

Indice

Introduzione	7
Capitolo 1: Origini del regolamento di giurisdizione	
1. La genesi della questione di giurisdizione	10
2. Il tramonto dei conflitti di attribuzione nel processo e l'affermarsi del conflitto di giurisdizione	24
3. La questione di giurisdizione	25
4. I rapporti entro cui si manifesta la questione di giurisdizione	27
5. Ricognizione conclusiva dei rapporti in cui si manifesta la questione di giurisdizione	30
6. La dinamica della questione di giurisdizione nello svolgimento del processo e la sua stabilizzazione	32
7. Il regolamento di giurisdizione	34
8. La funzione del regolamento	35

9. Il regolamento come mezzo di impugnazione?	40
10. Ricognizione conclusiva dell'istituto in esame	40
Capitolo 2- Parte I: Evoluzione dell'istituto	
1. Ratio ispiratrice della riforma del '90	42
2. L'uso distorto dell'istituto	42
3 Il Procedimento	46
3.1 Forma e contenuto dell'istanza di regolamento	47
4. Le posizioni della dottrina dopo la riforma del '90	50
5. I Commenti alla legge 353/90 – Andrea Proto Pisani	50
6. Segue.. Commento alla legge 353/90 – G. Balena	51
7. Il progressivo allungamento del raggio di applicazione dell'istituto	54
8. Le Sezioni Unite riscrivono l'art 41 cpc	55
9. Sviluppi interpretativi dopo la modifica normativa	58
10. L'obiettivo e le argomentazioni dell'interprete	59
11. Attuale assetto interpretativo	61

12. Il dies ad quem: determinazione secondo una lettura più rispondente al dato normativo 65

13. Preventività della proposizione regolamento 66

Capitolo 2- Parte II: La questione di giurisdizione e i rapporti con il giudicato

1. La questione di giurisdizione e i rapporti con il giudicato 67

2. Orientamento delle Sezioni Unite 68

3. La svolta: Cass. Sez. Un. 2008/2488
69

4. Giudicato implicito, presupposti processuali e acquiescenza 71

5. Un Principio limita la regola: La ragionevole durata del processo
quale “Asse portante” della nuova lettura dell'art 37 75

6. Il bilanciamento tra precostituzione per legge del giudice naturale e ragionevole durata del processo 76

7. Le ragioni che hanno indotto le SU a sacrificare la lettera
dell'art. 37 c.p.c 77

8. Legge 69/2009 : Regolamento di giurisdizione d'ufficio e translatio iudicii	78
9. Decisione sulla questione di giurisdizione	80
10. La translatio tra giurisdizioni italiane	81
11. Le soluzioni immaginabili, non sono poche	87
12. La salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda	88
13. Il regolamento di giurisdizione d'ufficio	89
14. Riforma del 2009 e rapporti con la precedente disciplina	90
15. Inosservanza dei termini per la riassunzione	92
16. La sorte delle prove	92
17. Ambito di applicazione della translatio iudicii: applicabilità anche fuori del giudizio di cognizione ed in particolare nei procedimenti cautelari?	93
18. Conclusioni	95

Capitolo 3 - La giurisprudenza sul regolamento di giurisdizione

1. Cassazione civile sez. un. 22/03/1996 n°2466	96
1.1 Riassunto in fatto	115
1.2 Riassunto in diritto	116
1.3 Commento alla sentenza: F. Cipriani	119
2. Cassazione civile: sent. 22/02/2007 n°4109	122
2.1. Riassunto in fatto	141
2.2 Riassunto in diritto	142
3. Sent. Corte Costituzionale del 12/03/2007 n° 77	146
3.1 Riassunto in fatto	163
4. Cassazione, ss. uu., 22 novembre 2010, n. 23596	167
4.1 Riassunto in fatto	177
4.2 Riassunto in diritto	177
4.3 Commento all'ordinanza- C. Consolo	180
Bibliografia	182

Introduzione: La Giurisdizione

In applicazione del principio della divisione dei poteri, la giurisdizione costituisce una delle tre funzioni fondamentali dello Stato, insieme a quella legislativa e amministrativa.

In senso specifico, è la quantità di potere attribuita ad un determinato ordine di giudici (ordinari e speciali, civili, penali o amministrativi) di decidere la domanda giudiziale proposta. La giurisdizione trova fondamento nella Carta costituzionale, in cui si stabilisce all'art. 24 che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi: quest'affermazione oltre a fondare il principio della domanda di parte, delinea il fine della giurisdizione che consiste nel realizzare l'attuazione processuale dei diritti. L'ordinamento italiano è ispirato al principio dell'unicità della giurisdizione secondo il quale la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario (l'art. 102 Cost.); nello stesso tempo, vi sono tuttavia alcune deroghe, in particolare vi sono casi tassativamente previsti in cui la funzione giurisdizionale può essere esercitata, da magistrati speciali, anche se permane al contempo il divieto di istituirne di nuovi (art 102 2° comma Cost). I magistrati speciali sono: il Consiglio di Stato e altri organi di giustizia amministrativa per la tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi; la Corte dei conti, nelle materie di

contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge; i tribunali militari, che, in tempo di guerra, hanno la giurisdizione nei casi stabiliti dalla legge e, in tempo di pace, per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate; il Tribunale superiore delle acque pubbliche, nelle controversie relative al regime delle acque pubbliche; le commissioni tributarie, in materia tributaria. La giurisdizione costituisce un presupposto processuale, la cui mancanza impedisce al giudice di decidere il merito della lite, dovendo egli chiudere il processo in rito per la presenza del vizio di carenza del potere giurisdizionale. L'art 1 cpc "salvo speciali disposizioni di legge" attribuisce l'esercizio della giurisdizione civile ai giudici ordinari; si tratta dunque di stabilire quali siano i casi in cui si fa eccezione a tale regola: quali siano cioè i limiti alla giurisdizione del giudice ordinario. I limiti in questione sono desumibili dall'art 37 cpc nonché dagli artt. 3-11 della legge 218/95 di riforma del diritto internazionale privato.

In particolare, si ha difetto di giurisdizione in materia civile quando:

- La giurisdizione spetta a un giudice speciale
- Si ha difetto di giurisdizione assoluto quando la materia oggetto della lite appartiene alle funzioni esclusive della pubblica amministrazione
- La giurisdizione spetta al giudice straniero (l. n. 218/1995).

La misura dell'incidenza che la questione di giurisdizione ha sul processo si coglie anche nella previsione di un mezzo specifico, estraneo al sistema dei gradi di giudizio, utilizzabile per risolvere la

questione: il regolamento preventivo di giurisdizione, di cui all'art. 41 c.p.c..

Il regolamento preventivo di giurisdizione è strumento atto ad evitare che si proceda dinanzi ad un giudice sfornito di giurisdizione, per tale motivo questo strumento ha una funzione di economia processuale.

La successiva trattazione sarà caratterizzata dallo studio di questo particolare strumento, della sua funzione all'interno del processo e della sua evoluzione alla luce degli interventi legislativi e giurisprudenziali in materia.

Capitolo 1: Origini del regolamento di giurisdizione

1. La genesi della questione di Giurisdizione:

Il significativo evento dell'istituzione di un organo giurisdizionale quale la Corte di Cassazione il cui compito era quello di occuparsi del rispetto della legge da parte dei giudici, con raggio di azione su tutto il territorio italiano, realizzò l'attuazione del principio illuministico della divisione dei poteri e dunque il definitivo distacco del potere legislativo da quello giudiziario. I principi illuministici avevano ispirato l'idea che tutti i cittadini fossero uguali dinanzi alla legge senza distinzioni di sorta.

Tuttavia l'assemblea nazionale francese per evitare sconfinamenti del giudiziario sull'esecutivo affidò allo stesso Tribunal de cassation la soluzione dei conflits de juridiction. C'è da ricordare che sia in Francia che negli stati italiani preunitari vi erano i tribunali del contenzioso amministrativo che si occupavano delle cause riguardanti l'amministrazione; con un'ordinanza del 1828 in Francia si pose fine agli abusi della pubblica amministrazione mediante l'indicazione di regole e la fissazione di termini. Accennare la questione francese è utile poiché essa fu fonte di ispirazione per le vicende italiane di quel periodo che condizioneranno la futura disciplina dei conflitti di giurisdizione.

Il ministro Urbano Rattazzi con il d.l. 3780/1959 tramutato in legge (legge Rattazzi) indicava due ipotesi di conflitti di giurisdizione e tre casi di conflitti di attribuzione.

I conflitti di giurisdizione erano previsti:

- Agli artt. 1 e 2, che un tribunale ordinario si occupasse di una questione riservata ai tribunali del contenzioso amministrativo
- All'art 16 allorché sia il tribunale ordinario che quello del contenzioso amministrativo si dichiarassero incompetenti a conoscere della controversia.

I tre casi di conflitti di attribuzione previsti dalla legge erano:

- L'ipotesi che l'autorità giudiziaria si occupasse di questioni riservate alla determinazione discrezionale dell'autorità amministrativa.
- L'ipotesi che un tribunale del contenzioso amministrativo si occupasse di questioni riservate alla determinazione discrezionale dell'autorità amministrativa.
- L'ipotesi che sia l'autorità giudiziaria che quella amministrativa si dichiarassero incompetenti a statuire sullo stesso ricorso.¹

Dopo l'unificazione d'Italia la legge Rattazzi non resse, crollò di fronte all'esigenza di eliminare la dipendenza dei giudici dall'esecutivo, che non garantiva il corretto funzionamento dell'attività giurisdizionale. L'attacco al sistema si fondava principalmente sul fatto che i giudici sul contenzioso amministrativo intervenissero nei poteri discrezionali

¹ Così, il regolamento di giurisdizione, Franco Cipriani, 1981

del giudice per cui oltre ai diritti venivano tutelati anche degli interessi che si definivano semplici, in spregio alla separazione dei poteri.

Il concetto che si voleva sottolineare era che l'uguaglianza davanti alla legge fosse anche della pubblica amministrazione e si voleva porre fine agli intollerabili privilegi di cui questa godeva.

In questi anni il Minghetti presentò un progetto di legge ispirato al sistema belga di giurisdizione unica. La proposta dopo alterne vicende andò in porto e sfociò nella legge n° 2248 all E del 1865 con la quale furono aboliti i tribunali del contenzioso e fu restituita, come allora si disse, ai giudici ordinari la giurisdizione su tutti i diritti civili e politici. Vennero di conseguenza meno sia i conflitti di giurisdizione tra i tribunali ordinari e i tribunali del contenzioso, sia i conflitti di attribuzione tra i tribunali del contenzioso e la pubblica amministrazione. Restavano i conflitti di attribuzione tra i tribunali ordinari e l'amministrazione attiva e per essi la legge del 1865 lasciò in vigore la legge n°3780 del 1859: giudice dei conflitti non fu più la corona, ma il Consiglio di Stato. Con quelle norme il Consiglio di Stato veniva indirettamente sostituito a tutti i tribunali, decidendo caso per caso se colui il quale reclamava contro un atto del governo o dell'amministrazione, avesse o non avesse diritto.

Questa conseguenza era troppo evidente per poter essere negata.

Sul piano giuridico non restava che prendere atto che ormai era fuor d'opera parlare ancora di “conflitti”. Il conflitto presuppone la parità almeno formale tra due poteri e la decisione rimessa ad un organo ad

essi estraneo o equidistante. Quando invece a dirimerlo è uno dei contendenti, allora non si ha più conflitto ma subordinazione dell'una all'altra autorità. Infatti l'autorità giudiziaria che si voleva autonoma e indipendente dall'esecutivo, a seguito di tali modifiche, vedeva segnati i propri limiti proprio da un organo amministrativo. Tale problema fu sollevato nel 1871 da Giuseppe Mantellini il quale in una monografia che ebbe grande successo scrisse che i conflitti erano divenuti l'espedito favorito all'amministrazione tutte le volte che si trovava involta in gravi e difficili litigi con i privati cittadini², un sistema molto comodo per togliere il giudice a colui i cui diritti furono pregiudicati: il numero eccessivo dei conflitti era la prova migliore dell'abuso che se ne faceva.

Dunque il cittadino si ritrovava abbandonato non più al contenzioso che era stato abolito, ma all'amministrazione pura, che era peggio.

Il movimento d'opinione che si formò intorno alla monografia di Mantellini fece sì che il problema fosse oggetto del primo congresso giuridico italiano tenutosi nel 1872 nel quale la relazione fu affidata a Pasquale Stanislao Mancini. Mancini affrontò il tema con rigore scientifico e la sua sapienza politica e sollevò che se proprio i conflitti dovevano continuare a sussistere non dovessero essere risolti dal Consiglio di Stato bensì dal Supremo Magistrato dell'ordine giudiziario, ossia dalla Cassazione, che era sì un organo giurisdizionale ma nei fatti era controllato quanto il Consiglio di Stato.

² Mancini, Intervento alla Camera (1876)

In realtà si evince come questa lettura di Mancini cercava di neutralizzare il movimento sollevato da Mantellini proponendo una soluzione che rappresentava un passo avanti sul piano dei principi ma che nella sostanza lasciava le cose inalterate. In risposta nel 1873 Mantellini dette vita ad una seconda monografia sul tema documentando i nuovi soprusi che nel frattempo prefetti e Consiglio di Stato avevano perpetrato ignorando la proposta subsidiariamente formulata da Mancini e insistendo per l'abrogazione tout court della legge del 1859. Nello stesso anno Mancini e Peruzzi presentarono alla Camera un disegno inteso a riformare la legge del 1859 nel senso di attribuire il giudizio sui conflitti alla competente Corte di Cassazione regionale. Il Progetto Mancini-Peruzzi sfociò nella legge n°3761 del 1877 e da questa legge sarà poi tratto nel 1942 il regolamento di giurisdizione. Tutto questo nacque ad opera degli stessi uomini che nel 1865 avevano annidato nella legge 2248 un germe di distruzione e che ora pur riconoscendo che logica, giustizia e pubblico interesse vivamente reclamavano che la incostituzionale legge del 1859 fosse abrogata, si guardavano dall'abrogarla perché ritennero necessario conservare all'esecutivo l'arma per esautorare in corso di causa i tribunali inferiori. Per capire totalmente i termini della questione bisogna ricordare le differenze e le identità tra la legge del 1877 e il sistema del 1859/1865.

La prima modifica fu il giudice: non più il Consiglio di Stato, organo amministrativo, ma le Sezioni Unite della Cassazione, un organo

giudiziario ordinario. Riguardo a questa diversità, se è vero che con le Sezioni unite della Cassazione si assicurava che a giudicare sarebbero stati soltanto organi giudiziari, non è meno vero che a quel tempo le Cassazioni e in specie quella di Roma, dipendevano dall'esecutivo tanto quanto il Consiglio di Stato. Non è un caso che Mancini infatti dopo aver dimostrato l'incompatibilità dell'istituto dei conflitti con i principi ispiratori della riforma del 1865 anziché concludere per l'integrale abrogazione della legge del 1859 affermò che per logica necessità dovendo la risoluzione dei conflitti di attribuzione aver luogo nell'orbita delle autorità giudiziarie, conveniva riconoscere che dovesse essere affidata alla magistratura suprema dello stesso ordine giudiziario, e perciò alla Corte di Cassazione. Se la pubblica amministrazione avesse, o meno leso un diritto civile o politico dei privati poteva essere accertato solo dall'autorità giudiziaria, dunque la pubblica amministrazione poteva essere in conflitti con una determinata autorità giudiziaria, non con il potere giudiziario: un tale conflitto non avrebbe mai potuto essere di attribuzioni. A questo punto Mancini dovette spiegare in quali ipotesi avrebbe mai potuto aversi un conflitto di attribuzioni tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa. Egli disse che non sempre l'amministrazione è parte o ha diritto di essere parte litigante.

Vi sono giudizi tra privati o tra privati e comuni in cui l'amministrazione non ha interesse, ma potrebbe accadere che la materia di quel giudizio non fosse di competenza dell'autorità

giudiziaria ma si tratti di una competenza dell'amministrazione, dunque ci si chiese in questi casi come avrebbe potuto l'amministrazione rivendicare l'esercizio della propria attribuzione. Quest'ultima non sarebbe potuta intervenire in giudizio non avendo il diritto per difetto di interesse e non era parte litigante dunque era necessario che la legge ammettesse un altro mezzo mediante il quale l'amministrazione che ritenesse di essere stata pregiudicata nelle proprie competenze e nell'esercizio delle proprie attribuzioni, potesse muovere richiamo e rivendicarle.

In questo modo si spiegava almeno in alcuni casi l'istituzione dei conflitti.

Mantellini non aveva alcuna intenzione di sottoscrivere una riforma che nulla riformava, ma vistosi in minoranza nel sostenere l'abolizione dei conflitti egli subordinò la propria approvazione alla condizione che fosse espressamente scritto che: il giudicato sul conflitto in nessun caso poteva assorbire o pregiudicare la questione sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità dell'azione. Alla fine la Camera approvò questa formula: la decisione del conflitto è determinata dall'oggetto della domanda, non già dalla pertinenza del diritto o dalla proponibilità dell'azione.

Al Senato si completò il disegno di legge con assente Mantellini.

Si sostituì il concetto di conflitto di attribuzioni con un mezzo straordinario per eccepire l'incompetenza dell'autorità giudiziaria. Nonostante la soppressione della parola "conflitto", la situazione nella

sostanza restava la stessa: le Sezioni unite della Cassazione romana avrebbero giudicato insindacabilmente sulla cd proponibilità della domanda nei confronti della pubblica amministrazione esattamente come fino al 1877 aveva fatto il Consiglio di Stato.

Altra differenza tra i due progetti riguardava la forma diversa del procedimento: Il vecchio iter prevedeva il decreto prefettizio di elevazione del conflitto era trasmesso al Pm entro 15 gg dalla deliberazione della sentenza di rigetto dell'eccezione di incompetenza.

Il Pm comunicava il decreto al tribunale il quale sospendeva il processo. Il provvedimento di sospensione era notificato entro 5 gg alle parti che avevano 15 gg per contro dedurre, scaduto questo termine il Pm rimetteva gli atti al ministro dell'interno il quale a sua volta li trasmetteva al consiglio di stato che provvedeva in camera di consiglio. Si trattava di un procedimento ad impulso ufficioso.

Tra l'elevazione del conflitto e la rimessione degli atti al ministero degli interni potevano intercorrere poco più di 20 gg e quindi la responsabilità dei ritardi non era della procedura ma o del ministro (se tardava a rimettere gli atti al Consiglio di stato) o del Consiglio di Stato (che tardava a provvedere). Il procedimento semplice e rapido previsto dalla legge del 1877 era il seguente: il decreto prefettizio veniva notificato alle parti e comunicato al Pm che lo trasmetteva al giudice il quale sospendeva il processo previo controllo di legittimità. Il provvedimento di sospensione era notificato entro 15 gg dal Pm alle parti. Quindi, su ricorso della parte più diligente da presentarsi in un

termine non previsto, le Sezioni Unite della Cassazione di Roma provvedevano in via d'urgenza. Con la legge del 1877 si risparmiava il tempo per eccepire l'incompetenza e per attendere la decisione del tribunale sull'eccezione ma si lasciavano nella più assoluta nebulosità i tempi tra l'elevazione del conflitto e la decisione delle Sezioni Unite. Il miglioramento consisté nello sganciamento del procedimento dall'esclusivo impulso di organi amministrativi e nelle garanzie del contraddittorio, non certo nella durata.

Con il nuovo procedimento il cittadino poteva ritrovarsi dopo la proposizione del mezzo straordinario e la conseguente sospensione del processo, di fronte ad una scelta: restare in sospenso o sopportare le spese necessarie per portar avanti un giudizio presso un altro magistrato lontano. I ritardi e le sospensioni del corso della giustizia erano dunque destinati ad allungarsi e a perpetuarsi. Se è pacifico che la legge del 1877 avesse elargito un privilegio alla pubblica amministrazione, non è chiaro quel privilegio in cosa consistesse. Le opinioni al riguardo erano difformi: vi fu chi ne individuava l'essenza nel poter rimettere direttamente alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la questione di competenza e chi l'identificava nel poter provocare a proprio libito la sospensione del processo civile. Sul piano costituzionale quella legge segnò una svolta storica nei rapporti tra autorità giudiziaria e potere esecutivo. Sul piano politico invece quella legge si risolve in un niente, perché stante l'assenza di un sistema che garantisse effettivamente la

separazione dei poteri e l'autonomia e indipendenza dell'autorità giudiziaria dall'esecutivo, restava impregiudicata l'eventualità, non a caso registratasi, che le Sezioni Unite della cassazione seguissero le orme del Consiglio di stato. La legge del 1877 placò gli spiriti a livello politico ma la dottrina continuò a rivolgere critiche all'istituto.

La cosa che si ritenne impensabile e assurda era il riconoscere ad ogni parte il potere di bloccare il processo col pretesto della verifica preventiva della "competenza", ciò che fu alla fine codificato nel codice del '42. Quando fu approvata la legge del 1877 era già diffuso il convincimento che nel 1865 , abolendo i tribunali del contenzioso e restituendo al giudice ordinario la competenza su tutti i diritti civili e politici si fosse fatto, solo formalmente un passo avanti, con l'abolizione di quei tribunali era infatti venuta meno ogni possibilità di tutela giudiziaria degli affari che non assurgendo al rango di diritti civili e politici, l'art 3 della legge 2248 all. E attribuiva all'esclusiva cura e tutela dell'amministrazione attiva. Naturalmente per risolvere questo inconveniente non si prese neppure in considerazione l'idea di riesumare i tribunali del contenzioso e di attribuire loro una competenza limitata agli affari che pur non essendo diritti civili e politici, si ritenessero meritevoli di una tutela che non fosse meramente amministrativa. L'ostacolo maggiore stava nel trovare una formula che consentisse una tutela degli interessi legittimi che non fosse né giurisdizionale né puramente amministrativa. La soluzione fu trovata istituendo una IV sezione del Consiglio di Stato che non doveva essere

un organo giurisdizionale, si pensò ad un controllo sia pure in via contenziosa che l'amministrazione doveva fare a se stessa per il rispetto delle norme di diritto obiettivo in relazione agli interessi individuali. La IV sezione svolse la propria opera con un successo superiore alle aspettative, i cittadini anche quando avevano un diritto soggettivo da far valere nei confronti della pubblica amministrazione preferivano rivolgersi al Consiglio di Stato anziché al giudice ordinario per la maggiore brevità del giudizio e la possibilità di conseguire l'annullamento dell'atto amministrativo.

La IV sezione si trovò in poco tempo sovraccarica di lavoro e si sentì l'esigenza di una riforma. Nel 1907 fu istituita una V sezione del Consiglio di Stato, tale legge distribuì tra la IV e la V, le funzioni che fino ad allora erano state esercitate dalla IV sezione, concesse a tali sezioni la competenza a provvedere sulla propria competenza, ammise il ricorso per cassazione per incompetenza o eccesso di potere avverso le loro decisioni; riconobbe espressamente il loro carattere giurisdizionale, sedando le polemiche della dottrina. Con l'istituzione della giurisdizione amministrativa l'ambito di applicazione del mezzo straordinario di cui all'art 1 della legge del 1877 il cd conflitto, si ritrovò di colpo enormemente ristretto. Con l'istituzione della giurisdizione amministrativa assunse molta importanza la norma di cui all'art 3 n.3 della legge del 1877 che fino a quel momento non suscitò perplessità poiché l'attenzione di tutti era concentrata sul conflitto di cui all'art 1. L'art 3 prevedeva che le Sezioni Unite risolvessero i

conflitti di giurisdizione positivi o negativi tra i tribunali ordinari ed altre giurisdizioni speciali. Ciò che veniva in rilievo era che sul piano costituzionale non era corretto che i conflitti tra giudici ordinari e giudici speciali fossero risolti dalle Sezioni Unite della Cassazione, un giudice ordinario. Oltre a questo problema venne fuori un'altra questione: Il regolamento di giurisdizione ex art 3 n 3 poteva essere chiesto solo se il conflitto era reale, a differenza del conflitto di competenza di cui agli artt. 108 ss. cpc del 1865 che poteva domandarsi anche per i conflitti virtuali. Non era sufficiente per poter chiedere alle Sezioni Unite la risoluzione del conflitto di giurisdizione, che la stessa causa o due cause pendessero davanti a due giudici diversi, l'uno ordinario e l'altro speciale, ma era necessario che si fossero avuto già due pronunce con le quali un giudice ordinario e un giudice speciale si fossero detti competenti o incompetenti. Ricapitolando, il mezzo straordinario di cui all'art 1 consentiva al prefetto di obbligare il giudice di merito a sospendere il processo previo controllo di legittimità; il regolamento di giurisdizione di cui all'art 3 n .3 non obbligava ma facilitava, se fondato, il giudice regolatore a sospendere il processo. Il primo era eccezionalissimo privilegio del potere esecutivo, il secondo, forse lacunoso nella parte in cui non prevedeva la risoluzione anche dei conflitti virtuali, forse non costituzionalmente ortodosso nella parte in cui assegnava alle Sezioni Unite, giudice ordinario, la risoluzione dei conflitti tra giudici ordinari e speciali, era un vero e proprio regolamento, tant'è vero che

assicurava sempre la continuazione del processo davanti al giudice dichiarato fornito di giurisdizione. È da questa prospettiva che va esaminata la posizione di un grande studioso, il Carnelutti, il quale sottolineò l'abisso che si era creato tra la vera funzione dell'istituto e le opinioni correnti in dottrina e in giurisprudenza, consentì di comprendere a quali conseguenze si sarebbe andati incontro qualora si fosse pensato di utilizzare l'istituto per risolvere effettivamente le questioni di giurisdizione tra privati: l'arma di guerra attribuita nel 1877 al potere esecutivo per esautorare i tribunali inferiori e deviare il processo dinanzi alle Sezioni Unite della Cassazione, sarebbe stata alla portata di tutti così che ogni processo sarebbe nato e vissuto sotto la minaccia della sospensione per mero capriccio della parte interessata a ritardare la pronuncia della sentenza di merito.

Alla luce di quanto evidenziato bisognava in realtà scegliere, o si rispettava l'esigenza di dare a tutte le parti il potere di ottenere l'accertamento preventivo della giurisdizione e allora bisognava necessariamente arrestare il processo in attesa che quell'esigenza fosse soddisfatta; oppure si evitava che la verifica preventiva fosse chiesta anche a fini dilatori, e allora bisognava negare alle parti il potere di ottenerla. I conditores del 1942 scelsero la prima strada.

E la scelsero fondendo nel codice la legge del 1877 e sostenendo che la fusione tendeva a conferire alla Cassazione poteri adeguati per essere in maniera efficace, dal vertice del sistema, il supremo organo

regolatore delle competenze.³ Il problema del riparto fu oggetto di animose discussioni anche durante i lavori dell'assemblea costituente. In quella sede l'on. Piero Calamandrei propugnò l'unitarietà della giurisdizione attraverso due proposte. La prima contemplava una Cassazione nazionale, contro il ritorno alle cassazioni regionali, istituita non tanto per difendere l'interesse del litigante, quanto l'interesse pubblico a preservare il diritto nella sua unità, messa in pericolo dalla pluralità delle interpretazioni difformi o contrastanti.⁴ L'altra era relativa all'unità della giurisdizione affidata al giudice ordinario. Al momento della decisione la seconda proposta di Calamandrei si mostrò recessiva, perché in Italia era ormai diffusa la fiducia nella giustizia amministrativa inquadrata come difesa dell'amministrazione e quindi come giustizia rivolta verso l'interno del corpo dello Stato. La prevalenza della duplicità delle vie di tutela ha occupato un posto di risalto nei lavori preparatori della Costituzione dove vi fu il contrasto tra la tesi di Calamandrei che si era espresso per il giudice unico e quella vincente di Mortati portavoce della tendenza conservatrice favorevole al mantenimento dei giudici speciali, quali il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti. Il risultato della discussione è racchiuso nell'art 113 Cost. in cui solennemente si afferma: contro gli atti della P.A., è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e

³ Grandi, Relazione sul cpc, n.11

⁴ La tesi del Calamandrei sulla Cassazione unica con funzione nomofilattica fu contrastata da Vittorio Emanuele Orlando che sosteneva l'opportunità delle cassazioni regionali.

degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Ancora una volta si approdò a una scelta ambigua, frutto di una transazione politica. L'art 102 Cost. Se da un lato proclama che la funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario, dall'altro si affretta a precisare che i giudici amministrativi hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e in particolari materie, anche dei diritti soggettivi e che la Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.

2. Il tramonto dei conflitti di attribuzione nel processo e l'affermarsi del conflitto di giurisdizione: Il codice del 1942

Il codice del 1942 che a differenza del predecessore regolamentò la decisione delle questioni di giurisdizione e di attribuzione che prima erano contenute in leggi speciali e riguardavano fundamentalmente il potere amministrativo. L'azione innovatrice si svolse nel settore processuale unicamente attraverso lo sviluppo della soluzione delle questioni di giurisdizione soprattutto sotto il profilo del riparto della giurisdizione tra giudice civile e giudice amministrativo e del riconoscimento della giurisdizione al giudice italiano rispetto al convenuto straniero. I redattori del codice di rito vigente concentrarono le loro energie sulla soppressione del vecchio ma mai istituito come organo a sé stante, Giudice dei conflitti le cui funzioni

erano affidate alle Cassazioni regionali (all'epoca esistenti). Il disegno ricostruttivo di Mortara prevedeva una fusione⁵ tra le norme codicistiche e le norme sui conflitti con affidamento delle funzioni relative alla composizione dei conflitti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione romana, divenuta dal 1° novembre 1923 l'unica Cassazione d'Italia espressamente competente per il regolamento di giurisdizione e quindi anche con funzione di tribunale dei conflitti.

3. La questione di giurisdizione:

Perché possa essere composta una lite, cioè perché si pervenga all'accertamento di merito occorre che il giudice sia dotato di potestas judicandi rispetto alla cognizione della controversia, che gli sia attribuita dall'ordinamento giuridico.

La questione di giurisdizione è connessa alla tutela di una posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, pertanto il momento determinante della giurisdizione coincide con quello della proposizione della domanda.

Il giudice investito della causa al quale si prospetti la questione di giurisdizione non si interroga se in astratto ha il potere di giudicare ma se relativamente a quella controversia che è stata portata alla sua cognizione può o deve decidere nel merito o se debba arrestarsi al rito.

⁵ Nella relazione del Guardasigilli Dino Grandi sul cpc al n.11 si parla di fusione tra il codice di rito e la legge sui conflitti.

