

GLI EFFETTI DELLE SENTENZE SULLA GIURISDIZIONE E LA DISCIPLINA DELLA *TRANSLATIO IUDICII*

Stefano Alberto Villata

Professore associato di diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Milano

1. – Le presenti riflessioni sono dedicate alla memoria di Ada Pellegrini Grinover e traggono origine da uno dei più recenti scritti dell'illustre Maestra del diritto processuale brasiliano: in particolare, in un articolo comparso nel dicembre 2016 sulla *Revista de Processo* dal titolo *Mitos e realidades sobre a coisa julgada. Uma reflexao italo brasileira*, Ada Pellegrini invitava gli studiosi, sia italiani sia brasiliani, a riflettere su alcuni fenomeni di confine e, tra l'altro, a rimeditare alcune conclusioni sull'oggetto del giudicato, se lo stesso davvero riguardasse – come si insegna tradizionalmente – soltanto le sentenze di merito o dovesse investire anche quelle processuali. Il richiamo immediato era alla dottrina italiana che ha coniato l'espressione "efficacia panprocessuale" con riguardo alle sentenze della Corte di Cassazione che regolano la giurisdizione o la competenza. "Ci hanno detto che la cosa giudicata si forma solo sulle sentenze di merito. Che dire allora della stabilità di altre decisioni (o della loro immutabilità, se ben compresi i suoi cedimenti), che fin'ora non abbiamo osato chiamare cosa giudicata (creando in Italia, l'espressione «efficacia panprocessuale» e quella di «efficacia preclusiva esterna») ma che le corrispondono in tutto e per tutto?" si chiedeva con la consueta onestà intellettuale l'insigne processualista qui onorata. La stessa poi proseguiva con l'esempio della sentenza che dichiara insussistente la legittimazione ad agire di una delle parti che passerebbe in giudicato *rebus sic stantibus* e richiamava l'art. 486, par. 1, del c.p.c. brasiliano che consente la riproposizione della medesima azione laddove vi sia "correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito".

Ebbene, il tema dei limiti c.d. interni alla giurisdizione civile, derivanti dalla presenza di un altro potere pubblico o dalla sussistenza di un giudice speciale (limite quest'ultimo non ordinariamente presente in sistemi di giurisdizione unica quale quello brasiliano), ben si presta, a mio avviso, all'analisi se vi possa essere spazio per effetti di accertamento vincolante (discendenti dalla cosa giudicata) a fronte di pronunce che verificano (si usa volutamente un termine atecnico) il ricorrere di un presupposto processuale, qual è appunto la giurisdizione nell'ordinamento italiano. In particolare, spunti significativi di riflessione possono derivare dalla relativamente recente introduzione, nel sistema processuale italiano, di una norma speciale sulla c.d. *translatio iudicii*, ovvero sul "passaggio" di un giudizio pendente da una giurisdizione all'altra, senza soluzione di continuità: in particolare, l'art. 59 della legge 69/2009, nel disciplinare tale fenomeno, ha, come si vedrà meglio *infra*, disciplinato espressamente l'efficacia (che per ora, chiamerei) vincolante della sentenza che declina la giurisdizione a favore di un altro giudice interno e delle pronunce sulla giurisdizione emanate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Non solo, ma da tempo dottrina e giurisprudenza si sono interrogati sull'efficacia delle sentenze che, ai sensi dell'art. 37, comma 1, c.p.c. declinano la giurisdizione del giudice italiano nei confronti, non già del giudice speciale amministrativo, ma nei confronti della pubblica amministrazione, in ragione dei poteri a quest'ultima attribuiti dalla legge.

Prima di esaminare *ex professo* l'efficacia della sentenza che si pronuncia sui limiti interni alla giurisdizione si passerà quindi ad accennare sinteticamente ai limiti interni alla giurisdizione ad esaminare approfonditamente la disciplina della *translatio*.

2. – Il punto di partenza non può che essere l'art. 1 c.p.c. il quale specifica che la giurisdizione civile è esercitata dai giudici ordinari, salvi speciali disposizioni previste dalla legge. Già quindi nell'impianto (pre-costituzionale) del codice di procedura civile la tutela dei rapporti di diritto civile viene affidata, ordinariamente, al giudice ordinario. Tale disposizione trova del resto un successivo *pendant* nell'art. 102 cost.

che attribuisce la funzione giurisdizionale ai magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario e vieta l'istituzione di nuovi giudici speciali. La scelta di fondo della nostra Costituzione, coerente con il principio di tendenziale unità della giurisdizione, trova peraltro un'immediata (consapevole) eccezione nel successivo art. 103 cost. che si occupa della giurisdizione di un giudice speciale (quello amministrativo) individuando nell'ambito fisiologico e generalizzato di tutela nell'interesse legittimo¹. Al riguardo, giova comunque sin d'ora rilevare che, dal punto di vista del giudice civile e in considerazione del disposto dell'art. 1 c.p.c. e 102, comma 1, cost., la disciplina della giurisdizione corrisponde all'individuazione dei limiti al potere giurisdizionale di tale giudice e sotto questa luce viene usualmente studiato².

Tali limiti, come noto, possono dipendere – per quanto qui oggetto di esame – o dalla sussistenza di altri poteri dello Stato (in particolare, della pubblica amministrazione) o dalla giurisdizione di giudici speciali.

Con riguardo al primo profilo, l'art. 37 c.p.c. individua innanzi tutto la possibilità che il giudice ordinario difetti di giurisdizione «nei confronti della pubblica amministrazione». Si tratta di un'ipotesi – da non confondersi con la diversa questione relativa ai rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa – in cui l'AGO³ è priva del potere giurisdizionale in conseguenza dell'esistenza di sfere di attribuzioni esclusive di altri poteri dello Stato. In altri termini, nessun giudice (ivi inclusi quelli speciali) ha potere giurisdizionale in ordine ad una determinata questione, sicché si parla, di frequente, di difetto assoluto di giurisdizione⁴. Difetto assoluto che riguarda, come detto, la singola controversia – e quindi un riparto di competenza *in concreto*⁵ – e il cui rilievo e decisione devono essere coordinati con la disciplina costituzionale dei conflitti di attribuzione di cui all'art. 134 cost. e l. cost. 87/1953 (l'art. 37 ha lasciato infatti «ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione»)⁶.

L'origine storica della norma va rintracciata nel sistema dei c.d. *conflitti* tra potere giurisdizionale ed esecutivo, introdotto nell'ordinamento italiano con il decreto legge 20 novembre 1859, n. 3780 (c.d. legge Rattazzi) che attribuiva ai governatori (poi prefetti) il potere di sollevare il conflitto tra autorità giudiziaria ed amministrativa⁷ (attiva e soprattutto contenziosa⁸), ottenere la sospensione del processo e vedere il conflitto deciso con decreto reale su parere del Consiglio di Stato (all'epoca organo esclusivamente amministrativo)⁹. Le leggi di unificazione del 1865, nel contestualmente abolire i tribunali del contenzioso amministrativo ed attribuire al giudice civile la tutela di ogni diritto soggettivo (civile o politico), ritocò di

poco il sistema, attribuendo, con l'art. 10 dell'all. D., al Consiglio di Stato, in adunanza generale¹⁰ (ancora organo amministrativo seppur consultivo, e quindi sostanzialmente parte in causa¹¹) il compito di dirimere i conflitti¹², a questo punto nei confronti della sola amministrazione attiva. La situazione venne rivista con la l. 3761 del 1877¹³ che attribuì il ruolo di giudice dei conflitti alla Cassazione romana (e quindi al potere giudiziario, emancipandolo dal controllo del Consiglio di Stato¹⁴) e consentì di sollevare il conflitto anche in ipotesi in cui l'amministrazione non fosse parte (art. 1, comma 1); non solo, l'art. 4 precisava che la decisione sul conflitto, quando fosse proseguito il giudizio (davanti al g.o.) «non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità delle azioni»¹⁵, lasciando intendere che, laddove la decisione fosse invece stata ostativa alla prosecuzione del giudizio (perché il conflitto veniva risolto a favore della p.a.), la situazione soggettiva doveva ritenersi definitivamente pregiudicata (con assimilazione della pronuncia sul conflitto ad una sentenza di merito di rigetto delle pretese attore¹⁶). Giova poi rammentare che all'epoca della promulgazione della legge del 1877 – a seguito della soppressione dei Tribunali del contenzioso amministrativo avvenuta con le leggi di unificazione del 1865 – la Corte di Cassazione si trovava quindi a decidere se ricorreva un diritto soggettivo, affidato alla giurisdizione dei Tribunali, ovvero un interesse semplice privo di protezione giuridica, affidato alla cura dell'amministrazione (eventualmente sollecitata anche tramite i ricorsi gerarchici), non sussistendo, in base a tale sistema, spazio per diverse (anche minori) situazioni soggettive in capo al privato. La situazione mutò nuovamente con l'istituzione, ad opera della l. 5992/1889 della IV sezione del Consiglio di Stato alla quale spettava di decidere sui ricorsi per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere contro atti dell'autorità amministrativa «che abbiano per oggetto un interesse di individui» che non fossero di competenza di altri giudici. Faceva quindi ingresso, tra le posizioni giuridiche tutelate, l'interesse legittimo, con conseguente riduzione dell'ambito di attività dell'amministrazione sottratto ad un controllo giurisdizionale¹⁷.

