

PARTE II.

**IL LENTO INCEDERE DELLA *TRANSLATIO*
IUDICII DALLE QUESTIONI DI COMPETENZA
ALLE QUESTIONI DI GIURISDIZIONE.**

Capitolo 3.

La trasmigrazione della causa al giudice competente nel codice di procedura civile del 1940: il modello tra tecnica processuale ed effetti sostanziali.

Sommario: 1. La genesi degli artt. 44, 45 e 50 c.p.c: la proposta di riforma del procedimento civile della Commissione per il dopo guerra presieduta da Chiovenda. 2 (segue): Il progetto Carnelutti e l'art. 214. 3 (segue): Il progetto Solmi. 4. La trasmigrazione del processo dal giudice incompetente a quello competente nel c.p.c. del 1940. In particolare, sul nesso fra *translatio* e vincolo all'indicazione di competenza. 5. L'inquadramento teorico della riassunzione fra gli atti di impulso processuale e le sue conseguenze sul terreno della *translatio*. 6. (segue): Un cenno al modello di riassunzione nel giudizio di rinvio a seguito di cassazione della sentenza per motivi diversi dalla competenza e giurisdizione (artt. 392, 394 c.p.c.) 7. Alcune questioni sorte in merito all'applicazione dell'articolo 50 c.p.c. 8.(segue): Cenni al problema delle decadenze, preclusioni e dell'efficacia delle prove. 9 (segue): La sorte della cautela. 10. Dall'impugnazione al giudice incompetente all'errore sull'impugnazione. I limiti connaturati alla tecnica della *translatio*. 11. (segue): Il caso della dichiarazione di incostituzionalità dell'istituto del reclamo avverso il decreto del giudice delegato di riparto in sede fallimentare. Tra invocazione del rimedio della restituzione in termini ed interruzione di un termine di decadenza. 12. (segue): In margine alla tesi di C. E. Balbi sulla rimessione in termini per errore scusabile dal potere di impugnare. 13. La disciplina dell'interruzione della prescrizione per effetto di domanda giudiziale nel codice civile del 1942 ed il suo rapporto con l'articolo 50 del c.p.c. 14. Interruzione della prescrizione e domanda a giudice carente di giurisdizione. L'inizio del dissidio tra Vaccarella ed Oriani. 15. L'accoglimento giurisprudenziale, sul terreno della prescrizione, della tesi di Oriani. 16. Impedimento della decadenza e difetto di giurisdizione. Sulla possibile giustificazione della regola giurisprudenziale che nega effetto sostanziale alla domanda. 17 (segue): Contestualizzazione della regola che nega effetto sostanziale alla domanda nei rapporti tra

giudice ordinario ed amministrativo. 18. Uno sguardo alla disciplina del processo amministrativo in tema di incompetenza. In particolare, sulla ambiguità della tecnica delineata dall'art. 31 ult. co., l. TAR. 19. (segue): Le conseguenze dell'errore nella individuazione del Tar competente, quando la competenza è assoluta (o funzionale). L'inammissibilità della *translatio* ed il principio di consunzione dell'azione.

1. La genesi degli artt. 44, 45 e 50 c.p.c: la proposta di riforma del procedimento civile della Commissione per il dopo guerra presieduta da Chiovenda.

Circa dieci anni prima di esprimere il suo convincimento in merito alla possibilità di far transitare il processo in primo grado dal giudice incompetente a quello competente pur a fronte della disciplina del codice del 1865, Chiovenda elaborò un progetto di riforma del codice di procedura significativamente innovativo anche sul punto¹.

Stando all'articolo 73 del progetto, rubricato "Dichiarazione d'incompetenza", "L'autorità giudiziaria che si dichiara incompetente dovrà insieme, se una parte ne faccia istanza, rimettere le parti innanzi l'autorità giudiziaria competente, ove questa possa essere determinata.

Divenuta definitiva la sentenza, la causa si considera pendente avanti l'autorità giudiziaria a cui le parti furono rimesse, e questa dovrà conformarsi alla decisione data sulla questione della competenza.

¹ Si veda il testo del Progetto di riforma del procedimento civile elaborato nel 1920 dalla Commissione per il dopo guerra in G. Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile*, a cura di A. Proto Pisani, Milano, 1993, II, 113 ss.

Prima che la sentenza diventi definitiva, potrà chiedersi il regolamento di competenza a norma degli art. 108 e segg. Cod. proc. civ.”.

Peraltro, benché il dato venga oggi di solito trascurato, il successivo articolo 74, rubricato “Competenza d’ autorità giudiziaria inferiore”, recitava che “La sentenza dell’ autorità giudiziaria non potrà mai impugnarsi pel motivo che la causa fosse di competenza d’ autorità giudiziaria di grado inferiore a quella che ha pronunciato oppure di una giurisdizione speciale, salvo che si tratti d’ una giurisdizione in materia amministrativa”.

Relazionando la prima norma, Chiovenda osservava che “in materia di competenza è principio fondamentale della legge attuale che la decisione del giudice che si dichiara incompetente non vincola alcun altro giudice: di modo che si assiste non di rado alla riproduzione successiva della questione di competenza davanti a giudici diversi, in prima e in seconda istanza. Accade così che la causa va errando d’ uno in altro tribunale, prima di trovare il suo giudice, con singolari complicazioni processuali. Né pone rimedio a questo male l’ istituto del regolamento di competenza, a cui non può farsi ricorso, se non quando la causa penda contemporaneamente davanti a diverse autorità giudiziarie, o quando si siano ottenute due decisioni entrambe positive o negative sulla competenza (articoli 108 e 115 Cod. proc. civ.). La Commissione ha consentito col relatore in una proposta di apparente arditezza, che, di fronte al vantaggio certo di affrettare la determinazione definitiva della competenza, non sembra nascondere alcun reale pericolo. *L’ autorità giudiziaria* (non il giudice speciale) che si dichiara

incompetente, dovrà insieme, se una parte ne faccia istanza, rimettere le parti innanzi l'autorità giudiziaria competente, ove questa possa essere determinata; divenuta definitiva la sentenza, la causa si considererà senz'altro come pendente davanti l'autorità giudiziaria a cui le parti furono rimesse, e questa dovrà conformarsi alla decisione data sulla questione della competenza (art. 73). La serie dei reclami ammessi contro ogni decisione sulla competenza è sufficiente garanzia di retta applicazione della legge di competenza, senza che occorra riaprire la questioni dinanzi al giudice a cui le parti furono rimesse. Ma v'ha di più: estendendosi l'istituto del regolamento di competenza anche al caso in cui v'è una sola causa pendente, per modo che non si ha un *reale* conflitto (né attuale né virtuale) di attività giurisdizionali, ma soltanto la *possibilità* d'un conflitto, si ammette la parte a chiedere, prima che la decisione diventi definitiva, il regolamento di competenza all'autorità immediatamente superiore da cui dipende tanto il giudice che ha pronunciato, quanto il giudice a cui le parti furono rimesse (art. 73, 2° capv.)”².

Che la disciplina del codice di procedura del 1940 debba molto, anche sul punto, alla proposta di Chiovenda è cosa ben nota ai processualcivilisti³.

Così come è condivisa l'osservazione che l'aspetto più dirimpente della tradizione del vecchio codice, nel progetto chiovendiano, non

² Si veda la Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra, in *Saggi*, cit., II, in part. 86-87, con corsivi dell'A.

³ Cfr. ad es., F. Cipriani, *Il regolamento facoltativo di competenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 517 in nota; Id. *Riparto di giurisdizione e < translatio iudicii >*, in

sarebbe stata tanto e solo nella possibilità di configurare una trasmigrazione del rapporto processuale dal giudice che si dichiara incompetente a quello da questo indicato. Del resto, la stessa relazione di Chiovenda sul punto non indulge granché.

Molto più dissacrante rispetto al passato era l'idea di abbattere il principio kompetenz-kompetenz. Il giudice *ad quem*, infatti, secondo questo progetto, non avrebbe mai potuto dichiararsi a sua volta incompetente e nemmeno ribellarsi all'indicazione del giudice *a quo*. E poiché il principio kompetenz-kompetenz implica non solo che ogni giudice ha competenza a decidere della propria competenza, ma, per reciprocità, che un giudice non può decidere con effetto vincolante della competenza di un altro, ben si intende come la norma immaginata da Chiovenda ne deviasse⁴.

Va però qui evidenziato che Chiovenda, nella relazione, sentì l'esigenza di puntualizzare che solo l'autorità giudiziaria poteva accompagnare alla declinatoria di competenza l'indicazione del giudice competente. Questo non lo poteva fare il giudice speciale.

Cosa intendesse l'A. per "giudice speciale" non è del tutto chiaro. Del resto, la precisazione lascia aperto un suggestivo interrogativo legato all'ipotesi che l'autorità giudiziaria declinasse la competenza a favore di un giudice speciale.

Anche la spiegazione che Chiovenda dà del successivo articolo 74 non contribuisce a dar lumi.

Riv. trim.dir. proc. civ., 2005, 729 ss., in part. 732-733; R. Anecchino, *Note sul regolamento di competenza d'ufficio*, in *Dir. e giur.*, 1990, 607.

⁴ Che in questo vincolo per il giudice *ad quem* consistesse la vera arditezza della proposta chiovendiana lo rammenta F. Cipriani, *Il regolamento facoltativo*, cit., 517.

Si sarebbe trattato di “un’altra proposta diretta a troncare al più presto ogni incertezza sulla competenza (...)” secondo la quale “la sentenza dell’*autorità giudiziaria* (non del giudice speciale) non potrà mai impugnarsi pel motivo che la causa fosse di competenza di un’*autorità giudiziaria* di grado inferiore a quella che ha pronunciato, oppure di una giurisdizione speciale purché non amministrativa”⁵.

Par dunque di capire che Chiovenda negasse sempre che il giudice speciale potesse arrogarsi una competenza dell’*autorità giudiziaria*. Ammetteva invece che l’*autorità giudiziaria* potesse avocare una competenza del giudice speciale, ma non quella del giudice amministrativo.

Ora si potrebbe discutere all’infinito in merito a questi passaggi.

Si potrebbe osservare *de plano* che nel suggerire l’introduzione del meccanismo della *translatio* con annesso il vincolo per il giudice *ad quem* Chiovenda proprio intendesse escludere che questa disciplina trovasse applicazione nei rapporti fra giudice ordinario e speciale⁶.

Certo però che è assai significativo constatare che quando la *translatio* era solo – si direbbe – nella mente dell’A., già evidentemente si poneva il dubbio della sua estensione ai rapporti tra giudice ordinario e speciale.

⁵ Chiovenda prosegue osservando “se il tribunale abbia a torto ritenuto di propria competenza una causa che apparteneva alla competenza del pretore, vale la pena di salire alla Corte d’appello e poi alla Corte di cassazione per ottenere che la causa ricominci da capo davanti al pretore? Contro i pericoli di sconfinamenti a danno della competenza d’un giudice inferiore basta la garanzia della decisione del giudice adito: ogni ulteriore garanzia si paga a troppo caro prezzo”.

Ad ogni buon conto, è più interessante rammentare quale fosse l'idea di fondo che Chiovenda aveva della competenza e che consigliò di formulare questa proposta normativa.

Il principio kompetenz-kompetenz, secondo Chiovenda, aveva un senso quando vigeva la concezione patrimoniale della giurisdizione, ossia quando il potere giurisdizionale spettava al capo politico ed era ereditario, così che ogni giudice era non solo geloso delle proprie prerogative, ma anche comprensibilmente portato ad ampliare la sfera della propria competenza. Viceversa, nello stato moderno, nel quale il potere giurisdizionale appartiene allo Stato e rappresenta una componente essenziale della sua sovranità, i giudici non possono che essere funzionari dello Stato, per i quali un problema di reciproche gelosie non ha alcuna ragione di essere⁷.

2. Il progetto Carnelutti e l'art. 214.

Un successivo progetto di riforma che, per quel che qui rileva, era ispirato ad una scelta diversa è quello del 1926 di Carnelutti.

Una volta stabilito che la parte convenuta avrebbe dovuto nella prima udienza di istruzione proporre le questioni intorno alla competenza del giudice, e precisato che l'eccezione di incompetenza si ha come non proposta se chi la propone non designa il giudice che ritiene competente a decidere sulla

⁶ Sembrerebbe questa la conclusione se si osserva che l'articolo 73 prevedeva la possibilità di rimettere le parti innanzi "all'autorità giudiziaria" competente.

⁷ Che questo fosse il pensiero da cui muove la proposta di riforma di Chiovenda lo rammenta F. Cipriani, *Riparto di giurisdizione*, cit., 732.

domanda⁸, l'art. 214 stabiliva che “Quando sia proposta una questione di competenza, ciascuna parte può chiederne la soluzione al giudice immediatamente superiore, nella cui circoscrizione hanno ufficio i giudici designati dalle parti.

Tale richiesta si propone davanti al giudice adito. Questi assegna a ciascuna parte un termine, non minore di cinque e non maggiore di quindici giorni, per la produzione di una comparsa, nella quale siano esposte le ragioni di fatto e di diritto influenti sulla risoluzione della questione; indi, trascorso detto termine, trasmette senza ritardo al giudice, che deve risolverla, le comparse insieme col fascicolo di istruzione.

Il giudice indicato nel primo comma stabilisce con ordinanza quale sia il giudice competente. Intorno alla competenza di questo, salvo che per titolo diverso da quello per cui fu stabilita, nessuna questione può essere più sollevata.

La ordinanza è trasmessa dall'ufficio insieme con gli atti al giudice competente, il quale ne dà avviso a ciascuna parte. In ogni caso la domanda si considera come proposta fin dall'inizio avanti di questo; però della soccombenza sulla questione di competenza si tiene conto agli effetti dell'art. 29.

Dal giorno, in cui è fatta la richiesta, di cui al primo comma, a quello, in cui è dato a ciascuna parte l'avviso di cui al comma precedente, il processo è sospeso”.

⁸ Cfr, artt. 211-213 in F. Carnelutti, *Progetto del codice di procedura civile*, I. *Del processo di cognizione*, Padova, 1926. Si tenga presente che a norma dell'art. 67, nel caso in cui la domanda fosse stata proposta ad un giudice incompetente per territorio o valore (non quindi per materia o funzione) se il convenuto non formulava eccezione alla prima udienza, il giudice adito sarebbe divenuto competente per c.d. elezione tacita.

Ora, nel corpo di questo progetto non era previsto che il giudice di merito accompagnasse alla sentenza declinatoria di competenza la rimessione della parti avanti al giudice competente. Sicché la chiusura del processo in rito per incompetenza era ben ancora possibile.

E quando anche, attraverso il regolamento di cui all'art. 214, sembra si abilitasse alla prosecuzione del processo presso il giudice individuato come competente da quello superiore, il concetto è espresso con una formula quantomeno assai timida.

Si dice infatti che la domanda si considera come proposta avanti al giudice competente sin dall'inizio, con questo volendo forse specificare che sin dalla proposizione della domanda iniziale – avanti al giudice incompetente – dovevano imputarsi gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta al giudice competente⁹.

E proprio sul punto gioverà un chiarimento assai utile anche nel prosieguo della presente ricerca.

La trasmigrazione del processo da un giudice all'altro (perlomeno se si guarda al fenomeno contemplato dall'articolo 50 c.p.c.) implica come effetto si direbbe connaturato che gli effetti della domanda siano da ricondurre a quella proposta avanti al giudice incompetente. Altra domanda in effetti non c'è. E del resto, il

⁹ Per una lettura in questo senso dell'articolo 214 del progetto Carnelutti, cfr. C. Consolo-M. De Cristofaro, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.*, 2007, 746 nota 5. Ma a onor del vero non doveva pensare a questa lettura V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1941, I, 150, che invece riteneva che la formula utilizzata dall'articolo 214 del progetto Carnelutti esprimesse lo stesso concetto dell'articolo 50 c.p.c., ove si dice che il processo continua.

fenomeno della *prosecuzione* di un unico rapporto processuale implica *ex necesse* questa conseguenza, che però non è l'unica.

Viceversa, il risultato dell'imputazione degli effetti alla domanda proposta avanti a giudice incompetente, può essere realizzato anche con tecniche normative che non necessariamente implicano un fenomeno di prosecuzione del rapporto processuale. Basta la *fiction iuris*, cioè, di una sorta di retroazione degli effetti della domanda (proposta al giudice competente) al momento in cui fu proposta la domanda a quello incompetente.

3. Il progetto Solmi.

Per la verità, nemmeno nel progetto definitivo Solmi era prevista una disposizione del tenore dell'art. 50 c.p.c., che cioè con chiarezza consentisse alla prosecuzione del processo, dopo la sentenza declinatoria di competenza, presso il giudice competente¹⁰.

In tale progetto, infatti, la questione si accentra sul regolamento di competenza, e l'effetto della prosecuzione sembrerebbe se del caso collegato a questo istituto. Che poi quella della disciplina del regolamento di competenza fosse la vera novità del progetto lo conferma la relazione stessa ove si rammenta che l'istituto del regolamento di competenza, come già previsto nel progetto

¹⁰ Cfr. la relazione ed il progetto in *Codice di procedura civile, progetto definitivo e relazione del guardasigilli On. Solmi*, Roma, 1939. Rimanevano in realtà ferme le ipotesi di continuazione già previste nel Cod. del 1865, e cioè legate alla c.d. incompetenza sopravvenuta per effetto di questione incidentale, riconvenzione, connessione (v. artt. 121, 122 e 126) con la previsione, però, in

preliminare, “ha riscosso il plauso generale, in quanto riesce veramente a rendere possibile la rapida e definitiva risoluzione delle questioni di competenza, vantaggio assai notevole quando si pensi alle complicazioni e alle lungaggini a cui esse oggi danno luogo”¹¹.

L’articolo 127 disciplinava la sentenza dichiarativa di incompetenza disponendo che la parte interessata non potesse impugnarla se non proponendo istanza di regolamento di competenza. E che nel progetto Solmi non vi fosse ancora una chiara scelta nel senso della *translatio* lo si evince proprio dalla relazione a questo articolo, ove si afferma che il giudice “deve pronunciare sentenza quando si spoglia del processo e ordinanza quando questo debba proseguire innanzi a lui” (il riferimento è all’ipotesi in cui, sorta la questione, *ex* articolo 128 il giudice avrebbe dovuto emettere ordinanza se affermava di essere competente), essendo quindi ovvio “che la incompetenza non può essere dichiarata che con sentenza, salvo i casi di rimessione ad altro giudice, che sono regolati a parte”. La rimessione ad altro giudice, in quest’ottica, riguardava solo i casi in verità già contemplati nel vecchio codice, e non aveva portata generale.

L’articolo 130, rubricato “Conflitto di competenza” disponeva però che “Il giudice, che in seguito ad una precedente dichiarazione di incompetenza di altro giudice ritiene di essere ugualmente incompetente, richiede d’ufficio il regolamento di competenza”.

dette ipotesi della necessità che il giudice fissasse un termine perentorio per la riassunzione.

¹¹ Cfr. la relazione in *Codice di procedura civile, progetto definitivo e relazione del guardasigilli On. Solmi*, cit., 43.

Sicché nel progetto ne usciva una disciplina ben strana, in cui da un lato non si parlava di prosecuzione, ma d'altro lato si ammetteva la natura vincolante della sentenza declinatoria anche per il secondo giudice.

Quanto poi al regolamento, che spettava alla Corte d'appello, l'articolo 138 statuiva che "l'ordinanza che regola la competenza determina quale è l'autorità giudiziaria competente a conoscere della domanda; dà i provvedimenti occorrenti per la prosecuzione del giudizio ed eventualmente per la riunione delle cause, rimettendo, se del caso, le parti in termini per provvedere alla loro difesa. Fissa altresì il termine perentorio per la riassunzione della causa quando questa deve proseguire. Se la causa non viene riassunta nel termine stabilito, il processo si estingue". Una disciplina che, quindi, avrebbe lasciato aperti molti dubbi in merito alla reale presenza del principio della *translatio* come regola assoluta, pur nel caso in cui il regolamento di competenza fosse stato promosso, in via d'impugnazione dalle parti, o d'ufficio dal secondo giudice¹².

Stando così le cose, diviene più evidente quale significato abbiano gli articoli 44, 45 e 50 del c.p.c. del 1940, come è dimostrato dalla loro genesi¹³.

¹² In realtà si sarebbe potuto anche concludere che se proposto in via d'impugnazione della sentenza che declinava la competenza, o dell'ordinanza che la affermava, il regolamento avesse effetto prosecutorio solo quando si decideva per la competenza di quel giudice; se invece proposto d'ufficio dal secondo giudice, si poteva altrettanto bene concludere per la prosecuzione nel caso in cui la Corte d'appello ritenesse la competenza del giudice che l'aveva sollevato, ma non per questo che presso il secondo giudice proseguiva la stessa causa iniziata presso il primo.

¹³ Sulla questione R. Anecchino, *Note sul regolamento*, cit., 604 ss.

In realtà, i codificatori intesero abbracciare in modo più deciso la proposta autenticamente riformatrice di Chiovenda e dell'articolo 73 del progetto della Commissione per il dopo guerra: si affermò la *translatio iudicii* nell'articolo 50¹⁴; si scardinò l'assolutezza del principio kompetenz-kompetenz attraverso gli articoli 44 e 45.

Solo che, in questo secondo obiettivo, alle istanze più propense ad abbandonare radicalmente la tradizione si opposero gli esponenti della Corte di cassazione, sicché ne uscì una soluzione meno nitida rispetto al progetto Chiovenda¹⁵.

Qui si immaginava che il giudice *ad quem*, a cui la causa perveniva dal giudice che in una con la declinatoria affermava anche la competenza dell'altro, mai avrebbe potuto non ritenersi vincolato da tale indicazione.

Attraverso la disciplina degli articoli 44 e 45 questa regola ricevette un integrale avallo nei casi di incompetenza territoriale derogabile e per valore.

¹⁴ Lo comprese con notevole lucidità da subito V. Andrioli, *Commento*, cit., I, p. 141-142 (sub art. 44), p. 143-144 (sub art. 45), p. 150 (sub art. 50). L'A. rileva ad es. che “nel sistema del codice 1940, la pronuncia del giudice che si dichiara incompetente vale, comunque, ad investire della trattazione della controversia il giudice indicato come competente: in altre parole, si verifica quella *trasmigrazione* della controversia avanti al giudice competente che il Chiovenda (...) riteneva possibile per il procedimento di primo grado in base al principio dell'unità del rapporto processuale, e che il Mortara (...) applicava addirittura all'appello avanti al giudice incompetente” (v. *op. cit.*, 143). E poi ancora, “la citazione avanti a giudice poi riconosciutosi o dichiarato incompetente, vale a costituire un valido rapporto processuale, nel senso che il processo, una volta dichiarata la incompetenza, *trasmigra* avanti al giudice indicato o dichiarato competente” (v. *op. cit.*, 150).

¹⁵ Riferisce T. Carnicini, *Ricordo di tre magistrati (Giuseppe Azzariti – Dino Mandrioli – Leopoldo Conforti)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 1273 ss., a p. 1276, che spettò a Dino Marioli il ruolo di mediare l'opposizione dei più alti esponenti della Corte di cassazione che mal digerivano l'idea di deflettere dalla vecchia regola (propria del tempo delle *sportulae*) secondo cui ogni giudice è giudice della sua competenza.

Nei casi, invece, di incompetenza territoriale *ex art. 28* e per materia, si adottò la soluzione che il progetto Solmi immaginava come generale.

Il giudice *ad quem* può ribellarsi all'indicazione di competenza contenuta nella sentenza del giudice *a quo*. Ma per farlo deve sollevare d'ufficio il regolamento.

Ora, se ben si osserva, la soluzione dettata dal codice del 1940 per queste ipotesi di incompetenza non è perfettamente consequenziale né all'idea che il principio kompetenz-kompetenz sia stato qui integralmente conservato, né all'idea che sia stato abolito¹⁶. Il primo capo dell'alternativa implicherebbe di conservare al giudice il potere di declinare a sua volta la competenza. Il secondo di vietargli di sollevare la questione seppur in via di regolamento d'ufficio.

E' probabilmente proprio l'ambiguità di questa scelta positiva che sta alla base delle difficoltà incontrate dalla dottrina nel ricostruire la trama delle disposizioni normative, come presto si cercherà di evidenziare sinteticamente.

Conviene però chiudere il presente paragrafo rammentando piuttosto che pure la relazione del Guardasigilli n. 26 giustifica le novità del codice del 1940 affermando che per evitare eccezioni di incompetenza a scopo puramente dilatorio, così come la riproposizione della stessa questione avanti a giudici diversi "si è

¹⁶ Sebbene i primi autorevoli commentatori, confortati dalla relazione ministeriale, abbiano invece ricostruito la disciplina degli articoli 44 e 45 proprio nel senso che "per quel che concerne la competenza territoriale inderogabile e quella per materia, il principio per il quale ogni giudice è esclusivo giudice della propria competenza rimane fermo". Così V. Andrioli, *Commento*, cit., 142.

notevolmente ristretto l'ambito del principio tradizionale e risalente ad una concezione patrimoniale, oggi tramontata, della giurisdizione, secondo il quale ad ogni giudice dovrebbe essere riservata in maniera esclusiva la competenza a decidere sulla propria competenza; e si è adottato, nei limiti che ora si preciseranno, il principio accolto in altre legislazioni e meglio rispondente all'idea moderna dell'unità della giurisdizione, secondo il quale la decisione passata in giudicato con cui il giudice prima adito si dichiara incompetente e designa come competente un altro giudice, è, in certi casi, vincolante per il giudice dinanzi al quale le parti sono rimesse per la continuazione del processo”¹⁷.

4. La trasmigrazione del processo dal giudice incompetente a quello competente nel c.p.c. del 1940. In particolare, sul nesso fra *translatio* e vincolo all'indicazione di competenza.

Nel soffermarsi sulla disciplina degli artt. 44, 45 e 50 del c.p.c. è necessaria una premessa.

In una ricerca finalizzata a delineare i tratti della *translatio iudicii* tra giurisdizioni, alcune questioni che sorgono in merito all'analogo istituto dettato in tema di competenza possono essere trascurate o, per lo meno, non compiutamente approfondite.

Da questo punto di vista, ad es., pare superfluo addentarsi più di tanto sulle conseguenze della riforma introdotta dalla l. n. 69/2009 nella parte in cui ha sostituito il riferimento alla sentenza, come provvedimento necessario per la declinatoria di competenza, con

¹⁷ La relazione si legge in V. Andrioli, *Commento*, cit., 141.

l'ordinanza. Sebbene non sia da escludere che in un futuro l'ordinamento italiano subisca ulteriori modifiche, è chiaro che il sistema uscito dalla riforma introdotta dall'articolo 59 della l. 69/2009 – benché non lo dica espressamente - prevede comunque lo strumento della sentenza quando si tratti di declinare la giurisdizione.

Parimenti, alcune problematiche sorte sul terreno della competenza civile, in virtù dell'articolazione per titoli di questa, e che ha significative ricadute sulla disciplina della *translatio* per incompetenza complicandola non poco, hanno in verità ben scarsa rilevanza se proiettate sul tema in esame¹⁸.

¹⁸ Si allude, all'evidenza, al fatto che nel processo civile la disciplina della traslazione è profondamente diversa, finendo per delineare due distinti modelli, in dipendenza del diverso trattamento che il legislatore riserva all'eccezione di incompetenza *ex art. 38 c.p.c.* L'eccezione di incompetenza per territorio c.d. debole (o derogabile) si accompagna necessariamente all'indicazione del giudice che il convenuto ritiene competente, e se l'attore vi aderisce, si forma un accordo giudiziale sulla competenza. In tal caso il giudice in linea di principio nemmeno accerta la fondatezza dell'eccezione, e si limita ad emettere ordinanza con la quale prende atto dell'accordo intervenuto e dispone la cancellazione della causa dal ruolo. In questa ipotesi il medio alla prosecuzione del processo è da sempre l'ordinanza, e manca una statuizione tanto sulla incompetenza del giudice *a quo*, quanto su quella del giudice *ad quem*. L'effetto della incontestabilità, sancito dal comma 2 dell'art. 38 (la competenza del giudice indicato rimane ferma se la causa è riassunta entro tre mesi dalla cancellazione) è qui da ricondurre all'accordo, e infatti si tratta della stessa incontestabilità che assiste l'accordo stragiudiziale sulla competenza. L'incontestabilità della competenza è quindi un effetto che riguarda le parti nel senso che preclude alle stesse di riproporre eccezione di incompetenza per territorio derogabile nel processo tempestivamente riassunto. Così in giurisprudenza, già Trib. Palermo 24.10.1952, in *Rep. Foro it.*, 1953 voce *Competenza e giurisdizione in materia civile*, n. 553 che ne trae il corollario per cui l'incontestabilità si forma solo sul criterio oggetto dell'accordo. In questo senso si spiega perché, ad es., la dottrina neghi che possa avere effetto un accordo in violazione della competenza territoriale inderogabile del giudice adito, che in tal caso dovrebbe negare la cancellazione della causa e trattenerla. Cfr., G. Franchi, *Del difetto di giurisdizione, dell'incompetenza e della litispendenza*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, Torino, 1973, I, 391.

Né si può poi dimenticare che, in tema di giurisdizione, il codice detta all'articolo 37 una regola di rilevabilità officiosa della questione per giunta in ogni stato e grado del processo. Sicché, ad es., alcune denunce di incoerenza della disciplina normativa dettata sul terreno della competenza in relazione al potere di sollevare *ex art. 45* regolamento d'ufficio se confrontato con l'evoluzione del sistema della rilevabilità delle questioni di competenza *ex art. 38*, agli occhi della presente indagine non necessitano di meditate valutazioni¹⁹.

In poche parole, il modello di *translatio* più utile da studiare, è certamente quello che riguarda l'ipotesi in cui la parte abbia adito un giudice la cui incompetenza possa da questo essere rilevata non solo su eccezione del convenuto ma pure d'ufficio. E, appunto, tenendo presente l'esperienza maturata dalla dottrina sino ad oggi sperimentatasi sul codice del 1940 che imponeva la declinatoria con sentenza.

Il punto determinante di questo momento di ricerca consiste nel tentativo di chiarire che nesso giuridico vi sia tra prosecuzione del

¹⁹ Vale perciò solo la pena di rammentare che l'attribuzione del potere di sollevare regolamento d'ufficio, tutt'ora prevista dall'articolo 45 nell'ipotesi in cui il giudice *ad quem* reputi violati i criteri della competenza per materia e territorio inderogabile, già indice di un inelegante compromesso nella sistematica del codice del 1940 è stata sottoposta a vivace critica a maggior ragione dopo la riforma dell'articolo 38 prevista nel 1990 che ha soppresso la rilevabilità officiosa delle questioni di competenza in ogni stato e grado del processo. In altre parole vedendosi spesso nell'istituto del regolamento *ex artt. 44-45* una manifestazione della natura assoluta di taluni criteri attributivi di competenza, venuta meno questa assolutezza è parso irragionevole mantenere in piedi l'istituto. Cfr. A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 18; R. Oriani, *Il nuovo testo dell'art. 38 c.p.c.*, in *Foro it.*, 1991, V, 336. La dottrina prevalente ha però ritenuto insormontabile il preciso disposto della legge. Cfr. A. Attardi, *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, I,

processo e vincolo all'indicazione di competenza in capo al giudice *ad quem*.

L'articolo 50, nella versione anteriore alla novella del 2009, stabilisce che “Se la riassunzione della causa davanti al giudice dichiarato competente avviene nel termine fissato nella sentenza dal giudice e, in mancanza, in quello di sei mesi dalla comunicazione della sentenza di regolamento o della sentenza che dichiara l'incompetenza del giudice adito, il processo continua davanti al nuovo giudice.

Se la riassunzione non avviene nei termini indicati, il processo si estingue”.

Ora, che questa norma abbia introdotto l'istituto della *translatio iudicii* è già stato detto. La formula del resto è inequivoca: il processo continua.

Parimenti è altrettanto incontrovertibile che, anteriormente alla novella del 2009, il provvedimento con cui il giudice per primo adito si dichiara incompetente è una sentenza.

Il fenomeno è certamente assai singolare e difficile da spiegare sul terreno della tecnica del diritto processuale civile.

Infatti, lo strumento della sentenza è per sua natura preordinato alla decisione di questioni in astratto idonee a definire il giudizio (ancorché in rito).

289; e, pur dopo le novelle del 2009, C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, ed. minor, Torino, 2009, I, 153.

Nella sistematica del codice, invece, la pronuncia d'incompetenza è costruita come interna al medesimo processo, come quindi una decisione che in nessun caso può definire il giudizio²⁰.

Già i primi commentatori rilevavano che qui si assiste ad un fenomeno particolarissimo, perché quando anche è trascorso il breve termine per proporre istanza di regolamento, e quindi passata in giudicato la sentenza di incompetenza, “la litispendenza continua tuttavia per tutto il tempo lasciato aperto a una eventuale riassunzione”²¹.

Ed anzi, a dire il vero, è proprio più in generale l'idea, come si è visto di chiovendiana origine, che il processo sia pendente pur dopo una sentenza con cui il giudice si dichiara incompetente il principio da indagare con più attenzione alla luce delle disposizioni del codice e dal quale prendere le mosse.

Una volta che il codice di procedura ha abilitato l'idea della perduranza della litispendenza pur dopo la sentenza declinatoria, ci si è chiesti se il processo, nelle more della riassunzione, pende avanti al giudice *a quo* ovvero avanti a quello da questi indicato.

E' decisamente prevalsa in dottrina l'idea che il processo penda avanti al giudice *ad quem* sin dal momento della declinatoria²². E la

²⁰ Così, R. Vaccarella, *Inattività della parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 125.

²¹ F. Minestrina, *Il nuovo codice di procedura civile*, Commentario diretto da M. D'Amelio, Torino, 1943, 237.

²² G. Tarzia, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 194 e 252 in nota 195; A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 78; R. Camber, *Rapporti tra competenza e merito*, Padova, 1958, 27. *Contra*, per la pendenza avanti al giudice *a quo* fino a che le parti non riassumono avanti a quello dichiarato competente, A. Massari, *Del regolamento di giurisdizione e di competenza*, in *Commentario al codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, Torino, 1973, I, 617. Nel sistema del codice del 1940, quindi, il fenomeno contemplato dall'art. 50 darebbe vita ad una litispendenza qualificata a

giurisprudenza concorda con questa impostazione quando afferma, ad es., che l'estinzione del processo deve essere dichiarata dal giudice *ad quem*²³; regola che assai più difficilmente si spiegherebbe se il processo continuasse viceversa a pendere avanti al giudice *a quo*.

Il punto che però ha destato in dottrina più vivaci contrasti, e che in un certo qual modo condiziona a mò di premessa l'interpretazione della trama della disciplina codicistica, risiede nello stabilire in che consista il *proprium* della sentenza del giudice che si dichiara incompetente.

Soprattutto in passato, era assai radicato il convincimento che il primo giudice si limitasse in verità ad accertare la propria incompetenza, senza statuire sulla competenza altrui. In buona sostanza si escludeva che il sistema codicistico avesse davvero deviato dal vecchio principio kompetenz-kompetenz. L'autentico contenuto della sentenza sarebbe da individuare nell'accertamento della propria incompetenza. L'indicazione del giudice competente, che pur non si poteva negare essere quantomeno implicitamente necessaria, sarebbe stata "soltanto la ragione e non il contenuto della sentenza: l'indicazione non è un ordine diretto all'altro giudice"²⁴. Per giustificare perché, dal punto di vista dogmatico, l'incompetenza dichiarata per taluni titoli determina un'indicazione che diviene incontestabile da parte del secondo giudice, si pensò di ricorrere all'idea che la preclusione derivasse non tanto da un

differenza di quello che immaginava G. Chiovenda, *Rapporto giuridico*, cit., 378-379.

²³ Cass. 27.2.1997, n. 1572, *Rep. Foro it.*, 1997, *Procedimento civile* (voce), n. 350.

²⁴ V. soprattutto, G. Azzariti, *Della competenza*, cit., 89.

potere di statuizione attribuito al giudice *a quo*, quanto da una sorta di accordo tacito delle parti, che prestando acquiescenza alla sentenza – non proponendo il regolamento – e dandovi esecuzione – riassumendo il processo - si sarebbero precluse ogni ulteriore contestazione²⁵.

Idea probabilmente poco convincente già sotto il profilo logico, data la difficoltà di ricostruire la vicenda processuale in esame in termini di accordo tra attore e convenuto²⁶.

Idea, poi, poco in armonia con la constatazione che l'effetto di incontestabilità scende pure su un titolo, quello dell'incompetenza per valore, che per regola generale è rilevabile dal giudice pure d'ufficio²⁷.

Peraltro, la tesi che il contenuto della sentenza suscettibile di costituire giudicato formale sia solo quello dell'accertamento negativo (della propria incompetenza) conduceva gli interpreti a conclusioni poco in linea con la *ratio* delle novità del codice (nonché con la lettera delle sue norme) che pure è indubbiamente

²⁵ L'idea, sotto il codice del 1940, rimonta a F. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 341; cfr. pure G. Azzariti, *Della competenza*, cit., 89. Più recentemente, G. Bongiorno, *Il regolamento di competenza*, Milano, 1970, 87-89 e 126 ss.

²⁶ E in effetti se il giudice, accogliendo l'eccezione di incompetenza del convenuto designa quale giudice competente proprio quello indicato dal convenuto, vi sarà una sola parte processuale, ossia l'attore, che può avere interesse a impugnare la statuizione, ma che è al tempo stesso l'unico soggetto processuale che di norma ha interesse pure alla riassunzione. Pertanto entrambe le attività in cui si materializza l'accordo – mancata impugnazione, riassunzione – sono rimesse alla volontà di una sola parte processuale. Cfr., in argomento R. Camber, *Rapporti*, cit., 188, ove si rileva che la volontà qui risulta condizionata dalla pronuncia del giudice *a quo*, e costituisce “non già causa della riassunzione, ma bensì falsa causa della stessa” come testimonia la constatazione che “se le parti riassumessero avanti ad un giudice diverso da quello indicato, anziché trasmigrazione, si avrebbe un nuovo processo”.

²⁷ Per questo argomento, cfr., R. Anecchino, *Note sul regolamento*, cit., 611.

nel senso di evitare che la questione di competenza possa dar luogo ad una doppia o addirittura triplice declinatoria, ossia ad un conflitto reale negativo.

Ed infatti, nella premessa che il primo giudice si limiti ad accertare la propria incompetenza si è costretti ad ammettere che il giudice presso cui il processo è riassunto se ritiene competente un terzo giudice, diverso da quello *a quo*, debba a sua volta dichiararsi incompetente anziché sollevare regolamento²⁸.

Una conclusione che tuttavia, finisce per far violenza alla lettera dell'articolo 45 c.p.c. che subordina la possibilità di sollevare il regolamento alla condizione che il giudice *ad quem* ritenga a sua volta di essere incompetente²⁹.

Il punto di questa tesi che in questa sede merita però attenzione insiste su di una considerazione solo apparentemente banale e tautologica: se l'indicazione del giudice ritenuto competente non assurge a rango di decisione, è perfettamente concepibile una prosecuzione del medesimo processo, ossia una *translatio iudicii*, non necessariamente accompagnata da un vincolo per il giudice *ad quem*.

Lo scopo assegnato dal sistema all'indicazione del giudice competente, operata dal giudice *a quo* risiederebbe allora nella

²⁸ A. Massari, *Del regolamento*, cit., 537-538; e prima ancora, G. Bongiorno, *op. cit.*, 126 ss, nonché, A. Lener, *Regolamento d'ufficio e declinatoria del giudice della riassunzione*, in *Foro. it.*, 1958, I, 900 ss., ma limitatamente al caso in cui il giudice *ad quem* reputi la competenza di un terzo giudice sulla base di un titolo diverso da quello preso in esame dal giudice *a quo*. Ovviamente, poiché invece sulla c.d. parte negativa dell'accertamento di incompetenza recato nella sentenza del giudice *a quo* si forma il giudicato formale, il giudice *ad quem* non potrebbe limitarsi a declinare a sua volta la competenza in favore del giudice *a quo*.

²⁹ R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 121.

“funzione pratica, desumibile dall’art. 50, di circoscrivere il potere delle parti di determinare, con una tempestiva riassunzione di fronte al giudice indicato, la prosecuzione del processo”³⁰.

Nella dottrina processuale più recente, tuttavia, si è accreditata la tesi che assegna alla sentenza sulla competenza una latitudine di contenuto assai diversa.

L’accertamento compiuto non si limiterebbe al profilo negativo, ma si estenderebbe a quello positivo e dunque all’accertamento della competenza del giudice *ad quem*³¹. Che anzi, secondo taluni, il vero contenuto della declinatoria di competenza starebbe proprio e solo nella indicazione dell’altro giudice ritenuto competente³².

Valorizzando anche la genesi della disciplina codicistica, e la sua volontà di reagire al principio kompetenz-kompetenz, si è quindi profilata una spiegazione ben diversa della disciplina degli artt. 44, 45 e 50 del c.p.c.

³⁰ A. Lener, *op. cit.*, 905, stando al quale questa sola funzione di per sé giustificerebbe l’impugnabilità con regolamento dell’indicazione, senza cioè voler mettere in discussione la declinatoria. Secondo l’A. peraltro, l’art. 45 recherebbe una duplice funzione. Quando il giudice *ad quem* reputi competente quello *a quo*, il regolamento appresta la disciplina per superare l’ostacolo derivante dal giudicato formatosi sulla dichiarazione d’incompetenza, e quindi la regola avrebbe una valenza abilitativa; quando reputi competente un terzo giudice, invece, la regola che impone di sollevare il regolamento ha una funzione vincolativa, perché toglierebbe la possibilità di emettere una seconda declinatoria. Dalla condivisa idea che si possa impugnare con regolamento anche solo l’indicazione di competenza, trae invece la conclusione che a passare in giudicato è pure questa indicazione, R. Anecchino, *Note sul regolamento*, cit., 610.

³¹ R. Anecchino, *Note sul regolamento*, cit., 608 ss.

³² R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 118 ss.

In verità la cosa giudicata in senso formale si forma non soltanto sulla dichiarazione di incompetenza, ma anche sulla indicazione del giudice competente ove le parti non impugnino la sentenza³³.

Il regolamento di competenza che l'articolo 45 attribuisce al giudice *ad quem* allorquando si tratti di incompetenza per materia e territorio inderogabile, è uno strumento per superare detto giudicato formale³⁴. In altre parole il sistema sarebbe partito dal principio per cui la sentenza del giudice *a quo* vincola pure quello *ad quem* perché idonea a costituire giudicato endoprocessuale. Il legislatore, però, non avrebbe avuto il coraggio di abrogare fino in fondo il principio kompetenz-kompetenz, e attraverso la possibilità di sollevare d'ufficio il regolamento avrebbe dotato il giudice *ad quem*, appunto, di uno strumento eccezionale per superare il giudicato.

Ora, ciò che preme rilevare di questa tesi, è l'intimo legame che sembra determinarsi tra prosecuzione del medesimo processo e vincolo in capo al giudice *ad quem*.

Il vincolo all'indicazione di competenza effettuato dal giudice *a quo*, si produce in realtà proprio perché vi è continuazione. La portata di giudicato endoprocessuale della decisione è, si direbbe, un effetto connaturale ed indefettibile quando si riconduce la vicenda in termini di identico processo che continua. Assurgendo a contenuto della sentenza anche l'indicazione del giudice che si ritiene competente, la sussistenza di un vincolo a tale designazione

³³ R. Anecchino, *Note sul regolamento*, cit., ad es., 611.

³⁴ Uno strumento che quindi sotto il profilo strutturale e funzionale, sarebbe assimilabile ad un mezzo straordinario di impugnazione, per A. Cerino Canova, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 596 ss.

in capo all'altro giudice finisce per divenire un corollario indefettibile della *translatio* che prescinde da una specifica norma che lo preveda. Qui in verità si applica il principio che vieta, quando si è formato il giudicato su di una questione, di tornare sulla medesima all'interno dello stesso processo (ancorché essa sia in principio rilevabile d'ufficio).

5. L'inquadramento teorico della riassunzione fra gli atti di impulso processuale e le sue conseguenze sul terreno della *translatio*.

Nel processo civile, l'atto di riassunzione si collega ad una serie di fattispecie numerosissime e di evidente eterogeneità.

Ciò dipende da una precisa scelta del legislatore del codice del 1940, nella direzione di ampliare l'ambito di applicazione della riassunzione che nell'antecedente disciplina era invece intimamente legata al fenomeno della interruzione del processo³⁵.

Guardando al solo processo di cognizione, si nota che la riassunzione non solo si connette al fenomeno della interruzione, ma pure a quello della mancata costituzione di entrambe le parti, della cancellazione della causa dal ruolo a cui non segua l'estinzione contestuale del processo etc.

La *translatio iudicii* quindi è solo una delle ipotesi in cui ha a parlarsi di riassunzione.

³⁵ In arg. A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 35 ss.

Questa evidente eterogeneità ha indotto parte della dottrina a ritenere persino inutile il tentativo di una considerazione unitaria della figura³⁶.

Non è certo questa la sede per un discorso esaustivo sul tema.

Piuttosto occorre qui rilevare che, nel tentativo di cogliere l'essenza della riassunzione, una dottrina autorevole sembra aver dubitato della possibilità di distinguere tra la riassunzione e domanda introduttiva del giudizio.

In particolare Satta, disputando del mezzo per ristabilire il processo di formazione del giudizio, si è lasciato sfuggire l'affermazione che “non c'è dubbio che questo mezzo è, nella sua essenza, una domanda, anzi è la stessa domanda introduttiva che viene riproposta, onde a ragion veduta abbiamo parlato di rinnovazione”. A proposito dell'articolo 125 disp. att., l'A. prosegue poi insistendo nel ribadire che “l'atto di riassunzione nella sostanza è una citazione”. Evidenziando infine che l'istituto della riassunzione assolverebbe a diverse funzioni, si dice che “l'ipotesi che la norma sembra aver avuto presente è quella della tipica e tradizionale riassunzione, che presuppone la identità del giudice: ma la legge adotta questa forma anche per la riproposizione della causa davanti al giudice competente, sia per remissione, sia in seguito a dichiarazione di incompetenza (art. 50). E' evidente che qui la

³⁶ A. Bonsignori, *Problemi dibattuti in tema di riassunzione del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962 1063 ss. Ma anche S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1960, II, 26, ha rilevato che “l'unità dell'istituto è resa assai dubbia dalle diverse funzioni alle quali la riassunzione stessa può assolvere”.

riassunzione non è altro che una autentica citazione, e ad essa male si adattano le forme generali stabilite dall'art. 125 d.a.”³⁷.

Per quanto l'A. non dubitasse del fatto che in ragione dell'articolo 50 si avesse un fenomeno di continuazione e di “unità dei due processi, con la conseguenza fondamentale che la citazione davanti al giudice dichiarato incompetente mantiene i suoi effetti conservativi, processuali e sostanziali”, è chiaro che le riferite affermazioni, se isolatamente considerate, non possono che destare notevole interesse per chi cerchi di astrarre il modello di *translatio iudicii* contemplato dall'art. 50.

La riproposizione di una domanda introduttiva del processo, con salvezza degli effetti sostanziali della prima domanda, è cosa infatti diversa dall'idea di un solo rapporto processuale che continua³⁸.

Che il fenomeno uscito dalla penna del codice del 1940 sia però ricostruibile in quei termini è certamente errato, come felicemente ha dimostrato la più ampia e pregevole indagine dedicata dalla moderna dottrina alla riassunzione del processo civile³⁹.

Bastano, sul punto, poche ma convergenti considerazioni.

Da un lato, l'individuazione degli atti di impulso processuale è nel processo delineato dall'odierno c.p.c. in stretta relazione alla previsione normativa dell'estinzione o della cancellazione della causa. Ogni accostamento fra riassunzione e atto con cui si inizia

³⁷ S. Satta, *Commentario*, cit., II, 26.

³⁸ Come nota giustamente A. Saletti, *La riassunzione*, 111, dall'affermazione di Satta che la riassunzione è un'autentica citazione dovrebbe in verità discendere che essa non mira a far continuare un processo già pendente, ma piuttosto ad instaurarne uno *ex novo*.

³⁹ Il riferimento è ad A. Saletti, *La riassunzione*, che pure riconosce che quando il processo si presenta diverso da quello instaurato per essere cambiato il

un processo è allora logicamente impossibile perché quest'ultimo è incompatibile con queste sanzioni. Non si può infatti concepire estinzione con riferimento ad un giudizio non ancora intrapreso. Detto in altre e più semplici parole, che la riassunzione non sia l'atto con cui si inizia un processo è dimostrato dal fatto che diversamente opinando si finirebbe per non poter mai applicare la regola che vuole che se l'atto di riassunzione non si compie entro un termine perentorio il processo si estingue⁴⁰.

Dal punto di vista strutturale, poi, non si può dimenticare che all'atto di riassunzione *ex art. 50 c.p.c.* è legittimato pure il convenuto. E ciò è sufficiente per concludere che non si può trattare di una domanda introduttiva del giudizio, neppure nei termini di riproposizione della stessa, che altrimenti bisognerebbe assurdamente pensare che costui finisca per rieditare le richieste della controparte⁴¹.

Infine, in tutte le ipotesi in cui la riassunzione si connette all'esistenza di un provvedimento del giudice *a quo* che rimette le parti davanti ad un organo determinato, il potere di investire il giudice *ad quem* della cognizione manca alle parti, perché il giudice è già designato nel caso concreto. E allora non vi può essere equiparazione alla citazione introduttiva, perché alla riassunzione non spetta nemmeno il compito di individuare il giudice né, a rigore, è alla riassunzione che si connette la modifica soggettiva del

giudice, l'opinione del Satta potrebbe in apparenza sembrare più logicamente ammissibile (v. p. 160).

⁴⁰ Per questo argomento, A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 126-127.

⁴¹ Cfr. A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 140-141, che dalla legittimazione di entrambe le parti alla riassunzione desume che quindi l'oggetto della medesima non può affatto essere individuato nella domanda inizialmente proposta.

rapporto processuale, perché il giudizio è già stato modificato dalla pronuncia di rimessione⁴².

Il vero è che è ben possibile ricostruire in termini unitari l'istituto della riassunzione, ed in questo alveo ricondurre anche la riassunzione che si collega alla *translatio iudicii*.

Ogni riassunzione suppone infatti uno stato di quiescenza del processo. E alla sua omissione segue sempre la sanzione della estinzione⁴³.

La riassunzione, dunque, nel processo civile altro non è che un atto di impulso processuale⁴⁴.

Ma questo inquadramento teorico dell'istituto determina delle conseguenze che risultano particolarmente apprezzabili per chi indugia nello studio della *translatio*.

In primo luogo scongiura ogni possibilità di equiparare riassunzione e atto introduttivo di un giudizio⁴⁵.

Ma, soprattutto, consente di delineare un principio relativo ai confini del *thema decidendum*.

⁴² A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 189-190, in relazione a tutte le ipotesi in cui la riassunzione funge da strumento per realizzare il trasferimento della causa da un giudice ad un altro.

⁴³ Cfr. A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 45 ss.

⁴⁴ Per la riconduzione a questa categoria teorica e alle sue implicazioni, si rinvia a A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 107 ss.

⁴⁵ Sotto questo profilo è estremamente significativo che chi prospetta una ricostruzione unitaria delle svariate ipotesi di riassunzione contemplate dal codice di procedura, concluda che l'atto di riassunzione non ha portata di domanda introduttiva nemmeno in quei casi in cui è utilizzata per l'insorgere di una fase di cognizione che si innesta nel processo esecutivo. Intorno alle ipotesi della riassunzione del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo pignorato, e dei giudizi di cognizione sorti nel corso del processo esecutivo, cfr. A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 203 ss e 210 ss. Si tratta di casi particolarmente interessanti, perché qui al mutamento del giudice si accompagna anche il mutamento della tutela erogata. Ma la riassunzione mantiene il suo carattere

La riassunzione, in armonia con la sua funzione meramente propulsiva, “non è idonea a modificare, in quanto atto che si inserisce in un processo già pendente, il *thema decidendum*: non è quindi possibile introdurre domande nuove con la riassunzione”⁴⁶.

Più precisamente, nel processo civile, la possibilità (o la non possibilità) che alla riassunzione si accompagni una modifica della domanda individuata con l’atto introduttivo del giudizio, dovrebbe essere messa in stretta correlazione con la possibilità (o la non possibilità) che tale domanda subisca modifiche nel corso ulteriore del giudizio.

Con questo, si intende dire che se nel processo già instaurato e da riassumere era ancora possibile una modifica o un’*emendatio* della domanda una tale modifica potrà forse esser recata dall’atto di riassunzione; ma se tale modifica o *emendatio* non era più possibile, dalla natura meramente propulsiva e prosecutoria della riassunzione si dovrà concludere che l’atto di riassunzione non potrà accompagnarsi ad una modifica o *emendatio* della domanda⁴⁷.

propulsivo, e non introduce un nuovo giudizio, perché la domanda di cognizione è in realtà già introdotta in una fase anteriore alla riassunzione.

⁴⁶ Così A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 264-265. Ma v. pure p. 252, ove si afferma che l’atto di riassunzione “non è idoneo, né per struttura (...) né per funzione (...) a contenere domande nuove”. Sulla inidoneità della riassunzione nel processo civile a mutare il *thema decidendum*, cfr. pure A. Caracciolo La Grotteria, *La riassunzione del processo amministrativo*, Milano, 1988, 62.

⁴⁷ La questione è ovviamente centrale se riguardata nella prospettiva della *translatio iudicii* fra giurisdizioni e su di essa si avrà modo di tornare. Sotto questo profilo gioverà però riportare anche quanto osservato da Saletti in relazione alla riassunzione che segue alla interruzione del processo per morte della parte. Una volta assodato che non è dato al successore introdurre domande nuove in giudizio (v. *op. cit.*, 176) e che l’atto riassuntivo è “in ogni caso inidoneo ad introdurre un nuovo *thema decidendum*” (v. *op. cit.*, 181), l’A. afferma che con ciò non si vuole escludere che nell’atto riassuntivo possano essere contenute delle conclusioni che modificano la domanda originaria, se l’*emendatio* libelli si renda necessaria in seguito alla successione. E così “se a

Occorre però notare – senza con ciò pretendere di farne ora approfondimento - che la giurisprudenza civile non sempre si accorda con questa impostazione.

Evidentemente vi è perfetta consequenzialità quando ad esempio si afferma che i limiti del giudizio di appello fissati nei motivi di gravame non possono essere ampliati nell'ipotesi di riassunzione davanti al giudice competente dell'impugnazione proposta a quello incompetente⁴⁸.

Trova poi perfetta spiegazione nella natura di atto meramente propulsivo di un giudizio unitario la costante affermazione della regola che non esige nuovo mandato alle liti per formulare l'atto riassuntivo⁴⁹.

Ma più difficile da conciliare alla premessa è la ripetuta statuizione secondo la quale l'atto di riassunzione conseguente a declaratoria di incompetenza può contenere una nuova domanda in aggiunta a quella originaria, valendo esso, in tal caso, come atto introduttivo di giudizio *ex novo*⁵⁰.

Bene inteso, qui la giurisprudenza si premura di specificare che il c.d. atto di riassunzione dovrà rispettare il contenuto forma della

causa della successione si impone una mutazione della domanda (si pensi, ad es., al caso di una causa divisoria tra più persone, ove una muoia lasciando eredi in parti uguali le altre o integralmente una delle due) non si potrà asserire, neppure per questo profilo, che la riassunzione instaura una causa nuova, giacché, in quanto i cambiamenti siano imposti dalle vicende successorie, si rientrerà a mio avviso nella *emendatio* lecita e non nella *mutatio* vietata” (v. *op. cit.*, 181-182 nota 55).

⁴⁸ Cass., 28 aprile 1978, n. 2012, in *Giust. civ. Mass.*, 1978, 815.

⁴⁹ Cass., 12 maggio 1979, n. 2754, in *Rep. Foro it.*, 1979, *Procedimento civile* (voce), n. 149; Cass., 12 novembre 1981, n. 6003, *ivi*, 1981, *Procedimento civile* (voce), n. 234.

⁵⁰ Cass., 18 gennaio 2006, n. 821, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 98; Cass., 26 febbraio 1986, n. 2152, in *Rep. Foro it.*, 1986, *Competenza civile* (voce), n. 157; Cass. 29 ottobre 1983, n. 6457, *ivi*, 1983, *Competenza civile* (voce), n. 143.

citazione introduttiva. Gli effetti della domanda, per quanto attiene a quella nuova saranno poi da imputare al momento del compimento di quest'atto. Ciononostante è ben chiaro che si assiste ad un fenomeno non scevro da perplessità.

L'atto di riassunzione ne esce stravolto nella struttura, che in realtà dovrebbe essere inidonea allo scopo cui in tal caso si mira, dacché tra l'altro *ex art. 125 disp. att.* non è prevista la formulazione di conclusioni⁵¹.

Ma, soprattutto, è la ricostruzione della vicenda in termini di unità del processo e di prosecuzione che non è più possibile, a meno di non dover deflettere dal corollario, pure esso però costantemente ribadito dalla giurisprudenza a conferma dell'idea che la *translatio* è continuazione, che nel processo riassunto avanti al giudice *a quem* "trasmigrano" pure le preclusioni maturate nella fase compiuta avanti al giudice *a quo*⁵².

Ed infatti non si comprende perché in un processo ritualmente instaurato sin da principio presso il giudice competente la domanda nuova sia preclusa, e la parte debba farne oggetto di autonomo giudizio chiedendo poi se del caso la riunione. Mentre, di contro, sfruttando la presenza di una fase antecedente da riassumere, la parte potrebbe ottenere a suo piacimento il cumulo.

⁵¹ Cfr. A. Saletti, *La riassunzione*, 254, sebbene con specifico riferimento non all'ipotesi – si passi il termine – di cumulo oggettivo, bensì soggettivo per aver la parte riassumente evocato in giudizio soggetti non presenti nella precedente fase di giudizio, cosa che anche tende ad ammettere la giurisprudenza.

⁵² Sulla valenza delle preclusioni, Cass., 9 novembre 2001, n. 13924, *Rep. Foro it.*, 2001, *Lavoro e previdenza (contr.)* (voce), n. 110; Cass., 8 febbraio 1999, n. 1076, *ivi*, 1999, *Lavoro e previdenza (contr.)* (voce), n. 173.