L'accertamento della questione appartiene alla cognizione di ogni singolo giudice il quale deve condurre la lite che gli è stata sottoposta entro i limiti del potere giurisdizionale attribuitogli dall'ordinamento.⁶

Sul piano dello svolgimento del processo la questione può essere affrontata dal giudice nell'ordinario corso del processo, su istanza di parte ma anche d'ufficio, ex art 37 cpc.

Una volta rilevato il difetto, il giudice è tenuto a dichiararlo avuto riguardo all'importanza dell'interesse pubblico sotteso a siffatta eccezione. La medesima questione può essere fatta valere in virtù del richiamo operato dall'art 41 primo comma all'art 37, attraverso il regolamento di giurisdizione. La questione può venire in rilievo in qualunque stato e grado attraverso l'eccezione o l'impugnazione sul motivo specifico ex art 360 n.1 cpc, o ex art 111 ultimo comma della cost., trova un limite nell'intervento di una "preclusione" che impedisce, nell'ulteriore corso del giudizio, la opinabilità. La prima norma che viene in rilievo nel tentativo di ricostruire la questione di giurisdizione è l'art 37 cpc che si occupa del difetto di giurisdizione, la norma recita: art 37 " *il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo*" (41, 360, 382).

La centralità dell'art 37 cpc è testimoniata dalla constatazione che esso costituisce la base per altre norme che completano la disciplina del

⁶ Gina Gioia, La questione di giurisdizione e i rapporti in cui si manifesta.

difetto di giurisdizione: sia per l'art 41 cpc che lo richiama espressamente e integralmente, sia per l'art 360 n. 1 cpc ed è tale anche rispetto agli artt. 362 cpc e 111 ultimo comma della Cost.

In particolare:

- Il regolamento di giurisdizione è previsto dall'art 41 1° comma per risolvere le questioni di cui all'art 37. Esso non serve più a risolvere i conflitti reali, ma le mere questioni.
- L'art 3 n.3 della legge del 1877 è stato fuso nell'art 362 n.1 cpc per il quale possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione i conflitti positivi e negativi di giurisdizione tra giudici speciali o tra questi e i giudici ordinari.

4. I rapporti entro cui si manifesta la questione di giurisdizione:

L'art 37 cpc indica i tre diversi rapporti entro i quali il difetto di giurisdizione si può presentare all'interprete:

1. Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione
2. Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti dei giudici speciali
3. Il difetto di giurisdizione nei confronti del giudice straniero (a seguito dell'abrogazione del 2° comma dell'art 37 ad opera della legge 218/1995).

1. In primo luogo secondo la dizione della norma, il difetto investe i rapporti tra giudice ordinario e pubblica amministrazione. Il difetto nei confronti della PA identifica l'improponibilità assoluta della domanda, si tratta di un difetto assoluto di giurisdizione in quanto non vi è nessun giudice che abbia il potere di decidere quella controversia:

- perché il soggetto deduce in giudizio un mero interesse di fatto, cioè una situazione soggettiva non protetta dall'ordinamento, né come diritto soggettivo, né come interesse legittimo.

- Perché si impugna un atto politico, il quale rientra nelle prerogative proprie dell'amministrazione statale

- Casi di giurisdizione domestica (autodichia): ipotesi nelle quali gli organi della giustizia sono istituiti all'interno della struttura e le relative controversie non vengono devolute al giudice. Il difetto assoluto di giurisdizione solo formalmente appartiene al novero delle pronunce meramente processuali ma sostanzialmente è riconducibile ad un'ipotesi di rigetto della domanda nel merito nel senso che il giudice riconosce la mancanza di una situazione soggettiva tutelabile e quindi riconosce l'inesistenza di un diritto o interesse legittimo che si voglia far valere.

2. il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti dei giudici speciali

Attenendosi alla lettera della legge sono definiti speciali i giudici che non sono richiamati dalla Costituzione. Il difetto che si riscontra in questo caso viene definito relativo perché, accertata l'assenza di potere

giurisdizionale rispetto alla domanda proposta, la situazione giuridica protetta troverà comunque tutela davanti ad un altro giudice statale.

3. Il terzo caso in cui può sorgere un difetto di giurisdizione riguarda i rapporti tra giudici italiani e giudici stranieri.

Questa materia è stata profondamente modificata sulla spinta dell'azione della Comunità Europea e ha subito una profonda evoluzione in quanto nel codice del 1942 questa materia si fondava su tre dogmi:

- la cittadinanza: il giudice italiano aveva giurisdizione nei confronti dei cittadini italiani
- inderogabilità pattizia della giurisdizione: le parti non potevano essere d'accordo derogando alla giurisdizione del giudice italiano
- non automaticità dell'efficacia della sentenza straniera nell'ordinamento italiano: la sentenza straniera produceva efficacia nell'ordinamento italiano solo se espressamente riconosciuta in Italia.

Il quadro della materia risulta profondamente cambiato a seguito della legge 218/95 di riforma del diritto internazionale privato, con la convenzione di Bruxelles del '69 trasformata successivamente nel reg. comunitario 44/2001.

In particolare le novità si presentano in tutte le tre le caratteristiche precedentemente elencate:

- Si è sostituito il criterio della cittadinanza con quello del domicilio nel senso che la giurisdizione del giudice italiano si ha ogni qual volta il convenuto è domiciliato in Italia o ha in Italia un rappresentante.

- È possibile una deroga pattizia alla giurisdizione ai sensi dell'art 4 infatti della legge 218/95, la giurisdizione italiana può essere derogata e la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili.

La deroga alla giurisdizione deriva dal fatto che oggi non è più rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo il difetto di giurisdizione

- Ai sensi dei nuovi art 64 e 65 della legge 218/95 è oramai sancita la regola per cui le sentenze delle autorità straniere sono immediatamente efficaci senza bisogno della delibazione.

Una delle maggiori novità della legge 218/95 consiste nel fatto che il difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti del giudice straniero non è più rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo ma lo è solo in tre casi: Se il convenuto è contumace; Se la causa ha ad oggetto azioni reali su beni immobili che si trovano all'estero; Se il difetto di giurisdizione è previsto da trattati internazionali.

Al di fuori di queste tre ipotesi il difetto di giurisdizione deve essere eccepito dal convenuto nel suo primo atto difensivo, se questi non propone l'eccezione, il giudice non potrà declinare la giurisdizione.

5. Ricognizione conclusiva dei rapporti in cui si manifesta la questione di giurisdizione:

L'attuale questione di giurisdizione si è sviluppata dall'originario conflitto di attribuzione tra il giudice e la P.A , che si dirimeva con il

mezzo del regolamento. Con esso sostanzialmente il giudice veniva privato del potere di decidere su una data controversa rispetto alla quale la P.A aveva un certo interesse. L'organo preposto a dirimere i conflitti di attribuzione avrebbe dovuto essere al di sopra delle parti. Perciò quando ancora esistevano le Cassazioni regionali, vennero designate allo scopo, le Sezioni Unite della Cassazione romana, che solo successivamente sono diventate l'organo supremo della magistratura ordinaria. Nel frattempo le pretese di situazioni giuridiche soggettive nei confronti della p.a. che agisce con poteri autoritativi sono divenute giustiziabili nella veste di interessi legittimi e quindi si è passati gradualmente al pieno riconoscimento del potere giurisdizionale dei giudici amministrativi, che inizialmente erano organi della P.A.. Mentre avveniva questa trasformazione lo schema del conflitto di attribuzione era già stato trasposto nell'ambito del riparto di giurisdizione, soprattutto attraverso l'utilizzo del regolamento per venire a capo della questione.

Nonostante la trasformazione il conflitto di attribuzione continuava a vivere anche dopo che il conflitto di poteri era stato affidato alla Corte Costituzionale. Tra ordini giurisdizionali all'interno dello Stato vi era dunque, in linea di principio, pressoché assoluta incomunicabilità.

Le sezioni unite continuavano a riconoscere il difetto di potere del giudice ordinario che veniva adesso indicato con la locuzione di difetto assoluto di giurisdizione, e contestualmente riconoscevano la giurisdizione del giudice amministrativo a decidere le controversie

aventi ad oggetto un interesse legittimo di volta in volta determinato o comunque rientranti nella giurisdizione esclusiva di questi. Così le sue sentenze in materia di giurisdizione facevano stato anche nei confronti del giudice amministrativo. Gradualmente la questione di giurisdizione ha assunto le caratteristiche di una questione pregiudiziale di rito che ogni giudice è tenuto ad affrontare prima di addivenire alla decisione del merito della controversia, fino a che è stata espressamente disciplinata come tale nel codice del 1942. Le questioni pregiudiziali di rito attengono alla validità e regolarità della domanda, quella di giurisdizione è la prima in ordine logico, di tali questioni. Pertanto quando sorge una questione sulla sussistenza del difetto di giurisdizione, essa deve formare subito oggetto di esame e di decisione. La decisione della questione di giurisdizione ha il fine di fondare il potere del giudice di decidere la causa nel merito.

6. La dinamica della questione di giurisdizione nello svolgimento del processo e la sua stabilizzazione:

L'art 37 cpc prevede la rilevabilità del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado del processo. Ci si chiede se la formulazione di tale articolo faccia sì che la questione di giurisdizione rimanga perennemente aperta e come tale sempre rivedibile da parte del giudice o se al contrario sia soggetta ad una certa stabilizzazione. Secondo il principio che ne emerge, la questione di giurisdizione all'interno del processo è risolta definitivamente solo a seguito dell'intervento del giudice di legittimità ovvero per effetto della preclusione del giudicato

formale formatosi sulla statuizione espressa adottata dal giudice di merito. Tale preclusione s'identifica con il giudicato interno che si forma in virtù della decisione adottata dal giudice del merito in ordine ad una questione di rito o di merito insorta nel corso del processo, sotto forma di sentenza non definitiva o di esame preliminare nella sentenza che definisca il giudizio. Rispetto alla vincolatività esterna delle sentenze bisogna fare una distinzione a seconda che la decisione sia stata adottata dalle Sezioni Unite della Cassazione ovvero dal giudice del merito.

Nel primo caso la funzione di giudice regolatore attribuita alla Cassazione ha indotto l'interprete a ritenere vincolante la decisione sulla giurisdizione emessa dalle Sezioni Unite, anche all'esterno del processo in cui sia stata emessa. Le attribuzioni istituzionali della Corte di Cassazione quale giudice che regola la giurisdizione, definendone i confini tra i vari organi giurisdizionali, devono far ritenere che le sue decisioni sulla giurisdizione siano vincolanti per tutti i giudici che potrebbero essere investiti successivamente della medesima controversia a prescindere dal fatto che la causa in cui la decisione sia stata resa si sia estinta o sia iniziata una nuova causa avente il medesimo petitum sostanziale. La rilevabilità del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado all'interno del medesimo processo trova un limite nel giudicato formatosi sul punto per effetto della mancata impugnazione della statuizione espressa. A questa posizione si è arrivati dopo una lunga elaborazione ermeneutica in quanto la

questione di giurisdizione è stata per molto tempo concepita come una questione perennemente aperta fino al passaggio in giudicato della sentenza di merito. Che la questione fosse sollevata o meno, il giudice investito in sede di impugnazione aveva sempre la possibilità di sottoporla a valutazione. Erano queste le conclusioni della teoria dell'azione in senso sostanziale elaborata da Chiovenda, perciò il giudicato si formava sul riconoscimento o il disconoscimento di un bene della vita. Questa visione fu la componente teorica che spinse il legislatore del 1940 a prevedere nell'art 37 la rilevanza della questione in ogni stato e grado del processo.

Attraverso i successivi sviluppi interpretativi e soprattutto grazie ad un orientamento formatosi intorno alla novella del 1950 la quale prevede l'impugnabilità delle sentenze non definitive (di merito e di rito), ammise che la decisione espressa sulla questione in una sentenza non definitiva, non impugnata sul punto della giurisdizione, ne precludesse l'esame negli ulteriori gradi del giudizio. Questa interpretazione fu il segno che bisognava trovare un contenimento alla riproponibilità della questione nello stesso processo. La questione dunque rimane rilevabile in ogni stato e grado ma solo a condizione che il giudice non se ne sia occupato e le parti non l'abbiano fatta valere. Gradualmente quindi, si è passati dalla concezione Chiovendiana della discutibilità perpetua della questione di giurisdizione alla sua stabilizzazione nello svolgimento del processo in cui sia sta affrontata.

7. Il regolamento di giurisdizione:

Lo strumento che il codice offre alle parti per poter sollevare una questione di giurisdizione è previsto dall'art 41 cpc che dispone:

“Finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado ciascuna parte può chiedere alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che risolvano le questioni di giurisdizione di cui all'art 37”. L'istanza si propone con ricorso a norma degli articoli 364 e ss. e produce gli effetti di cui all'art 367”. Al 2° comma è previsto che: *“La pubblica amministrazione che non è parte in causa può chiedere in ogni stato e grado del processo che sia dichiarato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione stessa, finché la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato”*. Questo comma prevede un regolamento di giurisdizione speciale che regola il potere della P.A. (quando non è parte in causa) di denunciare il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei casi in cui il giudizio abbia ad oggetto materie riservate al potere amministrativo (conflitto di attribuzione).

8. La funzione del regolamento di giurisdizione:

Il regolamento di giurisdizione è un rimedio preventivo attraverso il quale si sottopone alla Corte di Cassazione l'esame della questione di giurisdizione, in particolare attraverso l'intervento della Corte è possibile depurare il processo da un possibile vizio, per evitare che si

proceda in un processo in cui vi sia un giudice privo di giurisdizione. La legittimazione a proporre il regolamento spetta a tutte le parti del giudizio di primo grado. I presupposti per la proposizione del regolamento sono:

- la pendenza di un processo in primo grado
- la causa sia iscritta a ruolo

Se difettasse la prima condizione, il regolamento non avrebbe il carattere incidentale che deve necessariamente avere, se difettasse la seconda, il ricorso non potrebbe produrre gli effetti di cui all'art 367 cpc poiché mancherebbe il giudice che possa sospendere il processo. Uno dei punti controversi riguarda l'individuazione del dies ad quem ossia del termine ultimo entro cui può proporsi l'istanza di regolamento; dovendosi a tal proposito stabilire quand'è che la causa deve reputarsi "decisa nel merito in primo grado". L'opinione più persuasiva in dottrina era nel senso che la preclusione del regolamento potesse derivare:

- Dalla pronuncia di una sentenza di merito, anche se non definitiva
- Dalla conclusione del processo di primo grado, derivante dalla pronuncia di una sentenza definitiva, anche se meramente processuale.

Tale tesi conseguentemente riteneva che una sentenza sulla sola giurisdizione resa dal giudice di primo grado escludesse di per sé la successiva proposizione del regolamento nel solo caso in cui, negando

la giurisdizione avesse posto fine al processo di prima istanza e non anche quando si fosse limitata ad affermare la giurisdizione del giudice adito, senza toccare il merito della causa. Il più recente orientamento restrittivo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha stabilito che la formula della prima parte dell'art 41 cpc anziché essere interpretata come fino ad ora si era fatto, nel senso che solo una pronuncia che avesse attinto il merito della causa precludeva il regolamento, deve essere letta nel senso che qualsiasi decisione emanata dal giudice presso il quale il processo è radicato ha efficacia preclusiva del regolamento. In altre parole l'art 41 prima parte dovrebbe essere letto come se dicesse: "finché non sia intervenuta una decisione sulla causa in sede di merito". La legittimazione ad utilizzare il regolamento di giurisdizione spetta a ciascuna parte: in altre parole, sia l'attore sia il convenuto possono proporre il regolamento di giurisdizione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Ovviamente, di solito, la giurisdizione del giudice adito è contestata dal convenuto; in ogni caso, la possibilità di chiedere il regolamento di giurisdizione è data ex lege anche all'attore, perché, a fronte della contestazione della giurisdizione del giudice a quo da parte del convenuto, anche l'attore può avere interesse ad avere una pronuncia definitiva da parte della Corte di Cassazione, in modo da poter proseguire tranquillamente con il processo. Infatti, qualora post contestazione della giurisdizione da parte del convenuto, l'attore non proponga il regolamento di giurisdizione, sarà il medesimo giudice del

processo a quo a prendere la decisione sulla giurisdizione, che, però, potrà essere anche rivista/ribaltata in appello e/o in cassazione. L'istanza di regolamento si propone con ricorso a norma degli articoli 364 e seguenti (quali norme relative al giudizio di ricorso per Cassazione), e produce gli effetti di cui all'art 367. Nello specifico, fino agli anni '90, l'istanza di regolamento di giurisdizione comportava la sospensione automatica del processo di merito di fronte al giudice di primo grado, di cui si contestava la giurisdizione, in attesa della decisione in proposito da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione; tuttavia, quest'effetto giuridico automatico della proposizione del regolamento di giurisdizione diede luogo a numerosi abusi da parte delle parti processuali, i cui avvocati lo proponevano pretestuosamente, al mero fine di ottenere la sospensione del processo di merito e, di conseguenza, allungarne ulteriormente i tempi. Di conseguenza, ex art 367.1 cpc, rubricato "Sospensione del processo di merito", la legge di riforma n. 353 del 1990 disponeva che: *«una copia del ricorso per cassazione proposto a norma dell'articolo 41, primo comma, e' depositata, dopo la notificazione alle altre parti, nella cancelleria del giudice davanti a cui pende la causa, il quale sospende il processo se non ritiene l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata»* (In altre parole, "se non si riscontrasse che la proposizione del regolamento di giurisdizione fosse del tutto pretestuosa, al mero fine di ottenere la sospensione del processo a quo e, di conseguenza,

avesse lo scopo di allungarne ulteriormente i tempi)». Inoltre, quale onere di riattivazione del processo a quo, precedentemente sospeso dal giudice la cui giurisdizione era stata contestata, ex art 367.2 CPC era stabilito che *«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»*. La ratio legis dell'art 41 CPC, il motivo per cui il legislatore del 1942 inserì nel codice l'istituto del regolamento di giurisdizione era in linea con la constatazione che il rispetto dei limiti di giurisdizione, quale primo presupposto processuale, affinché il giudice possa decidere la fondatezza o meno della domanda dell'attore, qualora sia controversa, doveva essere garantito dalla Corte di cassazione ex art. 65.1 del regio decreto n.12 del 1941, secondo cui: *«la corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni»*. La pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione al riguardo è vincolante e, più nello specifico, ha una c. d. efficacia panprocessuale, cioè un'efficacia che vale in tutti i processi: anche se il processo a quo si estingue e si instaura un nuovo processo tra le stesse parti, l'efficacia della pronuncia delle Sezioni Unite riguardo il regolamento di giurisdizione è vincolante. Tale concetto si riscontra ex art. 59.1 della legge n. 69 del 2009, secondo cui *«la pronuncia sulla giurisdizione, resa dalle sezioni unite*

della corte di cassazione, è vincolante per ogni giudice (ordinario o speciale) e per le parti anche in altro processo».

9. Il regolamento come mezzo di impugnazione?

Ex art. 323 cpc, rubricato "mezzi di impugnazione", è stabilito che «i mezzi per impugnare le sentenze, oltre al regolamento di competenza nei casi previsti dalla legge, sono: l'appello, il ricorso per cassazione, la revocazione e l'opposizione di terzo», in tale elenco non è compreso il regolamento di giurisdizione, perché in esso manca il presupposto della sentenza, di cui il mezzo di impugnazione è l'unico strumento, a disposizione delle parti, per attaccarla. Infatti, in base alla preclusione ex art. 41.1 cpc, il regolamento di giurisdizione è proponibile dalle parti «finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado» e, in altre parole, se è stata pronunciata una sentenza, esso non è più proponibile. Riepilogando, quindi, il regolamento di giurisdizione non è un mezzo di impugnazione, ma è solo uno strumento di contestazione della giurisdizione, al fine di ottenere una decisione vincolante al proposito da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

10. Ricognizione conclusiva sull'istituto in esame:

Dall'analisi dell'istituto, considerando la storia che ha portato alla sua nascita e i successivi sviluppi normativi si evince che: il legislatore del 1942 fu mosso da apprezzabili intenzioni, volle togliere

all'amministrazione un privilegio e volle assicurare a tutte le parti l'utilizzazione di uno strumento acceleratorio, poiché era opinione condivisa che il regolamento di giurisdizione fosse strumento di economia processuale, attraverso esso le parti potevano ottenere subito una pronuncia sulla giurisdizione munita di efficacia vincolante, evitando lo svolgimento, nei vari gradi di cognizione, di attività giurisdizionali eventualmente inutili. In realtà il regolamento per perseguire e raggiungere questo scopo, per un verso non avrebbe dovuto mai implicare, quando chiesto dalle parti, la sospensione obbligatoria di quel processo sul merito che avrebbe dovuto accelerare, e per l'altro avrebbe dovuto sempre garantire la continuazione del processo davanti al giudice dichiarato fornito di giurisdizione. La tesi che sosteneva che il regolamento fosse strumento di economia processuale in realtà attribuiva al regolamento una funzione che non aveva. I vari problemi che si presentarono relativamente a quest'istituto furono sin dai primi anni, dopo l'emanazione del codice del 1942, sostenuti a gran voce dalla dottrina, dottrina che diffuse le guide lines di riforma dell'istituto che condussero ad una prima riforma ad opera della legge 353/90 e successivamente alla legge 69/2009.

Secondo capitolo- Parte I: Evoluzione dell'istituto

1. Ratio ispiratrice della riforma del '90:

La trasfusione acritica del regolamento all'interno del codice Grandi si coglie nel mantenimento, senza tener conto dei progetti illuminanti di Solmi e Mortara, dell'effetto sospensivo legale, seppure ope iudicis. Tanto che per 50 anni il sistema rimase incentrato fondamentalmente sulla sospensione del giudizio di merito collegata alla semplice proposizione del regolamento. La sospensione concepita e strutturata come sospensione obbligatoria continuava con lo schema ordinamentale interessato a bloccare, fondamentalmente attraverso i conflitti di attribuzione, i giudizi in corso per effetto dell'istanza della P.A., che intendeva prevenire qualsiasi interferenza giudiziaria nella propria attività. Infatti, tale questione è mutuata dogmaticamente dalla questione di giurisdizione sollevata dal prefetto con il regolamento straordinario ex art 1 della legge del 1877. La sospensione, per effetto della proposizione del regolamento, è stata oggetto dell'interesse delle parti, le quali dopo alcuni lustri dall'entrata in vigore del codice, hanno capito che, come la P.A. , erano in grado di provocare lo stallo del processo, le cui sorti si prospettavano piuttosto sfavorevoli.⁷

⁷ Così si legge in: La decisione sulla questione di giurisdizione, Gina Gioia.

2. L'uso distorto dell'istituto:

Correva l'anno 1973 quando Virgilio Andrioli di fronte ai regolamenti di giurisdizione senza capo né coda che venivano proposti con sempre maggiore frequenza per lucrare l'effetto sospensivo, perse la pazienza e, per stigmatizzare la situazione, scrisse un breve saggio destinato a diventare celebre in cui Andrioli, convinto assertore della bontà del codice del 1940, partiva dal presupposto che il regolamento di giurisdizione fosse un buon istituto e che, chi in realtà sbagliava, erano gli avvocati.⁸ Il suo saggio ebbe perciò fortuna presso le Sezioni Unite che pensarono di risolvere il problema applicando gli artt. 88 e 96 cpc nei confronti dei difensori. L'idea però si rivelò del tutto inutile al fine di dissuadere i difensori dal fare uso di quel micidiale strumento che era il regolamento. In realtà da più parti era stato sostenuto che i difensori avessero il diritto e il dovere di utilizzare nell'interesse dei propri assistiti, tutte le norme previste dall'ordinamento e perciò non si poteva pretendere che essi non adoperassero gli strumenti processuali o che li adoperassero solo a determinate condizioni. Se il regolamento produceva conseguenze inammissibili bisognava puramente e semplicemente abrogarlo o farlo dichiarare costituzionalmente illegittimo, non certo pretendere che lo si usasse “bene”. Le Sezioni Unite non hanno mai voluto ammettere che il regolamento sia ontologicamente inidoneo a funzionare bene e si sono sempre rifiutate di rimettere l'istituto alla Consulta.

⁸ Nuovi orizzonti per l'uso distorto dell'istituto. Franco Cipriani in Foro It.

Esse hanno sempre giustificato l'istituto sostenendo che gli effetti perversi non dipendevano dalla sua struttura e cioè dalla sua fisiologia, ma dalla patologia, più precisamente dall'uso distorto o dal vero e proprio abuso che del regolamento si faceva a fini scopertamente dilatori.

Un giorno accadde che in un procedimento per regolamento di giurisdizione relativo ad un giudizio elettorale, uno dei difensori si vantò di aver scoperto nelle pieghe del codice il regolamento di giurisdizione e il suo micidiale effetto sospensivo. Si trattò di un episodio che mise in crisi la candida distinzione operata dalle Sezioni unite tra la bontà del regolamento e la cattiveria di chi lo adoperava male. Le Sezioni unite reagirono alla vicenda, deferirono quel difensore al consiglio dell'ordine. La decisione fu annotata da quattro studiosi che a differenza di Andrioli avevano qualche dubbio sulla perfezione del codice del 1940 e del regolamento di giurisdizione, tant'è vero che in precedenza avevano in tutti i modi manifestato le proprie perplessità verso l'eccessiva generosità delle Sezioni unite nei confronti del regolamento e soprattutto per il rifiuto delle medesime Sezioni unite di sottoporre l'istituto all'attenzione della Corte Costituzionale.⁹ Quella nota non ebbe alcuna fortuna presso le Sezioni unite, anche se in seguito si registrò un mutamento di giurisprudenza. Le critiche dottrinali investirono l'istituto nella sua globalità, tanto che

⁹ Barone-Cipriani- Pizzorusso-Proto Pisani regolamento di giurisdizione e deontologia forense)

nel bilancio finale gli addendi negativi travolgevano anche quella parte positiva dell'intervento del legislatore del 1940. Per avere un quadro completo bisogna ricordare anche le posizioni non dottrinali: la Corte Costituzionale ad esempio, inquadrò la funzione dell'istituto nella finalità dell'ordinamento a una "*sollecita e definitiva pronuncia sul punto concernente la giurisdizione*" perché la pronuncia della Corte di Cassazione realizzava un'effettiva economia di attività processuale. Si trattò di una netta presa di posizione attraverso un fermo riconoscimento che il regolamento preventivo di giurisdizione, nell'ambito del sistema vigente fosse un istituto di carattere certamente positivo e rappresentasse ben altro che una disarmonia, e per giunta priva d'intima ragionevolezza.¹⁰ Il fulcro intorno a cui ruotavano le critiche è stato ormai scalzato dall'art 61 della legge 26 novembre 1990, n° 353, con l'eliminazione radicale della strumentalizzazione attraverso la sospensione. Si rivelò opportuna la previsione di un provvedimento di sospensione discrezionale.¹¹

La legge 353/90 all'art 61 modificava l'art 367 cpc statuendo che: *Una copia del ricorso per cassazione proposto a norma dell'articolo 41, primo comma, è depositata, dopo la notificazione alle altre parti, nella cancelleria del giudice davanti a cui pende la causa, il quale sospende il processo non ritiene l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente*

¹⁰ Il concetto è alla base di tutta la motivazione di Corte Cost. 6 giugno 1973, n.73, in For. it. , 1973.

¹¹ Critica all'istituto da parte di G. Balena in Elementi di Diritto processuale civile cit. 113

infondata. Il giudice istruttore o il collegio provvede con ordinanza. La sospensione necessaria al regolamento di giurisdizione, individuata come la causa delle angherie perpetrate per anni ai danni dell'economia processuale, impose un ripensamento. La soluzione venne data con l'introduzione della sospensione discrezionalmente valutata dal giudice, sulla base dell'istanza non manifestamente inammissibile o della contestazione non manifestamente infondata.

3. Il Procedimento

3.1. Forma e contenuto della istanza di regolamento:

Alla stregua della vecchia disciplina: la proposizione di un regolamento ammissibile obbligava il giudice a sospendere il processo non appena la copia notificata del ricorso per regolamento fosse stata depositata in cancelleria senza poter effettuare alcuna delibazione circa la fondatezza o meno del regolamento; le conseguenze della mancata sospensione erano di eccezionale gravità: la sentenza del giudice di merito era considerata emanata in carenza temporanea di giurisdizione, giacché il deposito in cancelleria della copia notificata del ricorso per regolamento privava il giudice a quo della potestas iudicandi (temporaneamente); ne seguiva che la sentenza del giudice d'appello confermativa della sentenza di merito adottata dal giudice di primo grado era considerata affetta da nullità che la Corte di Cassazione, adita con ricorso proposto dalla parte soccombente, doveva dichiarare cassando l'una e l'altra e rimettendo la causa al primo giudice ancorché

la giurisdizione del giudice ordinario originariamente adito fosse già stata affermata dalla corte stessa in sede di regolamento. La sospensione poteva essere evitata dal giudice a quo solo in base ad una delibazione incidenter tantum, dell'inammissibilità o improcedibilità del regolamento. Dopo anni era stata affermata l'inammissibilità del regolamento di giurisdizione per improponibilità assoluta della domanda tra privati. La proposizione di regolamenti di giurisdizione manifestamente infondati o inammissibili dava luogo a responsabilità aggravata ex art 96 per la parte e a violazione dell'art 88 anche riguardo al difensore.

3.2 Su questa situazione intervenne il nuovo testo dell'art 367 1° comma alla cui stregua:

- L'istanza di regolamento di giurisdizione si propone alle S.U. della Corte di cassazione nelle forme di cui agli artt. 364 ss.; il ricorso deve essere pertanto presentato da un avvocato iscritto in apposito albo e munito di procura speciale.

