorità giudiziaria ordinaria. Ma ognuno – così posta l’ipotesi – bene intende la difficoltà di un dato rinvio; in quanto le azioni portate al giudizio del Consiglio di Stato o a quello dell’autorità giudiziaria non sono tra loro *identificabili*, sicché possa senz’altro, per ordine del magistrato superiore, e avuto solo riguardo alla *materia* della contestazione, ordinarsi uno scambio di giudice. L’azione, di vero, non si identifica per la sola *causa petendi*, ma ha come suo elemento essenzialissimo il *petitum*, il quale nel sistema della nostra legge è e *deve essere* diverso a seconda che il giudice sia quello amministrativo o quello ordinario. A questo non possono chiedersi se non provvedimenti che abbiano tratto agli effetti dell’atto amministrativo; a quello deve chiedersi la revoca dell’atto stesso”. Nel caso di sentenza esorbitante dalla competenza amministrativa, il rinvio della causa al giudice ordinario sarebbe stato quindi impedito poiché “avanti a questo non può dibattersi l’istessa causa, non può riprodursi l’identica azione, ma, pur ferma la *causa petendi*, deve diversamente concretarsi la domanda, il che è solo nell’arbitrio insindacabile delle parti”.

Nel caso di conflitto un simile problema non si sarebbe invece posto, “perché la risoluzione del conflitto presuppone già una duplice domanda, presentata ai singoli giudici. Onde la Cassazione può ben identificare, sulla base della domanda proposta a ciascun giudice, chi di esso errò nel ritenere o nel negare la propria competenza. E regolando la competenza, non ha bisogno di rinviare

ad un giudice la domanda proposta ad altro giudice, ma obbliga questo a riesaminare quella domanda che fu già innanzi ad esso stesso prodotta”²⁵⁶.

Ora, è evidente il clamoroso difetto logico dell’argomento che, anziché condurre alla conclusione desiderata, avrebbe proprio dimostrato il contrario.

Nel senso cioè, che se un rinvio non era possibile darsi cassando una sentenza che si era appropriata della giurisdizione altrui in ragione della differenza delle domande, questa ragione mai avrebbe potuto inibire al rinvio della stessa causa che tornava al Consiglio di Stato il quale se ne era ingiustamente spogliato.

Cionondimeno l’argomento è ad altro fine da tenere in debito conto. La *translatio iudicii* tra giudice amministrativo ed ordinario non si poteva dare, nemmeno per il medio della Cassazione, semplicemente perché la domanda proposta al primo giudice era necessariamente diversa da quella da proporsi al secondo. Motivazione in conferente al caso di specie, ma che conforta le considerazioni che in questa sede si è tentato di ripercorrere.

Senonché pochi anni dopo Chiovenda riprenderà la questione della proponibilità del ricorso per cassazione avverso la declinatoria del giudice speciale dedicandovi un apposito saggio²⁵⁷. Per perorare la tesi della proponibilità del ricorso sarebbe in effetti bastato al Maestro vedere che l’argomento portato dai detrattori era errato. Ma Chiovenda non vide l’errore, o forse non lo volle vedere, e

²⁵⁶ F. d’Alessio, nota in *Foro it.*, 1918, cit., 195.

²⁵⁷ G. Chiovenda, *La Corte di Cassazione come giudice della competenza*, in *Saggi*, cit., I, 339 ss. Si tratta di uno scritto del 1928.

portò l'intera questione su di un piano più generale con risvolti assai sorprendenti.

L'A. osserva che nella sua sostanza il giudizio sulla competenza si presenta sempre eguale a sé stesso. In ogni caso si tratta di esaminare una relazione di giudice a giudice. E ciò avviene anche quando il giudice sia chiamato a tale giudizio in via di eccezione.

In tutti i casi, si dice, negando la competenza d'un giudice si afferma la competenza d'un altro giudice, anche se indeterminato²⁵⁸.

Nel sistema processuale vigente (ossia nel codice di procedura del 1865), dominato dal principio per cui ogni giudice è giudice della propria competenza, questo giudizio, quando è compiuto dal giudice di merito non vincolerebbe alcun altro giudice a ritenersi competente o incompetente²⁵⁹.

Ma diverso è il valore di detto giudizio, perché crea un vincolo, quando è emesso dal giudice superiore in via di regolamento di competenza e proprio in ragione della collocazione gerarchica di questo giudice.

Ora questa differenza scomparirebbe invece quando la questione di competenza è portata avanti alla Corte di Cassazione perché questa

²⁵⁸ G. Chiovenda, *La Corte di Cassazione*, cit., 344. Più precisamente l'A. osserva che sebbene questo carattere sia più manifesto nel caso di pendenza di più liti identiche o connesse avanti a più giudici, o nel caso di conflitto reale negativo o positivo, anche nel caso di semplice eccezione levata in un unico giudizio si tratta di stabilire una relazione di giudice a giudice: “è difficile immaginare una eccezione di incompetenza in cui non si determini un altro giudice davanti a cui la causa dovrebbe essere portata. Ciò talvolta è necessariamente implicito nella eccezione (incompetenza per valore, per materia); altra volta la determinazione è semplicemente possibile. Certo è che negando la competenza d'un giudice si afferma la competenza 'd'un altro giudice, anche se indeterminato”.