6. Un cenno al modello di riassunzione nel giudizio di rinvio a seguito di cassazione della sentenza per motivi diversi dalla competenza e giurisdizione (artt. 392, 394 c.p.c.).

Potrebbe in apparenza apparire balzano che nel contesto di uno studio dedicato alla traslazione del processo dal giudice carente di giurisdizione a quello che ne è munito si dia ingresso ad un discorso legato all'inclusione nella categoria della riassunzione dell'ipotesi contemplata dagli artt. 392 e 394 c.p.c.

Infatti, il combinato fra queste due norme, ed in particolare il comma 3 dell'art. 394, regola il fenomeno del giudizio di rinvio che segua alla cassazione della sentenza, ma per motivi affatto diversi da quelli previsti ai nn. 1 e 2 dell'art. 360, attinenti alla competenza ed alla giurisdizione⁵³.

Per non complicare inutilmente il problema, si pensi all'ipotesi classica in cui il giudice del merito abbia male applicato una norma di diritto sostanziale e la cassazione censuri la decisione *ex art.* 384 c.p.c., enunciando il principio di diritto a cui il giudice di rinvio deve uniformarsi, e disponga appunto il rinvio perché sono necessari ulteriori accertamenti in fatto.

Ora l'art. 394, comma 3, dispone che nel giudizio di rinvio “le parti non possono prendere conclusioni diverse da quelle prese nel giudizio nel quale fu pronunciata la sentenza cassata, salvo che la

⁵³ Da ultimo, sul punto, C. Mandrioli, *Corso*, cit., 303, ove si rileva che le ipotesi di cassazione della sentenza per motivi di competenza e di giurisdizione sono estranee al tema del giudizio di rinvio *ex artt.* 392 ss. c.p.c., poiché sulle questioni tanto di competenza, quanto di giurisdizione la cassazione “statuisce”. Sicché queste questioni sono definitivamente decise senza che il giudice a cui la causa è rinviata debba sottoporle ad oggetto del suo giudizio.

necessità delle nuove conclusioni sorga dalla sentenza di cassazione”.

In effetti, la dottrina processualcivilistica ha seriamente dubitato della possibilità di ricondurre la fattispecie delineata dall’art. 392 c.p.c. alla figura della vera e propria riassunzione. E del resto è molto frequente la ricostruzione del giudizio di rinvio nei termini di rinnovazione della precedente fase di merito entro i limiti delle domande riproposte e delle statuizioni della cassazione⁵⁴.

Si è ad esempio osservato che l’art. 392 parla sì di riassunzione, ma richiede che l’atto riassuntivo assuma le vesti della citazione (diversamente quindi, da ciò che prevede l’art. 125 disp. att. che regola la comparsa in riassunzione). Il contenuto di questo atto, peraltro, pur dovendo uniformarsi a quello previsto dall’art. 163 c.p.c., dovrebbe altresì contenere l’esposizione delle precedenti vicende processuali, riprodurre il *decisum* della corte di cassazione, specificando inoltre le conclusioni che si prendono nel giudizio di rinvio. Tale atto, dovrebbe pertanto riguardarsi alla stregua di un qualsiasi atto introduttivo di una fase di gravame, e a tal fine assumerebbe circostanza dirimente proprio la possibilità che esso contenga “una modificazione in ordine all’*edictio actionis vel exceptionis* fatta valere nei gradi precedenti, la cui esigenza sia sorta dalla sentenza di Cassazione (art. 394, comma 2). E allora, se la riassunzione contiene una così importante individuazione e delimitazione della materia del contendere, deve (...) assurgere ad

⁵⁴ Ma la giurisprudenza preferisce parlare di prosecuzione del giudizio di primo o di secondo grado. Su queste possibili configurazioni, L. Di Nanni, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Vaccarella-Verde, sub. art. 392, Torino, 1997, II, 1012 ed ivi riferimenti alla dottrina ed alla giurisprudenza.

una dignità qualche po' maggiore di quella di mero atto di impulso processuale"⁵⁵.

In verità, la più autorevole opinione in proposito è invece nel senso che anche la riassunzione *ex art. 392* sia veramente tale, e cioè ricostruibile nei termini di atto di impulso processuale. Del resto, che non sia l'atto introduttivo di un gravame, fa fede la circostanza che qui non c'è alcun provvedimento da eliminare, perché già caducato dalla cassazione. Più ancora, poiché la facoltà di instaurare il giudizio è comune a tutte le parti, se ne deve opinare che siamo di fronte ad un atto di impulso processuale. Del resto, decisiva è pure la circostanza che se riassunzione non vi è o è tardiva, scatta *ex art. 393 c.p.c.* la sanzione dell'estinzione dell'intero processo⁵⁶.

E di fronte all'obiezione – pur riconosciuta seria - che qui si darebbe la possibilità di una modifica della domanda in dipendenza della sentenza della cassazione, tale dottrina rileva che detta obiezione “cade quando si consideri che si tratta di una facoltà meramente eccezionale e soprattutto che la modifica del *thema decidendum* non è operata dall'atto di riassunzione, bensì dalla sentenza della Suprema Corte, che incide direttamente sull'oggetto del giudizio; di modo che si giustifica l'inclusione di nuove conclusioni in un atto di impulso, stante il carattere meramente

⁵⁵ A. Bonsignori, *Problemi*, cit., 1098.

⁵⁶ Per queste considerazioni ed ulteriori approfondimenti, cfr. A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 81 ss. Recepisce la tesi che si tratta di mero impulso processuale di un giudizio già pendente, A. Briguglio, in *Codice di procedura civile commentato* (aggiornamento), a cura di Vaccarella-Verde, sub. art. 392,394, Torino, 2001, 735.

conseguente – se non addirittura necessitato – che esse presentano rispetto alla pronuncia della Cassazione”⁵⁷.

Ora, è a tutti noto che il giudizio di rinvio ha carattere anche oggettivamente chiuso, nel senso che in esso vale la regola che il *thema decidendum* non può essere allargato o modificato a piacimento delle parti⁵⁸. Tuttavia, fra le condizioni che possono legittimare le parti a prendere conclusioni nuove la giurisprudenza civile fa rientrare quella della diversa qualificazione giuridica del rapporto controverso⁵⁹.

Sebbene la questione non possa qui essere che meramente delibata, si possono in effetti gettare alcuni spunti che sembrano passibili di efficacia euristica nel momento in cui si tratterà di affrontare la disciplina uscita dal legislatore del 2009 nel regolare il fenomeno del passaggio da una giurisdizione all'altra.

Da un lato sta la non trascurabile difficoltà a descrivere in termini di riassunzione, e quindi di continuazione, quella vicenda processuale in cui si ammetta la modifica dell'originaria domanda.

Ma, d'altro lato, l'evenienza di una modifica del *thema decidendum* non si presenta del tutto incompatibile con l'idea di un rapporto processuale che non perde la sua identità, quando tale modifica si pone in stretta connessione con una sentenza che già incide su quel

⁵⁷ A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 84 e ivi riferimenti alla dottrina conforme. Ritiene corretta l'inclusione dell'ipotesi negli atti di impulso processuale, in quanto la modifica dell'oggetto del giudizio è operata direttamente dalla sentenza della Cassazione, pure, A. Caracciolo La Grotteria, *La riassunzione*, cit. 60.

⁵⁸ Per esemplificazioni anche casistiche si rinvia a L. Di Nanni, in *Codice di procedura civile commentato*, cit., 1019-1020.

⁵⁹ Per l'affermazione di principio, Cass., 8 novembre 1968, n. 3695, in *Giust. civ. Mass.*, 1968, 1932; Cass., 10 marzo 1976, n. 852, *ivi*, 1976, 375.

thema decidendum modificandolo e proiettandolo così in una diversa fase attribuita alla cognizione di un giudice diverso.

7. Alcune questioni sorte in merito all'applicazione dell'articolo 50 c.p.c.

La disciplina prevista dal c.p.c. della trasmigrazione del processo dal giudice incompetente a quello competente solleva una serie davvero infinita di problematiche applicative.

Ribadendo che l'ottica in cui qui ci si dispone è quella però di approdare ad una minimale intelligenza della novità introdotta dalla legge del 2009 in tema di rapporto fra giurisdizioni, si possono utilmente isolare solo alcune delle questioni da tempo agitate nel processo civile.

Nel selezionare fra queste, appare quanto mai opportuno prediligere o quelle che contribuiranno a chiarire il senso di alcune scelte consacrate nell'art. 59 della l. n. 69/2009, ovvero quelle che più evidentemente dimostrano quali differenze vi siano tra la *translatio* all'interno dello stesso plesso giurisdizionale e l'istituto costruito da quest'ultima norma.

Procedendo un po' alla rinfusa, conviene ad esempio muovere dalla controversa nata sul terreno della decorrenza del termine per riassumere il processo avanti al giudice indicato come competente *ex art. 50*.

La norma, in effetti, non brilla di intrinseca chiarezza, giacché – in disparte l'ipotesi in cui il giudice decida di fissare nella declinatoria

una decorrenza e durata del termine⁶⁰ - statuisce che il termine per riassumere è di sei mesi (ora tre) dalla comunicazione della sentenza (ora ordinanza) di regolamento o dalla sentenza (ora ordinanza) che dichiara l'incompetenza del giudice adito.

E' noto che *ex artt.* 47 e 48 c.p.c. la statuizione declinatoria di competenza può essere impugnata solo con il regolamento, entro il termine di trenta giorni dalla sua comunicazione; il regolamento sospende il processo relativamente al quale è stato chiesto.

E' peraltro altrettanto noto che, ai sensi dell'art. 44 c.p.c., l'incontestabilità della competenza del c.d. giudice *ad quem* – prescindendo dall'ipotesi di regolamento sollevato d'ufficio – è comunque legata al non essere stata impugnata la declinatoria.

Da tale intreccio di norme risulta ben possibile quindi che una parte si affretti a riassumere presso il giudice *ad quem*, prima cioè che scada il termine per proporre regolamento di competenza.

Per giunta occorre pure tener presente che nemmeno alla stessa parte riassumente è precluso di proporre, se in termini, il regolamento di competenza, poiché nella riassunzione non vi è acquiescenza alla sentenza declinatoria, ma tale comportamento viene ricondotto anche solo ad esigenze cautelative⁶¹.

Se quindi il regolamento viene proposto con esito favorevole, nel senso che la Cassazione non condivide l'indicazione della competenza effettuata dal primo giudice, in vicende del genere

⁶⁰ Si è infatti deciso che tale norma autorizzerebbe il giudice *a quo* non solo a fissare un termine minore, nel rispetto di quello minimo di un mese *ex art.* 307, comma 3, c.p.c., ma anche a stabilire che il termine decorra dalla notificazione della declinatoria. In arg. cfr. Cass., 9 marzo 1972, n. 671, in *Rep. Foro it.*, 1972, *Competenza civile* (voce), n. 368.

⁶¹ Sul punto Cass., 3.11.2000, n. 14360, in *Giust. civ.*, 2001, I, 381.

occorrerebbe operare una seconda riassunzione del processo pendente (benché sospeso).

Consapevole di tale evenienza, parte della dottrina ha proposto di interpretare la disciplina in questione, nel senso che il processo non possa essere riassunto fino a che pende il termine per proporre regolamento di competenza⁶².

Insomma poiché occorre il passaggio in giudicato della sentenza declinatoria perché la riassunzione proceda su base sicura sarebbe assai più consona l'idea di dover attendere i trenta giorni utili a proporre il regolamento prima di far decorrere il termine per la riassunzione.

Interpretazione che, però, introdurrebbe di fatto un fenomeno di proroga di ulteriori trenta giorni del termine previsto dall'art. 50 c.p.c.

E' però significativo ricordare che anche chi ha affrontato l'argomento criticando la tesi ipotizzata da questa dottrina, ha però ammesso l'utilità *de iure condendo* di una soluzione in quel senso⁶³.

Passando a tutt'altro versante, si è già detto che alcune delle problematiche applicative del meccanismo delineato dall'articolo 50 c.p.c. vengono risolte facendo leva sull'idea del fenomeno della continuazione del medesimo processo.

Così, dal momento in cui il giudice si spoglia della controversia declinando la competenza si è ritenuto che il processo già penda avanti al giudice indicato come competente.

⁶² Cfr. in particolare, A. Bonsignori, *Problemi*, cit., 1097, che riprende una tesi di Redenti.

⁶³ A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 380-381.

Così ancora, si afferma che la fase della riassunzione non necessita del conferimento di una nuova procura alle liti, né per la parte che pone in essere la riassunzione, né per le altre.

Merita poi un cenno la questione del soggetto a cui indirizzare la notifica dell'atto di riassunzione.

L'articolo 125 disp. att. cod. proc. civ. stabilisce che la comparsa è notificata a norma dell'articolo 170 del codice, ed alle parti non costituite deve essere notificata personalmente.

Tuttavia, pur a fronte di un testo all'apparenza univoco, vi è stato in dottrina chi ha reputato che l'atto di riassunzione vada invece sempre notificato alla parte personalmente *ex art. 137 c.p.c.* sulla base del convincimento che la sentenza declinatoria determini anche la cessazione della costituzione delle parti avutasi avanti al giudice *a quo*⁶⁴.

La giurisprudenza, di contro, ritiene che la comparsa riassuntiva vada notificata al procuratore costituito nella fase svoltasi presso il giudice *a quo*, tanto che concettualmente riconduce alla fattispecie della nullità – se del caso sanabile con la costituzione – la notifica effettuata invece alla parte personalmente⁶⁵.

Ed in verità, come ha avvertito la più accorta dottrina, la necessità o meno di rinnovare la costituzione presso il giudice *ad quem* non incide sulla tenuta teorica della soluzione più in linea con la lettera dell'art. 125, poiché la costituzione già effettuata nella precedente

⁶⁴ A. Bonsignori, *Problemi*, cit., 1096, che anche in questo caso riprende un'idea di Redenti. Occorre per la verità notare che si tratta di una dottrina non del tutto convinta del fatto che il processo non si chiude con la sentenza che declina la competenza.

fase mantiene efficacia fino a che con la riassunzione non divenga attuale la necessità di rinnovarla presso il nuovo giudice⁶⁶.

Tuttavia, il problema della necessità o meno di rinnovare la costituzione presso il giudice *ad quem*, per la parte che già si fosse costituita presso quello *a quo*, è assai istruttivo in merito alla necessità di non lasciarsi abbagliare da eccessive semplificazioni di fonte ad un fenomeno assai più complesso.

Certo, nel processo civile vi sono dati normativi che potrebbero orientare verso una soluzione che può fare a meno di giustificazioni teoriche. In particolare fra i contenuti dell'atto di riassunzione *ex art. 125 disp. att. cod. proc. civ.*, vi è pure l'invito a costituirsi entro i termini, dal che si potrebbe desumere che la necessità di rinnovare la costituzione è imposta dalla legge⁶⁷. E la giurisprudenza ha spesso fatto ricorso a questo argomento⁶⁸. D'altro canto, alla stessa giurisprudenza è sembrato che la necessità di rinnovare la costituzione non si armonizzasse con l'idea che è sempre lo stesso processo che continua, sicché le parti dovrebbero mantenere la posizione che avevano nella precedente fase. E puntando sul

⁶⁵ Cfr. Cass., 18 giugno 1964, n. 1578, in *Rep. Foro it.*, 1964, *Procedimento in materia civile* (voce), n. 388; Cass., 4 dicembre 1981, n. 6438, in *Rep. Foro it.*, 1981, *Procedimento in materia civile* (voce), n. 218.

⁶⁶ In questo senso, A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 194, ove del resto si fa pure notare che *ex art. 285 c.p.c.* la sentenza va notificata al procuratore costituito nonostante proprio con quell'atto il giudice si sia spogliato della causa, ed analogamente avviene in tema di notifica delle impugnazioni *ex art. 330 c.p.c.*

⁶⁷ Arg. pure da art. 307, comma 2, c.p.c. e 303 c.p.c.

⁶⁸ Già Cass., 29 aprile 1959, n. 1282, in *Foro it.*, 1959, I, 941. Per la necessità di rinnovare la costituzione sulla base di argomenti letterali, anche, Cass., 9 aprile 1988, n. 2815, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1446.

principio di unicità e continuità del processo si è risolta nel senso che la parte che si è costituita non può poi divenire contumace⁶⁹.

Ma in realtà il problema è così malamente impostato, perché la continuità del processo significa certo molto, ma non cancella il fatto che vi è mutamento del giudice. Ed è proprio il mutamento del giudice che giustifica la necessità di una nuova costituzione, che serve proprio affinché la parte si faccia presente presso l'organo giudiziario avanti al quale il processo pende; conseguentemente è ben possibile che la parte costituita nella precedente fase diventi contumace⁷⁰.

Tuttavia, una volta abilitata questa soluzione ci si imbatte in un problema di più vasta portata, perché sembra allora chiaro che il principio della continuazione non significa che tutto ciò che è stato compiuto nella fase del processo consumatasi presso il giudice *a quo* conservi efficacia in quella da celebrare presso il giudice *ad quem*.

Un primo risvolto di questo problema si tasta percepibile nella questione delle attività difensive già svolte ad esempio dal convenuto che però non si costituisce presso il giudice *ad quem*.

La giurisprudenza ha offerto sul punto soluzioni imbarazzate. Affermando ad esempio che la parte non costituitasi nel processo riassunto e dichiarata qui contumace, non può essere dichiarata decaduta per l'eccezione di prescrizione già proposta tempestivamente nel processo iniziato presso il giudice

⁶⁹ Ad es., Cass., 28 ottobre 1994, n. 8917, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Procedimento civile* (voce), n. 129.

⁷⁰ A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 193-194; R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 58 in nota.

incompetente⁷¹. Ma ad un tempo propalando il principio secondo il quale le parti hanno l'onere di riproporre domande ed eccezioni presso il giudice *ad quem* che altrimenti si dovrebbero ritenere abbandonate⁷².

Ora, l'esempio di queste problematiche, pur lasciato senza approfondimento, serve comunque a dimostrare che la realtà della *translatio* e del meccanismo della riassunzione è ben più complesso di quanto a prima vista appaia. Nel senso, cioè, che la netta linea di demarcazione tra l'instaurazione *ex novo* del processo avanti al giudice competente ed il modello invece della trasmigrazione assume un grado di intensità e significati variabili. In particolare il problema dell'efficacia dell'attività processuale già dispiegata presso il giudice incompetente, non sempre si risolve con la semplicistica formuletta della continuazione.

8. Cenni al problema delle decadenze, preclusioni e dell'efficacia delle prove.

Il tema della comunicabilità delle decadenze, delle preclusioni e della efficacia delle prove assunte nel processo presso il giudice incompetente, rappresenta certo il profilo in cui si fa più plastico (e controvertibile) il modello della *translatio* di cui all'art. 50 del c.p.c.

⁷¹ Cass., 15 aprile 2002, n. 5377, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Procedimento civile* (voce), n. 215.

⁷² Cass., 9 dicembre 1992, n. 13026, in *Rep. Foro it.*, 1992, *Procedimento civile* (voce), n. 124.

Per altro, ben essendo questo uno dei temi di più proficuo sviluppo nell'ottica di un'indagine proiettata verso la nuova disciplina introdotta dall'art. 59 della l. n. 69/2009, la vastità ed il peso dei problemi evocati ne consigliano una trattazione forzosamente "semplice" e ridotta alle questioni più immediatamente percepibili. Del resto, per lo meno sul terreno delle prove, la recente dottrina del processo civile è approdata ad acquisizioni pregevoli di cui qui si può fare largo ed utile uso⁷³.

Convorrà poi premettere che una collocazione unitaria del discorso delle decadenze e preclusioni maturate, nonché dell'efficacia delle prove, per quanto discutibile in una luce teorica, è agevolato dal fatto che in buona sostanza la questione è quella dell'efficacia della fase processuale consumatasi presso il giudice incompetente in relazione a quella che si svolge, in seguito alla riassunzione, presso il giudice *ad quem*.

Ciò posto, la giurisprudenza ha assunto al proposito un atteggiamento relativamente aporetico e in sé decisamente istruttivo. In una prima fase di applicazione dell'odierno codice, quando ancora non era matura l'idea che il rapporto processuale potesse sopravvivere alla sentenza declinatoria della competenza, si era prefigurata l'idea che, ad es., la preclusione maturata presso il giudice *a quo* non potesse propagarsi nel giudizio riassunto presso quello *ad quem*⁷⁴. Diversamente ora, e proprio sul terreno delle

⁷³ Il riferimento è a M. C. Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, cui si rinvia per approfondimenti e riferimenti dottrinali. In part. per il tema delle prove raccolte presso il giudice incompetente in relazione alla *translatio ex art. 50*, cfr. 255 ss.

⁷⁴ Ad es., Cass., 16 gennaio 1956, n. 3653, in *Rep. Foro it.*, 1956, *Competenza in materia civile* (voce), n. 479-481.

preclusioni, proclama la propagazione delle medesime da una fase all'altra⁷⁵.

E per concludere in questo senso, la giurisprudenza solitamente motiva proprio levando sulla unitarietà del processo che si tramanda da un giudice all'altro. Avanti al giudice *ad quem*, quindi, il processo continua dal punto in cui si trovava presso il giudice *a quo*.

Questa impostazione ha relevantissime conseguenze pratiche. Così ad es., essendo il regime della proponibilità delle eccezioni in senso stretto nel processo civile oggi legato al tempestivo deposito della comparsa di risposta è chiaro che se il convenuto non ha ad esempio ivi capitolato l'eccezione di prescrizione, questa gli sarebbe preclusa anche avanti al giudice *ad quem*. Così per la domanda riconvenzionale. E così ancora, più in generale, tutte quelle attività delle parti che nel processo civile vedono nella prima udienza di trattazione *ex art. 183 c.p.c.* quel limite che va a costituire barriera oltre la quale quella specifica attività è da considerarsi preclusa dovranno considerarsi parimenti precluse nella fase che si consuma presso il giudice *ad quem* quando il processo, come nella pratica è, trasmigra presso quel giudice dopo

⁷⁵ Cass., 8 febbraio 1999, n. 1076, in *Rep. Foro it.*, 1999, *Lavoro e previdenza (contr.)* (voce), n. 173, ove si afferma che in ragione del principio che il giudizio originario prosegue, quanto al convenuto, ai fini dell'apprezzamento nei suoi riguardi del regime delle preclusioni di cui all'art. 416 c.p.c., non deve farsi riferimento alla sua costituzione nel giudizio riassunto, ma alla prima costituzione avanti al giudice che si dichiarò incompetente. Cfr., recentemente, Cass., 28 febbraio 2007, n. 4775 in *jurisdata.it*, ove si statuisce che il processo continua presso il giudice competente con tutte le preclusioni già verificatesi e, pertanto, chiamato tardivamente in causa un terzo innanzi al giudice originariamente adito, la chiamata in causa del terzo contenuta nell'atto di riassunzione non integra una nuova e autonoma *vocatio in ius*.

che si è celebrata l'udienza di trattazione *ex art.* 183 c.p.c. presso il giudice *a quo*.

Questa stessa conclusione è andata imponendosi presso i giudici civili, per lo più sulla base di analoga motivazione, anche sul terreno istruttorio, nel senso che l'istruttoria già compiuta presso il giudice incompetente non perde efficacia e conserva lo stesso valore presso quello competente ed ove il processo è riassunto⁷⁶.

Nella dottrina, invece, su queste tematiche vi è stato un crescente contrasto.

Accanto ad una tesi che può forse definirsi maggioritaria⁷⁷, e propensa come la giurisprudenza a far decidere la questione dalla notazione che il processo, secondo la dizione dell'art. 50 c.p.c., continua, si è andato via via sviluppando un diverso orientamento proclive ad impostare tutto il tema su basi diverse.

Una volta stabilito che la regola della continuazione sicuramente significa (solo) che l'atto introduttivo del giudizio mantiene i suoi effetti processuali e sostanziali, bisognerebbe poi interrogarsi sul grado di condizionamento della competenza rispetto alle altre attività processuali⁷⁸.

⁷⁶ Qui per tutte, Cass., 9 settembre 1993, n. 9444, in *Giur. it.*, I, 1, 1352 ove si è riaffermato il principio che la *translatio*, disposta dalla legge sulla base della struttura unitaria del processo e del principio di unità della giurisdizione, comporta una valida costituzione dell'intero procedimento e dei relativi atti anche istruttori, e perciò, appunto, anche di quelli assunti innanzi al giudice incompetente, inizialmente adito.

⁷⁷ Fra i primi sostenitori di questa tesi, F. Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1942, I, 453 ss. Fra coloro che valorizzano il dato che è lo stesso processo che continua per dedurre il mantenimento degli atti ordinatori ed istruttori compiuti dal giudice *a quo*, cfr., G. Bongiorno, *Il regolamento*, cit., 49.

⁷⁸ E' questa l'impostazione data al problema in A. Attardi, *Sulla traslazione*, cit., in part. 146 ss., ove anche si specifica che l'invocazione del principio di unitarietà o identità del rapporto processuale non risolve la questione, perché

E quindi, se si ritenga che la competenza del giudice condiziona soltanto la possibilità di emanare una valida sentenza di merito sarebbe allora corretto concludere che tutta la fase processuale svoltasi presso il giudice *a quo* mantiene integra la sua efficacia.

Se, invece, si opini nel senso che la competenza è una condizione della validità di tutti i singoli atti compiuti dal giudice la conclusione dovrebbe essere destinata a mutare radicalmente.

Chi infatti ha abbracciato in passato detta premessa è arrivato ad inferire che non solo tutti gli atti compiuti dal giudice incompetente sono invalidi, e così perdono valore le prove assunte, ma che pure non operano le eventuali preclusioni stabilite dalla legge essendo queste ultime legate all'esistenza nel giudice adito del potere di trattare oltre che di pronunciare sul merito. Pertanto, chi è convenuto presso il giudice incompetente, non avrebbe alcun onere di svolgere la propria difesa in merito, poiché non potrebbero derivare da detta mancata difesa alcuna conseguenza pregiudizievole.

Viceversa, si è detto contestualmente da questa dottrina, conserverebbero efficacia le precisazioni e i mutamenti della domanda che l'attore compie nel corso del processo presso il giudice *a quo*, come pure le eccezioni e le domande riconvenzionali

detto principio guarda al giudice nella sua generica qualità di organo dello Stato, mentre il problema della efficacia della fase svoltasi dipende dal particolare atteggiamento del rapporto tra l'uno e l'altro organo in relazione alla competenza di ciascuno. Così mentre nel caso di incompetenza sopravvenuta, vi sarebbe vero e proprio fenomeno di successione in senso tecnico, poiché il secondo giudice eredita la competenza sulla domanda principale che spettava al primo che correlativamente la perde, nel caso di incompetenza originaria vi sarebbe solo una atecnica successione cronologica fra i due organi, poiché il giudice adito per secondo non eredita affatto una competenza del primo. Fra le

del convenuto e l'atto di intervento di un terzo. Perché, in tali casi, si tratterebbe di attività delle parti o di terzi che presuppongono soltanto la pendenza di un processo valido, e tale è comunque quello instaurato dinanzi al giudice incompetente⁷⁹.

In verità, sul terreno dei legami di condizionamento tra competenza del giudice ed efficacia dell'attività processuale compiuta avanti al giudice incompetente, la più moderna dottrina del processo civile sembra però orientata a concludere diversamente⁸⁰.

Del resto era già stato notato che argomentando per l'invalidità degli atti intermedi compiuti dal giudice incompetente, si entrerebbe nel cortocircuito logico di non poter spiegare l'indubbia efficacia degli atti - pur compiuti dal giudice incompetente - non solo finalizzati ad accertare il requisito della propria competenza, ma pure ad es., strumentali a garantire la valida costituzione del rapporto processuale⁸¹.

autorevoli adesioni alla tesi di Attardi, cfr., A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 195, in part. nota 100, che pure accomuna il problema delle prove e delle preclusioni.

⁷⁹ A. Attardi, *Sulla traslazione*, cit., 176-177.

⁸⁰ In arg. M. C. Vanz, *La circolazione*, cit., 258 ss., ove peraltro si chiarisce che la rilevanza pratica del problema del valore dell'attività istruttoria espletata nella fase consumatasi presso il giudice incompetente è inversamente proporzionale al rigore con cui si intenda la disciplina del rilievo della incompetenza ex art. 38 c.p.c. Se infatti si ritenesse che al rilievo debba necessariamente seguire l'esame e la decisione sulla insorta questione di competenza, senza possibilità di accantonarla, l'evenienza di attività istruttoria già espletata dovrebbe essere pressoché scongiurata. Ma la tematica, come giustamente avverte l'A. (*op. cit.*, 261) è destinata ad assumere ben diverso vigore nell'ambito della trasmigrazione tra distinti plessi giurisdizionali, giusta la regola ex art. 37 c.p.c. della rilevanza della questione di giurisdizione in ogni stato e grado del processo.

⁸¹ G. Arieta, *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990, 85 ss. Ed in effetti, se il giudice incompetente non avesse il potere di trattare dovrebbe pur ritenersi nulla tutta l'attività prevista dagli artt. 181, 182 e 183 c.p.c. Con il che, si aggiunge in questa sede, finisce per essere poco convincente la stessa affermazione di Attardi in ordine alla rilevanza dell'attività svolta dalle parti in merito alla modifica dell'oggetto del processo, connessa com'è al valido

La disciplina che regge la tecnica dell'eccezione e del rilievo della questione di competenza nel processo civile, consacrata nell'art. 38 c.p.c., ha poi dato la stura ad una teorica in materia decisamente interessante⁸². Con questa disposizione, infatti, il legislatore dimostra di accettare come fisiologia del processo che esso ben si possa celebrare presso un giudice che – guardando ai soli criteri di competenza *ex artt. 7 ss. c.p.c.* – sarebbe incompetente. Ma ciò non può essere privo di ricadute dogmatiche in ordine al concetto stesso di competenza⁸³, perché se fosse vero che la ragione che sorregge il rilievo sta sempre nella garanzia che sussista un presupposto per la validità degli atti del giudice, non si comprenderebbe perché queste ragioni devono evidentemente cedere al tempo⁸⁴. Al contrario il legislatore dimostra di dar per scontato “che ragioni di opportunità, e nella specie di economia processuale, possono prevalere

svolgimento di un'udienza di trattazione. In buona sostanza, la salvezza dell'attività processuale svolta dalle parti, finirebbe per essere sicuramente accreditabile solo con riferimento alla domanda recata nell'atto introduttivo.

⁸² Il riferimento è alla tesi di G. Arieta, *La sentenza sulla competenza*, cit., 85 ss., recentemente ripresa e sviluppata da M. C. Vanz, *La circolazione*, cit., 262 ss. In sostanza si fa qui rilevare che accanto alle norme che individuano il giudice competente secondo criteri astratti e statici, vi è un concetto di competenza dinamica che emerge dalle modalità di rilievo della questione. E così, anche nella versione dell'art. 38 precedente alla novella del 1990, si era fatto notare che la rilevabilità dell'incompetenza territoriale semplice solo su tempestiva eccezione del convenuto, dà luogo ad una fattispecie che può essere ricostruita come fenomeno di competenza originaria del giudice adito, ancorché in contrasto con le regole statiche sulla competenza territoriale, caducabile per effetto risolutivo collegato all'eccezione. Avendo poi il legislatore del '90 sottoposto a preclusione anche il rilievo officioso pure delle questioni di competenza relative agli altri criteri, un'impostazione analoga potrebbe essere generalizzata ben oltre l'incompetenza territoriale semplice.

⁸³ Come sembrerebbe invece fare M. Acone, *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Verde-Vaccarella, Torino, 1997, I, sub art. 50, 504, osservando che il tempo del rilievo non incide sulle ragioni che lo sorreggono, ragioni che sarebbero sempre da individuare nella natura originaria della incompetenza.

sull'astratta regola individuatrice della competenza (statica). Tutto ciò comporta degli inevitabili riflessi per quanto attiene alla nozione stessa di competenza. Essa è legata certamente alla legittimazione del giudice, non però come requisito generico di validità dei singoli provvedimenti, bensì come requisito che condiziona il dovere decisorio sul merito⁸⁵.

E del resto, come già evidenziato, anche la dottrina meno recente era approdata alla conclusione che essendo la competenza una condizione di validità della decisione sul merito, essa non condiziona l'attività del giudice che non è decisoria e che ha le caratteristiche della disponibilità, modificabilità, revocabilità, con conseguente salvezza di tutti gli atti ordinatori ed istruttori compiuti presso il giudice *a quo*, e ferma restando la possibilità per il giudice *ad quem* di sottoporre il materiale a controllo e, se del caso, disporre ad esempio la rinnovazione dell'istruttoria⁸⁶.

Ora, in questa sede non è possibile andare oltre nell'approfondimento di queste questioni.

Preme piuttosto rilevare che a seconda della soluzione che si accolga su questo terreno, il modello della *translatio iudicii* contemplato dall'art. 50 c.p.c. assume connotati decisamente differenziati.

⁸⁴ In questo senso, M.C. Vanz, *La circolazione*, cit., 271.

⁸⁵ M.C. Vanz, *La circolazione*, cit., 272, ove peraltro si puntualizza che anche altri dati di diritto positivo convergono verso questa soluzione. Non solo l'art. 310, comma 3, nel riconoscere che qualche effetto devono avere le prove raccolte in un processo estinto renderebbe palese l'incongruità di disconoscere valore a quelle raccolte in un processo che trasmigra al giudice competente, ma, novellando la disciplina del diritto fallimentare, il d. lgs. n. 5/2006 ha previsto che l'incompetenza del tribunale che dichiara il fallimento non pregiudica la validità degli atti compiuti presso il giudice incompetente (v. art. *9bis* r.d. 16 marzo 1942, n. 267).

Praticando con coerenza la premessa che la competenza condiziona la validità di tutta l'attività di trattazione ed istruttoria, ci si avvede che la *translatio* finisce per assolvere ad una funzione che assume carattere preponderante quando non addirittura esclusivo. Quella, cioè, di conservare gli effetti della domanda introduttiva del giudizio.

Viceversa, se si conclude per l'efficacia dell'attività processuale compiuta presso il giudice *a quo*, ne deriva che accanto a questo nucleo si accompagna anche la funzione di contrarre i tempi per addivenire ad una decisione di merito evitando di disperdere l'attività già espletata. In altre parole, subentra il canone del principio di economia.

9. La sorte della cautela.

Fra le varie e complesse questioni generate dalla possibilità di far trasmigrare lo stesso processo dal giudice incompetente a quello competente, merita un cenno il tema della sorte del provvedimento cautelare.

E' questo, infatti, un problema verosimilmente destinato a porsi pure nell'ottica della *translatio* tra giurisdizioni.

Ovviamente in questa sede non si allude al profilo della applicabilità o meno dell'art. 50 c.p.c. al procedimento cautelare.

Ovvero, alla possibilità o meno che quando – per fare l'esempio più semplice - il giudice della cautela *ante causam* rigetti l'istanza

⁸⁶ Cfr. R. Camber, *Rapporti*, cit., 134.

dichiarandosi incompetente, il procedimento cautelare sia riassunto presso quello competente.

Tale possibilità, del resto, è stata generalmente esclusa dalla dottrina del processo civile sulla scorta di argomenti che sarebbe eccessivo in questa sede anche solo accennare⁸⁷. Eccetto uno, che per il suo indubbio interesse ai fini dell'esito finale di questa ricerca

⁸⁷ Specialmente a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 669 *terdecies* c.p.c. nella parte in cui non prevedeva il reclamo contro il provvedimento di rigetto della misura cautelare, la cassazione si è orientata ad escludere che sia proponibile regolamento di competenza contro l'ordinanza del giudice della cautela che si dichiara incompetente. Del resto l'articolo 669 *septies* stabilisce che l'ordinanza di incompetenza non preclude la riproposizione della domanda. Da questi dati si è tratto il convincimento che nel procedimento cautelare non vi sia alcuna eccezione al principio kompetenz-kompetenz, sicché il giudice per secondo adito può ben dichiararsi a sua volta incompetente. Peraltro anche il giudice del reclamo, quando conferma la declinatoria di competenza non rimette la parte avanti al giudice competente, e, d'altro lato, quando invece annulla la declinatoria non rinvia il giudizio cautelare, ma esamina la fondatezza dell'istanza. Se non ché la cassazione, con sentenza 12 giugno 1997, n. 5264, ha riammesso il regolamento di competenza, che con cangiante espressione la dottrina ha definito "in seconda battuta", quale mezzo impugnatorio, nell'ipotesi in cui anche il giudice indicato come competente dal primo emetta ordinanza a sua volta declinando la competenza, con l'ovvia conseguenza che la decisione della suprema corte sarà vincolante per il giudice dichiarato fornito di competenza cautelare, il quale, investito della domanda, non potrà dichiararsi incompetente. Tale orientamento, però, non sembra in contrasto con l'affermazione che l'articolo 50 c.p.c. non si applica al processo cautelare, che anzi muove proprio dal presupposto che nella materia cautelare si possano verificare conflitti negativi reali di competenza, conflitti che, proprio in ragione della *translatio* come disciplinata dall'art. 50 sono invece prevenuti nel processo a cognizione piena. Su tutte queste questioni cfr. Corte cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 409 con nota di C. Consolo, *Il reclamo cautelare e la "parità delle armi" ritrovata*; Cass., 12 giugno 1997, n. 5264, in *Giur. it.*, 1998, 12, con nota di C. Consolo, *Processo cautelare e regolamento di competenza fra art. 42 ed art. 45 c.p.c. (ossia "in seconda battuta")*. Oltre a Consolo, per la tesi che nega la *translatio* nel processo cautelare civile, fra altri, G. Olivieri, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 708; I. Andolina, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1993, V, in part. 74. A favore invece della *translatio*, A. Saletti, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 373.

conviene rammentare anche in relazione all'autore che lo ha formulato.

L'articolo 669 *septies* c.p.c. afferma che "l'ordinanza di incompetenza non preclude la riproposizione della domanda".

Proprio Vaccarella ebbe occasione di rilevare, che "il termine riproposizione è troppo univoco nell'alludere alla proposizione di un nuovo ricorso, e quindi ad un'attività ben diversa da quella consistente, tramite la riassunzione, nel far continuare davanti al giudice *ad quem* il procedimento iniziato con il precedente ricorso"⁸⁸.

Probabilmente l'argomento non era decisivo per escludere la possibilità di una *translatio* in fase cautelare⁸⁹, ma certo è pertinente per affermare che riproposizione della domanda e riassunzione (o *translatio*) sono cose diverse.

Ciò premesso, l'attenzione va piuttosto portata al tema della sorte della misura cautelare concessa quando poi il giudice si dichiara incompetente per il merito, ed il processo venga riassunto *ex art. 50* avanti al giudice indicato come competente⁹⁰.

⁸⁸ R. Vaccarella, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 552 nota 34.

⁸⁹ Osservava già G. Verde, *Appunti sul procedimento cautelare*, in *Foro it.*, 1992, V, 434, che la lettera della norma prova troppo, nel senso che anche quando si ha sentenza declinatoria di competenza nel processo di cognizione, se il giudizio non è riassunto, non vi è preclusione a riproporre la domanda avanti allo stesso giudice, ma con ciò non si esclude certo che in quell'ambito ben possa operare la *translatio ex art. 50*.

⁹⁰ Con questo non si intende escludere che il problema della tutela cautelare nell'ambito del novello istituto della *translatio* fra giurisdizioni si riduca a quello della ultrattività o meno della cautela concessa dal giudice che poi declina la giurisdizione. Anzi è verosimile che se ne pongano altri e ancor più delicati, ma certo questo è il più evidente ed è quello che in fondo serve ad impostare l'intuizione di altre problematiche.

Nel processo cautelare civile, la questione assurge a dignità sistematica in relazione all'ipotesi di cautela richiesta pendente causa poiché l'articolo 669 *quater* afferma che quando vi è causa pendente per il merito "la domanda deve essere proposta al giudice della stessa".

Una parte consistente della dottrina ne ha concluso che la competenza sulla cautela, in tal ipotesi, si radica secondo un criterio definito "di fatto", e cioè in capo al giudice presso cui pende il merito anche se questi fosse per il merito incompetente secondo i criteri sulla competenza dettati dal codice⁹¹. Se si parte da questa premessa, il giudice dovrebbe ritenersi legittimato ad emanare la misura richiesta anche quando si reputi incompetente per il merito, e l'evenienza che emetta un'ordinanza di accoglimento a cui segue poi una statuizione di incompetenza per il merito è plausibilissima. Sorge allora il problema di stabilire se, nel processo riassunto, l'efficacia dell'ordinanza cautelare sopravviva alla declinatoria di competenza del giudice *a quo*.

La dottrina sul punto è divisa⁹².

⁹¹ Per questa tesi, diffusamente, L. Iannicelli, *Domanda cautelare in corso di causa ed incompetenza del giudice di merito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 745 ss.; C. Consolo, *Processo cautelare e regolamento di competenza*, cit., 13; I. Andolina, *Profili*, cit., 71; nella manualistica, L. Montesano-G. Arieta, *Diritto processuale civile*, Torino, 1998, III, 387 ss.; C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2003, III, 208. *Contra*, ovvero per la tesi che ritiene che il giudice presso cui pende il merito debba comunque verificare di essere competente per il merito prima di concedere la cautela, per tutti, F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 1997, IV, 155.

⁹² Gioverà però segnalare che a favore della sopravvivenza del provvedimento cautelare vi è ben più di qualche isolata adesione. Cfr., fra altri, B. Sassani, in Consolo-Luiso-Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 664; L. Montesano-G. Arieta, *op.cit.*, 387 ss.; C. Rapisarda Sassoon, *Le riforme della giustizia civile*, a cura di M. Taruffo, Torino, 1993, 508; L. Iannicelli, *op. cit.*, 762-763.

Ma è assai istruttivo notare che, quando si parta dall'idea che il giudice che ha pronunciato la cautela era per essa competente, ancorché abbia poi declinato la competenza sul merito, è piuttosto difficile argomentare per la perdita di efficacia della misura emanata.

Di contro si suole invocare l'articolo 669 *novies*, nella parte in cui determina la perdita di efficacia del provvedimento quando sopraggiunge sentenza che dichiara insussistente il diritto a cautela del quale il medesimo era concesso, per analogia applicato alle sentenze di rigetto in rito. Ma è stato opposto che questa tesi svaluta ingiustamente il significato che la declinatoria di competenza ha nel processo civile, non più omologabile alle sentenze di rigetto in rito della domanda, poiché con la *translatio iudicii* art. 50 è lo stesso processo che prosegue⁹³, arrivando pure a prospettare una assimilazione dell'efficacia della misura agli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria che per effetto della *translatio* si conservano⁹⁴.

Del resto, la questione non è affatto omologabile a quella più generale della sopravvivenza o meno dei provvedimenti emanati dal giudice incompetente, perché qui si parte dal presupposto che il giudice *a quo* è legittimato ed ha competenza ad emettere il provvedimento cautelare⁹⁵.

Sicché, in definitiva, il principio della continuazione del rapporto processuale, in una con la competenza del giudice *a quo* sulla cautela finiscono per rendere tutt'altro che peregrina l'idea che la

⁹³ V. aa. citati nella nota che precede.

⁹⁴ L. Iannicelli, *op. cit.*, 763.

⁹⁵ L. Iannicelli, *op. cit.*, 764.

misura cautelare sopravviva alla declinatoria di competenza sul merito.

Secondo un certo orientamento, peraltro, il mutamento del giudice rientrerebbe in quelle circostanze che possono legittimare il ricorso all'articolo 669 *decies* dando la possibilità alla parte di formulare – presso il giudice *a quem* – istanza di revoca o modifica del provvedimento cautelare⁹⁶.

10. Dall'impugnazione al giudice incompetente all'errore sull'impugnazione. I limiti connaturati alla tecnica della *translatio*.

In un contesto normativo che conosce dell'articolo 50 c.p.c. e lo considera come consapevole del dibattito dottrinale svolto nella vigenza del precedente codice può apparire sorprendente che la questione dell'appello a giudice incompetente sia stata agitata anche dopo l'entrata in vigore del codice odierno.

E in effetti ha un ch  di paradossale osservare che sotto c.p.c. del 1865 la *translatio iudicii* fin  per prevalere ed essere inizialmente concepita dalla dottrina proprio sul terreno dell'appello, ed ad un tempo oggi constatare che si oppongono sovente difficolt  e critiche ad applicare l'articolo 50 c.p.c. proprio al caso dell'appello a giudice incompetente.

Ma il fenomeno non deve stupire pi  di tanto se si tien mente al fatto che la dottrina a cui si deve l'introduzione di questa disposizione nel codice processuale ebbe invece sempre a sostenere

che l'appello a giudice incompetente non poteva in alcun modo incidere sul termine di decadenza⁹⁷.

Alla luce dell'art. 50 c.p.c., la divergenza dottrinale venne però impostata diversamente che dal passato⁹⁸.

Più di un autore ha colto esattamente il nesso fra questa disposizione e i precedenti storici, riconoscendo nella sostanza che la novella norma semmai rafforza l'orientamento giurisprudenziale precedente e favorevole alla tesi di Mortara⁹⁹. Del resto non è mancato chi ha ritenuto che l'efficacia conservativa dell'appello a giudice incompetente non debba accreditarsi in ragione dell'articolo 50 c.p.c. – argomento reputato non decisivo per risolvere la questione – ma considerando che la incompetenza del giudice non determina la nullità dell'atto perché estranea alla forma di esso e non incidente sulla sua essenza¹⁰⁰.

⁹⁶ L. Iannicelli, *op. cit.*, 764, nota 67 ed ivi indicazione della dottrina che propone detta soluzione.

⁹⁷ Il riferimento è, ovviamente, a G. Chiovenda.

⁹⁸ Si deve peraltro segnalare che la questione dell'incompetenza del giudice dell'impugnazione in relazione all'art. 50 c.p.c. non è stata studiata solo in relazione all'istituto dell'appello, benché anche la moderna dottrina da questo caso prenda sempre le mosse. In tema di opposizione di terzo, cfr. D. Porcelluzzi, *Sull'effetto conservativo dell'opposizione di terzo proposta a giudice incompetente*, in *Dir. e giur.*, 1980, 894; in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, cfr. G. Tarzia, *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente*, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, 119 cui aderisce la sintetica nota di F. Carnelutti, *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 490.

⁹⁹ Fra questi, V. Andrioli, *L'appello avanti a giudice incompetente e l'art. 450 cod. proc. civ.*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 241 a commento di un sentenza – Appello Trieste (Magistratura del lavoro), 30 gennaio 1946, che però si faceva portatrice proprio della tesi della inapplicabilità all'appello dell'art. 50 c.p.c. Fra i più autorevoli sostenitori della tesi dell'applicabilità dell'art. 50 anche all'appello proposto a giudice incompetente, E. T. Liebman, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1952, n. 139, p. 217.

¹⁰⁰ In buona sostanza rieditando l'aspetto fondamentale della tesi di Mortara. Fra i primi sotto il nuovo codice, T. Segrè, *Requisiti essenziali dell'atto di*

L'industria dei contraddittori ha invece preso le mosse dal convincimento che il criterio per l'individuazione del giudice di secondo grado non dia luogo ad una questione di competenza¹⁰¹, o che, comunque, la competenza per gradi (c.d. funzionale) sia un fenomeno estraneo a quello disciplinato dall'articolo 50 c.p.c.¹⁰².

appello, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, II, 114 ss. Sulla stessa linea, più di recente, A. Massari, *Del regolamento*, cit., 609, ove si parla di manifestata volontà di gravame idonea a dar vita ad un valido rapporto processuale.

¹⁰¹ E' la tesi di A. Attardi, *Sulla traslazione*, cit., 160 ss. Se l'impugnazione viene concepita come proseguimento del processo pendente, come atto di impulso processuale, sarebbe improprio parlare di rapporti di competenza tra giudici di primo grado e d'appello. La posizione del giudice dell'appello, sarebbe caratterizzata dall'attribuzione di particolari funzioni che prescindono da una qualsiasi relazione con l'oggetto del giudizio. Mentre i criteri di competenza nel c.p.c. (valore, materia, territorio) sarebbero sempre posti in relazione all'oggetto del giudizio. Non qualificandosi come un fenomeno di competenza, troverebbe allora fondamento la tesi che reputa che le innovazioni del codice non riguardino anche i rapporti tra giudici di primo e secondo grado. Inquadrate poi l'appello come atto di impulso processuale, cadrebbe pure l'argomento che fa leva sull'intrinseca validità dell'impugnazione, giacché l'atto di impulso processuale, in tanto è efficace, in quanto sia compiuto all'interno di un dato processo, mentre l'appello ad un giudice non investito delle funzioni di gravame in quel determinato processo si pone al di fuori del processo stesso (sul punto, cfr. *op. cit.*, 164 ss. ove l'A. istituisce un parallelo con l'inefficacia dell'atto di riassunzione dinanzi ad un giudice diverso da quello indicato dal giudice *a quo*). Conviene tuttavia precisare che lo stesso Attardi dichiara che se invece si muovesse da una diversa concezione dell'istituto del gravame, come giudizio autonomo il cui oggetto è la pretesa di rescissione della sentenza impugnata, non vi sarebbe allora nessun dubbio che tra giudici di primo grado e d'appello vi siano rapporti di competenza, con conseguente necessità di applicare anche all'appello a giudice incompetente la disciplina dell'art. 50 c.p.c. (v. *op. cit.*, 162-163). Per una critica all'appiattimento dell'impugnazione a mero atto di impulso processuale effettuato da Attardi, cfr. A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 75 ss. e prima ancora G. Tarzia, *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente*, cit., in part. 125 ss.

¹⁰² M. T. Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, VI ed., Milano, 1964, I, 282, a proposito della competenza funzionale per gradi afferma che se vi fosse violazione dell'ordine gerarchico prestabilito, "l'organo adito mancherebbe di giurisdizione per quella data causa (...) "così, ad es., se dal Pretore si appellasse alla Corte d'Appello, questa mancherebbe di giurisdizione"; ma pure se vi fosse violazione della sede territoriale del giudice dell'appello il giudice adito mancherebbe di giurisdizione in quella data causa. Cfr. pure P. D'Onofrio,

La giurisprudenza, e con essa la maggioranza della dottrina, si è però pronunciata nel senso che l'art. 50 c.p.c. è, in linea di principio, applicabile anche all'appello proposto a giudice incompetente¹⁰³.

Tuttavia, i giudici hanno ritenuto di dover tener fermo un distinguo anche sotto l'imperio del nuovo codice, sulla cui origine si è abbondantemente detto.

Il c.d. effetto conservativo, scaturente oggi dalla *translatio iudicii*, non sarebbe estensibile all'ipotesi in cui l'appello sia proposto allo stesso giudice o ad un giudice di grado pari (o inferiore) a quello che ha pronunciato la sentenza impugnata¹⁰⁴. In verità le motivazioni fanno pure leva sull'asserita inapplicabilità dell'art. 50 alla incompetenza per gradi. Sicché avrebbe effetto conservativo

Commento al codice di procedura civile, Torino 1957, I, 581, ove si afferma che "il giudice malamente adito difetta non soltanto di competenza, ma addirittura di giurisdizione nei riguardi di quello che ha emesso la sentenza impugnata". Per l'inefficacia dell'appello a giudice incompetente già E. Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano, 1949, II, 1, 82, ove l'applicabilità dell'art. 50 è esclusa perché la questione dell'individuazione del giudice dell'appello non è di competenza ma di attribuzioni istituzionali. La tesi è ribadita in Id., *Diritto processuale civile*, Milano 1957, II, 391 ss., rilevando che l'appello dovrebbe dichiararsi inammissibile. Per la tesi che nega l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c. pure U. Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1966, III, 318-319.

¹⁰³ Fra le molte, Cass., 13 luglio 1947, n. 1335, *Rep. Foro it.*, 1947, *Appello in materia civile* (voce), n. 47; Cass. Sez. un., 15 marzo 1949, n. 532, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, 430. Fra le meno risalenti, cfr. la motivazione di Cass., 11 gennaio 1979, n. 220, in *Foro it.*, 1979, I, 2428. Per la riaffermazione del principio più recente, cfr. Cass., 2 settembre 2003, n. 12788 *Rep. Foro it.*, 2003, *Appello civile* (voce), n. 13. V. pure, S. Chiarloni, *Appello. I) Diritto processuale civile, Enc. giur.*, Roma, 1988, II, § 7, p. 4.

¹⁰⁴ Cfr. Cass. sez. lavoro, 9 dicembre 1981, n. 6515, in *Foro it.*, 1982, I, 1997 con osservazioni di G. Balena. Nella fattispecie, si trattava di un appello da sentenza del Tribunale di Napoli proposto con ricorso intestato alla Corte d'Appello ma iscritto a ruolo presso il Tribunale di Napoli. Per l'ipotesi di appello proposto allo stesso giudice che ha pronunciato o ad altro giudice di

l'appello affetto da errore nell'individuare il giudice territorialmente competente per il gravame, ma non anche l'errore nel grado del giudice che deve conoscere dell'appello¹⁰⁵.

Come però ha ben messo in luce la dottrina, in verità la spiegazione di questo orientamento della giurisprudenza si rinviene nel convincimento che sia connaturato all'istituto dell'appello il fatto di essere rivolto ad un giudice gerarchicamente superiore a quello che ha pronunciato la sentenza impugnata¹⁰⁶. In altre parole, l'appello a giudice di pari grado non sarebbe un appello, ma una riproposizione della stessa istanza già decisa.

Da questo punto di vista è pure istruttiva l'evoluzione giurisprudenziale relativa all'impugnazione per nullità del lodo arbitrale vigente il testo dell'articolo 828 c.p.c. nella versione anteriore alla l. n. 25/1994 (che ha individuato nella corte d'appello il giudice competente a conoscere detta impugnazione). La norma

primo grado, cfr. pure Cass., 12 novembre 2002, n. 15866, *Rep. Foro it.*, 2002, *Appello civile* (voce), n. 16; Cass., 2 settembre 2003, n. 12788.

¹⁰⁵ Una certa confusione sulle ragioni che inducono a queste distinzioni ha ad es. suggerito a Cass., 23 agosto 2002, n. 12345 in *Fallimento*, 2003, 738 con nota di Tiscini di concludere per l'inapplicabilità della *translatio* nel caso di appello avverso la sentenza che dichiara il fallimento proposto alla Corte di Appello anziché al tribunale che aveva pronunciato il fallimento, cioè in una ipotesi di appello al giudice superiore rispetto a quello competente. Ma la motivazione è più propriamente ascrivibile alla tesi che nega la *translatio* nel giudizio di appello, giacché si dice che qui non sarebbe una questione di competenza, "atteso che la competenza attiene alla articolazione della giurisdizione tra i giudici competenti nello stesso grado".

¹⁰⁶ Osserva giustamente G. Balena, cit., 1997, che il presupposto della conclusione a cui giunge Cass. n. 6515/1981 cit., risiede nell'idea che l'impugnazione proposta ad un giudice di pari grado a quello a quo non possa qualificarsi appello. Dubita però della validità di questo presupposto non solo Balena, che rileva che questo carattere dell'appello non riflette un dato onotologico, ma pure N. Rascio, *In tema di competenza funzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 166, secondo cui queste distinzioni non si rinvergono nell'articolo 50 e, d'altronde, l'ordinamento conosce di impugnazioni proposte allo stesso giudice che ha pronunciato.

stabiliva infatti che competente per l'impugnazione fosse il pretore, il tribunale o la corte d'appello, secondo che per la causa decisa dagli arbitri sarebbe stato competente il conciliatore, il pretore o il tribunale. Pur in un siffatto contesto normativo, segnatamente diverso da quello dell'articolo 33 del codice del 1865 (secondo il quale la domanda di nullità si proponeva all'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a conoscere della controversia giudicata dagli arbitri) la giurisprudenza, poggiando su un orientamento emerso sin dalle prime applicazioni dell'art. 828 c.p.c., ha più volte ribadito che l'azione proposta al tribunale in luogo della corte d'appello impedisce la decadenza dal termine perentorio per proporla purché venga riproposta avanti alla corte d'appello nei modi e nei termini di cui all'articolo 50 c.p.c.¹⁰⁷.

Parte minoritaria della dottrina opinò ben presto, però, che se l'impugnativa per nullità si doveva accostare alla struttura di un giudizio di secondo grado, assimilabile ad un appello, la soluzione giurisprudenziale non andava condivisa¹⁰⁸.

E prendendo le mosse proprio dalla teoria di Mortara si intraprese ad osservare che sarebbe stato connaturato pure all'impugnativa del lodo che questa si proponga ad un giudice superiore a quello che sarebbe stato competente a conoscere in luogo degli arbitri, che altrimenti si sarebbe trattato di un'inammissibile riproposizione

¹⁰⁷ Per le prime applicazioni cfr. Appello Torino, 30 marzo 1945 e Appello Milano 17 luglio 1945 entrambe in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 226 con nota di L. Barbareschi, *Impugnazione per nullità di sentenza arbitrale avanti un giudice incompetente*, cit. L'orientamento fu poi condiviso da Cass., 15 novembre 1946, in *Giur. it.*, 1947, I, 448 ed applicato pacificamente fino alla fine degli anni '80. Cfr. ancora, Cass., 22 dicembre 1988, n. 7018, in *Rep. Foro it.*, 1988, *Competenza civile* (voce), n. 163.

¹⁰⁸ V. in particolare L. Barbareschi, *op. cit.*, 229 ss.

d'istanza. La giurisprudenza ha tardato ad approvare questa soluzione, ma quando con decisione ha assimilato l'impugnativa per nullità della sentenza arbitrale ad un giudizio d'appello, vi è fatalmente ricaduta¹⁰⁹.

Ma è un caso ancora diverso il più opportuno per introdurre ad altre e più suggestive considerazioni sul tema.

Qui basterà rammentare una fattispecie recentemente sindacata.

Contro una sentenza emessa dal giudice di pace si è proposto ricorso per cassazione avanti al tribunale, per poi riassumerlo avanti alla corte di cassazione¹¹⁰. Il massimo giudice ha peraltro replicato che in tal caso la proposizione dell'atto innanzi a un giudice di secondo grado anziché innanzi al giudice di legittimità avrebbe escluso la possibilità di ricorrere alla *translatio iudicii ex art. 50 c.p.c.* paventando che una questione di competenza non era prospettabile, anche atteso che la competenza attiene alla articolazione della giurisdizione tra giudici competenti nello stesso grado.

In verità la motivazione poteva ben essere assai più semplice, essendo sufficiente ad escludere ogni discorso intorno alla *transatio* l'osservazione che non vi può essere ricorso per cassazione che non sia diretto e presentato alla corte di cassazione¹¹¹.