- Il ricorso deve contenere, a pena d'inammissibilità, l'esposizione sommaria dei fatti e gli estremi della controversia necessari per la definizione della questione di giurisdizione, ed in particolare deve indicare le parti, l'oggetto e il titolo della domanda, il procedimento cui si riferisce l'istanza e lo svolgimento dello stesso. Non è invece necessario specificare i motivi del ricorso, né il Giudice che si assume fornito di giurisdizione: in altre parole, il cosiddetto principio di

autosufficienza dei ricorsi in sede di legittimità vale rispetto agli elementi di fatto e processuali sulla base dei quali la S.C. deve giudicare, ma non rispetto ai profili di diritto che devono essere applicati per risolvere i dubbi sulla giurisdizione, e ciò quale riflesso del fatto che allo strumento di cui all'art. 41 non possa riconoscersi natura d'impugnazione, ma di strumento destinato a risolvere la questione della sussistenza del primo presupposto processuale, in ordine logico, in via definitiva e preventiva rispetto al merito della lite. Coerente con questa impostazione è l'orientamento che, prima della riforma del 2009, escludeva la necessità di esporre nel ricorso un quesito di diritto ai sensi dell'art. 366 bis; la sua mancanza, specie nei rigorosi termini anche formali imposti per il ricorso per cassazione, non doveva e, per i procedimenti cui ancora dovesse applicarsi la citata norma oggi abrogata, non deve quindi ritenersi causa di inammissibilità, anche se la trattazione dei profili di giurisdizione spesso e opportunamente costituisce un portato dell'interesse della parte ricorrente a veder affermata o negata la giurisdizione, con il conseguente impulso a trattare la questione e ad offrire la soluzione ritenuta corretta sulla base delle norme applicabili. Il ricorso va notificato al difensore costituito nel giudizio di merito, ma la notificazione effettuata alla parte personalmente non rende il ricorso inammissibile qualora la parte stessa si costituisca sanando il relativo vizio. Inoltre, il ricorso notificato alla parte personalmente consente la conversione del ricorso per regolamento di giurisdizione in denuncia di

conflitto di giurisdizione ex art. 362, comma 2, nel caso in cui sia intervenuta una pronuncia nel merito. Il ricorso va notificato a tutte le parti costituite nel giudizio di merito, configurandosi rispetto al thema decidendum un litisconsorzio necessario processuale. Qualora il ricorso non venga notificato a tutte le parti, l'istanza non è inammissibile, ma deve ordinarsi l'integrazione del contraddittorio; peraltro, la notificazione del controricorso a tutte le parti è sufficiente a sanare la mancata notificazione del ricorso, in quanto realizza la finalità di garantire la presenza di tutte le parti e di consentire loro di contraddire. Il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione deve essere depositato nei termini di cui all'art. 369, ossia nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione alle parti contro le quali è proposto, a pena di improcedibilità. Si configurano ipotesi di improcedibilità qualora non vengano depositate, nel predetto termine, la procura speciale rilasciata con atto separato, ai sensi dell'art. 369, comma 2, n. 3 e l'istanza di trasmissione del fascicolo d'ufficio ai sensi dell'ultimo comma, quando l'esame di tale fascicolo, non allegato agli atti del processo, risulti indispensabile ai fini della decisione. L'improcedibilità del ricorso ex art. 41 non osta peraltro alla possibilità che il controricorso si converta in autonomo ricorso per regolamento di giurisdizione, qualora ne abbia i requisiti necessari. Si ritiene ammissibile in generale la produzione di nuovi documenti ove questa non sia preclusa dallo stato della causa pendente. Le altre parti potranno contraddire mediante controricorso, la cui disciplina è a sua

volta regolata dalle corrispondenti norme che governano il procedimento ordinario davanti ai giudici di legittimità.

4. Le posizioni della dottrina dopo la legge 353/90:

L'intervento legislativo tanto agognato fu dirompente, non solo rispetto alla riduzione vertiginosa delle istanze di regolamento, ma anche rispetto alle regole della disciplina. Ciononostante se ne è lodata la capacità deflattiva, senza coglierne quella innovativa. Il regolamento di giurisdizione, contrariamente a quanto i più ritengono, non è stato affatto debellato dalla mini-riforma del 1990 e rappresenta ancora oggi un eccellente strumento a disposizione della parte interessata a giocare sul tempo. La riforma ha ampliato il margine di manovra del giudice di merito, che è oggi meno costretto di ieri a sospendere, ma non ha certo escluso che il giudice possa sospendere. Ciò che era stato da più parti auspicato e che continua ad essere sostenuto è che le Sezioni Unite si convincano che il cd uso distorto del regolamento appartiene alla fisiologia e non alla patologia dell'istituto e ciò che sembra più opportuno, per risolvere definitivamente il problema, è che le Sezioni Unite si rifiutino di giudicare sulla giurisdizione con cognizione sommaria e quando i giudici sottordinati non si sono ancora pronunciati, e rimettere il regolamento alla Corte Costituzionale.

5. I Commenti alla legge 353/90 – Andrea Proto Pisani:

L'istituto del regolamento di giurisdizione è stato per molti anni nell'occhio del ciclone. A seguito soprattutto della monografia di

Franco Cipriani, Il regolamento di giurisdizione del 1977 e dei vari approfondimenti successivi, in dottrina si formò il convincimento circa l'opportunità di sopprimere il vecchio istituto del regolamento preventivo, vero e proprio residuo storico di un sistema costituzionale ormai definitivamente tramontato. Il d.l. Vassalli consapevole delle immense resistenze che si opponevano alla soppressione dell'istituto ritenne preferibile aggirare l'ostacolo disinnescando il principale elemento perverso del regolamento preventivo: la sospensione automatica ed obbligatoria del giudizio di merito che il vecchio testo dell'art 367 1° comma cpc collegava al deposito nella cancelleria del giudice a quo della copia notificata del ricorso contenente il regolamento. Secondo Proto Pisani con la legge 353/90 uno dei connotati essenziali del vecchio regolamento era scomparso ed era ragionevole prevedere che la sua utilizzazione distorta al solo scopo di lucrare l'effetto secondario della sospensione del giudizio di merito andasse lentamente a regredire se non a scomparire del tutto.¹²

6. Segue... Commento alla legge 353/90 – G. Balena

Nel corso degli anni '70 il boom dei regolamenti preventivi di giurisdizione coincise con le prime denunce d'illegittimità costituzionale dell'istituto, da parte dei giudici di merito, e con le prime prese di posizione della dottrina, culminate nella pubblicazione

¹² Proto Pisani- problemi e prospettive in tema di regolamento, in Foro it. , 1984.

di una monografia del Cipriani nella quale, attraverso un'attenta e serrata indagine storica e positiva, si dimostrava che il regolamento, lungi dal recare vantaggi in termini di economia processuale, rappresentava un pericoloso strumento dilatorio nelle mani della parte interessata a guadagnare tempo e collideva per molteplici aspetti con i principi della costituzione.

Da quel momento la Corte Cost. Prima, e la Cassazione dopo, cominciarono a sottolineare le censure d'incostituzionalità, si cominciò a prendere coscienza dell'opportunità di un intervento del legislatore diretto se non ad abrogare l'istituto, quanto meno a trasformarlo in qualcosa di più prossimo ad un vero e proprio regolamento-impugnazione (secondo un modello simile cioè a quello previsto ex artt. 42-43 cpc in merito al regolamento di competenza).

La riforma del 1990 però ha certamente deluso, per questo profilo, le aspettative, giacché senza toccare in alcun modo l'art 41 cpc si è accontentata di incidere sui presupposti della sospensione prevista dall'art 367 cpc, all'evidente fine di disincentivare l'utilizzazione del regolamento con finalità dilatorie. La disposizione novellata prevedeva che il giudice sospendesse il processo solo se non riteneva l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata.¹³

L'impressione che se ne trae è che "la montagna ha partorito un

¹³ Balena- Enc. Dir. Agg. IV, Milano 2000

topolino".¹⁴

Ciò nonostante la sinergia determinatasi tra dottrina e giurisprudenza, accomunate da atteggiamento di palese disfavore nei confronti dell'istituto, ha condotto ad un drastico giro di vite, sul piano esegetico, tale da apparire come un parziale soppressione in via pretoria del regolamento. Da un lato la riforma del 1990 e dall'altro assai più drastico il giro di vite operato dalle Sezioni unite negli ultimi anni, ridimensionarono i più gravi ed evidenti tra gli inconvenienti cui aveva dato luogo, nella pratica, il regolamento cosiddetto preventivo di giurisdizione di cui al comma 1 dell'art 41 cpc, e nel contempo avevano pure disincentivato l'utilizzazione dell'istituto con finalità squisitamente dilatorie. Se di questo era legittimo essere soddisfatti, ad avviso di molti, sarebbe stato del tutto fuori luogo considerare risolto ogni problema e superata ogni perplessità circa l'opportunità di mantenere in vita, nella sua conformazione, l'istituto in questione. Non potendosi escludere l'eventualità che la sospensione ex art 367 cpc venisse disposta nonostante la manifesta inammissibilità o infondatezza dell'istanza di regolamento, se ne doveva dedurre che, dopo la modifica dell'art 367, l'istituto continuasse a costituire in concreto una minaccia nient'affatto trascurabile per i giudizi e ad offrire un'arma non del tutto spuntata al litigante interessato a procrastinare il momento della decisione.

¹⁴ Così Cipriani, Regolamento di giurisdizione (in Enc. Giur. XXVI, 1991).

7. Il progressivo allungamento del raggio di applicazione dell'istituto:

Un aspetto molto controverso dell'istituto è quello della sua utilizzabilità in processi diversi da quello a cognizione piena, ancorché retto da un rito speciale. Sebbene il combinato disposto degli artt. 41 comma 1 e 367 cpc offrì argomenti idonei a risolvere tale problema in senso negativo, le sezioni unite, prescindendo dai procedimenti di giurisdizione volontaria¹⁵, hanno palesato per molto tempo un evidentissimo favor per il regolamento, ammettendone la proposizione tra l'altro nel procedimento esecutivo, nel procedimento diretto alla dichiarazione di fallimento, e soprattutto, quel che è più grave, nei processi sommari in genere, inclusi quelli cautelari, per i quali ultimi la sospensione imposta dal previgente art 367 cpc, rischiava di tradursi in un secco diniego di tutela.

Un'importante svolta per questo aspetto si avuta con una sentenza del 1966¹⁶. Nella motivazione di tale decisione, peraltro riguardante un regolamento proposto “dopo” la conclusione di un procedimento cautelare, che era stato promosso ante causam e definito (in sede di reclamo) con una pronuncia declinatoria della giurisdizione, si rammenta che la Corte Costituzionale. Nel 1984, aveva ravvisato nel regolamento preventivo di giurisdizione uno strumento idoneo a

¹⁵ Rispetto ai quali il regolamento è sempre stato escluso: Cass. Sez. un. N°1392 del 1987 in Giur. it., 1180 del 1987, che fanno entrambe leva sulla natura non decisoria dei provvedimenti di giurisdizione volontaria.

¹⁶ Cass. Sez. un., 22 marzo 1996 n. 2465 in Foro it.

bilanciare, in qualche misura i rischi derivanti da una possibile utilizzazione distorta dei provvedimenti ex art 700 cpc, e se ne deduce che oramai, essendo stato previsto dal legislatore del '90 un istituto (il reclamo ex art 669 terdecies) in grado di assicurare un controllo immediato anche sulla questione di giurisdizione, non vi è alcun motivo per continuare a ritenere ammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione al fine di compensare gli abusi che si verificano sotto il vigore della disciplina previgente nella materia dei provvedimenti speciali. La soluzione inaugurata in questa sentenza e consolidatasi nella giurisprudenza successiva, ha sicuramente posto rimedio ad uno dei problemi più gravi cui l'istituto aveva dato luogo negli ultimi decenni.

8. Le Sezioni Unite riscrivono l'art 41 cpc:

La giurisprudenza sembrò non avvedersi del colpo mortale inferto ai regolamenti di giurisdizione pretestuosi a seguito della riforma, intese completare l'opera del legislatore. Secondo una certa impostazione, la rimeditazione normativa della novella del 1990 doveva ancora raggiungere l'effetto definitivo. Le Sezioni Unite trassero dall'intervenuta modifica lo spunto per una palingenesi dell'istituto, tanto profonda da influire in maniera penetrante sulle condizioni di proponibilità del regolamento, certamente oggi assai più ristrette. E così una seconda vera e propria modifica legislativa è avvenuta ad

opera delle Sezioni Unite.¹⁷ In particolare l'intervento della corte è stato tale da far sì che il regolamento ne uscisse ridimensionato. Le sezioni unite si trovarono a risolvere il problema che aveva angustiato parte della dottrina tra cui Enrico Redenti, Franco Cipriani e Aldo Attardi e lo risolsero escludendo l'ammissibilità del regolamento sia dopo la declinatoria sia dopo la dichiarativa. Non solo, ma valutato i pro e i contro, si spinsero fino a dire che il regolamento fosse precluso anche dalle sentenze su altra questione processuale e più in generale da ogni decisione sulla causa in sede di merito. Le sezioni unite, inoltre, nel riesaminare l'incidenza della novella del 1990 sul regolamento furono chiarissime nell'escludere che il regolamento fosse diventato un'impugnazione. Nell'escludere il concorso del regolamento con le impugnazioni avverso la sentenza sulla giurisdizione, le sezioni unite non si resero conto che questo concorso fosse inevitabile: si poteva dire che il regolamento non si potesse proporre dopo una sentenza sulla giurisdizione ma non si poteva escludere che il processo, una volta chiesto il regolamento, sfociasse in una sentenza sulla giurisdizione. Il problema dunque, restava.

Se il giudice di fronte al regolamento non sospendeva e giudicava sulla giurisdizione e/o sul merito, la parte che voleva evitare il giudicato e l'improcedibilità del regolamento, aveva in ogni caso l'onere di

¹⁷ Le Sezioni Unite *riscrivono l'art 41 e sopprimono (o quasi) il regolamento di giurisdizione. Cipriani for it. 1996*

impugnare. Analizzando una fondamentale sentenza delle sezioni unite, la n°2446/96, si evince come, secondo queste ultime l'art 41 primo comma, per il quale il regolamento può essere chiesto “ finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado” doveva essere interpretato come se dicesse che il regolamento poteva essere chiesto “ finché non intervenisse una decisione sulla causa in sede di merito”. La formula prospettata dalle Sezioni unite fu diversa e più ampia di quella della legge, ma per attribuire efficacia preclusiva alle sentenze non definitive sulla giurisdizione o su altra questione processuale era necessario ed inevitabile riscrivere l'art 41 1° comma cpc. Da questa sentenza si evince che a precludere il regolamento fosse ogni decisione emanata dal giudice presso il quale il processo è radicato. Le sezioni unite nel riscrivere l'art 41 non usarono la parola “sentenza” forse per rispettare il più possibile la lettera della legge ma scrivendo la parola “decisione” salvarono l'efficacia preclusiva di provvedimenti che, pur decidendo la causa nel merito in primo grado, non avessero forma di sentenza. Mentre il legislatore del 1990 non aveva avuto il coraggio di sopprimere il regolamento di giurisdizione¹⁸, le sezioni unite, che forse erano stanche del regolamento come e più della dottrina, non avevano esitato a prendere spunti dalla novella del 1990 per affrancare il più possibile il processo dal regolamento di giurisdizione. Il regolamento risultò limitato alle ipotesi in cui la questione esisteva e non era stata in alcun modo esaminata dal giudice di primo grado, il

¹⁸ Così Proto Pisani, lezioni di diritto processuale civile, 1994, 288)

problema di un istituto che consentiva alle sezioni unite di giudicare, con cognizione sommaria, per prime e per ultime, su una questione idonea a definire il giudizio, rimaneva in tutta la sua gravità.

9. Sviluppi interpretativi dopo la modifica normativa:

Purtroppo la giurisprudenza non ha colto la distinzione e la diversa struttura e funzione tra i vari tipi di regolamento succedutisi nel tempo e quelli che sono attualmente sulla scena, ma si è proposta di recidere molte radici che alimentavano l'istituto, convinta che alla sospensione ope iudicis dovesse essere accompagnata una lettura restrittiva, anche *contra legem* della norma, perché il solo rinnovamento legislativo non avrebbe infranto l'onda dilagante delle istanze di regolamento. L'art 41, primo comma, cpc risulta in sostanza riscritto dalla massima giurisprudenziale. La statuizione che ne è sortita stabilisce che il regolamento di giurisdizione non è proponibile dopo che il giudice di merito abbia emesso “comunque” una decisione, anche soltanto limitata alla giurisdizione o ad altra questione processuale. Per pervenire a questo risultato, la giurisprudenza legge l'espressione normativa “finché la causa sia decisa nel merito” ancorata al concetto di “decisione” piuttosto che a quello di “merito”, tanto da intenderla nel senso “finché non sia intervenuta una decisione sulla causa in sede di merito”. Il termine decisione, usato di solito indifferentemente per indicare ogni provvedimento del giudice, nella foga interpretativa perde alcune sfumature, per colorarsi dei toni caratteristici della vera e propria sentenza, definitiva e non definitiva, totale o parziale, di merito

o di rito, la cui forma-contenuto, perciò ex art 132 cpc è significativa, non solo ai fini degli specifici rimedi di impugnazione. Vale a dire che la statuizione sia come oggetto unico della decisione, sia che si accompagni al merito, sia che lo presupponga soltanto, poiché contenuto in una decisione di merito, impone che la questione vada, eventualmente, riproposta esclusivamente dinanzi al giudice immediatamente sovraordinato.

10. L'obiettivo e le argomentazioni dell'interprete

La scaturigine dichiarata dell'interpretazione è stata la mancanza di una norma che disciplini il concorso fra il regolamento e l'impugnazione ordinaria, completata dall'affermazione che l'emanazione di una sentenza, sia di merito, sia di rito, benché non definitiva, impone di dedurre la questione di giurisdizione soltanto attraverso il previsto mezzo di impugnazione. Le Sezioni Unite ritengono di prevenire ogni rischio di possibile sospensione dell'appello a seguito della contestuale proposizione del regolamento e non hanno necessità di disciplinare i rapporti processuali tra un mezzo straordinario, quale è il regolamento, e i tradizionali mezzi di impugnazione ordinari. Del tutto incerte risultano a tutt'oggi le sorti dei provvedimenti giurisdizionali del giudice di merito che non abbia sospeso il processo dopo la proposizione del regolamento, nell'ipotesi in cui la Cassazione, nel pronunciarsi sul regolamento, neghi la giurisdizione, dopo che sia intervenuta una decisione di primo grado. Sebbene il nuovo art 367 cpc abbia drasticamente ridotto i regolamenti

di giurisdizione e il giudice del merito sospenda pressoché sistematicamente può accadere che il giudice di primo grado non sospenda e il processo continui fino a produrre sentenze di merito; che passino eventualmente in giudicato e successivamente vengano poste in discussione dall'intervento della Cassazione che neghi in radice la giurisdizione del giudice a quo. L'interprete ha preso le mosse dalla dottrina che riconosceva come unico limite alla proponibilità del regolamento la pronuncia di una declinatoria della giurisdizione, ma anche soltanto dichiarativa suscettibile di passare in cosa giudicata. Determinante è risultata la constatazione che, nel caso di sentenza denegatoria della giurisdizione, il giudice a quo ha esaurito il suo compito e non ha più il potere di decidere alcunché, laddove, invece, la sospensione deve essere dichiarata dal giudice davanti al quale sia stata proposta la domanda. Nonostante la giurisprudenza abbastanza consolidata ammettesse il regolamento in presenza di una decisione affermativa della giurisdizione (sentenza non definitiva), anche perché la vecchia sospensione obbligatoria si riteneva che influisse sul giudizio di merito ma anche ai fini di impedire il decorso del termine d'impugnazione, l'interprete del 1995 non ha tenuto conto di questo dato. La distinzione tra sentenze definitive e non definitive è stata completamente neutralizzata, così' come la distinzione tra le diverse sentenze di rito e tra le diverse sentenze di merito. Si è ritenuto che la sola modifica legislativa introdotta con la legge 353/90 non avesse inciso sulla natura non impugnatoria del regolamento preventivo,

perciò non consentisse di conferire, proposto dopo una sentenza del giudice a quo, l'idoneità ad impedire il passaggio in giudicato della sentenza stessa. La conclusione tratta è stata quella per cui non risulta ipotizzabile un concorso tra regolamento di giurisdizione e impugnazione, il primo ammissibile anteriormente alla decisione e il secondo con ingresso dopo una pronuncia del giudice di primo grado.

11. Attuale assetto interpretativo:

Da oltre vent'anni la proponibilità del regolamento è confinata entro i limiti di una qualsiasi sentenza del giudice a quo, mentre lo svolgimento del procedimento incidentale può andare ben oltre il processo di primo grado non sospeso. Dobbiamo perciò chiederci se lo sforzo interpretativo della Corte, intervenuta per far fronte ad un dato numerico, attraverso una modifica strutturale, sia perfettamente in linea con il disegno normativo e sistematico. Va chiarito che se fosse nelle intenzioni del legislatore operare una distinzione, oltre che logica anche cronologica, tra il regolamento e i mezzi di impugnazione e quindi una precisa volontà di escludere in radice il carattere impugnatorio del mezzo preventivo, mantenuto in vita nella sua funzione essenziale, solo entro un breve lasso di tempo, prima che potesse interferire con l'impugnazione. Nella verifica si deve senz'altro tener conto che la questione della giurisdizione, seppure debba fare i conti con i più recenti sviluppi interpretativi che ne ridimensionano la portata, assume ancora una certa importanza per l'ordinamento, non tanto perché nella lettera della norma il difetto risulta ancora rilevabile

anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo quanto perché la questione spesso ha ad oggetto problematiche piuttosto complesse.¹⁹

L'indirizzo ermeneutico adottato dalla giurisprudenza del 1995-1996 è stato sottoposto a stringenti critiche da parte della dottrina.

L'attacco proviene al contempo da coloro che vogliono infilzare mortalmente il drago apocalittico, fatale per la vita stessa del processo, contenti del colpo inferto al regolamento, ma non ancora del tutto soddisfatti, ma anche da chi si propone una lettura contenutistica. Secondo quest'autorevole interpretazione, l'idea portante della Sezioni Unite non è da condividere, perché il mezzo preventivo può essere proposto fino alla pronuncia sul rapporto giuridico sostanziale e non deve essere invece bloccato di fronte a qualsiasi pronuncia con l'unificazione di quelle di rito e di quelle di merito mediante la cassazione della parola merito, che costituisce il piedistallo della formulazione normativa. Il regolamento di giurisdizione così come si trova attualmente strutturato, incide e coabita con il giudizio rispetto al quale viene proposto. Il giudice di primo grado che non viene più esaurito della causa, continua naturalmente il giudizio, a meno che non disponga discrezionalmente la sospensione. La norma quindi abilita il giudice a quo a emettere una o più decisioni, definitive o non definitive, di rito o di merito e la causa potrà continuare in appello mentre davanti alle Sezioni Unite pende il regolamento. L'attività svolta dal giudice del merito che non ha sospeso, sarà

¹⁹ Così, Quando un principio limita la regola, in *Corr. Giur.* 2009, Remo Caponi.

sottoposta a una sorta di condizione risolutiva, per cui continuerà a produrre efficacia solo se il giudice del regolamento dichiarerà che il giudice a quo era fornito di giurisdizione, altrimenti la perderà.

L'attuale assetto impedisce di considerare l'attività svolta nel lasso di tempo dalla proposizione del regolamento come attività posta in essere senza potere, ovvero come attività per nulla sottoponibile agli ordinari mezzi di impugnazione. Se il legislatore legittima la prosecuzione dell'attività giurisdizionale del giudice di merito da un parte e il regolamento di giurisdizione dall'altra, deve necessariamente ritenersi che i due producano effetti nei relativi ambiti e che non prevalga la sentenza del giudice di merito rispetto alla decisione delle Sezioni Unite.

Non avrebbe senso di economia processuale dare la prevalenza alla sentenza di merito, pendente il regolamento, caducare quest'ultimo e successivamente, eventualmente, reinvestire la Corte di Cassazione ex art 360 n°1 cpc ovvero ex art 111 ult.comma cost. , a fronte della sentenza di appello. Nemmeno ragionevole risulta imporre al giudice del merito una sorta di corsa per giungere a decidere la controversia prima della decisione sul regolamento. L'imposizione della competizione cronologica si spiega sempre sulla vecchia idea che il regolamento di giurisdizione esautora il giudice del merito dell'intera controversia, perché Sezioni Unite decidono attraverso questo sistema sulla tutelabilità della situazione giuridica soggettiva, magari in un solo grado, riscontrando il difetto assoluto.

La sentenza di merito che sia stata pronunciata dopo la proposizione del regolamento di giurisdizione, non osta alla decisione sul regolamento, salva la preclusione derivante dal passaggio in giudicato della sentenza medesima.²⁰ Secondo la giurisprudenza invece nemmeno il passaggio in giudicato della sentenza di merito impedisce la decisione sul regolamento. In realtà l'intervento della sentenza di merito costituisce una condizione di proponibilità del regolamento, ma non una condizione di decidibilità di esso. Solo il passaggio in giudicato della decisione sulla domanda, nonché l'estinzione del processo, costituiscono condizione negativa di decidibilità. Definita la domanda, la questione di giurisdizione perde di qualsiasi rilevanza, perché la finalità che con la domanda ci si era posti è stata raggiunta e la questione non ha più ragion d'essere. Una decisione, seppure con efficacia erga omnes delle Sezioni Unite non avrebbe nessuna utilità, anzi, al contrario potrebbe essere controproducente, laddove addivenisse alla conclusione che il giudice il quale ha istruito e deciso la controversia non aveva giurisdizione. A questo punto ci si chiede cosa accada nel caso in cui a passare in giudicato sia una sentenza di rito definitiva che non verta sulla giurisdizione o sulla competenza: l'intervento della Sezioni Unite a questo punto ha ancora un'utilità, dal momento che riveste efficacia erga omnes, per cui una volta riproposta la domanda la giurisdizione sarebbe già stata stabilita? In realtà questo ragionamento è contrario alla logica dell'azione

²⁰ La nuova disciplina del processo civile A. proto Pisani

finalizzata ad ottenere una sentenza di merito. Perciò anche in questo caso le parti saranno tenute a proporre appello se vogliono che l'attività delle Sezioni Unite addivenga a un provvedimento. Invece, la sentenza di rito non definitiva, seppure passata in giudicato, dal momento che non presuppone una decisione sulla giurisdizione, non preclude ovviamente la decisione del regolamento, nemmeno ove si tratti di una sentenza sulla giurisdizione. Il giudice d'Appello avrà gli stessi poteri di cui all'art 367 1°co. cpc per cui ove ritenga ricorrere i presupposti di legge sospende la causa, altrimenti svolge l'attività necessaria a concludere la causa. Le sue sentenze saranno sottoposte alla medesima condizione risolutiva già analizzata per il giudice di 1°grado.

12. Il dies ad quem: determinazione secondo una lettura più rispondente al dato normativo

Quanto abbiamo appena detto ci consente di interpretare la locuzione “finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado” nel senso che oltre la decisione sul merito della controversia il regolamento non può più essere proposto, ma non perché i soggetti non riceverebbero alcuna utilità dal regolamento dato che la questione di giurisdizione con la sentenza di merito sarebbe definita (la questione di giurisdizione può essere infatti riproposta in appello) ma, esclusivamente perché il legislatore ha effettuato una valutazione ed ha deciso che dopo la sentenza di merito di primo grado il regolamento non è più opportuno. Infatti la sentenza di merito definisce un assetto

di interessi concreti la cui discussione può essere continuata in appello; assetto che può far venir meno, in concreto l'interesse a riproporre la questione di giurisdizione. La sentenza del giudice d'appello sarà poi impugnabile in cassazione per motivi "attinenti alla giurisdizione" per cui il regolamento risulterebbe un'inutile duplicazione. Con il riferimento alla proponibilità, l'emissione di una sentenza di rito non osta a che il regolamento di giurisdizione possa essere proposto. Le sentenze sulla giurisdizione non definiscono il merito, perché non danno alcuna utilità concreta, ma solo una questione processuale.

13. Preventività della proposizione del regolamento:

A questo punto possiamo tirare le fila del discorso per definire la natura del regolamento di giurisdizione che rimane un mezzo non impugnatorio: benché secondo parte della dottrina all'esito di una sentenza possa essere ancora proposto da entrambe le parti, come stabilisce l'art 41 primo comma cpc, in quanto la parte vincitrice ove non sia del tutto convinta sulle motivazioni della decisione, può ancora avere interesse alla definizione per saltum e erga omnes della questione.

La preventività, sebbene permanga, si modifica: da mezzo che si svolge esclusivamente nel primo grado di giudizio, per effetto della sospensione obbligatoria, si trasforma in mezzo che può travalicare il primo grado, per il solo fatto della possibilità di non sospendere e a prescindere dalle modalità interpretative del *dies ad quem*.

Capitolo 2- Parte II: La questione di giurisdizione e i rapporti con il giudicato

1. La questione di giurisdizione e i rapporti con il giudicato

Una volta analizzato lo strumento previsto all'art 41 e le posizioni sia della dottrina che della giurisprudenza al riguardo, è opportuno analizzare l'orientamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della questione di giurisdizione in ogni stato e grado del processo così come sancito dall'art 37 cpc. Nell'esaminare la disciplina processuale della questione di giurisdizione, si passano in rassegna gli orientamenti emersi nella giurisprudenza di legittimità; emerge una progressiva erosione delle differenze tra tale regime e quello proprio della questione di competenza. La disciplina della translatio iudicii introdotta dalla legge 69 del 2009 si inquadra in questo processo. Richiede di essere inserita in modo armonico nel tessuto normativo preesistente e costituisce l'occasione per una verifica delle precedenti soluzioni interpretative.

2. Orientamento delle Sezioni Unite anteriore a SSU 24883/2008:

L'art. 37 c.p.c. stabilisce che il difetto di giurisdizione può essere rilevato anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

La giurisprudenza consolidata fino al 2008 coordinava l'art. 37 c.p.c. alla disciplina delle impugnazioni accogliendo il seguente criterio.

Se il giudice decide la causa sul merito e tace sulla giurisdizione, allora l'impugnazione sul solo merito devolve al giudice superiore il potere

di rilevare d'ufficio la questione di giurisdizione – e ovviamente alla parte il potere di eccepirne il difetto.

Ne derivavano i seguenti limiti al controllo d'ufficio sulla giurisdizione:

- «formale»: *la decisione sulla giurisdizione sottrae* la questione al rilievo d'ufficio e attiva il meccanismo dell'art. 329, comma 2, c.p.c.. *Quindi* la decisione con cui il giudice conferma la propria giurisdizione può essere contrastata soltanto con l'impugnazione del relativo capo di pronuncia.
- «fisiologico»: *il giudicato sul merito* rende incontrovertibile la giurisdizione sulla *res litigiosa* che fosse dedotta in un nuovo giudizio (in questo senso si parlava, tradizionalmente ma impropriamente, di «giudicato implicito»); e – secondo un orientamento giurisprudenziale – anche su situazioni diverse, dedotte in un nuovo ma dipendenti da quella coperta dal giudicato.

In sintesi: la rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del processo è sempre ammessa, finché manca una pronuncia sulla giurisdizione o non è passata in giudicato la decisione sul merito.

E quando si parla di pronuncia, si intende sempre una pronuncia espressa sulla pregiudiziale di rito.

3. La svolta ad opera della Sent. CASS., SEZ. UN., 9 OTTOBRE 2008, N. 24883

Le Sezioni Unite affermano che la decisione sul merito *implica* che il giudice abbia riconosciuto la propria giurisdizione.