Con il vigente codice di procedura civile ci si è limitati a recepire l'istituto dei conflitti¹⁸ trasformando la vecchia *incompetenza* di cui alla legge del 1877 nella questione di giurisdizione di cui al primo comma dell'art. 37¹⁹, disciplinando il regolamento di giurisdizione di cui all'art. 41 e 368 c.p.c. e riprendendo l'art. 4 di detta legge nell'art. 386 c.p.c. in ordine agli effetti della decisione sulla giurisdizione che consente la prosecuzione del giudizio.

10 Art. 25 all. E.

11 Già Mantellini, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, cit., 38 evidenziava che il Consiglio di Stato, pur divenendo giudice dei conflitti, «conservava pur sempre le sue tradizioni e le proprie attinenze verso l'amministrazione, della quale non cessava d'essere, qual è, il primo organo consultivo».

12 Si veda al riguardo Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 140 s. che correttamente osserva che in tal modo il legislatore attribui ad un organo amministrativo il compito di determinare il perimetro del potere giudiziario (che avrebbe dovuto essere autonomo), rinunciando all'individuazione di un potere terzo, al quale affidare la decisione del conflitto; non solo, ma con tale intervento si tralasciava di considerare che stabilire se vi è o meno una situazione giustiziabile nei confronti della pubblica amministrazione è, tanto più in un sistema di giurisdizione unica come quella del 1865, compito del giudice, che invece veniva attribuito ad un organo diverso (Consiglio di Stato) il quale aveva al riguardo l'ultima parola, potendo dichiarare (nella sostanza) infondata la domanda. Si vedano al riguardo anche le considerazioni di Mantellini, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, cit., 140 relative al fatto che il giudice se un interesse sia assistito dalla legge è un giudizio giuridico e pare quindi contraddittorio sostenere che non abbia giurisdizione al riguardo il giudice dell'azione. Si veda anche pag. 131 ove l'autore evidenzia che, nel giudicare accettando e interpretando i fatti, il Consiglio di Stato rischia di uscire dal proprio ruolo di giudice dei conflitti.

13 Sul dibattito che portò all'emanazione della suddetta legge v., ampiamente, Cipriani, *Il regolamento*, cit., 16 ss.

14 Cfr. al riguardo Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 67 che mette in evidenza la portata fondamentale del trasferimento alla Corte di cassazione del ruolo di giudice dei conflitti ai fini dell'affermarsi dell'indipendenza della giurisdizione ordinaria rispetto all'amministrazione. V. anche Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 148 che sottolinea che in tal modo veniva attribuito all'autorità giudiziaria il compito di valutare la tutelabilità di una situazione soggettiva nei confronti della pubblica amministrazione.

15 Norma poi trasfusa nell'attuale 388 c.p.c.

16 Per considerazioni analoghe cfr. Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 145 s. ove ulteriori riferimenti ed in particolare Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1901, 361 che evidenzia come sfuggono al sindacato giurisdizionale gli atti amministrativi esercizio di un potere discrezionale in quanto possono ledere interessi semplici dei cittadini e mai diritti, sicché interesse e diritto delimitano il campo rispettivamente dell'amministrazione e della giurisdizione. Di conseguenza, la giurisdizione non si esplica sull'interesse semplice «non per difetto di competenza, ma per una ragione più intima di merito, perché cioè non vi è diritto, né azione da far valere». Anche se in termini scientifici si parla di rigetto per difetto assoluto di giurisdizione, in termini volgari la domanda viene respinta «perché il cittadino attore di fronte all'amministrazione ha torto in quanto fa valere un interesse che l'ordinamento giuridico non riconosce, e che l'amministrazione, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, e pertanto dei suoi diritti, può legittimamente sacrificare».

17 Osserva Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 149 che le uniche attribuzioni insindacabili dell'amministrazione potevano essere solo quelle incidenti sugli interessi c.d. semplici o di fatto. Con la conseguenza che, qualora fosse stato dedotto davanti al g.o. un interesse legittimo, l'amministrazione non avrebbe potuto più rivendicare le proprie attribuzioni sollevando il conflitto, ma soltanto eccipere il difetto di giurisdizione del g.o. nei confronti del Consiglio di Stato (così Cipriani, *Il regolamento*, cit., 80).

18 Emblematica in tal senso è la Relazione al Re del Ministro Grandi al c.p.c. laddove si precisa, al par. 11, di aver provveduto a fondere «nel codice le disposizioni della legge 31 marzo 1877, n. 3761 sui conflitti di attribuzione».

19 Così Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 99; v. anche Gioia, *La decisione*, cit., 88.

1 Già Attardi, *Giurisdizione e competenza in generale*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, I, 1, Torino, 1973, 3 ss., spec. 5 osservava peraltro che di unità della giurisdizione in base all'art. 102 cost. sembrerebbe corretto parlare con riguardo alla giurisdizione civile, atteso che la giurisdizione amministrativa, rispetto agli interessi legittimi, è altrettanto generale. La posizione come si vedrà non è peraltro unanimemente condivisa, ed anzi trova, anche di recente, significativi contrasti.

2 Così ad esempio Mandrioli C., Carratta, *Diritto processuale civile*, I, cit., 193; v. anche Luiso, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2017, 74, nonché Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009, 57 che evidenzia come l'art. 37 c.p.c. non si occupa della questione di giurisdizione in senso oggettivo, ma del difetto di giurisdizione dal punto di vista soggettivo del giudice civile.

3 Autorità giudiziaria ordinaria.

4 Osserva Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007, 135 che tale difetto presuppone «un ambito della vita di relazione sottratto alla cognizione di qualsiasi giudice, ordinario o speciale che sia».

5 Gioia, *La decisione*, cit., 31, nt. 117 evidenzia che il riparto di competenze tra i tre poteri dello Stato è affidato alle cure della Corte Costituzionale, mentre alla Corte di Cassazione è attribuito il riparto in ultima istanza tra i vari organi giurisdizionali, nonché «il riparto di competenza tra giudici e pubblica amministrazione, in concreto».

6 Sul tema cfr. Gioia, *La decisione*, cit., 29 ss. testo e nt. 111 che ritiene che le norme abbiano tacitamente abrogato l'istituto del regolamento di giurisdizione di cui al secondo comma dell'art. 41 e 368 c.p.c., nonché di cui all'art. 362, comma 2, nr. 2, c.p.c. In senso opposto, v. invece Montesano, *Rapporti e «conflitti» tra giurisdizione civile e poteri legislativo ed esecutivo da Lodovico Mortara ad oggi*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 969 ss., spec. 978 s. Osserva Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 64 che a favore del difetto assoluto di giurisdizione in ipotesi simili milita la constatazione che, qualora il giudice dovesse comunque provvedere, si potrebbe determinare un'indebita interferenza nella sfera di attribuzione spettante ad altri poteri dello Stato e, conseguentemente, un conflitto di attribuzioni la cui soluzione è demandata alla Corte Costituzionale ex art. 134 cost. Cfr. anche Fazzalari, *Ricorso per cassazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sec. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, 580 ss., spec. 582 che rileva come il difetto assoluto di giurisdizione non è sottratto alla cognizione della Corte di Cassazione dall'art. 134 cost. che deferisce alla Corte Costituzionale i conflitti tra poteri dello Stato. Per un'ipotesi in cui è stato (con successo) sollevato il conflitto di attribuzioni da parte del governo nei confronti di un organo giudiziario che aveva disposto una consulenza tecnica sul c.d. metodo Di Bella, esorbitante dalla posizione del singolo ricorrente e integrante un'indebita interferenza nella sfera delle attribuzioni spettanti all'esecutivo e, in particolare, agli organi tecnico-scientifici preposti alla sperimentazione dei farmaci, C. Cost., 2 aprile 1999, n. 121.

7 V. art. 1: «vi è conflitto quando l'Autorità giudiziaria si occupa di questioni riservate alle determinazioni dell'Autorità amministrativa, o quando un Tribunale ordinario si occupa di una questione riservata ai Tribunali del contenzioso amministrativo».

8 Mantellini, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, 1871, 36 che mette in luce come i conflitti riguardassero principalmente i rapporti tra giurisdizione e i tribunali del contenzioso amministrativo (cioè l'amministrazione contenziosa più che quella attiva).

9 Per un'approfondita analisi storica v. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1977, 9 ss. V. anche Villata R., *Il conflitto di attribuzioni sollevato dal prefetto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 895 ss., oggi ripubblicato in Villata R., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 143 ss., spec. 144 ss.