¹⁰⁹ Corte d'Appello di Roma, 2 aprile 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 2279; Cass., 25 marzo 1993, n. 3586, in *Rep. Foro it., Arbitrato* (voce), n. 133.

¹¹⁰ V. Cass., 16 gennaio 2004, n. 590, *Rep. Foro it.*, 2004, *Competenza civile* (voce), n. 86.

¹¹¹ Per questa affermazione, già L. Barbareschi, *op. cit.*, 231 “nessuno potrebbe dire che si sia salvata dalla decadenza la parte che, volendo ricorrere per cassazione, non avesse diretto e presentato il suo ricorso alla corte suprema”. E la ragione di ciò sta nel lampante rilievo segnalato da P. Calamandrei-C. Furno, *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1958, II, 1055, “Corte di Cassazione e ricorso in cassazione costituiscono (...) un binomio, i cui termini

Volendo generalizzare il discorso, converrà evidenziare come un'autorevole dottrina ha bene intuito quale sia il limite connaturato al meccanismo della *translatio* sul terreno delle impugnazioni. Il congegno dell'art. 50 c.p.c. non può infatti essere applicato quando l'errore è caduto intorno ad un rimedio speciale inscindibile dalla attribuzione della cognizione a un determinato giudice¹¹².

E volendo andare oltre questo caso limite, i teorici hanno sapientemente chiarito che diverso è il problema della incompetenza, pur in fase di impugnazione, e quello della corretta individuazione del mezzo di impugnazione proponibile. Problema, questo, preliminare e che si risolve sul terreno della ammissibilità. Il problema della competenza "viene in rilievo in un momento successivo, mentre la proposizione della giusta impugnazione opera sul piano dell'ammissibilità, per cui l'eventuale errore della parte non lascia spazio al meccanismo della *translatio iudicii* previsto dall'art. 50 c.p.c."¹¹³.

non possono essere isolati senza perdere, l'uno e l'altro, gran parte del loro significato, (...) il ricorso in cassazione non è concepibile se non come strumento di questo supremo organo".

¹¹² Arg. da S. Satta, *Commentario*, cit., 1962, II, 113, ove appunto si esclude che l'appello a giudice incompetente debba sempre risolversi in una pronuncia di inammissibilità del gravame proprio osservando che questa soluzione sarebbe corretta solo se fosse possibile sostenere "che l'appello è un rimedio speciale inscindibile dalla attribuzione della cognizione a un determinato giudice: ma che ciò sia contro ogni realtà non ha bisogno di essere dimostrato".

¹¹³ N. Rascio, *In tema di competenza funzionale*, cit., 133 ss., in part. 153. Secondo l'A., peraltro, la questione dell'appello proposto ad un giudice di pari grado andrebbe più correttamente impostata rispetto alla prassi giurisprudenziale. O si ritiene che l'atto sia idoneo ad introdurre l'impugnazione, ed allora alla pronuncia di incompetenza potrà seguire utilmente la riassunzione ex art. 50 c.p.c. Oppure, in caso contrario "non si avrà una pronuncia di incompetenza o di inammissibilità, ma, *non trattandosi di impugnazione*, dovrà essere emanata una pronuncia di litispendenza ovvero, se nel frattempo sono decorsi i termini per impugnare, dovrà essere rilevata la preclusione da precedente giudicato" (v. *op. cit.*, 166).

Chi avesse appellato una sentenza inappellabile, ma ricorribile per cassazione, non troverà nell'articolo 50 c.p.c. alcun riparo, perché l'appello deve semplicemente dichiararsi inammissibile. Similmente, fuori dai casi di ricorso per *saltum*, chi anziché proporre appello propone ricorso per cassazione incorrerà inevitabilmente in una pronuncia di inammissibilità. Ovvero ancora, chi impugnasse la sentenza sulla sola competenza con appello anziché con regolamento di competenza non potrà invocare alcun meccanismo di trasmigrazione con connessi effetti conservativi dell'impugnazione, dacché l'impugnazione sarà semplicemente inammissibile¹¹⁴.

11. Il caso della dichiarazione di incostituzionalità dell'istituto del reclamo avverso il decreto del giudice delegato di riparto in sede fallimentare. Tra rimedio della restituzione in termini ed interruzione di un termine di decadenza.

Un esempio assai plastico dei limiti insiti nel meccanismo della *translatio iudicii* si è poi concretato nella interessante questione delle conseguenze scaturenti dalle pronunce della Corte costituzionale che dichiarano l'illegittimità costituzionale delle norme che prevedono un mezzo di impugnazione.

Il tema è stato studiato in particolare in relazione alla normativa della legge fallimentare che assoggettava a reclamo i decreti del giudice delegato in materia di riparto dell'attivo, istituto dichiarato

¹¹⁴ In arg. S. Satta, *Commentario*, cit., II, 113.

illegittimo a seguito della sentenza n. 42/1981 del giudice delle leggi¹¹⁵.

Sancita l'incostituzionalità dell'istituto del reclamo, sul quale doveva pronunciare il tribunale fallimentare e avverso la decisione del quale si riteneva proponibile ricorso per cassazione, si è consolidata l'opinione che unico rimedio esperibile contro il decreto del giudice delegato fosse il ricorso per cassazione *ex art.* 111 Cost. Ma la pronuncia di incostituzionalità, in virtù della sua *vis* retroattiva, ha posto una delicatissima questione in merito alla sorte di quelle vicende non esaurite alla data di pubblicazione della sentenza della Corte, vuoi perché il tribunale non aveva ancora deciso sul reclamo o perché avverso detta decisione era stato proposto ricorso per cassazione non ancora deciso. Il tribunale avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il reclamo; se la causa già pendeva in cassazione, la corte avrebbe dovuto cassare la decisione del tribunale senza rinvio. Ma, nel frattempo, la parte sarebbe verosimilmente già incorsa nella decadenza dal potere di impugnare il decreto del giudice delegato con ricorso per cassazione *ex art.* 111 Cost. per decorso del termine¹¹⁶.

¹¹⁵ In arg. C. E. Balbi, *Incostituzionalità dell'impugnazione proposta e decadenza dal diritto di impugnare*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 696; M. Pagano, *Effetti delle sentenze d'incostituzionalità di norme processuali: nuovi profili*, in *Foro it.*, 1983, I, 1294; Id., *Ancora sugli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 26 l. fall.*, *ivi*, 2708.

¹¹⁶ C. E. Balbi, *Incostituzionalità*, *cit.*, 702, aggiunge all'ipotesi di decadenza per scadenza del termine perentorio l'ipotesi in cui sia prima intervenuta pronuncia del tribunale fallimentare che dichiara inammissibile il reclamo *ex art.* 26 l. fallimentare, la quale produrrebbe la consumazione del diritto di impugnare. Vale la pena di specificare che nella fattispecie evidenziata, non sarebbe stato possibile operare attraverso la conversione del ricorso per cassazione avverso il provvedimento del tribunale in ricorso per cassazione avverso il decreto del giudice delegato, ostandovi la regola che la conversione può al più incidere sulla qualificazione giuridica del mezzo esperito, ma non

La dottrina ha peraltro risolutamente affermato che “l’erronea proposizione di un mezzo di impugnazione comporta poi sul piano della decadenza conseguenze del tutto identiche alla mancata proposizione dell’atto nel tempo previsto: essendo stata proposta un’impugnazione ontologicamente differente da quella che doveva essere esperita (reclamo *ex art.* 26 l.f. invece del ricorso per cassazione), neppure si potrebbe invocare l’effetto conservativo che taluno ritiene prodursi nel caso di appello a giudice incompetente”¹¹⁷.

Non sarebbe stato pertanto possibile applicare la *translatio iudicii*, consentendo al giudizio di reclamo di trasmigrare presso la corte di cassazione senza soluzione di continuità. La differenza tra il mezzo di impugnazione in concreto esperito e quello che doveva invece esperirsi rappresentò, anche in questa peculiarissima ipotesi, un limite non valicabile con la tecnica della *translatio*.

Prepotentemente suggestivo è però il raffronto fra la soluzione al caso propalata in sede dottrina e quella offerta da talune sentenze della corte di cassazione.

Secondo la giurisprudenza, dalla comunicazione della sentenza della corte di cassazione che annulla senza rinvio il decreto del tribunale pronunciato sul reclamo, sarebbe decorso *ex novo* il termine per proporre ricorso straordinario *ex art.* 111 Cost. contro il decreto del giudice delegato¹¹⁸.

può consentire al giudice di sostituire un provvedimento impugnato con altro. In arg. C. E. Balbi, *Incostituzionalità*, cit., 703 e M. Pagano, *Effetti delle sentenze d’incostituzionalità*, cit., 1304-1305, nota 47.

¹¹⁷ C. E. Balbi, *Incostituzionalità*, cit., 702.

¹¹⁸ Cass., 24 luglio 1982, n. 4315, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 696.

Dalla motivazione si evince chiaramente la consapevolezza che, se si dovesse considerare definitivamente decaduta la parte dal rimedio per cassazione, legittimo sarebbe il sospetto di incostituzionalità della normativa processuale nella parte in cui non prevede l'istituto della rimessione in termini per errore scusabile.

Parimenti, la soluzione prospettata va in un'altra direzione.

Come acutamente rilevato, il giudice in questa occasione finì nella sostanza per applicare alla decadenza dal potere di proporre ricorso per cassazione il meccanismo della interruzione del termine sul modello della interruzione della prescrizione¹¹⁹. Ed è interessante notare un passaggio di questa motivazione in cui si tenta di giustificare questa eterodossa soluzione. La sentenza pare ventilare l'idea che la pronuncia della corte di cassazione che cassa senza rinvio la decisione del tribunale, abbia quale effetto di attribuire *ex novo*, e per la prima volta, carattere di definitività al decreto del giudice delegato. Il provvedimento, solo allora, tornerebbe quindi ad essere suscettibile di impugnazione per cassazione.

Sicuramente la decisione era censurabilissima sotto più profili.

Certamente, così si abdicava al principio per cui la decadenza del termine per proporre un'impugnazione non può essere minimamente incisa dal fatto di proporre erroneamente altra impugnazione. Per di più tutto l'impianto si dimostrava erroneo, perché levato sull'inesatta premessa che, prima dell'intervento della Corte costituzionale, vi fosse assoluta impossibilità per la parte di

¹¹⁹ C. E. Balbi, *Incostituzionalità*, cit., 703 ss.

impugnare il decreto del giudice delegato direttamente con ricorso *ex 111 Cost*¹²⁰.

Ma ad attribuire portata davvero eterodossa a questa soluzione stava soprattutto la considerazione, sulla quale ben si tornerà, che la fattispecie della interruzione sul modello della prescrizione, nell'ordinamento vigente, era divenuta incompatibile non solo con le decadenze di natura processuale, ma con la più generale categoria della decadenza.

La dottrina propose quindi di applicare al caso l'istituto della rimessione in termini per errore scusabile. Consapevole però dell'assenza, nel processo civile, di un rimedio di tal fatta e di portata generale, si profilò l'idea di dare ingresso a tale soluzione attraverso l'intervento della corte costituzionale eccitato in via incidentale in occasione del ricorso per cassazione (tardivamente) proposto contro il decreto del giudice delegato¹²¹.

La comparazione tra queste due vie è istruttiva.

Precluso il rimedio della *translatio* vi sono casi in cui occorre trovare ad ogni costo una soluzione per sopperire allo sbaglio, e consentire così alla parte di riproporre l'impugnazione. Ma questa soluzione si dibatte tra alternative in un certo senso parimenti *extra ordinem*. Tra la rimessione in termini per errore scusabile, indigesta

¹²⁰ Rileva M. Pagano, *Effetti delle sentenze d'incostituzionalità*, cit. 1317, che in linea teorica la parte dovrebbe rettamente interpretare la legge e ritenuta incostituzionale la normativa, ricorrere direttamente in cassazione contro il provvedimento del giudice delegato sollevando nel contempo la questione di costituzionalità

¹²¹ C. E. Balbi, *Incostituzionalità*, cit. 707; M. Pagano, *Effetti delle sentenze d'incostituzionalità*, cit., 1320, ove si "scrive" pure il contenuto dell'eventuale questione da prospettare alla Corte costituzionale.

però al giudice civile, o riesumando l'antica idea dell'interruzione di un termine di decadenza.

12. In margine alla tesi di C. E. Balbi sulla rimessione in termini per errore scusabile dal potere di impugnare.

Peraltro, proprio prendendo spunto da questa ed analoghe problematiche, una dottrina è andata ben oltre¹²².

Attraverso uno studio anche in chiave comparativa, e suggestionato dalla teorica dell'errore scusabile elaborata dal giudice amministrativo, Balbi ha finito per prospettare l'esistenza del principio della restituzione nel termine quando la decadenza dall'impugnazione sia incolpevole. Tale principio – sul terreno delle impugnazioni - coprirebbe un'area assai vasta, essendo ad esempio passibile di applicazione anche di fronte all'impugnazione nulla per vizio di forma (conseguente ad un comportamento non colpevole della parte).

Ma certamente sul terreno qui disputato troverebbe la più fertile delle applicazioni.

L'A. muove dall'osservazione che l'indirizzo odierno in tema di appello a giudice incompetente, favorevole alla *translatio iudicii* delinea un rimedio “ancora più ampio di quello restitutorio”. Tuttavia “anche da parte di chi riconosce la possibilità della *translatio iudicii* da un giudice di impugnazione (incompetente) ad un altro (competente), si pone un limite preciso: deve trattarsi di incompetenza del giudice adito e non di inammissibilità

dell'impugnazione. Cosicché l'effetto conservativo non si produce se vi è una fondamentale diversità ontologica tra l'impugnazione esperita (es. appello) e quella che ai sensi di legge doveva essere proposta (ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost*): con il risultato che in questi ultimi casi l'impugnazione può essere riproposta solamente se nel frattempo non sia scaduto il termine perentorio e se non sia intervenuta una sentenza del giudice di appello che, dichiarando l'inammissibilità dell'impugnazione, ne produca la consumazione”.

A parere di Balbi la situazione processuale sarebbe incongruente sotto l'aspetto della garanzia del diritto di difesa, perché nel caso di appello al giudice incompetente il rimedio della *translatio* tutela anche chi versi nella più palese malafede. Riesumata così la tesi che nel caso di appello a giudice incompetente non vi debba essere *traslatio*¹²³, secondo l'A. il principio dominante anche degli istituti

¹²² Il riferimento è a C. E. Balbi, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, in part. 317 ss.

¹²³ In effetti Balbi dichiara di aderire alla tesi del primo Carnelutti, qui a suo luogo rimarcata, osservando che non può parlarsi di traslazione del giudizio ma di un vero e proprio rimedio consistente in una nuova citazione in appello oltre il termine perentorio, né può parlarsi di interruzione o sospensione del termine. Dimentica però di ricordare che la tesi del primo Carnelutti aveva a che fare con un contesto, quello del codice del 1865, certamente in linea con questa conclusione, ma difficilmente riproducibile, nei medesimi termini, in un ordinamento ove la sentenza di incompetenza ha assunto tutt'altro ruolo sistematico. Per la verità un isolato spunto per valorizzare il ruolo della buona fede nell'ipotesi di appello, sotto l'odierno codice, è presente in S. Satta, *Commentario*, cit., II, 113-114, che memore di un personale caso in cui si appellò una sentenza del giudice di Milano davanti al giudice dell'Asmara, propose una riserva alla *translatio* ed al connesso effetto conservativo: “se cioè l'errore sulla competenza risultasse chiaramente voluto come un espediente defatigatorio verrebbe meno l'effetto conservativo, perché mancherebbe la stessa volontà di appellare”. A tacere della non perfetta sovrapposibilità dei concetti di buona fede e scusabilità dell'errore, è superfluo rilevare come tale limitazione sia in contrasto con la disciplina della *transaltio* come conosciuta dall'art. 50 c.p.c.

del processo dovrebbe essere la buona fede, con la conseguenza che “a colui, che in buona fede si rivolge ad un giudice di appello comunque non competente per la impugnazione, deve essere riconosciuta la continuità nella volontà di impugnare il provvedimento che lo ha visto soccombente. Ma se il presupposto del rimedio è la diligenza del soccombente, non ci si può limitare alla fattispecie dell’incompetenza del giudice di appello, dobbiamo anzi estendere l’applicazione del principio anche all’ipotesi di inammissibilità dell’impugnazione per avere la parte esperito un mezzo d’impugnazione diverso da quello previsto dalla legge”. I tempi sarebbero quindi maturi per introdurre anche nel processo civile la restituzione contro la decadenza dal potere di impugnare per errore scusabile¹²⁴.

Ora, certamente sarebbe interessante disputare delle ragioni che hanno indotto questa dottrina del processo civile ad erodere uno spazio riservabile alla *translatio* (quello dell’impugnazione a giudice incompetente) a favore della tecnica della rimessione in termini per errore scusabile.

Ma la considerazione che più preme evidenziare è che, ancora una volta, si muove comunque dalla premessa che ove vi sia errore sul mezzo di gravame la tecnica della trasmigrazione non abbia possibilità di applicazione.

Anche la dottrina del processo civile ha avvertito che, in tale ipotesi, alle esigenze della giustizia risponde la tecnica dell’errore scusabile.

¹²⁴ C. E. Balbi, *La decadenza*, cit., da 438 a 443.

13. La disciplina dell'interruzione della prescrizione per effetto di domanda giudiziale nel codice civile del 1942 ed il suo rapporto con l'articolo 50 del c.p.c.

Almeno in apparenza, la disciplina che il codice civile vigente dedica al fenomeno dell'interruzione della prescrizione per effetto di domanda giudiziale si presta ad una lettura più semplice di quanto non fosse nel codice del 1865¹²⁵.

L'art. 2943 dispone interrotta la prescrizione “dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo”.

Per qual che qui rileva, il 3° comma dell'art. 2943, evidentemente riproponendo la regola dettata dall'art. 2125 del vecchio codice, statuisce che “l'interruzione si verifica anche se il giudice adito è incompetente”.

Ma le regole che incidono in modo più determinante sul fenomeno dell'interruzione, sono consacrate nell'art. 2945, non a caso rubricato “Effetti e durata dell'interruzione” e ove la disciplina segna la maggior carica di novità rispetto al sistema previgente¹²⁶.

La norma, al comma 1, stabilisce che “per effetto dell'interruzione s'inizia un nuovo periodo di prescrizione”.

¹²⁵ Ma sulla natura solo apparentemente univoca dell'interpretazione delle regole risultanti dagli artt. 2943 e 2945 cod. civ., cfr., R Oriani, *Processo*, cit., 45 ss.

¹²⁶ Per quanto, come dimostra felicemente R. Oriani, *Processo*, cit., in partic. 52 ss., molti accorgimenti trovati dalla giurisprudenza sotto l'imperio del cod. del 1865 in una certa qual misura ebbero ad anticipare le soluzioni dettate nel nuovo codice. Così ad es., si può rinvenire anche qualche sentenza che in caso di perenzione accreditava comunque la sospensione della prescrizione per tutto il tempo consumato in giudizio.

Se però l'interruzione è effetto della domanda giudiziale, entra in azione la disposizione del comma 2: "la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio". In buona sostanza, quella regola che sotto il codice del 1865 si ricavava solo in via interpretativa, e con molti distinguo, specie fra un grado e l'altro di giudizio, è stata molto opportunamente positivizzata dal legislatore e con una ampiezza tale da ricoprire l'intero arco della vicenda processuale. Si tratta di un effetto che taluno chiama di interruzione ad effetto continuativo, ovvero di interruzione a cui si associa un effetto sospensivo.

Tuttavia, il comma 3 del medesimo articolo pure prevede che "se il processo si estingue, rimane fermo l'effetto interruttivo e il nuovo periodo di prescrizione comincia dalla data dell'atto interruttivo".

Pertanto, nei casi di estinzione del processo, si ha soltanto una c.d. interruzione istantanea. Tutto il tempo che passa tra la notificazione della domanda e l'estinzione è utile a maturare la prescrizione del diritto.

E però, a differenza della disciplina del vecchio articolo 2128 che sanzionava la perenzione con il venir meno *ab origine* dell'interruzione della prescrizione, l'attore si potrebbe giovare dell'interruzione istantanea se, ad es., il processo poi estinto non ha avuto una durata tale da superare il periodo prescrizionale.

Ora, nel sindacare questa disciplina normativa si possono ovviamente assumere molti metodi di approccio. Perché, ad essere onesti, non è affatto vero che la trama di queste disposizioni si presti ad una interpretazione sempre agevole e, soprattutto,

disancorata da una ricostruzione teorica dell'istituto dell'interruzione della prescrizione¹²⁷.

¹²⁷ O addirittura da ancorare alla concezione concreta piuttosto che astratta dell'azione recepita dal legislatore, che proprio dalle norme sull'interruzione della prescrizione dovrebbe desumersi, come fa R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 307 ss. Ora, pur non potendo impegnare in questa sede un tema così "alto", sarà utile rammentare che l'idea di Chiovenda, secondo cui il processo chiuso con sentenza che non accerta la fondatezza della domanda non può incidere sulla prescrizione, si spiega perché l'A. muove da una concezione concreta dell'azione – come diritto ad un provvedimento favorevole – sicché ove questo risultato non sia raggiunto vi è un *agere de facto* non sorretto da alcuna azione. Ovviamente, nel sistema del codice civile del 1940 una simile impostazione sembrerebbe contraddetta proprio dall'articolo 2945, comma 3, ove si dimostra che vi è incidenza sulla prescrizione anche se il processo non sfocia in una sentenza favorevole. La tesi proposta invece da V. Andrioli, *Sulla interruzione sospensione della prescrizione del diritto controverso*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 618 ss., muove per contro dall'idea che l'azione consista nell'aspirazione ad un provvedimento di merito sicché l'interruzione sarebbe funzionale a rendere possibile l'emanazione di una sentenza con quel contenuto. In altre parole l'interruzione servirebbe ad evitare che il convenuto che eccepisce la prescrizione possa giovare del tempo di pendenza del processo inibendo al giudice di pronunciare sul merito. La conclusione che Andrioli ne trae è che l'interruzione-sospensione di cui all'articolo 2945, comma 2, può essere accordata solo se la sentenza pronuncia sul merito, mentre in tutti gli altri casi, ove vi sia *absolutio ab instantia* del convenuto, si ricadrebbe nella previsione di cui al terzo comma che quindi non sarebbe dettato solo per i casi di estinzione. Tuttavia, R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 313, rileva che consentendo all'interruzione istantanea in tutti i casi di *absolutio ab instantia* si accrediterebbe una concezione astratta in senso estremo dell'azione, ossia come diritto ad un provvedimento qualsiasi (sulla specifica tesi del Vaccarella si rinvia qui nel testo al § successivo). In realtà come dimostra R. Oriani, *Processo*, cit. 52 ss, negare che l'effetto interruttivo-sospensivo si produca se la sentenza che definisce il processo non pronuncia nel merito contrasta con l'evoluzione che ha portato alla codificazione del 1942 in contrappunto al vecchio articolo 2128. Per altro, sul piano logico, la tesi appare inconciliabile con la permanenza dell'effetto interruttivo anche solo istantaneo se il processo si chiude con l'estinzione (v. *op. cit.*, 83). Ogni volta che l'azione non ha raggiunto il risultato suo proprio (ovvero non culmina in una pronuncia sul merito) ogni ulteriore sua rilevanza dovrebbe perdere di senso. In effetti il punto di snodo delle varie teorie sviluppate per spiegare il fenomeno della interruzione è rappresentato dal dato positivo enunciato dal comma 3 dell'articolo 2945, ossia dal residuo dell'effetto interruttivo istantaneo nel caso di estinzione del processo. Sotto il codice vigente non è mancato il tentativo di riproporre l'idea che la disposizione si giustifichi perché la citazione si converte in atto di costituzione in mora. Cfr., ad es., R. Quadri, *Domanda giudiziale all'estero e prescrizione*, in *Giur. it.*, 1947, I, 235. Senonché, ad inquadrare la questione in

Tuttavia, poiché il fine ultimo della presente indagine risiede esclusivamente nel tentativo di evidenziare alcune questioni utili sul terreno della *translatio iudicii* fra giurisdizioni diverse, appare certamente più consono (e non solo perché meno impegnativo) indirizzare l'attenzione verso alcune problematiche minimali che questa disciplina ha evocato.

Prima fra tutte, la questione del significato da attribuire all'art. 2943, comma 3, ove ancora si ripropone la disposizione che

termini di conversione osta in primo luogo la constatazione che la domanda non ha strutturalmente gli elementi dell'atto di costituzione in mora, poiché l'attore non comanda e nemmeno chiede alcunché al convenuto. Inoltre, attraverso il ricorso alla figura della conversione non si riuscirebbe mai a spiegare l'interruzione che comunque si determina in relazione alla domanda di mero accertamento che certo non è minimamente assimilabile alla costituzione in mora. Cfr. per queste ed altre considerazioni, R. Oriani, *Processo*, cit., 181. Anche evidenziando i punti deboli di queste teorie, Oriani è approdato ad una tesi che pare utile qui sintetizzare. Sarebbe cioè ben vero che il legislatore ha riconosciuto l'effetto interruttivo istantaneo quando il processo si estingue anche perché mosso dall'intuibile esigenza di non cadere nell'iniquità, cioè, di accodare interruzione al creditore che si limita ad inviare una lettera di diffida negandola invece a quello che ha tradotto la controparte in giudizio. Ma questo non significa che la domanda sia stata considerata dalla legge come costituzione in mora. In realtà l'atto processuale contiene una fattispecie minore (comune a tutti gli atti interruttivi), ossia l'affermazione del diritto contenuta nella domanda, ed è ad essa affermazione che si connette l'interruzione istantanea della prescrizione, perché tale affermazione denota di per sé la vitalità del diritto affermato (v. *op. cit.*, 181 ss.). L'interruzione istantanea resiste all'estinzione del processo perché questa non è idonea a cancellare il fatto dell'affermazione del diritto contenuta nella domanda (v. *op. cit.*, 184). L'effetto sospensivo di cui al comma 2 dell'art. 2945, si spiega pianamente tenendo conto che nel caso di domanda giudiziale, l'affermazione del diritto non è contenuta in un atto isolato e fine a se stesso, ma inserita in un atto che dà inizio ad un fenomeno destinato a durare nel tempo. E per tutti i legislatori sorge la necessità di stabilire quale sia la sorte della prescrizione in questo lasso di tempo. La scelta del nostro ordinamento civile è nel senso che il non corso della prescrizione si collega alla litispendenza. Ma questo secondo effetto è succedaneo e condizionato all'esistenza dell'interruzione, come dimostrerebbe il fatto che se la prima non si produce, non rileva nemmeno la sospensione. Il legislatore avrebbe quindi discriminato fra due modi di cessazione della litispendenza, collegando l'effetto sospensivo solo alla fine normale del processo (sia essa nel merito o in rito), e

sancisce l'interruzione anche quando la domanda è proposta al giudice incompetente.

In effetti la dottrina concorda nel reputare che una simile disposizione, giusta l'introduzione dell'art. 50 c.p.c., ha del tutto perso il significato che invece poteva assumere nel codice del 1865¹²⁸.

Avendo il legislatore del processo introdotto il principio per cui la declaratoria di incompetenza non chiude il giudizio, che invece prosegue (o continua) presso il giudice indicato come competente se tempestivamente riassunto, ma avendo al contempo dettato al regola che il processo si estingue, se non tempestivamente riassunto, nessuno spazio di autonomia potrebbe avere la previsione dettata dal codice civile con l'art. 2943, comma 3.

E infatti, delle due l'una. Se il processo continua approderà alla sua naturale conclusione con la sentenza che lo definisce, ma allora, sul terreno della interruzione si applicheranno gli art. 2943, comma 1 e 2945, comma 2. Se invece il processo non è riassunto si estingue, ed allora si applicherà il comma 3, dell'articolo 2945 ma sempre in relazione all'articolo 2943, comma 1¹²⁹.

disconoscendo questo effetto nei casi di fine patologica, per mancanza di impulso delle parti (cfr. *op. cit.*, 184 ss. in part. 188 e 196).

¹²⁸ Cfr. R. Oriani, *Processo*, cit., 66, ove si parla di "inutile e pericoloso reliquato della disciplina spettante sotto il vecchio codice alle pronunce di incompetenza, che erano destinate a chiudere definitivamente il processo senza possibilità di continuazione presso il giudice competente, rendendo necessaria la riproposizione della domanda. Cfr. pure, R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 126 nonché 301 ove si parla di previsione ormai superflua chiarendo che "il mutato regime della sentenza d'incompetenza comporterà inevitabilmente che questa ipotesi sfoci o nell'interruzione continua in caso di riassunzione o nell'estinzione".

¹²⁹ Così R. Oriani, *Processo*, cit., 67. In realtà il difetto di coordinamento sul punto tra codice civile e codice di procedura molto probabilmente si spiega nel fatto che al momento in cui fu scritta nei lavori preparatori la disciplina del

Peraltro, l'impropria permanenza nel codice civile dell'indagata disposizione emerge da una considerazione che potrebbe anche prescindere dalla presenza nel codice di procedura del principio della *translatio ex art. 50*.

A ben riflettere, infatti, la regola dettata dal comma 3 dell'art. 2943 non sarebbe stata del tutto perspicua nemmeno qualora la disciplina processuale si fosse adagiata sul passato non riconoscendo il principio della trasmigrazione del rapporto processuale dal giudice incompetente a quello competente.

La regola dell'art. 2125 del codice del 1865 aveva infatti la precisa funzione di evitare che, sul terreno dell'interruzione della prescrizione, la sentenza declinatoria della competenza fosse omologata alle sentenze di rigetto in rito di cui si occupava l'articolo 2128 del medesimo codice. Si evitava cioè, che a seguito della declaratoria d'incompetenza venisse meno *ab initio* l'effetto interruttivo dando così la possibilità all'attore di ricominciare *ex novo* il processo avanti al giudice competente.

codice civile non era ancora chiara quale sarebbe stata la scelta del legislatore del processo. Lo illustra benissimo la lettura di un passo della relazione allo schema ministeriale relativo all'art. 12 di detto schema che appunto costituisce la norma poi transfusa nell'art. 2945. Dopo aver precisato che se vi è "sentenza definitiva che non decide il merito e che quindi lascia aperta la possibilità di riproporre la domanda, dal suo passaggio in giudicato comincia a decorrere un nuovo periodo di prescrizione", la relazione prosegue osservando che "a proposito della sentenza che dichiara l'incompetenza possono darsi due ipotesi: o il codice di procedura civile stabilirà un termine perentorio per riassumere il giudizio davanti al giudice competente sotto pena di estinzione del procedimento, ed allora questo non può considerarsi chiuso ma potrà estinguersi solo per inattività delle parti con la conseguenza di cui nel terzo comma dell'art. 12. O il codice di procedura civile non prescriverà un termine perentorio per riassumere il giudizio e vi sia soltanto la possibilità di riprodurre la domanda, ed allora la prescrizione riceve nuova decorrenza dal passaggio in giudicato della sentenza che dichiara l'incompetenza". L. detta relazione in G. Pandolfelli-G.

Soppressa però la disciplina dell'art. 2128 una previsione sul punto del legislatore sarebbe stata comunque pleonastica¹³⁰.

Questa constatazione apre in effetti l'adito alla questione più rilevante in questa sede.

L'articolo 2945, comma 2, assegna l'effetto interruttivo continuativo sino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio.

Il punto su cui la moderna dottrina del processo civile dibatte è, prima di tutto, l'ambito di applicazione di questa disposizione. Cosa cioè debba intendersi per sentenza che definisce il giudizio.

Il successivo comma 3 del medesimo articolo, peraltro, fa salvo l'effetto interruttivo (solo) istantaneo della domanda qualora il processo si estingua.

Tuttavia, anche a seconda del significato assegnato al comma precedente, sorge il quesito di stabilire se vi siano (e quali siano le) sentenze che definiscono il giudizio relativamente alle quali non solo non si darà interruzione continuativa, ma nemmeno avrà a riconoscersi interruzione istantanea alla relativa domanda introduttiva.

Ovviamente, anche le più sottili dissertazioni debbono arrestarsi di fronte ad una constatazione.

In virtù della disciplina sancita dall'articolo 50 del c.p.c. la domanda avanti al giudice incompetente, seguita da sentenza che

Scarpello-M. Stella Richter-G. Dallari, *Codice civile, Libro della tutela dei diritti*, Milano, 1943, 227.

¹³⁰ Il che risulta evidente anche dalla relazione riferita nella nota che precede. Se infatti ogni sentenza definitiva che non decide il merito ricade nell'ipotesi in cui si ha interruzione con effetto continuativo sino al passaggio in giudicato, in tale previsione sarebbe ricaduta pure la sentenza d'incompetenza.

pronuncia l'incompetenza è certamente l'ipotesi meno idonea a suscitare vere o presunte ambiguità applicative in ordine all'articolo 2945. Il meccanismo processuale introdotto da questa norma è infatti tale per cui la sentenza che definisce il giudizio non solo non può essere all'evidenza quella del primo giudice con contenuto declinatorio della competenza, ma necessariamente proverrà da un giudice che non può licenziare una sentenza parimenti declinatoria di competenza. Che quindi, definirà il giudizio in altro modo, anche se non necessariamente affrontando il merito. Se poi la riassunzione sarà tardiva si andrà incontro alla declaratoria di estinzione. In tal caso l'applicazione dell'articolo 2945, comma 3, diventerebbe assai difficile da contestare.

14. L'interruzione della prescrizione e la domanda al giudice carente di giurisdizione. L'inizio del dissidio tra Vaccarella ed Oriani.

Distratta quindi la tematica dell'incompetenza dalla problematica dell'esegesi dell'art. 2945, commi 2 e 3, l'attenzione degli interpreti è andata significativamente in altre direzioni.

Fra queste, non a caso, è emersa la questione delle sentenze che declinano la giurisdizione.

A tal proposito, per la verità, nella dottrina dell'odierno codice non è mancata la proposta di interpretare estensivamente la lettera dell'art. 2943, comma 3, ove si riferisce al giudice incompetente,

per farvi rientrare l'ipotesi del giudice carente di giurisdizione¹³¹. In detta specifica ipotesi la norma avrebbe ritrovato uno spazio di autonomia applicativa che la disciplina delle questioni di competenza, come appena visto, gli avrebbe altrimenti sottratto. Seguendo questa prospettiva, in altre parole, la domanda a giudice carente di giurisdizione sarebbe l'unica ipotesi in cui l'effetto interruttivo si produce in virtù del comma 3 dell'art. 2943, protraendosi fino alla declinatoria di giurisdizione passata in giudicato in ragione del combinato con l'art. 2945, comma 2.

Ma lo sviluppo scientifico della questione non ha seguito l'idea¹³².

E qui principia nella metà degli anni 70 quel dissidio fra Vaccarella e Oriani che tanto giocherà nella più recente evoluzione del tema della *translatio iudicii*.

In una monografia dedicata all'istituto dell'estinzione del processo, Vaccarella in buona sostanza muove dall'idea che le sentenze che definiscono il giudizio richiamate dall'articolo 2945, comma 2, e che quindi producono l'effetto interruttivo continuativo, siano solo le sentenze di merito e non quindi le sentenze di c.d. *absolutio ab instantia*.

Ricostruendo poi il fenomeno dell'estinzione del processo, si accredita l'idea che essa sia funzionalmente legata al problema delle nullità processuali che inficiano un atto necessario del

¹³¹ Ad es., G. Deiana, *L'atto interruttivo della prescrizione nel campo del processo di ingiunzione*, in Studi in onore di F. Messineo, Milano, 1959, I, 132 nota 18.

¹³² Benché meriti di essere rammentato che, secondo R. Oriani, *Processo*, cit., 143 nota 40, se si dovesse davvero partire dal presupposto che la domanda al giudice carente di giurisdizione è nulla, allora la proposta di riferire l'art. 2943, comma 3, all'ipotesi di carenza di giurisdizione andrebbe certamente salutata con favore.

processo. In altre parole la tensione del legislatore del processo verso una definizione del merito avrebbe introdotto un meccanismo di sanatoria delle nullità che sinteticamente opera secondo lo schema del rilievo a cui non segue la dichiarazione, ma l'onere per le parti di compiere entro un dato periodo di tempo un'attività (di integrazione, riassunzione etc.) per riparare alla nullità.

Quando però le parti compiano questa attività tardivamente, l'estinzione sarebbe una sanzione per quella inattività che opera in modo affatto peculiare: essa infatti non guarda alla nullità originaria, ma all'inattività delle parti, sicché la sentenza che dichiara l'estinzione è una particolarissima *absolutio ab instantia*, perché in un certo senso supera e rende irrilevante la nullità originaria. L'attività processuale anteriore potrebbe quindi produrre quegli effetti che la legge ricollega all'esercizio dell'azione¹³³.

Ma quando si sia fuori dall'operatività del meccanismo dell'estinzione, e dall'articolo 2945 comma 3, riprenderebbe a valere la regola del modo di operare della nullità.

Per decidere se vi è interruzione istantanea occorrerebbe quindi guardare alla legge processuale per stabilire se vi è stato valido esercizio dell'azione. Che altrimenti l'interprete finirebbe per introdurre una massiccia ed inammissibile deroga al principio per cui *quod nullum est nullum producit effectum*¹³⁴.

Ora secondo l'A. dal codice di procedura civile si dovrebbe desumere che la competenza del giudice è costruita dalla legge non come requisito di validità della domanda (o presupposto processuale in senso stretto) ma come condizione per la trattazione

¹³³ Cfr. R. Vaccarella, *Inattività*, cit., ad es., 318-319.

del merito, sicché la dichiarazione d'incompetenza non avrebbe affatto l'effetto di sancire una nullità¹³⁵.

Ma totalmente diversa sarebbe la prospettiva desumibile dal trattamento processuale che il legislatore ha attribuito alle questioni di giurisdizione.

In particolare, non avrebbe alcun senso – se non *de iure condendo* – criticare il legislatore per aver qualificato nell'art. 37 c.p.c. come di giurisdizione la questione dei rapporti tra A.G.O. e giudici speciali o tra i vari giudici speciali “perché rientra nell'insopprimibile arbitrio del legislatore costruire la questione dei rapporti tra giudici di diversi ordini come requisito di validità (o ammissibilità) della domanda (o presupposto processuale in senso stretto) invece che come condizione per la trattazione del merito, quale oggi – si è visto – è la competenza. Ed è appena il caso di rilevare, dopo quanto diffusamente si è esposto a proposito della competenza, che a questa scelta del legislatore corrisponde, per le questioni di giurisdizione (da intendersi, è superfluo ribadirlo, in senso tecnico-

¹³⁴ Cfr. R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 315.

¹³⁵ Per una critica di incoerenza all'intero ragionamento che Vaccarella effettua sul terreno della competenza cfr., però, R. Oriani, *Processo*, cit., 414 nota 82. In effetti, sebbene Vaccarella affermi che il difetto di competenza non comporta nullità del processo, è agevole osservare che la conclusione secondo la quale la competenza non è un requisito di validità della domanda è costruita a ruota della presenza dell'art. 50 c.p.c. Dalla previsione, cioè, di una fattispecie sussidiaria che consente il superamento della nullità. Secondo Oriani sarebbe del resto significativo proprio il rapporto che Vaccarella instaura con il difetto di giurisdizione, ove la nullità del processo è accreditata proprio sulla scorta dell'assenza di trasmigrabilità. Per essere conseguenti alla premessa di Vaccarella, ne dovrebbe però risultare che, anche sul terreno della competenza, quando la sanatoria non avvenga, ad esempio per tardiva riassunzione, l'estinzione corrisponda ad una pronuncia di *absolutio ab instantia* senza nemmeno produzione dell'effetto interruttivo istantaneo previsto dall'art. 2945, comma 3, che invece R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 126 non mostrava perplessità ad ammettere.

positivo), la conservazione del principio per cui ogni giudice ha il potere di giudicare sulla propria competenza giurisdizionale senza vincolo alcuno rispetto alle decisioni di giudici appartenenti ad altri ordini: con l'ovvia conseguenza (...) che l'eventuale indicazione del giudice cui spetterebbe di conoscere della causa ha un ruolo assolutamente secondario, e perché in nessun caso vincolante e perché mai da essa consegue la traslazione della causa. Il che significa che il legislatore ha voluto (e si tratta di scelta politica, dalla quale è possibile dissentire solo sul medesimo piano politico) considerare non comunicanti ed indipendenti uno dall'altro i diversi ordini di giudici, come dimostra la possibilità di conflitti disciplinati dall'art. 362: come ha voluto, travasando nel codice la legge 31 marzo 1877 n. 3761 sui conflitti di attribuzione, che l'autonomia di ciascun ordine giudiziario cedesse solo all'autorità delle Sezioni Unite adite in sede di ricorso ordinario (art. 360 n. 1, 362, 1° comma c.p.c. e 111, 3° comma Cost.), di conflitto (art. 362 cpv) e di regolamento (art. 41 c.p.c. e 111, 3° comma, Cost.), esclusa sempre la traslazione della causa dal giudice adito a quello dichiarato munito di giurisdizione ed ammessa solo quando il giudice superiore riconosca che la causa spettava al giudice adito (art. 353, 1° comma e 367, 2° comma)¹³⁶.

Sicché con molta nettezza Vaccarella arriva poi a ribadire che “di fronte ad una domanda diretta ad un giudice privo di giurisdizione, la legge prevede l’emanazione di una sentenza con la quale si dichiara la nullità della domanda”¹³⁷. La domanda proposta a

¹³⁶ R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 127-128-129.

¹³⁷ R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 319. La tesi che la domanda proposta a giudice carente di giurisdizione sarebbe nulla era già stata proposta sotto il codice

giudice carente di giurisdizione sarebbe stata dunque inidonea persino a determinare l'interruzione istantanea della prescrizione¹³⁸.

Ben diversa è la conclusione sul punto a cui arriva Oriani nella monografia dedicata al rapporto fra processo di cognizione ed interruzione della prescrizione.

L'idea fondante dell'opera è che ad interrompere la prescrizione sia l'affermazione del diritto se ed in quanto contenuta nella domanda giudiziale. E così si giustifica la scelta dettata dal legislatore con l'art. 2945, comma 3: la carenza di impulso processuale che determina l'estinzione del processo non può far venir meno l'affermazione del diritto contenuta nell'atto introduttivo.

L'effetto sospensivo previsto dall'art. 2945, comma 2, sarebbe poi collegato allo stato di litispendenza. Pertanto per sentenza che definisce il giudizio ai sensi di quella norma debbono intendersi anche quelle sentenze che definiscono il processo in rito.

Nell'indagare fra queste l'A. si attarda proprio sulla sentenza declinatoria della giurisdizione dichiarando di tener presente "il difetto di giurisdizione dell'a.g.o. nei confronti del giudice speciale

vigente, da G. Conso, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965 110 ss., in part. 126, che arriva a tale considerazione in base all'art. 367, in tema di interventi della cassazione quale giudice regolatore della giurisdizione. Poiché la norma prevedeva la riassunzione solo nel caso di riconosciuta giurisdizione del giudice ordinario sarebbe chiaro che l'iter processuale "iniziato con la domanda proposta innanzi ad un qualsiasi giudice ordinario carente di giurisdizione resta definitivamente chiuso con la sentenza di annullamento, la quale viene così a coinvolgere tutti gli atti precedenti, senza consentire la sopravvivenza di alcun effetto, interruzione della prescrizione compresa. Lo stesso si dica per l'ipotesi che il difetto di giurisdizione sia riconosciuto dall'organo di appello o dallo stesso organo di primo grado".

¹³⁸ Che questo sia il pensiero di Vaccarella lo si deduce da *Inattività*, cit., 129, in nota 67, ove si rileva l'esattezza della conclusione di G. Conso qui indicata nella nota precedente.

e viceversa, e sempre che si tratti della identica situazione da far valere”.

Ed anzi, sebbene la questione dovrà essere ripresa più avanti, occorre sin d’ora notare che l’A. specifica che ove “l’a.g.o. dichiarare il proprio difetto di giurisdizione in quanto si verte in tema di interesse legittimo, non pare che possa sorgere né dinanzi all’a.g.o. né dinanzi al giudice speciale un problema di prescrizione: dinanzi all’a.g.o. il difetto di giurisdizione è rilevabile d’ufficio *in limine litis*, e d’altra parte l’interesse legittimo non è sottoposto a prescrizione ma a decadenza”¹³⁹.

Per quanto qui di più immediato interesse, Oriani formula una precisa critica all’idea che associa alla declinatoria di giurisdizione la nullità del processo che distruggerebbe pure gli effetti sostanziali della domanda.

Come acutamente rilevato, questa idea muove dall’implicito presupposto che un processo non definito con sentenza di merito sia invalido. Anzi, a ben riguardare, sul terreno della giurisdizione questo convincimento dipenderebbe dalla latente idea che, sul terreno invece della competenza, la validità della domanda a giudice incompetente sia il prodotto (e non la causa) della *translatio ex art. 50* e da questa non ne possa prescindere¹⁴⁰.

¹³⁹ R. Oriani, *Processo*, cit., 241, nota 28.

¹⁴⁰ Sotto questo interessante profilo vale la pena di riportare quanto da R. Oriani, *Processo*, cit., si legge a p. 243 in nota 33. “Si parte dalla competenza e si dice che in astratto il legislatore ha dinanzi a sé due vie: o considerarla come un presupposto di validità della domanda con la conseguenza che una volta declinata la competenza il giudizio deve essere instaurato *ab initio* o disciplinarla come un presupposto di validità della sentenza. Di fronte all’art. 50 c.p.c. si dice che è stata scelta la seconda soluzione. Così impostato il ragionamento è giocoforza ammettere che dove non è prevista una trasmigrazione della causa si ha invalidità”.

Tuttavia, l'A. dichiara di essere piuttosto perplesso a convenire sul fatto che l'atto contenente una domanda a giudice privo di giurisdizione sia nullo. Del resto ricorda che già sotto il vecchio codice, quando pur non si dubitava che la declinatoria di competenza chiudesse il giudizio senza possibilità di farlo trasmigrare al giudice competente, era assai diffusa l'idea che annoverava la competenza non fra i presupposti di validità della domanda ma fra le condizioni di trattabilità del merito, tanto da concludere che "non sembra quindi che il solo fatto dell'impossibilità di trasmigrazione della causa dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa) renda la domanda invalida"¹⁴¹. Ora, ben essendo da escludere che si versi in una delle ipotesi di nullità formale sancite dall'art. 156 c.p.c. si fa osservare che "pur avendo il legislatore assoggettato i rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale ad un regime diverso da quello proprio delle questioni di competenza, sul piano dei presupposti non c'è differenza tra il caso in cui il giudice dichiara la propria incompetenza o rifiuta di decidere per l'esistenza di un compromesso e quello in cui l'a.g.o. declina la propria giurisdizione a favore del giudice speciale. Non si vuole qui muovere critica al legislatore per aver regolato tra le questioni di giurisdizione quello che è un caso sia pur grave di incompetenza (...), né si intendono assoggettare ad un'identica disciplina le due pronunce: si vuol soltanto dire che una volta escluso che un processo è invalido per il solo fatto di non essersi concluso con una sentenza di merito, resta il dato fondamentale dell'analogia, quanto

¹⁴¹ R. Oriani, *Processo*, cit., 243, nota 34, con indicazione, in particolare, della

al contenuto e con esclusivo riferimento ai connotati dei presupposti, tra la declinatoria di competenza e la declinatoria di giurisdizione a favore di un giudice speciale (o del giudice speciale a favore dell'a.g.o.)”¹⁴². In realtà, quindi, evocando una moderna categorizzazione, la giurisdizione rientrerebbe comunque fra i presupposti di ulteriore procedibilità della domanda piuttosto che non tra i presupposti di validità della stessa¹⁴³.

Per altro, sul terreno della interruzione della prescrizione, nemmeno sarebbe necessario impegnare un tema così complesso.

Anche a concedere che sia un requisito di validità sul piano processuale, nella domanda a giudice carente di giurisdizione ricorrerebbero comunque quegli elementi necessari e sufficienti per aversi effetto interruttivo continuativo: “e cioè un atto di affermazione del diritto, debitamente reso noto al soggetto passivo, che dia luogo ad un processo concluso con una sentenza definitiva che non dichiari l'estinzione del processo”¹⁴⁴.

Si vedrà in apposita sede quanta importanza rivesta sul tema in esame il fatto che la Cassazione, come ora si chiarirà, a partire dagli anni 80 abbia pacificamente accettato questa conclusione.

dottrina del Betti qui già ampiamente ricordata.

¹⁴² R. Oriani, *Processo*, cit., 244, nota 36.

¹⁴³ R. Oriani, *Processo*, cit., 244 in riferimento alla ricostruzione dei presupposti processuali edificata da Mandrioli qui altrove già richiamata.

¹⁴⁴ Testualmente, R. Oriani, *Processo*, cit., 254.

15. L'accoglimento giurisprudenziale, sul terreno della prescrizione, della tesi di Oriani.

In verità, il giudice amministrativo è stato fra i primi ad accettare l'idea che la domanda rivolta al giudice civile, anziché al Consiglio di Stato, abbia l'effetto di interrompere la prescrizione del diritto, la quale ricomincerebbe a decorrere solo dal passaggio in giudicato della sentenza con cui il giudice adito dichiara il difetto di giurisdizione¹⁴⁵.

In queste non recenti prese di posizione, peraltro, la giurisprudenza amministrativa pare aver invocato l'art. 2943 cod. civ. lasciando forse intendere che il riferimento della norma alla domanda proposta al giudice ancorché incompetente fosse idoneo a contemplare pure il caso della domanda proposta al giudice carente di giurisdizione¹⁴⁶.

E del resto, la stessa Cassazione per molti anni di applicazione del codice civile vigente ha invocato l'art. 2943, comma 3, sussumendo nella categoria della domanda proposta a giudice incompetente ipotesi che in verità ben potevano prescindere da questo inquadramento¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 1954, n. 831, in *Cons. Stato*, 1954, 1136; Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 1964, n. 925, in *Cons. Stato*, 1964, 2241. Entrambe le sentenze riguardano pretese patrimoniali accampate dal pubblico impiegato.

¹⁴⁶ Detto riferimento all'art. 2943 si legge nelle due massime citate alla nota precedente. Ma la mancata indicazione del comma della norma invocata non consente di arrivare con certezza alla ipotesi espressa qui nel testo.

¹⁴⁷ Quali, ad es., l'effetto interruttivo connesso all'intervento dichiarato inammissibile per tardività, oppure alla costituzione di parte civile nel processo penale che si concluda con dichiarazione di estinzione del reato. In arg. cfr. la ricostruzione di R. Oriani nella nota a Cass., sez. III, 21 novembre 1981, n. 6227, in *Foro it.*, 1982, I, 1091.

Un punto di stabilizzazione del problema si può far però risalire a Cass., 21 novembre 1981, n. 6227¹⁴⁸.

Benché la pronuncia dirimesse il caso della sentenza che dichiara improponibile la domanda di risarcimento dei danni prodotti dalla circolazione di autoveicoli per omessa richiesta del risarcimento all'assicuratore *ex art. 22 l. 990/1969* nella motivazione vi si affermò un principio decisivo per la questione della domanda proposta a giudice carente di giurisdizione.

Ed infatti, si stabilì che l'effetto interruttivo permanente di cui all'art. 2945, comma 2, non è intimamente connesso ad una pronuncia sul merito, ma va riconosciuto anche in presenza di una domanda giudiziale cui segua una sentenza che definisce il giudizio decidendo questioni pregiudiziali attinenti al processo, quali la giurisdizione o il difetto di altri presupposti processuali.

La stessa cassazione non tardò ad adeguarsi al precedente, statuendo ad esempio con la sentenza 20 marzo 1987, n. 2781, che la domanda proposta dal lavoratore subordinato davanti al giudice amministrativo, sull'erroneo presupposto della natura pubblicistica del rapporto, vale ad interrompere la prescrizione dei relativi diritti, con effetto permanente fino alla sentenza con cui detto giudice abbia declinato la propria giurisdizione, trovando applicazione l'art. 2945, comma 2, anche quando il procedimento si concluda con una pronuncia di difetto di giurisdizione¹⁴⁹. Nella più recente giurisprudenza civile il principio è generalizzato, affermandosi che in materia di tutela dei diritti, la prescrizione è interrotta con effetto

¹⁴⁸ In *Foro it.*, 1982, I, 1091 con nota di R. Oriani.

¹⁴⁹ In questi termini la massima di, Cass., Sez. lav., 20 marzo 1987, n. 2781, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 781 e con motivazione in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 90.

sospensivo anche da domanda giudiziali rivolte a giudice privo di giurisdizione¹⁵⁰.

E sin dal motivato della citata pronuncia del 1987, si chiarì che l'eventuale differenza di *petitum* introdotto dal lavoratore avanti al giudice amministrativo chiedendo l'annullamento del licenziamento nella falsa supposizione che di rapporto pubblico si trattasse, non era di ostacolo non solo a ritenere interrotta la domanda di declaratoria di illegittimità del licenziamento, (perché nella sostanza in entrambe le sedi si sarebbe azionato il diritto alla conservazione del posto), ma pure ad interrompere i termini per la domanda di condanna al pagamento di retribuzioni non corrisposte in quanto diritti che si collegherebbero con stretto nesso di causalità al ripristinando rapporto di lavoro¹⁵¹.

Non vi è bisogno di eccessivo sforzo per intuire la rilevanza di questa giurisprudenza in ordine al tema della *translatio iudicii*.

16. Impedimento della decadenza e difetto di giurisdizione. Sulla possibile giustificazione della regola giurisprudenziale che nega effetto sostanziale alla domanda.

Se già complessa è l'analisi dei riflessi del processo sul terreno della prescrizione, nell'ambito della disciplina del codice civile e di quello di procedura addirittura impervio risulta il tema degli effetti del processo sulla decadenza. Qui, infatti, l'articolato codicistico, forse perché non ancorato ad una tradizione normativa antecedente,

¹⁵⁰ Fra altre, Cass., sez. III, 14 novembre 2002, n. 16032, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1979.

¹⁵¹ Cfr. la motivazione di Cass., n. 2781/1987, cit., 90-91.

risulta quantomeno laconico rispetto alla mole dei problemi pratici che si possono configurare¹⁵².

E sebbene il tema, nei suoi risvolti, rivesta un ruolo centrale nell'economia dell'analisi che si va esponendo, sarà bene prefiggersi come obiettivo semplicemente quello di impostare alcuni problemi in modo quanto più possibile intelligibile.

Ovviamente, unico fenomeno qui rilevante attiene a quelle ipotesi in cui l'atto di esercizio del diritto (per usare la terminologia dell'art. 2964 cod. civ.) ovvero l'atto previsto dalla legge al fine di impedire la decadenza (secondo la terminologia dell'art. 2966 cod. civ.) è rappresentato esclusivamente dall'esercizio dell'azione giurisdizionale.

Le norme del codice civile cui guardare si possono agevolmente compendiare poi nelle seguenti regole.

Non si applicano le norme relative all'interruzione della prescrizione (art. 2964 cod. civ.).

Con il compimento dell'atto, e solo con questo, la decadenza è "impedita" (art. 2966).

Nei casi in cui la decadenza è impedita, il diritto rimane soggetto alle disposizioni sulla prescrizione (art. 2967).

Ciò posto, val subito la pena di rilevare che la questione degli effetti del processo civile sulla decadenza sono pianamente risolti

¹⁵² E' appena il caso di ribadire che l'istituto della decadenza non era regolato nel codice civile del 1865. In ordine alla disciplina del codice del 1942, cfr., in particolare, V. Tedeschi, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948; Id. *Decadenza. Diritto e procedura civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, 770 ss.; G. Azzariti-G. Scarpello, *Della decadenza*, sub artt. 2964 ss., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964. Più recentemente, cfr. U. Roma, in *Commentario breve al codice civile a cura di G. Cian*, sub. artt. 2964-2969, Padova, 2009.

dalla disciplina dell'art. 50 c.p.c. quando il profilo che si vuole indagare è quello della domanda proposta al giudice incompetente all'interno del processo civile.

Se vi è riassunzione tempestiva, il c.d. effetto di impedimento è da ricondursi alla domanda proposta al giudice incompetente perché il processo continua fino al suo naturale esito.

Se non c'è riassunzione, o è tardiva, il processo si estingue, sicché – pure in tal caso come per la prescrizione - il problema non è più quello degli effetti sostanziali della domanda proposta a giudice incompetente, sibbene quello degli effetti sulla decadenza di un processo estinto¹⁵³.

In altre parole, anche sul terreno dell'impedimento della decadenza (come è per l'interruzione della prescrizione), la domanda proposta a giudice incompetente non assume più a rango di fattispecie autonoma.

Ed è proprio sul terreno dell'estinzione del processo che la dottrina ha dibattuto il tema della decadenza, perché qui non solo non esiste una norma di diritto sostanziale che regoli la fattispecie come fa l'art. 2945, comma 3, per la prescrizione, ma vi è l'esplicito divieto del legislatore di far uso della disciplina dell'interruzione dettata appunto per la prescrizione.

Il dibattito scientifico dimostra una radicale divisione già nella dottrina meno recente.

¹⁵³ G. Azzariti-G. Scarpello, *Della decadenza*, cit., 356-357; V. Tedeschi, *Decadenza*, cit., 786-787; R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 322, nota 72, ove anche si osserva come sia quindi inutile prospettare la necessità di applicazione analogica dell'art. 2943, comma 3, cod. civ.

Una prima tesi ha decisamente perorato la conclusione che all'estinzione del processo non possa sopravvivere l'effetto impeditivo della decadenza perché l'art. 310, comma 2 c.p.c., parlando di inefficacia degli atti compiuti si rifletterebbe anche sulla domanda¹⁵⁴. Ma pur scansando questo equivoco argomento, la dottrina che ha affrontato il quesito muovendo da un'analisi della "natura" della decadenza è approdata alla conclusione che la domanda idonea ad impedirgli sarebbe solo quella che protrae i suoi effetti nel tempo fino al raggiungimento dello scopo cui è preordinata, ossia condurre ad una sentenza¹⁵⁵. Alla quale conclusione, peraltro, non sembra affatto estranea la preliminare considerazione che alla decadenza sarebbe assolutamente sconosciuta la possibilità di quel riprodursi della fattispecie come proiezione del concetto, e, conseguentemente, la possibilità che insorga un nuovo termine di decadenza¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Fanno leva su una presunta inefficacia della domanda *ex art. 310, comma 2, c.p.c.*, fra altri, C. La Farina, *Effetti dell'estinzione del processo sui diritti soggetti a decadenza*, Studi in onore di E. Eula, Milano, 1957, II, 182 ss.; L. Bianchi D'Espinosa-A. Baldi, *Estinzione del processo. Diritto processuale civile* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1966, XV, 919. Per il travolgimento dell'effetto impeditivo, fra altri, pure, E. T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1974, II, 202.