Se prima di decidere il merito il giudice deve verificare di averne il potere, allora la decisione sul merito *implica* che questa verifica è stata positiva. Poiché la giurisdizione rientra fra i requisiti per decidere la causa nel merito, allora la decisione sul merito implica la verifica positiva della giurisdizione. Secondo le Sezioni unite questo rapporto di implicazione non vale solo sul piano della logica ma ha precisa rilevanza giuridica. Pur implicito nella pronuncia sul merito, il riconoscimento della giurisdizione è una decisione a tutti gli effetti; quindi o viene contrastata con la formale impugnazione di questo capo di decisione implicito, oppure sulla giurisdizione si forma il giudicato. Questa soluzione – è stato notato – collide con l’art. 37 c.p.c., secondo cui il difetto di giurisdizione è rilevabile anche d’ufficio in ogni stato e grado del processo. Se infatti cessa di esserlo quando la causa viene decisa nel merito, l’art. 37 c.p.c. viene sostanzialmente privato del suo ambito di applicazione. Nella prima parte della motivazione della sentenza che ha costituito la svolta sul punto, le SU cercano di illustrare la base formale della tesi sostenuta.

Nel nostro processo è immanente un ordine rito / merito (cioè un ordine di pregiudizialità per cui le questioni di rito vanno decise prima del merito); il che è pacifico e dimostrato da una serie consistente di

indici normativi. Secondo le Sezioni Unite l'insieme dei requisiti per la decisione sul merito costituisce anzi un distinto oggetto di giudizio che il giudice deve accertare prima di passare al giudizio sul merito. E' quindi logico che, se il giudice ha deciso il merito, è perché ha già deciso l'oggetto processuale del giudizio in senso conforme.

Proprio sul piano della logica però il ragionamento della Corte sembra difettoso. Vera la premessa maggiore «prima di decidere il merito il giudice *deve* verificare la propria giurisdizione». Vera anche la premessa minore «il giudice ha deciso la causa nel merito». Vera non è invece la conclusione del sillogismo «dunque il giudice ha verificato la propria giurisdizione». Se la premessa maggiore enuncia un «dover essere», la conclusione non può riguardare un «essere».

Inoltre è un ragionamento che «prova troppo» perché può valere per tutti i requisiti di decisione della causa nel merito; e vedremo che questo non è accettabile, né la stessa Cassazione, come vedremo, è disposta ad accettarlo. Più interessante la seconda parte della motivazione, dove emerge il vero senso di questa svolta interpretativa. La svolta non risponde al bisogno di affermare un principio (zoppicante, ad avviso di molti) di «logica»; ma al bisogno di affermare un principio di «razionalità» che si può intendere così: «il rispetto delle regole sulla giurisdizione non è un valore assoluto; più importante è garantire una decisione sul merito e in tempi ragionevoli.».

“ Intanto, sul piano metodologico, va precisato che, trattandosi di norma che appare *ictu oculi* in contrasto con il generale principio di economia processuale, come meglio si vedrà, deve essere interpretata in senso restrittivo e residuale.

In mancanza dell'art. 37 c.p.c., i soggetti processuali sarebbero stati maggiormente responsabilizzati nella verifica della questione di giurisdizione, non potendola poi sollevare successivamente.

Le parti che consapevolmente non sollevano l'eccezione di difetto di giurisdizione hanno evidentemente la riserva mentale di formularla successivamente in base ad un calcolo di convenienza (*secundum eventum litis*), quindi la loro inerzia ha un fine palesemente dilatorio e non meritevole di tutela. Le parti che, invece, non ritengono che sussista un problema di giurisdizione, per ben due gradi di giudizio, ma lo sollevano poi soltanto in sede di giudizio di legittimità, o non hanno svolto il loro compito in maniera diligente o “tentano” la carta estrema della “distruzione processuale”: in entrambi i casi non meritano tutela.

4. Giudicato implicito, presupposti processuali e acquiescenza:

I rapporti tra la disciplina della rilevanza della questione di giurisdizione (e in generale delle questioni pregiudiziali) ed il giudicato nella sua forma esplicita, ma anche e in particolare nella forma implicita, per mezzo del meccanismo dell'acquiescenza, costituiscono un tema complesso sul quale la dottrina processuale ha

avuto modo di riflettere anche di recente e di esprimere opinioni discordanti.

La configurabilità di un giudicato implicito sulle questioni di rito (e segnatamente sulla questione di giurisdizione) in particolare, è un tema assai controverso contrapponendosi al riguardo posizioni diverse che in larga misura risentono delle diverse concezioni accolte con riguardo alla stessa nozione di giudicato (implicito) oltre che con riferimento ai possibili rapporti tra pregiudiziali all'interno del processo. In effetti l'idea del giudicato implicito sulla questione di giurisdizione pare necessariamente presupporre, dal punto di vista logico, quanto meno la condivisione dell'idea della configurabilità di un accertamento giurisdizionale sulle questioni pregiudiziali, autonomo e separato rispetto all'accertamento della fondatezza della domanda. Per chi nega l'esistenza di siffatta “separatezza”, invocando l'unitarietà dei profili attinenti l'accertamento dell'ammissibilità e della fondatezza della domanda, infatti, ipotizzare la formazione di un giudicato implicito sulle questioni suddette risulta incongruo e frutto di una concezione “evanescente” del giudicato che pretenderebbe di estendere alle questioni di rito, principi che sono tipici del solo giudicato di merito. Al contrario per chi è disponibile ad ammettere²¹ la natura accertativa delle decisioni sulle questioni pregiudiziali di rito, si pone inevitabilmente il problema della loro configurabilità in forma implicita, ossia della possibilità che il suddetto accertamento sia

²¹ Consolo, Cumulo, cit., 215 ss

implicitamente contenuto nella sentenza che accerta il diritto controverso e decide il merito della lite.²²

Con la particolare lettura da parte della Cassazione dell'art 37, il potere di rilevabilità ufficiosa della questione in ogni stato e grado del processo si trasforma, di fatto, in una possibilità del tutto eccezionale.

Tali passaggi tuttavia non appaiono scontati e sono anzi criticati da una parte consistente della dottrina. Con riferimento all'art 329, comma 2, infatti autorevole dottrina, pur ammettendo la configurabilità di un accertamento implicito sulle questioni pregiudiziali, ha negato la configurabilità dell'ulteriore passaggio, compiuto invece dalla Cassazione, negando che tale accertamento, in quanto limitato alla sola sussistenza dei presupposti processuali (e in particolare della giurisdizione) possa costituire un autonomo capo di sentenza e sia pertanto idoneo a passare in giudicato, per effetto dell'acquiescenza ex art 329, comma 2. Una lettura più rigorosa di tale disposizione²³

porta, infatti, a circoscrivere la sua applicazione alle sole parti della sentenza contenenti decisioni su domande e non su singole questioni, circoscrivendo altresì gli effetti dell'acquiescenza alle sole decisioni su domande cumulativamente proposte e non impugnate.

Il che consente di pervenire con riguardo alla più specifica questione della rilevabilità del difetto di giurisdizione, anche ad una soluzione diversa da quella accolta dalle Sez. Unite e certamente più in linea con

²² Ferri, in tema di giudicato sulla giurisdizione, in Riv. Dir. Proc. , 1964, 358 ss

²³ Così Andrioli, Acquiescenza e questioni attinenti alla giurisdizione, in Foro it. 1954, I,10.

la lettera dell'art 37 cpc. Aderendo a questa diversa impostazione infatti la portata dell'art 37 torna ad espandersi dal momento che l'accertamento sulla giurisdizione (esplicito o implicito) benchè sempre contenuto nella sentenza di primo grado, non potrebbe comunque precludere la rilevabilità del difetto nei successivi gradi di giudizio, rimanendo la questione definitivamente preclusa solo dopo il passaggio in giudicato della (parte) sentenza di merito contenente l'accertamento anche implicito della giurisdizione, in virtù dell'effetto preclusivo del giudicato sul dedotto e sul deducibile. Per contro, nel caso in cui mancasse una statuizione espressa sul punto, il giudice d'appello potrebbe ancora rilevare il difetto di giurisdizione ai sensi dell'art 37 a prescindere da qualsivoglia iniziativa delle parti; salva peraltro la possibilità nel caso di mancato rilievo o mancata pronuncia sul punto da parte del giudice d'appello, che la questione venga rilevata per la prima volta in Cassazione ai sensi dell'art 360 n°1 e salva altresì, a presidio della garanzia di effettività della tutela giurisdizionale, la possibilità di *translatio iudicii* nei limiti attualmente riconosciuti dalla Cassazione e dalla Corte Costituzionale.²⁴ Le considerazioni appena illustrate, pur valendo a tratteggiare solo i contorni del complesso dibattito dottrinale sviluppatosi sulle questioni affrontate dalle sez. unite, consentono di evidenziare almeno alcune delle possibili obiezioni sistematiche che potrebbero muoversi alla soluzione accolta con riguardo alla rilevabilità del difetto di giurisdizione, se non altro

²⁴ Cass. Sez. un. 22 febbraio 2007, n.4109 e Corte Cost. 7 marzo 2007, n.77

sotto il profilo del radicale, e non necessariamente imposto, svuotamento dell'art 37 cpc.

5. Quando un principio limita una regola: La ragionevole durata del processo quale “Asse portante” della nuova lettura dell'art 37

L'avvento del principio della ragionevole durata del processo comporta l'obbligo di verificare la razionalità delle norme che non prevedono termini per la formulazione di eccezioni processuali per vizi che non si risolvono in una totale carenza della tutela giurisdizionale, come ad esempio *i vizi attinenti al principio del contraddittorio*.

La Corte ritiene che la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo imponga all'interprete una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche e soprattutto, per il suo impatto operativo sulla realizzazione del detto obiettivo costituzionale.²⁵ L'art. 37 c.p.c., ha subito certamente una erosione di principio, nel senso che il contenuto letterale della norma deve cedere il passo alla *odierna intenzione del legislatore (voluntas*

²⁵ Ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione, In Corr. Giur. 2009, Remo Caponi

*legis) frutto della evoluzione storica del sistema*²⁶, che impone termini perentori per la verifica della potestas iudicandi.

La riduzione degli spazi applicativi dell'art. 37 c.p.c., è simmetrica alla portata espansiva del nuovo dettato costituzionale, che fornisce ai giudici uno strumento per verificare la tenuta e la portata delle singole norme del codice di rito e per garantirne una interpretazione costituzionalmente orientata.²⁷ In definitiva, la norma il cui tenore letterale sembra consentire che un vizio procedurale immediatamente rilevabile possa essere fatto valere per saltum soltanto dopo che il processo abbia esaurito i gradi di merito, con l'effetto di riportare a zero tutta l'attività svolta, non può essere ascritta tra quelle che assicurano la ragionevole durata del processo e, quindi, va interpretata utilizzando i riferimenti sistematici e costituzionali che consentano di contenerne la portata nei limiti dei parametri di ragionevolezza utilizzati dal legislatore per istituti analoghi.²⁸

6. Il bilanciamento tra precostituzione per legge del giudice naturale e ragionevole durata del processo:

Il senso fondamentale dell'operazione compiuta sull'art 37 cpc porta alla conclusione che la portata precettiva di tale norma deve essere contenuta in limiti più ristretti di quelli autorizzati dalla lettera della

²⁶ art. 12 preleggi, comma 1.

²⁷ Vedi Cass. 20604/2008.

²⁸ Riscrittura della norma, Francesca Cuomo Ulloa in Corriere G. 2009

legge. Nel bilanciamento tra i valori costituzionali della precostituzione per legge del giudice naturale (artt 25 e 103 Cost.) e della ragionevole durata del processo, si deve tener conto che una piena ed efficace realizzazione del primo ben può e deve ottenersi evitando che il difetto di giurisdizione del giudice adito possa emergere dopo che la causa sia stata decisa nel merito in due gradi di giudizio. L'art 37 comma 1 cpc, nell'interpretazione tradizionale, basata solo sulla lettera della legge, non realizza un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e produce una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.), in quanto comporta la regressione del processo allo stato iniziale , la vanificazione di due pronunce di merito e l'allontanamento sine die di una valida pronuncia di merito.

7. Le ragioni che hanno indotto le SU a sacrificare la lettera dell'art. 37 c.p.c.:

Il punto è che la Cassazione non si sente di disapplicare la disposizione.

Non volendo disapplicare apertamente l'art. 37, le SU ne limitano l'applicazione a casi residuali «in cui la sentenza non contenga statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, *come ad esempio* quando l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo alla ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della

sentenza impugnata risulta che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (es. manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere in merito *per saltum*, superando la progressione stabilita dal legislatore, per ragioni, anche in questo caso, di economia processuale». Entro questi limiti, il tenore letterale dell'art. 37 c.p.c. resta integro, *salvo verifica di legittimità costituzionale*.

8. Legge 69/2009: Regolamento di giurisdizione d'ufficio e translatio iudicii

Per lungo tempo la declinatoria di giurisdizione ha rappresentato per i giureconsulti uno spettro dal quale prendere le distanze, data l'assenza di un meccanismo processuale di trasmigrazione speculare a quello dell'art.44 c.p.c., cagionando pregiudizi tanto per gli operatori giuridici quanto per le parti sostanziali della lite.

La questione sulla giurisdizione, *condicio sine qua non* dell'esistenza del processo, è uno dei temi più insidiosi dello scire giuridico che ha visto coinvolto sia la Corte di Cassazione (sent. n.4109/2007) che la Corte Costituzionale (sent. n.77/2007). Attualmente la lacuna denunciata dai due sopracitati organi giurisdizionali è stata colmata dal legislatore con l'art. 59 della legge n. 69 del 2009, in ordine al quale di rilievo interesse è il cd. regolamento di giurisdizione d'ufficio. Con riferimento alla clausola di salvezza del comma 3, ove dispone che restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di

giurisdizione, i giudici di legittimità²⁹ hanno concluso che, anche a seguito dell'entrata in vigore della disposizione in parola:

- 1) il regolamento preventivo di giurisdizione conserva la sua natura non impugnatoria, trattandosi di uno strumento facoltativo di definizione celere della questione di giurisdizione;
- 2) le decisioni sulla giurisdizione sono suscettibili di giudicato formale;
- 3) che il passaggio in giudicato di tali sentenze preclude l'esperimento del regolamento preventivo di giurisdizione.

Una soluzione che può comportare il problema del doppio binario, vale a dire la contemporanea pendenza del processo dell'appello e la riassunzione dinanzi al magistrato indicato come munito di giurisdizione. In tal caso, come la dottrina maggioritaria suggerisce, il giudice *ad quem* dovrà esperire il regolamento di giurisdizione d'ufficio e il giudice d'appello dovrà decidere se sospendere il procedimento in attesa della decisione ovvero anticiparla con una propria pronuncia di rigetto del proposto appello. Sebbene si tratti di un meccanismo non omogeneo, dal momento che la sua operatività dipende dall'apprezzamento dei giudici, ha il pregio, da un lato, di creare il diseconomico effetto di obbligare la parte ad aspettare il passaggio in giudicato della sentenza sulla giurisdizione; dall'altro, di

²⁹ Cass. SS. UU. ord. n.2716/2010, si V. anche ord. n.14828/2010.

non mutare il consolidato indirizzo sul dies ad quem per la proponibilità del regolamento di giurisdizione.

9. Decisione delle questioni di giurisdizione

L'art 59 della legge 69/2009 prevede che³⁰:

1. 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 anche in altro processo.

2. 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 le parti restano 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 fin dall'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.

³⁰ art. 59, l. 18 giugno 2009, n. 69 (G.U. 19 giugno 2009, n. 140, suppl. ord. n. 95/L.

3. Se sulla questione di giurisdizione non si sono 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.

4. 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.

5. 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.

10. La *translatio* tra giurisdizioni italiane

Il codice di procedura civile del 1940, in accoglimento della proposta formulata da Giuseppe Chiovenda nel suo “Progetto di riforma del procedimento” introdusse nel nostro ordinamento il principio della continuazione del processo, in base al quale il giudice ad quo, se si dichiara incompetente, non deve chiudere il processo e quindi costringere l'attore a riproporre la domanda davanti ad un altro giudice (che a sua volta potrebbe pure dichiararsi incompetente), ma deve

indicare il giudice che reputa competente e fissare un termine perentorio alle parti per la riassunzione del processo davanti a tale giudice.³¹

Se il termine viene rispettato, il processo continua davanti al giudice ad quem, altrimenti si estingue (art. 50 c.p.c.).

Il codice prevede il principio della continuazione del processo, ossia la possibilità di sanare con la *translatio iudicii* l'errore nell'individuazione del giudice cui proporre la domanda, con riferimento alla sola competenza e non anche alla giurisdizione, per la quale restò fermo l'opposto principio della incomunicabilità delle varie giurisdizioni. Per di più, il legislatore ebbe cura di precisare che il giudice *ad quem* era vincolato alla indicazione del giudice *a quo* solo nel caso in cui questi avesse declinato la competenza per valore o per territorio derogabile, non anche se l'incompetenza fosse stata dichiarata per motivi di materia o di territorio inderogabile, nel qual caso, però, non poteva dirsi a sua volta incompetente, ma doveva chiedere il regolamento della competenza alla Corte di cassazione (art. 45). Pur con queste limitazioni, il principio della continuazione del processo rappresentò una svolta fondamentale nella storia del nostro processo civile, perché stava a dimostrare e a confermare che il processo, nella sua strada verso la sentenza di merito, non deve incontrare ostacoli artificiosi e/o irrazionali. Proprio per questo, però, dopo qualche tempo la dottrina non mancò di

³¹ Franco Cipriani in *Foro it.*, 2009, V, col. 249

avvertire che non aveva senso che il civilissimo principio della continuazione del processo non fosse applicabile anche quando il giudice si dichiara sfornito (non già di competenza, ma) di giurisdizione.

A sollevare il problema fu, nel 1965, Virgilio Andrioli, al cui insegnamento si sono in seguito ispirati altri studiosi, i quali, anche in considerazione di alcuni ben precisi dati normativi³², hanno fatto notare che, *de iure condito*, quando la giurisdizione viene declinata a favore di un altro giudice italiano, la continuazione del processo poteva e doveva essere ammessa.³³ Le riflessioni della dottrina sono state condivise dalle sezioni unite della Corte di cassazione, le quali, nel 2007, hanno affermato che “qualora un giudice italiano declini la propria giurisdizione a favore di un altro giudice italiano, il processo continua davanti a tale giudice, il quale resta libero di declinare a sua volta la giurisdizione”.³⁴

Alla decisione delle sezioni unite ha fatto poco dopo seguito una sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 30 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, nella parte in cui non prevedeva che gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla

³² Soprattutto, la previsione del regolamento di giurisdizione nel processo amministrativo in forza dell'art. 30, 3° comma, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, con le relative conseguenze, e la lettera dell'art. 382, 3° comma, c.p.c.

³³ v. spec. CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e «translatio iudicii»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 729 ss.; ORIANI, *Sulla «translatio iudicii» dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro it.*, 2004, V, 9 ss.

³⁴ Cass. 22 febbraio 2007, n. 4109, *id.*, 2007, I, 1009.

domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservassero, a seguito della declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice fornito di giurisdizione.³⁵

Venuto così definitivamente meno il principio della incomunicabilità delle varie giurisdizioni italiane, sono sorti non pochi problemi, in quanto la legge non stabiliva alcunché né sulla forma dell'atto per effettuare la *translatio*, né sul termine entro il quale riassumere il processo, né sulle conseguenze della riassunzione, né tanto meno sui poteri del giudice *ad quem*. A colmare queste lacune ha ora meritoriamente provveduto il legislatore, con l'art. 59 l. 18 giugno 2009 n. 69. A volere brevemente commentare la nuova norma, inopportunamente dettata al di fuori del codice di procedura civile, deve innanzi tutto dirsi che, mentre il difetto di giurisdizione del giudice ordinario può configurarsi, oltretutto nei confronti dei giudici speciali, anche nei confronti della pubblica amministrazione (art. 37 c.p.c.) e del convenuto straniero (art. 11 l. 31 maggio 1995 n. 218), la *translatio*, come era ovvio, è stata ammessa solo tra le varie giurisdizioni italiane.

Infatti, mentre il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione è in realtà una questione di merito, sì che è escluso *a priori* che lo si possa sanare col meccanismo della *translatio*; e mentre quello nei confronti dello

³⁵ Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77, *ibid*.

straniero non può essere sanato con la *translatio* perché per il momento mancano accordi dell'Italia con gli altri Stati al fine di consentire la trasmigrazione della causa da un ordinamento all'altro, la *translatio* è stata prevista solo quando è giuridicamente possibile. Quindi, il giudice italiano (civile, amministrativo, contabile, tributario, ecc.), che si dichiara sfornito di giurisdizione, deve indicare il giudice che reputa fornito di giurisdizione solo quando trattasi di un altro giudice italiano. È peraltro appena il caso di aggiungere che, qualora la domanda rientri nella giurisdizione del giudice ecclesiastico, la *translatio* va senz'altro esclusa, in quanto i giudici ecclesiastici, anche se hanno sede in Italia, non appartengono all'ordinamento della Repubblica italiana. Per il secondo periodo del 1° comma dell'art. 59, la pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione (sia in sede di regolamento, sia in sede di ricorso ordinario) ha, oggi come ieri, efficacia panprocessuale, atteso che è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo (sulla stessa domanda). Peraltro, la norma non considera che, per effetto dell'art. 374, 1° comma, c.p.c., come riformato nel 2006, la Cassazione può giudicare sulla giurisdizione anche a sezione semplice, ma è da ritenere che anche le decisioni delle sezioni semplici, nella misura in cui contengono anch'esse la statuizione sulla giurisdizione (art. 382, 1° comma, c.p.c.) abbiano efficacia panprocessuale.³⁶ Il 2° comma dell'art. 59 stabilisce che la *translatio* va effettuata con le modalità e

³⁶ in tal senso, BALENA, *Una nuova pseudoriforma della giustizia civile*, in corso di pubblicazione in *Giusto processo civ.*, 2009, fasc. 4.

secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice *ad quem*. Più precisamente, il 2° comma, al pari del 5° comma, discorre di domanda «riproposta» e di domanda che «si ripropone», lasciando sospettare che non si tratti di una vera *translatio*, ma il 3° e il 4° comma discorrono di causa «riassunta» e di «riassunzione o prosecuzione del giudizio», sì che, tenendo presente che la «riproposizione» tempestiva salva gli effetti sostanziali e processuali della domanda (2° comma), sembra doveroso concludere nel senso che in effetti si tratta dello stesso processo che continua davanti al giudice *ad quem*: le formule adoperate dal legislatore lasciano tuttavia capire che, a riassumere il giudizio riproponendo la domanda, può essere solo l'attore, più precisamente solo chi ha proposto la medesima domanda davanti al giudice che ha declinato la giurisdizione. La riassunzione del processo davanti al giudice dichiarato fornito di giurisdizione va effettuata entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della declinatoria. Quindi, sembrerebbe che, mentre la *translatio* ex art. 50 c.p.c. può essere effettuata anche il giorno dopo la pubblicazione della declinatoria, per effettuare quella ex art. 59 l. 69/09 sia necessario attendere che la declinatoria (pronunciata da un giudice di merito) passi in giudicato. È tuttavia da ritenere che l'attore (o il ricorrente) possa prestare acquiescenza alla sentenza (art. 329 c.p.c.) e provvedere alla riassunzione, ma bisogna subito aggiungere che il problema si complica in caso di pluralità di parti attrici, in quanto ognuna di tali parti può o riassumere o impugnare. Senza dire

che, qualora il difetto di giurisdizione sia stato dichiarato d'ufficio, anche il convenuto (o il resistente) è legittimato ad impugnare, nonché che non può neppure escludersi che, in caso di pluralità di convenuti, il difetto di giurisdizione non sia stato eccepito nei confronti dello stesso giudice.

Se ne può dedurre che, non essendo qui prevista una norma come quella dell'art. 48 c.p.c. (che prevede la sospensione *ipso iure* dei processi rispetto ai quali è chiesto il regolamento di competenza), il legislatore ha «dimenticato» di disciplinare il concorso tra procedimento riassunto davanti al giudice *ad quem* e procedimento d'impugnazione della declinatoria. Spetta quindi all'interprete colmare la lacuna. A tal fine deve dirsi che, mentre l'impugnazione della declinatoria può essere proposta solo dalla parte soccombente (solitamente l'attore, ma in via eccezionale anche il convenuto), la riproposizione della domanda davanti al nuovo giudice può essere fatta solo dall'attore.

In caso di litisconsorzio attivo, però, deve escludersi che la stessa parte possa riassumere e impugnare: oltre tutto, *electa una via non datur recursus ad alteram*.

11. Le soluzioni immaginabili, non sono poche:

Bisognerebbe:

a) escludere l'ammissibilità della *translatio* prima del passaggio in giudicato della declinatoria;

b) obbligare il giudice *ad quem*, in forza di un'applicazione analogica dell'art. 48 c.p.c. (che però è norma eccezionale), a sospendere il giudizio in attesa del giudicato sulla declinatoria;

c) ritenere che il giudice *ad quem*, se la *translatio* viene effettuata prima del giudicato, debba proseguire regolarmente il processo, chiedendo, se si ritiene a sua volta sfornito di giurisdizione, il regolamento alle sezioni unite.

Ognuna di tali soluzioni, però, offre il fianco alla critica, sì che non è escluso che la lacuna possa essere colmata solo rivolgendosi alla Corte costituzionale.

12. La salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda:

Una volta formatosi il giudicato sulla declinatoria e riassunto il processo (o, se si preferisce, riproposta la domanda) davanti al giudice *ad quem*, sono fatti salvi, ai sensi del 2° comma dell'art. 59, gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute.

La norma non disciplina la sorte dei provvedimenti cautelari eventualmente pronunciati dal giudice che si dichiara sfornito di

giurisdizione, ma, in considerazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, è da ritenere che essi conservino la loro efficacia.³⁷

Non può escludersi che, nel termine per impugnare la declinatoria, sorga l'interesse a chiedere un provvedimento cautelare. In tal caso, se la riassunzione non è stata ancora effettuata, la domanda dovrà essere proposta al giudice che ha pronunciato la sentenza (art. 669, 4° comma, c.p.c.) a nulla rilevando che abbia declinato la giurisdizione; se invece la riassunzione è stata già effettuata, ci si dovrà rivolgere al giudice ad quem.

13. Il regolamento di giurisdizione d'ufficio:

Per il primo periodo del 3° comma dell'art. 59, se sulla questione di giurisdizione non si sono 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, la questione di giurisdizione davanti alle medesime sezioni unite della Corte di cassazione, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito.

La norma, dunque, ha ammesso il regolamento di giurisdizione d'ufficio. Essa solleva due perplessità: la prima è che, avendo la sentenza delle sezioni unite (*rectius*, per i motivi già detti, della Cassazione) efficacia panprocessuale, non è dato capire perché il

³⁷ in tal senso v. le ampie e convincenti pagine di VITTORIA, «Translatio iudicii» *giurisdizione cautelare*, *ibid.*, 447 ss.

vincolo per il giudice della *translatio* sia previsto solo quando la Cassazione si sia pronunciata sulla questione di giurisdizione nello stesso processo e non sempre.

La seconda è che, ad onta della lettera, il giudice *ad quem*, in tanto può investire della questione di giurisdizione le sezioni unite, in quanto dubiti della propria giurisdizione. Con la precisazione che sul regolamento di giurisdizione chiesto d'ufficio debbono giudicare necessariamente le sezioni unite e non una qualsiasi sezione della Cassazione.

14. La riforma del 2009 e i rapporti con la precedente disciplina:

Il secondo periodo del 3° comma dell'art 59, stabilisce che restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 41 c.p.c., ma è da credere che il problema non sia così semplice come, a quanto pare, è sembrato al legislatore.

Anzitutto, deve rilevarsi che la previsione della *translatio*, che viene ad aggiungersi alla riforma dell'art. 367 c.p.c. ad opera del legislatore del 1990, abbia più che inciso sul regolamento preventivo in quanto, proprio perché oggi è per un verso consentito al giudice di merito di valutare, prima di sospendere, la serietà dell'istanza e l'ammissibilità del regolamento, e per l'altro è ammessa la continuazione del processo davanti al giudice italiano dichiarato fornito di giurisdizione, è ormai venuta meno ogni ragione di dubitare della legittimità costituzionale

dell'istituto quando il regolamento è chiesto per risolvere le questioni di giurisdizione nei confronti degli altri giudici italiani.

Restano invece pressoché intatti i dubbi di legittimità sul regolamento di giurisdizione per risolvere le questioni di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione e del convenuto straniero.³⁸

Di poi, tenendo presente che il regolamento preventivo non è un'impugnazione e può essere chiesto da ogni parte finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado (art. 41 c.p.c.), oggi, stando alla lettera, essendo stata prevista la *translatio*, non si può più dire che la declinatoria chiude il giudizio di primo grado e, quindi, rende inammissibile il regolamento. Quindi, stando sempre alla lettera, parrebbe che dopo la declinatoria si possa avere, specialmente in caso di pluralità di parti, un concorso non solo tra l'impugnazione e la riassunzione, ma anche col regolamento preventivo di giurisdizione. Il concorso è a dir poco inestricabile, ma la Cassazione non da oggi esclude, forzando la lettera, che il regolamento possa essere chiesto dopo la pronuncia di una qualsivoglia sentenza, sì che, a voler tenere presente il c.d. diritto vivente, diventa possibile dire che, dopo la declinatoria, il regolamento preventivo è inammissibile.

Il che significa che quel regolamento può essere chiesto solo davanti al giudice inizialmente adito e non anche, pur trattandosi di un giudizio

³⁸ v. invece, in precedenza, CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1997, cap. VII, spec. 297 ss.

di primo grado e pur non essendo stata ancora la causa decisa nel merito, davanti al giudice *ad quem*.

15. Inosservanza dei termini per la riassunzione:

Per il 4° comma dell'art. 59, l'inosservanza dei termini fissati 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. È indubbiamente un po' strano che il legislatore abbia stabilito che l'estinzione debba essere dichiarata d'ufficio alla prima udienza, ma, stante la chiara lettera della legge, non sembra che la si possa superare consentendo al giudice di dichiarare d'ufficio l'estinzione anche dopo la prima udienza. Piuttosto, sembra opportuno precisare che l'atto di riassunzione, ove mai contenga tutti gli elementi necessari per la proposizione della domanda (e non si siano verificate decadenze), può ben convertirsi in atto introduttivo di un nuovo giudizio.