Seppure l'art. 37 c.p.c. considera – come visto, per ragioni storiche – il caso più diffuso del conflitto con i poteri della pubblica amministrazione²⁰, attesa la frequenza delle zone di confine/interferenza tra potere giurisdizionale e potere esecutivo, il limite in questione riguarda anche tutti gli altri poteri dello Stato²¹ ed è un diretto derivato del principio di legalità (e non tanto di quello della separazione dei poteri²²), per il quale ciascun organo pubblico ha i poteri (e solo quelli) attribuiti dalla legge. Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui si chieda ad un giudice di dichiarare l'invalidità dell'elezione di un membro del Parlamento: in tal caso vi è difetto (assoluto) di giurisdizione del g.o. in conseguenza dei poteri di autodichia attribuiti dall'art. 66 cost. al singolo ramo del Parlamento²³; autodichia che è stata estesa dall'art. 3 d.lgs. 235/2012 (c.d. Legge Severino) anche alla decadenza dal mandato parlamentare per incandidabilità sopravvenuta a seguito di condanna penale definitiva per determinati reati²⁴. Ancora, oltre alla verifica dei titoli di ammissione e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e incompatibilità dei propri membri, l'autodichia è stata estesa dagli organi costituzionali anche alle controversie con i propri dipendenti e appaltatori²⁵.

Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario (ma anche di quello amministrativo²⁶) nei confronti della

- 20 Mandrioli C., Carratta, *Diritto processuale civile*, I, cit., 235 evidenzia che i poteri non giurisdizionali della p.a. escludono i poteri giurisdizionali del giudice e viceversa.
- 21 Così Luiso, *Diritto processuale civile*, I, cit., 75. Per una recente ipotesi in cui la Cassazione ha dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione in relazione ad una domanda proposta innanzi al T.A.R. da un'associazione consumeristica volta ad ottenere l'annullamento del d.p.r. di indizione di un referendum costituzionale (c.d. confermativo) si veda Cass., sez. Un., 1^o dicembre 2016, n. 24624 che mette in evidenza come tale d.p.r. non costituisca esercizio di attività amministrativa, ma rientri nell'ambito del potere di revisione costituzionale. Cfr. anche Cass., sez. Un., 3 marzo 2016, n. 41190 che ha dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione del T.A.R. adito da un membro dell'Assemblea regionale siciliana per l'annullamento di un atto del presidente della medesima assemblea che aveva sciolto e ricostituito una commissione legislativa permanente, nonché Cass., sez. Un., 1^o febbraio 2008, n. 2439 che ha ritenuto sussistente il difetto assoluto di giurisdizione con riguardo ad una domanda proposta innanzi al TAR di annullamento di una delibera di giunta regionale che approvava uno schema di disegno di legge regionale, atteso che «gli atti impugnati costituiscono fasi legislativamente regolate del processo di formazione di una legge regionale, sicché gli stessi, in quanto espressione di esercizio della potestà legislativa dell'Ente Regione, sono sottratti al sindacato giurisdizionale, sia del giudice ordinario che di quello amministrativo». Per un'ipotesi in cui è stato dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione in ragione del potere esclusivo della Corte Costituzionale a sindacare la legittimità costituzionale delle norme Cass., sez. Un., 3 gennaio 1985, n. 3295: «poiché l'ordinamento non attribuisce ad alcun giudice, ordinario, amministrativo o speciale, il potere di sindacare la legittimità delle norme di rango costituzionale, ivi incluse, pertanto, quelle dettate dall'art. 139 e dalle disposizioni XII e XIII della Costituzione (sul divieto di revisione della forma repubblicana, sul divieto di ricostituzione del discolto partito fascista e sul trattamento dei membri della Casa Savoia), deve affermarsi il difetto assoluto di giurisdizione sulla domanda che si rivolta a conseguire una declaratoria d'illegittimità delle suddette norme, ancorché sotto il profilo della pretesa esorbitanza rispetto al mandato popolare conferito con il referendum del 2 giugno 1946, ovvero del preteso contrasto con i principi della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».
- 22 Così invece Gioia, *La decisione*, 88. L'assunto non appare completamente condivisibile se solo si considera che sussistono certamente interferenze tra i singoli poteri: basti pensare alla Corte Costituzionale che giudica sulla legittimità delle leggi o ancora ai giudici amministrativi che hanno potere casatorio sugli atti dell'esecutivo. Più in generale, non mancano, come si vedrà *infra*, poteri giurisdizionali attribuiti ad organi legislativi (come nel caso dell'autodichia) o poteri amministrativi attribuiti all'autorità giurisdizionale (si pensi alla giurisdizione volontaria, di rimozione di limiti alla capacità del legale rappresentante di un minore). Evidenza che non è infrequente che attività oggettivamente rientranti nella sfera di pertinenza di una determinata funzione siano svolte da organi partecipi di una diversa funzione anche Verde G., *Diritto processuale civile*, I, Parte generale, Bologna, 2012, 32 s.
- 23 Sul tema si veda il recente lavoro di Torretta, *Verifica dei poteri e Stato costituzionale. Saggio sull'art. 66 della Costituzione*, Roma, 2012. Cfr. anche, in giurisprudenza, Cass., sez. Un., 17 ottobre 1980, n. 5583, in *Giust. civ.*, 1981, I, 44 che ha deciso che il controllo dei titoli di ammissione dei componenti delle assemblee parlamentari, comprensivo del riscontro del regolare svolgimento delle operazioni elettorali e del risultato numerico delle votazioni, è demandato dall'art. 66 cost. in via esclusiva alle stesse camere e, conseguentemente, resta precluso, tanto con riguardo alle modalità del procedimento ed alle garanzie per gli interessati, quanto con riguardo al contenuto delle decisioni adottate da detti organi sovrani, ogni sindacato, alternativo, concorrente o successivo, di qualsiasi autorità giurisdizionale. V. pure Cass., sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9152 che ha ritenuto esulare dalla giurisdizione amministrativa – perché rientrante nell'autodichia delle Camere – una controversia riguardante l'ammissione di un simbolo alle elezioni politiche nazionali; Cass., sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9151: «ogni questione concernente le operazioni elettorali, ivi comprese quelle relative all'ammissione delle liste, compete in via esclusiva al giudizio delle Camere, restando così preclusa qualsiasi possibilità di intervento in proposito da parte di qualsiasi autorità giudiziaria. La natura giurisdizionale della funzione di autodichia svolta in proposito dalle Camere attraverso organi propri è da intendersi come funzione giurisdizionale esclusiva, la cui estensione vale anche per la fase preparatoria elettorale, ed in particolare per le questioni di ammissione ed esclusione delle liste dalla competizione. Né il giudice amministrativo né il giudice ordinario sono dotati di giurisdizione in ordine a tali controversie. Può dunque parlarsi di difetto assoluto di giurisdizione» (cfr. anche Cass., sez. Un., 6 aprile 2006 n. 8118). V. pure Cass., sez. Un., 25 giugno 1993, n. 7075 che ha dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione in relazione ad una domanda rivolta al TAR di annullamento dei decreti presidenziali di nomina di senatori a vita, in ragione del potere del Senato di verificare i titoli di ammissione dei propri componenti.
- 24 Sulla questione – e per osservazioni critiche alla scelta del legislatore delegato – v. ad esempio, Buonomo, *L'irrisolvibile forza espansiva dell'autodichia parlamentare*, in www.questionegiustizia.it, nonché, in relazione al caso Minzolini (nel quale, nonostante la condanna definitiva, il Senato non dichiarava la decadenza), Galazzo, *Art. 66 Cost. una riforma necessaria? – Appunti sul caso Minzolini*, in *Giur. pen. Web*, 2017, 4 nonché Luigiani, *Intorno ad alcune vicende recenti sul rapporto "necessitato" tra applicazione della legge e autodichia parlamentare, in costituzionalismo.it*, 2017, I, 11 ss., spec. 27 ss.
- 25 A tale ultimo riguardo, e in relazione alla compatibilità di tali forme di autodichia con le attribuzioni dell'autorità giudiziaria vi è stato, di recente, un intervento della Corte Costituzionale, che, con sentenza 262 del 2017, ha risolto, rigettandolo, un conflitto di attribuzioni sollevato dalla Suprema Corte in relazione alla pretesa lesione delle proprie attribuzioni da parte degli organi decisori delle controversie del Senato e della Presidenza della Repubblica. La Consulta ha osservato che l'autodichia, quale garanzia di autonomia degli organi costituzionali sottratta all'ingerenza da organi esterni, si declina sia nella nomina, sia nel momento applicativo di tale regolamentazione autonoma. Gli organi che esercitano tale funzione di applicazione della normativa autonoma da parte di un lato offrono tutela alle posizioni giuridiche dei dipendenti (il che esclude la lesione del diritto alla tutela effettiva costituzionalmente garantita), dall'altro non sono giudici speciali ex art. 102 cost. ma «organi interni non appartenenti all'organizzazione giudiziaria, in tanto giustificati in quanto finalizzati alla migliore garanzia dell'autonomia dell'organo costituzionale». La Corte Costituzionale soggiunge che l'affidamento a collegi interni del compito di interpretare e applicare le norme relative al rapporto di lavoro dei dipendenti con gli organi costituzionali di cui si tratta, nonché la sottrazione delle decisioni di tali collegi al controllo della giurisdizione comune è, in definitiva, un riflesso dell'autonomia degli stessi organi costituzionali». V. anche la sentenza 12 ottobre 2017, n. 213 che ha riconosciuto agli organi di autodichia della Camera natura giurisdizionale e tale da conferire il potere di sollevare questione di legittimità costituzionale delle norme da lei applicarsi. Sul punto cfr. anche Castelli, *Il combinato disposto n. 213 e 262 del 2017 e i suoi non coincidenti riflessi sull'autodichia degli organi costituzionali*, in *Oss. Cost.*, 2018, I ss., spec. 6 ss. che ritiene gli organi di autodichia equivalenti ad una giurisdizione speciale.
- 26 Si veda al riguardo, ad es., Cass., sez. Un., 19 febbraio 1999, n. 86 che ha ben individuato, tra i limiti esterni comuni alla giurisdizione amministra-