¹⁵⁵ Ritiene infatti non decisivo il dato dell'art. 310, comma 2, c.p.c., come pure di contro l'invocazione dell'art. 310, comma 1, secondo cui l'estinzione del processo non estingue l'azione, V. Tedeschi, *Decadenza*, cit., 786, ove il travolgimento dell'effetto impeditivo viene piuttosto giustificato argomentando che l'atto impeditivo non è assunto quale manifestazione fungibile di attività, ma quale atto idoneo al raggiungimento dello scopo che gli è proprio, nell'implicito convincimento, quindi, che lo scopo della domanda andrebbe fallito nel caso di estinzione del processo. Cfr., Id., *Lineamenti della distinzione*, cit., 39.

¹⁵⁶ Così V. Tedeschi, *Lineamenti della distinzione*, cit., 38. L'A. rileva come sia connaturato alla natura della decadenza che essa o si maturi definitivamente o altrettanto definitivamente sia impedita, perché ciò risponde alle esigenze stesse che spingono il legislatore a prevedere che una domanda sia azionata entro un termine fisso. D'altro canto l'art. 2967 non avrebbe, ad onta della sua

Di contrario avviso è altra dottrina, secondo la quale l'estinzione del processo non farebbe venir meno l'effetto di aver comunque impedito la decadenza con la proposizione dell'azione. Altrimenti, non si spiegherebbe la previsione di cui all'art. 2967 cod. civ., poiché proprio in relazione alla domanda proposta in un processo che poi si estingue può avere senso affermare che il diritto rimane soggetto alle regole della prescrizione essendo ben chiaro che quella regola non può avere alcun significato se riferita ad un diritto definitivamente accertato sussistente o insussistente¹⁵⁷.

formulazione, portata generale, perché se l'atto da compiersi entro il termine esaurisce per sua natura il diritto non se ne potrebbe predicare la possibilità di una successiva perdita per prescrizione. Il compimento dell'atto previsto dalla legge ne impedisce la perdita, ma ne segnerebbe al tempo stesso l'estinzione per soddisfacimento (v. *op. cit.*, 40-41). E' chiaro però che entro queste coordinate concettuali, l'ipotesi di una domanda che non sfoci in una sentenza di merito rappresenta un problema veramente critico. Mentre infatti in ogni caso di pronuncia sul merito ha ben poca rilevanza interrogarsi su quali siano i precisi effetti prodotti dall'impedimento, il quesito emerge ed è rilevante quando invece il processo si sia chiuso in rito. Ne in tal caso si potrà dire che vi è stato soddisfacimento del diritto soggetto a decadenza. Ora, di fronte al dilemma la citata dottrina si è risolta nel senso che la decadenza qui non sarebbe affatto impedita, perché l'impedimento supporrebbe che quell'atto stabilito dalla legge sia efficace lungo tutto l'*iter* processuale occorrente allo scopo che gli è proprio. Ed è significativa sul punto l'adesione mostrata da questa stessa dottrina verso l'atteggiamento giurisprudenziale incline a disconoscere effetto impeditivo in quei casi di domanda proposta al giudice sbagliato quando manchi la possibilità di *translatio*. Cfr. V. Tedeschi, *Decadenza*, cit., 787. Ma questa soluzione pare fortemente condizionata dalla constatazione che ammettendo in tali casi l'effetto impeditivo significherebbe frustrare lo scopo per cui il legislatore impone che l'atto sia compiuto entro un termine breve e fisso (non mai mobile, come è invece per la prescrizione). Da un punto di vista formale, ed in applicazione dell'art. 2967 Cod. civ., lo stesso atto diverrebbe soggetto ad un termine che risponde ad una fattispecie ontologicamente diversa. Da un punto di vista sostanziale, poi, ne risulterebbe vulnerata quella esigenza di risolvere entro un termine fisso la connaturata incertezza del rapporto che di solito è alla base delle decadenze disposte nell'interesse pubblico.

¹⁵⁷ La tesi, sotto il vigente codice, è inaugurata da G. Stile, *Effetti della estinzione del processo sulla decadenza*, in *Dir. e giur.*, 1948, 323; vi aderisce poi P. D'Onofrio, *Sui rapporti fra la estinzione del processo e la decadenza*:

Una definizione della questione senza dubbio molto suggestiva è poi offerta da chi, come Vaccarella, si è mosso dalla considerazione che “quando la legge sostanziale esige che entro un certo termine sia esercitata l’azione, è alla legge processuale che bisogna rivolgersi per accertare se vi sia stato o meno quell’esercizio; e non v’è dubbio che l’estinzione del processo non solo non estingue l’azione come potere di adire nuovamente l’autorità giudiziaria, ma nemmeno cancella il fatto dell’esercizio dell’azione, a differenza delle altre conclusioni in rito”. Da qui la conclusione che se la legge comprende tra gli effetti della domanda quello di impedire la decadenza, “tale effetto non può venir meno a seguito dell’estinzione del processo, che non incide sul fatto dell’esercizio dell’azione cui l’impedimento è collegato”¹⁵⁸.

Ovviamente di questa impostazione del problema non interessa tanto la sua applicazione sul terreno degli effetti dell’estinzione del processo sull’impedimento della decadenza, quanto la sua più generale premessa ove esplicitamente invita a guardare al cardine del problema, che non risiederebbe nella natura della decadenza, ma semplicemente nel chiedersi quando vi è proposizione di una valida domanda.

Perché in effetti una simile premessa è in grado di far transitare il tema dell’impedimento della decadenza dalle ricadute che su di esso può o non può avere l’estinzione del processo alla ben più pertinente questione di una conclusione di esso, invece, con sentenza declinatoria della giurisdizione.

una massima (poco) consolidata, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 793; G. Azzariti-G. Scarpello, *Della decadenza*, cit., 354 ss.

¹⁵⁸ R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 320.

Ora, sul punto è già stata in parte indicata la soluzione che lo stesso Vaccarella ebbe a dare della questione.

Non a caso egli, sebbene implicitamente, la puntualizza sul terreno dell'impedimento della decadenza, desumendola ancora dal trattamento che il legislatore del processo riserva alle questioni di giurisdizione, ossia, soprattutto, dall'assenza di un meccanismo di traslazione della causa tra plessi giurisdizionali distinti. La sentenza con cui il giudice declina la giurisdizione sancisce nella sostanza la nullità della domanda, sicché qui sarebbe addirittura cancellato il fatto dell'esercizio dell'azione. Ne conseguirebbe pianamente che la domanda rivolta a giudice carente di giurisdizione non è mai idonea ad impedire la decadenza.

Ma a conclusione in via di principio diversa si dovrebbe approdare opinando che la domanda non è nulla per il solo fatto di essere rivolta ad un giudice carente di giurisdizione, così come non è invalido il processo che non termini con una sentenza di merito.

Ora, per penetrare un po' più a fondo la questione converrà guardare a come la giurisprudenza civile l'abbia risolta.

Nel caso di estinzione del processo, si è infatti imposto il principio a mente del quale quando l'atto richiesto per impedire la decadenza consiste nell'esercizio di un'azione, l'effetto impeditivo consegue alla proposizione della domanda non quale manifestazione di volontà negoziale sostanziale, ma in quanto instauri un rapporto processuale volto ad ottenere una pronuncia di merito. In conseguenza, si è affermato che l'esercizio dell'azione non vale a sottrarre il diritto alla decadenza ove il giudizio si estingua, facendo venir meno il rapporto processuale, argomentando ancora

recentemente dall'ambiguo dato dell'art. 310, comma 2, la cui portata non potrebbe essere limitata ai soli aspetti processuali, dovendosi estendere anche a quelli sostanziali. E giungendo sino a concludere che l'art. 2945, comma 3, rappresenterebbe non la spia di un principio, ma una deroga normativa a quanto appunto ricavabile dall'art. 310, comma 2, c.p.c.¹⁵⁹.

Quando poi, come si avrà modo di ribadire, la stessa giurisprudenza è stata chiamata ad affrontare il problema degli effetti impeditivi della decadenza di un'azione proposta a giudice carente di giurisdizione, e perciò sfociata nella sentenza di declinatoria, è partita dalla medesima premessa concettuale, ovvero della inidoneità di un processo chiuso in rito ad incidere sulla decadenza, nella sostanza argomentando dalla mancanza di un meccanismo che consenta la *translatio iudicii* per inferire da questo dato che la domanda non poteva ritenersi efficiente ad impedire la decadenza. Ora, è intuitivo il disorientamento concettuale cui l'interprete è chiamato ad assistere e che forse si farà più evidente attraverso il prosieguo del presente lavoro.

Nel senso cioè, che così affermando la giurisprudenza finisce per abilitare l'idea che il nostro ordinamento faccia uso di due concetti teorici di azione in dipendenza dell'assoggettamento a termine decadenziale ovvero prescrizione del diritto per cui si richiede la tutela.

¹⁵⁹In questo senso, ancora di recente, Cass., n. 1090/2007. Cfr., fra altre, Cass., 3 luglio 1980, n. 4214, in *Rep. Foro it.*, 1980, *Prescrizione e decadenza* (voce), n. 194; Cass., 14 aprile 1994, n. 3505, in *Foro it.*, 1995, I, 2229 con nota di L. Della Pietra e ivi indicazioni a dottrina e giurisprudenza.

Un concetto concreto, nel senso chiovendiano, quando c'è decadenza.

Un concetto invece astratto, quando c'è prescrizione.

Per di più – e la contraddizione arriva ai limiti del tollerabile - la giurisdizione sarebbe un presupposto non di validità della domanda, ma di trattabilità del merito quando il diritto è soggetto a prescrizione; assurgerebbe invece a presupposto di validità della domanda se il diritto è sottoposto a decadenza.

Vi è però da chiedersi se non ci sia una legittima spiegazione a questo atteggiamento che altrimenti apparirebbe frutto di un arbitrario divorzio dalla logica¹⁶⁰.

Se sul punto è lecito esprimere un'opinione personale non si può fare a meno di rimarcare che un concorso a questo stato di cose probabilmente risiede nella scelta consacrata nell'art. 2967 Cod. civ. Mentre infatti la dottrina del codice del 1865 aveva le mani libere e poteva anche prospettare una sorta di omologazione tra interruzione ed impedimento, nel senso cioè che all'azione seguita dalla chiusura in rito del processo la decadenza era impedita, ma al chiudersi della vicenda processuale succedeva un periodo per riesercitare l'azione di durata pari al primo, una soluzione del genere sembra in radice vietata dalla norma *de qua*.

¹⁶⁰ Oltre che foriero di conseguenze pratiche quantomeno discutibili sul piano equitativo e di politica legislativa. E ciò perché la parte che già si trova in una più comoda posizione in virtù della maggiore durata di un termine di prescrizione si vede anche avvantaggiata dal fatto che se erra sulla giurisdizione si potrà comunque giovare dell'effetto interruttivo-sospensivo. Di contro, l'attore che abbia errato quando il diritto è soggetto a decadenza, non solo si è visto costretto ad agire in tempi brevi, ma vedrà pure punito il suo errore con la definitiva perdita del diritto.

Il codice civile del 1942 ha infatti imposto una separazione netta tra la fattispecie dell'impedimento (propria della decadenza) e quella dell'interruzione (propria della prescrizione) introducendo sul piano positivo quella regola di conversione di un termine decadenziale in prescrizione che solo una parte dell'antica dottrina aveva condiviso sul piano delle enunciazioni e che, comunque, si era rifiutata di applicare nel caso – che era poi quello di più pratica rilevanza – della domanda proposta al giudice incompetente. Superato il problema sul terreno della competenza dall'introduzione dell'istituto della *translatio ex art. 50 c.p.c.* esso si è riproposto nei medesimi termini sul terreno della giurisdizione, con la non trascurabile variante che all'interprete moderno è inibita una soluzione analoga a quella ideata dall'antica dottrina e praticata dalla giurisprudenza dell'epoca perché congruente con il fondamento di politica legislativa collegato alla decadenza.

Se la decadibilità del diritto risultasse impedita dall'esercizio di un'azione avanti al giudice sfornito di giurisdizione ne dovrebbe fatalmente risultare che quel diritto rimane soggetto alle regole della prescrizione, e peraltro fra queste pure a quella che sospende il corso della medesima durante il processo¹⁶¹.

Ma ai giudici è apparso come intrinsecamente contraddittorio constatare che il legislatore in determinate fattispecie impone al titolare di un diritto di farlo valere in un termine di qualche decina di giorni, e poi accettare che costui – ricevuta la declinatoria in rito – possa “riesercitarlo” magari entro dieci anni.

¹⁶¹ Su questo specifico punto, G. Azzariti-G. Scarpello, *Della decadenza*, cit., 357-358.

E per sfuggire ad una regola palesemente irragionevole, ha riparato sull'unica alternativa possibile, che riposa sulla presunta nullità della domanda indirizzata alla giurisdizione sbagliata.

Dicendo ciò non si intende affatto escludere che la giurisprudenza abbia elaborato l'indicata soluzione anche basandosi su più raffinate analisi sull'istituto della decadenza come fattispecie ontologicamente diversa dalla prescrizione. Ma è forte il sospetto che queste possibili teorizzazioni abbiano comunque avuto un ruolo secondario.

Resta comunque il fatto che nella vigenza dell'odierno codice civile, nel diritto vivente, si è imposto un approccio al fenomeno dell'errore sulla giurisdizione piuttosto curioso.

In buona sostanza delle possibili tecniche di rimedio all'errore quella che fa leva sulla efficienza, dichiarata dalla legge, della prima domanda sul decorso del termine per azionare la seconda è resa applicabile quando il diritto è soggetto a prescrizione, mentre non lo è se il diritto è assoggettato a decadenza.

17. Contestualizzazione della regola che nega effetto sostanziale alla domanda nei rapporti tra giudice ordinario ed amministrativo.

A questo punto si impone però un tentativo per meglio contestualizzare la tesi giurisprudenziale appena riferita ai rapporti tra giudice ordinario ed amministrativo.

Perché qui, per evitare ogni fraintendimento, occorre avvertire che tutta l'impostazione impressa in questa sede al discorso potrebbe sembrare gravemente viziata se non esplicitando alcuni distinguo.

Guardando al processo amministrativo è certamente possibile sostenere che per effetto del combinato tra gli artt. 3 e 21 della l. TAR sia dettata una decadenza, e forse anche sostanziale, scongiurabile solo attraverso un ricorso di annullamento per violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere indirizzato al Tar e notificato entro 60 giorni¹⁶².

Quando appunto di interesse legittimo si tratti.

In verità non è che sia inibito all'interprete di considerare queste disposizioni con la lente ottica dei principi sulla decadenza dettati dal codice civile. Ma certamente gli è preclusa la possibilità di immaginare un'applicazione dell'art. 2967 Cod. civ. anche solo perché l'interesse legittimo non potrebbe mai convertirsi in un diritto da assoggettare poi a prescrizione. A ciò si aggiunge il fatto che tra compimento dell'atto richiesto dalla norma ai fini di scampare dalla decadenza (ossia tipo di azione) e giurisdizione di un dato giudice (vale a dire il Tar) sembra esservi una sorta di

¹⁶² Ben essendo consapevoli della assoluta opinabilità di quanto detto nel testo, non è certo il caso di approfondire più di tanto questa affermazione. Occorre però rilevare che la dottrina inclina a ritenere che l'istituto della decadenza contemplato dal codice civile non attiene solo ai diritti, ma ad ogni situazione giuridica attiva. Cfr. per tutti, V. Tedeschi, *Decadenza*, cit., 774, ove per altro si propende per la possibile inclusione anche alle decadenze del diritto processuale dei principi dettati dal codice civile. Sotto altro aspetto cfr. P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, in part. 152 ss., ove pur osservando che l'art. 36 del T.U. della legge sul Consiglio di Stato detta un termine per l'esercizio della pretesa processuale si rileva altresì che detto termine è pure di decadenza (per l'esercizio) dell'interesse legittimo (sebbene dall'A. ricostruito in chiave non certo sostanzialistica). Un collegamento tra termine *ex art.* 21 l. TAR e decadenza come istituto di teoria generale con riguardo agli artt. del codice civile, in V. Caianiello, *Manuale*, cit., 469.

osmosi. E tanto basta per concludere che una domanda al giudice civile non potrebbe mai avere l'effetto di impedire la decadenza prevista dalla l. TAR, quantomeno nel senso (e con l'effetto) fatto proprio dal codice civile¹⁶³.

Ma vi sono ipotesi che si sottraggono a dette considerazioni tanto nei rapporti tra giudice ordinario ed amministrativo quanto, e forse più spesso, nei rapporti tra il primo e altri giudici speciali.

Alcuni esempi varranno a chiarire i confini del tema.

Si oppone avanti al giudice civile il provvedimento che commina la sanzione amministrativa pecuniaria per utilizzo di lavoro nero emessa dall'agenzia delle entrate entro 30 giorni, reputando la fattispecie sussumibile nell'art. 22 l. 689/1981. Ma prima della sentenza Corte cost., n. 130/2008, che ha circoscritto i confini della giurisdizione tributaria, tale impugnazione andava proposta avanti alla commissione tributaria.

Ci si oppone alla stima dell'indennità di esproprio entro 30 giorni avanti alla Giunta speciale per le espropriazioni istituita presso la Corte d'Appello di Napoli (ovviamente prima della sua soppressione *ex d.r.p.* 327/2001), dimenticando che essa non ha giurisdizione relativamente alle procedure espropriative relative a beni che ricadono sì nella provincia napoletana, ma non nel comune di Napoli, e che quindi l'opposizione andava proposta alla Corte d'Appello quale giudice ordinario.

Lo straniero grava il diniego prefettizio sulla istanza di revoca del decreto di espulsione avanti al giudice amministrativo, senza

¹⁶³ Per dirla in altre parole, qui sembra assai pertinente affermare che la decadenza non è stata impedita perché l'atto voluto dalla legge non è stato compiuto.

considerare che da qualche anno la Cassazione ha stabilito che pure sul diniego di revoca vi è la giurisdizione ordinaria eccitabile entro il termine di 60 giorni previsto dall'art. 13, comma 8, d.lgs. n. 286/1998.

Il pubblico dipendente avanza pretese economiche relative al rapporto maturate prima del giugno 1998, ed agisce prima del 15 settembre 2000 ma davanti al giudice ordinario, male interpretando quanto disposto dall'art. 45, comma 17, del d.lgs. n. 80/1998.

Prima dei chiarimenti giurisprudenziali seguiti a Corte cost. n. 204/2004, si agisce in via possessoria contro lo spoglio subito dalla p.a. ben entro l'anno decadenziale avanti al giudice ordinario, il quale però opina per la giurisdizione amministrativa esclusiva in materia urbanistico-edilizia.

Da un punto di vista strettamente ancorato al dato positivo, il nocciolo del problema risiede nello stabilire cosa si debba intendere per "compimento dell'atto previsto dalla legge" che l'art. 2966 pone quale condizione necessaria e quindi priva di equipollenti ai fini di impedire la decadenza.

Ora, ci sono certamente casi in cui è possibile sostenere che l'atto richiesto dalla legge per impedire la decadenza si identifica con il "tipo" o mezzo di tutela e magari pure sostenere che tra questo mezzo e una determinata giurisdizione vi è un nesso di imprescindibilità.

Ma questo modo di impostare la questione mostrerebbe evidenti crepe se, ad es., applicato al caso della tutela possessoria cui prima si accennava. Non solo perché qui il termine decadenziale è dettato dal codice civile, ma perché anche il tipo di rimedio lo è e non è

certo concepito in imprescindibile connessione con la giurisdizione amministrativa¹⁶⁴.

Più opinabile ancora è l'intero costruito se riferito alla previsione legislativa di un termine decadenziale al 15 settembre 2000 per l'esercizio dei diritti del lavoratore. Questo termine decadenziale non obnubila il dato di fatto che l'azione da costui esperita segue il modello di quelle "costruite" dal processo civile. E in un caso del genere potrebbe apparire ben legittimo il ricorso alle regole del codice civile ivi compresa quella che assoggetta a prescrizione il diritto, la cui decadenza sia stata impedita dall'azione promossa avanti al giudice ordinario entro il 15 settembre 2000.

Se, come si avrà modo di verificare, la giurisprudenza non ha nemmeno considerato questa soluzione è verosimilmente perché può apparire irragionevole pensare che una situazione giuridica che si estingue se non azionata entro 2 anni, possa "rivivere" dopo il processo magari per dieci.

E l'irrazionalità di una simile soluzione sarebbe ancor più marcata in taluni dei casi esemplificati in precedenza, ove il termine di decadenza è assai breve, eppur non si può dubitare che di diritti si tratti così come sarebbe improprio concludere per l'identificazione

¹⁶⁴ Ma anche in tal caso si potrà notare che il problema di ammettere un effetto impeditivo della decadenza alla domanda proposta al giudice carente di giurisdizione risiede prima di tutto nel fatto che il possesso non è un diritto di cui poi possa predicarsi la prescrizione. E se anche si superasse l'obiezione, ritenendo che ciò da cui si decade è il potere di agire per lo spoglio o la manutenzione, rimarrebbe il dato della difficoltà di ritenere razionale una soluzione che consentisse a chi ha subito lo spoglio o la turbativa di esercitare questa azione entro un termine decennale, quando non addirittura senza alcun limite di tempo (dato che per principio le azioni che non sono collegate ad alcun diritto dell'attore ma si risolvono in potestà autonome si reputano imprescrittibili salvo che la legge non disponga diversamente).

del tipo di azione con l'organo giurisdizionale abilitato a conoscerne¹⁶⁵.

18. Uno sguardo alla disciplina del processo amministrativo in tema di incompetenza. In particolare, sulla ambiguità della tecnica delineata dall'art. 31 ult. co., l. TAR.

Prima di affrontare l'ultima parte di questa ricerca già in parte avviata sul terreno della trasmigrabilità del processo tra plessi giurisdizionali diversi, occorre fare un passo indietro gettando un rapido sguardo al tema della competenza all'interno del processo amministrativo. E questo non solo per evidenziare alcuni aspetti della teorica del meccanismo di trasmigrazione del processo da un Tar all'altro, o, piuttosto, per verificare l'effettiva operatività dell'istituto ed i suoi limiti. L'indagine in ordine alla declinatoria di competenza del Tar cade infatti assai opportuna in questo stadio della ricerca anche perché è in grado di disvelare alcune questioni che hanno precisa attinenza con i problemi affrontati nel paragrafo che precede.

Trattandosi peraltro di una disciplina la cui perplessa esegesi è ampiamente nota non è certo questa la sede per proporsi con un metodo critico esorbitante rispetto allo scopo che ci si prefigge.

La dottrina che più compiutamente ha indagato il tema della riassunzione nel processo amministrativo lo ha impostato seguendo

¹⁶⁵ Certamente questa osmosi tra azione e giudice non vi sarebbe nell'ipotetico caso dell'opposizione alla stima introdotta avanti alla Giunta speciale, e probabilmente nemmeno nell'ipotesi di azione avverso al diniego di revoca del decreto di espulsione erroneamente promossa avanti al Tar.

la linea direttrice già solcata dalla processualcivilistica. Accettandone, in particolare, l'inquadramento nella categoria degli atti di mero impulso processuale¹⁶⁶. Tuttavia, la disciplina normativa specificatamente dettata dalla l. TAR per l'ipotesi di riassunzione seguente all'incidente di competenza non è priva di qualche indice se non proprio contrario, quantomeno disarmonico rispetto a questa chiave di lettura.

E' un fatto che si può oramai dare per assodato che, nel processo amministrativo, la disciplina della questione di competenza sia profondamente diversa a seconda che si controverta della competenza territoriale dei tribunali, definita non a caso relativa e soggetta per regola generale a derogabilità, oppure di ipotesi che sono state via via enucleate e ricondotte al fenomeno della competenza assoluta, o, secondo altro linguaggio, inderogabile.

Nella prima ipotesi, l'art. 31, commi 1 e 9, l. TAR vieta al giudice di rilevare l'incompetenza d'ufficio inibendo altresì alle parti di farne questione di impugnazione della sentenza.

La tecnica di rilievo e dichiarazione è quindi esclusivamente rimessa all'esercizio di un'eccezione, che assume la forma dell'istanza di regolamento della competenza¹⁶⁷. In questi casi la trasmigrazione

¹⁶⁶ Cfr. per tutti, A. Caracciolo La Grotteria, *La riassunzione*, cit., ove nella sostanza tutta la disciplina della riassunzione nel processo amministrativo, ivi compresi i casi in cui questa opera per la *translatio* da un giudice amministrativo all'altro è ricostruita in piena adesione alla tesi dettata per il processo civile in particolare da Saletti, ampiamente riassunta, pp. 5 ss.

¹⁶⁷ Sulla sinonimia tra eccezione e istanza di regolamento si rinvia a F. Cipriani, *Il regolamento di competenza nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 236 ss. L'A. sembra peraltro prospettare pure l'idea che la contestazione della competenza possa essere formulata anche separatamente e prima di proporre istanza di regolamento, se non si è attenuta l'adesione delle altre parti. Ipotesi che però, dati i termini per proporre l'istanza, è stata giustamente

del giudizio dal giudice incompetente a quello competente si può realizzare fondamentalmente attraverso due vie. Nel caso di c.d. accordo traslativo si verifica una c.d. *translatio* elettiva¹⁶⁸. A seguito della trasmissione d'ufficio degli atti ad altro Tar, che già si può pensare determini la pendenza della lite avanti a questo, vi è per le parti onere di costituirsi entro un termine perentorio, e l'esperienza insegna che, pur nel silenzio della legge, ciò avviene con memoria riassuntiva. Ad ogni buon conto non è dubbio che in tale ipotesi vi è una riattivazione del processo, non già la sua instaurazione *ex novo*¹⁶⁹.

Se invece si dà corso al regolamento della competenza da parte del Consiglio di Stato, ovviamente un problema di *translatio* si pone solo ove – per usare il linguaggio non certo eccelso della norma¹⁷⁰ – l'istanza non sia rigettata. Perché in tal caso, e cioè se la causa si riconosce esser stata esattamente intestata, si pone (solo) un problema di strumento per la continuazione del giudizio¹⁷¹.

reputata di scuola da, P. Stella Richter, *La competenza territoriale nel giudizio amministrativo*, Milano, 1975, 36 in nota 47.

¹⁶⁸ La definizione è di F. Cipriani, *Il regolamento di competenza nel processo amministrativo*, cit., 239.

¹⁶⁹ La giurisprudenza qui ricorre all'immagine, per il vero un po' impacciata, secondo la quale la stessa domanda introduttiva del giudizio dovrebbe considerarsi destinata al giudice designato come competente. Per questa affermazione generale, cfr., Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3373, in giustizia-amministrativa.it.

¹⁷⁰ Sui motivi per cui sarebbe improprio parlare di accoglimento o rigetto, cfr. F. Cipriani, *Il regolamento di competenza nel processo amministrativo*, cit., 258.

¹⁷¹ Questione peraltro perplessa, perché la legge non dice nulla sul procedimento che segue al c.d. rigetto. La giurisprudenza, sulla base di un precedente non recente, ritiene che in tal caso sarebbe sufficiente un qualche atto di impulso processuale (vale a dire l'istanza di fissazione d'udienza), entro il termine perenzionale. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 1982, n. 793, in *Cons. Stato*, 1982, I, 1372. Conforme, in dottrina, A. Caracciolo La Grotteria, *La riassunzione*, cit., 111. *Contra*, F. Cipriani, *Il regolamento di competenza nel*

Ma proprio nel caso di accoglimento la lettera della norma detta una previsione che con molta benevolenza è stata definita solamente oscura. L'ultimo comma dell'art. 31 statuisce infatti che "il ricorrente può riproporre l'istanza al tribunale territorialmente competente entro 30 giorni dalla notifica della decisione di accoglimento".

Ora, scartata la tesi, certamente errata, che l'istanza cui si riferisce il legislatore sia relativa ad un ulteriore regolamento della competenza, non ha avuto grande seguito nemmeno l'opinione che la norma si riferisca all'istanza di fissazione d'udienza.

La dottrina maggioritaria ne ha dedotto che il legislatore abbia inteso riferirsi ad un'istanza di riassunzione¹⁷².

Rimane però divisa sulla più precisa connotazione della fattispecie. Non pochi autori hanno finito per tacciare di erroneità il linguaggio della disposizione, non solo nella parte in cui fa menzione della "istanza", ma pure ove usa il termine "riproporre". E con una autentica riscrittura del comma, si è sostenuto che esso dice che il ricorrente deve riassumere il giudizio (o processo)¹⁷³ entro 30 giorni. Volendo poi iscrivere la fattispecie nella teorica degli atti di mero impulso processuale e nell'alveo del fenomeno contemplato dall'art. 50 c.p.c., siccome la disposizione ancora se ne distaccava sotto il profilo della legittimazione, si è aggiunto che il riferimento

processo amministrativo, cit., 258, secondo il quale il termine sarebbe sempre e comunque quello di 30 giorni dettato dall'art. 31, ult. co.

¹⁷² P. Stella Richter, *La competenza territoriale*, cit., 45-46; F. Cipriani, *Il regolamento di competenza nel processo amministrativo*, cit., 258-259; P. Virga, *Diritto amministrativo*, Milano, 1995, II, 309.

¹⁷³ P. Virga, *Diritto amministrativo*, cit., 309, ove in nota 36, si dice pure che l'espressione utilizzata dal legislatore sarebbe palesemente erronea, essendo stato impiegato il termine riproporre anziché quello esatto di riassumere.

al (solo) ricorrente andava parimenti superato, dovendosi riferire la disposizione a qualunque parte¹⁷⁴.

Stando invece ad una tesi che meno violenta la lettera della legge, si è sostenuto che l'art. 31, ult. co., l. TAR detterebbe la necessità di riproporre – cioè presentare nuovamente - il ricorso originario, dando però al ricorrente un termine abbreviato, e realizzando così un'ipotesi di rimessione in termini¹⁷⁵.

Evidente l'interesse di quest'ultima interpretazione per il tema che nella presente ricerca si va esponendo.

Saremmo qui di fronte ad un caso in cui la salvezza degli effetti della domanda, sul terreno della decadenza comminata dall'art. 21 l. TAR, passa per una tecnica che non fa perno su di un fenomeno di continuazione del giudizio instaurato con l'originaria ed unica domanda introduttiva in ragione di un successivo atto di mero impulso processuale. Ma, al contrario, per effetto della possibilità

¹⁷⁴ In questo senso, F. Cipriani, *Il regolamento di competenza nel processo amministrativo*, cit., 259; P. Stella Richter, *La competenza territoriale*, cit., 46 nota 61.

¹⁷⁵ Così in particolare A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 13 ed., Napoli, 1982, II, 1247, nonché 1278-1279; cfr. pure, A. Andreani, *La competenza per territorio dei tribunali amministrativi regionali*, Milano, 1974, 243. Sul punto piuttosto ambigua è l'opinione di A. Caracciolo La Grotteria, *La riassunzione*, cit., 108 ss. Dichiarando di aderire all'opinione che ravvisa nella disposizione un fenomeno di istanza di riassunzione, perché meglio aderente all'intento del legislatore di fornire uno strumento per superare la fase di stasi del procedimento, l'A. reputa che la locuzione "riproporre l'istanza", pur non perspicua, non possa ritenersi "affatto errata alla stregua dell'indirizzo di quella letteratura che ha configurato la riassunzione come la riproposizione della domanda introduttiva". Tuttavia questa dottrina non sembra valutare a fondo proprio il fatto che quella letteratura (e cioè Satta, non a caso citato in nota) mal si concilia con l'idea, recepita nell'opera come da generalizzare pure sul terreno della riassunzione nel processo amministrativo, che qui si abbia un mero atto di impulso processuale.

di riproporre una domanda, con atto introduttivo di un giudizio *ex novo*, entro un termine perentorio fissato dal legislatore¹⁷⁶.

E le conseguenze pratiche del diverso modo di ricostruire la fattispecie non mancano.

In primo luogo la legittimazione del solo ricorrente trova una più agevole ed appagante giustificazione.

Di contro, diventa più discutibile l'assunto, fondato appunto sull'idea di un unico processo che continua, secondo il quale l'attività eventualmente compiuta precedentemente dinanzi al tribunale dichiarato incompetente sarebbe certamente efficace e rilevante¹⁷⁷.

Infine, a tacer d'altro, dal differente approccio alla questione potrebbe dipendere pure un diverso inquadramento circa l'esito della vicenda quando l'atto (di riassunzione ovvero di riproposizione) sia tardivo. La tesi che qui si abbia estinzione del processo è certamente inattaccabile se si muova dalla premessa che

¹⁷⁶ Ha ritenuto che, sul piano astratto, questa ipotesi sia compatibile con l'idea di un giudizio qualificabile come nuovo, S. Cassarino, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza, II. Lo svolgimento del giudizio*, Milano, 1987, 419.

¹⁷⁷ Per questa conclusione, invece, P. Stella Richter, *La competenza territoriale*, cit., 46; non del tutto chiaro sul punto il pensiero di A. Caracciolo La Grotteria, *La riassunzione*, cit., perché mentre a proposito della riassunzione nel processo civile si afferma di condividere la tesi che l'attività processuale espletata presso il giudice ab origine incompetente è invalida (v. *op. cit.*, 32), non si ha difficoltà poi a concludere che nel processo amministrativo, alla riassunzione seguente al regolamento, si accompagna la conservazione dell'attività realizzata avanti al giudice incompetente, invocando il principio che è lo stesso processo che continua (v. *op. cit.*, 274). Si pensi, molto semplicemente, anche solo al problema della rilevanza o meno della istanza di fissazione d'udienza. Ma, chiaramente, il tema più affascinante riguarderebbe la rilevanza dell'attività già svolta, oppure non svolta, dal controinteressato ed in particolare la necessità o meno di rinnovare il ricorso incidentale, ovvero ancora di ammettere la possibilità che costui si avvalga di questo potere per la prima volta solo a seguito della notifica della riproposizione del ricorso principale.

di autentica riassunzione si tratta¹⁷⁸. Se invece si dovesse disputare di proposizione *ex novo* del giudizio, non è da escludere che la qualificazione dell'esito della lite più corretta sia nel senso della sentenza di irricevibilità del ricorso perché tardivo.

19. Le conseguenze dell'errore nella individuazione del Tar competente quando la competenza è assoluta (o funzionale). L'inammissibilità della *translatio* ed il principio di consumazione dell'azione.

Ben altro problema investe invece l'ipotesi in cui il ricorrente sia caduto in errore non indirizzando il ricorso a quel Tar la cui competenza sia assoluta (o funzionale).

Perché qui è possibile assegnare un significato comprensibile al combinato tra gli artt. 34, 35 e 31 della l. TAR. Ma tale significato, che esclude queste ipotesi di incompetenza dall'applicabilità dell'art. 31, conduce però ad una fatale conclusione¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Di estinzione parla P. Virga, *Diritto amministrativo*, 309; A. Caracciolo La Grotteria, *La riassunzione*, cit., 277.

¹⁷⁹ La nota tesi, ancora riproposta in V. Caianiello, *Manuale*, cit., 425 ss., che vuole l'art. 34 dettato per dirimere l'ipotesi abnorme connessa all'eventualità che il Tar originariamente adito dal ricorrente continui nell'esame della controversia e la decida pur dopo che il Consiglio di Stato abbia individuato competente, a seguito di regolamento, altro Tar, non è condivisa dalla prevalente dottrina. Cfr., per tutti, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, in part. 444, che spiega la lettera della disposizione come deputata a risolvere i casi di incompetenza c.d. assoluta. Per l'inapplicabilità dell'art. 31, e quindi pure dell'istituto del regolamento, ai casi che fuoriescono dal criterio della competenza territoriale derogabile, F. Cipriani, *Il regolamento di competenza nel processo amministrativo*, cit., 237; P. Stella Richter, *La competenza territoriale*, cit., 23; A. Caracciolo La Grotteria, *La riassunzione*, cit., 103.

Operando, limitatamente a questi casi, il principio kompetenz-kompetenz¹⁸⁰, ed essendo quindi possibile che il Tar renda una sentenza declinatoria di competenza (ovvero che il Consiglio di Stato, adito in sede di appello, annulli senza rinvio la sentenza con cui il Tar abbia erroneamente affermato di essere competente) ben si può avere una sentenza che si pronuncia sulla sola competenza destinata a chiudere il processo. E che il giudizio si chiuda con questa pronuncia di rito è confermato dal dato testuale dell'art. 34, comma 2, 1. TAR che solo in caso di errore scusabile consente al ricorrente di beneficiare della rimessione in termini per proporre l'impugnativa al giudice competente.

Sicché in queste ipotesi, non solo sarebbe errato discettare di riassunzione e quindi di continuazione di un unico rapporto processuale, ma anche la possibilità di riproporre il ricorso utilmente non è affatto garantita da un meccanismo di concessione automatica di un nuovo termine, come è invece per l'art. 31 ult. co. Ora non è affatto un caso se all'indomani della svolta giurisprudenziale del 2007, dettata però sul terreno della *translatio* tra giurisdizioni, si sia posto l'interrogativo in ordine alla possibilità di far operare il meccanismo della trasmigrazione dal Tar incompetente (o dal Consiglio di Stato in sede di appello) al Tar che abbia competenza funzionale ed inderogabile. E la giurisprudenza amministrativa lo ha risolto positivamente facendo leva sull'argomento che ciò che diveniva consentito sul terreno delle giurisdizioni non poteva non esserlo su quello della

¹⁸⁰ F. Cipriani, *Il regolamento di competenza nel processo amministrativo*, cit., 237.

competenza, invocando pure in tale ipotesi, come guida per risolvere problemi applicativi, l'art. 50 c.p.c.¹⁸¹.

Ma quel che occorre tentare di chiarire in questa sede è la ragione per la quale, in un'ipotesi del genere, la chiusura con sentenza in rito del processo si rifletta (o rifletteva) in un esito esiziale per la situazione sostanziale vantata dal ricorrente.

Il tema, se affrontato da un punto di vista strettamente teorico, è tra i più ostici ed affascinanti fra quelli prospettabili nel processo amministrativo, ma in questa sede non può che essere minimamente lambito.

Perché il ricorrente, ricevuta la sentenza di incompetenza, non può dunque utilmente riproporre il ricorso al Tar che ha competenza funzionale?¹⁸²

Certamente non vi osta il principio del *ne bis in idem* se riferito all'attività del giudice, con il corollario dell'eccezione di giudicato, perché una pronuncia di questo tipo non è idonea a dar luogo ad un giudicato da cui scaturisca l'effetto di precludere una seconda impugnazione (a differenza della sentenza di rigetto).

La questione potrebbe essere agevolmente risolta per chi reputasse che nel processo amministrativo di legittimità in primo grado operi senza limiti e riserve il principio di consumazione dell'impugnazione

¹⁸¹ Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2008, n. 3969, in giustizia-amministrativa.it, ove però, si noti, se da un lato si afferma che l'art. 31, ult. co., l. TAR non può ritenersi richiamo pertinente perché modellato per la competenza derogabile e perché ancora il *dies a quo* della riassunzione alla notifica della decisione sul regolamento, d'altro lato, poi, quando si è trattato di fissare il termine per la riassunzione nel dispositivo si è dato un termine di 30 giorni; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 21 gennaio 2008, n. 74 in giustizia-amministrativa.it.

¹⁸² Ma è evidente che il quesito può estendersi al caso in cui il ricorso sia caduto in perenzione, ovvero si sia estinto il giudizio, e verosimilmente ad una serie di

(o meglio, in questo caso, dell'azione). Se in effetti vi fosse perfetta identificazione tra potere di azione e azione concretamente esercitata, questo potere si consumerebbe con l'esercizio della prima impugnazione qualunque sia la conclusione (e quindi anche in mero rito) del processo¹⁸³.

altre ipotesi in cui pur in presenza di una domanda valida il processo si chiuda con una decisione in mero rito.

¹⁸³ E' questa la spiegazione che dà R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 324 a proposito del venir meno dell'effetto impeditivo della decadenza quando vi sia perenzione del giudizio amministrativo, reputando anzi che questa sia l'unica chiave di lettura teoricamente possibile. Sicché nel processo amministrativo si avrebbe un concetto di azione c.d. concreto. L'ipotesi è indubbiamente suggestiva, specie se si tien mente al fatto che la *ratio* del principio di consumazione delle impugnazioni civili risiede nella necessità di assicurare stabilità alla sentenza con cui il conflitto di interessi tra le parti è già stato definito. E' appena il caso di rilevare che un principio di consumazione dell'azione inteso con questa latitudine, significa in realtà dirigere il divieto del *ne bis in idem* all'attività della parte, la quale, se ha un potere lo consuma mentre lo esercita e proprio perché lo esercita. Come infatti è stato rilevato, seppur disputandone in tema di impugnazioni di sentenza nel processo civile, "esercizio e consumazione costituiscono identità in funzione l'una dell'altra. Ecco perché non possono ripetersi". Quando si esercita l'impugnazione – se davvero questo principio dovesse operare – si dovrebbe concludere che la proposizione di una seconda impugnazione non solo è sempre preclusa dalla proposizione della prima, ma pure che concettualmente non si può più parlare di un termine ancora aperto quando l'atto che doveva compiersi si è compiuto, sicché spira con il compimento dell'impugnazione (ancorché in ipotesi formulata in anticipo rispetto al termine finale dettato dalla legge). Cfr. sul punto R. Provinciali, *Sistema delle impugnazioni civili*, Padova, 1943, 152. Ora, nel processo civile di impugnazione è assai dubbio che operi una regola di consumazione così intesa. E ciò perché le norme dettate per l'appello e la cassazione dagli artt. 358 e 387 c.p.c. nell'affermare che l'impugnazione dichiarata improcedibile o inammissibile non può essere riproposta, sembrano consentire alla riproposizione dell'impugnazione prima della declaratoria di improcedibilità o inammissibilità se non è già decorso il termine. Sicché ne è nato un orientamento giurisprudenziale sensibilmente contraddittorio, che da una parte consente alla parte di riproporre l'impugnazione in sostituzione di una prima destinata ad essere poi dichiarata improcedibile o inammissibile (ad es. per tardivo deposito), ma che in presenza di una prima impugnazione immune da vizi invoca la regola della consumazione per vietare alla parte di proporre successivamente altra. Cfr. in arg., da ultimo, E. Ruggeri, *Il principio di consumazione dell'impugnazione: origine ed applicazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1009, ove si chiarisce che il problema ha un riscontro pratico assai

La giurisprudenza recente nega però che nel processo amministrativo di primo grado operi un principio di consumazione del diritto di ricorrere così inteso, sicché al ricorrente non sarebbe affatto preclusa la possibilità di gravare con più ricorsi successivi il medesimo atto (astrattamente per quanti sono i motivi di censura) purché tutti i ricorsi siano notificati entro il termine di cui all'art. 21 l. TAR¹⁸⁴.

rilevante perché la giurisprudenza invoca questo principio anche in relazione all'impugnazione incidentale di colui che avesse già impugnato la sentenza in via principale. Chi invece fa perno sulla indeclinabilità del principio di consumazione, e lo giustifica in relazione al particolare rapporto intercorrente tra sentenza di primo grado e gravami, deve concludere che il potere di impugnare si consuma anche prima della declaratoria di improcedibilità o inammissibilità, così come si consuma comunque in tutti i casi in cui la fase di impugnazione non approdi ad una sentenza di merito (e così non solo nel caso di estinzione, ma anche di c.d. pronuncia di *absolutio ab instantia*). Cfr., diffusamente, R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 213 ss., ove anche si chiarisce che la vigenza, se si vuole, di una regola opposta a quella che opera nel processo civile di primo grado, per cui tutte le pronunce in rito lasciano in vita il diritto di azione, nelle impugnazioni civili si giustifica anche tenendo presente che qui si tratta di un potere esclusivamente processuale.

¹⁸⁴ Da ultimo, con ampia motivazione e riferimenti alla giurisprudenza, Tar Piemonte, sez. I, 20 novembre 2009, n. 2823, in giustizia-amministrativa.it. Senza alcuna pretesa di approfondire la questione, vale però la pena di rilevare che questa conclusione sembra pianamente accessibile solo accettando l'idea che a diversi motivi di ricorso segua una diversa *causa petendi* e, cioè, una diversa azione - così ad es. E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 213- o, comunque, che il motivo di censura concorra a definire l'oggetto del giudizio identificando il ricorso. Cfr., per questa tesi, A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 355 ss. Non a caso, secondo quest'ultimo A. "il principio per cui il motivo identifica il ricorso, sta proprio a significare che contro uno stesso atto, sono proposti tanti ricorsi, quanti sono i vizi dell'atto stesso che vengono denunciati" (v. *op. cit.*, 371). Pare però evidente che ad una siffatta considerazione non sia estranea la generale teorica di questi Autori, a tacer d'altro non certo inclini a fare del processo amministrativo il luogo ove si accerta il rapporto tra p.a. ed amministrati e comunque propensa a limitare l'oggetto del giudizio, con tutto ciò che ne segue in termini di giudicato, alla illegittimità dell'atto. Partendo invece da altre premesse concettuali la conclusione è stata decisamente avversata. Cfr. ad es., P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, cit., 147 ss., ove l'interesse legittimo viene identificato nella possibilità di ripristinare la sfera giuridica illegittimamente modificata dal provvedimento della p.a. e, sebbene

La soluzione andrebbe allora ricercata nella considerazione, solo apparentemente scontata e banale, che nel processo amministrativo ciò che consuma il potere di azione non è affatto l'averlo già esercitato, ma solamente lo spirare del termine di 60 giorni decorrente dalla notificazione, pubblicazione o piena conoscenza del provvedimento impugnato¹⁸⁵.

Se però si abilita questa conclusione, evidenti ne sono i corollari.

Per chi voglia continuare a guardare al fenomeno attraverso i principi dell'istituto della decadenza contemplato dal codice civile, in primo luogo non si potrà più istituire un parallelo con quanto accade in ordine ai diritti potestativi, il cui esercizio si sostanzia e si esaurisce in un unico atto, e questo sia appunto l'atto previsto *ex art. 2966 cod. civ.*. A proposito di questi si è detto che "il compimento di esso estingue il diritto, senza che pertanto si faccia

non coincida con la pretesa processuale, solo attraverso la domanda giudiziale può essere esercitato. Entro questa teorica non vi possono essere tanti interessi legittimi per quanti sono i vizi del provvedimento, ma un interesse legittimo per ogni vicenda che modifica la sfera giuridica dell'amministrato. Ed allora andrebbe preclusa la possibilità che, ancorché non sia ancora scaduto il termine, il titolare di detto interesse ricorra una seconda volta contro il medesimo provvedimento sulla base di motivi nuovi, perché con ciò si direbbe che costui è titolare di tanti interessi legittimi per quanti sono i motivi di illegittimità (v. in part. *op. cit.*, 152, ove l'A. trae conforto alla sua tesi proprio osservando che la giurisprudenza aveva sempre inibito la possibilità di gravare il medesimo atto frazionando in più ricorsi successivi l'impugnativa). Così l'A. riprende la tesi di A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, II, 262 ss. ed in part. 277, nota 63, ove dalla medesima giurisprudenza si argomentava per concludere che nel processo amministrativo l'azione non si identifica attraverso i motivi di ricorso, ma in relazione al pregiudizio arrecato dal provvedimento illegittimo sicché la domanda consiste nella richiesta di eliminare una lesione in atto del patrimonio dell'interessato e "come domanda d'un accertamento del rapporto su cui pretende d'insistere il provvedimento impugnato" (*op. cit.*, 279-280).

¹⁸⁵ Cfr., V. Caianiello, *Manuale*, cit., 555, ove si afferma che l'azione si consuma, in tutti i suoi elementi e quindi anche nella *causa petendi*, nel momento in cui scadono i termini per la proposizione dell'impugnativa.

luogo ad impedimento della decadenza” giacché l’esercizio, pur sottraendo il diritto alla decadenza, lo farebbe anche venir meno¹⁸⁶.

Ma se si consente che un primo ricorso non esaurisca il diritto di azione si è fuori dall’orbita di questo fenomeno.

Di contro, però, ne risulta altrettanto evidente che l’aver proposto un tempestivo primo ricorso non ha alcun effetto sulla decorrenza del termine per proporre altro.

Ma allora, qualunque sia il linguaggio adoperato, occorrerà convenire sul fatto che la tempestiva notifica del ricorso non ha alcun afferrabile effetto sulla decadenza declinabile “in positivo” (si parli di impedimento, conservazione, etc).

Ed è questa la vera ragione per la quale non solo al ricorso perentorio, ma pure a quello chiuso con pronuncia di rito, non potrà seguire la proposizione utile di un secondo ricorso¹⁸⁷.

A questo punto occorre tentare di chiarire quale attinenza possa mai avere ciò che si va osservando con il tema delle conseguenze dell’erronea elezione della giurisdizione.

In primo luogo, disponendosi su un piano più generale, il discorso intrapreso abilita ad una considerazione che tornerà alquanto utile nel momento in cui si tratterà di valutare l’esatta portata della svolta giurisprudenziale del 2007 e della disciplina legislativa che ne è seguita.

E questa considerazione risiede nel fatto che, nell’ordinamento, la carenza di un effetto impeditivo della decadenza, o comunque

¹⁸⁶ Per queste considerazioni, V. Tedeschi, *Decadenza*, cit., 775.

¹⁸⁷ E – si potrebbe aggiungere - per chi intendesse opinare che il giudicato di rigetto non copre anche il deducibile, è questa stessa la ragione per cui al ricorrente è precluso proporre un secondo ricorso basato su vizi non denunciati con il primo.

conservativo del termine, non sembra inscindibilmente connesso alla sola ipotesi della domanda al giudice carente di giurisdizione. Ma è proprio di una serie di ipotesi anche diverse (declinatoria del Tar nei casi di competenza assoluta, perenzione etc). E ciò rende lecito il sospetto che la mancanza di effetto della domanda sulla decadenza non trovi la sua ragione ultima nel particolare modo di atteggiarsi dei rapporti tra giudici appartenenti a ordini diversi, ma, forse, nel modo di atteggiarsi della decadenza¹⁸⁸.

In secondo luogo, riportando il discorso ai più circoscritti esiti del presente paragrafo, vi sono ipotesi in cui l'invocazione di un principio di consumazione dell'azione per decorrenza dei termini sembrerebbe assai confacente.

Si pensi al caso di chi abbia erroneamente indirizzato l'impugnativa al Tar in sede di legittimità quando doveva adire il Tribunale superiore delle acque pubbliche entro 60 giorni *ex art.* 143 r.d. n. 1775/1933. In effetti qui sarebbe assai dubbio concludere che vi è stato un errore sul tipo di azione¹⁸⁹. A precludere il secondo ricorso una volta ricevuta la declinatoria di giurisdizione, è forse più consono reclamare il principio per cui l'azione si sarà consumata per decorso del termine.

Tuttavia, se anche si accetta una simile prospettazione, si può seriamente dubitare riguardo ai suoi limiti.

Se infatti un principio di consumazione dell'azione è forse predicabile quando il giudizio abbia carattere impugnatorio,

¹⁸⁸ Tanto ciò vero che quando invece si controverte di prescrizione l'effetto conservativo si produce.

¹⁸⁹ Trattasi comunque di azione di annullamento per incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere.

parrebbe arbitrario estenderne la portata a tutti i casi in cui si chiedi la tutela di un diritto pur sottoposto a termine di decadenza.

Per uscir di metafora, non è interrogando questo principio che si potrebbe giustificare, ad es., il mancato impedimento della decadenza in ordine all'azione intrapresa dal pubblico dipendente avanti al giudice ordinario prima del 15 settembre 2000 per diritti maturati anteriormente al giugno 1998.

Capitolo 4.

Il cammino della *translatio* verso le questioni di giurisdizione.

Sommario: 1. Il diniego della *translatio* fra giudice ordinario ed amministrativo e le sue conseguenze in ordine alla sorte della situazione soggettiva. Cenni allo stato della giurisprudenza ante 2007. La giurisprudenza amministrativa. 2. (segue): La giurisprudenza civile. 3. La dottrina favorevole alla trasmigrazione transgiurisdizionale. 4. (segue): Al di là degli argomenti strettamente positivi: il processo serve a dire chi ha ragione e chi ha torto (e il più celermente possibile?). La natura polifunzionale della *translatio*. 5. Il problema del nesso fra diversità di giurisdizione e diversità tra situazioni giuridiche azionabili. 6. I vari progetti di riforma. 7. La svolta giurisprudenziale del 2007. 8. (segue): Le ambiguità insite nella sentenza della Corte costituzionale n. 77/2007. 9. (segue): A proposito delle interpretazioni autentiche fornite dalla stessa Corte costituzionale e in sede dottrina dall'estensore Vaccarella. 10. Il suggestivo spunto di Ricci. 11 L'articolo 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69 e le prime ipotesi interpretative. Il tentativo della dottrina di ricomporre ad unità le disposizioni di una norma che non vi si presta. 12. Ipotesi di una lettura selettiva delle singole disposizioni e del relativo campo di applicazione.

1. Il diniego della *translatio* fra giudice ordinario ed amministrativo e le sue conseguenze in ordine alla sorte della situazione soggettiva. Cenni allo stato della giurisprudenza ante 2007. La giurisprudenza amministrativa.

Un esame della giurisprudenza che renda conto solo a grandi linee delle conseguenze pratiche cui può condurre l'alternativa scelta dal giudice, di avvalersi o meno del meccanismo della *translatio* fra giurisdizioni, deve essere opportunamente orientata guardando alla sorte della situazione soggettiva azionata.

Ovviamente, rispetto al tema che si va intraprendendo assume un connotato preliminare stabilire se la moderna giurisprudenza, civile ed amministrativa, abbia davvero praticato il principio della inoperatività della *translatio* nei reciproci rapporti prima della svolta giurisprudenziale del 2007.

Tuttavia, in ragione dei risultati cui si è pervenuti nel capitolo precedente, una lampante considerazione può ben essere anteposta all'esposizione di alcuni casi significativi.

La dottrina recente che ha dimostrato un maggior dominio della materia, ha infatti ben avvertito che l'impraticabilità della *translatio* nei rapporti tra giudice ordinario ed amministrativo è in linea di principio insuscettibile di tradursi in un pregiudizio esiziale per la posizione sostanziale della parte che abbia errato nell'individuazione del giudice quando nel processo si dibatta di diritti soggettivi soggetti a prescrizione¹⁹⁰. La necessità di instaurare un nuovo e diverso processo avanti al giudice munito di giurisdizione, a seguito della declinatoria del giudice per primo adito, non troverà di norma ostacolo perché il diritto di cui si chiede tutela si sarà nel frattempo salvato dalla prescrizione interrotta dalla domanda a giudice carente di giurisdizione fino al passaggio in giudicato della statuizione declinatoria.

E allora diviene chiaro che, per dirla rozzamente, il campo elettivo dove maggiore potrebbe essere l'utilità del meccanismo della trasmigrazione non dovrebbe certo essere individuato in quelle

¹⁹⁰ R. Oriani, *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro. It.*, 2004, V, 9 ss., 11 nota 15 e Id., *Giudice ordinario, giudice speciale, "translatio iudicii"?*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1463, nota 4.

controversie su diritti soggetti a prescrizione che siano attribuite alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo.

Che anzi, come si chiarirà appresso, sul terreno della prescrizione, il meccanismo della traslazione potrebbe rivelarsi addirittura meno vantaggioso per l'attore.

Proprio a tal proposito conviene muovere dal dubbio se davvero da tutti i giudici fu praticato, come spesso si ritiene per scontato, il dogma della impossibilità di *translatio* fra plessi giurisdizionali differenti.

In realtà la risposta al quesito è nel senso affermativo, ma con qualche rilevante distinguo specialmente nella giurisprudenza amministrativa.

Il primo caso da isolare concerne il divieto di far uso della tecnica della *translatio* a seguito di declinatoria del giudice di merito, senza il medio della pronuncia della cassazione ovvero, come sul dirsi, in orizzontale.

In effetti che la moderna giurisprudenza amministrativa si muova dal presupposto che in questo ambito la *translatio* non può operare risulta per implicito dalla costante affermazione a mente della quale il fatto di aver erroneamente adito l'autorità giudiziaria ordinaria non vale *ex se* a sospendere od interrompere il termine breve per ricorrere al giudice amministrativo, dovendo piuttosto quest'ultimo valutare se ricorrano gli estremi di scusabilità dell'errore ai fini della concessione del rimedio della rimessione in termini. A questa premessa si accompagna poi spesso la statuizione che pone quale ulteriore condizione per la concessione del beneficio che il ricorso

al giudice amministrativo sia stato comunque proposto entro 60 giorni dalla declinatoria del giudice civile¹⁹¹.

Ma questo divieto di far uso della tecnica della *translatio* in orizzontale importa conseguenze assai diverse a seconda della natura della posizione soggettiva azionabile nonché dei termini per richiedere la tutela giurisdizionale.

Si pensi, ancora, alla tutela di diritti soggetti a prescrizione e sottoposti alla giurisdizione esclusiva.

Sul punto un precedente è illuminante¹⁹².

Una dipendente citava nel novembre del 1967 la Casa di riposo datrice di lavoro avanti al Pretore di Monza per ottenere differenze retributive derivanti dal rapporto.

Con sentenza del 27 dicembre 1968 il Pretore dichiarava il proprio difetto di giurisdizione e, fatto degno di nota, rimetteva le parti innanzi al Consiglio di Stato.

¹⁹¹ Per tutte, Cons. giust. amm. Reg. Sic., 2 marzo 1989, n. 47, in *Cons. Stato*, 1989, I, 374. Per un esempio esplicito di rifiuto di applicare la *translatio*, cfr. Tar Campania, Napoli, sez. V, n. 16859/2004, in *giustizia-amministrativa.it*: il ricorrente aveva impugnato, pochi giorni dopo la notifica, il provvedimento comunale di revoca dell'assegnazione di alloggio IACP avanti al giudice ordinario che, concessa misura cautelare aveva poi declinato la giurisdizione. Incardinato giudizio avanti al Tar invocava quindi la disciplina dell'art. 50 c.p.c. Il giudice ha opposto però che "nei rapporti tra giudici di ordini diversi non trova applicazione l'istituto della riassunzione (art. 50 c.p.c.) che implica una continuazione avanti ad altro ufficio giudiziario del procedimento incardinato davanti ad un giudice che, quantunque sfornito di competenza, deve essere comunque investito di *potesta iudicandi*". Nel caso la tesi eletta dal giudice amministrativo non recò un pregiudizio irreparabile alla posizione azionata perché venne concessa la remissione in termini per errore scusabile in ragione di ritenute oscillazione della giurisprudenza in ordine al giudice munito di giurisdizione sulle vicende estintive del rapporto di godimento di beni di edilizia residenziale pubblica.