16. La sorte delle prove:

Infine, per l'ultimo comma dell'art. 59, in ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice indicato fornito di giurisdizione dal giudice adito o dalla Cassazione, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come

argomenti di prova. Quindi, anche quando il processo non si estingue, ma continua con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, le prove raccolte davanti al giudice privo di giurisdizione “scadono” ad argomenti di prova: che è una soluzione non propriamente apprezzabile sul piano dell’economia processuale.

17. Ambito di applicazione della translatio iudicii: applicabilità anche fuori del giudizio di cognizione ed in particolare nei procedimenti cautelari?

Al riguardo, indubbiamente, il co. 2 dell’art. 59 contiene un’espressione che è riferibile solo al giudizio di cognizione: è quella con cui il comma si apre dicendo, che gli effetti processuali e sostanziali della domanda sono conservati, se essa è riproposta al giudice indicato entro il termine perentorio di tre mesi «dal passaggio in giudicato della decisione impugnata», restando altresì le parti vincolate alla indicazione venuta dal primo giudice. Questa espressione non è letteralmente riferibile al provvedimento di rigetto della domanda cautelare per difetto di giurisdizione. Tuttavia, l’interpretazione che dell’espressione richiamata tende a prevalere, è che per l’utile prosecuzione del processo non sia necessario attendere il passaggio in giudicato della decisione che declina la giurisdizione. Perciò la disposizione è in grado di esplicare la sua funzione, se riferita

a provvedimenti cautelari, prendendo a termine di riferimento l'esaurimento dei previsti rimedi, interni al procedimento.

Inoltre, negando che la disciplina processuale della translatio si applichi nel processo cautelare, si finisce con l'imporre il passaggio per il giudizio di cognizione, davanti al primo giudice od a quello indicato, pur quando la cautela autonoma, che l'ordinamento è evoluto nel senso di voler favorire, è in linea di principio perseguibile;

E, ancora, nel processo di cognizione poi iniziato, sarebbe possibile alle parti richiedere il regolamento preventivo, ma risulterebbe perduto il possibile effetto di consolidazione definitiva della questione di giurisdizione, che si avrebbe se il regolamento di ufficio, una volta considerato in linea di principio ammissibile, non fosse chiesto.

Per altro verso, ammettendo la translatio della domanda cautelare davanti al giudice indicato dal primo, ne risulterebbe che questo giudice avrebbe bensì il potere di chiedere che la Corte di cassazione decida la questione di giurisdizione, ma per l'istante non potrebbe declinarla venendo così a trovarsi nella condizione di dover provvedere sulla domanda cautelare sulla sola base dei presupposti di merito di tale domanda.

Com'è stato notato nell'ordinanza 8.2.2010, n. 2716 delle Sezioni Unite, regolamento preventivo ad istanza di parte e regolamento di ufficio rispondono a logiche diverse e dall'inammissibilità dell'uno in una data situazione processuale non è dato argomentare che nella stessa situazione debba essere inammissibile anche l'altro.

Nella sostanza, l'interrogativo che ci si deve proporre è se, ferma l'inammissibilità del regolamento preventivo ex art. 41 nel procedimento cautelare³⁹, non sia invece da ammettere il regolamento di ufficio nello stesso procedimento ripreso davanti al secondo giudice, considerato il risultato di anticipata stabilizzazione dell'individuazione del giudice competente che ne può conseguire e la situazione di conflitto negativo che consente di evitare.

18. Conclusioni:

L'evoluzione storica del regolamento di giurisdizione è stata tracciata attraverso l'analisi che la dottrina e la giurisprudenza ne hanno fatto nel corso degli anni. Dalla genesi dello strumento processuale del regolamento con finalità di economia processuale, all'indiscriminato accrescimento della sua applicazione, fino alla successiva sensibile riduzione del suo spazio applicativo. L'analisi si è soffermata sulla disciplina procedurale dell'istituto prima e dopo la riforma del 1990. Il lavoro si è concluso con l'esame delle più recenti novità legislative introdotte dalla legge 69/2009 con particolare riferimento alle implicazioni derivanti dall'introduzione degli istituti della *translatio iudicii* e del cd regolamento di giurisdizione d'ufficio. Dall'analisi complessiva è possibile sottolineare come questo istituto dalla sua nascita ad oggi abbia subito un'imponente modifica, nonostante non sia stata modificata la lettera della legge.

³⁹ (fu affermata nella sentenza 22.3.1996, n. 2465 delle Sezioni Unite, dando inizio ad un orientamento costante).

Capitolo 3: La giurisprudenza sul regolamento di giurisdizione

1. Cassazione civile sez. un. 22/03/1996 n° 2466

Intestazione:

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg. Magistrati:

Dott.	Vittorio SGROI		Primo Presidente
"	Franco	BILE	Pres. di Sez.
"	Antonio	IANNOTTA	"
"	Antonio	SENSALE	"
"	Giuseppe	BORRÈ	Consigliere
"	Francesco	AMIRANTE	Rel. "
"	Vincenzo	CARBONE	"
"	Alfio	FINOCCHIARO	"
"	Antonio	VELLA	"

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto

da

LAINO CATERINA, elettivamente domiciliata in Roma, Via XX
Settembre

4, presso lo studio dell'Avvocato Alfredo Mirabelli Centurione,

rappresentata e difesa dall'Avvocato Giuseppe Carratelli, giusta delega a margine del ricorso;

Ricorrente

contro

ASILO NIDO "LA VITTORIA", in persona del Commissario p.t., elettivamente domiciliato in Roma, presso la Cancelleria della Corte Suprema di Cassazione, rappresentato e difeso dall'Avvocato Oreste Morcavallo, giusta delega a margine del controricorso;

Controricorrente

contro

ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE - INPS -, in persona del Commissario Straordinario e, come tale, legale rapp.tep.t., elett.te dom.to in Roma, Via della Fregata n. 17, presso l'Avvocatura Centrale dell'Inps, rapp.to e difeso dagli avv.ti Leonardo Lironcurti a Aldo Bartoli, giusta procura speciale per Notaio Dr. Franco Lupo di Roma del 5.5.1994 - rep. n. 24.116;

Resistente

avverso la sentenza n. 482-94 della Pretura di Castrovillari - giudice del lavoro - depositata il 12-01-94 e notificata il 22-01-94 (Art. 149 c.p.c.);

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 24-11-95 dal Consigliere Relatore Dott. Francesco Amirante;

udito l'Avvocato Morcavallo;

udito il P.M., in persona dell'Avvocato Generale Dr. Franco Morozzo

della Rocca che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

Fatto- Svolgimento del processo

Con distinti ricorsi al Pretore di Ferrara, poi da questo riuniti, Elisa Flora Nagliati e gli altri suoi colleghi indicati in epigrafe, nonché Giovanna Trevisarei, quale avente causa dal marito defunto Libero Munari, quest'ultimo e gli altri tutti dipendenti dell'Istituto Nazionale della previdenza sociale collocati in quiescenza, esponevano che soltanto nel gennaio 1986 l'Istituto aveva corrisposto in unica soluzione le c.d. "quote fisse" loro spettanti sul trattamento pensionistico ai sensi degli articoli 19 l. 21 dicembre 1978 n. 843 e 4 D.L. 30 dicembre 1985 n. 787, convertito con modifiche con l. 28 febbraio 1986 n. 45, maturate mensilmente dal 1 gennaio 1979; che soltanto nel 1988, per alcuni in aprile, per altri in luglio erano stati loro corrisposti gli interessi legali sulla detta somma; che a loro spettavano la rivalutazione sulla somma percepita in ritardo e gli interessi legali sulla medesima. Tutto ciò premesso i ricorrenti convenivano in giudizio l'INPS per sentirlo condannare al pagamento in loro favore delle somme a ciascuno spettanti per le causali indicate. L'INPS si costituiva ed eccepiva la decadenza su art. 4 l. n. 438 del 1992, l'improcedibilità delle domande e la loro infondatezza nel merito; in sede di discussione orale, eccepiva la carenza di giurisdizione del giudice ordinario. Con sentenza depositata il 11 novembre 1993, il Pretore dichiarava il proprio difetto di giurisdizione. In relazione a tale processo, i suindicati pensionati hanno proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione: l'INPS ha depositato procura.

Diritto- Motivi della decisione

Il ricorso è inammissibile, per le considerazioni che seguono.

I-a) È principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte che la sentenza del giudice del merito che ha pronunciato soltanto sulla giurisdizione o su altre questioni processuali non preclude la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione. Tale orientamento si formò subito dopo l'entrata in vigore del codice ed è stato successivamente più volte ribadito, riscuotendo il consenso della prevalente dottrina (Cass. S.U. 20.3.1944 n. 177; Cass. S.U. 12.2.1946 n. 133; Cass. S.U. 8.2.1951 n. 288; Cass. S.U. 17.10.1956 n. 3679; Cass. S.U. 25.5.1965 n. 1027; Cass. S.U. 22.8.1972 n. 2699; Cass. S.U. 9.10.1984 n. 5027; Cass. 23.2.1990 n. 1392; Cass. S.U. 9.11.1992 n. 12077)

Esso è apparso a tal punto incontrovertito da essere spesso applicato, senza bisogno di specifica motivazione.

I-b) È altresì principio consolidato che la sentenza, anche soltanto dichiarativa o declinatoria di giurisdizione, è suscettibile di passare in cosa giudicata (formale) -, e che tale giudicato rende il regolamento inammissibile (Cass. S.U. 17.12.1945 n. 831, Cass. S.U. 20.3.1947 n. 416; Cass. S.U. 28.6.1948 n. 1018; Cass. S.U. 18.1.1950 n. 149; per la giurisprudenza più recente v. Cass. S.U. 11.2.1982 n. 840; Cass. S.U. 10.2.1982 n. 834; Cass. 27.6.1986 n. 4277).

I -c) - È, infine, principio più volte affermato che il regolamento preventivo di giurisdizione, proposto dopo che su questa sia stata pronunciata sentenza, ha l'effetto di impedire il passaggio in cosa

giudicata, sospendendo il decorso del termine per l'impugnazione ordinaria (Cass. S.U. 8.5.1953 n. 1277; Cass. 29.1.1971 n. 201; Cass. 25.11.1971 n. 3441; Cass. S.U. 17.11.1978 n. 5337; Cass. S.U. 14.10.1983 n. 6006).

Anche tale principio, spesso non contestato dalla parte che aveva ininteresse a farlo, è stato seguito senza che si rinvegnano nelle motivazioni enunciazioni espresse.

Qualora tali principi dovessero essere applicati al caso in esame, ne conseguirebbe l'ammissibilità del ricorso, in quanto esso è stato proposto dopo che il Pretore aveva pronunciato sentenza, non notificata, declinatoria della giurisdizione ordinaria, e prima che fosse decorso il termine annuale di cui all'art. 327 c.p.c. Ma l'innovazione introdotta dalla l. 26 novembre 1990 n. 353 al testo dell'art. 367 c.p.c., laddove stabilisce che il giudice sospende il processo "se non ritiene l'istanza manifestatamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestatamente infondata" - mentre la norma previgente stabiliva che "il giudice sospende il processo con ordinanza non impugnabile" -, induce a riconsiderare i principi sopra ricordati, tenendo conto anche del più ampio contesto in cui vennero a maturare gli orientamenti suindicati.

IIa) Il principio sub Ia) - (non ostaticità alla proponibilità del regolamento preventivo delle sentenze sulla sola giurisdizione ed in genere di quelle esclusivamente processuali) - è stato enunciato da questa Corte fin dalle prime sentenze emesse dopo l'entrata in vigore del codice ed è stato condiviso dalla prevalente dottrina.

Non fu accolto, infatti, quell'orientamento minoritario, che attribuiva efficacia preclusiva del regolamento preventivo alle sentenze declinatorie della giurisdizione, e che è stato poi successivamente ripreso e sviluppato. Secondo tale minoritaria opinione dottrinale, la prima parte dell'art. 41 c.p.c. deve essere letta nel senso che essa non solo pone una condizione negativa e cioè che la causa non sia stata decisa nel merito, ma anche un requisito positivo e cioè che la causa possa ancora essere decisa nel merito; requisito quest'ultimo con evidenza non sussistente in caso di declinatoria della giurisdizione.

Secondo questa dottrina, la formula preclusiva del codice è nella sostanza analoga a quella dell'art. 1 della l. n. 3761 del 1877 sui conflitti di attribuzione, la quale precludeva la proponibilità del regolamento preventivo qualora la causa fosse stata definitivamente decisa in primo grado di giurisdizione.

Non viene, invece, attribuita efficacia preclusiva alle pronunce dichiarative della giurisdizione in quanto non definitive e preliminari alla decisione sul merito. I problemi, nascenti dal concorso tra regolamento preventivo ed impugnazione, vengono risolti mediante l'applicazione analogica delle norme dettate per disciplinare il concorso tra regolamento facoltativo di competenza e impugnazione ordinaria (artt. 43 e 48 c.p.c.). L'applicazione dell'art. 367 c.p.c., secondo l'opinione in discussione, è limitata alla sospensione ope judicis del giudizio di merito, giammai al fine della sospensione del termine d'impugnazione.

I**b**) Il principio sub I-c - (sospensione del termine per l'impugnazione per effetto della proposizione del regolamento preventivo) è l'espressione di un principio più ampio: quello del carattere automatico della sospensione del giudizio di merito, per effetto della devoluzione alle sezioni unite della Cassazione della risoluzione della questione di giurisdizione, mediante il regolamento preventivo (Cass. 11.12.1950 n. 2705 e n. 2706; Cass. S.U. 17.2.1965 n. 259; Cass. S.U. 20.12.1972 n. 3632).

Tale principio, che, come si vedrà in seguito, solo di recente è stato abbandonato, aveva il suo fondamento testuale nel rilievo della mancanza, nella formulazione letterale della norma, della previsione di un potere di delibazione del ricorso per regolamento preventivo da parte del giudice a quo, anche ai soli fini della sospensione del processo, pendente davanti a lui. Se il giudice del merito non poteva non sospendere il processo, il fatto che non avesse emesso l'ordinanza di sospensione era irrilevante, così come era irrilevante la circostanza che, in pendenza del termine per impugnare, non vi fosse un giudice che provvedesse alla sospensione.

Ma tale opzione interpretativa, che la lettera della norma sembrò consentire, trovava la sua ragion d'essere e, come fu autorevolmente notato in dottrina, la sua più vera motivazione anche in considerazioni di altra natura. Infatti, dalla proposizione del ricorso per regolamento preventivo, non soltanto conseguita la sospensione automatica o ipso jure del processo, ma derivava anche, secondo un orientamento che ha avuto lunga vita, l'effetto di privare il giudice del merito della potestas iudicandi. Veniva applicato a questa ipotesi quel concetto di difetto

"temporaneo" di giurisdizione, che la giurisprudenza aveva elaborato per tutt'altra materia.

Con tale costruzione concettuale, queste sezioni unite trovarono il modo per contrastare l'atteggiamento dei più importanti giudici speciali (Consiglio di Stato, Corte dei conti), i quali, come è ben noto, negavano l'applicabilità dell'istituto del regolamento preventivo ai giudizi davanti a loro instaurati, e non li sospendevano in presenza del regolamento stesso (v., per il Consiglio di Stato, la fondamentale sentenza della quarta sezione del 17.6.1949 n. 213, e per la Corte dei conti, sez. sic. 5.11.1963 n. 750; Corte conti, sezioni riunite 12.5.1965 ord. n. 19).

Poiché il codice - (art. 362 c.p.c.) - e la Costituzione - (art. 111) - ammettevano il ricorso in cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti soltanto per motivi inerenti alla giurisdizione, in tanto l'affermazione dell'applicabilità del regolamento ai processi davanti ai giudici speciali non sarebbe rimasta priva di effetti e tale da consentire a questa Corte di svolgere, anche in via preventiva, il compito di organo regolatore della giurisdizione, in quanto le pronunce emesse dal giudice amministrativo e da quello contabile in violazione dell'obbligo di sospensione fossero state ritenute affette da carenza (temporanea) di giurisdizione e, quindi, rientranti nelle previsioni degli artt. 362 c.p.c. e 111 della Costituzione. Non è senza significato che le più recise e motivate affermazioni del principio suindicato (privazione della potestas iudicanti, come effetto della sospensione ipso jure del processo in conseguenza della proposizione del ricorso per regolamento preventivo di

giurisdizione) siano state fatte da questa Corte proprio con riguardo al regolamento proposto nei processi davanti ai giudici speciali, (v. Cass. S.U. 6.5.1978 n. 2163; Cass. S.U. 2.4.1984 n. 2145).

Inoltre, l'automaticità della sospensione di cui all'art. 367 c.p.c. estesa anche alla sospensione dei termini in corso, ha consentito di risolvere i problemi del concorso tra regolamento preventivo ed impugnazione contro la sentenza dichiarativa o declinatoria della giurisdizione.

III) Mentre gli orientamenti esposti sub Ia) e sub Ib) sono stati fino ad oggi incontrovertiti, i principi sub Ic) - (natura automatica o ipso jure della sospensione di cui all'art. 367 c.p.c., privazione della potestas judicandi) - fin dagli anni "70" hanno convissuto con orientamenti diversi, e sono stati poi, almeno sotto alcuni profili, abbandonati. Infatti, con alcune sentenze, si affermò che il giudice a quo poteva non sospendere, qualora si fosse trovato in presenza di un ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione inammissibile o improcedibile (Cass. sez. I 20.6.1973 n. 1822; Cass. S.U. 12.1.1984 n. 222; Cass. S.U. 24.7.1986 n. 4750; Cass. S.U. 16.12.1986 n. 7545). Con altra sentenza, si affermò che la violazione dell'obbligo di sospensione da parte del giudice del merito non dava luogo a provvedimenti emessi in carenza di giurisdizione (Cass. S.U. 25.10.1979 n. 5575). Successivamente, si è dapprima nuovamente negato che la proposizione del regolamento preventivo producesse la privazione del potere di giudicare in capo al giudice a quo (Cass. S.U. 13.7.1989 n. 3284), e poi, con la sentenza di queste sezioni unite 26.11.1990 n. 11366, si è escluso che la sospensione ex art. 367 c.p.c. fosse automatica e si è

affermato che essa interveniva ope judicis. Tuttavia, da siffatti, più recenti orientamenti non sono state tratte tutte le possibili conseguenze. In particolare, per quanto qui più particolarmente interesse, non si è affermata l'inidoneità del ricorso per regolamento a sospendere il decorso del termine per l'impugnazione. Non si rinvencono, infatti, pronunce che abbiano dichiarato l'inammissibilità del ricorso per regolamento - proposto dopo pronuncia del giudice del merito soltanto processuale - perché il termine per l'impugnazione, ancora in vita al momento della proposizione del regolamento, era decorso nel momento della decisione su di esso da parte di questa Corte.

IV) È noto che l'istituto del regolamento preventivo, che ha lo scopo di evitare attività processuali inutili delle parti e del giudice, che potrebbe risultare privo di competenze giurisdizionale, è stata talvolta adoperato nella pratica forense a fini puramente dilatori, con l'utilizzazione distorta della sospensione del processo, derivante dalla sua proposizione.

L'abuso dell'istituto ha indotto una parte della dottrina a concentrare su di esso e sugli assetti che gli aveva dato questa Corte la propria critica attenzione, fino ad auspicarne l'espunzione dall'ordinamento o, quanto meno, la sua radicale modificazione.

Si è affermato, in via generale, che esso turba l'ordinato svolgimento per gradi dei processi e più in particolare: a) che, concependo come automatica la sospensione, si attribuiva alle parti uno strumento per dilazionare l'esito della lite; b) che la sospensione del processo recava intralcio alla tutela genericamente cautelare, parte essenziale del diritto

alla difesa; c) che la proponibilità del regolamento anche in limine litis, in una situazione di istruttoria incompleta, contrastava con il diritto alla prova, anch'esso componente dello stesso diritto alla difesa.

La questione della legittimità dell'istituto è stata quindi più volte rimessa alla Corte Costituzionale, la quale l'ha ritenuta infondata o inammissibile (Corte Costituzionale 6.6.1973 n. 73; Corte Costituzionale 11.6.1975 n. 135; Corte Costituzionale 28.7.1983 n. 246; Corte Costituzionale 19.12.1984 n. 293 e 294). Per quanto interessa, la Corte, anzitutto, ha affermato che il regolamento preventivo è ampiamente giustificato da esigenze di economia processuale; consentendo di ottenere una sollecita e definitiva pronuncia sulla giurisdizione, con evidente vantaggio per tutte le parti, egualmente interessate ad una decisione sul merito della causa, della quale sia certa la provenienza dal giudice a ciò competente.

Inoltre, per quanto ora giova sottolineare, la Corte ha affermato: a) che la disciplina del regolamento, con la possibilità di applicare l'art. 48 II comma c.p.c., riconosciuta nel diritto vivente, costituisce il contemperamento tra l'esigenza di una pronta ed irretrattabile statuizione sulla giurisdizione e quella di una piena attuazione, in ogni fase del giudizio, del diritto di difesa; b) che gli inconvenienti derivanti dal possibile abuso del regolamento devono riconnettersi, "in rapporto di reciproca induzione" ad abusi dell'istituto di cui all'art. 700 c.p.c." volto ... a fini di elusione della normativa sul riparto di giurisdizione";

c) che, per quanto riguarda il diritto alla prova, ciò che viene in discussione è l'esclusione di attività istruttoria davanti alla Corte di

cassazione, questione questa che il giudice remittente non era legittimato a sollevare. Con il rilievo sintetizzato sub b), la Corte Costituzionale ha valorizzato la realtà del "diritto vivente", considerando non soltanto il singolo istituto, bensì avendo riguardo ad altri, correlativi aspetti dell'ordinamento, e fornendo, in tal modo, un'autorevole indicazione di metodo. Una volta escluso che innovazioni potessero derivare da interventi della Corte Costituzionale, la quale aveva anche affermato che, trattandosi di bilanciamento di diritti egualmente meritevoli di tutela, le scelte da compiere rientravano nella discrezionalità del legislatore, le modifiche, che la dottrina propose, sarebbero potute essere di largo respiro, nel senso di attribuire al regolamento di giurisdizione natura d'impugnazione, dandogli un assetto simile a quello del regolamento di competenza, così, almeno in parte, ovviando agli inconvenienti derivanti dalla sua proponibilità "in limine litis", dalle incertezze sulla natura della sospensione e sui limiti di essa, e dalla mancanza di un'apposita normativa che ne disciplinasse il concorso con l'impugnazione ordinaria, qualora proposto dopo una decisione del giudice a quo, per un accenno alla proposta di disciplinare il regolamento preventivo come impugnazione, v. relazione Lipari al disegno di legge di delega al Governo, par. I. 1).

V) Le innovazioni introdotte con l'art. 61 della l. 26 novembre 1990 n. 353, se hanno deluso talune aspettative e non hanno risolto tutti i problemi, non sono state tuttavia trascurabili. L'assetto normativo deve essere ricostruito, limitando il discorso a quanto necessario ai fini della risoluzione della presente controversia, tenendo conto anzitutto delle

modifiche espresse, ma anche delle conseguenze da esse derivanti relative ad aspetti non esplicitamente modificati, nonché del contesto storico in cui la Novella è intervenuta. Si rileva che la espressa previsione nel testo novellato della delibazione da parte del giudice a quo, ai fini della sospensione, concernente non soltanto la non manifesta inammissibilità del ricorso per regolamento preventivo, ma anche la non manifesta infondatezza della contestazione della giurisdizione ha eliminato i dubbi, che ancora potessero esistere, sulla natura della sospensione ex art. 367 c.p.c.

Se, infatti, in via interpretativa del vecchio testo, si era pervenuti ad ammettere un potere di delibazione del giudice del merito, tale potere era pur sempre limitato a circostanze estrinseche rispetto alla sostanza della questione di giurisdizione e concerneva soltanto il riscontro di fatti e circostanze idonei ad impedire che le sezioni unite della Cassazione potessero statuire sulla giurisdizione. Non vi era, quindi, ragione di sospendere il processo di merito in attesa della risoluzione della questione di giurisdizione, solo quando le concrete circostanze escludevano che tale risoluzione potesse intervenire. Nel testo novellato, la delibazione del giudice a quo concerne la stessa sostanza della questione di giurisdizione ed il detto giudice può non sospendere, pur in attesa della statuizione della Corte, dalla quale, per la ritenuta manifesta infondatezza della questione, si attende in termini, se non di assoluta certezza, almeno di gran lunga prevalente probabilità, la dichiarazione della giurisdizione in capo al giudice, davanti al quale il processo pende e prosegue.

La innovazione introdotta con l. n. 353 del 1990 ha fornito, pertanto, un più chiaro riferimento normativo all'indirizzo recente di questa Corte, secondo il quale la sospensione di cui all'art. 367 c.p.c. agisce *ope judicis* e non *ipso jure* (Cass. S.U. n. 11366-90 cit.; v. anche Cass. S.U. 14.1.1992 n. 365).

D'altra parte, sono venute meno da tempo le ragioni, che, come si è detto, indussero queste sezioni unite ad adottare il diverso orientamento della sospensione automatica. Infatti, non soltanto i giudici amministrativi, anche a seguito dell'espressa previsione della proponibilità davanti ai TAR del regolamento preventivo - (art. 30 l. 6 dicembre 1971 n. 1034) - hanno mutato il loro orientamento di contrasto con questa Corte sulla questione della proponibilità del regolamento, ma identico mutamento si riscontra nella giurisprudenza della Corte dei conti (Corte Conti 27.10.1975 nn. 101 e 102). Tali mutamenti, come espressamente detto dalla Corte dei conti con le sentenze citate, rispondono all'esigenza di inquadrare i giudizi svolgentisi presso ciascun organo giurisdizionale in un sistema organico che valga a superare le posizioni da ciascuno di essi assunte e tra di loro contrastanti, al fine di assicurare quell'armonia che deve caratterizzare la funzione giurisdizionale. In questo contesto di raggiunta armonia, sono venute meno quelle ragioni contingenti di politica giudiziaria, inerenti alla funzione di organo regolatore delle giurisdizioni spettante a questa Corte, che avevano contribuito all'adozione degli orientamenti relativi all'automaticità della sospensione *ex art. 367 c.p.c.* ed alla conseguente privazione (temporanea) in caso al

giudice del merito della potestas iudicandi. Concetto, questo del difetto temporaneo di giurisdizione, già abbandonato, dalla giurisprudenza più recente, anche negli altri campi in cui aveva avuto applicazione.

Ma se il testo novellato dell'art. 367 c.p.c. ha dissolto ogni dubbio sugli ultimi approdi, cui questa Corte era già pervenuta circa l'efficacia *ope iudicis* della sospensione in questione, non può più essere riaffermata quella concezione "onnisospensiva" del regolamento preventivo, che per alcuni decenni, sia pure con qualche contraddizione, aveva informato la giurisprudenza, nel dissenso della prevalente dottrina.

In particolare, in mancanza di un giudice che possa, in via di delibazione incidentale, decidere sulla non manifesta inammissibilità del ricorso e sulla non manifesta infondatezza della questione di giurisdizione, si deve escludere che dalla proposizione del ricorso per regolamento preventivo consegua la sospensione dei termini per l'impugnazione. In questo senso, queste sezioni unite hanno già pronunciato con la sentenza 12 giugno 1995 n. 6595. È vero che siffatta situazione ed i problemi che ne conseguono si pongono con maggiore evidenza in presenza di una pronuncia declinatoria della giurisdizione, ma essi esistono anche nell'ipotesi di pronuncia affermativa della giurisdizione, perché l'esistenza del giudice, davanti al quale il processo continua a pendere, può condurre alla sospensione ex art. 367 del processo di merito di primo grado, giammai all'estensione della sospensione al termine per l'impugnazione.

La più recente formula dell'art. 367 induce, quindi, a porre in termini nuovi l'interpretazione dell'art. 41 c.p.c., che, con l'art. 367, costituisce, sotto alcuni profili, un unitario disposto normativo.

VI) Si è visto come l'assetto dato al regolamento preventivo nel diritto vivente abbia dato luogo a critiche ed a progetti di modifica, che sono andati da quello radicale di soppressione dell'istituto a quello di costruirlo come impugnazione, in qualche modo sulla falsariga del regolamento di competenza, a quello di modificarne solo alcuni profili, allo scopo di limitarne l'abuso, in particolare a fini dilatori. Si deve ritenere che il legislatore del 1990, consapevole e dei dissensi sull'assetto dell'istituto e delle proposte avanzate per modificarlo, ne abbia certamente confermato il carattere non impugnatorio. D'altra parte, come pure si è visto, nel modificare l'art. 367 c.p.c., il legislatore implicitamente ha escluso che la sospensione da tale norma prevista possa estendersi alla sospensione dei termini d'impugnazione. Posto quindi che, come si è premesso, le pronunce sulla giurisdizione sono suscettibili di passare in cosa giudicata formale ostativa alla proposizione del regolamento preventivo. Si pone il problema della proponibilità del regolamento in presenza di una pronuncia del giudice a quo sulla giurisdizione o, comunque, di una pronuncia soltanto processuale. Due ipotesi di soluzione, ai fini della proponibilità, si possono profilare. Potrebbe ritenersi che il regolamento, ammissibile dopo la pronuncia sulla giurisdizione - (perché questa non è considerata di merito) - resti tale purché, prima della decisione da parte delle sezioni unite, sulla pronuncia non si sia formato il giudicato, evento

questo non evitabile con la sola proposizione del regolamento, bensì con l'appello. A tale ipotesi può obiettarsi che, se l'appello non è proposto, l'ammissibilità del regolamento dipenderebbe non da fatti ricollegabili ad attività delle parti, bensì a circostanze, quali i tempi di decisione da parte della Corte, imponderabili e tali da incidere sul diritto di difesa di parti incolpevoli. Ma l'imporre alla parte, che voglia valersi del regolamento, l'ulteriore onere di appellare significherebbe strumentalizzare l'impugnazione al solo fine di impedire la formazione del giudicato. Infatti, una volta proposto il regolamento, sarebbe in ogni caso la statuizione delle sezioni unite sulla giurisdizione a determinare la sorte del processo, senza che il giudice dell'appello potesse mai pronunciare. Ed una strumentalizzazione di minor rilievo, ma di non diversa natura comporterebbe l'utilizzazione della riserva d'impugnazione differita, fatta al solo fine d'impedire il passaggio in giudicato della sentenza e non in previsione della successiva impugnazione. Anche sotto tale riguardo, l'ipotesi è, quindi, da scartare. La dottrina, che, nel vigore dell'originario testo dell'art. 367 c.p.c., aveva escluso la proponibilità del regolamento dopo una sentenza declinatoria della giurisdizione, ma l'aveva ammessa in presenza di una decisione affermativa della giurisdizione, riteneva efficace la sospensione di cui all'art. 367 solo sul giudizio di merito e non anche ai fini di impedire il decorso del termine d'impugnazione e la formazione del giudicato sulla declaratoria di giurisdizione. A tale ultimo fine, proponeva di applicare le disposizioni degli artt. 43 e 48 c.p., dettate per il regolamento facoltativo di competenza, sulla sospensione del

termine per l'impugnazione ordinaria e sulla sospensione del giudizio d'impugnazione. Ma neppure tale via può essere seguita. Posto che il regolamento preventivo di giurisdizione non è impugnazione, non è concepibile applicare ad esso disposizioni dettate proprio in considerazione della natura impugnatoria del regolamento facoltativo di competenza ed al fine di regolare il concorso tra due impugnazioni, entrambe esperibili. Inoltre, in caso di concorso tra regolamento di competenza ed impugnazione ordinaria, il giudice di quest'ultima, nell'ipotesi che sia dichiarata dalla Corte di cassazione la competenza del giudice che ha pronunciato la sentenza, ha il modo di svolgere il compito che gli è demandato, sicché non si verifica quella inutilità dell'appello, ai fini suoi propri, che ha luogo in caso di ipotizzato concorso tra regolamento preventivo di giurisdizione ed impugnazione.