pubblica amministrazione viene usualmente ricondotto alle ipotesi in cui l'attore non vanta nei confronti della pubblica amministrazione (convenuta²⁷) alcuna posizione giuridica protetta dall'ordinamento di diritto soggettivo o interesse legittimo (ché altrimenti ricorrerebbe o la giurisdizione ordinaria o quella amministrativa, stante la generale giustiziabilità delle situazioni soggettive nei confronti della p.a. prevista dall'art. 113 cost.²⁸, ma è, al più, titolare di un interesse di mero fatto, non protetto dall'ordinamento. Si tratta di materie soggette ad un potere insindacabile della pubblica amministrazione²⁹, quale può essere, ad esempio, quello di governo³⁰, evidentemente non incidente su posizioni giuridiche dei privati protette dall'ordinamento, con la conseguenza che il difetto è assoluto, non essendovi alcun giudice che abbia *potestas iudicandi*. Al riguardo, si discute peraltro se, così configurato, si tratti di un vero e proprio difetto di giurisdizione o piuttosto dell'assenza di un oggetto idoneo di giudizio per insussistenza di una situazione protetta³¹ in considerazione anche della usuale qualificazione della suddetta questione in termini di improponibilità assoluta della domanda³² derivante dal fatto che né il giudice civile, né altro giudice hanno *potestas iudicandi*.

Non a caso, non sono mancate condivisibili prese di posizione in dottrina che hanno evidenziato come la suddetta questione può essere definita di giurisdizione solo perché così la chiama il legislatore³³, ma che in realtà ha ad oggetto l'esistenza (o meglio la dichiarazione di inesistenza) di una situazione protetta e quindi una questione che riguarda il *merito* della controversia³⁴, con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale del regolamento di giurisdizione previsto dall'art. 41 c.p.c. in relazione a tale questione; regolamento che, in tale prospettiva, attribuirebbe alla Corte di cassazione il potere di decidere, in unico grado e con effetti di giudicato sostanziale, questioni di merito idonee, in caso di declinatoria, a pregiudicare il diritto³⁵.

Si è detto che tale difetto sussiste quando si è in presenza di interessi c.d. di fatto, non giuridicamente protetti né quali diritti soggettivi né quali interessi legittimi: si tratta ovviamente dell'individuazione di un territorio di confine con le posizioni tutelate, destinato ad allargarsi o a restringersi a seconda delle tendenze *latu sensu* politiche dell'ordinamento³⁶ (e, aggiungerei, degli interpreti). Al riguardo che la Suprema Corte ha sin dall'origine tentato di distinguere il giudizio in ordine alla (in)sussistenza di una situazione giuridica tutelata da quello in ordine al merito, limitando, in linea di principio, la dichiarazione di difetto assoluto

- tiva, l'ipotesi che abbia esercitato la propria *potestas iudicandi* nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa (e, quindi, in situazione di cosiddetto difetto assoluto di giurisdizione).
- 27 Gioia, *La decisione*, cit., 67 correttamente evidenzia che anche se l'art. 37 c.p.c. non stabilisce espressamente quali siano le parti del processo nell'ambito del quale insorge la questione di giurisdizione, ciò ovviamente accadrà quando una delle parti sia la pubblica amministrazione. Va soggiunto che, attesi i poteri di autodichia della p.a. e l'attributo di esecutorietà dei suoi atti, la p.a. rivestirà più di frequente il ruolo di convenuta che quello di attore.
- 28 Osserva correttamente Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 136 s. che una lettura costituzionalmente orientata della norma impone di ritenere inconfigurabile il difetto di giurisdizione laddove vi siano diritti soggettivi o interessi legittimi (necessariamente giustiziabili), con la conseguenza che lo stesso «si può estendere sin dove non siano configurabili posizioni giuridiche tutelabili». Cfr. anche Ferri C., *Note in tema di pronunce sulla giurisdizione*, Pavia, 1968, 6 s. che evidenzia come l'art. 113 cost. assicura la tutela nei confronti della p.a. di diritti soggettivi e interessi legittimi, ma ciò non esclude la ricorrenza del difetto di giurisdizione quante volte si affermi che il privato non è titolare, di fronte all'autorità amministrativa, di alcuna situazione giuridica sostanziale, ma solo di un semplice interesse.
- 29 Così, *ex multis*, Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive e il rapporto giuridico processuale)*, Torino, 2015, 374 che evidenzia come si tratta di ipotesi di insindacabilità giurisdizione dell'operato della P.A.; Gioia, *La decisione*, cit., 60 s. che sottolinea come la situazione giuridica non trova tutela nell'ordinamento davanti a nessun giudice, per essere appannaggio del potere discrezionale della p.a.; Liebman E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 20 s.
- 30 Verde G., *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Bologna, 2012, 45 che correttamente rileva come situazioni di interesse semplice sono sempre più destinate a ridursi, attesa la generale giustiziabilità di diritti soggettivi e interessi legittimi.
- 31 Così Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 373; v. già Montesano, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960, 218 s. per il quale, nel sistema dei conflitti tra parti, la declinatoria di giurisdizione nei confronti della p.a. comporta la dichiarazione di infondatezza della domanda del cittadino e il relativo difetto non consiste in una questione pregiudiziale in senso stretto, atteso che incide sull'oggetto stesso della domanda, riguardando una sua speciale infondatezza nel merito.
- 32 Qualificazione diffusa anche a livello di manualistica: v. ad es., Liebman E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Principi, Milano, 2012, 21 che parla di improponibilità assoluta (o meglio *inesistenza*) dell'azione; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 373.
- 33 Così Cipriani, *Il regolamento*, cit., 99; v. anche Attardi, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1999, 202 che evidenzia come la questione dei limiti nei confronti della p.a. si presenta come attinente alla giurisdizione solo sulla base della disciplina positiva, potendo optare il legislatore per una disciplina alternativa nella quale «quando si debba stabilire se una determinata materia sia riservata all'attività discrezionale della P.A. e rientri, di conseguenza, nella sfera di questa, sia in gioco in realtà la stessa esistenza del diritto soggettivo fatto valere». In senso contrario Bove, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 947 ss., spec. 949 nt. 2.
- 34 Si veda in particolare Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 185; Gasperini, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, 150. Cfr. anche gli autori citati alla successiva nota 62.
- 35 Così Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 234 ss. che evidenzia i profili di contrasto con l'art. 24 cost. (sotto il profilo della violazione del diritto di azione e del diritto alla prova, stante il divieto di mezzi istruttori costituiti nel giudizio in Cassazione), 25 cost. (in conseguenza della possibilità data dall'art. 41 c.p.c. di esautorare il giudice del merito), 111, comma 7 cost. (la Cassazione finisce per pronunciarsi in unico grado con decisione idonea a pregiudicare il diritto).
- 36 Così Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 154.

di giurisdizione o di improponibilità della domanda ad ipotesi in cui non vi fosse contestazione sui fatti prospettati e contrasto sull'interpretazione delle norme da applicare³⁷. Senonché è sin troppo facile obiettare che non sussiste alcuna differenza ontologica nell'indagine da compiersi da parte del giudice in ordine alla situazione protetta a seconda che vi sia o meno contrasto sulle norme, restando l'attività da compiersi sempre la medesima³⁸. Ancora, le S.U. hanno più volte ribadito come la verifica dell'improponibilità assoluta della domanda importi un'indagine preliminare volta a vedere «se una determinata domanda sia in astratto»³⁹ configurabile nei termini di fatto e di diritto proposti dall'attore», muovendo dal c.d. *petitum sostanziale*⁴⁰. Senonché, si è autorevolmente osservato⁴¹, che il ricorso al criterio del *petitum sostanziale* (con conseguente rifiuto della rilevanza della prospettazione attorea) impone al giudice di ricercare il reale intento della parte in relazione alle effettive possibilità di tutela e quindi di irrompere nel territorio del merito, sicché appare alquanto difficile qualificare come *astratta* la verifica sulla giurisdizione che si concluda con la dichiarazione di inesistenza di qualsiasi posizione giuridica tutelabile⁴², tanto più laddove si ritenga, interpretando *a contrario* l'art. 386 c.p.c., che tale pronuncia pregiudichi la posizione sostanziale pretesa e sia idonea al giudicato sostanziale⁴³.