¹⁹² Tar Lombardia, Milano, 9 aprile 1983, n. 349, in *Trib. amm. reg.*, 1983, I, 1451.

Senonché l'attrice, anziché rivolgersi subito al giudice amministrativo, inoltrava una prima diffida e messa in mora alla Casa di riposo debitrice nel maggio del 1973 e la reiterava nel luglio del 1974. Di fronte alla perdurante opposizione dell'Istituto ricorreva al Tar (nel frattempo istituito) nel gennaio del 1977.

L'Istituto resistente oppose che il processo doveva considerarsi estinto per la mancata riassunzione entro il termine di 6 mesi dalla sentenza emessa dal Pretore, eccependo altresì l'intervenuta prescrizione.

Ma il Tribunale amministrativo, rilevò che il richiamo alla disciplina dell'art. 50 c.p.c. era del tutto inconferente al caso anche perché tale norma non "costituisce espressione di un principio generale di diritto processuale". Nelle norme del processo amministrativo "non è prevista alcuna disciplina per i casi in cui il giudice ordinario, nel dichiarare il proprio difetto di giurisdizione, rimetta le parti dinanzi al giudice amministrativo competente; pertanto, in questo caso, si deve ritenere che la parte interessata deve instaurare davanti a quest'ultimo un nuovo processo, con un atto introduttivo del tutto autonomo dal precedente processo".

Il ricorso del 1977 fu quindi giudicato tempestivo perché, facendosi questione di diritti patrimoniali soggetti a prescrizione quinquennale, la prescrizione sarebbe rimasta interrotta dalla domanda proposta "ancorché a giudice incompetente" e fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza definitiva. Nel caso *de quo* la domanda rivolta al Pretore e tutto il tempo trascorso sino alla sentenza del dicembre 1968 fu quindi utile ad interrompere la prescrizione, ed il nuovo periodo quinquennale decorrente da tale

data era stato poi interrotto dalla diffida del maggio 1973. Il ricorso al Tar del gennaio 1977 era quindi stato proposto in termini.

Ovviamente, a ben diversa conclusione il giudice avrebbe dovuto approdare qualora avesse condiviso la prospettazione di parte resistente in ordine all'applicabilità al caso dell'art. 50 c.p.c. Configurando il ricorso al Tar come riassunzione del giudizio promosso avanti al Pretore ne sarebbe risultata la tardività alla luce del termine semestrale contemplato dalla norma. E poiché, in applicazione dell'art. 2945, comma 3, all'estinzione del giudizio rimaneva fermo il solo effetto interruttivo istantaneo della domanda rivolta al Pretore nel novembre del 1967, la diffida e messa in mora del maggio del 1973 non sarebbe stata utile a vincere l'eccezione relativa alla maturazione del quinquennio utile a far prescrivere il diritto.

In poche parole, la possibilità di *translatio* avrebbe qui importato un pregiudizio alla posizione sostanziale azionata scongiurato invece proprio dall'assenza di un fenomeno di prosecuzione del giudizio tra giudice ordinario ed amministrativo.

Ma assai diverse sono le considerazioni che si possono trarre anche solo dal superficiale esame della giurisprudenza amministrativa relativa ad altre fattispecie e rivelatasi ben poco incline a discutere di *translatio* tra giurisdizioni.

Il Tar del Veneto, con sentenza n. 1533/2000¹⁹³, giudicò un caso di licenziamento per arbitraria assenza impugnato avanti al giudice del lavoro che aveva declinato la giurisdizione, con sentenza confermata in appello e notificata alla parte in data 19 dicembre

¹⁹³ Con motivazione in giustizia-amministrativa.it.

1989. La ricorrente attendeva però sino al 7 maggio 1990 per notificare ricorso al Tar.

Il giudice osservò nell'occasione che "l'errore sul giudice adito non interrompe i termini per l'esercizio dell'azione, ma, ove ne ricorrano i presupposti, può essere ritenuto scusabile", scusabilità che però era "venuta meno nel momento in cui la decisione del giudice di appello di confermare il difetto di giurisdizione dell'A.G.O., già enunciato peraltro in primo grado, era stata legalmente conosciuta dalla ricorrente". Sicché questa avrebbe avuto l'onere di impugnare l'atto al tar entro 60 giorni dalla notifica della sentenza di conferma della declinatoria del giudice civile. E di fronte alla difesa di costei che invocava l'art. 50 c.p.c. per convincere il collegio della tempestività dell'iniziativa, replicò che la norma "opera nel diverso procedimento di regolamento preventivo di giurisdizione *ex* artt. 41 e ss. Cod. proc. civ., (...e) non può pertanto trovare applicazione nel caso di specie, nel quale il giudice adito si è automaticamente spogliato della giurisdizione, senza il ricorso ad alcuna pronuncia delle sezioni unite". Il ricorso venne quindi giudicato irricevibile per tardività¹⁹⁴. E ciò rende ben evidente il rischio che la situazione soggettiva vada persa per il rifiuto di far uso della tecnica della *translatio* quando, come nella specie, la medesima situazione sostanziale sia soggetta allo stesso breve termine decadenziale a prescindere dal giudice che ha giurisdizione.

¹⁹⁴ Benché, a onor del vero, probabilmente dubbioso della equità di siffatta soluzione il giudice abbia in motivazione dato atto che l'istanza appariva pure infondata nel merito.

Un esempio eclatante di ciò si legge nella sentenza del Tar Abruzzo, L'Aquila 20 giugno 2002, n. 378¹⁹⁵. Il dipendente di una Comunità montana impugnava il licenziamento - intimatogli il 7 agosto 1997 - avanti al Pretore in data 24 settembre 1997. Il giudice declinava la giurisdizione con sentenza del 12 giugno 1998. Il privato ricorreva pertanto al Tar in data 4 agosto 1998. Il giudice amministrativo, senza porsi alcun problema di *translatio*, né di conservazione degli effetti della prima domanda, semplicemente dichiarò irricevibile il ricorso per tardività reputando che l'errore nell'adire il primo giudice era inescusabile poiché la natura di ente pubblico delle Comunità montane era indiscutibile. La posizione sostanziale tutelabile attraverso l'impugnativa del licenziamento fu quindi nella specie definitivamente persa. E a tale fatale conseguenza il meccanismo della *translatio* avrebbe invece riparato.

Non meno interessante è la statuizione resa ancora dal Tar Veneto, sez. I, 27 giugno 2001, n. 1782¹⁹⁶, soprattutto perché dettata in uno dei rarissimi casi in cui una posizione riconducibile ad interesse legittimo era stata azionata sì avanti al giudice ordinario con azione di accertamento dell'illegittimità, ma prima dello spirare del breve termine di 60 giorni.

Avvenne infatti che una USL revocava una gara pochi giorni prima che fosse esaurito il termine per presentare offerte, ma quando alcune imprese avevano già presentato istanza.

Una di queste si rivolse al giudice ordinario perché accertasse l'illegittimità del comportamento della stazione appaltante e la

¹⁹⁵ Da leggere per esteso in giustizia-amministrativa.it.

condannasse al risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale. Dalla motivazione della sentenza del Tar si evince peraltro che la certezza sulla piena conoscenza del provvedimento di autotutela in capo all'impresa si aveva solo dalla data della proposizione dell'iniziativa avanti al giudice ordinario. Nel corso di quel giudizio l'USL propose regolamento di giurisdizione e la Cassazione si pronunciò per la competenza del giudice amministrativo. L'impresa reiterò dunque avanti al Tar quella stessa domanda di accertamento e condanna¹⁹⁷.

Il giudice rilevò che la sentenza della Corte regolatrice andava intesa nel senso che il *petitum* sostanziale della pretesa doveva essere ricondotto all'annullamento della delibera di revoca della gara e cominciò dunque con l'osservare che la domanda riproposta in termini di accertamento dell'illegittimità avrebbe dovuto essere giudicata inammissibile. Ma non si arrestò a questa constatazione formale, dimostrandosi disponibile a sindacare la vicenda come se l'atto introduttivo fosse da intendersi impugnatorio del provvedimento.

Dichiarò però che l'iniziativa doveva considerarsi tardiva perché nella vicenda non avrebbe potuto trovare applicazione la *translatio iudicii*.

E poiché questa motivazione si poneva in contrasto, come subito si dirà, con un orientamento del giudice amministrativo incline a ben distinguere l'ipotesi in cui nella vicenda processuale intervenga una

¹⁹⁶ In jurisdata.it.

¹⁹⁷ Par proprio di desumere dalla sentenza, peraltro, entro il termine di 60 giorni, poiché la pronuncia della Cassazione era del 26 maggio 1997 (ne si dice quando sia semmai stata notificata) e il ricorso al Tar si narra esser stato presentato nel luglio 1997, senza però indicare in quale giorno.

statuizione della Corte regolatrice, il Tar si premurò di osservare che nessuna norma poteva superare la barriera della differenza fra giurisdizioni. Non gli artt. 21 e 35 della l. Tar che non regolerebbero affatto la materia; non l'art. 367, comma 2, c.p.c. che parla solo di riassunzione quando la Corte dichiara la giurisdizione ordinaria; nemmeno, infine, l'art. 50 c.p.c. che si riferisce solo alla riassunzione della causa innanzi al giudice ritenuto competente all'interno della stessa giurisdizione. Ovviamente, nel caso di specie, la tutela della posizione sostanziale (di interesse legittimo) azionata fu irrimediabilmente persa in ragione del rifiuto di far uso della *translatio*, avendo peraltro il giudice negato anche il rimedio dell'errore scusabile.

Se la giurisprudenza amministrativa sembra dunque orientata ad escludere la trasmigrazione del rapporto processuale sorto avanti al giudice ordinario in seguito a declinatoria del giudice di merito, un pò diverso è il discorso relativo ad una presunta inoperatività della *translatio* quando nella vicenda processuale si inserisca il medio della pronuncia della cassazione resa a seguito di regolamento. Ad onta infatti della tesi rigidamente restrittiva propugnata nella sentenza veneta appena citata, in questo specifico ambito è dato riscontrare un atteggiamento assai interessante del giudice amministrativo.

Ovviamente l'attenzione va portata a quelle ipotesi in cui il giudizio sia stato radicato avanti al giudice civile ed in quella sede sia stato chiesto regolamento di giurisdizione con esito attributivo della stessa al giudice amministrativo.

E proprio in detta ipotesi si rinvencono alcuni precedenti che con certezza testimoniano la disponibilità del giudice di far uso dell'istituto della *translatio*¹⁹⁸.

In particolare, seguendo questo orientamento, il giudice amministrativo pone una preliminare distinzione tra controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi sottoposti a prescrizione e controversie relative invece ad interessi legittimi.

¹⁹⁸ Da leggere in motivazione, Tar Calabria, Catanzaro, 18 maggio 1995, n. 543, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 3330; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 24 giugno 1997, n. 408, in *Trib. amm. reg.*, 1997, I, 3145. L'orientamento è confermato in Tar Campania, Napoli, sez. I, 11 aprile 2001, n. 1611, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 1896. Occorre tuttavia precisare che non si tratta di un orientamento affatto pacifico. A prescindere dalle indicazioni che seguiranno nel testo, basti pensare alla curiosa motivazione di Tar Liguria, 14 gennaio 1982, n. 5, in *Trib. amm. reg.*, 1982, I, 902. Nell'occasione il privato ricorreva al Pretore quale giudice del lavoro per l'accertamento del diritto al trattamento economico previsto dalla legge per gli infermieri dell'E.N.P.I. L'Ente però proponeva istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, deciso dalle SS.UU. nel senso della giurisdizione amministrativa. L'attrice provvedeva quindi a notificare ricorso al Tar per riassunzione, ma indirizzando la notifica al procuratore dell'Ente costituito nella fase consumatasi presso il giudice del lavoro. Ebbene il Tar ligure, pur continuando a parlare di riassunzione, dichiarò il ricorso inammissibile perché non notificato "personalmente" all'Ente resistente, nella sostanza affermando che la disciplina del combinato tra gli artt. 50, 170 c.p.c. e 125 disp. att., non si potevano applicare al caso, che rimaneva regolato solo dall'art. 21 l. TAR, poiché il c.d. ricorso in riassunzione altro non sarebbe che un atto con cui si introduce un nuovo giudizio che "in nulla differisce dall'ordinario ricorso giurisdizionale" e con cui si "pone in essere un atto introduttivo di una azione di accertamento di pretese patrimoniali che va ben al di là di quegli atti che attengono soltanto all'ordine ed allo svolgimento del processo, come comprovato dalla circostanza che per il ricorso suddetto non è configurabile la sopravvivenza dell'*aeditio actionis* concretatasi nel giudizio davanti al giudice del lavoro, tanto che il ricorrente non può sottrarsi per detto ricorso, all'onere di riprodurre ex novo, secondo le forme proprie del processo amministrativo, il contenuto dei motivi sui quali si fonda la pretesa ed i singoli capi della domanda". Insomma, atto introduttivo di un nuovo giudizio e non di impulso ad un processo già pendente e retto dalla domanda al giudice del lavoro. Sulla specifica questione cfr. pure, A. Caracciolo La Grotteria, *La riassunzione*, cit., 275-276, che condividendo la massima ligure non si avvede però che questa smentisce l'assunto che lo stesso A. chiaramente perora, ricostruendo la riassunzione come atto di mero impulso processuale.

Pur nell'osservazione che la disciplina del processo amministrativo non detterebbe alcuna puntuale norma per regolare la descritta fattispecie, si accredita la regola a mente della quale se la vertenza attiene a posizioni di diritto rispetto alle quali non opera alcun termine decadenziale, l'iniziativa di riassunzione presso il giudice amministrativo dovrebbe essere effettuata nel termine semestrale previsto dall'art. 367 c.p.c.

Viceversa, "allorquando la pretesa a base dell'iniziativa risulta qualificabile in termini di interesse legittimo, la pronuncia della Corte di cassazione sulla giurisdizione determina una rimessione in termini a favore dell'originario attore il quale tuttavia, proprio in ragione della qualificazione in termini di interesse legittimo della propria situazione giuridica soggettiva, deve radicare la causa innanzi al giudice amministrativo, organo giudiziario individuato dalla Corte di cassazione, nel termine di decadenza di cui agli artt. 21 e 35 della legge n. 1034 del 1971, termine decorrente dalla data in cui la parte ha avuto formale notizia della decisione della Corte o, in difetto, entro l'anno dalla pubblicazione della stessa".

Ora, come ha sapientemente colto una recente dottrina¹⁹⁹, questo enigmatico orientamento si presta ad una suggestiva lettura.

Nel caso di controversia su questioni di diritto soggette a prescrizione la *translatio* con il medio del regolamento di giurisdizione è possibile dimostrandosi il giudice disponibile ad un'interpretazione estensiva della lettera dell'art. 367, comma 2 c.p.c.

¹⁹⁹ G. Sigismondi, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 813 ss., p. 850.

Nel caso di controversia relativa ad interessi legittimi si accredita invece un meccanismo peculiare, perché si opta per la rimessione in termini, ma lasciando intendere che essa opererebbe in via automatica, e cioè senza un sindacato sulla scusabilità dell'errore, in virtù della pronuncia di regolamento. Opzione agevolata poiché al tempo in cui veniva formulata dalla magistratura amministrativa la disciplina prevista dal testo originario dell'art. 35 l. Tar per riassumere la causa in ipotesi di rinvio dal Consiglio di Stato prevedeva il termine di 60 giorni – ovvero eguale a quello generale per proporre ricorso ex art. 21 l. Tar - decorrenti dalla notifica della decisione di annullamento con rinvio.

Ma l'esame delle vicende decise dai due precedenti che più chiaramente esprimono questo orientamento deve estendersi all'esito delle relative vicende. In particolare, nella seconda delle due pronunce, il Tar Emilia Romagna sentenziava una controversia relativa al diritto a percepire l'indennità di buonuscita esplicitamente inquadrato dal collegio come questione di diritto soggettivo demandato alla giurisdizione esclusiva. Ebbene, l'iniziativa di riassunzione della causa fu giudicata intempestiva poiché il ricorso in riassunzione era stato notificato nel 1988, mentre la sentenza di regolamento era stata depositata il 12 giugno del 1982 e “formalmente conosciuta dall'interessato il 28 di tale mese, data quest'ultima in cui copia della stessa sentenza è stata rilasciata dalla cancelleria al difensore del suddetto”. Sicché il

ricorrente non si giovò affatto dell'affermazione che, in astratto, la *translatio* era possibile²⁰⁰.

Nella sentenza precedente invece, parte ricorrente avanzava nel 1982 avanti al Pretore una serie di articolate pretese discendenti da un asserito rapporto di lavoro. Notificata la sentenza della Cassazione il 12 febbraio 1986 la parte riassumeva al Tar Calabria il 17 settembre del medesimo anno.

Il giudice amministrativo configurava alcune di queste pretese come diritto soggettivo, altre come integranti invece una posizione di interesse legittimo.

E relativamente a queste ultime osservò che l'atto di riassunzione era intempestivo in relazione al termine di 60 giorni decorrenti dalla notifica della sentenza della Cassazione.

Mentre relativamente ai pretesi diritti giudicò di accogliere la domanda solo per la parte relativa alla mancata percezione di alcune mensilità relative all'anno 1982, levando sulla disciplina dell'art. 2126 cod. civ. per prestazioni effettivamente rese, e ritenendo invece che la domanda di accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato era da respingere perché l'assunzione era nulla, *ex art. 5 l. n. 3/1979* in quanto effettuata senza concorso.

²⁰⁰ Per la verità nel caso si potrebbe pure opinare che il diritto del ricorrente non si sarebbe salvato dalla prescrizione nemmeno configurando la vicenda non in termini di riassunzione, ma di instaurazione di un nuovo giudizio al Tar, in ragione della possibile intervenuta maturazione della prescrizione quinquennale *ex art. 2948 n. 5*. Ma, ad ogni buon conto, anche questa fattispecie rende evidente che il meccanismo della *translatio* non solo non è un rimedio al rischio di perdere il diritto quando questo è soggetto a prescrizione, ma può pure risolversi in una condizione più pregiudizievole per il suo titolare.

Sicché in definitiva, anche in questa occasione l'asserita possibilità di immaginare una riassunzione non servì alla parte per salvarsi dalla decadenza in relazione alle pretese inquadrate in termini di interesse legittimo, mentre per la parte relativa ai diritti patrimoniali è facile osservare che la posizione sostanziale era ben salva pur volendo negare la possibilità di riassumere, poiché relativa a diritto che comunque non si era prescritto, in ragione dell'interruzione della prescrizione con effetto continuativo in forza del giudizio svoltosi in sede civile²⁰¹.

Del resto, la successiva giurisprudenza amministrativa che è stata chiamata a dare concreta applicazione all'orientamento qui indicato non ha affatto deciso per l'automatismo della rimessione in termini quando la controversia sia stata erroneamente intentata con giudizio di accertamento e condanna avanti all'AGO ed il regolamento di giurisdizione ivi eccitato si sia risolto per la cognizione a carattere impugnatorio del giudice amministrativo, sebbene la parte si fosse determinata a ricorrere al Tar entro i 60 giorni dalla pronuncia della Cassazione. Rimaneva infatti il dato che gli atti non erano stati impugnati entro 60 giorni dalla relativa conoscenza²⁰².

²⁰¹ Rispetto al discorso che si va conducendo nel testo è pure istruttivo il precedente già indicato di Tar Campania, Napoli, n. 1611/2001. Un comune ebbe a riassumere il giudizio erroneamente iniziato nel 1996 avanti al tribunale civile per la risoluzione per inadempimento del privato di un rapporto di concessione, dopo che la cassazione adita in sede di regolamento aveva statuito per la giurisdizione amministrativa con provvedimento del 17 settembre 1998 comunicato dalla cancelleria con biglietto notificato il 29 settembre. Il comune riassunse notificando ricorso il 29 marzo 1999 e quindi l'ultimo giorno del semestre utile *ex art.* 367 c.p.c. rischiando così l'estinzione del giudizio per riassunzione tardiva.

²⁰² Cfr. il caso deciso da Tar Marche, 29 dicembre 2003, n. 1915, in *Trib. amm. reg.*, 2004, I, 708, ma da leggere per esteso in giustizia-amministrativa.it. Si tratta per la verità di una fattispecie che la dice lunga in merito alla gravosa posizione del difensore che sia costretto a far transitare un giudizio dall'AGO al

Un esempio invece assai plastico delle conseguenze esiziali sulla posizione soggettiva azionata cui ha condotto il rifiuto di ammettere la *translatio iudicii* da parte del giudice amministrativo – e correlativamente la rilevanza di riflesso sostanziale di tale istituto – si rinviene nelle vicende occasionate dalla disciplina prevista dall’art. 45 del d. lgs. n. 80/1998 e confermata dall’art. 69 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165²⁰³.

Come noto, detta normativa ebbe ad individuare nella data del 15 settembre 2000 un termine di decadenza per l’esercizio di quelle pretese attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 e da proporre al giudice amministrativo. Detta normativa fu quindi intesa come diretta non a porre un limite

giudice amministrativo in un quadro di incertezza normativa e giurisprudenziale come quello anteriore al 2007. Promossa in citazione avanti al Tribunale di Ancona una causa da parte della provincia di Macerata contro la regione per mancata corresponsione di somme a carico del SSN, la Corte regolava la giurisdizione con sentenza acquisita in copia dalla parte il 21 aprile 2000. Il 5 e 6 giugno successivi, quindi, evidentemente incerto sul da farsi, il difensore della provincia notificava ben sei ricorsi al Tar contro la regione, 3 dei quali in riassunzione del precedente giudizio civile, ma ivi formulando la domanda anche in termini di impugnazione delle precedenti delibere regionali di stanziamento, saldo e liquidazione di somme per spese sanitarie, ed i rimanenti 3 come invece tesi ad impugnare le delibere regionali stesse, ma al contempo formulando anche qui la domanda di riassunzione. Il Tar opinò nel senso che il termine semestrale *ex art. 367* non era applicabile non trattandosi di questione relativa a diritti soggettivi. Le controversie inerenti interessi legittimi avrebbero sì dovuto essere incardinate al Tar con ricorso ordinario entro 60 giorni dalla sentenza resa sul regolamento, ma la questione della tardività di detto ricorso rispetto al provvedimento impugnato non venne affatto superata dal rispetto di quel termine. Bisognava risolverla anche sul terreno della scusabilità dell’errore sulla giurisdizione, poiché il giudizio promosso in sede civile era stato avanzato ben dopo 60 giorni dalla conoscenza delle delibere che si andavano ora a gravare. Scusabilità che, nel caso, fu riconosciuta anche levando sulla circostanza che il medesimo Tribunale civile di Ancona aveva in precedenza introitato il merito di controversie del tutto analoghe.

²⁰³ Il caso non poteva non essere preconizzato seppur in via ipotetica dall’acuta analisi di R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit., 10-11, nota 11. E la sentenza che in questa sede si narra nel testo, materializza perfettamente la previsione.

temporale alla persistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, sibbene ad introdurre un termine di decadenza con effetto estintivo sulla posizione sostanziale in ipotesi tardivamente azionata.

Significativo sul punto è il confronto tra la statuizione licenziata dal Tar Puglia-Bari, 17 novembre 2005, n. 4890²⁰⁴ e taluni pronunciamenti del giudice amministrativo successivi alla svolta giurisprudenziale del 2007²⁰⁵.

Una dipendente ottenne nel 1997 dal Pretore di Bari in funzione di giudice del lavoro decreto ingiuntivo contro la Regione per il pagamento di una differenza di indennità di fine servizio. Nella causa di opposizione al decreto ingiuntivo il giudice adito dichiarava il difetto di giurisdizione, difetto confermato tanto in sede di appello che di cassazione nel 2004.

L'interessata si rivolgeva perciò al giudice amministrativo con un ricorso in riassunzione notificato nel 2004 chiedendo l'accertamento del diritto all'indennità e la relativa condanna al pagamento.

Il giudice amministrativo esordì rilevando che il termine decadenziale del 15 settembre 2000 era stato evidentemente superato nella fattispecie. La dipendente però chiedeva di beneficiare in questo caso della cosiddetta *traslatio iudicii*, ovvero della possibilità di trasporre la controversia dinanzi a un diverso

²⁰⁴ Con motivazione in giustizia-amministrativa.it.

²⁰⁵ Si veda Tar Lazio, Roma, sez. IIIbis, 13 aprile 2007, n. 3208, in giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, ord. 28 novembre 2008, n. 5901, in giustamm.it.

giudice facendo risalire gli effetti della domanda alla data dell'atto introduttivo dell'originario giudizio del 1997.

Il Tar, rifacendosi all'insegnamento della Cassazione, oppose che "la "traslatio iudicii" [ex art. 50 c.p.p.] invero presuppone necessariamente l'unicità della giurisdizione nel cui ambito il rapporto processuale viene considerato regolarmente costituito sia pure innanzi al giudice incompetente con la conseguenza che, una volta riassunta la causa davanti a quello competente, risultano salvi tutti gli atti in precedenza proposti. Nel caso invece di domanda proposta innanzi ad un giudice privo di giurisdizione nessuna possibilità di riassunzione dinanzi al giudice avente tale giurisdizione è possibile, ad eccezione della ipotesi di regolamento preventivo di giurisdizione, con la conseguenza che nessuna salvezza degli atti in precedenza effettuati è possibile". E aggiunse pure che nemmeno era "invocabile l'articolo 367, secondo comma, del codice di procedura civile, che prevedendo tale meccanismo, precisa però: "Se la corte di cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, le parti debbono riassumere il processo entro il termine perentorio di sei mesi dalla comunicazione della sentenza". Un'interpretazione estensiva (all'ipotesi di declaratoria della giurisdizione del giudice amministrativo), come sostenuta dalla ricorrente, è quindi, in forza dell'inequivocabile dato letterale, sicuramente da escludere". Il ricorso venne dunque respinto per intervenuta decadenza, senza nemmeno indagare se, nella

fattispecie, fosse possibile concedere il diverso rimedio dell'errore scusabile²⁰⁶.

Chiaramente, in tal caso, qualora la ricorrente non abbia appellato la sentenza ed il Consiglio di Stato ribaltato la decisione, il diritto è stato irrimediabilmente perso.

Ma proprio in questo ambito la *translatio iudicii* (o comunque il principio enunciato da Corte cost. n. 77/2007) ha dimostrato la sua potenziale funzione salvifica nelle prime applicazioni seguenti la svolta giurisprudenziale del 2007. Basti pensare alla sentenza del Tar Lazio, Roma, 13 aprile 2007, n. 3208.

Un dipendente del Ministero del lavoro viene destituito con provvedimento del 1996. Il Tar capitolino annulla il provvedimento nel 1997 e la sentenza è confermata dal Consiglio di Stato nel 1998. Nel 1999 il dipendente ricorre al tribunale in funzione di giudice del lavoro chiedendo i danni derivanti dall'illegittima destituzione. Con sentenza 2 ottobre 2001 il giudice civile declina la giurisdizione.

Il privato ricorre quindi il 31 ottobre 2001 al Tar del Lazio.

Il giudice amministrativo, nell'occasione, ha per la verità affermato che l'azione risarcitoria consequenziale all'annullamento non ricadesse nella previsione decadenziale contemplata dall'art. 69, d.lgs. n. 165/2001, benché l'annullamento fosse stato ottenuto prima del 15 settembre 2000. Tuttavia, poco convinto di questa linea, ha pure affermato che in ragione della sentenza n. 77/2007 appena intervenuta, la domanda sarebbe stata comunque introitabile poiché presentata al giudice ordinario carente di giurisdizione nel

²⁰⁶ E certamente le ragioni di scusabilità non mancavano se solo si pensa che la

1999 e dunque prima del termine di decadenza, e quindi pari pari riproposta al giudice amministrativo una volta ricevuta la declinatoria di quello ordinario²⁰⁷.

Ora, se si vogliono tirare le somme da questa indagine in merito all'effettiva portata applicativa dell'istituto che si va studiando sembrerebbe potersi avanzare una prima impressione.

Circoscrivendo il discorso alla sorte della situazione sostanziale, l'utilità del meccanismo della riassunzione di un giudizio iniziato avanti al giudice ordinario e da proseguire presso il giudice amministrativo è circoscritto ad una serie limitata di ipotesi.

pretesa creditoria era stata azionata con il procedimento monitorio nel 1997.

²⁰⁷ Ma istruttiva sul punto è pure l'ordinanza resa dal Consiglio di Stato, sez. V, n. 5901/2008, cit., sull'appello da Tar Campania, Napoli, sez. III, 23 aprile 2007, n. 4208 in giustizia-amministrativa.it. La vicenda è analoga a quella sentenziata dalla citata sentenza del Tar del Lazio, nel senso che anche in questo caso la parte adiva il giudice ordinario prima del 15 settembre 2000 per il ristoro dei danni cagionati da un provvedimento già annullato dal giudice amministrativo. Senonché il giudice ordinario declinava la giurisdizione con sentenza depositata il 5 ottobre 2000, e la parte ricorreva al tar con ricorso notificato il 26 febbraio 2002. Il giudice amministrativo di primo grado campano argomentava come quello romano, nel senso che la decadenza non avrebbe riguardato l'azione risarcitoria consequenziale all'annullamento, e che, comunque, il ricorrente si poteva pure giovare del nuovo principio stabilito dalla sent. 77/2007. Ma il giudice d'appello ha ritenuto da un lato di disattendere l'orientamento del Tar, nella parte in cui sottrae al termine di cui all'art. 69, d. lgs. n. 165/2001 l'azione risarcitoria consequenziale, e d'altro lato di evidenziare che il beneficio della *translatio iudicii*, o comunque l'effetto conservativo della domanda proposta al giudice ordinario, pur nel silenzio del legislatore (colmato poi solo nel 2009), era condizionato all'instaurazione del giudizio avanti al Tar entro un termine adeguato, nel caso individuato nella disciplina di cui all'art. 50 c.p.c. Poiché però la norma fa decorrere il termine dalla comunicazione della declinatoria, il Consiglio di Stato ha disposto un incombente istruttorio finalizzato ad accertare la data di comunicazione della sentenza del tribunale civile alla parte, nell'evidente intenzione di dichiarare il ricorrente decaduto qualora alla data di notifica del ricorso fosse già maturato il semestre dalla comunicazione della declinatoria. Problema che invece non si poneva nella fattispecie sentenziata dal Tar del Lazio posto che la parte incardinava il ricorso pochi giorni dopo la pronuncia in udienza della declinatoria del giudice del lavoro.

Tale meccanismo non ha alcuna portata “salvifica” della posizione sostanziale quando la parte che agisce in giudizio tutela un diritto soggettivo soggetto a prescrizione ed erra, in buona sostanza, sugli esatti confini della giurisdizione esclusiva attribuita al giudice amministrativo.

Viceversa l’assenza di questo meccanismo si è tradotta nella vera e propria perdita del diritto nei casi in cui questo è soggetto a termine di decadenza.

Nel mezzo si va a collocare un’ipotesi che non trova quasi alcun riscontro nella giurisprudenza, allorquando cioè l’attore si sia rivolto al giudice ordinario errando sulla situazione sostanziale vantata. Pensando cioè di essere titolare di un diritto quando invece detta posizione andava qualificata in termini di interesse legittimo. Qui, il concorso della tecnica della rimessione in termini per errore scusabile si è dimostrato quasi sempre necessario in ragione del fatto che l’attore ben raramente adisce il giudice ordinario nel breve termine di 60 giorni. E quando anche lo abbia fatto, il precedente a cui si è prima fatto riferimento dimostra che entra in gioco un ulteriore ostacolo, rappresentato dalla necessità di convertire il *petitum* della domanda.

2. La giurisprudenza civile.

Una veloce delibazione della giurisprudenza civile che ha preceduto la svolta del 2007 conferma la plausibilità di queste conclusioni.

Qui non interessa tanto stabilire se anche nella giurisprudenza della Cassazione si sia mostrata qualche crepa in ordine al dogma che vieta la *translatio* tra giurisdizioni.

Prima ancora, occorre trarre qualche evidenza da alcuni casi già palesati dalla dottrina come sintomatici della situazione preesistente al 2007.

Uno dei più rappresentativi è senza dubbio sentenziato da Cass., 23 marzo 2000, n. 3473²⁰⁸.

Un consigliere comunale impugnava, ma erroneamente avanti al Tar, la delibera che ne comminava la decadenza dalla carica per incompatibilità entro il termine di decadenza di trenta giorni prescritto dall'art. 82 del d.p.r. n. 570/1960.

La Cassazione ha inequivocabilmente deciso per l'irrelevanza del primo ricorso ad impedire la decadenza affermando che "l'adizione, ove pur tempestiva, di un giudice sfornito non già della competenza (intesa come porzione di giurisdizione spettante in concreto a ciascun giudice rispetto ad una determinata controversia) bensì della stessa potestà giurisdizionale (vista come capacità di attuazione del diritto sostanziale spettante ad un ordine giurisdizionale) non vale ad assicurare il rispetto del termine decadenziale per la proposizione dell'azione, poiché il primo procedimento, attivato innanzi ad autorità priva (in materia) della *potestas iudicandi*, non può in alcun modo confluire nel giudizio successivamente instaurato davanti ad un organo appartenente ad un diverso ordine giurisdizionale. Gli effetti conservativi del termine decadenziale sono, in altre parole, in funzione della

translatio iudicii, che consente di configurare la riassunzione davanti al giudice competente come prosecuzione del rapporto processuale precedentemente instaurato davanti al giudice incompetente, con ciò appunto valorizzando l’iniziale atto introduttivo cui il rapporto nella sua unitarietà, quindi, si ricollega. Ed è evidente che una tale ricongiunzione di segmenti processuali può avvenire solo in quanto l’organo erroneamente per primo adito, sia a sua volta titolare della *potestas iudicandi* ed interno al medesimo ordine giurisdizionale. Dal che appunto la non idoneità del ricorso (...) proposto dinanzi al Tar Basilicata ad impedire il consumarsi del termine di decadenza (...) per il promuovimento dell’azione davanti al tribunale civile”.

In verità la motivazione può essere agevolmente tacciata di una sorta di arbitraria “inversione” logica. Perché – utilizzando il linguaggio di questa sentenza - è invece la *translatio* ad essere funzionale (anche) all’impedimento della decadenza, ma l’impedimento della decadenza potrebbe in astratto ben prescindere dalla *translatio*. Vi è dunque in questo motivato una limpida espressione dell’approccio, sul quale in questa sede si è già detto, che fa dell’assenza di un meccanismo per far transitare la causa una prova decisiva per concludere che la domanda è allora invalida, e perciò inetta ad impedire la decadenza.

E certamente il precedente è sensibilmente influenzato dal consolidato orientamento della moderna giurisprudenza civile, parimenti già riferito, che sul terreno dell’impedimento della decadenza predica la conservazione di detto effetto solo se la

²⁰⁸ In *Rep. Foro it.*, 2000, *Elezioni* (voce) nn. 144, 145. Su questo precedente,

domanda culmina in una sentenza di merito, sicché ogni conclusione del rapporto processuale con pronuncia di rito non integrerebbe l'effetto impeditivo previsto dall'art. 2966 Cod. civ.

Ma ad ogni buon conto, è di intuitiva evidenza l'utilità salvifica che il meccanismo della *translatio* avrebbe arrecato alla posizione sostanziale azionata. Il consigliere ha irrimediabilmente perduto il diritto all'ufficio che avrebbe invece potuto non perdere se fosse stata possibile la prosecuzione del rapporto processuale tra giudice amministrativo ed ordinario.

Lo stesso deve dirsi per una serie di altre ipotesi giustiziate dalla Cassazione sul presupposto che non vi possa essere trasmigrazione.

E così per l'opposizione a cartella esattoriale per riscossione di sanzioni amministrative irrogate per violazione al codice della strada, erroneamente proposta dinanzi alla commissione tributaria in luogo del giudice civile²⁰⁹; o per il caso inverso di impugnativa tempestivamente proposta dinanzi al giudice tributario in luogo di quello civile²¹⁰. E così ancora per l'opposizione a sanzione amministrativa pecuniaria irrogata al titolare di autorizzazione all'esercizio di una cava per aver estratto più materiale di quanto autorizzato, impugnata avanti al tribunale in luogo del giudice

cfr. pure R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit., 9, nota 2.

²⁰⁹ Cass., 25 novembre 2003, n. 17934, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Procedimento civile* (voce), n. 358 ed in R. Oriani, *Ancora sulla translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale*, in *Corr. Giur.*, 2004, 1187 ss., p. 1190. La commissione tributaria aveva nell'occasione rimesso le parti avanti al giudice civile. Lo stesso giudice aveva giudicato nel merito, ma la Cassazione ha d'ufficio rilevato l'impossibilità di ricorrere alla *translatio* e dichiarato inammissibile l'opposizione.

²¹⁰ Cass., 7 novembre 2000, n. 1146, in *Rep. Foro it.*, 2000, *Tributi in genere* (voce), n. 1485. La Corte cassa senza rinvio la sentenza del giudice ordinario sprovvisto di giurisdizione.

amministrativo esclusivamente competente *ex art. 34 d.lgs. n. 80/1998*²¹¹.

Si tratta di una casistica accumulata dalla circostanza che gli elementi dell'azione (*causa petendi e petitum*) non mutano in ragione del giudice a cui viene proposta. Ed essa è comunque soggetta a termine decadenziale a prescindere dal giudice individuato come munito di giurisdizione. L'errore, in buona sostanza, cade solo su quest'ultimo elemento.

In verità sono tutte ipotesi in cui la posizione sostanziale vantata è facilmente ricostruibile nei termini del diritto soggetto a decadenza. Ma il caso dove si fa più vivido il nocciolo duro del problema che si sta cercando di lumeggiare appartiene proprio ad un'ipotesi in cui la giurisprudenza civile ebbe invece ad ammettere il ricorso alle regole della *translatio* tra giurisdizioni. Si trattò però di un'ipotesi di rapporto tra la giurisdizione nazionale e quella straniera, e precisamente tra giudici degli Stati firmatari della Convenzione di Bruxelles del 1924 sulla polizza di carico. Con la sentenza del 18 giugno 1987, n. 5357²¹², infatti, la Cassazione ebbe a decidere di un caso in cui una società francese aveva tradotto in giudizio entro l'anno decadenziale dalla consegna, avanti al Tribunale di Commercio di Marsiglia, sia la società francese assicuratrice di un carico sia la società italiana vettrice in ragione di alcuni ammanchi riscontrati nel porto algerino di destinazione. Senonché il Tribunale francese condannava l'assicuratrice ma si dichiarava incompetente

²¹¹ Cass., Sez. un., 19 aprile 2004, n. 7374, in *Corr. giur.*, 2004, 1186 con nota di R. Oriani, *Ancora sulla translatio iudicii*, cit. La Corte cassa senza rinvio la sentenza del Tribunale che accoglie l'opposizione.

²¹² In *Foro it.*, 1988, I, 1203 con nota di Donati.

a conoscere della domanda contro la vettrice italiana. La società assicuratrice convenne dunque quest'ultima avanti al Tribunale di Genova agendo in regresso per quanto era stata costretta a pagare. E mentre il Tribunale accolse l'eccezione di intervenuta decadenza, la Corte d'Appello ligure ritenne possibile far operare la *translatio* nell'area comunitaria integrata per effetto della convenzione di Bruxelles del 1968. Essendo la domanda proposta entro il semestre di cui all'art. 50 c.p.c. esaminò il merito. Sul ricorso per cassazione della società vettrice si pronunciò dunque il giudice di legittimità con la citata sentenza. In verità leggendo la motivazione della Cassazione si ha la decisa impressione, e in ciò sta l'aspetto più interessante, che la base del ragionamento sia stata individuata nella possibilità di affermare che la decadenza era impedita dalla domanda, ancorché proposta al giudice francese, privo di giurisdizione, perché la lettera della convenzione – *lex specialis* – era di formulazione ampia, in quanto prevede che il vettore e la nave siano liberati da responsabilità relativamente alle merci, a meno che non venga promossa *una azione* entro un anno dalla loro consegna o dalla data in cui avrebbero dovuto essere consegnate. Tuttavia una volta imbarcatasi in questa premessa la Corte ha dovuto affrontare il quesito in merito al termine per azionare un diritto la cui decadenza era già stata impedita da una domanda proposta al giudice francese, dacché “tale effetto impeditivo provocato dalla domanda rivolta a un giudice straniero, poi dichiarato privo di giurisdizione, non può perdurare illimitatamente nel tempo”. La norma interna che assoggetterebbe tali situazioni al termine prescrizione *ex art. 2967 c.c.*, fu però “liquidata” con

poche e oscure parole, affermando, cioè, che nella specie “si tratta di un termine unico di decadenza”. La cassazione ritenne perciò di poter individuare nel termine semestrale di cui all’art. 50 c.p.c. una sorta di limite temporale all’effetto impeditivo che si conserverebbe solo se la domanda è riproposta al giudice italiano entro quel termine. Impostazione assai arbitraria sul piano del diritto positivo, ma prepotentemente istruttiva per più di una ragione. In primo luogo perché il meccanismo processuale delineato non era del tutto equiparabile ad una autentica riassunzione, ma risiedeva nella instaurazione *ex novo* di un giudizio che dalla disciplina della riassunzione prendeva a prestito il termine. In secondo luogo il precedente dimostra una volta di più la tendenza dei giudici a fare della disciplina delineata dall’art. 50 c.p.c. l’unico strumento a disposizione per ottenere il risultato di salvare l’attore dalla decadenza. In verità non vi potrebbe essere prova più lampante di questa sentenza per dimostrare il disagio con cui l’interprete guarda alla regola codicistica che converte un breve termine decadenziale in termine prescrizione, evidentemente avvertita come irrazionale.

3. La dottrina favorevole alla trasmigrazione transgiurisdizionale.

Sotto l’impero del codice di procedura del 1940, il cammino della dottrina nella direzione dell’ammissibilità della *translatio* fra giudice ordinario e speciale copre un arco di tempo di circa quaranta anni.

Tuttavia, questo percorso può essere sintetizzato veramente in poche pagine. Non solo per il numero relativamente esiguo dei contributi sulla questione, ma soprattutto per la natura degli argomenti addotti, per lo più limitati ad una lettura critica di alcuni articoli del codice dedicati ai poteri della Corte di cassazione.

In effetti la prima “pionieristica” opinione incline ad ammettere la trasmigrazione del processo dal giudice ordinario a quello amministrativo (e viceversa) si fa risalire ad uno scritto di Andrioli del 1965 che per certi versi denota un’impostazione piuttosto originale del problema²¹³.

L’A. muove dalla considerazione che, a livello costituzionale, l’ordinamento ebbe a mostrare una chiara scelta di favore verso il Consiglio di Stato e gli organi della giustizia amministrativa, attribuendo a questi una sorta di tendenziale giurisdizione unica per la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della p.a.

Ma dagli artt. 103 e 113 Cost. si desumerebbe anche che “non solo gli interessi legittimi sono posti sullo stesso piano dei diritti soggettivi (anzi, se non vado errato, qualche gradino più su), ma i giudici, che sono chiamati a conoscerne, sono posti sullo stesso piano di dignità: nel campo processuale degli interessi legittimi si delinea la contrapposizione del giudice dalla competenza generale, che è il Consiglio di Stato, agli altri giudici speciali allo stesso modo in cui, nel campo processuale dei diritti, si oppongono al giudice dalla competenza generale i residui giudici speciali. Ciò significa, mi pare, che gli organi della giustizia amministrativa (Consiglio di Stato compreso) sono speciali costituzionalmente

perché non fan parte dell'ordine giudiziario e le garanzie, che li assistono, sono in diversa guisa articolate; non già processualmente perché la potestà giurisdizionale, di cui sono muniti, non è eccezionale rispetto a quella del giudice ordinario. Di qui, se mal non mi appongo, altra conseguenza di non lieve importanza: giudice ordinario e giudice amministrativo più non rappresentano due mondi incomunicabili, ma proprio perché il criterio, che li distingue, si riallaccia all'oggetto delle rispettive cognizioni, riesce applicabile il principio direttivo, in virtù del quale la competenza è non presupposto della domanda, ma condizione di legittimità dei provvedimenti del giudice (ordinario e amministrativo): per dirla in parole povere, l'art. 367, comma 2°, c.p.c., più non funziona nell'unico senso favorevole al giudice ordinario e nell'interno del regolamento preventivo, ma, ormai posto sullo stesso piano dell'art. 50 del codice di rito civile, consente la trasmissione della causa dal giudice dei diritti al giudice degli interessi e viceversa, e l'esperibilità del regolamento di giurisdizione nei giudizi avanti ai giudici speciali riceve una più sicura giustificazione, che consente di superare il dubbio negativamente sciolto dal Consiglio di Stato. Se l'interpretazione estensiva degli art. 41 e 367 nella luce del principio generale ricavato dall'art. 50, che qui si prospetta, riuscisse a prevalere, l'identificazione degli interessi nelle pretese del cittadino, sottoposte a decadenza, non preoccuperebbe l'uomo della strada, il quale non sarebbe costretto a prospettare come diritti

²¹³ V. Andrioli, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1622 ss., in part. 1643-1644.

soggettivi interessi legittimi, e i giudici, che sono uomini anch'essi, non sarebbero indotti a seguirlo sulla pericolosa strada”²¹⁴.

In effetti Andrioli imposta dunque la questione come se l'ostacolo alla trasmigrazione potesse essere rappresentato dal carattere speciale (nel senso di eccezionale) della giurisdizione amministrativa. La soluzione favorevole alla trasmigrabilità del processo tra giudice amministrativo ed ordinario (e viceversa) viene infatti accreditata affermando invece che il giudice amministrativo è il giudice *ordinario* dell'interesse legittimo²¹⁵.

Chiaro è pure il riferimento alla ricorrente idea che fa perno sull'impossibilità di cavare una differenza ontologica fra questioni di giurisdizione e competenza, quando la giurisdizione sia distribuita in virtù dell'oggetto della cognizione del giudice, val quanto dire in ragione della materia²¹⁶.

Occorre tuttavia notare che la prospettiva eletta dall'A. sembra comunque confinata a paventare una trasmigrazione attraverso la

²¹⁴ V. Andrioli, *Bilancio*, cit., 1644. E' appena il caso di rammentare che l'articolo 367, dedicato al regolamento di giurisdizione, prescrive al comma 2 che “se la Corte di cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, le parti devono riassumere il processo entro il termine perentorio di sei mesi dalla comunicazione della sentenza”. Peraltro nella formulazione anteriore alla l. 353/1990, di cui discorre l'A. la sospensione del giudizio di merito in virtù del primo comma dell'art. 367 era automatica ossia sottratta ad una delibazione della fondatezza dell'eccezione di difetto di giurisdizione.

²¹⁵ Verrebbe quasi da pensare che l'A. suggerisse di leggere il riferimento contenuto nel comma 2 dell'articolo 367 al giudice ordinario come riferibile anche al Consiglio di Stato perché esso è giudice ordinario dell'interesse legittimo.

²¹⁶ Non a caso Oriani, ovvero il più tenace propugnatore della *transaltio iudicii* tra giudice ordinario e speciale, giudicherà poi come decisamente attuale l'espressione giurisdizione-competenza formulata in passato in relazione ai rapporti tra a.g.o. e giudice amministrativo. Cfr. R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit., p. 10 con riferimenti alla precedente dottrina in nota 5.

mediazione necessaria della Corte regolatrice, ossia, come suol dirsi, una *translatio* esclusivamente verticale.

Per giunta bisogna pur ammettere che la conclusione di questo passo, ove si assegna alla *translatio* una funzione tranquillante di fronte al rischio che la pretesa del cittadino sia sottoposta a decadenza avrebbe meritato una analisi più approfondita²¹⁷.

Sia come sia, è comunque un dato di fatto che questa proposta interpretativa venne decisamente avversata; e comunque, dovette trascorrere almeno un decennio prima che altra dottrina ne riprendesse timidamente le fila²¹⁸.

Sotto il primo profilo è certo degno di nota rammentare che proprio Vaccarella, nella monografia più volte citata del 1975, si scagliò

²¹⁷ Lo dimostra soprattutto il riferimento alla circostanza che la parte – in assenza del meccanismo della *translatio* – sarebbe costretta a figurare dei diritti soggettivi dove invece vi sono degli interessi legittimi. In realtà, come si avrà modo di ribadire più avanti (ma come in parte l'esame già compiuto lascia ben intuire) il meccanismo della trasmigrazione fra diverse giurisdizioni non è affatto in grado di eliminare le negative ricadute collegate all'aver supposto di azionare un diritto – soggetto a prescrizione – quando invece si trattava di un interesse legittimo.

²¹⁸ Con questo non si intende certo sminuire la portata del plauso che la tesi di Andrioli ricevette in M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1970, 715 ss., in part. p. 762-763, ove in nota si specifica che l'utilizzazione del disposto dell'art. 367 c.p.c. per operare il più celere passaggio dal giudice dei diritti a quello degli interessi è opportunamente suggerita appunto da Andrioli. Tuttavia, nel caso, ci si trova di fronte ad un contributo di argomenti e qualità elevatissima – e per altro nel suo pieno significato colpevolmente trascurato dalla processualcivilistica – ove semmai è possibile comprendere quale sia la ragione storica e di politica del diritto che ha imposto oggi il meccanismo della trasmigrazione tra giudice ordinario e amministrativo. Con intuizione verrebbe da dire profetica, già 40 anni fa il Maestro comprese che il carattere della giustizia amministrativa nello stato post liberale non avrebbe che potuto andare nella direzione di un compromesso di avvicinamento alla struttura ed al carattere della giustizia generale. E sul piano pratico a questa esigenza avrebbe dovuto far riscontro, tra l'altro, una "attenuazione del rigore della distinzione di competenza fra giudici ordinari e giudici amministrativi (utilizzazione del disposto dell'art. 367, secondo comma, c.p.c. anche oltre il suo dettato letterale)".

decisamente proprio contro questa interpretazione, come dimostra il fatto che, nel ricostruire il significato positivo delle questioni di giurisdizione nel codice di procedura, egli affermi che il legislatore ha voluto “considerare non comunicanti ed indipendenti uno dall’altro i diversi ordini di giudici” e riconoscendo all’articolo 367 c.p.c. la portata di escludere sempre la traslazione della causa dal giudice adito a quello dichiarato munito di giurisdizione essendo tale traslazione ammessa solo quando il giudice superiore riconosca che la causa spettava al giudice adito²¹⁹.

Del resto, anche chi, come Oriani, anni dopo si farà paladino della soluzione abbozzata da Andrioli, nel 1977 non riusciva ad andare oltre la constatazione che per “la vischiosità della tradizione o l’obiettiva carenza legislativa, certo è che la giurisprudenza non applica quel salutare meccanismo indicato dall’art. 50 c.p.c. alle sentenze che dichiarano il difetto di giurisdizione dell’autorità giudiziaria”²²⁰, guardandosi bene però dal portare nuova linfa all’idea di Andrioli, sebbene il contesto dell’argomento trattato sarebbe stato assai propizio.

In verità, in quello stesso anno, è più incisiva l’idea profilata da Cipriani studiando il tema del regolamento di giurisdizione²²¹.

Osservando infatti che la legge istitutiva dei TAR all’articolo 30 aveva ammesso il regolamento di giurisdizione nei giudizi intrapresi avanti al giudice amministrativo l’A. si avvede della impossibilità di assegnare al secondo comma dell’articolo 367

²¹⁹ Cfr. ancora R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 128-129.

²²⁰ R. Oriani, *Processo*, cit., 240-241, con indicazione in nota 28 accanto alla dottrina che negava la *translatio* dal giudice ordinario a quello speciale della diversa tesi di Andrioli.

²²¹ F. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1977, in part. 163 ss.

c.p.c. quel significato limitativo sino ad allora possibile. In altre parole, quando il regolamento di giurisdizione era proponibile solo avanti al giudice ordinario, la previsione che accordava la riassumibilità del processo nel caso in cui la Cassazione ravvisasse che la causa spettava al giudice ordinario poteva anche spiegarsi così: instaurata la causa avanti all'a.g.o., se è proposto regolamento, la causa prosegue solo ove la Cassazione ravvisi che vi è la giurisdizione ordinaria; diversamente, nel caso di giurisdizione del giudice amministrativo, la sentenza della cassazione chiude il processo.

Ma di fronte alla proponibilità del regolamento avanti al giudice amministrativo, da un lato diveniva ovvio che la sentenza della Cassazione non avrebbe affatto potuto chiudere il processo nel caso in cui dirimesse per la giurisdizione proprio del giudice amministrativo presso il quale la causa era stata giustamente iniziata. D'altro lato, la lettera dell'articolo 367, comma 2, avrebbe concesso – almeno in questo caso – la continuazione del processo pure nell'ipotesi in cui la Cassazione ravvisasse la giurisdizione del giudice ordinario. Sicché “se il regolamento è chiesto davanti ad un tribunale amministrativo, la continuazione è assicurata sia quando viene riconosciuta la giurisdizione del giudice adito, sia quando viene affermata quella del giudice ordinario; se invece è chiesto davanti al giudice ordinario, la continuazione è garantita soltanto quando viene riconosciuta la giurisdizione dello stesso giudice ordinario. Il principio dell'incomunicabilità delle giurisdizioni,

dunque, è stato infranto, ma a senso unico: la *translatio* è ammessa solo dal giudice amministrativo a quello ordinario, non viceversa²²². Ed è proprio sfruttando questa incrinatura che Oriani nel 1989 espone la trama della sua tesi, destinata ad essere rinvigorita e sviluppata in diversi scritti più recenti per poi confluire pedissequamente – come si rileverà – nella svolta della giurisprudenza della Cassazione del 2007²²³.

In buona sostanza Oriani non solo condivide il risultato raggiunto da Cipriani sul terreno della interpretazione del comma 2 dell'art. 367, ma vi aggiunge un'ulteriore estensione.

Ad opinione dell'A. “non avrebbe davvero senso e sarebbe intrinsecamente contraddittorio escludere la trasmigrazione nel solo caso che la Corte di cassazione affermi la giurisdizione del giudice speciale decidendo su un regolamento proposto nel corso di un processo dinanzi al giudice ordinario: un fatto puramente casuale e fortuito, quale è la circostanza che il processo sia stato instaurato *ab origine* davanti ad un giudice ordinario o dinanzi ad un giudice speciale, non può essere la causa unica e determinante della

²²² F. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 166.

²²³ La tesi di R. Oriani si legge una prima volta in *La «perpetuatio iurisdictionis»* (art. 5 c.p.c.), in *Foro it.*, 1989, V, 35 ss., in part., p. 70 note 145 e 146; l'A., prima della sentenza delle Sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109, tornerà poi sull'argomento in ripetuti scritti che, sebbene qui già altrove citati, per comodità di consultazione conviene indicare ancora. Cfr. Id., *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro it.*, 2004, V, 9; Id., *Ancora sulla translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale*, in *Corr. Giur.*, 2004, 1187; Id., *Giudice ordinario, giudice speciale, “translatio iudicii”?*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1463. Fra i primi antecedenti dottrinali favorevoli ad estendere la *translatio* in ogni caso di regolamento di giurisdizione, e quindi anche dal giudice ordinario a quello amministrativo può però essere annoverato pure A. Caracciolo La Grotteria, *La riassunzione*, cit., 118 ss., che mostra di condividere la tesi di Andrioli e Nigro.

possibilità di farsi luogo alla trasmigrazione”²²⁴. Nell’ipotesi di regolamento, la trasmigrazione avrebbe dunque dovuto operare non solo “in senso unilaterale dal giudice speciale al giudice ordinario, ma anche in senso inverso”²²⁵.

Peraltro, l’A. indaga anche la portata dell’articolo 382, ultimo comma, c.p.c., ove si prevede che la Corte cassa senza rinvio “se riconosce che il giudice del quale si impugna il provvedimento e ogni altro giudice difettano di giurisdizione”.

Ponendosi quindi nell’ottica di una questione di giurisdizione che perviene alla Corte anche in via di ricorso ordinario, e rammentando che a tenore dell’art. 362, comma 1, si consente al ricorso per cassazione anche avverso alle sentenze del giudice speciale per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso, Oriani osserva che l’articolo 382, letteralmente, non dice affatto che la corte cassa senza rinvio “se riconosce che il giudice del quale si impugna il provvedimento difetta di giurisdizione”, ma ciò impone se non solo quel giudice, ma ogni altro giudice difetta di giurisdizione²²⁶. Sicché la cassazione senza rinvio è ammessa solo quando viene in rilievo l’assoluto difetto di giurisdizione nei confronti della p.a. oppure quello del giudice italiano nei confronti del convenuto straniero. Nei rapporti invece fra giudice ordinario e speciale, all’accertamento del difetto di giurisdizione del giudice adito ed alla conseguente statuizione sulla giurisdizione, si

²²⁴ R. Oriani, *La «perpetuatio iurisdictionis»*, cit., nota 146.

²²⁵ Così esplicitamente R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit., 15.

²²⁶ Cfr. R. Oriani, *La «perpetuatio iurisdictionis»*, cit., nota 146 e più diffusamente in *Sulla translatio iudicii*, cit., 14. A tenore dell’articolo 383, comma 3, c.p.c., la Corte “se riconosce che il giudice del quale si impugna il

dovrebbe sempre accompagnare il rinvio al giudice fornito di giurisdizione, dinanzi al quale la causa deve continuare²²⁷.

Infine, già nel contributo del 1989 si abbozza l'osservazione secondo la quale sembrerebbe "incoerente assegnare alla sentenza del giudice di merito di declinatoria della giurisdizione effetti minori di quelli che conseguono alla sentenza della Corte di cassazione: se dopo l'intervento della corte può farsi luogo alla riassunzione, parimenti risulta concepibile una continuazione del processo dopo la declinatoria di giurisdizione da parte del giudice di merito". E' probabilmente la prima, velata - ma non meno esplicita -, ammissione a favore della *translatio* fra giurisdizioni c.d. in orizzontale, ovvero senza la necessaria mediazione di una pronuncia della cassazione.