VIII) È necessario ora pervenire alla conclusione delle considerazioni fatte.

Da quanto detto emerge: a) che, secondo la giurisprudenza costante e la dottrina pressoché unanime, le pronunce sulla giurisdizione sono suscettibili di giudicato formale; b) che il passaggio in giudicato di una pronuncia sulla giurisdizione preclude la proponibilità del regolamento preventivo; c) che le modifiche, introdotte con la l. n. 353 del 1990, non hanno inciso sulla natura non impugnatoria del regolamento preventivo; d) che, nel sistema, non si rinvencono norme, le quali, una volta esclusa l'automaticità della sospensione ex art. 367 c.p.c., consentano d'identificare nel regolamento di giurisdizione, proposto dopo una

sentenza del giudice a quo, un mezzo idoneo ad impedirne il passaggio in giudicato, o che regolino il concorso tra regolamento di giurisdizione e impugnazione. La conclusione obbligata degli esposti rilievi è che il regolamento preventivo di giurisdizione non è proponibile dopo che il giudice del merito abbia emesso una sentenza, anche soltanto limitata alla giurisdizione o ad altra questione processuale. Ciò significa che la formula della prima parte dell'art. 41 c.p.c., anziché essere interpretata, come fino ad ora si era fatto, nel senso che solo una pronuncia che avesse attinto il merito della causa precludeva il regolamento, deve essere letta nel senso che qualsiasi decisione emanata dal giudice presso il quale il processo è radicato, ha efficacia preclusiva del regolamento. In altre parole, l'art. 41 cit. deve essere letto come se dicesse "finché non sia intervenuta una decisione sulla causa in sede di merito....".

In sostanza, il legislatore, formulando diversamente l'art. 367 c.p.c. e rinunciando a disciplinare il regolamento di giurisdizione come impugnazione, nonostante che tale ipotesi si fosse profilata prima della riforma, ha reso più chiaro il carattere preventivo del regolamento, escludendone la proponibilità ogni qualvolta la risoluzione della questione di giurisdizione possa essere rimessa al giudice processualmente sovraordinato, secondo l'ordinario svolgimento del processo.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese.

PQM

La Corte, a sezioni unite, dichiara inammissibile il ricorso e compensa le spese.

Così deciso il 11 dicembre 1995.

1.1 Riassunto in fatto:

Con distinti ricorsi al Pretore di Ferrara, poi da questo riuniti, Elisa Flora Nagliati e gli altri suoi colleghi indicati in epigrafe, nonché Giovanna Trevisarei, quale avente causa dal marito defunto Libero Munari, quest'ultimo e gli altri tutti dipendenti dell'Istituto Nazionale della previdenza sociale collocati in quiescenza, esponevano che soltanto nel gennaio 1986 l'Istituto aveva corrisposto in unica soluzione le c.d. "quote fisse" loro spettanti sul trattamento pensionistico. Soltanto nel 1988, per alcuni in aprile, per altri in luglio erano stati loro corrisposti gli interessi legali sulla detta somma; che a loro spettavano la rivalutazione sulla somma percepita in ritardo e gli interessi legali sulla medesima. I ricorrenti convenivano in giudizio l'INPS per sentirlo condannare al pagamento in loro favore delle somme a ciascuno spettanti per le causali indicate. L'INPS si costituiva ed eccepiva la carenza di giurisdizione del giudice ordinario. Con sentenza depositata il 11 novembre 1993, il Pretore dichiarava il proprio difetto di giurisdizione. In relazione a tale processo, i sindacati pensionati hanno proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione: l'INPS ha depositato procura.

1.2 Riassunto in diritto:

In tale sentenza la Corte di Cassazione si trova dinanzi ad una situazione in cui stante ai principi consolidati fino a quel momento avrebbe dovuto concludere la controversia in maniera diversa. Era principio consolidato nella giurisprudenza della Corte che la sentenza del giudice del merito che avesse pronunciato soltanto sulla giurisdizione o su altre questioni processuali non precludesse la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione. Era altresì principio consolidato che la sentenza, anche soltanto dichiarativa o declinatoria di giurisdizione, fosse suscettibile di passare in cosa giudicata (formale) -, e che tale giudicato rendesse il regolamento inammissibile. E principio che fu più volte affermato era che il regolamento preventivo di giurisdizione, proposto dopo che su questa sia stata pronunciata sentenza, avesse l'effetto di impedire il passaggio in cosa giudicata, sospendendo il decorso del termine per l'impugnazione ordinaria. Qualora tali principi fossero stati applicati al caso in esame, ne sarebbe conseguita l'ammissibilità del ricorso, in quanto esso era stato proposto dopo che il Pretore aveva pronunciato sentenza, non notificata, declinatoria della giurisdizione ordinaria, e prima che fosse decorso il termine annuale di cui all'art. 327 c.p.c. Ma l'innovazione introdotta dalla l. n. 353/90 al testo dell'art. 367 c.p.c., laddove stabilisce che il giudice sospende il processo "se non ritiene l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata" ha indotto la Corte a riconsiderare i principi sopra ricordati.

È noto che l'istituto del regolamento preventivo, che ha lo scopo di evitare attività processuali inutili delle parti e del giudice, che potrebbe risultare privo di competenze giurisdizionale, è stata talvolta adoperato nella pratica forense a fini puramente dilatori, con l'utilizzazione distorta della sospensione del processo, derivante dalla sua proposizione. L'abuso dell'istituto ha indotto una parte della dottrina a concentrare su di esso e sugli assetti che gli aveva dato questa Corte la propria critica attenzione, fino ad auspicarne l'espunzione dall'ordinamento o, quanto meno, la sua radicale modificazione. Si è affermato, in via generale, che esso turba l'ordinato svolgimento per gradi dei processi e più in particolare: a) che, concependo come automatica la sospensione, si attribuiva alle parti uno strumento per dilazionare l'esito della lite; b) che la sospensione del processo recava intralcio alla tutela genericamente cautelare, parte essenziale del diritto alla difesa; c) che la proponibilità del regolamento anche in limine litis, in una situazione di istruttoria incompleta, contrastava con il diritto alla prova, anch'esso componente dello stesso diritto alla difesa. La questione della legittimità dell'istituto è stata quindi più volte rimessa alla Corte Costituzionale, la quale l'ha ritenuta infondata o inammissibile. Per quanto interessa, la Corte, anzitutto, ha affermato che il regolamento preventivo è ampiamente giustificato da esigenze di economia processuale; consentendo di ottenere una sollecita e definitiva pronuncia sulla giurisdizione, con evidente vantaggio per tutte le parti. Le modifiche, che la dottrina propose, sarebbero potute essere di largo respiro, nel senso di attribuire al regolamento di giurisdizione natura

d'impugnazione, dandogli un assetto simile a quello del regolamento di competenza, così, almeno in parte, ovviando agli inconvenienti derivanti dalla sua proponibilità "in limine litis", dalle incertezze sulla natura della sospensione e sui limiti di essa, e dalla mancanza di un'apposita normativa che ne disciplinasse il concorso con l'impugnazione ordinaria, qualora proposto dopo una decisione del giudice a quo, per un accenno alla proposta di disciplinare il regolamento preventivo come impugnazione. Secondo la giurisprudenza costante e la dottrina pressoché unanime, le pronunce sulla giurisdizione sono suscettibili di giudicato formale; il passaggio in giudicato di una pronuncia sulla giurisdizione preclude la proponibilità del regolamento preventivo; le modifiche, introdotte con la l. n. 353 del 1990, non hanno inciso sulla natura non impugnatoria del regolamento preventivo; nel sistema, non si rinvengono norme, le quali, una volta esclusa l'automaticità della sospensione ex art. 367 c.p.c., consentano d'identificare nel regolamento di giurisdizione, proposto dopo una sentenza del giudice a quo, un mezzo idoneo ad impedirne il passaggio in giudicato, o che regolino il concorso tra regolamento di giurisdizione e impugnazione. La conclusione obbligata degli esposti rilievi è che il regolamento preventivo di giurisdizione non è proponibile dopo che il giudice del merito abbia emesso una sentenza, anche soltanto limitata alla giurisdizione o ad altra questione processuale. Ciò significa che la formula della prima parte dell'art. 41 c.p.c., anziché essere interpretata, come fino ad ora si era fatto, nel senso che solo una pronuncia che avesse attinto il merito della causa precludeva il

regolamento, deve essere letta nel senso che qualsiasi decisione emanata dal giudice presso il quale il processo è radicato, ha efficacia preclusiva del regolamento.

1.3 Commento alla sentenza: F. Cipriani

La giurisprudenza sembrò non avvedersi del colpo mortale inferto ai regolamenti di giurisdizione pretestuosi a seguito della riforma, intese completare l'opera del legislatore. Secondo una certa impostazione, la rimeditazione normativa della novella del 1990 doveva ancora raggiungere l'effetto definitivo. Le Sezioni Unite trassero dall'intervenuta modifica lo spunto per una palingenesi dell'istituto, tanto profonda da influire in maniera penetrante sulle condizioni di proponibilità del regolamento, certamente oggi assai più ristrette. E così una seconda vera e propria modifica legislativa è avvenuta ad opera delle Sezioni Unite. In particolare l'intervento della corte è stato tale da far sì che il regolamento ne uscisse ridimensionato. Le sezioni unite si trovarono a risolvere il problema che aveva angustiato parte della dottrina tra cui Enrico Redenti, Franco Cipriani e Aldo Attardi e lo risolsero escludendo l'ammissibilità del regolamento sia dopo la declinatoria sia dopo la dichiarativa. Non solo, ma valutato i pro e i contro, si spinsero fino a dire che il regolamento fosse precluso anche dalle sentenze su altra questione processuale e più in generale da ogni decisione sulla causa in sede di merito. Le sezioni unite, inoltre, nel riesaminare l'incidenza della novella del 1990 sul regolamento furono chiarissime nell'escludere che il regolamento fosse diventato un'impugnazione. Nell'escludere il concorso

del regolamento con le impugnazioni avverso la sentenza sulla giurisdizione, le sezioni unite non si resero conto che questo concorso fosse inevitabile: si poteva dire che il regolamento non si potesse proporre dopo una sentenza sulla giurisdizione ma non si poteva escludere che il processo, una volta chiesto il regolamento, sfociasse in una sentenza sulla giurisdizione. Il problema dunque, restava. Se il giudice di fronte al regolamento non sospendeva e giudicava sulla giurisdizione e/o sul merito, la parte che voleva evitare il giudicato e l'improcedibilità del regolamento, aveva in ogni caso l'onere di impugnare. Analizzando una fondamentale sentenza delle sezioni unite, la n°2446/96, si evince come, secondo queste ultime l'art 41 primo comma, per il quale il regolamento può essere chiesto “ finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado” doveva essere interpretato come se dicesse che il regolamento poteva essere chiesto “ finché non intervenisse una decisione sulla causa in sede di merito”. La formula prospettata dalle Sezioni unite fu diversa e più ampia di quella della legge, ma per attribuire efficacia preclusiva alle sentenze non definitive sulla giurisdizione o su altra questione processuale era necessario ed inevitabile riscrivere l'art 41 1° comma cpc. Da questa sentenza si evince che a precludere il regolamento fosse ogni decisione emanata dal giudice presso il quale il processo è radicato. Le sezioni unite nel riscrivere l'art 41 non usarono la parola “sentenza” forse per rispettare il più possibile la lettera della legge ma scrivendo la parola “decisione” salvarono l'efficacia preclusiva di provvedimenti che, pur decidendo la causa nel merito in

primo grado, non avessero forma di sentenza. Mentre il legislatore del 1990 non aveva avuto il coraggio di sopprimere il regolamento di giurisdizione, le sezioni unite, che forse erano stanche del regolamento come e più della dottrina, non avevano esitato a prendere spunti dalla novella del 1990 per affrancare il più possibile il processo dal regolamento di giurisdizione. Il regolamento risultò limitato alle ipotesi in cui la questione esisteva e non era stata in alcun modo esaminata dal giudice di primo grado, il problema di un istituto che consentiva alle sezioni unite di giudicare, con cognizione sommaria, per prime e per ultime, su una questione idonea a definire il giudizio, rimaneva in tutta la sua gravità.

**Le sentenze che hanno portato alla riforma ad opera
della legge 69/2009**

2. Cassazione civile: sent. 22/02/2007 n°4109

Intestazione:

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CARBONE Vincenzo - Presidente aggiunto -
Dott. CORONA Rafaele - Presidente di sezione -
Dott. VELLA Antonio - Presidente di sezione -
Dott. MIANI CANEVARI Fabrizio - Consigliere -
Dott. MORELLI Mario Rosario - Consigliere -
Dott. GRAZIADEI Giulio - Consigliere -
Dott. TRIFONE Francesco - rel. Consigliere -
Dott. MERONE Antonio - Consigliere -
Dott. BONOMO Massimo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

GOLF VACANZE S.P.A., in persona del Presidente del Consiglio
d'amministrazione pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA,
PIAZZA CAPRANICA 95, presso lo studio dell'avvocato
MASTELLONI UGO,

che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato MURDOLO GIUSEPPE, giusta delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI OPERA;

- intimato -

avverso la decisione n. 8083/04 del Consiglio di Stato di ROMA, depositata il 16/12/04;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 08/06/06 dal Consigliere Dott. Francesco TRIFONE;

udito l'Avvocato Giuseppe MURDOLO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.

MARTONE Antonio, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

Fatto-Svolgimento del processo

Il comune di Opera, proprietario di un campo da golf con annessa club house, con deliberazione consiliare all'esito di gara pubblica ne assegnava la gestione per nove anni alla società S. Inter-Sviluppo Internazionale s.r.l..

La concessione alla scadenza era rinnovata per uguale durata e la società Golf Vacanze s.p.a., nella quale si era trasformata la società concessionaria, con ricorso notificato il giorno 11 marzo 1997 adiva il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, cui chiedeva che il Comune fosse condannato al rimborso delle spese sostenute per la manutenzione straordinaria dell'impianto sportivo, cui l'ente proprietario

non aveva provveduto, al risarcimento di danni nonchè alla rimozione di un'insegna abusiva installata sull'edificio adibito a club house.

Il tribunale amministrativo, ritenuta la giurisdizione del giudice amministrativo, accoglieva il ricorso quanto alla domanda di rimborso delle spese di manutenzione straordinaria e lo rigettava per le pretese relative al risarcimento dei danni ed alla rimozione dell'insegna.

Il Consiglio di Stato, sull'appello del Comune soccombente, con sentenza pubblicata il 16 dicembre 2004 annullava senza rinvio la decisione di primo grado, ritenendo che la controversia, nella parte relativa al rimborso delle spese effettuate dal concessionario per la manutenzione straordinaria, comprese quelle relative all'edificio della club house, rientrava nella giurisdizione del giudice ordinario.

Il giudice d'appello, premesso che d'ufficio avrebbe potuto riesaminare la questione di giurisdizione, considerava che si trattava di controversia riguardante l'esistenza e l'adempimento di obbligazione pecuniaria, avente ad oggetto il corrispettivo dei lavori di straordinaria manutenzione eseguiti dalla società concessionaria, per cui, in applicazione della disciplina che in tema di concessione-contratto riserva al giudice ordinario la cognizione delle questioni relative a "canoni, indennità ed altri corrispettivi", riteneva che essa rientrasse nella giurisdizione del medesimo giudice ordinario.

Rilevava, inoltre, che non poteva essere condivisa la conclusione del giudice di primo grado - secondo cui l'esame della questione controversa, comportando lo scrutinio del provvedimento concessorio al fine di

desumerne i rispettivi obblighi, spettava al giudice amministrativo – poiché anche nelle liti attinenti a "canoni, indennità ed altri corrispettivi" deve, comunque, procedersi all'interpretazione dell'atto di concessione e dell'eventuale disciplinare.

Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso la società Golf Vacanze s.p.a., che ha affidato l'accoglimento dell'impugnazione ad un unico motivo. Non ha svolto difese l'intimato Comune di Opera.

Diritto-Motivi della decisione

Con l'unico mezzo d'impugnazione - deducendo la violazione e la falsa applicazione della norma di cui alla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5 e l'erronea dichiarazione del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1 - la società ricorrente premette che avverso la sentenza di primo grado del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sul punto relativo alla questione di giurisdizione, il comune di Opera non aveva proposto impugnazione, per cui in ordine alla ritenuta giurisdizione del giudice amministrativo si era formato il giudicato.

Denuncia, comunque, che la decisione del Consiglio di Stato sulla giurisdizione sarebbe errata, in quanto, facendo parte gli impianti sportivi del patrimonio indisponibile del Comune e potendosi trasferire la disponibilità ai privati solo mediante concessione amministrativa (che assume la configurazione dell'atto complesso della concessione-contratto e non quella della locazione), tutte le controversie insorgenti da tale rapporto sarebbero devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo,

ai sensi della L. n. 1034 del 1971, art. 5, comma 5, pur quando la domanda sia diretta a conseguire la condanna della pubblica amministrazione concedente al risarcimento dei danni derivati dal mancato adempimento di determinati obblighi imposti dalla convenzione.

Il motivo è fondato.

E' pacifica nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite (da ultimo; Cass., sez. un., n. 7039/2006; Cass., sez. un., n. 1327/2000; Cass., sez. un., n. 36/99; Cass., sez. un., n. 850/98) la regola di diritto secondo la quale, dal coordinamento dei principi sulla rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione con quelli che disciplinano il sistema delle impugnazioni, deriva che, ove il giudice di primo grado abbia espressamente statuito sulla giurisdizione, il riesame della questione da parte del giudice di secondo grado postula che essa sia stata riproposta con il mezzo di gravame, ostandovi, altrimenti, la formazione del giudicato interno.

E' stato, pertanto, espressamente stabilito (Cass., sez. un., n. 411/87) che qualora il tribunale amministrativo regionale abbia espressamente e positivamente statuito sulla propria giurisdizione, provvedendo poi sul ricorso, la mancata riproposizione, in sede di appello davanti al Consiglio di Stato, della relativa questione determina la formazione del giudicato interno sulla giurisdizione. L'inosservanza di tale preclusione da parte del Consiglio di Stato, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo pur in assenza d'impugnazione sulla statuizione del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia espressamente affermativa della sua giurisdizione, comporta che, vertendosi in tema di

violazione attinente ai limiti esterni della potestas decidendi (nella specie oggetto di specifico mezzo d'impugnazione per cassazione, ma, comunque, rilevabile ex officio in questa sede) e ritenuto che sulla giurisdizione del giudice amministrativo sussiste; il giudicato interno, la impugnata sentenza deve essere cassata con rinvio per nuovo esame al Consiglio di Stato. La pronuncia di cassazione con rinvio al giudice amministrativo costituisce statuizione con la quale queste Sezioni Unite ritengono di dovere 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.

L'ius receptum (ex plurimis: Cass., sez. un., n. 7039/2006; Cass., sez. un., n. 19218/2003; Cass., sez. un., n. 17934/2003; Cass., sez. un., n. 8089/2002; Cass., sez. un., n. 7099/2002; Cass., sez. un., n. 6041/2002; Cass., sez. un., n. 2091/2002; Cass., sez. un., n. 14266/2001; Cass., sez. un., n. 1146/2000; Cass., sez. un., n. 1166/94; Cass., sez. un., n. 10998/93) sul tema considera che la translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa) 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, non è possibile la riassunzione dinanzi al

giudice - amministrativo o speciale - fornito di tale giurisdizione, mentre lo è se il giudice fornito di giurisdizione è il giudice ordinario.

La giustificazione di tale orientamento ha continuato ad essere tratta essenzialmente dalla considerazione che, nel caso di difetto di giurisdizione, non trova applicazione la norma dell'art. 50 cod. proc. civ., riferibile solo alla materia della competenza, e di siffatta conclusione si sostiene che la ulteriore conferma sarebbe data dalla regola, stabilita dall'articolo 367 c.p.c., che consente la riassunzione del processo, a seguito del regolamento di giurisdizione, solo quando la Corte di cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario. Rispetto al suddetto consolidato indirizzo, ostativo alla *translatio* ed alla conservazione degli effetti degli atti compiuti innanzi al giudice sfornito di giurisdizione, non erano mancate, tuttavia, decisioni di segno contrario. Questo giudice di legittimità, infatti, cassando la sentenza di una commissione tributaria regionale, che aveva escluso la giurisdizione del giudice tributario affermata, invece, dalla decisione della commissione provinciale in primo grado, aveva pronunciato sentenza di rinvio al giudice tributario di secondo grado perchè avesse dato "luogo al giudizio di merito" ed avesse provveduto inoltre "alla liquidazione delle spese" del giudizio di cassazione (Cass., n. 88/2001; Cass., n. 1496/2002). In proposito non va però trascurata l'istituzione della sezione tributaria presso la Corte di Cassazione, dopo l'abrogazione della Commissione tributaria centrale, che è divenuta in sede di legittimità giudice naturale del processo tributario.

In altra precedente statuizione (Cass., n. 5357/87), aveva, altresì, ritenuto, in applicazione analogica dell'art. 50 cod. proc. civ., che, in tema di responsabilità del vettore relativamente alle merci trasportate, non si verifica la prevista decadenza per il mancato esercizio dell'azione entro il termine dell'anno quando la domanda, proposta tempestivamente innanzi al giudice straniero privo di competenza giurisdizionale, sia tempestivamente riassunta innanzi al giudice nazionale nel termine di sei mesi dalla pronuncia declinatoria sulla giurisdizione del giudice straniero medesimo.

Si era trattato, tuttavia, di decisioni isolate - o peculiari alla giurisdizione tributaria o basate più sull'evitata decadenza che sulla *translatio* - che non solo non avevano avuto successiva ed argomentata conferma, ma che neppure avevano affrontato il problema in consapevole contrasto con l'esistente consolidata giurisprudenza, per cui ad esse non può essere assegnata la qualifica di veri e propri precedenti difformi di un indirizzo esegetico *translativo*, di cui sarebbe stato opportuno verificare l'attuale sua validità anche a seguito del mutato panorama legislativo, nel quale la questione veniva inevitabilmente a riproporsi. La dottrina, in prevalenza, a sua volta affermava che ciò che valeva per la competenza non poteva valere anche per la giurisdizione in mancanza di una norma specifica, parallela a quella posta dall'art. 50 cod. proc. civ., e ribadiva che l'effetto impeditivo della decadenza (da collegare ad un evento a tal fine idoneo, non già alla espressione di semplice volontà sostanziale del soggetto agente) non poteva derivare, in modo ritualmente recettizio, dalla

domanda giudiziale a qualsiasi giudice rivolta, ma supposeva la valida instaurazione del processo davanti al giudice fornito di giurisdizione, sì che ne fosse stato possibile in prosieguo un esito tale da definire il merito della controversia.

Con allargato riferimento al tema del difetto di giurisdizione del giudice nazionale nei confronti del giudice straniero, la dottrina, inoltre, decisamente rifiutava la statuizione di Cass., n. 5357/87.

Analogamente considerava che neppure nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile, resa esecutiva in Italia con la L. 21 giugno 1971, n. 804) esisteva una norma che consentisse la prosecuzione del giudizio avanti al giudice straniero relativamente ad un'azione instaurata avanti al giudice nazionale dichiaratosi privo di competenza giurisdizionale ed escludeva che, nel caso suddetto, potesse farsi luogo alla *translatio iudicii* per effetto della disciplina dettata dalla Convenzione medesima al fine di distribuire la competenza giurisdizionale fra i giudici degli Stati membri nei casi previsti di connessione di cause e di contemporanea pendenza della medesima causa innanzi a giudici di Stati diversi, giacchè la disciplina sulla connessione e sulla litispendenza riguardava pur sempre ipotesi in cui sussisteva la competenza giurisdizionale in capo ai diversi giudici nazionali.

In tale generale contesto non erano mancate, tuttavia, autorevoli opinioni contrarie, che, procedendo dal principio fondamentale dei nostri Autori classici secondo cui il processo deve tendere ad una sentenza di merito,

avevano posto in risalto come - anche con riguardo ai rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale, nell'evidente interesse del litigante di evitare gli ostacoli inutili ed i danni non necessari della lite e dello Stato di spendere nel migliore dei modi l'opera dei suoi organi - dovesse essere assicurata, unitamente alla conservazione degli effetti della domanda proposta al giudice privo di giurisdizione, la trasmigrabilità della causa al giudice che ne sia fornito. Anche il Giudice delle leggi, del resto, aveva avvertito (Corte Cost., 16 ottobre 1986, n. 220) che il giusto processo è diretto non allo scopo di sfociare in una decisione purchessia, ma di rendere pronuncia di merito stabilendo chi ha ragione e chi ha torto, onde esso deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale e, nei limiti del possibile, non esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali.

Più di recente il tema della *translatio iudicii* nel rapporto tra giudice ordinario e giudice speciale ha costituito argomento di rinnovato dibattito da parte della dottrina, che, rimproverando l'acritica adesione del giudice di legittimità ai suoi precedenti, non rivisitati in forza delle sopravvenute modifiche legislative e del generale principio del giusto processo, ha evidenziato come l'orientamento circa la possibilità di ricongiungere segmenti processuali diversi solo quando il giudice preventivamente adito sia titolare della potestas iudicandi interna al medesimo ordine giudiziario, dovrebbe essere abbandonato, perchè esso non realizza esigenze meritevoli di tutela e produce un indubbio spreco di attività processuale.

Le ragioni prospettate a sostegno dell'auspicata introduzione del principio della *translatio iudicii* vengono ravvisate, anzitutto, nell'esteso criterio di ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice speciale sulla base non della diversa situazione di diritto soggettivo o di interesse legittimo dedotta in giudizio, ma in relazione alla materia, il che, comportando una indubbia situazione di incertezza in ordine al riparto, rende oggi più difficile stabilire a quale giudice (ordinario o speciale) la parte debba rivolgersi, specie dopo che sul riparto di giurisdizione per blocchi di materia è intervenuta la sentenza, in parte modificativa, della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 e successivamente la 191 del 2006.

Altra ragione viene indicata nella esigenza di evitare che la declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice ordinario possa dare luogo, essendo intanto maturato il termine perentorio per la proposizione del ricorso davanti al giudice speciale, alla definitiva stabilità dell'atto impugnato.

Inoltre, si rappresenta che sulle iniziative dei vari disegni di legge *de iure condendo*, diretti a stabilire espressamente la regola della *translatio*, vi è stata, nelle diverse sedi in cui il problema è stato dibattuto, la concorde opinione sull'opportunità della introduzione della regola della *transmigrazione* del processo in *subiecta materia*. Al dibattito dottrinale in corso non è rimasta estranea neppure la giurisprudenza di merito, la quale, sul presupposto che in base al diritto vivente (quale risulta dall'interpretazione data da questo giudice di legittimità) non possa giungersi a sostenere l'ammissibilità della *translatio*, ha sollecitato

l'intervento del giudice costituzionale, cui ha rimesso la decisione sulla verifica di corrispondenza ai parametri primari degli articoli 24, 111 e 113 Cost. della norma di cui alla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 30, nella parte in cui non consentirebbe al giudice amministrativo, che declini la giurisdizione, di disporre la continuazione del processo con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

In tale generale contesto anche queste Sezioni Unite - nella loro funzione di Corte regolatrice della giurisdizione in sostituzione dell'originario Tribunale dei Conflitti - ritengono che, in base ad una lettura costituzionalmente orientata della disciplina della materia, che tenga conto delle argomentazioni emergenti dalle intervenute modifiche legislative e delle prospettazioni in parte nuove svolte di recente dalla dottrina sul tema, sussistano le condizioni per potere affermare che è stato dato ingresso nell'ordinamento processuale al principio della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale, e viceversa, in caso di pronuncia sulla giurisdizione.

Premessa indispensabile è la considerazione di carattere generale che, seppure in tema di giurisdizione non è espressamente stabilita una disciplina improntata a quella prevista per la competenza (articoli 44, 45 e 50 c.p.c.), ammissiva della riassunzione della causa dal giudice incompetente a quello competente, neppure sussiste la previsione di un espresso divieto della *translatio iudicii* nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale. Occorre, di conseguenza, indagare da quali elementi della normativa vigente si trae la giustificazione che il principio della

trasmigrazione della causa assiste anche le pronunce sulla questione di giurisdizione.

A tal fine, decisivo argomento è quello rinvenibile dalla disposizione dell'art. 382 cod. proc. civ., concernente la decisione da parte della Cassazione delle questioni di giurisdizione.

La norma - che, al primo comma, stabilisce che la Corte, qualora decide una questione di giurisdizione, statuisce su questa, determinando, quando occorre, il giudice competente e che precisa, al secondo comma, che quando cassa per violazione delle norme sulla competenza, statuisce su questa - prevede, nella prima parte del suo terzo comma, che se riconosce che il giudice del quale si impugna il provvedimento e ogni altro giudice difettano di giurisdizione, cassa senza rinvio, aggiungendo, nella seconda parte, che ugualmente provvede in ogni altro caso in cui ritiene che la causa non poteva essere proposta o il processo proseguito.