Ma se così stanno le cose, la pronuncia di difetto assoluto di giurisdizione, nel momento in cui riconosce l'assenza di qualsivoglia situazione giuridica tutelata, preclude ogni futuro accesso alla giurisdizione (salvo sopravvenienze in fatto e in diritto), così mostrando di voler spiegare gli effetti tipici della cosa giudicata materiale. Ma sul punto si tornerà in fine del presente contributo.

3. – Il difetto di giurisdizione inoltre sussiste laddove la controversia sia attribuita alla giurisdizione di un giudice speciale: come noto, la nostra Costituzione, mentre afferma all'art. 102 c.p.c. che la giurisdizione è esercitata dai magistrati ordinari appartenenti all'ordinamento giudiziario, vietando l'istituzione di giudici speciali e straordinari – lasciando intendere un'aspirazione all'*unità della giurisdizione* – immediatamente frustra tale aspirazione con la norma successiva che si occupa specificamente di giudici speciali (Consiglio di Stato, Corte dei Conti e tribunali militari), individuando l'ambito della loro giurisdizione. Il tema di maggiore dibattito, sin dalle leggi di unificazione del Regno d'Italia, è sempre stato il rapporto tra giurisdizione ordinaria

e giurisdizione amministrativa, che in Italia ha assunto natura di contrapposizione tra situazioni soggettive: il noto binomio diritto soggettivo-interesse legittimo.

I nostri costituenti, con una soluzione di compromesso, hanno recepito lo *status quo*⁴⁴ della pluralità di giurisdizioni, confermando, per quanto riguarda quella amministrativa, la giurisdizione speciale del Consiglio di Stato con riguardo agli interessi legittimi contrapposta alla tutela dei diritti soggettivi, affidata al giudice ordinario. L'art. 103 cost. confermava altresì la possibilità di attribuire, in speciali materie, al g.a. giurisdizione esclusiva, ovvero estesa ai diritti soggettivi. Che si sia trattata di una soluzione di compromesso, con un certo grado di equivocità, tra i fautori di tesi opposte (unità della giurisdizione *versus* giurisdizione speciale), risulta anche dal dibattito in senso all'Assemblea Costituente, ben riassunto nella nota sentenza 204 del 2004 della Corte Costituzionale⁴⁵. Vi era infatti sostanziale unanimità di vedute nel riassorbimento nella Carta Costituzionale dei principi fondamentali di cui alla l. 2248/1865, senonché tale riassorbimento veniva variamente interpretato, ora come rinvio «statico» da parte di chi (Calamandrei) voleva riempire, con il giudice ordinario, il vuoto di tutela lasciato dalla legge del 1865 e colmato con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (che aveva ormai, in *thesi*, ormai esaurito il suo ruolo), e chi invece intendeva operare un rinvio «dinamico» al sistema previgente, evidenziando che il Consiglio di Stato non aveva tolto nulla al g.o. (Bozzi), rappresentando anzi la sua istituzione una conquista di tutela del cittadino a fronte dei poteri della p.a. (Leone). Chiosa la Corte Costituzionale che il Costituente ha riconosciuto al giudice amministrativo «piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l'art. 2 della legge n. 2248 del 1865», ovvero degli interessi legittimi. Ci si può chiedere se con gli artt. 103 e 113 cost. si sia costituzionalizzato il criterio di riparto della giurisdizione diritti soggettivi-interessi legittimi⁴⁶, fatte salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a. nelle particolari materie⁴⁷ o se il legislatore ordinario possa utilizzare la riserva di legge attribuita dall'art. 113, comma 3, cost. per determinare gli organi di giurisdizione che possono annullare gli atti amministrativi attribuendo tale potere al g.o. per la tutela innanzi allo stesso di interessi legittimi (tanto

37 Cass., sez. Un., 8 luglio 1960, n. 1814, in *Giust. civ.*, 1961, I, 109.

38 V. Amirante F., *La giurisdizione e la sua verifica in Cassazione*, in *La Cassazione civile. Giurisprudenza sistematica di Diritto processuale civile* diretta da A. Proto Pisani, Torino, 1998, I, 681 ss., spec. 701 che evidenzia come la differenza tra interpretazione facile o evidente e difficile non ha basi concettuali e la correlativa distinzione tra domanda fondata e domanda manifestamente fondata, e per ciò solo improponibile non ha alcun rigore scientifico. Cfr. anche Gasperini, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, cit., 148.

39 Corsivo mio.

40 Così Cass., sez. Un., 12 gennaio 1966, n. 207, in *Foro it.*, 1966, I, 212, con nota di Nigro. *La peronospera del tabacco combina ancora guai*, la quale prosegue aggiungendo che occorre verificare «se sia cioè, sempre tenuto conto non della mera prospettazione soggettiva, sibbene del cosiddetto *petitum sostanziale*, della necessaria connessione tra *petitum* e *causa petendi*, onde dedurre la effettiva consistenza dell'intrinseco interesse dedotto in lite, ipotizzabile in astratto un diritto o un interesse provvisto di azione o di difesa giurisdizionale». Ancora, la sentenza distingue tra proponibilità *astratta* della domanda (necessaria per superare lo scrutinio sul difetto di giurisdizione) e proponibilità e fondamento in concreto che riguarda il merito: «il primo problema si limita alla determinazione di una fattispecie astratta entro la quale possa in astratto rientrare la fattispecie concreta fatta valere sicché sia, sempre in astratto, ipotizzabile un diritto o un interesse tutelato, nonché alla qualificazione astratta di questo diritto o interesse, in relazione alla fattispecie astratta invocata e alla fattispecie concreta fatta valere»; tutto il resto, quando si passa dalla proponibilità astratta a quella concreta, fuoriesce dal problema di giurisdizione e diventa questione di merito. Occorre precisare che, come si vedrà meglio quando si tratterà del *discrimen* tra g.o. e g.a., il criterio del *petitum sostanziale* impone di effettuare il riparto di giurisdizione sulla base della reale situazione giuridica dedotta in giudizio (e non già del provvedimento richiesto – annullamento dell'atto o meno – o della prospettazione attorea della situazione giuridica tutelata).

41 Nigro, *La peronospera del tabacco*, cit., 213 s.

42 Così Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 162 s. che evidenzia come la distinzione tra indagine sulla configurabilità in astratto della fattispecie e accertamento concreto dell'esistenza della situazione giuridica può essere richiamata soltanto quando si tratti di descrivere la situazione che si verifica quando viene affermata la giurisdizione di un giudice (a seconda che ricorra un diritto soggettivo o un interesse legittimo), essendo poi compito della sentenza di merito accertare l'effettiva titolarità (e aggiungimento, esistenza) della posizione giuridica dedotta in giudizio, mentre in caso di esito negativo della suddetta verifica in astratto e conseguente dichiarazione del difetto assoluto di giurisdizione, dal piano dell'astratto si passa a quello concreto derivante da una decisione di inesistenza di qualsivoglia situazione tutelata.

Non senso che il regolamento di giurisdizione prospiciente «questioni attinenti alla configurabilità dell'interesse fatto valere dalla controparte privata, in relazione alla presenza o meno nell'ordinamento di una norma potenzialmente idonea a tutelarla» sia inammissibile in quanto «tali questioni investono il fondamento nel merito della domanda, e pertanto non sono traducibili in termini di riparto delle attribuzioni giurisdizionali» v. Cass., sez. Un., ord. 12 aprile 1990, n. 256, in *Rass. av. Stato*, 1991, I, 245. V. poi, con riguardo a domande risarcitorie (anche) di interessi legittimi (alorché non ne era ancora riconosciuta la generalizzata risarcibilità) Cass., sez. Un., 14 gennaio 1992, n. 367, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2727 con nota di Santoriello, *Nuovi orientamenti in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo* che ha giudicato che la questione di configurabilità in astratto di una situazione di diritto soggettivo attiene al fondamento nel merito della domanda e non alla giurisdizione.

43 In questo senso Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 232; v. anche Gasperini, *Il sindacato della Cassazione*, cit., 312 s. che riconosce alla sentenza che ha dichiarato il difetto di giurisdizione nei confronti della p.a. il valore di sentenza di merito idonea al giudicato sostanziale, in considerazione dell'oggetto della pronuncia che è una questione di merito. V. anche Laudisa, *La sentenza processuale*, Milano, 1982, 62 che parifica la sentenza declinatoria ad una sentenza di rigetto nel merito che fa stato tra le parti ex art. 2909 c.c.; Ferri C., *In tema di giudicato sulla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 350 ss., spec. 356; Montesano, *Processo civile*, cit., 211 ss., spec. 227.