Su questo specifico aspetto, di decisiva rilevanza ai fini qui disputati, Oriani è tornato nei più recenti scritti rafforzando la sua convinzione. Egli rileva che "la sentenza del giudice di merito declinatoria della giurisdizione non ha, per quanto attiene lo sviluppo del processo, conseguenze minori o diverse da quelle attribuibili alla sentenza della Corte di cassazione (...). Non è prospettabile sul piano dello svolgimento e della dinamica procedimentale (a differenza del piano dell'efficacia del provvedimento) una differenza tra poteri del giudice di merito e poteri della Corte di cassazione. E' come se si dicesse che in presenza di un vizio di *legittimatio ad processum*, di integrità del

provvedimento e ogni altro giudice difettano di giurisdizione, cassa senza rinvio".

²²⁷ R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit., 14, ma sebbene meno esplicitamente già in *La «perpetuatio iurisdictionis»*, cit., nota 146.

contraddittorio, ecc., il giudice di merito debba chiudere il processo con una sentenza di *absolutio ab instantia*, laddove la Corte di cassazione è l'unico ufficio giudiziario, da adire in sede di impugnazione, abilitato a permettere la realizzazione di una fattispecie sussidiaria, che faccia pervenire il processo al suo esito normale, cioè ad una sentenza di merito". Come poi appresso nota l'A. denegando operatività alla *translatio* orizzontale si verificherebbe l'assurdo esito di costringere la parte che concorda con la declinatoria di giurisdizione del giudice di merito "a proporre prima appello e poi ricorso per cassazione non al fine di lamentarsi della pronuncia (che invece condivide), ma al solo fine di ottenere dopo alcuni anni il nullaosta della Suprema corte, unico organo giurisdizionale abilitato a permettere la *translatio*"²²⁸.

Una volta però avventuratosi sul terreno della trasmigrazione anche a seguito della declinatoria del giudice di merito Oriani è costretto ad affrontare la questione, teoricamente spinosa, che la tecnica della *translatio* pone sul terreno del principio kompetenz-kompetenz e come si è avuto modo di evidenziare centrale nel meccanismo ideato, sul terreno della competenza, dall'art. 50 c.p.c.

Nel primo contributo del 2004 edito nel *Foro Italiano*, l'A. in effetti delinea un'alternativa interpretativa.

O si ritiene che, "in mancanza di impugnazione della sentenza dichiarativa del difetto di giurisdizione, il giudice designato come fornito di giurisdizione, davanti al quale è riassunto il processo, è

²²⁸ R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit., 15-16; Id, *Ancora sulla translatio iudicii*, cit., 1192; Id., *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit., 1496. Aderisce alla tesi di Oriani anche sul punto dell'ammissibilità della *translatio* senza il medio di una pronuncia della Cassazione, F. Cipriani, *Riparto di giurisdizione e «translatio iudicii»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 729 in part. 738.

vincolato alla designazione e non può porsi il problema della sua giurisdizione” poiché “manca infatti il meccanismo del regolamento di giurisdizione di ufficio, che consente di superare il giudicato che si è formato sulla questione di giurisdizione”.

Oppure “si ritiene, invece, che riassunto, a seguito della declinatoria di giurisdizione, il processo davanti al giudice ritenuto fornito di giurisdizione, quest’ultimo non sia vincolato alla designazione e possa a sua volta declinare la giurisdizione” con conseguente conflitto reale negativo di giurisdizione denunciabile *ex art. 362 c.p.c.* avanti la Corte di cassazione²²⁹. Secondo l’A. peraltro, questa seconda opzione sarebbe stata allo stato preferibile. Nel contributo del medesimo anno apparso sul *Corriere giuridico*, come pure in quello del 2005 edito dalla medesima rivista, tuttavia, Oriani pare approdare ad una considerazione significamente diversa. Mentre cioè, l’idea di un vincolo per il giudice *ad quem* è preferibile ma solo *de iure condendo*²³⁰, la presenza dell’articolo 362 c.p.c. imporrebbe di aderire al secondo capo dell’alternativa. Spiega infatti l’A. che “la differenza tra la pronuncia del giudice di merito e quella della S.C. non è in funzione dell’ulteriore sviluppo del processo, posto che entrambe giustificano un atto di riassunzione dinanzi al giudice fornito di giurisdizione; essa riposa, invece, sull’efficacia della pronuncia. La sentenza della S.C. è

²²⁹ R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit. 16, ove l’A. precisa che stando al primo capo dell’alternativa i conflitti negativi reali di giurisdizione sparirebbero, sicché l’art. 362 c.p.c. risulterebbe privo di materia, conservando però un ambito di applicazione per i conflitti positivi di giurisdizione, in astratto configurabili sino a che non venga rimeditato il dogma che esclude il meccanismo *ex art. 39 c.p.c.*, dettato in tema di litispendenza, alle cause instaurate presso diverse giurisdizioni.

²³⁰ R. Oriani, *Ancora sulla translatio*, cit., 1192.

vincolante nei confronti di ogni giudice, ed anche se il processo si estingue, laddove la sentenza del giudice di merito non vincola il giudice *ad quem*; questi può declinare a sua volta la giurisdizione, ponendo in essere le condizioni perché ogni parte sia in grado di sollecitare alla Corte di Cassazione la soluzione del conflitto reale negativo di giurisdizione. La presenza dell'art. 362 c.p.c. impone questo risultato”²³¹.

Per penetrare appieno nella questione, e completare lo svolgimento della tesi di Oriani, pare tuttavia necessario aprire una sorta di parentesi nella linea di questa sua dottrina.

In effetti, l'idea che il sistema abilitasse ad una *translatio* verticale, ossia con la necessaria mediazione della Corte di cassazione, poggiata sull'interpretazione degli artt. 367 e 382 c.p.c., aveva incontrato significative adesioni nella moderna dottrina²³².

Maggiori resistenze sono invece state prospettate di fronte alla possibilità di ammettere la *translatio* c.d. orizzontale²³³.

In particolare è stato fatto osservare che l'articolo 362, comma 2, c.p.c. nel figurare l'ipotesi di conflitto negativo reale di giurisdizione muove dall'evidente ed implicito presupposto che il secondo giudice non può ritenersi vincolato alla pronuncia declinatoria di giurisdizione del primo, potendo anch'egli a sua volta declinare la giurisdizione²³⁴.

²³¹ R. Oriani, *Ancora sulla translatio*, cit., 1192; Id., *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit., 1469.

²³² Cfr. ad es., A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 253; G. Monteleone, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 684 e 687.

²³³ Ci si riferisce, in specie, a M. P. Gasperini, *Il sindacato*, cit., 301 ss.

²³⁴ Nel caso qui disputato, l'argomento assume pregnante significato specie se confrontato con la constatazione che invece non esiste norma di analogo tenore sul terreno della competenza. E solitamente questo si spiega proprio osservando

Pertanto, nell'ottica del sistema vigente prima del 2009, la sentenza sulla giurisdizione del giudice di merito avrebbe avuto ad oggetto solo l'accertamento della sussistenza o meno del potere decisorio del giudice adito, risolvendosi unicamente nell'affermazione o negazione del potere del singolo giudice di trattare e decidere la causa, non già anche nell'individuazione e designazione del giudice innanzi al quale la causa avrebbe dovuto essere in ipotesi proseguita, indicazione peraltro che il giudice che declina potrebbe anche omettere. Tutto ciò, peraltro, in coerenza con l'insegnamento che nega efficacia panprocessuale alle sentenze di rito pronunciate dal giudice del merito.

Si è perciò osservato che la *translatio* ed il connesso principio di conservazione degli effetti della domanda proposta, "implicando l'unitarietà della vicenda processuale considerata, trova giustificazione in un contesto nel quale sia prevista la comunicabilità degli effetti dell'attività compiuta nel procedimento innanzi al giudice dichiaratosi privo di giurisdizione al processo instaurato davanti al giudice indicato come giurisdizionalmente competente, il che a sua volta presuppone che il primo giudice abbia il potere di sindacare non solo la propria giurisdizione, ma anche quella altrui"²³⁵.

che, sul terreno della competenza, non solo esiste un rimedio per prevenire il conflitto reale positivo (le regole sulla litispendenza) ma il conflitto reale negativo è prevenuto proprio dal meccanismo della *translatio* come disciplinato dagli artt. 45-50 c.p.c. Di questa spiegazione è ben consapevole pure R. Oriani, *La «perpetuatio iurisdictionis»*, cit., 70 nota 146.

²³⁵ M. P. Gasperini, *Il sindacato*, cit., 323.

In buona sostanza, dove il legislatore dimostra che non vi è luogo a deflettere dal principio kompetenz-kompetenz non vi potrebbe nemmeno essere *translatio*²³⁶.

A questa obiezione replica appunto Oriani, che ben consente sulla diversa portata della sentenza quando proviene dalla Cassazione oppure dal giudice del merito, rilevando però che “la presenza di un meccanismo per risolvere i conflitti reali, positivi o negativi di giurisdizione, lungi dal significare un impedimento alla *translatio iudicii*, vuole mantenere in piedi la possibilità che ogni giudice sia giudice della propria giurisdizione. Il legislatore può predisporre meccanismi per trasformare i conflitti reali in conflitti negativi virtuali; ma la presenza dell’art. 362, comma 2 non è di per sé impedimento ad immaginare che la declinatoria di giurisdizione contenga anche l’indicazione del giudice fornito di giurisdizione”²³⁷.

Ora, non è certo questa la sede per esprimere opinioni in merito alla “attaccabilità” della tesi che reputa già ammissibile la trasmigrazione del processo tra giurisdizioni diverse anche a seguito di declinatoria del giudice di merito.

Piuttosto è più interessante denunciare l’evidente analogia del percorso compiuto su questo terreno dalla moderna dottrina di Oriani e della pionieristica teoria elaborata da Chiovenda negli anni ’30 sul terreno della competenza vigente il codice del 1865²³⁸.

²³⁶ E’ questa la conclusione di M. P. Gasperini, *Il sindacato*, cit., 324.

²³⁷ R. Oriani, *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit., 1469-1470.

²³⁸ Di operazione interpretativa analoga a quella fatta da Chiovenda con l’art. 544 del vecchio c.p.c., parla giustamente, F. Cipriani, *Riparto di giurisdizione*, cit., 739.

Chiovenda utilizzò il grimaldello dell'art. 544 per pervenire alla conclusione che dopo la declinatoria di competenza del giudice di primo grado il giudizio era ancora pendente e poteva essere riassunto presso quello competente. Per affermare questo si dimostrò cioè proclive a ricostruire in termini di annullamento e rinvio dalla Cassazione al giudice "statuito" come competente quel processo ove il giudice del merito avesse affermato una competenza che non aveva. Ma se vi era anche solo un caso in cui il legislatore ammetteva la continuazione, presso il giudice competente, di un processo iniziato presso un giudice incompetente, ne veniva travolta l'intera dogmatica che assegnava alla sentenza sulla competenza il ruolo di chiudere definitivamente il rapporto processuale.

Decenni dopo il metodo è simile, sol che trasferito sul terreno della giurisdizione.

Per il medio della cassazione con rinvio della corte regolatrice della giurisdizione, si dimostra l'illogicità di un sistema che sembra ammettere la continuazione del rapporto processuale solo attraverso il percorso in verticale.

E, oggi come ieri, l'ostacolo da taluni ravvisato come insormontabile del principio kompetenz-kompetenz viene molto semplicemente risolto nell'idea che una cosa sia la proseguibilità del rapporto processuale, altra l'assenza (o presenza) di vincolo per il giudice *ad quem*.

Ma il debito della moderna dottrina verso Chiovenda, o altri risalenti Autori, è ancor più consistente di quanto l'odierna processualcivilistica creda. Mentre infatti gli attuali discepoli ben

ricordano il saggio di Chiovenda sulla litispendenza, tutto disposto sul terreno della competenza tra giudici civili, non tengono altrettanto presente quanto lo stesso Maestro ebbe a scrivere solo due anni prima in merito ai poteri della cassazione eccitati per via di ricorso ordinario contro le sentenze del Consiglio di Stato²³⁹. Anche in detta ipotesi Chiovenda, ed ancora levando sull'art. 544 c.p.c., intravide la possibilità di “mandare” la causa dal giudice amministrativo a quello ordinario per il medio della pronuncia della cassazione perlomeno nel caso in cui il primo giudice si fosse a torto dichiarato competente (munito di giurisdizione). E Zanobini arrivò a prospettare una prosecuzione del giudizio in tutti i casi di intervento della cassazione, perché questo non può proseguire solo quando la controversia esuli dalla competenza di qualunque autorità giurisdizionale²⁴⁰. Può darsi che nell'interpretare le norme allora vigenti entrambi si sbagliassero. Come pure è opinabile la lettura delle odierne norme processuali propugnata da parte della dottrina attuale. Rimane il fatto che il passo compiuto oggi è molto più breve di quanto si pensi.

²³⁹ Il riferimento è ovviamente a G. Chiovenda, *La Corte di Cassazione*, cit. 339 ss., qui già ampiamente citato.

²⁴⁰ G. Zanobini, *Corso*, cit., 468.

4. Al di là degli argomenti strettamente positivi: il processo serve a dire chi ha ragione e chi ha torto (e il più celermente possibile?). Il problema della natura polifunzionale della *translatio*.

Forse anche perché consapevole della relativa opinabilità degli argomenti esegetici tratti dalle norme che regolano le statuizioni della Suprema Corte rese in tema di giurisdizione, la dottrina che con maggior vigore ha propugnato l'estendibilità della trasmigrazione del processo tra plessi giurisdizionali differenti ha cercato di rafforzare la sua tesi prospettando anche un argomento che si dispone su un piano decisamente differente²⁴¹.

Rammentando la lezione chiovendiana già autorevolmente sviluppata da Andrioli, si è infatti rammentato come sia insita nei principi del processo civile una tensione a concludersi con una decisione sul merito²⁴². In altre parole, il giusto processo “viene celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano – siano esse attori o convenuti -, ma per rendere pronuncia di merito riscrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo civile deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del

²⁴¹ Cfr. R. Oriani, *Ancora sulla translatio iudicii*, cit., 1192-1193; Id., *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit., 1465-1466.

²⁴² Sulla presenza di questo principio, V. Andrioli, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, 28.

possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi deve operare il giudice”²⁴³.

In termini complementari è stato altresì rilevato che, stando all’insegnamento di Chiovenda, molte disposizione del processo civile sarebbero preordinate a tutelare il litigante pure in quanto tale (e cioè a prescindere dal fatto che abbia ragione). Nell’alveo del principio per cui la necessità di servirsi del processo non deve andare a danno di colui che è costretto ad agire o resistere, vi sarebbero infatti, accanto a quelle che tutelano il litigante che ha ragione, disposizioni che si riferiscono al rapporto processuale e all’interesse del litigante in quanto tale. Il legislatore del processo rivelerebbe “una costante sollecitudine per il litigante in genere. Facilitare l’uso del processo, spianare il cammino verso la sua definizione, evitare al litigante, anche il più temerario, i danni non necessari della lite e gli ostacoli inutili; è la preoccupazione che ispira molte delle disposizioni e spiega molti dei principii comunemente riconosciuti, e con cui di solito si tutela insieme anche l’interesse dello Stato ha spendere nel miglior modo possibile l’opera dei propri organi”²⁴⁴.

Infine, nel senso favorevole alla *translatio*, si è pure rilevato che “una duplicazione di identiche attività dinanzi a giudici diversi, con il riconoscimento che solo una di esse è utile, laddove l’altra non serve a niente e sarà sicuramente eliminata, contraddice palesemente il principio generale della economia dei giudizi, che

²⁴³ Si tratta di un passo tratto da Corte cost., 16 ottobre 1986, n. 220, est. V. Andrioli, in *Foro it.*, 1986, I, 2669.

²⁴⁴ Così riporta R. Oriani, *Ancora sulla translatio iudicii*, cit., 1192, le parole espresse da G. Chiovenda, *Sulla “perpetuatio iurisdictionis”*, in *Saggi*, cit., Milano, 1993, I, 283-284.

pure «è alla base del processo e dovrebbe permearlo fino all'intimo delle midolla»²⁴⁵.

Ora, non è certo il caso di impegnare compiutamente la questione della portata di questi principi processuali e della loro conclusione in merito alla necessità di includere la *translatio iudicii* fra le applicazioni di questi. Converrà poi tacere ogni valutazione in ordine alla portata indubbiamente espansiva di questi macroprincipi processuali ben oltre il tema del difetto di competenza e di giurisdizione.

Tuttavia, una qualche considerazione utile va tentata.

In verità, lo scopo di proteggere il litigante che ha ragione dal pregiudizio nascente dalla necessità di servirsi del processo, e dal connesso possibile errore nell'individuazione del giudice può essere ottenuto con regole che non necessariamente conducono alla trasmigrazione del processo. Il pregiudizio per l'attore sul piano sostanziale, ossia la perdita del diritto, si ripara anche solo attraverso il riconoscimento degli effetti sostanziali della domanda (*id est* interruzione-sospensione della prescrizione)²⁴⁶.

E' però altrettanto vero che nel meccanismo della trasmigrazione è insita la conservazione degli effetti sostanziali (oltre che processuali) della domanda, semplicemente perché una seconda domanda non c'è, e tutto il processo, anche nella fase presso il giudice *ad quem* è retto dalla (unica) iniziale domanda.

²⁴⁵ R. Oriani, *Ancora sulla translatio iudicii*, cit., 1193, con citazione di V. Andrioli, *Sulla efficacia dei criteri di competenza sopravvenuti*, in *Foro it.*, 1942, I, 962.

²⁴⁶ Lo ricorda benissimo R. Oriani, *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit., 1466.

Il discorso relativo invece alla necessaria tensione del processo verso una decisione sul merito è assai più complesso, anche perché qui – come insegnava Chiovenda - converge l’interesse della parte a vedersi spianata la via verso una decisione sul merito (non necessariamente favorevole) con l’interesse dello Stato ad utilizzare l’opera dell’apparato giudiziario nel modo più proficuo possibile. In altre parole, un processo che si chiude in rito viene sentito come un fallimento non solo per l’aspirazione dell’attore, ma pure per l’interesse della giustizia.

Ora, non è detto che l’unica tecnica possibile per raggiungere questo obiettivo stia nella trasmigrazione del processo. In effetti, la riproposizione *ex novo* della domanda con salvezza degli effetti sostanziali della prima potrebbe anche aderire a questo scopo.

Tuttavia, se all’esigenza di arrivare prima o poi ad una decisione sul merito si abbina pure quella di arrivarci nel più breve tempo possibile, e con il minor dispendio di attività, in ragione del principio di economia processuale, sembra proprio doversi concludere che la tecnica della *translatio* sia quella più aderente.

Già sotto la vigenza del codice di procedura del 1865, anche chi osteggiava risolutamente il tentativo di introdurre per via interpretativa la *translatio iudicii*, preconizzava come assodato che nella futura evoluzione della tecnica processuale tale meccanismo si sarebbe imposto “perché è un postulato di economia dei giudizi che si sfrutti al massimo ciò che è successo (e sia pure in condizioni non del tutto normali) ai fini di ciò che deve ancora succedere”²⁴⁷.

²⁴⁷ F. Minestrina, *Il processo avanti a giudice incompetente*, cit. 228.

Ovviamente, come in precedenza si è segnalato, il successo di questa tecnica su questo versante è variabile, soprattutto in dipendenza della soluzione che si adotti in merito al valore dell'attività istruttoria compiuta presso il giudice incompetente (e nel futuro magari carente di giurisdizione). Ma ciò non infirma il dato che la *translatio* potrebbe ben aderire a questo ulteriore obiettivo.

Ne deriva allora evidente che la tecnica della *translatio iudicii*, mostra di assolvere a funzioni diverse, che danno luogo ad altrettanti punti di vista quando si tratti di valutarne il significato giuridico.

Accanto alla funzione di assorbire il problema della salvezza degli effetti sostanziali della domanda – benché proposta al giudice sbagliato – evitando alla parte di perdere irrimediabilmente la situazione soggettiva vantata, vi è quella che non solo consente al processo di arrivare alla definizione del merito (o per meglio dire, toglie di mezzo uno dei possibili ostacoli) ma pure di arrivarci prima e riducendo il dispendio di attività processuali.

5. Il problema del nesso fra diversità di giurisdizione e diversità tra situazioni giuridiche azionabili.

Probabilmente avvertendo come già eversivo lo sforzo di dimostrare possibile la trasmigrazione del processo tra plessi giurisdizionali differenti, la dottrina che ha preceduto la svolta giurisprudenziale del 2007 non ha approfondito il tema che si può a buon diritto considerare cruciale quando si ammetta il meccanismo

della prosecuzione del processo tra giudice ordinario ed amministrativo.

In un sistema ove la distinzione delle giurisdizioni si regge sulla stessa differenza della situazione soggettiva deducibile in giudizio, e che accompagna a questa differenza la distinzione tra le domande proponibili avanti ad un giudice piuttosto che all'altro, si pone inevitabile il quesito sul modo di atteggiarsi della *translatio*²⁴⁸.

In verità, perlomeno in una isolata e non recentissima occasione, la dottrina del processo civile si è calata nel problema fornendo alcune considerazioni che certamente meritano di essere rammentate²⁴⁹.

Si è infatti fatto osservare che assai spesso le norme processuali sulla giurisdizione limitano il potere cognitivo del giudice a determinati profili giuridici della pretesa. Così ad es. le norme che assoggettano (o assoggettavano, qui poco conta) il rapporto di lavoro subordinato pubblico al giudice amministrativo gli precludono di conoscere della stessa pretesa creditoria se riconducibile ad un rapporto di lavoro non subordinato o privato, ovvero all'arricchimento senza causa. Così ancora, quando imperava la distinzione tra carenza di potere e cattivo uso del potere

²⁴⁸ Il problema è solo accennato ad es. da R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit., 10, ove si afferma che solo quando il criterio di riparto della giurisdizione tra giudice civile e amministrativo sia quello ordinario "sull'ammissibilità della *translatio* sono prospettabili perplessità, peraltro superabili", aggiungendo a tal proposito che "anche se per effetto di una diversa qualificazione da parte del giudice cambia la *causa petendi*, la situazione non è affatto dissimile da quella che caratterizza la competenza per materia: onde, per un verso, davvero attuale è l'espressione giurisdizione-competenza, riferita ai rapporti giudice ordinario-giudice speciale (...) e, per altro verso, non ha senso ammettere la *translatio iudicii* nella declinatoria di competenza ed escluderla nella declinatoria di giurisdizione".

²⁴⁹ Il riferimento è a D. Buoncristiani, *Giurisdizione, competenza, rito e merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 151 ss.

ai fini del riparto giurisdizionale, al giudice amministrativo era precluso di conoscere del profilo giuridico imperniato sull'assenza di potere, ed al giudice ordinario quello sul suo cattivo esercizio, benché si potesse pure pensare che la pretesa sostanziale sia ricostruibile in termini unitari.

In tali casi, è stato acutamente sottolineato, molte delle risposte date dalla giurisprudenza e dalla dottrina ad una serie di problemi processuali di vastissima portata dipendono da una particolare impostazione del modo in cui le norme processuali interagiscono con quelle sostanziali.

In buona sostanza, la tesi tradizionale parte dall'idea che le norme sulla giurisdizione anche quando limitano il potere di cognizione di un giudice limiterebbero l'oggetto del processo.

Ecco perché, ad es., si esclude l'applicazione dell'articolo 39 dettato in tema di litispendenza, ai rapporti tra giudice ordinario ed amministrativo.

Diversi profili giuridici di una pretesa sostanziale che potrebbe essere guardata anche in modo unitario, potrebbero essere fatti valere contemporaneamente presso il giudice ordinario e quello amministrativo perché in realtà si muove dalla convinzione che l'oggetto del processo sia diverso, se, ad es., una pretesa economica si fonda sul titolo del rapporto subordinato di lavoro pubblico oppure sull'arricchimento senza causa. E proprio da questo spezzettamento dell'oggetto del processo in più oggetti trova giustificazione pure la convinzione che il giudice che si dichiara carente di giurisdizione relativamente ad un profilo rimesso non alla sua cognizione non possa mettere in moto il meccanismo della

riassunzione con prosecuzione del processo avanti ad altro giudice²⁵⁰.

Tuttavia, queste conclusioni sarebbero state ridiscutibili ove si fosse di contro abilitata l'idea che le norme sulla giurisdizione limitano non già l'oggetto del processo, ma il potere di sussunzione del giudice.

Ma a tal proposito è assai significativo che una linea di distinzione si sia tracciata tra le ipotesi di c.d. giurisdizione esclusiva e quelle che non vi ricadono, dovendosi tener in debito conto il fatto che “occorre distinguere l'ipotesi in cui la questione di giurisdizione-competenza si leghi ad un'identità di *petitum*, dall'ipotesi in cui si accompagni ad una diversità di *petitum*”²⁵¹.

Nel primo caso, infatti, e così ad esempio in tema di pretesa alla condanna della p.a. a pagare il compenso per le prestazioni rese, che potrebbe essere fondata sull'esistenza di un rapporto di lavoro ovvero su un arricchimento senza causa, una sola sarebbe la pretesa sostanziale, giacché le fattispecie normative sono in rapporto di esclusione (vi è arricchimento ingiustificato solo se l'attribuzione è senza causa). Sicché unico sarebbe l'oggetto del processo, solo essendo limitati i poteri di sussunzione del giudice. In dette ipotesi non solo bisognerebbe dire che la litispendenza, e la relativa eccezione, è ben possibile, ma pure che “il giudizio, in caso di accertamento che i fatti allegati non integrano il profilo giuridico demandato alla giurisdizione del giudice adito, deve poter

²⁵⁰ Cfr. D. Buoncristiani, *op. cit.*, 159 ss.

²⁵¹ D. Buoncristiani, *op. cit.*, 165.

proseguire davanti al giudice che ha giurisdizione-competenza sugli altri profili giuridici”²⁵².

Nei casi di giurisdizione esclusiva, pertanto, non vi sarebbe stata alcuna difficoltà ad ammettere la prosecuzione del giudizio²⁵³.

Ma fuori dalla giurisdizione esclusiva la questione presenterebbe degli aspetti tali da meritare una conclusione diversa.

Per la verità anche qui si avrebbe che le norme sulle quali il riparto di giurisdizione viene deciso stanno in rapporto di esclusione. Il cattivo esercizio del potere esclude che vi sia carenza di potere. L'esistenza di un potere discrezionale esclude che vi sia un'azione rigidamente vincolata. In sintesi “se c'è un interesse legittimo non ci può essere diritto soggettivo: l'una situazione giuridica esclude l'altra”²⁵⁴. Di tal che la questione di giurisdizione si pone negli stessi termini quando si presenta al giudice ordinario e quando si presenta al giudice amministrativo.

²⁵² D. Buoncristiani, *op. cit.*, 169, ove anche si ritiene che solo attraverso la *translatio* vi sarebbe effettiva operatività della regola che fa salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, poiché, ad es., sul terreno della interruzione della prescrizione la giurisprudenza, muovendo dal convincimento che solo la domanda con cui l'attore chiede il riconoscimento del diritto del quale si eccepisce la prescrizione ha effetto interruttivo, afferma che la domanda proposta per chiedere l'adempimento di un'obbligazione dovuta per legge, per convenzione o per atto dell'autorità non vale ad interrompere la prescrizione dell'azione di arricchimento senza causa. In verità questa osservazione può apparire vagamente contraddittoria, nel senso che questa giurisprudenza elegge a postulato, e quindi conferma, l'idea che la domanda di arricchimento senza causa sia diversa da quella di condanna della p.a. sulla base di altro titolo. Se invece si parte dal presupposto che l'oggetto della lite è identico nei due casi, ben si può approdare ad una conclusione diversa sul terreno dell'idoneità della domanda ad interrompere con effetto continuativo la prescrizione, conclusione a cui lo stesso A. inavvertitamente approda, sostenendo che la domanda di arricchimento è stata, anche se implicitamente, avanzata già con la prima domanda (v. *op. cit.*, 169). Ma che vi possa essere interruzione della prescrizione non significa che vi debba essere pure *translatio*.

²⁵³ D. Buoncristiani, *op. cit.*, 185.

²⁵⁴ D. Buoncristiani, *op. cit.*, 172.

Tuttavia, da un canto la differenza del *petitum* impedirebbe comunque l'evenienza di una situazione di litispendenza, e, d'altro canto, non consentirebbe di superare in via interpretativa la tradizionale esclusione del fenomeno della *translatio*.

Si è a tal proposito rilevato “che l'istituto della prosecuzione del giudizio presuppone un'identità dell'oggetto del contendere ed ha come scopo quello di offrire un rimedio all'errata individuazione del giudice competente per quella domanda”, sicché consentendo alla *translatio* tra giudice ordinario ed amministrativo in tali ipotesi si finirebbe per “autorizzare l'attore, con il passaggio da una all'altra giurisdizione, a proporre una nuova domanda, che però si gioverebbe degli effetti sostanziali (v. prescrizione, decadenza, frutti civili) della prima e diversa domanda”²⁵⁵.

E' però interessante notare che in questo contributo, pur chiarendo che la prospettiva dell'ammissibilità della *translatio*, in questa ipotesi, era auspicabile solo *de iure condendo*, si affermi anche che una soluzione nel senso della possibilità di rinvio con prosecuzione del giudizio e salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, è concepibile, ove si dia rilevanza al fatto che “la differenza di *petitum* non è altro che la differenza di effetti giuridici legati alla diversa qualificazione della realtà sostanziale; (...) nonché al fatto che ci troviamo di fronte a profili giuridici concorrenti di una stessa realtà fattuale” così da poter riconoscere che “c'è un'identità dell'oggetto del contendere”²⁵⁶.

In altre parole, se si vuole per forza far operare la prosecuzione del processo con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della

²⁵⁵ D. Buoncristiani, *op. cit.*, 174.

domanda, lo si potrebbe fare ma solo al prezzo di ritenere che ove i fatti storici dedotti in giudizio siano identici, la domanda non cambi e l'oggetto del processo rimanga lo stesso, quando anche il *vestimentum* giuridico dato alla stessa realtà sia diverso.

Ma in verità questa costruzione impinge inevitabilmente ad una conclusione ben più dirimpente: l'oggetto della domanda (e del processo) starebbe – o dovrebbe per forza di cose esser visto – semplicemente nella pretesa di non veder modificata o pregiudicata la propria situazione giuridica dall'azione amministrativa, ovvero nella pretesa di ottenere da questa una prestazione²⁵⁷.

Proprio a proposito del ruolo che svolge l'oggetto sostanziale del processo con riferimento all'istituto della *translatio iudicii*, è stato da altra dottrina infatti osservato che il limite non può essere visto solo nella diversità formale recata dalle domanda²⁵⁸. Che di per sé, se solo in ciò stesse il problema, lo si poteva agevolmente superare lavorando sulla regola che consente alla conservazione degli effetti della prima domanda, giuridicamente qualificata in un certo modo, nel passaggio alla seconda domanda, diversamente qualificata *in iure*²⁵⁹.

Nel campo dei rapporti tra giudice amministrativo e ordinario, ad impedire la conservazione degli effetti prodotti dalla domanda

²⁵⁶ D. Buoncristiani, *op. cit.*, 186.

²⁵⁷ Sarebbe questa la pretesa sostanziale del soggetto a prescindere che l'ordinamento la rivesta della forma del diritto soggettivo piuttosto che dell'interesse legittimo, secondo, D. Buoncristiani, *op. cit.*, 185.

²⁵⁸ M. P. Gasperini, *Il sindacato*, cit., 316 ss.

²⁵⁹ M. P. Gasperini, *Il sindacato*, cit., 317, ove si fa l'esempio della conservazione degli effetti di una domanda volta al conseguimento di prestazioni derivanti da rapporto di lavoro parasubordinato nel processo riassunto presso il giudice competente sulla base della qualificazione del rapporto come di lavoro autonomo.

proposta per prima, non sta un problema di mera qualificazione formale, poiché la distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo non riposa sulla possibilità di dare diverse qualificazioni giuridiche alla medesima pretesa sostanziale, ma è distinzione tra diverse pretese sostanziali. Sicché la *translatio iudicii* “conseguente alla declinatoria di giurisdizione è impedita non dalla necessità di mutare la veste formale della pretesa nella riproposizione della domanda innanzi al giudice munito di potestà decisoria (...), bensì dall’eterogeneità del contenuto giuridico delle situazioni soggettive su cui è fondato il riparto di giurisdizione, da cui consegue altresì l’inidoneità delle rispettive domande giudiziali alla produzione dei medesimi effetti processuali e sostanziali”²⁶⁰.

Volendo poi questa dottrina abilitare alla conclusione che la trasmigrazione era però possibile in verticale, ossia attraverso il medio della pronuncia della Corte di cassazione, non a caso si è stati costretti ad ammettere che alle Sezioni unite spetterebbe il potere di trasformare la domanda di tutela di un diritto soggettivo in domanda di tutela di un interesse legittimo²⁶¹.

Ora, nell’ambito di una ricerca che si ripromette esclusivamente di “impostare” il problema della *translatio* tra giurisdizioni con la maggior chiarezza possibile non è dato aspirare a concludere un tema così spinoso.

Tuttavia, pare lecito terminare questo capitolo avanzando una qualche considerazione che potrà rivelarsi utile anche solo a

²⁶⁰ M. P. Gasperini, *Il sindacato*, cit., 318.

²⁶¹ M. P. Gasperini, *Il sindacato*, cit., 321, che vi approdava facendo leva sullo speciale ruolo che la cassazione ha nell’ordinamento, ovvero di anello di congiunzione tra le giurisdizioni.

disvelare l'imponenza dei problemi suscitati dalla introduzione della disciplina della legge n. 69/2009 cui si dedicheranno le successive pagine.

In verità dovrebbe essere oramai chiaro che il problema della *translatio* si atteggia assai diversamente a seconda dell'ipotesi in cui ci si cali.

E dovrebbe essere altrettanto chiaro che l'ipotesi più problematica riguarda proprio l'ambito che ancora nel nostro sistema è riservato al criterio di riparto della giurisdizione eletto in via generale, basato cioè sulla distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo.

In un tale contesto sistematico non è affatto vero che a tacitare il dibattito stia una presunta disutilità del congegno della prosecuzione del medesimo processo. Basti pensare che di *translatio* si può ben discorrere anche nella direzione dal giudice amministrativo a quello ordinario, per capire che il tema dei differenti termini per agire non solo non elide il problema dal punto di vista teorico, ma nemmeno da quello pratico.

Tuttavia, conculcare in questo contesto il principio che è sempre lo stesso processo che continua illudendosi che tutto ciò possa avvenire – si passi il termine – “a costo zero” per l'intera trama dell'ordinamento sarebbe veramente ingenuo.

Questo principio processuale dall'apparenza così innocua e dalla ritenuta funzione salvifica, se generalizzato, porta infatti con sé un corollario di non poco conto.

L'oggetto del processo, e quindi della domanda, dovrebbe infatti essere individuato in un minimo comune denominatore presente nell'azione, sia che ci si rivolga al giudice ordinario che a quello

amministrativo. La rammentata dottrina preconizzava che l'oggetto del contendere potesse essere individuato nella pretesa a non subire pregiudizi dall'azione della p.a.

Ma se un collegamento tra processo e diritto sostanziale vi ha da essere, è allora chiaro che perde di senso e di significato ogni distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo. E con essa, verosimilmente, non solo la possibilità di delimitare il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo con un minimo di dignità teorica²⁶², ma la stessa ragion d'essere della presenza di giurisdizioni distinte.

6. I vari progetti di riforma.

Se la trasmigrazione del processo fra giudice ordinario e speciale, così come fra giudici speciali, ha generato contrasti nella dottrina e nella giurisprudenza, si può al contrario osservare che nei ricorrenti progetti di riforma della disciplina processuale che si sono succeduti in Italia – benché senza esito – questa necessità è stata fortemente avvertita. Sul piano, come si usa dire, *de iure condendo* vi è stata cioè una sostanziale concordia nel reputare come opportuna, quando non necessaria, l'introduzione di una disciplina che introducesse questo meccanismo anche sul piano della giurisdizione.

²⁶² Ed infatti non solo verrebbe meno la possibilità di fondarlo sul criterio della c.d. *causa petendi*, giacché un oggetto della lite tanto generico e compenetrato dalla realtà fattuale non lo consentirebbe, ma neppure sembrerebbe conferente tentare di recuperare una distinzione levando sul *petitum* immediato richiesto al giudice. Se infatti si dicesse che le domande sono diverse perché ad un giudice

Già negli anni '70 il disegno di legge n. 2246 presentato al senato dal ministro Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile includeva un articolo 50*bis* secondo il quale la traslazione del processo sarebbe stata possibile anche nel caso in cui fosse in discussione non la competenza, ma la giurisdizione²⁶³. Si prevedeva peraltro, che il giudice avanti al quale la causa andava riassunta fosse tenuto a richiedere il regolamento di giurisdizione d'ufficio che altrimenti la giurisdizione dichiarata dal primo giudice sarebbe divenuta incontestabile²⁶⁴.

Chiara sembrò la *ratio* ispiratrice della disposizione.

Sminuire “l'importanza delle questioni di giurisdizione e di competenza in ossequio al fondamentale principio che il processo serve a dare tutela ai cittadini e non ad esercitazioni fini a sé stesse”²⁶⁵.

Altrettanto chiara si intuì la rilevanza che l'invocata innovazione avrebbe comportato in chiave sistematica sul processo civile.

Si notò subito che tale innovazione “ha un prezzo, perché il principio secondo cui la cassazione è giudice della competenza e della giurisdizione finisce con l'essere alquanto ridimensionato”²⁶⁶.

Ma un aspetto di maggior interesse fu colto nel dibattito che durante un convegno del 1975 dedicato al suddetto disegno di legge vide a talune riserve formulate sul punto da Fabbrini opporsi la

si chiede l'annullamento e all'altro la disapplicazione, si smentirebbe la premessa che è lo stesso processo che continua da un giudice all'altro.

²⁶³ Sul contenuto e la genesi di questo disegno di legge, cfr., G. Verde, *Il disegno di legge n. 2246 presentato al senato dal ministro reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 633 ss.

²⁶⁴ G. Verde, *Il disegno di legge n. 2246*, cit., 642-643.

²⁶⁵ G. Verde, *Il disegno di legge n. 2246*, cit., 643.

replica, a difesa della scelta operata dal *conditor legis*, di Montesano e Tarzia²⁶⁷.

Rilevava infatti Fabbrini, che il disegno di legge avrebbe segnato il passaggio da un sistema in cui solo la Cassazione può stabilire il tipo di giurisdizione, ad un sistema in cui qualunque giudice può “non solo pronunciare sulla propria mancanza di giurisdizione, ma anche sull’esistenza di quella altrui”. Denunciando poi un difetto di previsione in merito al momento entro il quale il secondo giudice avrebbe dovuto sollevare il regolamento d’ufficio, reso a suo modo di vedere evidente considerando che la legge avrebbe operato anche nel processo avanti ai giudici speciali, Fabbrini ebbe ad insistere nel rilevare che un sistema ove si prevede la prosecuzione del processo tempestivamente riassunto fra giurisdizioni diverse avrebbe generato notevoli difficoltà interpretative. In queste ipotesi “i giudici sono chiamati ad operare su situazioni sostanziali diverse e la formula della prosecuzione del giudizio è assolutamente infelice” prospettando poi come dubbio “il caso in cui il processo, iniziato con il rispetto di tutti i termini di prescrizione avanti al giudice ordinario, prosegua poi di fronte a quello amministrativo, dove esista invece un problema di decadenza”²⁶⁸.

In un caso del genere “se avanti al giudice della riassunzione si applicano tutte le regole relative alla proposizione dell’azione davanti al giudice amministrativo, parlare (...) di prosecuzione non ha senso nella misura in cui le condizioni di esame generico

²⁶⁶ G. Verde, *Il disegno di legge n. 2246*, cit., 643.

²⁶⁷ Del dibattito riferiscono, G. Colonna-R. Quaranta, *Osservazioni e proposte relative al disegno di legge n. 2246*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 619 ss.

²⁶⁸ G. Colonna-R. Quaranta, *Osservazioni*, cit., 622.

rimangono le stesse nell'uno e nell'altro giudizio. Se, viceversa, si deve necessariamente attribuire al termine prosecuzione significato tecnico, si potrebbe sconvolgere totalmente il sistema della giurisdizione amministrativa”²⁶⁹.

In effetti, nell'intervento di Fabbrini vi è già la percepita consapevolezza di alcuni nodi fondamentali da sciogliere quando la tecnica della *translatio* sia trasferita nel dialogo fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa. Soprattutto, si intuisce che il problema riguarda il caso in cui il giudice declina la giurisdizione perché la situazione soggettiva dedotta è stata erroneamente reputata dalla parte che la aziona. Da questo punto di vista è certamente interessante l'obiezione che fa leva sulla circostanza che se le condizioni di ammissibilità della domanda, in specie sotto il profilo della tempestività, debbono essere rivagiate dal giudice amministrativo *ad quem* alla luce delle regole del “suo” processo, sarebbe tecnicamente improprio parlare di prosecuzione²⁷⁰. Così come è difficile non condividere la collaterale constatazione che, però, se così non dovesse essere ne risulterebbe sconvolto l'intero sistema della giustizia amministrativa.

E del resto non molto felice è la replica che al problema sollevato da Fabbrini formula Montesano.

Dopo aver opportunamente considerato che la riforma sarebbe stata coerente con il sistema costituzionale, “che tende a porre tutte le giurisdizioni in un sistema unitario con, al vertice, il controllo della

²⁶⁹ G. Colonna-R. Quaranta, *Osservazioni*, cit., 623.

²⁷⁰ Si potrebbe forse osservare che in questa obiezione riecheggia l'idea che un processo dove i presupposti processuali e le condizioni di ammissibilità della domanda possono/debbono essere riesaminati è in verità un processo che ricomincia da capo.

Corte di cassazione”, e giustamente puntualizzato che l’innovazione era necessitata a garanzia dell’effettività della tutela, Montesano ritiene “che chi ha agito davanti al giudice ordinario, e vede poi dichiarata la competenza di quello amministrativo, proprio a cagione delle difficoltà insite in queste questioni, non debba incorrere in quelle decadenze nelle quali, al contrario, incorrerebbe sulla base della normale applicazione, senza cioè la regola della prosecuzione. D’altra parte” sottolinea l’A. “è frequente nella prassi, in analoghe ipotesi, che i giudici amministrativi si adoperino per salvare il cittadino dalla decadenza”²⁷¹.

In un certo senso più criptica ancora risulta l’affermazione sul punto di Tarzia.

La riforma avrebbe determinato – e questo ben lo si capisce – un appiattimento della distinzione tra giurisdizione e competenza; anzi i rapporti tra giudici ordinari e speciali si sarebbero così tradotti in rapporti di competenza e non di giurisdizione. In base a questa considerazione “secondo il Tarzia, può essere trovata la soluzione dell’ipotesi prospettata dal Fabbrini: salvezza della decadenza se il processo è riassunto avanti il giudice amministrativo, ma anche salvezza della prescrizione nell’ipotesi inversa”²⁷².

Sebbene non abbia la veste formale di una proposta di legge, merita poi menzione la prospettiva di riforma della disciplina delle questioni di giurisdizione suggerita a metà degli anni ’80 da Proto Pisani e tradotta in un’ipotesi di articolato²⁷³. In disparte la proposta

²⁷¹ G. Colonna-R. Quaranta, *Osservazioni*, cit., 623.

²⁷² G. Colonna-R. Quaranta, *Osservazioni*, cit., 623.

²⁷³ A. Proto Pisani, *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e di competenza*, in *Foro it.*, 1984, V, 89 ss. Si tratta del testo di una relazione svolta in occasione di un incontro di studio sul tema “Problemi e

di trasformare il regolamento di giurisdizione da preventivo in strumento di impugnazione, l'A. rilevava che i tempi dovevano ritenersi maturi "per introdurre in via generalizzata il principio della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta davanti al giudice risultato privo di giurisdizione, cioè in sostanza il principio della continuazione (con le modifiche o gli adattamenti della domanda necessari) del processo dal giudice che declina la giurisdizione a quello indicato, con la contestuale previsione – ove la trasmigrazione avvenga a seguito della pronuncia di un giudice di merito – del regolamento di ufficio sollevabile su istanza del secondo giudice"²⁷⁴. E la proposta di norma suggerita sul punto, ovvero l'ipotizzato art. 43 del c.p.c., avrebbe dovuto recitare che "Con la sentenza o con l'ordinanza che dichiara il difetto di giurisdizione il giudice che la pronuncia indica il giudice dello Stato che ritiene munito di giurisdizione.

Se la sentenza di primo grado non è stata impugnata con regolamento, o se la sentenza d'appello non è stata impugnata con ricorso per cassazione, o se il difetto di giurisdizione è stato pronunciato con ordinanza non impugnabile, il giudice indicato, davanti al quale la causa è riassunta nei termini, se ritiene a sua volta di essere privo di giurisdizione, richiede d'ufficio con ordinanza motivata il regolamento di giurisdizione fissando alle parti costituite il termine perentorio di venti giorni dalla comunicazione dell'ordinanza per la presentazione di memorie difensive e di documenti.

prospettive del processo civile" organizzato dal CSM ad Orvieto nel febbraio del 1984.

²⁷⁴ A. Proto Pisani, *Problemi e prospettive*, cit., 103-104.

La mancata richiesta del regolamento rende incontestabile la giurisdizione del giudice indicato.

Se la riassunzione della causa davanti al giudice dello Stato dichiarato fornito di giurisdizione avviene, con le modifiche e gli adeguamenti della domanda necessari, nel termine perentorio di tre mesi dalla comunicazione della sentenza di regolamento o della sentenza o dell'ordinanza del giudice di merito, restano salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria ed il processo continua davanti al nuovo giudice. Se la riassunzione non avviene nel termine su indicato il processo si estingue”²⁷⁵.

In verità questa proposta è decisamente interessante. Proto Pisani pareva ritenere dunque utile una apposita menzione normativa della salvezza degli effetti della domanda se vi era riassunzione tempestiva²⁷⁶; ed è veramente notevole che l'A. prospettasse pure la necessità di precisare nella disposizione che la parte poteva giovare dell'effetto della riassunzione pur con modifiche e adattamenti della domanda necessari.

Fallito il tentativo di riforma del progetto Reale, l'esigenza di novellare il codice di procedura sul terreno della *translatio* transgiurisdizionale torna, ad es., nel testo del disegno di legge delega per la riforma organica del codice predisposto vent'anni

²⁷⁵ A. Proto Pisani, *Problemi e prospettive*, cit., 109. Il riferimento alla declinatoria di giurisdizione con ordinanza si spiega considerando che in questa proposta si prevedeva la possibilità nel corso del giudizio di merito di declinare con ordinanza se l'attore ne faceva richiesta dopo che il convenuto aveva indicato quale giudice ritenesse munito di giurisdizione (cfr. art. 37, op. cit., p. 107).

²⁷⁶ Ed in effetti alla precisa indicazione in tal senso dell'articolo proposto fa riscontro l'osservazione dell'A., già citata, che il principio da introdurre è quello della salvezza degli effetti della domanda proposta a giudice carente di giurisdizione.

dopo, a metà degli anni '90, dalla commissione presieduta da Tarzia²⁷⁷.

A tenore dell'articolo 2 la legge avrebbe dovuto attuare la direttiva di revisione della disciplina della giurisdizione secondo i principi della “previsione della riassunzione e continuazione del processo davanti al giudice indicato in caso di declinatoria del giudice adito per difetto di giurisdizione”, della “proponibilità del regolamento di giurisdizione anche come mezzo di impugnazione contro le sentenze sulla sola questione di giurisdizione” e, infine, del “vincolo del giudice indicato in caso di mancata impugnazione della declinatoria di giurisdizione”.

Nella relazione, una volta chiarito che il regolamento di giurisdizione sarebbe stato non solo preventivo, ma anche mezzo di impugnazione, si afferma che “riprendendo poi una non recente proposta per eliminare i gravi effetti, che la pronuncia definitiva di difetto di giurisdizione ha oggi sulla situazione sostanziale tutelanda – come la decadenza, o secondo i casi, la prescrizione – oltre che sul processo, con la vanificazione dell'attività svolta, si prevede che, a seguito della declinatoria del giudice adito per difetto di giurisdizione, il processo possa essere riassunto davanti al giudice indicato come munito di giurisdizione e continui in tal caso dinanzi a lui. L'efficacia vincolante per il giudice indicato, che gli impedisce di risollevere la questione, deriverà dalla mancata impugnazione della sentenza declinatoria o dal regolamento pronunciato dalla Corte di cassazione”²⁷⁸.

²⁷⁷ Il testo si legge in *Riv. dir. proc.*, 1996, 948 ss.; la *Relazione*, *ivi*, 971 ss.

²⁷⁸ Cfr. *Relazione*, *cit.*, 973-974.

La soluzione ideata era particolarmente forte. Vi sarebbe stata in sostanza una totale abiura del principio kompetenz-kompetenz, poiché il giudice presso cui il processo sarebbe stato riassunto non avrebbe potuto sollevare regolamento d'ufficio²⁷⁹.

Che poi l'ottica in cui si calava questo progetto di riforma fosse nettamente nel senso della continuazione dello stesso processo è confermato dalla puntualizzazione, dello stesso Tarzia, che la mancanza di *translatio* non solo sortisce effetti negativi irrimediabili sulla posizione soggettiva azionata avanti al giudice privo di giurisdizione, ma si risolve pure nella vanificazione dell'attività processuale svolta²⁸⁰.

Sotto questo profilo non può sfuggire la differenza di impostazione che reca invece sul tema il più recente disegno di legge n. 4578 presentato il 19 dicembre 2003 alla camera dei deputati e redatto dalla commissione ministeriale di studio per la riforma del processo civile presieduta da Vaccarella²⁸¹. Testo, in verità, assai significativo in ragione della sua paternità che contribuisce a spiegare le più recenti evoluzioni della giurisprudenza costituzionale e della legge sulle quali ci si intratterà più avanti.

In materia di giurisdizione l'articolo 2 prevede la necessità di "rivedere la disciplina della giurisdizione nei rapporti tra l'autorità

²⁷⁹ E ciò, peraltro, in coerenza con le modifiche alla disciplina sulla competenza, perché in questo progetto non solo si prevedeva di sopprimere il regolamento facoltativo introducendo come unico rimedio il regolamento necessario ad istanza di parte, ma anche di sopprimere il regolamento d'ufficio nelle ipotesi in cui l'art. 45 c.p.c. lo ammette. Cfr., *Relazione*, cit. 977.

²⁸⁰ Questo aspetto è evidenziato non solo nella citata relazione, ma pure in G. Tarzia (a cura di), *Il progetto di riforma organica del processo civile - Le disposizioni generali*, Atti del convegno nazionale organizzato dalla camera civile, Milano, 18-19 aprile 1997, Milano 1998, 20.

giudiziaria ordinaria e la giurisdizione amministrativa, contabile e i giudici speciali, prevedendo la traslazione del giudizio se, nel termine perentorio fissato dalla legge, la domanda è riproposta al giudice munito di giurisdizione, ferme restando comunque le decadenze verificatesi anteriormente alla proposizione della domanda innanzi al primo giudice ed attribuendo a quest'ultima effetto interruttivo di esse". Precisa poi la relazione che "altrettanto importante è l'introduzione, anche nei rapporti tra le varie giurisdizioni, del meccanismo della *translatio iudicii*, attualmente previsto per le sole questioni di competenza. In virtù di tale meccanismo, la proposizione della domanda, ancorché effettuata al giudice carente di giurisdizione, produce gli effetti tipici della litispendenza; a titolo esemplificativo: interruzione e sospensione della prescrizione; impedimento della decadenza; applicazione delle norme previste in materia di successione nel diritto controverso, che si conservano ove la domanda, dopo la definitiva declaratoria di carenza di giurisdizione del giudice adito, sia riproposta entro sei mesi al giudice fornito di giurisdizione".

Come è stato giustamente notato, quello prospettato dal disegno di legge uscito dalla commissione Vaccarella nel 2003 differisce dal modello della *translatio iudicii* cui l'interprete è aduso *ex* articolo 50 c.p.c.²⁸².

La riproposizione della domanda di cui si parla non è del tutto assimilabile all'atto di mero impulso processuale.

²⁸¹ Il testo dell'articolato e della relazione si legge in R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit., 12 nota 17.

²⁸² R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit. 12 nota 17.

O meglio, la tecnica della riproposizione della domanda con salvezza della situazione soggettiva fatta valere è diversa da quella della *translatio iudicii*²⁸³.

Del resto, un qualche significato ha pure l'espressa previsione che la domanda a giudice carente di giurisdizione avrebbe dovuto avere effetto interruttivo della decadenza.

7. La svolta giurisprudenziale del 2007.

Nell'indagare sul contenuto delle sentenze delle Sezioni unite, 22 febbraio 2007, n. 4109 e della Corte costituzionale, 12 marzo 2007, n. 77 in verità vi è meno da dire di quanto l'indubbio significato di svolta rappresentato da questa giurisprudenza farebbe supporre²⁸⁴.

Un aspetto fra i più interessanti sta peraltro nelle fattispecie che sono alla base della presa di posizione, rispettivamente, della Cassazione e della Corte costituzionale.

Principiando dalla prima delle due sentenze, si deve solo notare come la controversia fosse sorta tra una società ed un comune in relazione ad una pretesa patrimoniale dalla stessa società vantata a titolo di concessionaria di impianti sportivi. Ritenuto da parte del Tar adito in primo grado che vi fosse giurisdizione del giudice

²⁸³ Cfr. R. Oriani, *Ancora sulla translatio iudicii*, cit., 1191, nota 17.

²⁸⁴ Le due pronunce hanno dato origine ad un profluvio di commenti dottrinali. Fra i più interessanti ed appropriati, cfr., R. Oriani, *E' possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, 1013 e preceduto da una nota redazionale dello stesso Oriani, c. 1009; G. Sigismondi, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 813; C. E. Gallo, *La translatio iudicii nei rapporti tra giurisdizioni*, *ivi*, 910; C. Consolo-M. De Cristofaro, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii*

amministrativo, sulla questione di giurisdizione il comune non aveva sollevato alcuna doglianza in sede di impugnazione. Aderendo ad un indirizzo dello stesso Consiglio di Stato ben noto, il giudice dell'appello aveva invece affrontato d'ufficio il profilo e dichiarato che non vi era giurisdizione amministrativa. La società impugnava quindi con ricorso per cassazione la sentenza del Consiglio di Stato lamentando che quest'ultimo non avrebbe potuto rendere pronuncia declinatoria, posto che sulla questione si era formato il giudicato interno.

La corte di cassazione, confermando un indirizzo non meno noto, stabiliva che dovendo la regola della rilevabilità officiosa coordinarsi con il sistema delle impugnazioni, al Consiglio di Stato era preclusa ogni indagine sulla giurisdizione per effetto del giudicato. E ravvisando nella sentenza impugnata un discutibile caso di violazione dei limiti esterni della *potestas decidendi* denunciabile con ricorso per cassazione l'ha cassata con esplicito rinvio per nuovo esame al Consiglio di Stato.

Specificava quindi la corte che “la pronuncia di cassazione con rinvio al giudice amministrativo costituisce statuizione con la quale queste Sezioni Unite ritengono di dover modificare il precedente risalente orientamento, secondo cui la decisione del giudice ordinario o del giudice speciale, con la quale viene dichiarato il difetto di giurisdizione, non consente che il processo possa continuare dinanzi al giudice fornito di giurisdizione”. E da qui la motivazione si diparte verso una lunga dissertazione in tema di *translatio iudicii*.

e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi, in *Corr. Giur.*, 2007,

Agli interpreti non poteva però sfuggire che nel caso non era questione di *translatio iudicii*, perché la causa non era destinata a passare da un plesso giurisdizionale all'altro, ma semplicemente ad essere restituita allo stesso plesso avanti al quale era iniziata²⁸⁵. Sicché, la dottrina meno incline a tacciare una pronuncia sicuramente storica di scarsa consapevolezza ha parlato di un

745;

²⁸⁵ Come giustamente osserva, R. Vaccarella, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *federalismi.it*.n. 23/2008, poi pubblicato in *Giur. It.*, 2009, 412 ss., in part. 415. In un caso del genere si pone quindi solo il problema se vi possa essere riassunzione oppure no. Ma anche quando si ammetta – come è giusto – che la riassunzione opera, non si tratta di *translatio iudicii*. In verità, sul punto, la cassazione è stata tradita da una certa ambiguità che può trasparire da una lettura superficiale della dottrina che l'ha ispirata. Si è infatti già ricordato che fra gli argomenti dispiegati da R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit., 14-15, per legittimare una lettura delle norme positive favorevole alla trasmigrazione transgiurisdizionale, stava pure la necessità di forzare la lettera dell'art. 367, comma 2, dettato in tema di regolamento di giurisdizione. Poiché la norma dice che se la cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario le parti possono riassumere, l'A., una volta introdotto il regolamento anche presso il giudice amministrativo *ex l.Tar*, vede nella lettera della norma la piana possibilità di una trasmigrazione da quest'ultimo al giudice ordinario. Lo stesso Oriani rileva anche che l'art. 367, comma 2, deve per forza applicarsi quando, promosso regolamento nel corso di un giudizio instaurato avanti al giudice amministrativo, la cassazione dichiara che la giurisdizione gli appartiene, anche solo perché, altrimenti, si fornirebbe al resistente la possibilità di promuovere dolosamente il regolamento al solo fine di costringere il ricorrente a ricominciare con nuova domanda il giudizio presso lo stesso giudice che aveva giustamente adito. Ma questo argomento serve all'A. al chiaro fine di concludere che una forzatura della lettera dell'art. 367, comma 2, è di principio ammissibile, per concludere quindi che tale opzione interpretativa andrebbe estesa pure al caso di giudizio che parte presso il giudice ordinario per trasmigrare, dopo il regolamento, a quello amministrativo. Oriani è però ben lontano dal dire che quando il processo prosegue, dopo il regolamento, presso il giudice amministrativo avanti al quale era iniziato vi sia un caso di *translatio*. Del resto, per concludere che questa non sia un'ipotesi di *translatio iudicii*, basterebbe osservare che anche la dottrina più fermamente contraria ad interpretare il sistema nell'ottica della possibilità di traslazione della causa da una giurisdizione all'altra, ben ammetteva che l'art. 367, comma 2, si applica quando la cassazione riconosce che la giurisdizione spettava al giudice adito. Cfr. R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 129.

magistero che assume i tratti del prospective overruling, ossia del preannuncio di un mutamento giurisprudenziale incombente²⁸⁶.