Orbene - ritenuto che il ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione può essere proposto non solo contro le sentenze del giudice ordinario, ma anche avverso le sentenze del giudice speciale - sulla scorta della chiara enunciazione della norma dell'art. 382 c.p.c., comma 3, secondo quel che già la dottrina da tempo ha evidenziato, deve univocamente ricavarsi che la pronuncia di cassazione senza rinvio non deve avvenire in tutte le ipotesi in cui questo giudice di legittimità stabilisce che la sentenza impugnata è stata emessa da un giudice sfornito di giurisdizione, ma solo in quei casi in cui, affermando che nè il giudice che detta sentenza ha emesso nè alcun altro giudice è fornito di

giurisdizione, ritiene, perciò, che ricorre, in relazione alla pretesa avanzata dalla parte, l'ipotesi di improponibilità assoluta della domanda sia innanzi al giudice ordinario che al giudice speciale. E' stato, infatti, osservato che il riferimento della norma ad "ogni altro giudice", e non invece soltanto al giudice ordinario, assume significato solo se, di riflesso, si possa ritenere che questa Corte, affermata la giurisdizione di un giudice speciale invece che quella del giudice ordinario o viceversa, non debba esaurire il suo compito con la semplice pronuncia di cassazione senza rinvio, ma sia tenuta anche ad indicare innanzi a quale altro giudice fornito di giurisdizione la causa sia da riassumere. Il che, del resto, serve anche a dare un più chiaro significato all'espressione del medesimo articolo 382, comma 1 (nella parte in cui la norma stabilisce che, con la statuizione sulla giurisdizione, la Cassazione determina, quando occorre, il giudice competente), nel senso che in caso di pronuncia di cassazione della impugnata sentenza per difetto di giurisdizione questo giudice di legittimità deve individuare pure l'ufficio giudiziario competente, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, innanzi al quale il processo deve essere riassunto. E ciò vale non solo nel caso in cui venga cassata per difetto di giurisdizione la sentenza di un giudice speciale, perchè sussiste la giurisdizione del giudice ordinario; ma anche nel caso inverso, in cui sia cassata la sentenza del giudice ordinario sul diverso presupposto della giurisdizione del giudice speciale.

In sostanza, se la pronuncia dovesse essere sempre di cassazione senza rinvio, non avrebbe senso la indicazione anche del giudice competente, la

quale assume, perciò, rilievo essenziale proprio in vista della possibilità di prosecuzione del giudizio al fine di pervenire ad una decisione della controversia nel merito ad opera del giudice fornito di giurisdizione.

Alla suddetta conclusione, a maggior ragione, deve pervenirsi quando (ed è il caso che nella specie viene all'esame) il giudice speciale in sede di appello abbia dichiarato il difetto di giurisdizione, affermata dal giudice speciale in primo grado, e questa Corte, invece, stabilisca che la giurisdizione sia del giudice speciale: alla cassazione della sentenza impugnata non può che seguire la pronuncia di rinvio davanti al giudice speciale, perchè altrimenti si verificherebbe l'inaccettabile conseguenza di un processo, che si debba concludere con una sentenza che confermi soltanto la giurisdizione del giudice adito senza decidere sull'esistenza o meno della pretesa.

A fronte degli argomenti suddetti, elementi in contrario non provengono dalla disposizione dell'art. 386 cod. proc. civ., che prevede che la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda. La norma, che stabilisce quale sia la valenza della statuizione sulla giurisdizione qualora il giudizio prosegua, addirittura può essere utilizzata quale conferma del fatto che la prosecuzione è ammissibile sia innanzi al giudice ordinario che a quello speciale, una volta che si ritenga che l'inciso "quando prosegue il giudizio" sia da intendere "quando il giudizio debba proseguire" per il fatto che non si verte in tema di improponibilità assoluta della domanda.

Nè deve indurre a conclusione contraria alla possibilità della traslatio iudicii la previsione di apparente esclusione dell'art. 367 c.p.c., comma 2, secondo cui "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". Della norma in questione, infatti, non può continuarsi a dare una lettura restrittiva, che - se consentita quando il regolamento di giurisdizione, in base al sistema del codice del 1940, era disciplinato come proponibile unicamente nei giudizi innanzi al giudice ordinario, sicchè la continuazione del processo era ammessa solo quando la Cassazione dichiarava la giurisdizione del giudice ordinario - deve, allo stato attuale anche della legislazione, tener conto che il regolamento di giurisdizione è proponibile anche nel processo innanzi al tribunale amministrativo regionale (L. n. 1034 del 1971, art. 30) ed avanti al giudice tributario in primo grado (D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 3). Il che significa, anzitutto, che, proposto il regolamento nel giudizio innanzi al giudice amministrativo o a quello tributario e ritenuta dalla Cassazione la giurisdizione del giudice ordinario, diventa, perciò, ammissibile, proprio in applicazione dell'art. 367 c.p.c., comma 2, disporre la riassunzione del processo al giudice ordinario. Allo stesso modo, inoltre, a seguito di regolamento di giurisdizione proposto innanzi al giudice ordinario, del quale venga affermata la giurisdizione, occorre ritenere che la Cassazione deve disporre la riassunzione della causa innanzi allo stesso giudice speciale: la diversa soluzione, che per l'adozione di tale pronuncia ravvisasse l'ostacolo derivante dal tenere

letterale della norma del predetto articolo 367 c.p.c., comma 2, oltre ad introdurre una grave anomalia nel sistema, finirebbe per premiare iniziative pretestuose in danno della parte che, pur avendo adito il giudice fornito di giurisdizione, non potrebbe innanzi ad esso continuare ad esporre le sue ragioni di merito. In conclusione, sia nel caso di ricorso ordinario ex art. 360 c.p.c., n. 1 - previsto per il solo giudizio ordinario e poi esteso ex art. 111 Cost. a tutte le decisioni, assumendo la veste di ricorso per contestare innanzi alle Sezioni Unite la giurisdizione del giudice che ha emesso la sentenza impugnata - sia nel caso di regolamento preventivo di giurisdizione proponibile innanzi al giudice ordinario, ma anche innanzi al giudice amministrativo, contabile o tributario, deve poter operare la transito iudicii. 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 iniziata - 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 giustizia, costituzionalmente rilevante.

Una volta ritenuto che dopo l'intervento della Cassazione, affinché sia realizzato il principio che il processo deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale, deve farsi luogo alla *translatio iudicii*, è il caso di aggiungere, per ragioni di completezza sistematica, che la trasmigrabilità della causa dal giudice ordinario al giudice speciale, e viceversa, non richiede necessariamente la pronuncia

di queste Sezioni Unite sulla questione di giurisdizione, ma è resa possibile anche nel caso di sentenza del giudice di merito, che abbia declinato la giurisdizione. Si è sostenuto in dottrina che, seppure la *translatio iudicii* è consentita quando sulla giurisdizione sia intervenuta la pronuncia della Cassazione, perchè ad essa possa farsi luogo anche a seguito di pronuncia declinatoria del giudice di merito sulla giurisdizione occorrerebbe l'intervento della Corte costituzionale diretto ad eliminare l'attuale disciplina impeditiva, che contrasta con gli articoli 3, 24 e 111 Cost..Ma non è necessario sollecitare sul punto l'intervento del Giudice delle leggi (cfr. T.A.R. Liguria 21.11.2005, n. 148), potendosi a tale conclusione pervenire ancora in sede interpretativa. Seppure la sentenza del giudice di merito - sia esso ordinario che amministrativo, tributario o contabile declinatoria della giurisdizione, a differenza di quella delle Sezioni Unite della Cassazione, non imponga, al giudice del quale è stata affermata la giurisdizione, di adeguarsi a tale pronuncia, onde il giudice ad quem, innanzi al quale la causa fosse riassunta, potrebbe a sua volta dichiarare il proprio difetto di giurisdizione, occorre considerare che, in tal caso, alle parti, per la soluzione del conflitto negativo di giurisdizione, è dato il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 362 c.p.c., comma 2, sicchè il previsto meccanismo correttivo della denunciata situazione di stallo, nel rispetto del principio che ogni giudice è giudice della propria giurisdizione, consente, nella soluzione del conflitto, di pervenire alla decisione della questione di giurisdizione con effetti vincolanti nei confronti del giudice dichiarato fornito di

giurisdizione, innanzi al quale è resa praticabile la translatio iudicii. Il problema giuridico che esula dalla presente controversia merita di essere ulteriormente approfondito. Qui giova precisare che l'apparente antinomia della suddetta conclusione con la disposizione della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 34, comma 1, laddove si prevede l'annullamento senza rinvio della decisione del tribunale amministrativo regionale da parte del Consiglio di Stato quando l'organo di secondo grado riconosca il difetto di giurisdizione del giudice di primo grado, si compone nel rilievo che il difetto di giurisdizione considerato dalla norma concerne anch'esso le sole ipotesi in cui non è configurabile una prosecuzione del processo nè innanzi al giudice speciale, nè innanzi al giudice ordinario, in parallelo alla disposizione dell'art. 382 c.p.c., comma 3. Per la particolarità della fattispecie esaminata sussistono giusti motivi (art. 92 cod. proc. civ.) per compensare interamente tra le parti le spese del presente giudizio di Cassazione.

PQM

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite accoglie il ricorso; dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo; annulla la sentenza impugnata e rimette le parti innanzi al Consiglio di Stato perchè dia luogo al giudizio di merito. Compensa interamente tra le parti le spese del presente giudizio di Cassazione.

Così deciso in Roma, il 8 giugno 2006.

Depositato in Cancelleria il 22 febbraio 2007

2.1 Riassunto in fatto:

Il comune di Opera, proprietario di un campo da golf con annessa club house, con deliberazione consiliare all'esito di gara pubblica ne assegnava la gestione per nove anni alla società S. Inter - Sviluppo internazionale s.r.l.. La concessione alla scadenza era rinnovata per uguale durata e la società Golf vacanze s.p.a., nella quale si era trasformata la società concessionaria, con ricorso notificato il giorno 11 marzo 1997 adiva il Tar Lombardia, cui chiedeva che il comune fosse condannato al rimborso delle spese sostenute per la manutenzione straordinaria dell'impianto sportivo, cui l'ente proprietario non aveva provveduto, al risarcimento di danni nonché alla rimozione di un'insegna abusiva installata sull'edificio adibito a club house. Il tribunale amministrativo, ritenuta la giurisdizione del giudice amministrativo, accoglieva il ricorso quanto alla domanda di rimborso delle spese di manutenzione straordinaria e lo rigettava per le pretese relative al risarcimento dei danni ed alla rimozione dell'insegna. Il Consiglio di Stato, sull'appello del comune soccombente, con sentenza pubblicata il 16 dicembre 2004 annullava senza rinvio la decisione di primo grado, ritenendo che la controversia, nella parte relativa al rimborso delle spese effettuate dal concessionario per la manutenzione straordinaria, comprese quelle relative all'edificio della club house, rientrava nella giurisdizione del giudice ordinario. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso

la società Golf vacanze s.p.a., che ha affidato l'accoglimento dell'impugnazione ad un unico motivo.

2.2 Riassunto in diritto

Con l'unico mezzo d'impugnazione deducendo la violazione e la falsa applicazione della norma di cui all'art. 5 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 e l'erronea dichiarazione del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in relazione agli art. 360, n. 1, e 362, 1° comma, c.p.c. — la società ricorrente premette che avverso la sentenza di primo grado del Tar Lombardia, sul punto relativo alla questione di giurisdizione, il comune di Opera non aveva proposto impugnazione, per cui in ordine alla ritenuta giurisdizione del giudice amministrativo si era formato il giudicato. Denuncia, comunque, che la decisione del Consiglio di Stato sulla giurisdizione sarebbe errata, in quanto, facendo parte gli impianti sportivi del patrimonio indisponibile del comune e potendosene trasferire la disponibilità ai privati solo mediante concessione amministrativa (che assume la configurazione dell'atto complesso della concessione-contratto e non quella della locazione), tutte le controversie insorgenti da tale rapporto sarebbero devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. È pacifica nella giurisprudenza di queste sezioni unite la regola di diritto secondo la quale, dal coordinamento dei principî sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione con quelli che disciplinano il sistema delle impugnazioni, deriva che, ove il giudice di primo grado abbia espressamente statuito sulla giurisdizione, il riesame della questione da

parte del giudice di secondo grado postula che essa sia stata riproposta con il mezzo di gravame, ostandovi, altrimenti, la formazione del giudicato interno. La mancata riproposizione, in sede di appello davanti al Consiglio di Stato, della relativa questione determina la formazione del giudicato interno sulla giurisdizione. L'inosservanza di tale preclusione da parte del Consiglio di Stato, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo pur in assenza d'impugnazione sulla statuizione del Tar Lombardia espressamente affermativa della sua giurisdizione. Ritenuto che sulla giurisdizione del giudice amministrativo sussiste il giudicato interno, l'impugnata sentenza deve essere cassata con rinvio per nuovo esame al Consiglio di Stato. 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. Lo *ius receptum* sul tema considera che la *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa) 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, non è possibile la riassunzione dinanzi al giudice — amministrativo o speciale — fornito di tale giurisdizione, mentre lo è se il giudice fornito di giurisdizione è il giudice ordinario. In tale generale contesto non erano mancate, autorevoli opinioni contrarie, che, procedendo dal principio fondamentale dei nostri autori classici secondo cui il processo deve tendere ad una sentenza di merito, avevano posto in risalto come — anche con riguardo ai rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale, nell'evidente interesse del litigante di evitare gli ostacoli inutili ed i danni non necessari della lite e dello Stato di spendere nel migliore dei modi l'opera dei suoi organi — dovesse essere assicurata, unitamente alla conservazione degli effetti della domanda proposta al giudice privo di giurisdizione, la trasmigrabilità della causa al giudice che ne sia fornito. Altra ragione viene indicata nell'esigenza di evitare che la declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice ordinario possa dare luogo, essendo intanto maturato il termine perentorio per la proposizione del ricorso davanti al giudice speciale, alla definitiva stabilità dell'atto impugnato. Sussistano le condizioni per poter affermare che è stato dato ingresso nell'ordinamento processuale al principio della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale, e viceversa, in caso di pronuncia sulla giurisdizione. Premessa indispensabile è la considerazione di carattere generale che, seppure in tema di giurisdizione non è espressamente stabilita una disciplina improntata a quella prevista per la competenza (art. 44, 45 e

50 del codice di rito civile), ammissiva della riassunzione della causa dal giudice incompetente a quello competente, neppure sussiste la previsione di un espresso divieto della *translatio iudicii* nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale.

3.Sent. Corte Costituzionale del 12/03/2007 n° 77

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Franco BILE Presidente
- Giovanni Maria FLICK Giudice
- Francesco AMIRANTE "
- Ugo DE SIERVO "
- Romano VACCARELLA "
- Paolo MADDALENA "
- Alfio FINOCCHIARO "
- Alfonso QUARANTA "
- Franco GALLO "
- Luigi MAZZELLA "
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE "
- Maria Rita SAULLE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 30 legge del 6

dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), promosso con ordinanza del 21 novembre 2005 dal Tribunale amministrativo regionale della Liguria sul ricorso promosso da Totò Pizzeria s.r.l. ed altro contro Comune di Genova ed altri iscritta al n. 148 del registro ordinanze 2006 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 21, prima serie speciale, dell'anno 2006.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri; udito nella camera di consiglio del 24 gennaio 2007 il Giudice relatore Romano Vaccarella.

Fatto- Ritenuto in fatto

1.- Con ordinanza depositata il 21 novembre 2005 il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria ha sollevato, in riferimento agli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), 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.

1.1.- Il dubbio è stato prospettato nel corso di un giudizio intentato da una società al fine di ottenere l'accertamento della responsabilità e la conseguente condanna del Comune di Genova e dell'Azienda Multiservizi e d'Igiene Urbana s.p.a. (AMIU), al ripristino dello stato dei luoghi e al risarcimento dei danni causati dalla collocazione di una serie di

«cassonetti a cascata», destinati alla raccolta e allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, nelle immediate vicinanze dei locali, da essa occupati, adibiti ad attività di ristorazione. La società attrice lamentava che, ottenuto dal comune un permesso di occupazione permanente del suolo pubblico antistante l'esercizio commerciale, se l'era visto, in parte, rioccupare dall'ente che, «senza comunicare l'avvio del procedimento», aveva iniziato lavori edili interessanti lo spazio oggetto di concessione ed aveva collocato, a pochi metri di distanza dall'entrata del locale, una sorta di impianto per la raccolta dei rifiuti solidi urbani. La società, dopo avere infruttuosamente inoltrato segnalazioni e diffide all'amministrazione, aveva agito sia in via possessoria sia ex art. 700 del codice di procedura civile innanzi al tribunale civile al fine di ottenere il ristoro dei danni, la reintegrazione nel godimento dei beni e l'adozione di misure atte a scongiurare la lesione del diritto alla salute.

Il giudice ordinario adito aveva, però, dichiarato il proprio difetto di giurisdizione a decidere la controversia, per essere la stessa devoluta, in quanto involgente la materia urbanistica ed edilizia, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 34, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dall'art. 7, legge 21 luglio 2000 n. 205. Proposto ricorso innanzi al TAR, questo rilevava che l'intervento della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 - dichiarativa della parziale illegittimità degli artt. 33, commi 1 e 2, e 34, comma 1, del d.lgs. 31 marzo n. 80 del 1998 -, aveva fatto venir meno la giurisdizione del giudice amministrativo, come eccepito dai convenuti.

1.2.- Il giudice a quo osserva, in ordine alla rilevanza della questione, che l'art. 30 legge 6 dicembre 1971, n. 1034, impone al giudice amministrativo la mera declaratoria di difetto di giurisdizione, da adottare anche d'ufficio, precludendogli l'adozione di ogni altra pronuncia volta ad assicurare la possibilità di riassumere il processo davanti al giudice fornito di giurisdizione, con conseguente salvezza degli «effetti sostanziali e processuali» della domanda, laddove la translatio iudicii consentirebbe di non vanificare l'attività processuale svolta e impedirebbe alla parte di subire gli effetti della decadenza «nel frattempo maturata», segnatamente di quella dalle azioni possessorie, da promuoversi nel termine annuale.

1.3.- In ordine alla non manifesta infondatezza del dubbio, l'inutile «palleggio di giudizi» tra giudici appartenenti a giurisdizioni diverse, ma non separate, con gli inevitabili effetti distorsivi costituiti dal dispendio di energie processuali e di risorse economiche e dalla incolpevole perdita del diritto alle azioni possessorie, sarebbe, a giudizio del rimettente, in contrasto col principio costituzionale della ragionevole durata del processo e del diritto all'attuazione della legge, e cioè con gli artt. 24, 111 e 113 Cost.

Precisa anche il rimettente che, per scongiurare siffatte evenienze, non solo non sarebbe percorribile la via dell'interpretazione estensiva dell'art. 5 cod. proc. civ., perché il diritto vivente nega la praticabilità della perpetuatio iurisdictionis allorché la norma attributiva della giurisdizione venga dichiarata costituzionalmente illegittima, ma neppure sarebbe evocabile l'istituto dell'errore scusabile, comunque inidoneo a surrogare il

meccanismo processuale della *translatio iudicii*, essendo il relativo riconoscimento pur sempre rimesso ad una valutazione del giudice.

2.- Nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, che ha chiesto alla Corte di dichiarare inammissibile o manifestamente infondata la proposta questione, per carente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio *a quo*. Secondo la difesa erariale, infatti, la circostanza che nulla il rimettente espliciti in ordine al concreto svolgimento del processo e, in particolare, in ordine alle eventuali acquisizioni probatorie (assunte nel primo giudizio civile o in quello successivo, davanti al giudice amministrativo) da assicurare nell'instaurando processo innanzi al giudice ordinario, nonché in ordine alla data in cui si sarebbe verificata la lamentata lesione del possesso, all'epoca della proposizione della prima domanda e del successivo ricorso innanzi al TAR, si tradurrebbe in una inemendabile mancanza di elementi la cui conoscenza sarebbe invece assolutamente indispensabile ai fini della valutazione della rilevanza della prospettata questione rispetto al giudizio in corso.

Diritto- Considerato in diritto

1.- Il Tribunale amministrativo regionale della Liguria dubita, in riferimento agli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), 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.

2.- La questione è fondata nei sensi di seguito precisati.

3.- Il Tribunale rimettente pone, in termini di legittimità costituzionale, il problema - in ordine al quale la dottrina ha da tempo e ripetutamente preso posizione - dell'estensione al difetto di giurisdizione del principio della conservazione degli effetti della domanda che, con il codice di procedura civile del 1942, è stato introdotto limitatamente al caso del difetto di competenza; estensione che, nei più organici progetti di riforma del processo civile, era prevista in puntuali disposizioni dei relativi disegni di legge delega.

3.1.- Sollevando la questione in esame, il giudice rimettente si fa interprete del diffuso disagio, per i gravi (e, non di rado, irreparabili) inconvenienti provocati da una disciplina che, in sostanza, parte dal presupposto che l'atto introduttivo del giudizio rivolto ad un giudice privo di giurisdizione sia affetto da un vizio che lo rende radicalmente inidoneo a produrre gli effetti, sia sostanziali che processuali, che la legge collega ad un atto introduttivo che violi le regole sul riparto di competenza.

Tale disagio è accresciuto, in primo luogo, dalla circostanza che una così rigorosa disciplina concerne un vizio dell'atto introduttivo che scaturisce da una estremamente articolata e complessa regolamentazione del riparto di giurisdizione: sicché non solo è tutt'altro che agevole il compito della parte attrice, ma altrettanto disagiata è quella del giudice il cui eventuale errore, tuttavia, ricade interamente sulla parte (si pensi al caso del giudice

che erroneamente declini la propria giurisdizione con nuova proposizione della domanda al giudice indicato come munito di giurisdizione, il quale, a sua volta, la declini: la domanda riproposta al primo giudice non potrebbe "ancorarsi" alla prima e far risalire ad essa gli effetti sostanziali e processuali). Questa Corte è consapevole che il fenomeno appena illustrato ha assunto proporzioni ancor più vistose a seguito di una propria recente pronuncia dichiarativa dell'illegittimità costituzionale di talune norme che, secondo il criterio dei «blocchi di materie», ripartivano la giurisdizione tra autorità giudiziaria ordinaria e giudice amministrativo: l'inapplicabilità, secondo la giurisprudenza assolutamente dominante, all'ipotesi di sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale del principio della perpetuatio iurisdictionis codificato nell'art. 5 cod. proc. civ. ha certamente acuito la diffusa sensazione della sostanziale ingiustizia della disciplina vigente in quanto, nonostante la domanda fosse stata rivolta al giudice munito di giurisdizione secondo la legge vigente al momento della sua proposizione, la sopravvenuta carenza di giurisdizione ne impediva o pregiudicava la tutela giurisdizionale. Peraltro, l'orientamento del Consiglio di Stato, di gran lunga prevalente, fondato sul potere di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione anche quando, essendosi su di essa esplicitamente pronunciato il TAR, contro tale capo della pronuncia non sia stata proposta impugnazione, fa sì (ed ha fatto sì in numerosi casi interessati dalla citata sentenza di questa Corte) che il giudizio debba essere proposto *ex novo* davanti al giudice ordinario

perfino dopo che sulla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo si sia formato il giudicato.

3.2.- La dottrina, a sua volta, è pressoché unanime nel sollecitare una riforma legislativa che preveda meccanismi idonei - come accade per l'ipotesi di difetto di competenza - ad assicurare, con la trasmigrazione del giudizio davanti al giudice munito di giurisdizione, la conservazione degli effetti che la legge collega alla proposizione della domanda giudiziale.

Una parte della dottrina, poi, ha sostenuto che alle pronunzie emesse dalla Corte di cassazione in tema di giurisdizione potrebbe conseguire - in base al combinato disposto degli artt. 50, 367 e 382 cod. proc. civ. - la *translatio iudicii* con conservazione degli effetti della domanda giungendo, recentemente, a desumere da tale conclusione che - non potendosi imporre alle parti, affinché operi il meccanismo della *translatio iudicii*, di adire necessariamente la Suprema Corte a sezioni unite - analogo risultato sarebbe conseguibile, *de iure condito*, nel caso di declinatoria di giurisdizione da parte di un giudice di merito.

3.3.- Recentemente, nel tentativo di risolvere con strumenti ermeneutici l'annoso e grave problema, la Corte di cassazione (Sezioni unite 22 febbraio 2007, n. 4109) ha affermato - nel rinviare al Consiglio di Stato, per violazione del giudicato interno, una controversia definita dal medesimo Consiglio con una pronuncia declinatoria della giurisdizione - che tale rinvio costituiva modifica del proprio «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».

Ricordato che tale tralaticio orientamento si fondava sulla circostanza che l'art. 50 cod. proc. civ. prevede la riassunzione del processo solo nel caso di difetto di competenza, e non anche di giurisdizione, e che l'art. 367 prevede la riassunzione, a seguito di regolamento di giurisdizione, solo davanti al giudice ordinario, e fatto proprio il «principio fondamentale dei nostri Autori classici secondo cui il processo deve tendere ad una sentenza di merito», le Sezioni unite «ritengono che, in base ad una lettura costituzionalmente orientata della disciplina della materia, che tenga conto delle argomentazioni emergenti dalle intervenute modifiche legislative e delle prospettazioni in parte nuove svolte di recente dalla dottrina sul tema, sussistono le condizioni per potere affermare che è stato dato ingresso nell'ordinamento processuale al principio della translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale, e viceversa, in caso di pronuncia sulla giurisdizione». «Premessa indispensabile è la considerazione di carattere generale» che, se è assente per la giurisdizione la disciplina prevista per la competenza, «neppure sussiste la previsione di un espresso divieto della translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale». Rilevato, poi, che la cassazione senza rinvio è possibile, a norma dell'art. 382, comma terzo, cod. proc. civ., in caso di difetto assoluto di giurisdizione, dovendosi in ogni altro caso cassare con rinvio al giudice munito di giurisdizione, la Corte di cassazione osserva, da un lato, che la norma che esclude

l'incidenza sul merito della pronuncia sulla giurisdizione (art. 386) è indice della "proseguibilità" del giudizio e, dall'altro lato, che l'estensione legislativa del regolamento di giurisdizione al processo amministrativo e a quello tributario impone di interpretare estensivamente l'art. 367, comma secondo, cod. proc. civ., ammettendo la riassunzione anche davanti al giudice speciale. Ne consegue che, a seguito sia di ricorso ordinario ex art. 360, n. 1, cod. proc. civ., sia di regolamento di giurisdizione, sarebbe sempre ammessa la riassunzione del processo davanti al giudice (ordinario o speciale) munito di giurisdizione e tale riassunzione sarebbe possibile - aggiunge la Corte «per ragioni di completezza sistematica» - «anche nel caso dissenso del giudice di merito, che abbia declinato la giurisdizione». Respinta la tesi secondo la quale tale risultato richiederebbe l'intervento della Corte costituzionale (sollecitato, ricorda la Corte di cassazione, dall'ordinanza di rimessione qui in esame), le Sezioni unite osservano che il giudice indicato, come munito di giurisdizione, dalla pronuncia declinatoria può, «a sua volta, dichiarare il proprio difetto di giurisdizione» ma che in tal caso, «nel rispetto del principio che ogni giudice è giudice della propria giurisdizione», il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 362, secondo comma, cod. proc. civ. risolve, con il conflitto negativo, la «situazione di stallo»; anche se - conclude la Corte - «il problema giuridico che esula dalla presente controversia merita di essere ulteriormente approfondito».4.- La circostanza che la Corte di cassazione abbia diffusamente trattato la questione - più volte ricordandola - oggetto del presente giudizio di legittimità costituzionale impone a questa Corte,

per l'autorevolezza delle Sezioni unite, di dedicare attenta considerazione alle argomentazioni che si sono appena riferite benché le Sezioni unite - decidendo su un *error in procedendo*, sia pure avente ad oggetto la giurisdizione - abbiano affrontato la questione risolvendo un caso di conferma della giurisdizione del giudice *a quo* e si siano occupate della declinatoria di giurisdizione da parte del giudice di merito solo «per ragioni di completezza sistematica».

Malgrado ciò, questa Corte non può non considerare attentamente quanto sostengono le Sezioni unite nel pervenire alla conclusione che, essendo la questione oggetto del presente giudizio risolvibile *de iure condito*, «non è necessario sollecitare sul punto l'intervento del Giudice delle leggi». E' evidente, infatti, che, ove fossero condivisibili gli argomenti che hanno indotto le Sezioni unite ad esprimere tale opinione, questa Corte dovrebbe dichiarare inammissibile la questione in esame per non avere il giudice *a quo* nemmeno tentato di dare una lettura costituzionalmente orientata della norma censurata.

4.1.- Pur nella consapevolezza dell'intento ispiratore della sentenza n. 4109 del 2007, si deve anzitutto escludere che - come le Sezioni unite affermano a «premessa indispensabile» del loro argomentare - manchi nell'ordinamento «un espresso divieto della *translatio iudicii* nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale».

E' sufficiente rilevare, in proposito, che l'espressa previsione della *translatio* con esplicito ed esclusivo riferimento alla «competenza» - ciò che costituiva una novità del codice del 1942, auspicata (ma limitatamente

alla incompetenza) fin dal cosiddetto progetto Chiovenda, non a caso resa possibile da una articolata disciplina (artt. 42-50) totalmente assente per la «giurisdizione» - non altro può significare se non divieto di applicare alla giurisdizione quanto previsto, esplicitamente ed esclusivamente, per la competenza; il che avrebbe reso superfluo, nell'asciutta essenzialità delle norme codicistiche, l'«espresso divieto» di applicare alla giurisdizione le molte norme esplicitamente dedicate (sia nelle rubriche che nel testo) alla sola competenza. In secondo luogo, riguardo all'argomento che le Sezioni unite desumono dal ricorso per cassazione ex art. 362, comma secondo, cod. proc. civ., occorre considerare che - a differenza di quanto l'art. 362, comma primo, prevede (richiamando il termine di cui all'art. 325, comma secondo) per l'impugnazione di sentenze di giudici speciali «per motivi attinenti alla giurisdizione» - la «denuncia» di conflitti negativi di giurisdizione è possibile «in ogni tempo»: ed ai fini qui rilevanti è sufficiente osservare che la funzione di «rendere praticabile la translatio», con la conservazione degli effetti della domanda proposta al giudice (che risulta essere) privo di giurisdizione, non può ritenersi affidata ad un ricorso proponibile «in ogni tempo» (e, quindi, anche anni dopo il manifestarsi del conflitto).

4.2.- Ciò detto dei due argomenti in base ai quali le Sezioni unite ritengono risolvibile *de iure condito* la questione pendente dinanzi a questa Corte - questione della quale non può, conseguentemente, dichiararsi l'inammissibilità per non aver il giudice rimettente valutato la praticabilità di una interpretazione costituzionalmente corretta - va

rilevato che il giudice *a quo* sollecita l'intervento di questa Corte 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 prodotti dalla domanda proposta davanti ad un giudice privo di giurisdizione.

Tale modo di impostare la questione è 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.

5.- Il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi - comprensibile in altri momenti storici quale retaggio della concezione cosiddetta patrimoniale del potere giurisdizionale e quale frutto della progressiva vanificazione dell'aspirazione del neo-costituito Stato unitario (legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo) all'unità della giurisdizione, determinata dall'emergere di organi che si

conquistavano competenze giurisdizionali - è certamente incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali.