²⁵⁹ G. Chiovenda, *La Corte di Cassazione*, cit., 345.

è il giudice per definizione superiore a tutti. Sicché la portata di detto giudizio non potrebbe differire a seconda che la questione approdi alla cassazione in sede di regolamento o di ricorso ordinario.

E a dimostrazione di detto assunto Chiovenda si appella con tono perentorio proprio alla disciplina dell'art. 544 c.p.c.: “certo è che quando la questione di competenza viene innanzi alla Corte di Cassazione in via di ricorso ordinario, noi vediamo la Corte Suprema investita di un potere, che da un lato è eccezionale rispetto alla sua naturale funzione, dall'altro corrisponde al potere che caratterizza il regolamento di competenza. O sia: *quando la Corte cassi la sentenza per violazione delle norme di competenza, statuisce su questa e rimanda la causa all'autorità competente* (art. 544 Cod. proc. civ.)”²⁶⁰. Con il che si dimostrerebbe che il giudizio sulla competenza della Corte è sempre eguale nella sua sostanza e nei suoi effetti di vincolo, rimanendo solo le differenze tra situazioni processuali che possono dar luogo al giudizio di competenza.

L'errore in cui sarebbe dunque incorsa la dottrina nell'impostare la questione della proponibilità del ricorso contro una decisione d'incompetenza da parte del giudice speciale risiederebbe nel supporre “una sostanziale differenza di contenuto e di effetti fra il potere di annullamento e il potere di regolamento” mentre nell'interpretare l'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877 il giurista dovrebbe prendere a punto di partenza non solo la collocazione che nell'ordinamento ha la Corte di Cassazione già a partire dalle leggi

preesistenti, ma pure il fatto che le potestà della Corte sono quelle previste dal codice di procedura²⁶¹.

Cosa poi davvero intendesse l'A. nell'invocare e sottolineare la lettera di questa disposizione è questione perplessa e che si cercherà di chiarire qui appresso. Ma sin d'ora vale la pena di segnalare che alla menzione dell'art. 544 segue immediata la considerazione che la norma vuol dire che "quando la Corte Suprema pronuncia sulla questione di competenza, anche se questa si presenta in via di ricorso ordinario, ha la potestà di dichiarare vincolativamente o (come inesattamente usa dire) di attribuire la competenza anche di fronte a un altro giudice, rimasto finora estraneo al processo, senza che questo possa, s'intende, declinare la competenza riconosciuta dalla Suprema Corte, e render necessario un ulteriore regolamento di competenza". E nel suo riferirsi ad un giudice rimasto estraneo al processo, si prelude chiaramente a quella interpretazione ampia dell'ambito di applicazione dell'art. 544 che a suo tempo si è qui avuto modo di rammentare e propugnata dallo stesso Chiovenda nel successivo saggio sulla litispendenza.

Ma prima di impegnare, sempre attraverso le parole di Chiovenda, il nocciolo della questione, vale la pena di fare subito una riflessione.

²⁶⁰ G. Chiovenda, *La Corte di Cassazione*, cit., 346, con corsivo e neretto dell'A.

²⁶¹ Chiovenda rammenta che già nella legge 12 dicembre 1875 la Corte di Cassazione di Roma era competente a giudicare i conflitti tra i tribunali ordinari e i tribunali speciali alla stessa stregua dei conflitti tra autorità giudiziarie dipendenti da diverse Corti di Cassazione "e nel quadro delle sue ordinarie potestà, ivi compresa quella prevista dall'art. 544 Cod. proc. civ." sicché assegnando alle Sezioni unite queste attribuzioni la legge del 1877 avrebbe utilizzato un organo preesistente senza modificarne struttura e funzioni (v. *op. cit.*, 347-348).

In questo saggio Chiovenda tratta il problema dei poteri della Cassazione in ordine alla decisione sulla competenza di un giudice speciale – e segnatamente del giudice amministrativo - in rapporto al giudice ordinario, come se si trattasse del problema dei poteri della Corte a fronte della decisione sulla competenza di un giudice ordinario in rapporto ad altro giudice ordinario.

Insomma, tratta la questione di giurisdizione come quella di competenza. E ciò non solo quando il suo ragionamento si dispone sul piano concettuale (in ordine cioè alla natura del giudizio sulla competenza, come giudizio di relazione di giudice a giudice), ma pure quando si distende sul quello normativo. Applica infatti al sindacato sulla giurisdizione, una norma dettata per quello sulla competenza.

Ed ecco allora la soluzione delle varie ipotesi che Chiovenda prospetta.