Ciò posto, l'ampia parabola compiuta dalla cassazione sul tema della *transatio* fra giurisdizioni non necessita in questa sede di una approfondita esposizione, giacché il vero autore di questa sentenza altri non è che la dottrina di Oriani.

Infatti, l'estensore si è limitato a riesporre gli argomenti che costui aveva spiegato in occasione di un precedente convegno tenuto ai magistrati della suprema corte al fine di propalare la necessità di un ripensamento della giurisprudenza sul punto, poi qui integralmente accolto²⁸⁷.

E così si ritrova, nella motivazione, l'accurato ricordo dell'insegnamento degli Autori classici (leggasi Chiovenda e Andrioli) secondo il quale il processo è in funzione della decisione sul merito.

Parimenti, la rilettura delle norme positive è dapprima incentrata sulla lettera dell'art. 382, comma 3, c.p.c. che dovrebbe ora accreditare la conclusione che la cassazione senza rinvio è possibile solo quando non vi sia alcun giudice (ordinario o speciale) fornito di giurisdizione, mentre quando una giurisdizione vi è, ancorché non sia stata eletta dall'attore, si imporrebbe il rinvio con la

²⁸⁶ C. Consolo-M. De Cristofaro, *Evoluzioni processuali*, cit., 747, ove a questa considerazione si premette, appunto, che nella sentenza n. 4109/2007 la questione della *translatio* trans-giurisdizionale eccede di gran lunga i termini del dibattito, che si limita alla questione del ritorno della causa allo stesso giudice amministrativo presso cui era iniziata, dovendosi, ovviamente, ritenere che l'intervento della suprema corte in detta materia è quella di un organo sovraordinato rispetto ai plessi giurisdizionali, non quello di un giudice civile..

²⁸⁷ Si tratta della relazione tenuta da Oriani nell'incontro di studio organizzato dalla Corte di cassazione e dal C.S.M. svoltosi il 7 luglio 2005 presso la stessa

conseguente possibilità di riassumere. Quindi, si afferma come necessaria una lettura pure dell'art. 367, comma 2, che, in sede invece di intervento della corte eccitata con il regolamento, si adegui finalmente al dato letterale là dove ammetterebbe la trasmigrazione al giudice ordinario della causa proposta a quello amministrativo, e necessariamente lo superi – a pena altrimenti di intrudere un'inammissibile anomalia – nell'ipotesi inversa.

Il recepimento delle idee di Oriani è poi incrementato dalla espressa presa di posizione dell'estensore, favorevole ad ammettere la trasmigrazione anche senza il medio della pronuncia del giudice di legittimità. La *translatio* sarebbe possibile anche nel caso di sentenza declinatoria del giudice di merito (ordinario o speciale non fa differenza) che pure si accredita come non vincolante per il giudice *ad quem*. All'ipotesi di conflitto reale negativo sopperirebbe la possibilità di denunciarlo *ex art. 362* riparandosi così al pericolo di una situazione processuale di stallo. Infine, l'omaggio a questa dottrina è completato dalla precisazione che al novello istituto della *translatio* introdotto per via interpretativa, non sarebbe di ostacolo l'art. 34 della l. Tar. Anche in questo caso il previsto annullamento senza rinvio quando il Consiglio di Stato riconosca il difetto di giurisdizione del Tar, andrebbe letto nel senso che non vi sarà rinvio alcuno solo se nessun giudice ha giurisdizione²⁸⁸.

cassazione e recepita nello scritto più volte qui citato, *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit.

²⁸⁸ Tale conclusione era stata prospettata seppur con linguaggio cauto, ancora da R. Oriani, *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit., 1470.

Se sulle motivazioni di questa sentenza non è utile aggiungere altro, avendone già diffusamente ripercorso gli antecedenti dottrinari, un punto merita però attenzione.

Ci si deve in effetti chiedere a quale modello stesse pensando la cassazione nel licenziare un pronuncia che, se non fosse intervenuta la coeva sentenza della Corte costituzionale, avrebbe certo da sola segnato le sorti della disciplina di un fenomeno nuovo nel c.d. diritto vivente.

In realtà, sul punto, la motivazione dice nulla o pochissimo, anche perché la questione non solo sconta la carenza di approfondimenti della dottrina, ma sarebbe apparso decisamente fuor d'opera ogni accenno problematico nel contesto di una pronuncia già di per sé ultronea al caso di specie.

Eppure vi è qualche indizio.

In primo luogo tutta la spinta verso l'introduzione di un nuovo principio di diritto è impostata verso un confronto con il modello della *translatio iudicii* contemplato dal c.p.c. sul terreno della competenza²⁸⁹. Tanto ciò vero che nel ripercorrere il consolidato indirizzo da superare si dice che esso sarebbe “ostativo alla *translatio* ed alla conservazione degli effetti degli atti compiuti innanzi al giudice sfornito di giurisdizione”.

Quando poi si legga il principio di diritto enunciato dalla corte si noterà che affermando che anche nei rapporti tra giudice ordinario e

²⁸⁹ Il giudice, premette infatti al *dictum* più propriamente costruttivo della pronuncia la considerazione che “seppure in tema di giurisdizione non è espressamente stabilita una disciplina improntata a quella prevista per la competenza (articoli 44, 45 e 50 del codice di rito civile), ammissiva della riassunzione della causa dal giudice incompetente a quello competente, neppure

speciale la *translatio* deve poter operare, il giudice osserva che “in tal modo si consente al processo, iniziato erroneamente davanti ad un giudice che non ha la giurisdizione indicata, di poter continuare – così come è iniziato – davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione, onde dar luogo ad una pronuncia di merito che conclude la controversia processuale, comunque iniziata, realizzando in modo più sollecito ed efficiente quel servizio di giustizia, costituzionalmente rilevante”.

E del resto, prima ancora, lo stesso relatore, nel ripercorrere le ragioni del dissenso manifestato dagli studiosi al precedente tralaticio orientamento, dimostra una certa sensibilità alle ragioni del proposto abbandono “perché esso non realizza esigenze meritevoli di tutela e produce un indubbio spreco di attività processuali”.

Insomma, il principio enunciato da questa sentenza avrebbe posto l'interprete nelle condizioni di ritenere che il neonato istituto processuale andava modellato sulla falsariga della *translatio iudicii* conosciuta nel processo civile sul terreno dei rapporti di competenza.

Ma la linearità di questo percorso è stata in un certo qual modo interrotta dalla presa di posizione della Corte costituzionale.

Anche qui la fattispecie è significativa.

La società Totò Pizzeria s.r.l. aveva ottenuto dal Comune di Genova un permesso di occupazione del suolo pubblico antistante all'esercizio commerciale. Lamentava però che, successivamente,

sussiste la previsione di un espresso divieto di *translatio iudicii* nei rapporti tra giudice ordinaria e giudice speciale”.

la p.a. avesse collocato sull'area una serie di cassonetti destinati alla raccolta e allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani.

Agiva quindi davanti al giudice civile sia in via possessoria che *ex art. 700 c.p.c.* per la reintegra nel godimento del bene e per l'adozione di misura atte a scongiurare un paventato danno alla salute, con domanda pure dei danni.

Il giudice ordinario declinava la giurisdizione ritenendo che la questione fosse attratta all'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistica-edilizia.

La società ricorreva quindi al Tar, che però, prendeva atto dell'intervenuta restrizione dell'ambito della giurisdizione esclusiva per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, la quale avrebbe fatto venir meno, nell'ipotesi, la giurisdizione del giudice amministrativo.

Anziché limitarsi ad una seconda declinatoria di giurisdizione, il Tar sollevava questione di legittimità costituzionale relativamente all'art. 30 della l. n. 1034/1971 nella parte in cui non consente al giudice amministrativo che declini la giurisdizione di disporre la continuazione del processo con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

Il caso è interessante sotto più profili.

In primo luogo materializza una profezia della più accorta dottrina che, appena prima dell'avvento della sentenza n. 204/2004, delineando una serie di ipotesi in cui l'assenza del meccanismo della *translatio* avrebbe sortito effetto esiziale per la posizione sostanziale azionata, invitava proprio a pensare al caso dell'azione possessoria proposta davanti al giudice sbagliato nel rispetto del

termine decadenziale di un anno dallo spoglio allorquando la declinatoria intervenisse però dopo la maturazione di detto termine²⁹⁰.

Si è quindi nell'ambito, e sarà bene tenerlo presente, di un'azione che è sottoposta ad egual termine decadenziale a prescindere dal giudice (ordinario od amministrativo) che abbia giurisdizione a conoscerne, e che – trattandosi sempre di tutela del possesso – non è destinata a mutare per effetto dell'ipotizzato transito da una giurisdizione all'altra.

In secondo luogo, nella vicenda, l'errore sulla giurisdizione del Tar era nei fatti determinato dall'intervento di un sentenza costituzionale che, pendente giudizio, aveva spostato la giurisdizione al giudice ordinario. Per la *vis* retroattiva delle sentenze della Corte costituzionale, con riferimento alla causa promossa avanti al Tar non sarebbe stato applicabile il principio della *perpetuatio iurisdictionis*. Ma ciò non toglie che in una ipotesi come quella sindacata, più che di un errore della parte nell'adire il secondo giudice bisognerebbe forse parlare di un errore del primo giudice (quello ordinario) che anziché declinare la giurisdizione, avrebbe dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale della norma che attribuiva al giudice amministrativo la cognizione di similari vertenze e, ottenuto il responso della Corte favorevole alla giurisdizione ordinaria, decidere nel merito.

Qualche commentatore ha icasticamente denunciato la puntigliosa volontà del giudice delle leggi di sconfessare il risultato cui era

²⁹⁰ Cfr. R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit., 10.

appena pervenuta la corte di cassazione²⁹¹. E sebbene la Corte costituzionale abbia per forza di cose dovuto affrontare in via preliminare il problema del risultato interpretativo cui erano giunte le Sezioni unite, giacché se ne avesse condiviso gli esiti avrebbe dovuto licenziare una pronuncia di inammissibilità per non aver il giudice di merito tentato di dare una lettura costituzionalmente orientata della norma censurata, non si può negare che nel linguaggio della Corte trapeli una certa acrimonia nei confronti della motivazione della cassazione.

Ma ciò è perfettamente spiegabile sol che si osservi che relatore della pronuncia n. 77/2007 è Vaccarella.

Ora, il giudice estensore decenni prima in sede scientifica aveva chiaramente dichiarato che l'atteggiamento critico di altra dottrina verso un trattamento differenziato delle questioni di competenza e di quelle di giurisdizione era possibile solo *de iure condendo* e sul piano della scelta di politica legislativa, contestualmente precisando che il diritto positivo consacrato nel codice di procedura attestava inequivocabilmente che la giurisdizione è un presupposto di validità della domanda, che alla declinatoria di giurisdizione non può mai seguire la traslazione della causa e che il legislatore aveva dimostrato di considerare non comunicanti i diversi ordini di giudici²⁹².

Due anni dopo Oriani non solo si avanzava in senso critico verso l'inquadramento della domanda proposta a giudice carente di giurisdizione in termini di invalidità, ma muoveva pure una più

²⁹¹ In particolare, G. Finocchiaro, *Necessario un intervento del legislatore per chiarire le modalità di riassunzione*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 13, 100 ss.

²⁹² V. ancora, R. Vaccarella, *Inattività*, cit., 128-129.

vasta critica di incoerenza alla tesi di Vaccarella in ordine al legame tra domanda proposta a giudice incompetente ed effetto interruttivo della prescrizione *ex art. 2945*, comma 3.

Nel 2003, come già rammentato, la commissione presieduta da Vaccarella aveva elaborato una proposta di legge per risolvere il problema della assenza nell'ordinamento processuale della *translatio* nei rapporti tra giurisdizioni. Ed in questa proposta si faceva riferimento alla necessità di riproporre la domanda al giudice munito di giurisdizione.

E' ancora Oriani che però osserverà a stretto giro di posta che la soluzione prospettata dal detto disegno di legge, “non è, probabilmente, il meccanismo della *translatio iudicii*, quale siamo abituati a considerare alla luce dell'art. 50 c.p.c., dove in un termine perentorio deve essere compiuto un mero atto di impulso processuale e non va invece riproposta la domanda: riproposizione che potrebbe creare difficoltà in sede interpretativa”²⁹³.

Ora, è chiaro che la dialettica tra le più alte corti non può essere ricostruita nei termini di un contrasto di dottrina e delle persone che la rappresentano.

Tuttavia, è altrettanto chiaro che essendo questi gli antecedenti storici che hanno portato alla vicenda giurisprudenziale del 2007, non ci si poteva attendere da parte della Corte costituzionale una pronuncia che, per l'autorevole estensore, avrebbe avuto il sapore di una abiura delle tesi sostenute in passato e di una resa a quella stessa dottrina che la corte di cassazione aveva supinamente accettato.

²⁹³ V. ancora, R. Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit., 12 nota 17.

E così si comprende l'intima ragione che ha condotto il giudice delle leggi ad abbattere la sentenza della cassazione ed il suo tentativo di accreditare un'interpretazione del sistema processuale vigente favorevole alla *translatio* tra giurisdizioni.

8. Le ambiguità insite nella sentenza della Corte costituzionale n. 77/2007.

Tuttavia, se la critica si fosse limitata a censurare la fuga in avanti commessa dal giudice civile, per concludere che la questione non poteva risolversi senza la dichiarazione di illegittimità costituzionale, sarebbe giusto convenire integralmente con la dottrina che, a proposito delle due sentenze, evidenzia che pur muovendo da approcci diversi cassazione e Corte costituzionale approdano allo stesso risultato²⁹⁴.

Il vero è però, che l'intendimento critico della Corte costituzionale si è dipanato anche nella fase costruttiva della sentenza n. 77 attraverso una reimpostazione dei termini del problema destinata a riflettersi nella soluzione finale.

Rileva infatti la Corte che il rimettente avrebbe sollecitato il suo intervento “non già lamentando l'assenza di un meccanismo processuale che consenta la trasmigrazione del processo ad altro giudice fornito di giurisdizione, bensì l'impossibilità che, a seguito della declinatoria della giurisdizione, siano conservati gli effetti

²⁹⁴ Cfr. fra altri, M. Clarich, *Un istituto operativo anche in caso di errore*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 13, 106 ss., in part. 107, ove si rileva che nessun contrasto sostanziale emerge tra i due giudici, avendo la Corte solo preferito una soluzione forte rispetto a quella della reinterpretazione di norme vigenti operata dalla cassazione che è sempre suscettibile di ripensamento.

prodotti dalla domanda proposta davanti ad un giudice privo di giurisdizione”. E tale modo di impostare la questione sarebbe, ad avviso del giudice, quello corretto “essendo evidente che l’esistenza nel codice di procedura civile di una norma che disciplina in generale l’istituto della riassunzione della causa (art. 125 disp. att.) non risolve affatto il problema sollevato dal giudice *a quo*: la possibilità – esplicitamente prevista dalla legge ovvero desumibile attraverso una sistematica «ricucitura» delle norme – di riassumere il processo non implica di per sé che la domanda proposta in riassunzione conservi gli effetti prodotti da quella originaria. La trasmigrabilità del processo è strumento necessario, ma non sufficiente perché il giudice *ad quem* possa giudicare della domanda dinanzi a lui riassunta come se essa fosse stata proposta davanti a lui nel momento in cui lo fu al giudice privo di giurisdizione”.

A ben riflettere, proprio in questo passaggio si annidano al tempo stesso un equivoco di fondo ed una inconsapevole intuizione. E comunque, in definitiva, il confine della regola introdotta dalla Corte costituzionale (e quindi imposta al legislatore presente e futuro).

Nella dottrina è pressoché unanime il dissenso verso il ragionamento della Corte che indubbiamente parte dall’idea che vi possa essere trasmigrabilità del processo senza conservazione degli effetti della domanda²⁹⁵.

²⁹⁵ R. Oriani, *E’ possibile la «translatio iudicii»*, cit. 1019; G. Sigismondi, *Difetto di giurisdizione*, cit., 829; C. Consolo- M. De Cristofaro, *Evoluzioni processuali*, cit., 746.

E l'idea infatti è sbagliata, quantomeno se riferita – come in effetti la Corte fa - agli effetti della domanda proposta al giudice privo di giurisdizione. La *translatio iudicii* conosciuta sul terreno della competenza civile e la natura di atto di impulso processuale della riassunzione che con quella fa tutt'uno, implicano necessariamente che l'unica domanda – benché proposta al giudice incompetente – conservi senza soluzione di continuità effetti anche nella fase processuale che si consuma presso il giudice competente²⁹⁶. Pertanto erra il giudice costituzionale nella parte in cui afferma che la possibilità “di riassumere il processo non implica di per sé che la domanda proposta in riassunzione conservi gli effetti prodotti da quella originaria”.

Ma il motivato della Corte meriterebbe diversa valutazione nella parte in cui, subito appresso, lamenta l'esigenza di un meccanismo “tale per cui il giudice *ad quem* possa giudicare della domanda dinanzi a lui riassunta come se essa fosse stata proposta davanti a lui nel momento in cui lo fu al giudice privo di giurisdizione”. Qui infatti non è più agli effetti della prima domanda che il giudice guarda, bensì a quelli della seconda.

In verità, questa idea tradisce probabilmente il convincimento che il meccanismo di tecnica processuale costituzionalmente imposto non sia quello della traslazione del rapporto processuale. E' stato

²⁹⁶ Rilevano esattamente C. Consolo- M. De Cristofaro, *Evoluzioni processuali*, cit., 746, che la *translatio* porta con sé l'identità del rapporto processuale dinanzi al giudice riassunto, con salvezza quindi *ex se* dei relativi effetti. Sul punto cfr. ancora A. Saletti, *La riassunzione*, cit., 192-193; e pure A. Attardi, *Sulla traslazione*, cit., 146, che addirittura ritiene che la traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente implica necessariamente soltanto che l'atto introduttivo del giudizio mantenga i suoi effetti processuali e sostanziali.

infatti notato che alla Consulta più che la vera *translatio* “interessa la salvezza degli effetti della domanda dalla sua data di origine: risultato che di per sé solo (...) sarebbe stato conseguibile anche senza innestare la veramente innovativa figura di un unico rapporto processuale che si snoda attraverso i confini fra giurisdizioni (...) ed invece solo equiparando la domanda riproposta in un nuovo processo a quella vecchia rigettata, allorché si calcola il *dies* di decorrenza degli effetti sostanziali (e forse neppure anche di quelli processuali) scaturenti dalla pendenza di una lite pur risultata poi discontinua”²⁹⁷.

E che questo fosse il risultato a cui mirava la Consulta si evince pure dai termini di comparazione posti a base del sillogismo che ha condotto alla dichiarazione di incostituzionalità.

Dichiarando che al fondamento della scelta di una pluralità di giurisdizioni recepita dalla Costituzione, guardato in combinato con gli artt. 24 e 111, sta la necessità di assicurare una miglior tutela delle situazioni soggettive, la Corte giudica incostituzionale un sistema in cui tale pluralità produce l’effetto “per cui l’erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l’errore del giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale”.

Ed anche quando prende spunto proprio dalla disciplina della competenza, lo fa per evidenziare che questa disciplina, quando pure garantisce il rispetto del principio del giudice naturale

²⁹⁷ C. Consolo- M. De Cristofaro, *Evoluzioni processuali*, cit., 746.

precostituito, non conduce fino al sacrificio del diritto delle parti ad ottenere una pronuncia sul merito.

Quello che quindi la Corte costituzionale vuole tacciare di incostituzionalità è un sistema in cui all'errore nell'individuazione del giudice si accompagna la perdita della situazione soggettiva azionata.

Ma se questo era l'intendimento, si fa palese che il risultato a cui il relatore approda è il prodotto di una premessa concettuale duplicemente erronea.

Perché non solo non è esatto reputare che lo strumento della riassunzione non sia mai sufficiente allo scopo, ma pure ritenere che esso sia sempre necessario.

Il fenomeno della continuazione del rapporto processuale non è infatti l'unico in grado di garantire la possibilità di un rimedio all'errore sulla via giudiziaria.

Tuttavia, l'imprecisa impostazione della questione si è riflessa nell'enunciazione di una *dictum* di cui occorre prendere atto.

Ancora nella parte motiva, la sentenza statuisce che la norma censurata va dichiarata incostituzionale “nella parte in cui non prevede la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito, a seguito di declinatoria di giurisdizione, davanti al giudice munito di giurisdizione” e in tal senso suona anche il dispositivo. Sicché se ne dovrebbe a buon diritto concludere che il principio della conservazione si accompagna necessariamente alla tecnica della riassunzione²⁹⁸.

²⁹⁸ E di ciò si ha conferma in numerose letterali espressioni di questa sentenza. Fra queste, basta in questa sede segnalare che nell'indicare lo spazio lasciato

Per inciso gioverà però evidenziare che subito appresso si dice anche che la disciplina vigente è censurata perché si ispira “al principio per cui la declinatoria della giurisdizione comporta l’esigenza di instaurare *ex novo* il giudizio senza che gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originariamente proposta si conservino nel nuovo giudizio” ed è questo il principio che la Corte dichiara espunto dall’ordinamento.

Il giurista sottile non tarderà a comprendere che l’eliminazione di questo principio non conduce necessariamente alla tecnica della riassunzione.

Ed è proprio questo altalenare tra enunciazioni non ispirate ad una premessa uniforme che ha fatalmente condotto ad una disciplina legislativa difficilmente componibile.

Va però anche ammesso con onestà che questo era l’unico risultato alla portata della sentenza costituzionale. Che anzi, se si leggesse questa sentenza con metodo meno analitico, si finirebbe per sospettare che essa abbia lambito il vero problema in cui versava l’ordinamento. Del resto, l’estensore si era messo sulla strada buona dimostrando di avvertire che in astratto il problema degli effetti sostanziali della domanda è dissociabile dalla tecnica della riassunzione, pur perdendo questo spunto nel seguito della pronuncia.

Ma ciò non è senza ragione.

Nel corso della presente ricerca a più riprese si è messo in luce come la giurisprudenza civile abbia desunto dall’assenza di *translatio* la conseguenza per cui la domanda al giudice privo di

libero al legislatore con l’invito a colmare la lacuna, si parla di un intervento

giurisdizione è inidonea ad impedire la decadenza. Per converso, la stessa giurisprudenza, quando si è mossa dalla premessa che la decadenza era impedita da una domanda al giudice (straniero) privo di giurisdizione ha cercato nell'art. 50 c.p.c. la disciplina dei termini entro cui trasferire la domanda. E' ben vero che la prima inferenza non pare corretta, e la seconda soluzione è sul piano positivo censurabile.

Ma detto atteggiamento della giurisprudenza è la miglior testimonianza che il vero punto dolente dell'ordinamento sul quale operare stava proprio nel fatto che, per una serie di ragioni che vi cospiravano, la domanda al giudice carente di giurisdizione (come ogni altra pronuncia di rito) non era idonea ad incidere sulla decadenza. E non è senza significato se i giudici hanno sempre creduto che l'unico rimedio possibile stesse nella *translatio*.

Ricerca una soluzione al problema degli effetti della domanda rivolta a giudice privo di giurisdizione sulla decadenza fuori dallo strumento della tecnica e degli istituti della riassunzione avrebbe significato non tanto introdurre un meccanismo processuale incognito all'ordinamento, quanto, e soprattutto, manipolare le stesse norme di diritto sostanziale dettate dal codice civile incidendo sul concetto di impedimento della decadenza. Operazione, all'evidenza, fuori dalla portata della sentenza costituzionale.

Ora, comunque si voglia valutarne la motivazione, una cosa campeggia in questa pronuncia e non deve sfuggire all'interprete.

teso a disciplinare "il meccanismo della riassunzione".

La lettura delle norme della Costituzione che la sentenza n. 77/2007 impone, è inequivocabilmente nel senso che l'errore sulla giurisdizione eletta – possibile proprio perché vi è una pluralità di giurisdizioni - non può essere *unica* causa efficiente della “perdita” del diritto all'esame nel merito della domanda da parte del giudice giusto.

E' merito della dottrina del processo amministrativo, peraltro, aver colto che questo è il vero principio costituzionalmente imposto tentando di trarne una formulazione in positivo. Così, all'indomani di questa sentenza, si è detto che “l'errore nel quale è incorso colui che si è rivolto a un giudice carente di giurisdizione (perché di errore comunque si tratta) non può essere tale da condurre a negare che l'azione in sede giurisdizionale sia stata comunque proposta, e che, pertanto, detta azione, ferme restando le peculiarità dei due giudizi, sia da considerare idonea in quanto tale a considerare perfezionato il ricorso ad un giudice laddove l'ordinamento individui detto ricorso come elemento rilevante e necessario per l'esercizio del diritto”²⁹⁹. Oppure, ancora, ipotizzando che il principio costituzionale enunciato imporrebbe “di attribuire rilievo, per ottenere tutela, non già alla domanda giudiziale identificata in base ai tradizionali criteri (e quindi con rilievo essenziale del *petitum*), bensì alla domanda di giustizia, ossia all'atto in sé di

²⁹⁹ C. E. Gallo, *La translatio iudicii*, cit., 917, cui va anche il merito di aver da subito intuito che il problema di adattamento del sistema processuale alla nuova giurisprudenza del 2007 sta laddove all'errore sulla giurisdizione si accompagna quello sulla situazione soggettiva di cui si è titolari. Una considerazione a tale aspetto anche in R. Oriani, *E' possibile la «translatio iudicii»*, cit., 1024, ove si rileva che i casi del 2007 riguardano ipotesi in cui l'oggetto del processo è identico, per parti *petitum* e *causa petendi*, sia davanti al giudice ordinario che

chiedere la protezione giurisdizionale di una propria situazione giuridica soggettiva, di cui si prospetti la lesione per determinate cause”³⁰⁰.

Ora, quali che siano i risvolti in positivo del principio ricavabile dalla Costituzione, è comunque chiaro che anche solo limitando il discorso alla sua componente in negativo, si può concludere che la lettura della costituzione esplicitata dalla sentenza n. 77/2007 non pare suscettibile di tollerare distinzioni che siano il precipitato dei diversi criteri con cui è distribuita la giurisdizione.

In altre parole, una disciplina di legge compatibile con questa sentenza, non pare possa limitarsi a regolare l’ipotesi in cui la parte abbia sbagliato nell’individuazione del giudice perché ha errato sul confine del blocco di materia attribuito da una norma al giudice amministrativo tralasciando l’ipotesi in cui lo sbaglio sia dipeso dall’aver supposto di essere titolare di una situazione soggettiva di diritto anziché di interesse legittimo o viceversa.

Con ciò, ovviamente, non si intende affatto affermare che il legislatore deve necessariamente porre un istituto di rimedio all’errore, garantendo che il giudice esaminerà il merito della pretesa, quando all’errore sulla via giudiziaria si associ anche la tardività dell’azione³⁰¹.

amministrativo, mentre “un fattore di complicazione si presenterà nel momento in cui si prospetti, nel passaggio, un mutamento della domanda”.

³⁰⁰ C. Cacciavillani, *Translatio iudicii tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in giustamm.it. poi pubblicato in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1023 ss.

³⁰¹ Una certa confusione dei due profili, invece, in C. Cacciavillani, *Translatio iudicii*, cit., e pure in C. E. Gallo, *La translatio iudicii*, cit., 920 ss. Una netta distinzione tra le due questioni, già prima del 2007 in R. Oriani, *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit., 1470 ss. e confermata dopo l’intervento delle due Corti, in Id., *E’ possibile la «translatio iudicii»*, cit., 1024; v. pure, G. Sigismondi, *Difetto di giurisdizione*, cit., 843 ss.

Molto più semplicemente si vuol evidenziare che la disciplina di legge ordinaria che regola la c.d. trasmigrazione della causa da un giudice ordinario allo speciale (e viceversa) dovrebbe essere in grado di rendersi applicabile in una serie di ipotesi indubbiamente eterogenee.

9. A proposito delle interpretazioni autentiche fornite dalla stessa Corte costituzionale e in sede dottrina da Vaccarella.

Con ordinanza 30 luglio 2009, n. 257, la Corte costituzionale ha avuto modo di risolvere un quesito che si era immediatamente rappresentato ai commentatori della sentenza n. 77/2007.

Posto che questa si era limitata formalmente ad incidere l'art. 30 della l. Tar, ci si è chiesti se per adeguare le altre norme chiaramente ispirate al divieto di *translatio* tra giudici di diversi ordini fosse necessario sollevare via via questione di costituzionalità, pur dall'esito scontato, o lavorare in via interpretativa³⁰².

E benché la dottrina si fosse già decisamente orientata per il secondo capo dell'alternativa, la Corte di Appello di Genova ha deciso di percorrere la via più tortuosa.

In un giudizio di opposizione avverso cartella di pagamento emessa per il recupero di contributi dovuti al SSN incardinato presso il giudice civile, ritenendo di dover declinare la giurisdizione in favore della commissione tributaria, il giudice civile ha sollevato

³⁰² Fra altri, G. Sigismondi, *Difetto di giurisdizione*, cit., 832 ss.

questione di legittimità costituzionale dell'art. 37 c.p.c. E ciò perché la norma, mentre impone al giudice di rilevare d'ufficio il proprio difetto di giurisdizione, nulla statuisce in ordine alla conservazione degli effetti della domanda, nel nuovo processo che la parte è onerata di promuovere davanti al giudice munito di giurisdizione.

Rilevava però il rimettente che nel corso del giudizio avanti al giudice civile si sarebbero consumati i termini per agire davanti al giudice munito di giurisdizione, così palesandosi una lesione del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale come enucleato dalla sentenza n. 77/2007³⁰³.

La Corte costituzionale ha però avuto buon gioco nel licenziare una pronuncia di inammissibilità perché il giudice *a quo* non si è fatto carico d'individuare un'interpretazione della norma censurata idonea a superare i dubbi di costituzionalità, essendo ben possibile, di contro, un'interpretazione conforme a costituzione alla luce della stessa sentenza n. 77/2007.

Ora, ciò che preme qui evidenziare è che, nel puntualizzare il contenuto della statuizione n. 77/2007, la medesima corte in questa occasione ha precisato che dovevano ormai ritenersi presenti nel vigente sistema del diritto processuale civile “sia il principio di prosecuzione del processo davanti al giudice munito di giurisdizione, in caso di pronuncia declinatoria della giurisdizione da parte del giudice inizialmente adito, sia il principio di conservazione degli effetti, sostanziali e processuali, della domanda proposta a giudice privo di giurisdizione, restando affidata al

giudice della controversia l'individuazione degli strumenti processuali per renderli operanti (con riguardo alla disciplina che regola l'istituto della riassunzione della causa)".

Come si vede, quindi, si reitera quella separazione concettuale fra prosecuzione della causa, e conservazione degli effetti della domanda proposta a giudice privo di giurisdizione già alla base della sentenza n. 77 affermando che il giudice delle leggi li avrebbe introdotti entrambi.

Per di più, benché la Corte abbia opinato per l'inapplicabilità della novella norma *ratione temporis* al caso in esame, si è premurata di rilevare che l'art. 59 della l. n. 69/2009, nel frattempo intervenuta, avrebbe recepito i suddetti principi rivelando la volontà del legislatore di dare ad essi continuità³⁰⁴.

Più interessante ancora è una sorta di interpretazione autentica del *decisum* del 2007 che Vaccarella ha poi avuto occasione di fornire in un breve scritto dottrinale³⁰⁵.

Nel criticare aspramente l'orientamento inaugurato dalle Sezioni unite, 9 ottobre 2008, n. 24883 sul c.d. giudicato implicito sulla giurisdizione, fondato dalla corte di cassazione invocando pure il principio di ragionevole durata del processo e credendo di poter fare appello alla stessa sentenza n. 77/2007, l'A. coglie il destro per lumeggiare il significato della pronuncia della corte costituzionale proprio dove questa era rimasta silente.

³⁰³ Come si può ben notare, anche in questo caso si tratta di un'ipotesi di questione di diritti sottoposti a decadenza.

³⁰⁴ Ma per l'applicabilità al caso *de quo* dell'art. 59 l.n. 69/2009, cfr., L. Bertozzi, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa: una primissima lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 861 ss., p. 863 in nota.

³⁰⁵ R. Vaccarella, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione*, cit.

Ad avviso di Vaccarella, tutto l'apparato argomentativo della sentenza delle Sezioni unite n. 4109/2007 sarebbe stato erroneo non solo per esorbitanza rispetto alla fattispecie, ma per un'errata impostazione di fondo.

Il giudice di legittimità sarebbe incorso nel fallace avviso che il problema da risolvere per far continuare il processo davanti al giudice munito di giurisdizione stia “nella assenza di un meccanismo processuale che consenta alla causa, una volta che ci sia una pronuncia sulla giurisdizione, di arrivare (e quindi anche di *tornare*) al giudice munito di giurisdizione. Nel caso deciso, la circostanza che l'art. 382 cod. proc. civ. – la Corte, quando decide una questione di giurisdizione, statuisce su questa, determinando, quando occorre, il giudice competente – non preveda un meccanismo attraverso il quale la causa arrivi al giudice competente, avrebbe indotto la Corte a ritenere che il suo atto “rivoluzionario” consistesse nel rinviare, *ex art. 383 cod. proc. civ.*, la causa al Consiglio di Stato ed a ritenere, soprattutto, che ove non avesse rinvio, la causa sarebbe *ex novo* ricominciata: ha ragionato, insomma, sulla base dell'equazione, “riassunzione=continuazione”, “assenza di riassunzione=inizio *ex novo* della causa””. Secondo Vaccarella, tuttavia, proprio l'art. 367, comma 2, sul quale la cassazione aveva fondato più intensamente il suo sforzo interpretativo costituirebbe lampante smentita dell'impostazione data al problema.

Benché infatti l'art. 367, comma 2, preveda il meccanismo della riassunzione davanti al giudice ordinario del quale sia dichiarata la giurisdizione “a nessuno era mai venuto in mente, e men che mai

alla Corte di cassazione, che la causa proveniente dal giudice amministrativo e dichiarata di competenza del giudice ordinario continuasse davanti a questo; e la causa non continuava, ma ricominciava daccapo, nonostante in quella norma ci fosse, bello e pronto, un meccanismo che consentiva la trasmigrazione!. In conclusione, come nessuno aveva mai dubitato che, anche in assenza di un meccanismo di riassunzione, la causa doveva continuare quando tornava al giudice che erroneamente si era dichiarato privo di giurisdizione, così nessuno aveva mai dubitato che, nonostante la presenza di un meccanismo di riassunzione, la causa doveva ricominciare *ex novo* quando da un giudice (speciale) privo di giurisdizione passava ad uno (ordinario) munito di giurisdizione (mentre continuava quando *tornava* al giudice ordinario): ciò che, in caso di difetto di giurisdizione del giudice adito, impediva la conservazione degli effetti della domanda pervenuta al giudice munito di giurisdizione non era, allora, l'assenza di un meccanismo di riassunzione, ma un principio – al quale era ispirato il sistema dei rapporti tra vari ordini di giudici – che si collocava, come si suol dire, “a monte””. E questo principio starebbe appunto nel difetto della conservazione degli effetti della domanda proposta al giudice privo di giurisdizione quando la si propone a quello che ha giurisdizione³⁰⁶.

Ora è evidente che buona parte del costrutto espresso da Vaccarella a difesa dell'impostazione data alla questione dalla sentenza n. 77/2007 non convince affatto.

³⁰⁶ R. Vaccarella, *Rilavabilità del difetto di giurisdizione*, cit., 415.

Perché in verità, che la *translatio* in verticale per il medio del regolamento i giurisdizione non si praticasse quando la causa proveniva dal giudice amministrativo – spettando però a quello ordinario - oppure provenisse dal giudice ordinario – spettando però a quello amministrativo – dipendeva proprio dal fatto che nel primo caso non si voleva applicare la lettera dell'art. 367, comma 2, nel secondo, *a fortiori*, ci si rifiutava di estenderla.

E per converso, che la causa non dovesse ricominciare daccapo quando era stata incardinata correttamente al giudice amministrativo dipendeva proprio dalla possibilità di riassumere il giudizio, sia a seguito della sentenza della Cassazione resa su ricorso ordinario, sia a seguito della pronuncia sul regolamento. Che poi questa possibilità di riassunzione non fosse fondata dalla giurisprudenza sempre sulle norme del c.p.c.(art. 367, comma 2, nel primo caso, art. 392 nel secondo) ma ad esempio ricavata dall'art. 35 l. Tar non sposta affatto i termini della questione, giacché rende ancor più palese che la possibilità di far tornare la causa al giudice amministrativo era inscindibilmente connessa alla ricerca di una norma che positivamente prevedesse la riassunzione.

A ciò si deve aggiungere che il fondamento del principio vigente e da espungere dall'ordinamento, ovvero l'assenza di conservazione degli effetti sostanziali della domanda, non trovava la sua intima ragione nel modo di atteggiarsi dei rapporti tra i vari ordini di giudici. Ma, più propriamente, nel modo di atteggiarsi a livello sostanziale dell'impedimento della decadenza. Tanto ciò vero che quando si controverteva, invece, sul terreno della interruzione della prescrizione detto effetto interruttivo veniva conservato anche alla

domanda proposta al giudice carente di giurisdizione. E ad ulteriore dimostrazione sta la palmare contestazione che l'assenza di un effetto conservativo della domanda sul termine di decadenza nel nostro ordinamento è proprio anche di ipotesi in cui non si discute di carenza di giurisdizione. Ma ad es. di difetto di competenza del Tar adito quando questa sia assoluta, o inderogabile o funzionale che dir si voglia. O ancora, in ipotesi di estinzione del processo.

Se il ragionamento prospettato dall'estensore della sentenza n. 77/2007 aggrava le perplessità che già di per sé la più sintetica motivazione lasciava sul tappeto rispetto al coordinamento con i principi più squisitamente attinenti alla tecnica processuale, merita invece ben diverso apprezzamento una considerazione che si dispone sul piano più propriamente costituzionale.

Vaccarella infatti ricorda che il principio di ragionevole durata del processo non è mai stato ritenuto dalla Corte costituzionale, se da solo considerato, idoneo per dichiarare incostituzionale una norma processuale. Questo principio potrebbe al più rafforzare il giudizio di incostituzionalità che però sia basato sulla manifesta irragionevolezza della discrezionalità spesa dal legislatore ordinario.

L'A. puntualizza dunque come il principio enunciato dalla sentenza n. 77/2007 stia nella constatazione che la pluralità di giurisdizioni è funzionale alla miglior qualità della decisione, e quindi alla effettività della tutela giurisdizionale, non potendosi mai risolvere in un diniego di giustizia.

Tuttavia, l'esigenza che l'errore nell'individuazione del giudice non si risolva nella vanificazione della tutela, non avrebbe nulla a che

spartire “né con il principio della ragionevole durata del processo né, e tanto meno, con la svalutazione del criterio di riparto di giurisdizione”. In sintesi “la Corte costituzionale ha “bocciato” il dover ricominciare daccapo davanti al giudice munito di giurisdizione non perché “si perde tempo”, ma perché “si perde il diritto”, ed affinché – deve aggiungersi – del “diritto” giudichi, nel merito, il giudice munito della giurisdizione”³⁰⁷.

Così leggendo la sentenza n. 77/2007 ne esce ancor più avvalorato il sospetto che ad assumere pregnanza costituzionale sia una regola che non necessariamente impinge alla *translatio iudicii*. Ma che la Corte, sulla base di una premessa concettualmente forse opinabile, abbia ritenuto che quella regola non poteva essere affermata senza introdurre anche la tecnica della *translatio*.

10. Il suggestivo spunto di Ricci.

Per la direzione che si è deciso di impartire alla presente ricerca, fra i numerosissimi contributi dottrinali che un’occasione ghiotta come quella rappresentata dalla svolta giurisprudenziale del 2007 ha giustificato, merita particolare attenzione la tesi di Ricci³⁰⁸.

In verità l’A. parte dalla premessa teorica che nel sistema – pur manipolato dalla Corte costituzionale - vi sia comunque una fondamentale differenza tra la declinatoria di competenza e quella di giurisdizione.

³⁰⁷ R. Vaccarella, *op.ult.cit.*, 414.

³⁰⁸ E. F. Ricci, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 693.

Dopo la pronuncia con cui il giudice declina la giurisdizione, infatti, il processo non potrebbe considerarsi ancora pendente perché manca un giudice presso il quale la controversia possa essere localizzata³⁰⁹. In particolare, che il fenomeno della perdurante pendenza della lite si produca tutte le volte che una sentenza è soggetta ad impugnazione – ove pure manca la

³⁰⁹ E. F. Ricci, *op. cit.*, 696. Nota infatti l’A. che “in nessun caso la declinatoria di giurisdizione a carico del giudice amministrativo è in grado di dire, di fronte a quale giudice civile il processo dovrebbe in ipotesi continuare; né la declinatoria di giurisdizione pronunciata a carico del giudice civile è in grado di stabilire a quale giudice amministrativo il processo dovrebbe in ipotesi trasferirsi” di tal che “la situazione è profondamente diversa da quella che si verifica a seguito di declinatoria di competenza, ove il giudice *a quo* indica un preciso giudice *ad quem* come l’organo giudiziario, davanti al quale il processo comincia subito a pendere (e presso il quale, proprio perché già ivi pendente, esso va fatto proseguire con un atto di mero impulso come la riassunzione)”. La premessa che alla prosecuzione del medesimo processo osti il fatto che dopo la declinatoria di giurisdizione non vi sarebbe pendenza pare condivisa da, C. Delle Donne, *Ancora sugli effetti della pronuncia sulla giurisdizione a carico del processo: la Cassazione si misura con i profili applicativi*, in *judicium.it*. L’A. affronta peraltro solamente l’ipotesi in cui alla vicenda processuale partecipi la decisione della Cassazione (c.d. *translatio* in verticale), esaminando alcune pronunce rese dal giudice di legittimità successivamente alla svolta del 2007. E a tal proposito nota che nei casi in cui la Cassazione ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo o della Corte dei conti relativamente ad un giudizio instaurato presso il giudice ordinario, la corte si è limitata a rimettere le parti avanti a tale giudice “territorialmente competente”. In sostanza, per quel che qui rileva, non individua il tar che ha competenza. Tuttavia, nell’ipotesi in cui debba invece affermare la giurisdizione tributaria, in relazione al ricorso *ex art. 360*, comma 1, n. 1, esperito avverso la sentenza del giudice ordinario, la corte – che rispetto alla giurisdizione tributaria è giudice anche della competenza - avrebbe rimesso alla specifica commissione tributaria provinciale competente. Pertanto, secondo l’A., mentre rispetto alla giurisdizione amministrativa (o contabile), il giudizio sarebbe introdotto attraverso la proposizione *ex novo* della domanda, nel caso da ultimo evidenziato, la questione di giurisdizione darebbe luogo ad un giudizio che prosegue. Quanto però ad un caso di conflitto reale negativo tra tribunale amministrativo e giudice civile, la cassazione avrebbe rimesso le parti innanzi allo stesso Tar che aveva reso una delle due sentenze denunciate. Secondo Delle Donne, però, anche questo caso andrebbe risolto come quello in cui la questione di giurisdizione approdi alla cassazione in via di regolamento preventivo ovvero di ricorso ordinario.

localizzazione presso un giudice determinato – non autorizzerebbe a dire che il diritto positivo abilita a detta conclusione, pur in astratto concepibile, sul terreno qui indagato³¹⁰. Tale premessa conduce Ricci ad affermare che la situazione che si presenta dopo le novità giurisprudenziali in esame non è affatto riconducibile alla fattispecie della *translatio iudicii*, poiché qui non si avrebbe affatto riassunzione. “L’iniziativa presa davanti al giudice *ad quem* è in realtà una domanda giudiziale volta ad iniziare un nuovo processo”³¹¹.

Muovendo da questa impostazione, l’A. rileva che l’esigenza alla quale avrebbe dato peculiare risposta la Corte costituzionale è al fondo quella di fornire un rimedio all’errore commesso dalla parte rivolgendosi ad un giudice privo di giurisdizione, nel che starebbe la vera e propria *ratio decidendi* della sentenza n. 77/2007.

Soltanto che la Corte, nel prontuario delle tecniche processuali possibili, avrebbe adottato la soluzione sbagliata.

Le tecniche passate in rassegna dalla breve ma sottilissima analisi di Ricci, sono nella sostanza tre.

La prima di queste consiste nella pura e semplice conservazione degli effetti della domanda, alla quale la lettera della sentenza

³¹⁰ La situazione di pendenza del processo nonostante la sua mancata localizzazione sarebbe quindi un fenomeno eccezionale e proprio della disciplina delle impugnazioni, secondo E. F. Ricci, *op. cit.*, 698.

³¹¹ E. F. Ricci, *op. cit.*, 698, ove quindi si specifica che il quesito relativo alla forma si dovrebbe risolvere nella necessità della forma della domanda pretesa in relazione all’oggetto della controversia, e non di quella dell’atto di riassunzione. Così pure, la possibilità di utilizzare le prove già assunte dal giudice a quo è da inquadrare nel generale tema della possibilità di tener conto di prove assunte in un altro processo, e non avrebbe niente a che vedere con la disciplina del processo riassunto

farebbe pensare. La seconda, nella riproduzione retroattiva degli effetti della domanda proposta al primo giudice.

Entrambe queste tecniche di rimedio si rileverebbero però inadeguate allo scopo. Quella della conservazione, in particolare, sarebbe messa fuori gioco anche solo dalla constatazione che dopo la declinatoria il processo non pende più. Quella della riproduzione retroattiva degli effetti della prima domanda sarebbe “strumento idoneo ad eliminare le conseguenze dell’errore inizialmente commesso, se la domanda giudiziale produce presso i due giudici (quello *a quo* e quello *ad quem*) conseguenze identiche. Altrimenti stanno invece le cose, se presso i due giudici la domanda produce effetti (in tutto o in parte) diversi. Da un lato, infatti, il rimedio all’errore inizialmente commesso esige la scomparsa degli effetti prodotti dalla domanda presso il giudice *a quo*, che l’eventuale investitura del giudice *ad quem* non avrebbe prodotto; ed altrettanto essenziale, come strumento per porre rimedio all’errore, è la produzione retroattiva anche degli effetti propri della domanda presso il giudice *ad quem*, che l’iniziativa presa presso il giudice *a quo* non è stata in grado di suscitare. Il rimedio all’errore inizialmente commesso esige sempre che si riproducano retroattivamente tutti e soltanto gli effetti propri della domanda giudiziale presso il giudice *ad quem*”.

E dunque, la tecnica sempre idonea all’intento di rimediare all’errore, starebbe semplicemente nel riconoscere alla seconda domanda (quella proposta al giudice provvisto di giurisdizione) gli effetti suoi propri, ma a partire dal momento della proposizione della prima. Questa tecnica, infatti, sarebbe la sola utilmente

impiegabile “sia quando presso i due giudici continua il medesimo processo, sia quando il processo presso il giudice *ad quem* è diverso da quello svoltosi presso il giudice *a quo*”³¹².

Ora, benché l’A. non spinga il ragionamento del tutto a fondo³¹³, anche perché gli effetti della domanda di cui più gli preme pensare sono invero quelli processuali, non si può che rimanere suggestionati.

Si è infatti qui messo in luce che fra gli ostacoli strutturali che la *translatio* incontra sul piano della giurisdizione era stato individuato proprio quello della contraddittoria necessità di introdurre un elemento di frattura, tutte le volte che l’attore avesse errato sulla situazione soggettiva azionata (di diritto anziché di interesse legittimo e viceversa). Consentire in tal caso alla prosecuzione, appunto, avrebbe significato autorizzare l’attore a proporre una domanda nuova giovandosi però degli effetti sostanziali della prima³¹⁴.

La soluzione adombrata da Ricci sta appunto nel togliere di mezzo la *translatio* come essa è conosciuta in virtù dell’articolo 50 c.p.c. Per risolvere i problemi che si pongono sul piano della giurisdizione, il modello di tecnica processuale risiederebbe nella retroazione solo e proprio degli effetti della seconda domanda.

³¹² E. F. Ricci, *op. cit.*, 702-703.

³¹³ In effetti Ricci non chiarisce del tutto il suo pensiero in relazione al profilo del diverso contenuto delle due domande. Da un lato parla di una tecnica che può essere utilizzata anche quando il processo è diverso, dall’altro, però, quando sintetizza il principio da ricavare afferma che “dopo la declinatoria di giurisdizione, la proposizione della stessa domanda davanti al giudice *ad quem* produce i suoi effetti a far tempo dal momento in cui è iniziato il processo presso il giudice *a quo*” (v. *op. cit.*, 703).

³¹⁴ Cfr. ancora, D. Buoncristiani, *op. cit.*, 174.

Ora, non si può certo nascondere che questa intuizione relativa all'essenza del fenomeno indagato apre l'adito ad una serie davvero imponente di interrogativi³¹⁵. Si tratta, infatti, di uscire da una via tutto sommato conosciuta – quella cioè della *translatio ex art. 50* - e che potrebbe costituire utile guida anche sul terreno del c.d. dialogo tra le giurisdizioni, per avventurarsi su di un terreno pressoché incognito.

In particolare è intuitivo che teorizzando un frattura tra le due vicende processuali, ma al contempo supponendo che gli effetti della diversa domanda presso il giudice fornito di giurisdizione retroagiscano al momento in cui si è iniziato il processo presso il giudice che l'ha declinata, si apre la perplessa questione di stabilire quali siano le domande idonee a giovare di una tale *fictio iuris*. Perché, all'evidenza, non a qualsiasi domanda, pur se seguente ad

³¹⁵ Il primo dei quali, ovviamente, risiede nei rapporti tra la premessa da cui muove Ricci, ossia che non vi possa essere perdurante pendenza dopo la sentenza con cui il giudice declina la giurisdizione, e la conseguente elaborazione di una tecnica alternativa. Perché, a onor del vero, la presenza del fenomeno della litispendenza che segue ad ogni sentenza purché soggetta ad impugnazione potrebbe anche non essere letta come fenomeno eccezionale ed inconferente al problema qui disputato. Del resto, gioverà rammentare, quando Chiovenda negli anni '30 elaborò l'eversiva tesi della pendenza della lite pur dopo la sentenza di incompetenza, ciò fece proprio muovendo dalla constatazione che la pendenza perdurava a fronte di ogni sentenza soggetta a gravame, dimostrando che quindi il rapporto processuale non cessa sol perché non c'è un giudice attualmente investito della causa, bastando all'esistenza di esso e della litispendenza che vi sia una domanda diretta all'autorità giudiziaria, non ancora definitivamente accolta, respinta o dichiarata improcedibile. Cfr., sul punto, ancora, G. Chiovenda, *Rapporto giuridico processuale*, cit., 378-379 e 387-388. E' poi chiaro che se si ricorda che il medio per accreditare questa conclusione stava nell'immaginare che il rapporto processuale, dal lato del giudice, intercorresse in verità con lo Stato diviene difficile non concludere che una teorizzazione analoga è ben possibile anche di fronte alla declinatoria di giurisdizione.

una declinatoria di giurisdizione, potrebbe essere riconosciuta tale attitudine³¹⁶.

Tuttavia, ai fini qui disputati, pare sufficiente aver colto i tratti di una possibile tesi che ad oggi può essere considerata ancora embrionale, ma quanto mai utile per chi si cimenti nella lettura della disciplina che il legislatore del 2009 ha deciso di imprimere al fenomeno della declinatoria di giurisdizione.

11. L'articolo 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69 e le prime ipotesi ricostruttive. Il tentativo della dottrina di ricomporre ad unità le disposizioni di una norma che non vi si presta.

“Il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti in altro processo.

Se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato dalla pronuncia di cui al comma 1, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restando vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito sin dalla

³¹⁶ In buona sostanza il rapporto tra il contenuto della domanda dispiegata presso il giudice *a quo* e quello della proposta presso il giudice *ad quem*, che la tecnica della *translatio* pura assorbe nel principio che il processo che continua è lo stesso, non si può eludere totalmente nemmeno ricorrendo a tecniche processuali alternative.

instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. Ai fini del presente comma la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile.

Se sulla questione di giurisdizione non si siano già pronunciate, nel processo, le sezioni unite della Corte di cassazione, il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio, con ordinanza, tale questione davanti alle medesime sezioni unite della Corte di cassazione, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito. Restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione.

L'inosservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo, che è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

In ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova”.

E' dunque questo il testo licenziato dal legislatore per imprimere efficacia positiva al monito della Corte costituzionale disciplinando compiutamente quello che, per comodità espositiva, può definirsi come *translatio iudicii* tra giurisdizioni interne allo Stato italiano³¹⁷.

³¹⁷ La norma emanata recepisce integralmente il testo del disegno di legge approvato il 2 ottobre 2008 dalla Camera n. 1441bis, il cui schema al Senato prese in n. AS-1082, su cui M. Lipari, *La translatio del processo nel disegno di*

La lettera della disposizione solleva una serie di problemi applicativi davvero infinita³¹⁸.

In questa sede, tuttavia, converrà attardarsi unicamente sul modello di tecnica processuale eletto dalla legge per disciplinare il fenomeno.

Ed il problema è che questo modello non è affatto evincibile dalle disposizioni dettate dall'art. 59. O meglio, ciò che si può trarre da queste disposizioni è la confusa commistione tra due tecniche processuali nel contesto di una norma che però non sembra concepita al fine di una applicazione selettiva, a seconda dei casi, solo di alcune e non altre di queste stesse disposizioni.

L'attenzione va immediatamente portata sul comma 2, ove recita che, se entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1, "la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo (...) sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito sin dalla instaurazione del primo

legge governativo approvato dalla Camera dei Deputati, (as- 1082): certezze e dubbi, in *giustamm.it*; M.C. Vanz, *Brevi osservazioni sul recupero istruttorio nel disegno di legge 1441-bis B*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 725. Per i primi commenti alla norma, cfr., C. Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1267; M. Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)*, *ivi*, 1295; F. Cipriani, *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69). I La translatio tra giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, 2009, V, 249; L. Bertonazzi, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa: una primissima lettura*, *cit.*, 861 ss.; A. Travi, *Le novità della legge 18 giugno 2009, n. 69. La nuova disciplina della translatio iudicii*, in *Urb. App.*, 2009, 913. Un efficace sunto delle prime e controverse letture della dottrina in I. Raiola, *Translatio iudicii e modalità di riassunzione del processo*, in *giustizia-amministrativa.it*.

³¹⁸ Li coglie con lucidità L. Bertonazzi, *op. cit.*, 863 ss.

giudizio (...). Lo stesso comma ha cura di precisare che “la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile”.

Sembrerebbe dunque che lo strumento ideato ed introdotto dal legislatore non sia affatto quell’atto di mero impulso processuale tipicamente conosciuto sul terreno della *translatio ex art. 50 c.p.c.*

Si pensa infatti, all’evidenza, ad un atto introduttivo di un giudizio *ex novo* compiuto (e proponibile) dal solo “attore”.

Sul terreno della salvezza degli effetti della domanda, poi, chiara è la scelta in favore della retroazione degli effetti della seconda domanda, al momento della proposizione della prima. In buona sostanza si tratta di una *fictio iuris*³¹⁹.

³¹⁹ Per questa lettura, M. Bove, *op. cit.*, 1299 ss. ove si ritiene che qui il legislatore avrebbe omaggiato la tesi di Ricci in questa sede ampiamente riferita. L’A., peraltro, mette in precisa relazione questa tecnica processuale con il problema della necessità di mutare la domanda quando il transito avviene nei rapporti tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, perché qui “l’attore non potrà limitarsi a richiamare l’atto introduttivo del giudizio, ma dovrà adeguarsi alle forme e alle possibilità di tutela del giudizio amministrativo, magari dovendo impugnare un provvedimento amministrativo, con il necessario corredo di motivi, e dovendo cambiare il *petitum*, ossia il tipo di tutela che si richiede” (v. *op. cit.*, 1297). Per la verità, cavillando, si potrebbe osservare che l’uso del termine “riproporre” la domanda non traduce in modo netto questa idea, perché letteralmente più aderente al fenomeno della proposizione di una domanda di contenuto eguale alla prima. Questa ad es. è la latitudine del significato che il termine “riproporre” assume entro l’art. 31 ult. co. I.TAR. Sicché, letteralmente, la disposizione potrebbe anche essere letta come a tradurre la tecnica della riproduzione retroattiva degli effetti necessariamente coincidenti con quelli della prima domanda. Tuttavia, si deve anche considerare che quest’ultima tecnica – sotto il profilo che qui preme - è praticamente identica negli effetti a quella della riassunzione, e se ne differenzia esclusivamente in ragione della premessa che con la declinatoria di giurisdizione la litispendenza non possa perdurare. Così leggendo la disposizione, in buona sostanza, non risulterebbe risolto il nodo di confezionare una tecnica processuale idonea ad adattarsi al fenomeno di una domanda il cui contenuto cambia nel passaggio da un giudice all’altro. Il problema è che sul

E con questa impostazione è coerente pure la scelta delineata dal comma 5, ove ancora si parla di riproposizione della domanda, per dire che le prove raccolte nel primo processo (quello svolto davanti al giudice privo di giurisdizione) “degradano” ad argomenti di prova. Ciò è, dal limitato punto di vista del legislatore, perfettamente coerente con l’idea che siano prove provenienti da un altro processo e perciò destinate alla stessa sorte normativa dettata dall’art. 310 c.p.c.

Ma con questa chiave di lettura stanno in feroce contrasto altri e non meno significanti lemmi.

In particolare, già al comma 3, a proposito del significato del vincolo della indicazione di giurisdizione effettuata dal primo giudice in relazione ai poteri del secondo appare l’inciso secondo il quale presso costui “la causa è riassunta”. Con maggior prepotenza, poi, il successivo comma 4 statuisce che “l’inosservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l’estinzione del processo, che è dichiarata anche d’ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda”.