44 In questo senso anche Proto Pisani, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 369 ss., spec. par. 3.

45 Pubblicata ad esempio in *Giur. cost.*, 2004, p. 2181 con osservazioni di Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?* e di Lariccia, *Limiti costituzionali alla «discrezionalità» del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa*; in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 969 con note di commento di Clarich, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, di Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, di Mattarella B.G., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «riletta dalla corte costituzionale. Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa e di Pajno, Giurisdizione esclusiva ed «arbitrato» costituzionale*, in *Foro it.*, 2003, I, 2593 con note di Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e di Fracchia, La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione «esclusiva» alla giurisdizione del giudice amministrativo*; in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2207, con note di Sandulli P., *L'analisi «critica» della Corte Costituzionale sulla giurisdizione per materia e di Delle Donne, Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al «seno godiano» diritti-interessi*; in *Dir. proc. amm.*, 2004, 796, con note di Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)* e di Villata R., *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*; in *Foro amm. Cds*, 2004, 1895 con note di Satta F., *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, di Gallo C.E., *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti e di Siclari, La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie afferenti alla vigilanza sul credito: una conferma implicita e alcune incertezze residue*.

46 Come sembrano presupporre la citata C. Cost., 6 luglio 2004, n. 204 e la recente Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6, la quale, nel ritenere inammissibile una questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Cassazione adita con ricorso ex art. 111 cost. contro una decisione del Consiglio di Stato, ha da un lato rivendicato il proprio ruolo di «interprete ultimo delle norme costituzionali e – nella specie – di quelle che regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali», dall'altro lato ha precisato che il ricorso per cassazione per i «soli» motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 cost. contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, non comprende anche il sindacato su *errori in procedendo* o *in iudicando*, «poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale», che «attinge al suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici». «Ne consegue che deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso»; v. inoltre C. Cost., 1^o agosto 1979, n. 100 per la quale la pretesa che spetti al g.o. tutelare interessi legittimi risulta «smentita dai chiari disposti dell'art. 113 comma 1 e – principalmente – dall'art. 103 comma 1 cost.». V. anche Cannata Bartorelli, *La tutela giuridica del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964 29 s. che definisce il g.a. giudice naturale preconstituito degli interessi legittimi; Giannini, Piras, voce *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 229 ss., spec. 231 rilevano che l'art. 113 cost. riserva agli organi della g.a. (in senso soggettivo) la tutela degli interessi legittimi. V. pure Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, Napoli 2008, 16 ss. (nella Costituzione vigente «è mantenuta una scelta che conferma l'assetto strutturale della giurisdizione in senso dualista il che, piaccia o non piaccia, in qualsiasi ricostruzione del sistema non può essere elusa»).

47 Osserva Andrioli, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1622 ss., spec. 1642 s. che i costituenti non solo non nutrivano incertezze sulla funzionalità di un criterio di distribuzione tra giudice ordinario e Consiglio di Stato, sino a potenziarlo nei primi due commi dell'art. 113 e nel consentire la deroga, assicurata dalla riserva di legge, sol a favore del Consiglio di Stato (art. 103), ma trasformarono nella nebulosa riserva di legge delineata nell'ultimo comma dell'art. 113 la proposta di Calamandrei diretta a sopprimere i limiti al potere del g.o. imposti dall'art. 41 del 1865. Ne risultano – secondo l'autore – «vincoli rigorosi per il giudice ordinario prima che per l'interprete. Il Parlamento non solo non può commassare diritti e interessi nella cognizione dello stesso giudice, ma, nella spinta a realizzare parzialmente questa finalità, è frenato dall'art. 103, che [...] prevede la sottrazione della cognizione di diritti al giudice ordinario e la loro assegnazione al giudice amministrativo, e non l'inverso, e ciò significa che le preferenze dei costituenti erano per la giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato e non per l'assorbimento, sia pure parziale, di interessi legittimi nella cognizione del giudice ordinario».

più laddove vi siano anche, implicati, diritti soggettivi⁴⁸. Chi scrive ritiene che la soluzione preferibile sia la prima, per ragioni di ordine sia storico, sia letterale, rinvenendosi nell'art. 103 cost. un criterio di riparto che, lungi dal trovare smentita nell'art. 113, comma 3 (che si limita ad individuare un potere che il giudice può avere nei confronti dell'amministrazione, sul presupposto che giurisdizione vi sia), nello stesso riceve conferma, nella parte in cui tale ultima norma abbina ancora una volta g.o. e g.a. alla tutela, rispettivamente, di diritti soggettivi e di interessi legittimi.

Con riguardo al criterio di riparto, mi pare condivisibile l'approdo della dottrina amministrativistica che, al di là del dibattito in ordine alla fecondità della nozione e alla ricostruzione sostanziale del medesimo⁴⁹, ritiene che ciò che consente di determinare l'esistenza dell'interesse legittimo è la sua necessaria correlazione con un potere autoritativo⁵⁰; in altre parole, ogni qual volta vi sia un potere di una pubblica amministrazione in grado di incidere unilateralmente sulle situazioni giuridiche del cittadino (limitandole o ampliandole) quest'ultimo sarà titolare di un interesse legittimo (rispettivamente, oppositivo o pretensivo); interesse legittimo che potrà essere inciso sia da atti, sia da comportamenti compiuti nell'esercizio del suddetto potere. L'art. 7, comma 1, c.p.a.⁵¹ conferma tale impostazione: «sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»⁵².

Ancora, va rammentato che al fine di individuare la giurisdizione da adire vi fu, sino al famoso concordato Romano-D'Amelio del 1930⁵³, ampio dibattito tra i sostenitori del *petitum* (per cui si doveva affermare la giurisdizione amministrativa in virtù della sola domanda di annullamento del provvedimento) e seguaci della *causa petendi* che ritenevano invece corretto riferirsi alla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio⁵⁴. Infine, prevalse il criterio del *petitum* sostanziale: in altre parole, come afferma costantemente la Suprema Corte, «la giurisdizione deve essere determinata sulla base della domanda, dovendosi guardare, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, non già alla prospettazione compiuta dalle parti, bensì al *petitum* sostanziale. Questo ultimo deve essere identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto – soprattutto – in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio, da individuarsi con riguardo ai fatti allegati»⁵⁵.

4. – Una volta che la questione di giurisdizione sia stata sollevata, tramite o eccezione di parte o rilievo officioso, il giudice deve decidere al riguardo con sentenza che, come in relazione ad ogni pregiudiziale di rito, potrà essere, ai sensi dell'art. 279 c.p.c., definitiva del giudizio, ove declini la giurisdizione⁵⁶, ovvero non definitiva se il giudice si limiti a statuire sulla stessa, affermandola, ovvero definitiva (tipicamente) di merito, nel caso in cui il giudice ritenga sussistente la giurisdizione e contestualmente definisca il giudizio.

48 Così, specialmente, Proto Pisani, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, V, 184 ss.; ma v. già Proto Pisani, *Appunti sul giudice*, cit., par. 6, nonché Proto Pisani, *Due c.d. scritti minori offuscano la Costituzione*, in *Foro it.*, 2018, V, 246 (in critica a scritti di Verde G., *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 827 ss., spec. 833 e 835 e Villata R., il quale ha replicato con *Una Costituzione offuscata o una Costituzione riscritta a proprio uso?*, in *Foro it.*, 2018, in corso di pubblicazione). La tesi è sostenuta anche da Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 92 ss. ove ampi riferimenti e Menchini, *La tutela del giudice ordinario*, in Cassese, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, t. V, *Il processo amministrativo*, Milano, 2003, 4874 ss.

49 Sul punto sia permesso rinviare a Villata S.A., *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 283 ss., nonché, da ultimo, a Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

50 V., ex multis, Cacciavillani, *La giurisdizione amministrativa*, in Sassani, Villata R., *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 119 ss., spec. 125.

51 Codice del processo amministrativo.

52 Osserva Ramajoli, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva e merito*, in Sassani, Villata R., *Il codice del processo amministrativo*, cit., 141 ss., spec. 145 che il testo della norma riproduce testualmente i criteri di riparto di giurisdizione enunciati dalla sentenza 204 del 2004.

53 Sanzionato con le decisioni dell'Adunanza Plenaria nr. 1 e 2 e delle Sezioni Unite, 15 luglio 1930, n. 2680.

54 In argomento v. Cavallo Perin, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 14 ss., spec. 16 ss. ove ampi riferimenti.

55 Così, da ultimo, Cass., sez. Un., 2 marzo 2018, n. 4497.

56 Naturalmente le cose possono mutare nel contesto della *translatio iudicii* ove si ritenga che, a seguito della declinatoria, il processo prosegue, il che priverebbe tale sentenza dei caratteri della definitività, a meno di non riferirla esclusivamente al giudizio innanzi a quel giudice adito. Si veda infatti Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 316 che assimila la situazione in esame a quella che si determina a seguito della sentenza (oggi ordinanza) che dichiara l'incompetenza e ritiene incompatibile con la pronuncia di una sentenza definitiva la *perpetuatio* degli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta originariamente innanzi al giudice carente di giurisdizione.