“Giudicando pertanto sul ricorso contro una decisione di giurisdizione speciale che si sia dichiarata incompetente, le Sezioni Unite statuiranno sulla competenza, e, secondo i casi, accogliendo il ricorso e annullando la decisione rimanderanno la causa alla giurisdizione speciale, la quale non potrà altrimenti ricusarsi di pronunciare, o rigettando il ricorso attribuiranno alla decisione della giurisdizione speciale una efficacia vincolativa o per l'autorità giudiziaria o per quell'altra giurisdizione speciale che la Corte Suprema avrà dichiarato di ritenere competente. Nel caso inverso, di decisione cioè con cui la giurisdizione speciale si sia dichiarata o ritenuta competente, accadrà – è inutile dirlo – lo stesso: le Sezioni Unite, annullando la decisione, statuiranno sulla competenza

dell'autorità giudiziaria o di una diversa giurisdizione speciale; rigettando il ricorso, confermeranno la decisione di competenza con efficacia vincolativa per tutti i giudici”.

Si noterà che l'A. dice a chiare lettere che la causa viene rimandata al giudice speciale se costui si è erroneamente dichiarato incompetente.

Quando invece la giurisdizione speciale si sia erroneamente dichiarata competente, il linguaggio si fa più cauto. Chiovenda qui dice che la Corte statuisce, ma non vi aggiunge che la causa è rinviata.

Tuttavia, l'A. ha ben presente l'obiezione della dottrina che intende contestare e non si sottrae ad una considerazione finale.

“Si è posta innanzi la impossibilità in cui le Sezioni Unite si troverebbero di rimandare la causa all'autorità giudiziaria quando riformassero una dichiarazione di competenza delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, dato che l'oggetto della domanda nel ricorso al Consiglio di Stato è la riforma dell'atto amministrativo, cioè quello appunto che all'autorità giudiziaria non può domandarsi. Ma questa difficoltà mi sembra immaginaria. Poiché, nell'atto stesso in cui le Sezioni Unite dichiareranno l'incompetenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, affermando che il ricorso è di competenza dell'autorità giudiziaria, a sensi dell'art. 26 testo unico 26 giugno 1924, n. 1054, esse si troveranno necessariamente a determinare l'oggetto, più ridotto insieme e più ampio (dichiarazione di diritto soggettivo), che può esser proposto come contenuto dell'azione ordinaria”²⁶².

²⁶² G. Chiovenda, *La Corte di Cassazione*, cit., 348-349.

Ora, si percepirà solo al termine della presente ricerca la straordinaria modernità di questo passo, specie ove allude alla possibilità che attraverso una sentenza sulla giurisdizione si modifichi l'oggetto del processo.

Per ora basti constatare una cosa. Chiovenda, perlomeno in questo studio, non vedeva quindi un insormontabile ostacolo ad ammettere che un processo iniziato presso il giudice amministrativo fosse “mandato” al giudice ordinario. Ed il grimaldello per far transitare la causa da un plesso giurisdizionale all'altro fu da subito visto nella disciplina che regolava le funzioni della Corte di Cassazione²⁶³.

Ne si pensi che Chiovenda rimase da solo su questa strada.

Basterebbe a tal proposito leggere quanto scritto da Zanobini appena prima dell'entrata in vigore del codice che avrebbe assorbito la disciplina della legge del 1877.

Commentando l'art. 4 della legge sui conflitti nella parte in cui stabiliva che la decisione della cassazione sulla questione di competenza “quando prosegua il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità dell'azione”, Zanobini si interroga sulla portata dell'inciso “quando prosegua il giudizio”. E sebbene rilevasse che la dottrina aveva discusso il significato della disposizione come limitato al caso in

²⁶³ Ed è la stessa norma che Chiovenda utilizzerà due anni dopo, nel citato saggio sulla litispendenza, per dimostrare che la causa poteva trasmigrare dal giudice di primo grado incompetente a quello competente nell'ambito della giurisdizione ordinaria. In effetti chi voglia leggere i due saggi chiovendiani come scritti pressoché contestualmente, trascurando ciò che l'A. ebbe a scrivere in altre sedi, non tarderebbe a comprendere che dal loro impianto concettuale era brevissimo il passo per ipotizzare una trasmigrazione del giudizio tra giudici di merito appartenenti a giurisdizioni diverse.

cui la Cassazione avesse affermato la giurisdizione del giudice adito dalla parte, opinò, di contro che “il giudizio non prosegue, solo nel caso in cui la controversia esuli dalla competenza di qualunque autorità giurisdizionale: se, invece, la Cassazione dichiara competente l’autorità adita, oppure dichiara la medesima incompetente perché la questione appartiene ad una altra giurisdizione, il giudizio può in ogni caso proseguire”. Aggiunse in nota, con intuito fulmineo, che la preclusione alla prosecuzione poteva semmai “derivare dalla scadenza del termine relativo al giudizio presso la giurisdizione speciale”²⁶⁴.

A dire il vero, il percorso compiuto dalla dottrina mezzo secolo dopo era per buona parte già scritto nelle parole di questi antichi Maestri.

²⁶⁴ G. Zanobini, *Corso*, cit., 468.