Se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi. Questa essendo la essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti - per giunta innervantesi su un riparto delle loro competenze complesso ed articolato - è tale 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. Una disciplina siffatta, in quanto potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale e comunque tale da incidere sulla sua effettività, è incompatibile con un principio fondamentale dell'ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta. Al principio per cui le disposizioni processuali non sono fine a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità

della decisione di merito, si ispira pressoché costantemente - nel regolare questioni di rito - il vigente codice di procedura civile, ed in particolare vi si ispira la disciplina che all'individuazione del giudice competente - volta ad assicurare, da un lato, il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale e, dall'altro lato, l'idoneità (nella valutazione del legislatore) a rendere la migliore decisione di merito - non sacrifica il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al "bene della vita" oggetto della loro contesa. Al medesimo principio gli artt. 24 e 111 Cost. impongono che si ispiri la disciplina dei rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi allorché una causa, instaurata presso un giudice, debba essere decisa, a seguito di declinatoria della giurisdizione, da altro giudice.

6.- Il rispetto dei confini del proprio ruolo nell'ordinamento impone a questa Corte di limitarsi a dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma censurata 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, ispirandosi essa, viceversa, 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; principio questo che, non formulato espressamente in una o più disposizioni di legge ma presupposto dall'intero sistema dei rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali e tra i giudici speciali, deve essere espunto, come tale, dall'ordinamento.

7.- La disciplina legislativa che, con l'urgenza richiesta dall'esigenza di colmare una lacuna dell'ordinamento processuale, verrà emanata, sarà vincolata solo nel senso che essa dovrà dare attuazione al principio della conservazione degli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione nel giudizio ritualmente riattivato - a seguito di declinatoria di giurisdizione - davanti al giudice che ne è munito. Ciò posto, è evidente che - contrariamente a quanto sembra sostenere l'ordinanza di rimessione - la conservazione degli effetti prodotti dalla domanda originaria discende non già da una dichiarazione del giudice che declina la propria giurisdizione, ma direttamente dall'ordinamento, interpretato alla luce della Costituzione; ed anzi deve escludersi che la decisione sulla giurisdizione, da qualsiasi giudice emessa, possa interferire con il merito (al quale appartengono anche gli effetti della domanda) demandato al giudice munito di giurisdizione. La conferma di ciò è nella circostanza che perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione; e ad analogo principio, conforme a Costituzione, si ispira l'art. 386 cod. proc. civ. (applicabile anche ai ricorsi proposti a norma dell'art. 362, comma primo, cod. proc. civ.) disponendo che «la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio,

non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda».

8.- Nel rispetto di tali limiti costituzionali, il legislatore ordinario - ferma l'esigenza di disporre che ogni giudice, nel declinare la propria giurisdizione, deve indicare quello che, a suo avviso, ne è munito - è libero di disciplinare nel modo ritenuto più opportuno il meccanismo della riassunzione (forma dell'atto, termine di decadenza, modalità di notifica e/o di deposito, eventuale integrazione del contributo unificato, ecc.) sulla base di una scelta di fondo a lui soltanto demandata: stabilire, cioè, se mantenere in vita il principio per cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione ovvero adottare l'opposto principio seguito dal codice di procedura civile (art. 44) per la competenza.

9.- E' superfluo sottolineare che, laddove possibile utilizzando gli strumenti ermeneutici (come, nel caso oggetto del giudizio *a quo*, dopo la declinatoria di giurisdizione), i giudici ben potranno dare attuazione al principio della conservazione degli effetti della domanda nel processo riassunto.

PQM

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a

seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 5 marzo 2007.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 12 MAR. 2007.

3.1 Riassunto in diritto

Il Tar Liguria dubita, in riferimento agli art. 24, 111 e 113 Cost., della legittimità costituzionale dell'art. 30 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 (istituzione dei tribunali amministrativi regionali), 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. Sollevando la questione in esame, il giudice rimettente si fa interprete del diffuso disagio, per i gravi (e, non di rado, irreparabili) inconvenienti provocati da una disciplina che, in sostanza, parte dal presupposto che l'atto introduttivo del giudizio rivolto ad un giudice privo di giurisdizione sia affetto da un vizio che lo rende radicalmente inidoneo a produrre gli effetti, sia sostanziali che processuali, che la legge collega ad un atto introduttivo che violi le regole sul riparto di competenza. La dottrina, a sua volta, è pressoché unanime nel sollecitare una riforma legislativa che preveda meccanismi idonei — come accade per l'ipotesi di difetto di competenza — ad assicurare, con la trasmigrazione del giudizio davanti al giudice munito di giurisdizione, la conservazione degli effetti che la legge collega alla proposizione della

domanda giudiziale. Recentemente, nel tentativo di risolvere con strumenti ermeneutici l'annoso e grave problema, la Corte di cassazione (sez. un. 22 febbraio 2007, n. 4109, che segue) ha affermato — nel rinviare al Consiglio di Stato, per violazione del giudicato interno, una controversia definita dal medesimo consiglio con una pronuncia declinatoria della giurisdizione — che tale rinvio costituiva modifica del proprio «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». Le sezioni unite «ritengono che, in base ad una lettura costituzionalmente orientata della disciplina della materia, che tenga conto delle argomentazioni emergenti dalle intervenute modifiche legislative e delle prospettazioni in parte nuove svolte di recente dalla dottrina sul tema, sussistono le condizioni per potere affermare che è stato dato ingresso nell'ordinamento processuale al principio della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale, e viceversa, in caso di pronuncia sulla giurisdizione». «Premessa indispensabile è la considerazione di carattere generale» che, se è assente per la giurisdizione la disciplina prevista per la competenza, «neppure sussiste la previsione di un espresso divieto della *translatio iudicii* nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale». Ne consegue che, a seguito sia di ricorso ordinario ex art. 360, n. 1, c.p.c., sia di regolamento di giurisdizione, sarebbe sempre ammessa la riassunzione del processo davanti al giudice (ordinario o speciale) munito di giurisdizione e tale

riassunzione sarebbe possibile — aggiunge la corte «per ragioni di completezza sistematica» — «anche nel caso di sentenza del giudice di merito, che abbia declinato la giurisdizione». Il rispetto dei confini del proprio ruolo nell'ordinamento impone a questa corte di limitarsi a dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma censurata 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, ispirandosi essa, viceversa, 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; principio questo che, non formulato espressamente in una o più disposizioni di legge ma presupposto dall'intero sistema dei rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali e tra i giudici speciali, deve essere espunto, come tale, dall'ordinamento. La disciplina legislativa che, con l'urgenza richiesta dall'esigenza di colmare una lacuna dell'ordinamento processuale, verrà emanata, sarà vincolata solo nel senso che essa dovrà dare attuazione al principio della conservazione degli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione nel giudizio ritualmente riattivato — a seguito di declinatoria di giurisdizione — davanti al giudice che ne è munito. Nel rispetto di tali limiti costituzionali, il legislatore ordinario — ferma l'esigenza di disporre che ogni giudice, nel declinare la propria giurisdizione, deve indicare quello che, a suo avviso, ne è munito — è

libero di disciplinare nel modo ritenuto più opportuno il meccanismo della riassunzione (forma dell'atto, termine di decadenza, modalità di notifica e/o di deposito, eventuale integrazione del contributo unificato, ecc.) sulla base di una scelta di fondo a lui soltanto demandata: stabilire, cioè, se mantenere in vita il principio per cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione ovvero adottare l'opposto principio seguito dal codice di procedura civile (art. 44) per la competenza. Per questi motivi, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 l. 6 dicembre 1971 n. 1034 (istituzione dei tribunali amministrativi regionali), nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

4. Cassazione, SS. UU., 22 novembre 2010, n. 23596

Fatto:

1. Con ricorso notificato in data 22.1.2009, la Società Agricola Corallo a r.l. ha proposto regolamento di giurisdizione nel procedimento civile n. 3782/2009, pendente davanti al Tribunale di Lodi, a seguito di riassunzione davanti a tale giudice ordinario, disposta dal Tar Lombardia con sentenza n. 3240/2009, che aveva declinato la propria giurisdizione in merito al ricorso presentato dalla società, detta per l'annullamento della Delib. n. 168 del 2009 dell'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi. Resistono con controricorsi l'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi e C.G. e Gi..

La ricorrente ed i C. hanno presentato memorie.

2.1. Il ricorso per regolamento è inammissibile. Anzitutto questa Corte valuta che l'atto introduttivo del giudizio davanti al tribunale di Lodi, integra un atto riassuntivo del giudizio instaurato davanti al Tar Lombardia, contenendo tutti i requisiti di cui all'art. 125 c.p.c., e segnatamente l'indicazione del provvedimento in base al quale è effettuata la riassunzione e la richiesta di accoglimento delle domande proposte al Tar Lombardia.

2.2. L'inammissibilità del regolamento deriva dalla combinazione di due fattori: l'istituto della "translatio iudicii" ed il principio consolidato (a partire da Cass., sez. un., n. 2466 del 1996) secondo cui la prima parte dell'art. 41 cod. proc. civ., va interpretata nel senso che qualsiasi decisione emanata dal giudice presso il quale il processo è radicato, sia

attinente al merito sia a questioni inerenti ai presupposti processuali, preclude la proponibilità del regolamento di giurisdizione, che costituisce uno strumento preventivo (e facoltativo) per l'immediata e definitiva soluzione delle questioni attinenti alla giurisdizione.

In relazione a quest'ultimo principio (non contestato nella fattispecie ed ormai definitivamente acquisito in giurisprudenza) consegue che il regolamento di giurisdizione non è mai proponibile dopo che il giudice del merito abbia emesso una sentenza, anche se solo limitata alla giurisdizione, poichè in tal caso la decisione sul punto va rimessa al giudice di grado superiore (cfr., ex multis, Cass. sez. un., nn. 26092 e 14952 del 2007; Cass. sez. un., 5 maggio 2006, n. 10315).

A questo principio si è conformata anche l'ordinanza (emessa tra le parti in causa) di questa Corte N. 2716 dell'8.2.2010, che ha dichiarato inammissibile il ricorso per regolamento preventivo avanzato dalla ricorrente, allorchè già era stata pronunciata la suddetta sentenza del Tar n. 3240/2009. 3.1. La ricorrente assume che il regolamento sia ammissibile, in quanto il procedimento riassunto davanti al tribunale ordinario di Lodi (n. 3782/2009), sarebbe autonomo rispetto a quello già pendente davanti al TAR Lombardia e conclusosi con la sentenza n. 32340/2009, che negava la giurisdizione e disponeva la riassunzione del giudizio davanti all'AGO.

3.2. Questo assunto non può essere condiviso.

Già anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 69 del 2009, art. 59 (situazione non considerata dalla ricorrente nella sua memoria) queste

Sezioni Unite (n. 4109 del 22/02/2007; 04/06/2007, n. 13048; 05/06/2008, n. 14831) avevano ritenuto che con la "translatio iudicii", si consente al processo, iniziato erroneamente davanti ad un giudice che non ha la giurisdizione indicata, di poter continuare davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione, onde dar luogo ad una pronuncia di merito che conclude la controversia, comunque iniziata, realizzando in modo più sollecito ed efficiente il servizio giustizia, costituzionalmente rilevante. Il principio della "translatio iudicii" è estensibile anche alle pronunce declinatorie della giurisdizione emesse dai giudici di merito senza che si configuri una violazione dei parametri costituzionale di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost. in relazione all'attuale, impeditiva disciplina processuale, dal momento che, in virtù di un'interpretazione adeguatrice del sistema processuale, ancorchè la pronuncia del giudice di merito dichiarativa del difetto di giurisdizione, a differenza di quella delle Sezioni unite della Corte di cassazione, non imponga, al giudice del quale è stata affermata la giurisdizione, di conformarvisi, alle parti è dato, per la soluzione dell'eventuale conflitto negativo di giurisdizione, il rimedio del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 362 c.p.c., comma 2, sicchè il meccanismo correttivo della situazione di stallo, consente, di pervenire alla decisione della questione di giurisdizione con effetti vincolanti nei confronti del giudice dichiarato fornito di giurisdizione, innanzi al quale è resa praticabile la "translatio iudicii".

3.3. Da ciò consegue che il processo iniziato davanti ad un giudice, che

ha poi dichiarato il difetto di giurisdizione, e riassunto nel termine di legge davanti al giudice, indicato dal primo come dotato di giurisdizione, non costituisce un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio per quanto inizialmente introdotto davanti a giudice carente della, giurisdizione.

Mediante l'istituto della *translatio iudicii* si mira proprio a realizzare la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda originaria, con esclusione della necessità della riproposizione *ex novo* della domanda, allorchè il giudizio è riattivato innanzi al giudice provvisto di giurisdizione, secondo i principi fissati dalla Corte cost. (sent. 12.3.2007, n. 77) e dalle S.U. di questa Corte (22.2.2007, n. 4109).

Il principio della conservazione degli effetti che la domanda avrebbe proposto se presentata al giusto giudice, deve trovare attuazione pratica col consentire alle parti di proseguire davanti ad un secondo giudice quello stesso processo iniziato davanti a quello male individuato dall'attore. I principi costituzionali di effettività e certezza della tutela giurisdizionale impongono che la funzione di dare giustizia, pur articolata secondo il sistema della Costituzione, attraverso una pluralità di ordini giurisdizionali non sia da questa ostacolata. Ne è derivato l'effetto di una riduzione ad unità del processo dalla domanda alla decisione finale, con la connessa privazione di rilevanza impeditiva, così come per la competenza, all'errore iniziale della parte nella individuazione del giudice provvisto di giurisdizione.

3.4. Trattandosi, quindi, di un unico processo non è più possibile affermare, come in passato ritenuto (Cass. n. 19787/2003), che la preclusione del regolamento preventivo per effetto di una pronunzia sulla sola giurisdizione, investa solo il giudizio davanti al giudice che ha emesso tale pronunzia e non davanti ad altro giudice ove la domanda sia stata riproposta. Se tale riproposizione della domanda avviene con la riassunzione della causa nel termine di legge davanti al giudice indicato come dotato di giurisdizione, la sentenza, declinatoria di giurisdizione, per quanto emessa nella prima fase, integra pur sempre una decisione resa nell'unitario giudizio e - quindi - preclusiva della possibilità di proporre il regolamento di giurisdizione a norma dell'art. 41 c.p.c..

3.5. L'inammissibilità del ricorso per regolamento in siffatta ipotesi, pure affermata da Cass. S.U. del 18.6.2010, n. 14828, non deriva, quindi, dall'essersi formato un giudicato implicito sulla giurisdizione, ma dall'applicazione del principio dell'inammissibilità del regolamento per precedente decisione, di cui all'art. 41 c.p.c., comma 1, estesa alla fattispecie di *translatio iudicii* e, quindi, di unitarietà del giudizio, quale è quella in esame.

4.1. Quanto detto, che già si fondava autonomamente sui principi che regolano la *translatio iudicii* e sulla preclusione di cui all'art. 41 c.p.c., comma 1, ha trovato ulteriore conferma nella normativa di cui alla L. 18 giugno 2009, n. 10, art. 59.

Anzitutto va premesso che la linea guida in cui si è mosso il legislatore in siffatta materia è quella desumibile dall'art. 44 della stessa legge, che al comma 1, statuisce: "Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele". Ne consegue che il principio dell'adeguamento delle norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori (in primis le S.U. di questa Corte, quale organo di ultima istanza in tema di giurisdizione) è stato tenuto presente dal legislatore nella formulazione di tale L. n. 69 del 2010, art. 59.

Il comma terzo di tale articolo si chiude - infatti - con la chiarificatrice statuizione: "Restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione". 4.2. Il legislatore ha ritenuto, quindi, di confermare quanto già espresso anche dal diritto vivente in merito a tale regolamento preventivo, tra cui, per quanto qui interessa, la natura non impugnatoria dello stesso ed il conseguente principio della preclusione, costituita anche da una sentenza emessa sulla sola giurisdizione.

4.3. La riproposizione della domanda davanti al giudice indicato dalla sentenza declinatoria come dotato di giurisdizione, se effettuata nel termine di mesi tre dal passaggio in giudicato della pronunzia, costituisce certamente una riassunzione, come emerge espressamente dalla L. n. 69 del 2009, art. 59, comma 4 (precedentemente all'entrata in vigore di detta norma si faceva riferimento nella giurisprudenza amministrativa ed in quell'ordinaria. Alla disciplina di cui all'art. 50 c.p.c., considerata norma, generale sulla riassunzione).

Va qui chiarito che il "passaggio in giudicato della, sentenza" non delimita il termine iniziale per effettuare la riassunzione della causa, ma solo il termine finale di mesi tre. Imporre alla parte di attendere il passaggio in giudicato della sentenza declinatoria di giurisdizione (magari a seguito degli eventuali rimedi impugnatori), quando invece è convinta di dover riassumere la causa davanti al giudice dichiarato dotato di giurisdizione, è contrario ai principi di economia processuale e ragionevole durata del processo.

4.4. Se un ordinato svolgimento del processo poggia anche sul delimitare i tempi in cui gli strumenti di difesa delle parti vanno esperiti, ciò non esclude che, mentre la parte attrice si sposta dal giudice indicato, il convenuto proponga appello per tornare dal primo giudice (se pure ciò non dovrebbe frequentemente accadere) od anche che l'attore proponga appello, pur riproponendo la domanda al giudice indicato.

Questo può generare la pendenza contemporanea del medesimo processo davanti a due diversi ordini giudiziari. Spetterà al giudice indicato, quando condivide le ragioni che possono avere spinto una delle parti all'appello, richiedere il regolamento, ed al giudice dell'appello scegliere se sospendere il processo in attesa della decisione della Corte o anticiparla con una decisione che rigetta l'appello.

4.5. Ciò dimostra che proprio la possibilità di proporre contemporaneamente da una parte l'appello avverso la decisione del primo giudice di declinatoria della giurisdizione e dall'altra la riassunzione della causa davanti al giudice indicato, che la preclusione al nuovo regolamento di giurisdizione deriva non da un giudicato, che non esiste per quanto implicito, ma dalla disciplina di cui all'art. 41 c.p.c..

Inoltre la stessa norma di cui al secondo comma statuisce; che le parti sono "vincolate" all'indicazione del giudice: fornita nella sentenza declinatoria (il che sarebbe superfluo se la riassunzione potesse effettuarsi solo a seguito del giudicato).

4.6. In tale fase processuale, conseguente alla riassunzione, è solo il giudice davanti al quale è riassunta la causa che può sollevare d'ufficio tale questione davanti alle S.U., peraltro fino alla prima udienza per la trattazione nel merito. Ciò significa che il secondo giudice non può ignorare la denegatoria, costituendo pur sempre una statuizione emessa in quell'unitario procedimento, ma può solo dissentire da essa, purchè

lo faccia nel modo (regolamento d'ufficio) e nel tempo (entro la prima udienza di trattazione) indicati dalla legge.

Questo è un rimedio introdotto dalla L. n. 69 del 2009, art. 59, al fine di ridurre l'evenienza che si potesse avere un'ulteriore declinatoria di giurisdizione dal secondo giudice e la necessità per le parti di denunziare il conflitto negativo di giurisdizione ex art. 362 c.p.c., comma 2, mentre la struttura del processo deve tendere il più possibile a che esso si concluda con una sentenza di merito. Se fosse consentito anche alle parti di proporre in questa fase di processo riassunto un regolamento preventivo di giurisdizione, esso finirebbe con l'assumere (quanto meno nella sostanza) carattere impugnatorio della decisione del primo giudice che ha rimesso la causa davanti al giudice indicato come dotato di giurisdizione. Ciò come si è detto più volte è contrario alla natura dell'istituto, anche a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 69 del 2010, art. 59 (cfr. Cass. S.U. n. 2716/2010).

5. Una volta ritenuto che per effetto della *translatio*, la tempestiva riassunzione del processo davanti al giudice indicato non costituisce un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio, per quanto inizialmente introdotto davanti a giudice che si è dichiarato carente di giurisdizione, ne consegue che le parti che manifestino un reale interesse alla decisione preventiva della questione di giurisdizione, una volta acquisiti al processo i dati di fatto necessari per deciderla, sono davanti al primo giudice nelle condizioni di operare la scelta di chiederne la decisione alla Corte di cassazione,

prima che venga ad essere impegnata la funzione decisoria del giudice di merito.

Quando sulla questione di giurisdizione non vi sia stato contrasto tra le parti, il giudice che ritenga di fondare su tale questione la decisione avrà l'onere procedimentale di avvertirle (art. 101 c.p.c., comma 2). Non avendo le parti fatto uso di tale strumento a tempo debito, (cioè prima che intervenisse una decisione nell'unitario processo), ciò impedisce che il regolamento possa essere utilizzato nel giudizio riassunto.

6. Ciò comporta che nella fattispecie il regolamento è inammissibile, in quanto proposto in un giudizio riassunto davanti al tribunale di Lodi a seguito di sentenza declinatoria di giurisdizione del Tar Lombardia, con la conseguente preclusione, a norma dell'art. 41 c.p.c., comma 1, del regolamento di giurisdizione poichè nell'unitario giudizio era intervenuta una sentenza.

Il ricorso va, quindi, dichiarato inammissibile.

La ricorrente va condannata al pagamento delle spese di questo regolamento sostenute dalla resistente.

P.Q.M.

5 Dichiara inammissibile il ricorso. Condanna, la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione sostenute dalla resistente e liquidate in complessivi Euro 2200,00, di cui Euro 200,00 per spese, oltre spese generali ed accessori di legge. Così deciso in Roma, il 26 ottobre 2010.

Depositato in Cancelleria il 22 novembre 2010

4.1 Riassunto in fatto:

Con ricorso notificato in data 22.1.2009, la Società Agricola Corallo a s.r.l. ha proposto regolamento di giurisdizione nel procedimento civile n. 3782/2009, pendente davanti al Tribunale di Lodi, a seguito di riassunzione davanti a tale giudice ordinario, disposta dal Tar Lombardia con sentenza n. 3240/2009, che aveva declinato la propria giurisdizione in merito al ricorso presentato dalla società, detta per l'annullamento della Delib. n. 168 del 2009 dell'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi. Resistono con controricorsi l'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi e C.G. e Gi..

4.2 Riassunto in diritto:

Il ricorso per regolamento è inammissibile. Anzitutto questa Corte valuta che l'atto introduttivo del giudizio davanti al tribunale di Lodi, integra un atto riassuntivo del giudizio instaurato davanti al Tar Lombardia.

L'inammissibilità del regolamento deriva dalla combinazione di due fattori: l'istituto della "translatio iudicii" ed il principio consolidato (a partire da Cass., sez. un., n. 2466 del 1996) secondo cui la prima parte dell'art. 41 cod. proc. civ., va interpretata nel senso che qualsiasi

decisione emanata dal giudice presso il quale il processo è radicato, sia attinente al merito sia a questioni inerenti ai presupposti processuali, preclude la proponibilità del regolamento di giurisdizione, che costituisce uno strumento preventivo (e facoltativo) per l'immediata e definitiva soluzione delle questioni attinenti alla giurisdizione.

Il regolamento di giurisdizione non è mai proponibile dopo che il giudice del merito abbia emesso una sentenza, anche se solo limitata alla giurisdizione, poichè in tal caso la decisione sul punto va rimessa al giudice di grado. Il processo iniziato davanti ad un giudice, che ha poi dichiarato il difetto di giurisdizione, e riassunto nel termine di legge davanti al giudice, indicato dal primo come dotato di giurisdizione, non costituisce un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio per quanto inizialmente introdotto davanti a giudice carente della, giurisdizione. Mediante l'istituto della *translatio iudicii* si mira proprio a realizzare la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda originaria, con esclusione della necessità della riproposizione *ex novo* della domanda.

Quanto detto, che già si fondava autonomamente sui principi che regolano la *translatio iudicii* e sulla preclusione di cui all'art. 41 c.p.c., comma 1, ha trovato ulteriore conferma nella normativa di cui alla L. 18 giugno 2009, n. 10, art. 59. La possibilità di proporre contemporaneamente da una parte l'appello avverso la decisione del primo giudice di declinatoria della giurisdizione e dall'altra la

riassunzione della causa davanti al giudice indicato, che la preclusione al nuovo regolamento di giurisdizione deriva non da un giudicato, che non esiste per quanto implicito, ma dalla disciplina di cui all'art. 41 c.p.c.. Una volta ritenuto che per effetto della translatio, la tempestiva riassunzione del processo davanti al giudice indicato non costituisce un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio, per quanto inizialmente introdotto davanti a giudice che si è dichiarato carente di giurisdizione, ne consegue che le parti che manifestino un reale interesse alla decisione preventiva della questione di giurisdizione, una volta acquisiti al processo i dati di fatto necessari per deciderla, sono davanti al primo giudice nelle condizioni di operare la scelta di chiederne la decisione alla Corte di cassazione, prima che venga ad essere impegnata la funzione decisoria del giudice di merito. Ciò comporta che nella fattispecie il regolamento è inammissibile, in quanto proposto in un giudizio riassunto davanti al tribunale di Lodi a seguito di sentenza declinatoria di giurisdizione del Tar Lombardia, con la conseguente preclusione, a norma dell'art. 41 c.p.c., comma 1, del regolamento di giurisdizione poichè nell'unitario giudizio era intervenuta una sentenza. Il ricorso va, quindi, dichiarato inammissibile.

4.3 Commento all'ordinanza 23596/2010- Claudio Consolo:

Nell'ordinanza in epigrafe ancora una volta le Sezioni Unite rinnovano l'adesione a quell'interpretazione dell'art 41 cpc , risalente alla svolta anti-regolamento segnata da Sez. Un. 22 marzo 1996, 2466 che, forzando non poco il dato testuale riconosce effetti preclusivi a qualsiasi pronuncia del giudice di prime cure, anche se di rito ed anche se solo in punto di giurisdizione. È stata una scelta quella delle Sez. Unite, di forzare l'art 41 cpc che, diviene di recente realmente e più gravemente nociva a seguito dell'avvento, giurisprudenziale prima ed oggi ad opera essenzialmente della legge 69/2009, dell'istituto della *translatio iudicii*.

Esito prosecutorio, questo, che ha reso più che mai opportuno un *revirement* anche a quel correlato riguardo, onde rendere meno insicura e lenta la prosecuzione del processo. Ma la posizione assunta dalle Sez. Unite in tale ordinanza di novembre, non rappresenta una novità: che il limite pretorio alla proposizione del regolamento di giurisdizione resti fermo pur dopo l'espressa previsione della possibilità di una *translatio iudicii* tra giurisdizioni, è affermazione comune ad una serie di pronunce della S.C.

Tuttavia di nuovo c'è o sembra di cogliere che vi sia, che l'operatività della preclusione di matrice giurisprudenziale viene sì ancora affermata, ma colpisce positivamente la constatazione che la ennesima

ripulsa del regolamento per tardività, non sia più argomentata come in passato.

A differenza dei precedenti arresti nei quali direttamente o per relationem vengono elencate una serie di “considerazioni sistematiche” che imporrebbero pur dopo la translatio e nel così nuovo scenario, il mantenimento della menzionata limitazione temporale all’esperibilità del regolamento ex art 41 cpc, l’ordinanza in commento si limita a prendere atto asetticamente dell’operatività di quello che viene chiamato dalle Sez.Unite tout court “principio consolidato”, senza però andare oltre e tentare di dimostrarne la intrinseca correttezza.

Sembra dunque una sorta di rinuncia quella delle Sez. Unite ad argomentare in replica alle confutazioni proposte, il fondamento della posizione olim assunta; rinuncia che potrebbe essere letto come primo segnale di un ripensamento, di non reale convinzione, di ciò che da luogo comune sembra sia diventato oggi un ostacolo di prima grandezza alla speditezza dei processi e alla gestione snella delle odiose liti sull’esatta giurisdizione. La sua collisione con l’art 111 Cost. più che la infedeltà al tenore esplicito dell’art 41 cpc, non giova a quella lettura giurisprudenziale al di là dei tentativi correnti di giustificazione, via via fattisi più stanchi.

Bibliografia:

1. Gina Gioia, La Questione di Giurisdizione 2009.
2. Andrioli, V., Regolamento di giurisdizione e deontologia forense, in Foro it., 1973, I, 3266;
3. Balena, G., Regolamento di giurisdizione, in Enc. dir., Aggiornamento, IV, Milano, 2000, 1069 ss.;
4. Cipriani, F., Il regolamento di giurisdizione, con Prefazione di aggiornamento, Napoli, rist. 1988, 297 ss.;
5. Cipriani, F., Regolamento di giurisdizione, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1991; Cipriani, F., Le sezioni unite riscrivono l'art. 41 c.p.c. e sopprimono (o quasi) il regolamento di giurisdizione, in Foro it., 1996, I, 1637;
6. Cipriani, F., Sul regolamento «necessario» di giurisdizione, in Foro it., 1998, I, 3560;
7. Cipriani, F., Regolamento della giurisdizione dopo la conclusione del processo, in Foro it., 2000, I, 2589; Cipriani, F., Nuovi orizzonti per l'«uso distorto» del regolamento di giurisdizione, in Foro it., 2000, I, 3110;
8. Cipriani, F., Regolamento di giurisdizione e diritto alla prova, in Foro it., 2002, I, 2123;

9. Consolo, C., Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Profili generali, Torino, 2010, 127;
10. Consolo, C., Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione, in Corr. giur., 2010, 763;
11. Consolo, C., Translatio, regolamento, ragionevole durata e disciplina (anch'essa ragionevole) delle «liti» sulla giurisdizione, in Corr. giur., 2011, 351 ss.;
12. Costantino, G., Il nuovo processo in Cassazione, in Foro it., 2009, V, 301;
13. Dalfino, D., Regolamenti di giurisdizione e competenza, in Foro it., 2003, 2787;
14. Gasperini, M.P., Le ripercussioni dell'abrogazione dell'art. 37, 2^o comma, sull'art. 41 c.p.c.: le sezioni unite «salvano» il regolamento di giurisdizione, in Giust. civ., 1999, I, 1635;
15. Gioia, G., Il regolamento di giurisdizione dopo le riforme, in Riv. dir. proc., 2011, 589;
16. Monteleone, G., Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo: una confusa pagina di anomalie processuali, in Riv. dir. proc., 2010, 271;
17. Poli, G.G., Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c., in Foro it., 2009, I, 810;

18. Proto Pisani, lezioni di diritto processuale civile
19. Proto Pisani, A., Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e di competenza, in Foro it., 1984, V, 89;
20. Balena, istituzioni di diritto processuale civile.