La decisione sulla giurisdizione viene assunta in base, come detto, al c.d. *petitum* sostanziale ovvero alla situazione sostanziale dedotta in giudizio in connessione con l'effettivo obbiettivo della domanda e la protezione alla stessa garantita dall'ordinamento⁵⁷, sicché il giudice, diversamente da quanto accade in relazione agli altri presupposti processuali i cui fatti costitutivi non sono rilevanti per il merito, non può limitarsi alla mera *prospettazione*⁵⁸; il giudice deve spingersi ad accertare l'esistenza – in astratto – e la qualificazione della situazione giuridica pretesa⁵⁹. Tale orientamento è stato ribadito anche successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 80/1998 e all'affermazione della risarcibilità dell'interesse legittimo⁶⁰, il cui combinato disposto attribuiva la giurisdizione sulla domanda consequenziale all'annullamento al giudice amministrativo e quella sulla domanda risarcitoria autonoma al giudice ordinario e sembrava quindi scardinare il criterio della situazione sostanziale dedotta (e del grado di protezione offerto dall'ordinamento), sicché ancor oggi può considerarsi diritto vivente.

Ma proprio nella parte in cui abbraccia anche la *qualificazione giuridica* della situazione dedotta in giudizio, non fondandosi soltanto sulla prospettazione della parte, ma investendo un profilo che evidentemente attiene al merito (ovvero alla dichiarazione di esistenza/inesistenza di una situazione protetta), la decisione sulla giurisdizione perde, in questo frangente, i caratteri tipici della statuizione su un presupposto processuale (destinata a valere soltanto all'interno del processo in ragione della portata limitata al singolo procedimento dell'accertamento in essa contenuto) per esprimere una vocazione ad esplicare effetti conformativi in successivi giudizi in cui si discuterà, innanzi al giudice individuato come giurisdizionalmente competente, proprio della medesima situazione sostanziale.

Venendo al sostrato fattuale che determina il contenuto della decisione sulla giurisdizione, va rammentato il testo dell'art. 386 c.p.c. – applicabile anche al giudice di primo grado – per il quale la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e quindi da elementi *intrinseci*, cioè ad elementi che rilevano anche per l'accoglimento della domanda. Peraltro, non dovendo decidere, ai fini della giurisdizione, sull'esistenza in concreto della situazione giuridica (ma sulla sua ricorrenza in astratto e tutelabilità innanzi al giudice adito), non sarà necessaria una specifica istruttoria, fermo restando che il giudice di primo grado ben potrà far uso di tutte le risultanze probatorie ammesse ed esperite anche ai fini del giudizio sul merito. Così, tipicamente, ove si faccia questione di difetto del g.o. nei confronti della p.a. o del g.a., l'attore allegnerà una *causa petendi* attinente ad atti e comportamenti della p.a., la quale a sua volta difficilmente dedurrà un titolo diverso, ma piuttosto ne contesterà l'esistenza o offrirà una diversa interpretazione del titolo dedotto dall'attore⁶¹, sicché difficilmente il giudice, per decidere sulla giurisdizione, dovrà andare oltre

57 Si tratta di posizione ormai consolidata che si trascina, tralasciamente, di massima in massima: v. da ultimo, ad esempio, Cass., sez. Un., 2 marzo 2018, n. 4997.

58 Per un'ampia ricognizione (anche storica) dell'evoluzione dell'individuazione del criterio per determinare il riparto di giurisdizione e per il rifiuto della teoria della *prospettazione* (che consentirebbe alla parte di scegliersi il plesso giurisdizionale), v. Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 135 ss., 140 ss., 141 ss.

59 Cfr. sempre Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 143 che evidenzia come il giudice va ben oltre la prospettazione dell'attore per valutare la posizione giuridica soggettiva che egli concretamente deduce in giudizio. Ancora – osserva l'autrice (pag. 145) – la decisione sulla giurisdizione deve presupporre la questione di fatto e, in un momento logico immediatamente successivo, astrarsene.

60 V. ad esempio Cass., sez. Un., 12 marzo 2004, n. 5179: «Nell'atto introduttivo [...] la società, odierna ricorrente, chiese (sulla base di otto motivi di censura carenza assoluta di potere, eccesso e sviamento di potere sotto diversi profili, violazioni di legge) che l'atto amministrativo in questione fosse dichiarato nullo o, in subordine, che ne venisse disposto l'annullamento. Orbene, ancorché tali richieste formalmente radichino la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo stante il diritto posto al giudice ordinario (art. 4 secondo comma legge 20 marzo 1865 n. 2248) di revocare (o modificare) l'atto amministrativo, esse, in astratto, nondimeno non osterebbero alla declaratoria della giurisdizione di quest'ultimo giudice. Secondo, infatti, la costante giurisprudenza di questa Corte, basata sul disposto dell'art. 386 c.p.c., la giurisdizione si determina sulla base del criterio non già della prospettazione ma del c.d. *petitum* sostanziale (e non formale), da individuarsi alla stregua della effettiva natura della controversia e soprattutto in funzione della *causa petendi*; riguardo, pertanto, alla domanda proposta da un privato nei confronti della pubblica amministrazione, anche nel caso in cui – come nella specie – essa contenga la richiesta di annullamento di un atto amministrativo, ricorre la giurisdizione del giudice ordinario allorché tale richiesta si riconnetta alla tutela di una posizione di diritto soggettivo in considerazione della dedotta inosservanza di norme di relazione da parte della p.a., ed in tal caso il potere del giudice ordinario è limitato alla sola disapplicazione dell'atto lesivo del diritto soggettivo (in tal senso, da ultimo, Cass. nn. 16218/01 e 3145/03). Nella specie, mentre la domanda subordinata di annullamento dell'atto amministrativo per cattivo esercizio del relativo potere si ricollega manifestamente a posizioni di interesse legittimo la carenza di potere, allegata in via principale dalla ricorrente, formalmente si connette invece a posizione di diritto soggettivo, posizione, peraltro, riguardo alla quale non è sufficiente la mera prospettazione della parte, ma è necessario che, in astratto, essa sia riconosciuta come tale dall'ordinamento: se così non fosse, la parte sarebbe libera di scegliere il giudice secondo la propria convenienza, contro la previsione costituzionale del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 primo comma), norma che non può non dispiegare i suoi effetti anche in tema di riparto di giurisdizione». Orbene, nel caso di specie la Corte di cassazione ritiene che, anche a fronte di un contratto concluso la p.a. conservi il potere di intervenire sulla fase antecedente al contratto (e che non sussista quindi carenza in astratto del potere). «Pertanto, se l'ordinamento non pone incompatibilità tra l'esercizio dell'autotutela e la già avvenuta conclusione del contratto, la posizione soggettiva del privato, a fronte del relativo atto autoritativo, si connota in termini di interesse legittimo, talché deve essere affermata la giurisdizione del giudice amministrativo».

61 Così Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 154 ss.

alle allegazioni delle parti. Così ad esempio, ove l'attore alleghe che la p.a. ha tenuto un comportamento materiale, non giustificato da alcun potere autoritativo, la convenuta ben potrà invece allegare (e offrire prove al riguardo) che il suddetto comportamento è sostenuto da un potere previsto dalla legge, sicché la Corte adita, ai fini della giurisdizione, potrà decidere sulla base degli elementi offerti da entrambe parti (e sulla scorta delle norme di diritto) se sussiste, in astratto, un diritto soggettivo od un interesse legittimo⁶²; il tutto senza dover prendere posizione sulla fondatezza nel merito della domanda attorea.

Ove il giudice declini la propria giurisdizione per difetto nei confronti di altro giudice speciale, questi dovrà indicare il giudice munito di giurisdizione per consentire la *translatio iudicii* a norma dell'art. 59 l. 69/2009.

5. – Come noto, nonostante gli auspici della dottrina⁶³, la Corte di cassazione si è sempre opposta ad un'applicazione analogica dell'art. 50 c.p.c. (disciplinante la riassunzione e prosecuzione del giudizio innanzi al giudice competente, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali) al difetto di giurisdizione⁶⁴ in ragione del fatto che la *translatio* presupporrebbe l'unicità della giurisdizione e l'art. 367 c.p.c. consentirebbe la prosecuzione del giudizio solo laddove la Corte di cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario. Di conseguenza, in caso di declinatoria (ancorché nell'ambito del riparto tra g.o. e giudici speciali) si rendeva necessario l'avvio di un nuovo giudizio, con perdita degli effetti sostanziali della domanda originaria particolarmente pregiudizievole con riguardo alle decadenze sostanziali⁶⁵, quali quelle relative alla proposizione di ricorsi innanzi al T.A.R. o alle commissioni tributarie o al giudice ordinario stesso⁶⁶ ovvero di azioni possessorie (con il relativo termine annuale decorrente dallo spoglio).