Ed è manifesta l’inconciliabilità di questa statuizione con quanto poco prima parimenti affermato, perché qui, viceversa, si sta

piano del lessico normativo questa necessità è difficilissima da tradurre in una buona formula, perché in definitiva si tratta sì di ammettere che la seconda domanda abbia un contenuto diverso dalla prima, ma senza trascurare che un collegamento tra le due domande (anche dal punto di vista del contenuto) vi deve pur essere. Tenendo a mente la delicatezza di questo problema, si può anche concedere che la formula utilizzata dal comma 2 dell’art. 59 abbia recepito la tesi di Ricci pur traducendola con un lessico necessariamente perplesso.

pensando alla riassunzione e ad un unico processo che continua dal giudice carente di giurisdizione a quello che ne è munito. Non solo è in questo senso inequivoca la lettera (che pur usa promiscuamente i termini riassunzione e prosecuzione), ma lo è soprattutto la previsione che sanziona con l'estinzione l'inosservanza dei termini. Perché su tutto si può cavillare, ma non sul fatto che ad estinguersi non potrebbe mai essere un processo che non è ancora iniziato, ma solo un processo ancora pendente. E con ciò si dice, inevitabilmente, che dopo la declinatoria di giurisdizione il processo non si chiude, con l'ovvio corollario che l'atto indirizzato al secondo giudice non può più essere riguardato come domanda introduttiva³²⁰.

Ad essere coerenti con il modello apparentemente scelto dal comma 2, il legislatore non solo avrebbe dovuto rinunciare ad avvalersi di termini quali riassunzione o prosecuzione, ma si doveva limitare, se del caso, a chiarire che la riproposizione tardiva avrebbe fatto perdere alla parte quell'effetto di retroazione della domanda al tempo in cui fu proposta la prima (cosa del resto già implicitamente ricavabile dalla lettera del comma 2)³²¹.

³²⁰ In altre parole, se presso il secondo giudice iniziasse un diverso processo, ancorché dopo il termine dettato dalla norma, non se ne potrebbe mai predicare l'estinzione perché questa, realizzandosi *ipso iure* con il decorso del termine, finirebbe per operare su di un rapporto processuale che non è ancora sorto.

³²¹ Peraltro, la divergente disciplina che si ricava dal comma 4 è all'evidenza destinata ad avere ricadute sul terreno del diritto sostanziale, cioè della prescrizione, di non poco momento. In pratica, si dovrebbe fare *tabula rasa* di quella acquisizione giurisprudenziale che inquadrava nell'ambito di applicazione dell'art. 2945, comma 2, cod. civ. l'ipotesi di domanda diretta al giudice privo di giurisdizione. Poiché qui, alla sentenza che definitivamente suggella la carenza di giurisdizione segue per forza di cose, o la riassunzione o l'estinzione, si riprodurrà il fenomeno già ampiamente spiegato sul terreno della competenza *ex art. 50 c.p.c.* Estinto il processo, la parte potrà solo giovare dell'effetto interruttivo istantaneo *ex art. 2945, comma 3, cod. civ.* Pertanto,

Lo scarso dominio del legislatore di questi aspetti di tecnica del processo trova poi nella lettera della norma in esame altre e più sottili conferme.

Si confronti la disposizione del comma 2 ove si dice che nel caso di riproposizione della domanda, restano ferme non solo le decadenze ma pure le preclusioni intervenute³²², con il disposto del comma 5 in merito alla “degradazione” delle prove raccolte ad argomenti di prova.

Ora, le preclusioni sono un fenomeno tipicamente (o, perlomeno, normalmente) endo-processuale, nel senso che un potere processuale viene perduto perché non esercitato in concomitanza con il compimento di un determinato atto³²³. Si pensi non solo

benché non vi sia alcuna difficoltà ad ammettere che il c.d. atto di riassunzione tardivo, se abbia tutti i requisiti della nuova proposizione della domanda – con osservanza della relativa disciplina in tema di mandato e destinatario della notificazione - si possa convertire nell’atto introduttivo di un nuovo processo (così F. Cipriani, *La translatio tra giurisdizioni italiane*, cit., 253), bisognerà considerare però che la prescrizione potrebbe nel frattempo essere maturata se il primo processo ha avuto una durata tale da coprire l’arco di tempo utile.

³²² E’ senza dubbio questo l’inciso normativo foriero non solo delle maggiori incertezze, ma pure dei risvolti applicativi più preoccupanti. Cfr. I. Raiola, *op.cit.*, e le note che qui seguono. Contrariamente però a quanto pensa Raiola la questione più perplessa è proprio quella di dare un senso al riferimento alle preclusioni, e non tanto alle decadenze.

³²³ Sul concetto e sulle ipotesi di preclusioni nel processo amministrativo, cfr. V. Caianiello, *Manuale*, cit., 469; F. Saitta, *Il regime delle preclusioni nel processo amministrativo tra ricerca della verità materiale e garanzia della ragionevole durata del giudizio*, in *giustizia-amministrativa.it*. Per la verità anche nella dottrina del processo amministrativo si assiste a quella mancanza di una condivisa “convenzione” sull’uso del termine “preclusioni” tale per cui è difficile distinguere queste dalle decadenze. G. Chiovenda, *Istituzioni*, cit., II, 418, come noto, comprendeva le decadenze nelle preclusioni, sicché di queste si dovrebbe parlare ogni qual volta una facoltà processuale si perde per il decorso di termini perentori. Cfr. infatti F. Saitta, *Il regime*, cit., che ricomprende nel concetto di preclusione pure il termine per proporre il ricorso. Diversamente V. Caianiello, *Manuale*, cit., che parla di decadenza quando si perde il diritto di azione, di preclusione quando si consuma una facoltà processuale senza però perdere il diritto di agire. In verità la questione non ha grande rilevanza ai fini

sindacati nel testo, perché il comma 2 dice che restano ferme “le preclusioni e le decadenze intervenute”. Se quindi si volesse anche limitare il concetto di preclusione – ad es. dicendo che il termine per proporre la riconvenzionale nel processo amministrativo, che la giurisprudenza identifica con quello per proporre il ricorso incidentale, è di decadenza – vi sarebbe comunque un argomento testuale difficilmente aggirabile per dire che, a prescindere dal fatto che la si chiami preclusione o decadenza, l’aver lasciato decorrere un termine endoprocessuale senza esercitare quella facoltà sembrerebbe precludere la possibilità di esercitarla per la prima volta nel processo che si svolge presso il secondo giudice. In verità se il legislatore si fosse limitato a dire che restano ferme le decadenze intervenute, avrebbe ben ragione quella dottrina che limita la portata dell’inciso al termine pre processuale per agire in giudizio (in sostanza si tratterebbe del solo termine di decadenza per agire). Così C. Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1268; L. Bertonazzi, *op. cit.*, 866. Ma avendo parlato pure di preclusioni, una simile interpretazione finisce per forzare non poco la lettera di una disposizione che purtroppo esiste. Per questo rilievo, M. Bove, *op. cit.*, 1301. Che poi questa sia assolutamente sciagurata specie se messa in connessione con quanto disposto sul terreno delle prove è a tutti evidente, ma non è detto che ciò basti per scansarla. E dall’impaccio non si esce nemmeno affermando che le preclusioni dovrebbero essere valutate secondo le regole proprie del rito applicabile presso il giudice munito di giurisdizione. Così suggerisce M. Lipari, *op. cit.* Se infatti con ciò si volesse dire che le preclusioni scatteranno solo nel processo svolto presso il secondo giudice (C. Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1268), non si fa che prospettare con altre parole un’interpretazione sostanzialmente abrogativa dell’inciso normativo. Se invece si volesse intendere che il secondo giudice debba (ri)valutare secondo la disciplina dei termini processuali che operano nel “suo” rito se la parte sia incorsa in preclusioni endoprocessuali rispetto alla attività che ha svolto o omesso di svolgere presso il primo giudice, anche a tacere del fatto che è inverosimile supporre un pensiero così raffinato nel legislatore, non sembra si elimini l’indesiderato impatto pratico di questa infelice disposizione. E ciò perché la declinatoria di giurisdizione sopravviene quando l’attività di trattazione che astrattamente si può svolgere nel primo processo o addirittura è completamente esaurita o, comunque, si è già celebrata l’udienza di trattazione. Sicché, se ad es. il convenuto ha omesso di formulare un’eccezione – si pensi segnatamente a quella di prescrizione in una materia che l’attore ha erroneamente reputato di giurisdizione esclusiva – davanti al giudice amministrativo, difficilmente gli potrà giovare questa rivalutazione, poiché in sede civile l’avrebbe dovuto fare – oggi a pena di decadenza – nella comparsa di risposta e cioè almeno venti giorni prima della data fissata per la prima udienza. E così ancora, se una parte ha omesso di produrre un documento nel corso del primo processo svoltosi presso il giudice civile, non si comprende come potrebbe giovare di una rivalutazione di questa sua omissione alla luce della disciplina della l. TAR che gli imponeva il deposito venti giorni prima dell’udienza per la trattazione del merito. In merito poi all’esempio che ha attirato l’attenzione tanto di M. Lipari, *op. cit.*, quanto di L. Bertonazzi, *op. cit.*, 868, nell’ipotesi in cui l’attore abbia notificato alla p.a. una citazione prima del

all'onere, nel processo civile, di formulare la domanda riconvenzionale con il compimento tempestivo della comparsa di costituzione, ma a tutte le preclusioni legate alla deduzione di mezzi istruttori ed in genere a quelle attività che appunto sono precluse alle parti in connessione con la disciplina della udienza di trattazione *ex art. 183 c.p.c.*

La scelta del legislatore è inspiegabile qualunque sia la chiave di lettura adottata.

In primo luogo è evidente che una scelta nel senso della trasmigrazione di queste preclusioni contraddice palesemente l'assunto che con la riproposizione inizi un altro processo, che sembrerebbe invece essere alla base della scelta dettata sul terreno delle prove.

Ma a prescindere dalla evidente inopportunità di tener ferme le preclusioni oramai maturate presso il giudice *a quo* quando si debba normare un processo che trasmigra verso un rito caratterizzato da fortissime differenze, tale scelta risulta contraddittoria quando anche si voglia leggere la norma in chiave di "continuazione".

termine di 60 giorni non curandosi di estendere subito la *vocatio in ius* a colui che, riguardato nell'ottica del processo amministrativo, sarebbe un contro interessato pare difficile non accedere ad analoghe considerazioni. Perché o si muove dal presupposto che la norma parli solo di decadenze e preclusioni (?) che sono già maturate nel momento in cui si adisce il giudice sbagliato, ed allora si ha ragione di dire che nel riproporre la domanda al giudice amministrativo costui non sarebbe incorso in decadenza (coerentemente alla premessa L. Bertonazzi, *op. cit.*, 868 nota 68). Ma se si sta alla lettera della norma bisognerebbe viceversa concludere che l'attore, in applicazione del rito amministrativo è decaduto, sicché senza ricorrere all'istituto dell'errore scusabile, quando poi il processo passerà al tar, non si potrebbe giovare della chiamata in giudizio del litisconsorte in ipotesi avvenuta in sede civile con l'integrazione prevista dall'art. 102 c.p.c.

La giurisprudenza civile ha adottato sul terreno della competenza una regola che vuole tratta dal principio per cui è lo stesso processo che continua una volta trasferito al giudice competente: trasmigrano le preclusioni³²⁴ e rimangono efficaci le prove. Insomma, il secondo giudice prende il processo dallo stesso punto in cui lo ha lasciato il precedente.

Parte della dottrina ebbe ad opinare che il problema non si risolve in ragione della unità del rapporto processuale, ma sulla base dell'incidenza della competenza sull'attività processuale.

Ma arrivò alla conclusione che non solo le prove assunte perdono efficacia, potendo solo essere valutate come argomenti di prova, ma che inefficaci erano pure le preclusioni maturate presso il giudice incompetente.

Ed in effetti, se si muove dall'idea che l'efficacia dell'attività processuale di trattazione è condizionata alla competenza del giudice (e qui alla giurisdizione) la conclusione è difficilmente vincibile.

La norma in esame – pur se letta con la lente della continuazione - meriterebbe quindi una patente di incoerenza qualunque sia la prospettiva di partenza che si intenda inoculare nel legislatore.

³²⁴ E se si rammenta che è questo l'orientamento giurisprudenziale della cassazione in merito all'istituto *ex art. 50 c.p.c.*, non si può sottoscrivere all'affermazione di M. Lipari, *op. cit.*, secondo cui l'inciso "ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute" è in contraddizione con l'essenza stessa della *translatio*. Questo inciso è invece perfettamente coerente con la *translatio* e la trasmigrazione delle preclusioni non merita particolari critiche quando il rito è lo stesso (come per regola accade in tema di competenza). Il vero problema è che qui, invece, siamo di fronte a riti profondamente diversi. E più che il semplice inciso in merito alla salvezza delle preclusioni, ad essere criticabile è la prospettiva di adottare la tecnica processuale della *translatio*.

Perché se si reputasse che vi è stato un omaggio al metodo di approccio della giurisprudenza si comprende il riferimento alla trasmigrazione delle preclusioni, ma non si spiega la scelta dettata in tema di prove.

Se si pensasse ad un inaspettato ossequio verso una raffinata (ma minoritaria) dottrina, si chiarirebbe il senso della scelta prediletta sul terreno istruttorio, ma non si spiegherebbe quella dettata in tema di preclusioni³²⁵.

Di fronte alla disciplina di un articolo di legge così intimamente contraddittoria, la dottrina ha assunto un atteggiamento che prelude agli epici ed incomponibili scontri tra i seguaci di Proculo e Sabino. Chi vi vuole affermato a tutti i costi il principio che è sempre lo stesso rapporto processuale che continua, è costretto a tacciare di improprietà la locuzione “la domanda è riproposta” contemplata dal comma 2. Il legislatore avrebbe con ciò invero detto che “il processo è riassunto”, giungendo a concludere che “si tratta sempre del medesimo rapporto processuale e dunque della medesima pendenza della causa quale instaurata dalla domanda inizialmente

³²⁵ Se poi si vuole valutare la “bontà” della norma sul piano della politica legislativa è chiaro che un’interpretazione correttiva, quando non addirittura abrogativa, si imporrà per evitare conseguenze altrimenti abnormi. Perché come ben evidenzia M. Bove, *op. cit.*, 1301 ss., queste disposizioni pongono l’interprete tra due fuochi. Da un lato sembra che alla parte sia preclusa la deduzione di nuovi mezzi di prova, poiché – si pensi al processo civile che trasmigra presso altra giurisdizione – di norma si sarà consumata la fase utile alla deduzione presso il giudice *a quo*. D’altro lato, le prove raccolte degraderebbero ad argomenti di prova, sicché non si comprende come la parte possa assolvere all’onere probatorio che su di essa incombe. Ovviamente la soluzione si dibatte tra la scelta di “abrogare” l’inciso di cui al comma 2 ove si riferisce alle preclusioni, (v. ancora, ma con intima incoerenza, C. Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1268), e quella di lavorare sulla portata del comma 5 limitandone al massimo l’applicazione (così M. Bove, *op. cit.*,

resa pendente innanzi ad un giudice incompetente e poi *riassunta* davanti a quello <competente>, senza poter essere mutata”³²⁶.

E poiché pur così rettificata la legge ancora non si accorda alla sovrastruttura dottrinale accolta, si aggiunge una interpretazione della disciplina dettata dal comma 5 sul terreno delle prove che, si passi l’espressione, “mena per il naso” il legislatore. La norma, addirittura, detterebbe per implicito la regola che con la tempestiva riassunzione si ha conservazione dell’efficacia delle prove raccolte avanti al giudice carente di giurisdizione. Infatti, nel comma 5, quando si dice “in ogni caso di riproposizione della domanda al giudice di cui al comma 1”, il legislatore sarebbe improvvisamente tornato a fare un uso consapevole del termine, ma riferendosi al caso di riproposizione “evidentemente a seguito della estinzione del primo processo per mancata riassunzione tempestiva”. Se dunque in questo caso il comma 5 detterebbe una regola del tutto armonica con la scelta dell’art. 310, comma 3, c.p.c., ove le prove raccolte possono essere valutate come argomenti di prova “è giocoforza concludere che nel caso di *tempestiva riassunzione* queste manterranno invece tutta la loro originaria valenza”³²⁷.

Un’interpretazione, per usare un eufemismo, vagamente arbitraria e comunque, perlomeno per come enunciata, tacciabile di eccessiva disinvoltura.

Interpretazione che poi, ove esplicitamente parla di domanda riassunta “senza poter essere mutata”, sembra non avvedersi del

1302, che lo riferisce alle sole prove costituenti che siano già state assunte presso il giudice *a quo*).

³²⁶ C. Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1268.

³²⁷ Così C. Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1271.

fatto che dall'ordito normativo introdotto rimarrebbero così escluse tutta una serie di ipotesi che verosimilmente il legislatore ha invece inteso disciplinare.

Peraltro i fautori della tesi della continuazione del medesimo rapporto processuale già coerentemente ipotizzano la necessità di estendere, contro la lettera della norma, la legittimazione alla riattivazione del processo alle parti diverse dall'attore³²⁸.

Ma l'esigenza di manipolare la lettera della legge si pone anche per chi si è mosso dalla prospettiva opposta, concludendo che il legislatore avrebbe nel complesso eletto la soluzione più ragionevole tra quelle prospettate dalla dottrina a seguito della sentenza n. 77/2007, ovvero consentendo – chiuso il processo con la declinatoria di giurisdizione – di instaurarne uno nuovo purgato dal difetto di giurisdizione attraverso la retrodatazione degli effetti della nuova domanda proposta al giudice giusto³²⁹.

In questa ottica, la previsione che però sanziona con l'estinzione il processo instaurato oltre il trimestre avanti al giudice provvisto di giurisdizione sarebbe un non senso, un equivoco foriero di suscitare per il futuro infinite dispute³³⁰.

E' facile prevedere che al radicale contrasto che già si profila in sede dottrina, seguirà un prassi applicativa non meno conflittuale.

E che dal possibile modo antitetico di leggere l'articolo 59 ridondino difformi soluzioni in merito a quesiti pratici via via più

³²⁸ I. Raiola, *op. cit.*

³²⁹ Cfr. M. Bove, *op.cit.*, 1300.

³³⁰ M. Bove, *op. cit.*, 1302-1303. Sulla necessità, poi, di intendere in senso elastico il termine riproporre utilizzato dal legislatore, alla luce dell'impostazione di Ricci cui aderisce Bove si è già detto retro in nota.

minuti non è dubbio. Basti pensare alla necessità, o meno, di conferire un nuovo mandato al difensore per chi intenda costituirsi e resistere anche nella causa promossa (o riassunta) da altri presso il giudice munito di giurisdizione. Alla efficacia, o meno, da riconoscere all'attività difensiva già dispiegata presso il giudice *a quo*, etc.

12. Ipotesi di una lettura selettiva delle singole disposizioni e del relativo campo di applicazione.

Vi è dunque da chiedersi se non vi sia una chiave di lettura dell'art. 59 che possa quantomeno contenere una conseguenza così poco desiderabile.

Il compito non è ovviamente alla portata del presente lavoro, ma a qualche considerazione in proposito non ci si può sottrarre. Avvertendo, tuttavia, che si tratta di valutazioni offerte con spirito fortemente perplesso e nella piena consapevolezza che gli esiti ipotizzati non sono meno criticabili rispetto all'approccio dalla dottrina sin qui segnalato che, forse con maggior coerenza, tra due vie decide di imboccarne una percorrendola in tutti i suoi corollari. E' però evidente che, dal punto di vista del metodo, la novella norma impone all'interprete di guardare al fenomeno rifuggendo dalla tentazione di sovrapporre con pretesa di assoluta identità concetti ed acquisizioni che sono stati elaborati sì sul terreno della *translatio*, facendo ad esso assumere i tratti di un istituto oramai tipico, ma applicato al tema della competenza civile. Questi concetti non debbono certo essere trascurati, ma occorre pur

convenire sul fatto che la novella normativa introduce un istituto nuovo, anche perché nuova è la materia su cui essa è chiamata ad incidere.

In secondo luogo, e la considerazione non trova ancora negli studiosi la valenza centrale che merita, la norma introdotta dalla legge n. 69/2009 è destinata ad operare in ordine a fenomeni indubbiamente eterogenei. Sicché al tentativo di appiattimento attraverso quella sorta di *reductio ad unum* che tanto piace ai sistematici, e che probabilmente era pure negli intendimenti della legge, si potrebbe forse contrapporre l'idea di tener separati alcuni aspetti della disciplina perché diverse sono le ipotesi.

In buona sostanza, vi è un'insopprimibile differenza tra il caso in cui ci si sia rivolti al giudice sbagliato, ma introducendo la domanda giusta, e quello in cui all'errore sul giudice si associ pure quello sulla domanda. E si deve tener pur presente che la prima ipotesi non ricorre solo in virtù dei sempre incerti confini della giurisdizione esclusiva, ma può riguardare tutta una serie di casi in cui la parte abbia ben colto la necessità di dar luogo ad un giudizio in senso lato impugnatorio, e comunque soggetto a termini decadenziali, ma abbia errato nell'individuare il giudice (es.: impugnazione di provvedimenti al g.a. anziché al Tribunale superiore delle Acque; opposizione a sanzioni avanti ad un giudice piuttosto che all'altro etc.). Ma è certo vero che in altri casi questa situazione non si produce, e l'esempio più tipico si verifica ove la parte abbia impugnato per annullamento un provvedimento amministrativo quando occorreva andare dal giudice civile per accertare un diritto.

Ora, nella connaturata imperfezione della tecnica legislativa era forse troppo pretendere che si confezionasse una norma da cui trasparisse evidente un differente trattamento in conseguenza di questa “ontologica” distinzione. Ma non è detto che all’interprete sia inibito un tentativo su questa strada.

Ma prima di procedere risolutamente in questa direzione gioverà aprire un inciso.

Se anche si volesse recidere profondamente la lettera della norma per piegarla ad una interpretazione unitaria e tutta nella chiave di un rapporto processuale che continua, il modello della *translatio* conosciuto dall’art. 50 c.p.c. si dimostra inadeguato, perché fatalmente conduce a concludere che si tratta della stessa domanda che viene riassunta senza poter essere mutata. E questa conclusione si rivela assai meno desiderabile rispetto al ben modesto vantaggio di appagare le ansie dottrinali che si agitano intorno alla questione, perché finirebbe per estromettere dal campo di applicazione dell’intero art. 59 una serie di casi che sembra lecito farvi rientrare. E ciò non tanto perché la latitudine generale di questo articolo rispetto alle questioni di giurisdizione traspare inequivoca, ma perché altrimenti il legislatore avrebbe tradito il mandato scolpito nella sentenza della Corte costituzionale n. 77/2007.

Se si volesse pertanto praticare la teorica della continuazione di un unico rapporto processuale, occorrerebbe iniziare ad indagare nelle pieghe del modello della riassunzione civile ove si annida un aspetto il cui studio è stato sino ad ora trascurato dalla dottrina.

Nel 1928 Chiovenda scriveva affermando che la difficoltà di configurare il rinvio al giudice ordinario di una causa iniziata al

Consiglio di Stato affermatosi a torto “competente”, per il medio della Cassazione, sarebbe stato un problema immaginario. La Cassazione nello statuire sulla giurisdizione avrebbe essa stessa cambiato l’oggetto del processo. Un’idea non dissimile, come qui a suo luogo segnalato, e precisamente nel senso della conversione dell’oggetto della domanda da parte della Cassazione, è stata manifestata da una recente dottrina, prima del 2007, proclive ad ammettere la *translatio* c.d. in verticale.

A suo tempo, nella presente sede, si è tratteggiato il peculiare modo in cui la *translatio* si manifesta nella disciplina del giudizio di rinvio a seguito della cassazione della sentenza per motivi diversi dalla giurisdizione o competenza. Le parti possono prendere nuove conclusioni se necessariamente consequenziali alla sentenza cassatoria. E per risolvere in mera apparenza un presunto contrasto tra giudizio di rinvio e riassunzione, la più progredita teorica ebbe a concludere che di riassunzione si poteva ancora discorrere perché l’oggetto del processo, a ben riflettere, non veniva modificato dall’atto della parte, ma dalla sentenza di cassazione.

Non ci vuol molto per intuire che i fautori di un lettura dell’art. 59 tutta in chiave di riassunzione dovrebbero portare la loro riflessione su questi spunti. Volendo astrarre un modello teorico, si potrebbe in effetti immaginare che l’oggetto del processo venga modificato dalla sentenza che declina la giurisdizione, quando la parte abbia errato sulla situazione soggettiva sostanziale da vantata. Il successivo atto sarebbe allora sempre riassuntivo e di mero impulso processuale. Modello che peraltro avrebbe pure il pregio di spiegare pianamente quali siano i limiti della fase processuale che continua

presso il giudice munito di giurisdizione, nel senso che la parte si potrebbe giovare dei benefici connessi a questa disciplina solo ove l'atto non travalichi i limiti del *thema decidendum* già modificato dalla sentenza sulla giurisdizione.

Insomma saremmo molto vicini a quella formula che il progetto Proto Pisani molto saggiamente proponeva negli anni 80, parlando di riassunzione con le modifiche e gli adattamenti *necessari*.

Ma è chiaro che un'esegesi in questa direzione, per quanto raffinata ed elegante, spiegherà forse come la teorica della riassunzione in astratto si pieghi al dialogo tra le giurisdizioni, ma si risolverà comunque nel fare *tabula rasa* della lettera della legge³³¹.

Se quindi si vuol cercare di diminuire la distanza tra ciò che all'interprete piacerebbe leggere nella norma e ciò che il legislatore ha scritto sembrerebbe più utile procedere in altra direzione.

Chiedendosi, appunto, se davvero tutte le disposizioni di questo articolo si applicano qualunque sia l'ipotesi, o se invece il legislatore non si sia ispirato all'idea che di riassunzione e continuazione del medesimo rapporto processuale è lecito parlare solo quando sia la stessa domanda a transitare tra i giudici.

L'art. 59 contiene certamente disposizioni deputate ad essere applicate a prescindere da ogni spartiacque.

Certamente lo è il comma 1, ove si impone al giudice che declina la giurisdizione di indicare il giudice nazionale che ne è munito. Così

³³¹ E' poi evidente che questa sorta di riconfigurazione teorica del meccanismo riassuntivo non risolve affatto i principali problemi applicativi che traspaiono leggendo la norma. Tanto per dirne uno, non è certo meglio delineando il modello teorico che si potrà sostenere che i casi di degradazione delle prove di cui tratta il comma 5 sono solo quelli di riassunzione tardiva.

deve dirsi in ordine alla natura vincolante e pan processuale delle sentenze rese dalla cassazione³³².

Non è detto però che tutte le disposizioni dettate da questo articolo debbano per forza di cose ritenersi applicabili quale che sia la vicenda considerata.

In particolare, il comma 4 reca una disposizione che non vi è motivo di non applicare nella sua letterale portata quando sia la medesima causa (leggi la stessa domanda) da far appunto trasmigrare al giudice munito di giurisdizione. Qui la tesi della continuazione del rapporto processuale è perfetta, sicché l'atto ben può essere inquadrato nella teorica dell'impulso processuale con tutto ciò che ne segue i termini di contenuto forma, di efficacia dell'originario mandato alle liti etc. Parimenti, se la riassunzione è tardiva, scatterà la sanzione della estinzione, e l'inciso secondo il quale l'estinzione impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda è un chiarimento che potrà pure ritenersi superfluo, ma che certo non dice cosa inspiegabile o contraria all'assunto³³³. Il legislatore, si potrebbe affermare, ha solo

³³² Sul punto è preferibile estendere la previsione anche a quei casi in cui la Cassazione pronuncia sulla giurisdizione a sezione semplice, ipotesi introdotta nel 2006 novellando l'art. 374 c.p.c. e di cui la lettera del comma 1 dell'art. 59 pare essersi scordato. In questo senso, A. Travi, *op. cit.*, 915; F. Cipriani, *La translatio tra giurisdizioni italiane*, cit., 251. *Contra*, M. Bove, *op. cit.*, 1303-1304.

³³³ Si potrà peraltro notare, che, nel contesto della vera *translatio*, di cui appunto il comma 4 si prospetta parli, non vi è alcun bisogno di discettare di effetto conservativo della domanda se vi è riassunzione tempestiva. Ed infatti la norma affronta la questione in negativo, per dire che questo effetto si perde con l'estinzione. Del resto, sempre nell'ottica della *translatio*, non vi è alcuna necessità di una previsione, quale contenuta nel comma 2, che mantiene ferme le decadenze intervenute. Essendovi una sola domanda introduttiva, gli effetti sostanziali e processuali della domanda decorrono per forza di cose dal momento della proposizione della domanda al giudice carente di giurisdizione.

deciso di rinviare per la disciplina del termine entro cui riassumere allo stesso termine di tre mesi disciplinato in altro comma e relativo a ben altra cosa, con una formula che, se si muovesse dalla premessa di una applicazione selettiva delle disposizioni della norma, è pure apprezzabile. Così perimetrato il campo applicativo del comma 4 si potrebbe a ragione pure concedere che la legittimazione a riassumere vada di pari passo con la natura di mero impulso processuale dell'atto perché in detta ipotesi il comma 2 non trova applicazione.

Diverso potrebbe infatti essere il campo di applicazione del comma 2.

Quando lo stesso rapporto processuale non può proseguire, perché la domanda da proporre al giudice giusto è diversa, saremmo fuori dal campo di applicazione del comma 4, ma appunto al comma 2 occorrerebbe guardare.

In tal caso, se l'introduzione del nuovo processo avviene entro il termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia sulla giurisdizione, gli effetti di questa seconda domanda retrodatteranno al momento della instaurazione del primo giudizio. In pratica, se è stato proposto erroneamente giudizio impugnatorio, l'interruzione della prescrizione connessa alla domanda poi proposta al giudice civile retrodatterà alla data del ricorso al Tar. Se è stato viceversa erroneamente proposta una citazione in sede civile, gli effetti

Se quindi la parte era già incorsa in decadenza dal potere di agire in quel momento la possibilità di far transitare il processo non potrebbe comunque mai incidere sulla oramai maturata decadenza. Con questo si vuol dire che il comma 4 potrebbe anche essere letto in assoluta autonomia rispetto al precedente comma 2, senza che con ciò si generi, sotto questo limitato profilo, una lacuna di disciplina.

connessi al ricorso poi proposto al giudice amministrativo retrodatteranno al momento della citazione avanti al giudice ordinario. E in questo caso, si potrebbe davvero limitare il senso dell'inciso a tenore del quale restano ferme le preclusioni e le decadenze intervenute, come una formula che da un lato dice una cosa già implicita nel fatto che gli effetti della seconda domanda retroagiscono al momento della prima (e non mai ad un momento anteriore ancora) e d'altro lato cancelli dalla lettera della disposizione l'equivoco riferimento alle preclusioni³³⁴.

Se poi la nuova domanda sarà (ri)proposta oltre il termine di tre mesi, il giudice, salvo quanto si chiarirà appena avanti, non dovrebbe dichiarare estinto questo *secondo* processo. Ma, avendo perso la parte il beneficio della retrodatazione, dovrà giudicare della domanda come pendente dalla data in cui gli è stata effettivamente proposta³³⁵.

A ben guardare, una lettura dell'art. 59 che in un certo qual modo separi il campo di applicazione del comma 2 da quello del comma 4 sembra persino suggerita dalla lettera della legge. Il comma 2, nello statuire che la domanda si ripropone con modalità e forme proprie del rito applicabile avanti al giudice adito per secondo, esordisce affermando "ai fini del presente comma". Di tal che il legislatore sembra almeno per un attimo persino consapevole del fatto che sta

³³⁴ Necessità su cui del resto concordano tanto le esegesi dell'articolo in chiave di "continuazione" (C. Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1268), tanto quelle che invece levano sulla frattura tra il primo ed il secondo processo (M. Bove, *op. cit.*, 1301).

³³⁵ Sicché, di fatto, il Tar (adito per secondo) dichiarerà irricevibile per tardività il ricorso. Se invece la domanda è da (ri)proporre al giudice civile non sempre saranno maturati i termini della prescrizione.

disciplinando qualcosa di diverso dalla riassunzione a cui dedica invece il comma 4.

L'ipotesi qui appena tratteggiata ha poi dalla sua il pregio di rendere sostenibile un'interpretazione certamente desiderabile del comma 5, ma che trova altrimenti un ostacolo insormontabile nella lettera della norma.

Separando nettamente i casi di nuova proposizione di domanda da quelli di riassunzione del medesimo processo, si potrebbe in effetti concludere che la degradazione delle prove ad argomenti di prova che il comma 5 prevede in ogni ipotesi di riproposizione della domanda non operi quando appunto, non di riproposizione si tratti, ma di riassunzione³³⁶.

A questo punto, occorre però vedere se nella complessiva disciplina dell'art. 59 non vi sia una qualche indicazione che vieta di praticare un'ipotesi di esegesi come quella che si va enucleando.

Sotto un primo profilo, l'idea di una autonoma disciplina delle due fattispecie appare fortemente ostacolata dal riferimento che il legislatore effettua nel comma 4 all'estinzione del processo se non vi è riassunzione (o questa è tardiva) con la contestuale precisazione che in tal caso è impedita la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

E ciò perché questa norma sembra figlia del principio secondo cui il processo rimane pendente pur dopo la declinatoria di giurisdizione passata in giudicato fino a che non si estingue. Principio che in apparenza sembrerebbe non tollerare un'applicazione variabile a seconda dei casi e con il quale occorre fare quindi i conti anche

quando avanti al secondo giudice si debba proporre una domanda diversa³³⁷.

Ma forse l'ostacolo non è insuperabile.

In primo luogo il dilemma si dipana senza difficoltà se si abilitasse una certa lettura dell'inciso iniziale del comma ove connette l'estinzione del processo alla “inosservanza dei termini *fissati* ai sensi del presente articolo *per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio*”. La lettera della disposizione è perfettamente compatibile con l'idea che onera il giudice che declina la giurisdizione (ivi compresa la cassazione quando la statuisce) di stabilire se il processo possa essere riassunto o meno (e ciò dipenderà dalla necessità o meno di mutare la domanda). In altre parole nel solo caso in cui il rapporto processuale possa proseguire inalterato presso il giudice munito di giurisdizione, il giudice che la declina avrebbe pure l'onere di indicare in sentenza che il processo può essere riassunto presso il giudice indicato nei termini di cui all'art. 59 l. n. 69/2009. Da ciò ne seguirebbe che solo in questo caso la lite si potrà considerare ancora pendente dopo il passaggio in giudicato della declinatoria. Diversamente, se il rimedio all'errore sulla giurisdizione necessita pure di modifica della domanda, il giudice che declina dovrebbe limitarsi ad indicare il giudice che ritiene munito di giurisdizione. Con il passaggio in

³³⁶ In tale ultimo caso si potrà pure affermare che l'attività istruttoria compiuta mantiene integra la sua efficacia.

³³⁷ Si intende con questo dire che stando ad una prima lettura del comma 4 sembrerebbe difficile pensare che il processo resti pendente per tre mesi pur dopo la declinatoria ovvero la litispendenza si chiuda con essa, a seconda che la parte riassuma o che, viceversa, proponga una nuova domanda.

giudicato della declinatoria cessa così pure la pendenza del processo ed un problema di estinzione *ex* comma 4 non si porrà.

Ma se anche si ritenesse di respingere questa idea, vi sarebbero comunque argomenti per elidere quell'apparente assorbimento della fattispecie contemplata dal comma 2 nella disciplina del comma 4 che pare ostare ad una netta distinzione.

L'assunto che il primo processo penda sempre dopo la declinatoria e fino a tre mesi dal suo giudicato, non deve deviare l'interprete dal considerare che la pendenza di questa lite non è di ostacolo a che se ne instauri una nuova con una domanda diversa.

Si supponga che la parte abbia erroneamente impugnato un atto al Tar chiedendone l'annullamento quando invece doveva proporre azione di accertamento al giudice ordinario. La declinatoria di giurisdizione del Tar viene lasciata passare in giudicato. Entro tre mesi la parte provvede a notificare citazione avanti al giudice civile chiedendo l'accertamento del diritto. Ovviamente, un problema di litispendenza *ex* art. 39 c.p.c. nemmeno è da porsi giacché la seconda domanda è diversa dalla prima. Ora, nulla vieta di immaginare che il giudice constati che non vi è riassunzione (ne vi poteva essere, trattandosi di una domanda diversa) e dichiarare pure estinto il *primo* processo. In questo secondo e diverso processo, stando al comma 4, si dovrebbe dire che non si conservano gli effetti sostanziali e processuali della domanda. Ma di quale domanda?

Parlando di conservazione la legge inibisce certo che si conservino, cioè che mantengano nel secondo processo efficacia, gli effetti della prima domanda. Ma non vieta affatto di pensare che si

produca quella retroazione degli effetti della seconda di cui tratta il comma 2 dell'art. 59.

In verità un fermo assai più consistente a praticare una tesi "eclettica" rispetto a quelle sino ad ora profilate dalla dottrina sembra piuttosto risiedere nella disciplina dettata dal comma 3 dell'articolo in esame e comunque dal trattamento che il legislatore introduce in ordine al tema della portata della sentenza resa dal primo giudice sulla giurisdizione.

Ora, se nel corso del processo che si celebra avanti al plesso giurisdizionale "sbagliato" interviene una sentenza della cassazione sulla questione di giurisdizione (sia essa sollecitata a mezzo di regolamento preventivo, sia essa resa a seguito dell'ordinario sistema di impugnazioni) non dovrebbero sorgere particolari questioni. Tanto le parti quanto il diverso giudice individuato dalla Corte si debbono ritenere vincolati a detta individuazione, sicché la questione di giurisdizione non può più essere sollevata.

Ma se la Corte non fosse stata sollecitata la lettera dell'articolo pone un rilevante problema.

Si pensi molto semplicemente al caso in cui, ricevuta la declinatoria del giudice amministrativo di primo grado, le parti la lascino passare in giudicato.

A questo punto se si tratta di riassumere il processo (ad es. perché l'attore ha travisato sul confine della giurisdizione esclusiva) ogni questione sembra trovare agevole riferimento nel comma 3, ove si afferma che "il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio, con ordinanza, tale questione". E ciò è perfettamente armonico con quanto già ampiamente qui analizzato

in tema di competenza e di combinato tra gli artt. 44, 45 e 50 c.p.c. Nell'ottica di un unico processo che continua, la sentenza resa dal primo giudice va a costituire giudicato endoprocessuale anche per la parte in cui "indica" la giurisdizione del secondo, sicché alle parti è certamente inibita ogni ulteriore contestazione avanti al giudice *ad quem*. Il potere attribuito al secondo giudice di sollevare d'ufficio la questione avanti alla cassazione è invece uno strumento particolare fornito a costui per superare il giudicato.

Ma se non si tratta di riassumere il processo, quanto di instaurarne altro *ex* comma 2 (perché l'attore ha ravvisato un interesse legittimo dove c'era un diritto), un atteggiamento interpretativo che voglia conservare un minimo di dignità con le premesse porta seriamente ad un dubbio.

Il comma 2 dice che "nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione". Sicché non vi sarà difficoltà a concludere che se vi è proposizione della domanda tempestiva, le parti non potranno contestare la giurisdizione del secondo giudice. Ma tale comma nulla dice in merito al giudice. E del resto il successivo comma 3 regola letteralmente solo l'ipotesi in cui la causa sia riassunta. Se pertanto si volesse praticare con coerenza la strada di una applicazione selettiva delle disposizioni contenute nell'articolo 59 e necessariamente ancorata al significato letterale dei termini usati dal legislatore, se ne dovrebbe concludere che, in tale ipotesi, il giudice sia ben libero di rendere una seconda sentenza declinatoria di giurisdizione. Con la conseguente possibilità di dar poi corso alla denuncia del conflitto negativo di cui all'art. 362, comma 2, c.p.c.

Ora non è che una simile evenienza costituisca uno scandalo, ma non vi è bisogno di spendere molte parole per rilevare quanto questo esito sia lontano dalla scelta di politica legislativa che sta alla base della disciplina di cui all'art. 59. Ove, verosimilmente, vi riposa anche la volontà di prevenire in ogni caso l'insorgenza di un conflitto reale negativo di giurisdizione.

Si potrebbe certo ricorrere all'espedito che leva sulla applicazione analogica del comma 3 dell'art. 59 anche per detta ipotesi, imponendo così al giudice di sollevare la questione avanti alla cassazione.

Ma è chiaro che se, attraverso l'analogia, si autorizza l'applicazione di un aspetto di disciplina quando il legislatore parla di riassunzione al caso invece di riproposizione, si finisce per minare in radice il costrutto di una complessiva lettura dell'art. 59 l. n. 69/2009 che al contrario riposa proprio sulla supposizione che il legislatore abbia voluto assegnare a termini diversi un significato diverso.

BIBLIOGRAFIA

Acone M., *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Verde-Vaccarella, Torino, 1997, I, sub art. 50.

Albini A., *L'introduzione del processo dinanzi al giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 41 ss.

Alessi R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1960.

Allorio E., *Rigetto della domanda e reviviscenza della prescrizione*, in *Riv.dir.proc.civ.*, 1935, II, 225 ss.

Andolina I., *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1993, V, 65 ss.

Andreani A., *La competenza per territorio dei tribunali amministrativi regionali*, Milano, 1974.

Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1941, I.

Andrioli V., *Sulla efficacia dei criteri di competenza sopravvenuti*, in *Foro it.*, 1942, I, 962 ss.

Andrioli V., *L'appello avanti a giudice incompetente e l'art. 450 cod. proc. civ.*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 241 ss.

Andrioli V., *Sulla interruzione sospensione della prescrizione del diritto controverso*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 618 ss.

Andrioli V., *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1622 ss.

Andrioli V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.

Annicchino R., *Note sul regolamento di competenza d'ufficio*, in *Dir. e giur.*, 1990, 601 ss.

Arieta G., *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990.

Attardi A., *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 142 ss.

Attardi A., *Diritto processuale civile*, Padova, 1999, I.

Azzariti G., *Della competenza e del regolamento di competenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 81 ss.

Azzariti G.-Scarpello G., *Della decadenza*, in part. sub. art. 2964 ss., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1964.

Balbi C. E., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983.

Balbi C. E., *Incostituzionalità dell'impugnazione proposta e decadenza dal diritto di impugnare*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 696 ss.

Balena G., osservazioni a Cass., sez. lavoro, 9 dicembre 1981, n. 6515, in *Foro it.*, 1982, I, 1997 ss.

Barbareschi L., *Impugnazione per nullità di sentenza arbitrale avanti un giudice incompetente*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, 227 ss.

Benvenuti B., *Giustizia amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XIX, 589 ss.

Betti E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma 1936.

Bertonazzi L., *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa: una primissima lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 830 ss.

Bianchi D'Espinosa L.-Baldi A., *Estinzione del processo. Diritto processuale civile* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1966, XV, 916 ss.

Bongiorno G., *Il regolamento di competenza*, Milano, 1970.

Bonsignori A., *Problemi dibattuti in tema di riassunzione del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1063 ss.

Bove M., *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1295 ss.

Briguglio A., in *Codice di procedura civile commentato (aggiornamento)*, a cura di Vaccarella-Verde, sub. art. 392 ss. Torino, 2001.

Buoncrisiani D., *Giurisdizione, competenza, rito e merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 151 ss.

Cacciavillani C., *Translatio iudicii tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *giustamm.it*. poi pubblicato in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1023 ss.

Caianiello V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2004.

Calamandrei P.-Furno C., *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1958, II, 1053 ss.

Camber R., *Rapporti tra competenza e merito*, Padova, 1958.

Cammeo F., *La efficacia di un ricorso al consiglio di Stato diretto ad una sezione incompetente* in *Giur. it.*, 1909, III, 170 ss.

Cammeo F., *La competenza giudiziaria su rapporti fra concessionari di pubblici servizi e loro impiegati* in *Giur. it.*, 1909, III, 448 ss.

Cammeo F., nota a Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 1932, in *Giur. it.*, 1933, III, 1 ss.

Cantucci M., *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.

Caracciolo La Grotteria A., *La riassunzione del processo amministrativo*, Milano, 1988.

Carbellotto E., *Dell'appello proposto avanti un giudice incompetente*, in *Annuario della procedura civile*, diretto da E. Cuzzeri, Verona 1884, 16 ss.

Carnicini T., *Ricordo di tre magistrati (Giuseppe Azzariti – Dino Mandrioli – Leopoldo Conforti)*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1963, 1273 ss.

Carnelutti F., *Appello davanti a giudice incompetente*, in *Dir. comm.*, 1918, I, 165 ss.

Carnelutti F., *Progetto del codice di procedura civile, I. Del processo di cognizione*, Padova, 1926.

Carnelutti F., *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.

Carnelutti F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941.

Carnelutti F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1942, I.

Carnelutti F., *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma 1956, II.

Carnelutti F., *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 490 ss.

Cassarino S., *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza, II. Lo svolgimento del giudizio*, Milano, 1987.

Cerino Canova A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973.

Chiarloni S., *Appello. I) Diritto processuale civile, Enc. giur.*, Roma, 1988, II, 1 ss.

Chiovenda G., *Sulla divisione della magistratura in sezioni. Effetti del ricorso diretto a una sezione incompetente del Consiglio di Stato*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I, 319 ss.

Chiovenda G., *La Corte di Cassazione come giudice della competenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I, 339 ss.

Chiovenda G., *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1931, II, 375 ss.

Chiovenda G., *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in *Saggi di diritto processuale civile*, a cura di A. Proto Pisani, Milano, 1993, II, 1 ss.

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

Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934.

Cipriani F., *Il regolamento di competenza nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 236 ss.

Cipriani F., *Il regolamento facoltativo di competenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 488 ss.

Cipriani F., *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1977.

Cipriani F., *Riparto di giurisdizione e < translatio iudicii >*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 729 ss.

Cipriani F., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69). I La translatio tra giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, 2009, V, 249 ss.

Clarich M., *Un istituto operativo anche in caso di errore*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 13, 106 ss.

Colonna G.-Quaranta R., *Osservazioni e proposte relative al disegno di legge n. 2246*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 619 ss.

Conso G., *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 110 ss.

Consolo C., *Il reclamo cautelare e la "parità delle armi" ritrovata*, nota a Corte cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 409 ss.

Consolo C.-Luiso P.-Sassani B., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996.

Consolo C., *Processo cautelare e regolamento di competenza fra art. 42 ed art. 45 c.p.c. (ossia "in seconda battuta")*, nota a Cass., 12 giugno 1997, n. 5264, in *Giur. it.*, 1998, 12 ss.

Consolo C.-De Cristofaro M., *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.*, 2007, 745 ss.

Consolo C., *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1267 ss.

Cristofolini G., *Effetti della cassazione sui poteri del giudice che ha pronunciato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 143 ss.

Cuzzi E., *Il codice italiano di procedura civile*, Verona, 1877, II.

D'Alessio F., *Rapporti e conflitti fra le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Milano, 1912.

D'Alessio F., nota a Cass., Sez. un., 12 dicembre 1914, in *Foro it.*, 1915, I, 336 ss.

D'Alessio F., nota a Cass., Sez. un., 7 gennaio 1918, in *Foro it.*, 1918, I, 193 ss.

De Francesco G. M., *Sulla nullità del ricorso alle Sezioni Giurisdizionali del Consiglio di Stato*, in *Foro amm.*, 1931, IV, 85 ss.

Deiana G., *L'atto interruttivo della prescrizione nel campo del processo di ingiunzione*, in *Studi in onore di F. Messineo*, Milano, 1959, I, 115 ss.

Della Pietra L., nota a Cass., 14 aprile 1994, n. 3505, in *Foro it.*, 1995, I, 2229 ss.

Delle Donne C., *Ancora sugli effetti della pronuncia sulla giurisdizione a carico del processo: la Cassazione si misura con i profili applicativi*, in *judicium.it*.

Di Nanni L., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Vaccarella-Verde, sub. art. 392 ss., Torino, 1997, II.

D'Onofrio P., *Sui rapporti fra la estinzione del processo e la decadenza: una massima (poco) consolidata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 793 ss.

D'Onofrio P., *Commento al codice di procedura civile*, Torino, 1957, I.

Enrico P., *Dell'appello a giudice incompetente*, in *Annuario della procedura civile*, diretto da E. Cuzzi, Verona, 1888, 18 ss.

Fadda C. – Bensa P. E., *Bernardo Windscheid – Diritto delle pandette*, Torino, 1926, vol. IV.

Fagiolari G., *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, II, 285 ss.

Finocchiaro G., *Necessario un intervento del legislatore per chiarire le modalità di riassunzione*, in *Guida al diritto*, 2007, n. 13, 100 ss.

Forti U., *Un punto fermo: prescrizione e non decadenza nelle questioni patrimoniali in sede di giurisdizione esclusiva*, in *Riv. pubbl. imp.*, 1941, 209 ss.

Franchi G., *Del difetto di giurisdizione, dell'incompetenza e della litispendenza*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio E., Torino, 1973, I, 363 ss.

Gallo C. E., *La translatio iudicii nei rapporti tra giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 910 ss.

Gasperini M. P., *Il sindacato della cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002.

Giacobelli G., *Alcune osservazioni in tema di ricorso ad autorità incompetente per errore scusabile*, in *Foro. It.*, 1933, III, 72 ss.

Gianzana S., *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. Cuzzi, Verona, 1884, 9 ss.

Guicciardi E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957.

Iannicelli L., *Domanda cautelare in corso di causa ed incompetenza del giudice di merito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 745 ss.

Invrea F., *Contro il concetto dei presupposti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 100 ss.

La Farina C., *Effetti dell'estinzione del processo sui diritti soggetti a decadenza*, Studi in onore di E. Eula, Milano, 1957, II, 182 ss.

Lener A., *Regolamento d'ufficio e declinatoria del giudice della riassunzione*, in *Foro. it.*, 1958, I, 900 ss.

Liebman E. T., *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1952.

Liebman E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1974, II.

Lipari M., *La translatio del processo nel disegno di legge governativo approvato dalla Camera dei Deputati, (as- 1082): certezze e dubbi*, in giustamm.it.

Liuzzi B., *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.

Lomonaco B., *Se, in sede amministrativa, il ricorso innanzi ad Autorità incompetente produca «sospensione» ovvero «interruzione» del termine*, in *Giust. amm.*, 1898, IV, 49 ss.

Luiso F. P., *Diritto processuale civile*, Milano, 1997, IV.

Majorana G., *La prescrizione in materia di commercio*, Torino, 1912.

Mandrioli C., *Presupposti processuali*, in *Nov. Dig. It.* (voce), Torino, 1966, XIII, 785 ss.

Mandrioli C., *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2003, III.

Mandrioli C., *Corso di diritto processuale civile*, ed. minor, Torino, 2009, I.

Massari A., *Del regolamento di giurisdizione e di competenza*, in *Commentario al codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, Torino, 1973, I, 424 ss.

Mattirolo L., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, III ed., 1885.

Mattirolo L., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, V ed., 1904.

Minestrina F., *Il processo avanti a giudice incompetente e la condanna alle spese*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, II, 213 ss.

Minestrina F., *Il nuovo codice di procedura civile*, Commentario diretto da M. D'Amelio, Torino, 1943.

Modica I., *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, Torino, 1906, I.

Modica I., *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, Torino, 1909, II.

Modica I., *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, Torino, 1915, III.

- Monteleone G., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000.
- Montesano L.-Arieta G., *Diritto processuale civile*, Torino, 1998, III.
- Mortara L., *Appello civile* (voce), in *Digesto italiano*, Torino, 1890, III, 2, nn. 1126 ss.
- Mortara L., *Dell'appello proposto innanzi a giudice incompetente*, in *Giur. it.*, 1904, I, 2, 605 ss.
- Mortara L., *Commentario del Codice e delle leggi di Procedura Civile*, I ed., Milano, s.d.
- Mortara L., *Commentario del Codice e delle leggi di Procedura Civile*, IV ed., Milano, 1923.
- Nigro M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1970, 715 ss.
- Nigro M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983.
- Olivieri G., *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 688 ss.
- Orlando V. E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, III.
- Oriani R., *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977.
- Oriani R., nota a Cass., sez. III, 21 novembre 1981, n. 6227, in *Foro it.*, 1982, I, 1091ss.
- Oriani R., *La «perpetuatio iurisdictionis»* (art. 5 c.p.c.), in *Foro it.*, 1989, V, 35 ss.
- Oriani R., *Il nuovo testo dell'art. 38 c.p.c.*, in *Foro it.*, 1991, V, 334 ss.

Oriani R., *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro. It.*, 2004, V, 9 ss.

Oriani R., *Ancora sulla translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale*, in *Corr. Giur.*, 2004, 1187 ss.

Oriani R., *Giudice ordinario, giudice speciale, “translatio iudicii”?*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1463 ss.

Oriani R., *E' possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, 1013 ss.

Pacifici-Mazzoni E., *Istituzioni di diritto civile*, V ed., Torino, 1928, vol. II.

Pagano M., *Effetti delle sentenze d'incostituzionalità di norme processuali: nuovi profili*, in *Foro it.*, 1983, I, 1294 ss.

Pagano M., *Ancora sugli effetti della dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 26 l. fall.*, *Foro it.*, 1983, I, 2708 ss.

Pandolfelli G.-Scarpello G.-Stella Richter M.-Dallari G., *Codice civile, Libro della tutela dei diritti*, Milano, 1943.

Pappalardo N., *In tema di notifica del ricorso ai controinteressati*, in *Giur. it.*, 1941, III, 81 ss.

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

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

Piras A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962.

Pisanelli G., *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, Torino, 1862, IV.

Porcelluzzi D., *Sull'effetto conservativo dell'opposizione di terzo proposta a giudice incompetente*, in *Dir. e giur.*, 1980, 894 ss.

Presutti E., nota a Cass., sez. I, 20 febbraio 1933, in *Foro it.*, 1933, 1784 ss.

Proto Pisani A., *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e di competenza*, in *Foro it.*, 1984, V, 89 ss.

Proto Pisani A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.

Proto Pisani A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002.

Provinciali R., *Sistema delle impugnazioni civili*, Padova, 1943.

G. Pugliese, *La prescrizione nel diritto civile. I La prescrizione acquisitiva*, IV ed., Torino, 1921.

G. Pugliese, *La prescrizione nel diritto civile. II. La prescrizione estintiva*, IV ed., Torino, 1924.

G. Pugliese, *Rescissione di vendita e domanda a giudice incompetente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 286 ss.

Quadri R., *Domanda giudiziale all'estero e prescrizione*, in *Giur. it.*, 1947, I, 235 ss.

Raiola I., *Translatio iudicii e modalità di riassunzione del processo*, in giustizia-amministrativa.it.

Ranelletti O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937.

Rapisarda Sassoon C., *Il nuovo processo cautelare*, in *Le riforme della giustizia civile*, a cura di M. Taruffo, Torino, 1993.

Rascio N., *In tema di competenza funzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 133 ss.

Raselli A., *Appello a giudice incompetente e decorrenza del termine per appellare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 58 ss.

Redenti E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938.

Redenti E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1949, II.

Redenti E., *Diritto processuale civile*, Milano 1957, II.

Ricci E. F., *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 693 ss.

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

Ricci F., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, 1879, vol. V.

Riva Crugnola E., *Errore III) Errore scusabile –dir. proc. amm.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XIII.

Rocco U., *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1966, III.

G. Roehrsen G., *Notifica del ricorso giurisdizionale amministrativo ai controinteressati*, in *Foro amm.*, 1940, IV, 1 ss.

Roma U., in *Commentario breve al codice civile a cura di G. Cian*, sub. artt. 2964 ss., Padova, 2009.

Romano A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958.

Ruggeri E., *Il principio di consumazione dell'impugnazione: origine ed applicazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1009 ss.

Sabbatini G., *Commento alle leggi sulla espropriazione per pubblica utilità e sul risanamento*, Torino, 1891, II.

Saitta F., *Il regime delle preclusioni nel processo amministrativo tra ricerca della verità materiale e garanzia della ragionevole durata del giudizio*, in giustizia-amministrativa.it.

Saletti A., *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981.

Saletti A., *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 355 ss.

Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, 13 ed., Napoli, 1982.

Santoro Passarelli F., nota a Cass., sez. II, 5 maggio 1931, in *Foro it.*, 1931, I, 663 ss.

Saredo G., *Istituzioni di procedura civile*, Firenze, 1876, II.

Satta S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1960, II.

Scaduto G., *Sugli effetti c.d. conservativi della domanda davanti a giudice incompetente*, in *Studi di diritto processuale in onore di Chiovena*, Padova, 1927, 737 ss.

Segrè T., *Requisiti essenziali dell'atto di appello*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, II, 114 ss.

Sepe O., *L'errore scusabile nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1958, 675 ss.

Siciliani T., *Sugli effetti dell'appello proposto davanti a giudice incompetente*, in *Giur. it.*, 1904, IV, 190 ss.

Sigismondi G., *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 813 ss.

Soprano R., *La rimessione in termini per errore scusabile nel procedimento innanzi al Consiglio di Stato*, in *Rass. dir. pubb.*, 1950, II, 586 ss.

Stella Richter P., *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970.

Stella Richter P., *La competenza territoriale nel giudizio amministrativo*, Milano, 1975.

Stile G., *Effetti della estinzione del processo sulla decadenza*, in *Dir. e giur.*, 1948, 323 ss.

Tarzia G., *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente*, in *Giur. it.*, 1963, I, 2, 119 ss.

Tarzia G., *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972.

Tarzia G. (a cura di), *Il progetto di riforma organica del processo civile - Le disposizioni generali*, Atti del convegno nazionale organizzato dalla camera civile, Milano, 18-19 aprile 1997, Milano 1998.

Tedeschi V., *In tema di errore scusabile per adizione d'autorità incompetente*, in *Foro amm.*, 1930, IV, 86 ss.

Tedeschi V., *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948.

Tedeschi V., *Decadenza. Diritto e procedura civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, 770 ss.

Travi A., *Le novità della legge 18 giugno 2009, n. 69. La nuova disciplina della translatio iudicii*, in *Urb. App.*, 2009, 913 ss.

Vaccarella R., *Inattività della parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975.

Vaccarella R., *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.*, 1995, II, 511 ss.

Vaccarella R., *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *federalismi.it.n.* 23/2008, poi pubblicato in *Giur. It.*, 2009, 412 ss.

Vanz M. C., *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008.

Vanz M. C., *Brevi osservazioni sul recupero istruttorio nel disegno di legge 1441-bis B*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 725 ss.

Verde G., *Il disegno di legge n. 2246 presentato al senato dal ministro reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 633 ss.

Verde G., *Appunti sul procedimento cautelare*, in *Foro it.*, 1992, V, 432 ss.

Virga P., *Diritto amministrativo*, Milano, 1995, II.

Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1939, II.

Zanzucchi M. T., *Diritto processuale civile*, Milano, 1964, I.