La questione è esplosa in tutta la sua estrema rilevanza pratica con l'allargarsi della giurisdizione esclusiva del g.a. su diritti soggettivi – con il d.lgs. 80/1998 e la l. 205/2000 – con relativo moltiplicarsi di questioni di giurisdizione di confine e la pronuncia 204 del 2004 della Corte Costituzionale che, nel

dichiarare illegittima la giurisdizione esclusiva riguardante diritti (laddove non vi siano poteri), ha prodotto effetti dirimenti sui processi in corso, avviati in base alle originarie previsioni del d.lgs. 80/1998 innanzi al g.a. e riguardanti diritti soggettivi da affidarsi, a seguito della decisione del Giudice delle Leggi, al giudice ordinario in ragione dell'assenza, nella vicenda concreta, di una situazione di potere: l'attore originario correva infatti il concreto rischio di arresto del processo con una mera declinatoria di giurisdizione, in ragione dell'inapplicabilità (in caso di incostituzionalità del parametro normativo) della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c. e possibili effetti di estinzione della situazione sostanziale dedotta⁶⁷, laddove la stessa avesse dovuto essere azionata entro un breve termine di prescrizione o, più probabilmente, di decadenza.

A fronte di tale indubbia criticità sono state riprese le proposte per evitare una conclusione in rito del processo, muovendo sul piano sia di una (nuova) interpretazione del diritto vigente sia della prospettazione di un dubbio di costituzionalità del *diritto vivente* (che non consentiva la trasmigrazione), per violazione degli art. 3 e 24 cost.⁶⁸.

Sul primo piano si è mossa, audacemente, la Corte di Cassazione: la tesi tradizionale è stata infatti consapevolmente abbandonata⁶⁹ con la pronuncia delle Sezioni Unite, 22 febbraio 2007, n. 4109⁷⁰ la quale ha ritenuto che, in base al diritto vigente – ampiamente reinterpretato – dovesse operare la *translatio iudicii* in caso sia di pronuncia emessa dalla Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione o di ricorso ex art. 360 c.p.c. nr. 1 sia di declinatoria da parte del giudice di merito⁷¹.

La Corte Costituzionale, con la nota sentenza 12 marzo 2007, n. 77⁷², ha invece seguito un percorso opposto rispetto a quello della decisione della S.C. pubblicata appena qualche settimana prima, muovendo proprio dal fatto che, contrariamente a quanto affermato dalle S.U., non è corretta la premessa che manchi nell'ordinamento un divieto di *translatio* tra g.o. e giudice speciale⁷³. In ogni caso, il Giudice delle Leggi opportunamente distingue tra trasmigrazione del giudizio e conservazione degli effetti della domanda originariamente proposta innanzi al giudice carente di giurisdizione⁷⁴. Ebbene, il principio di incomunicabilità

62 Per un'ipotesi di decisione in sede di regolamento di giurisdizione – relativa al ricorrere di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva – in cui si è data (correttamente) rilevanza agli elementi addotti dal convenuto v. Cass., sez. Un., 19 aprile 2007, n. 9325, in *Corr. giur.*, 2007, 1534 con nota adesiva di Marzano, *Regolamento di giurisdizione: le Sezioni Unite mandano in soffitta il petitum sostanziale*, per la quale la moltiplicazione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva e la consistenza delle materie ad essa attribuite comportano che, in sede di regolamento di giurisdizione, fermo restando il criterio di riparto fondato sul binomio diritti-interessi, debba preliminarmente verificarsi l'eventuale appartenenza della controversia a materia di giurisdizione esclusiva, con la necessità, dettata dalla complessità nell'identificazione dei confini delle materie stesse (particolarmente, riguardo all'urbanistica, se si controverta su aspetti di gestione del territorio, se sia ravvisabile l'esercizio di poteri amministrativi o viceversa un comportamento senza potere, se il soggetto che se ne sia reso autore sia pubblico o a questo equiparato), di non limitarsi alle allegazioni dell'attore ma di apprezzare elementi probatori acquisiti al processo anche su iniziativa del convenuto, valutabili non già ai fini della decisione di merito ma ai soli effetti dell'identificazione del giudice munito di giurisdizione.

63 V. in particolare Oriani, *Sulla «translatio iudicii» dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro it.*, 2004, V, 9 ss., spec. 14 ritenendo applicabile anche al giudice di merito il meccanismo previsto dall'art. 382 c.p.c., nonché Oriani, *Ancora sulla translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale*, in *Corr. giur.*, 2004, 1187 ss., seguito da Cipriani, *Riparto di giurisdizione e «translatio iudicii»*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2005, 729 ss., spec. 740 (ma v. già Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 168 con riguardo alla possibilità di *translatio* dal g.a. al g.o. all'esito di regolamento di giurisdizione). Il seme della *translatio* si ritrova invero anche in uno scritto di Andrioli, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, cit., 1644 il quale, muovendo dalla parificazione attuata dalla Costituzione tra g.o. e g.a. sul piano processuale della tutela di situazioni soggettive (che ne costituiscono l'oggetto del processo), rileva che gli stessi non rappresentano mondi incommunicabili, con la conseguenza che l'art. 367 c.p.c., posto sullo stesso piano dell'art. 50 c.p.c., dovrebbe operare nel senso di consentire la trasmissione della causa dal giudice dei diritti a quello degli interessi e viceversa.

64 V. ad es. Cass., sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7039 per la quale il giudice ordinario che dichiara il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo non può disporre la rimessione delle parti davanti a detto giudice, con gli effetti ricopribili alla *translatio iudicii*.

65 Per un'ipotesi in cui l'impossibilità di applicare la disciplina della *translatio* aveva comportato il rigetto, per tardività dell'azione (in relazione al giudizio riproposto innanzi alla corretta giurisdizione), v. Cass., sez. I, 25 novembre 2003, n. 17934 che, con riguardo ad un'impugnativa contro cartella esattoriale riguardante sanzioni amministrative pecuniarie (per omessa notifica dei verbali) erroneamente proposta innanzi al giudice tributario, ha dichiarato inammissibile l'opposizione riproposta davanti al giudice ordinario, in quanto il termine di impugnazione era scaduto alla data dell'impugnazione davanti a tale giudice, non potendo aversi riguardo al termine della proposizione del ricorso alla commissione tributaria, dovendosi escludersi che «nel caso di specie si sia verificata alcuna «translatio iudicii» poiché questa presuppone necessariamente l'unicità della giurisdizione nel cui ambito il rapporto processuale viene considerato regolarmente costituito sia pure innanzi al giudice incompetente con la conseguenza che, una volta riassunta la causa davanti a quello competente, risultano salvi tutti gli atti in precedenza proposti. Nel caso invece di domanda proposta innanzi ad un giudice privo di giurisdizione nessuna possibilità di riassunzione dinanzi al giudice avente tale giurisdizione è possibile, ad eccezione della ipotesi di regolamento preventivo di giurisdizione, con la conseguenza che nessuna salvezza degli atti in precedenza effettuati è possibile»; v. anche Cass., sez. I, 23 marzo 2000, n. 3473 per la quale, in relazione ad un giudizio erroneamente introdotto innanzi al TAR e poi riproposto davanti al g.o. quando era già maturato il termine di decadenza, «l'addizione, ove pur tempestiva, di un giudice sfornito non già della «competenza» (intesa come porzione di giurisdizione spettante in concreto a ciascun giudice rispetto ad una determinata controversia) bensì della stessa «potestà giurisdizionale» (vista come capacità di attuazione del diritto sostanziale spettante ad un ordine giurisdizionale) non vale ad assicurare il rispetto del termine decadenziale per la proposizione dell'azione, poiché il primo procedimento, attivato innanzi ad autorità priva (in materia) della potestà iudicandi, non può in alcun modo confluire nel giudizio successivamente instaurato davanti ad un organo appartenente ad un diverso ordine giurisdizionale. Gli effetti conservativi del termine decadenziale sono, in altre parole, in funzione della *translatio iudicii*, che consente di configurare la riassunzione davanti al giudice competente come prosecuzione del rapporto processuale precedentemente instaurato davanti al giudice incompetente, con ciò appunto valorizzando l'iniziale atto introduttivo cui il rapporto sulla sua unitarietà, quindi, si ricollega ed è evidente che una tale ricollegazione – segmenti processuali può avvenire solo in quanto l'organo erroneamente per primo adito, sia a sua volta titolare della potestà iudicandi ed interno al medesimo ordine giurisdizionale».

66 Si pensi alle opposizioni a sanzioni amministrative da introdursi nel termine di decadenza di 30 giorni.

67 Per simili considerazioni v. per tutti Acone, *Giurisdizione e translatio iudicii...aspettando Godot*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1591 ss., spec. 1594 s. e Consolo, De Cristofaro, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.*, 2007, 745 ss., spec. 745.

68 Dubbio sollevato da T.A.R. Liguria, ord. 21 novembre 2005, n. 148.

69 La parte argomentativa della pronuncia si apre con l'onesto riconoscimento, accompagnato dalla indicazione dei relativi precedenti, che costituiva *ius receptum* che «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».

70 Pubblicata ad esempio in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1577, con nota di Acone, *Giurisdizione e translatio iudicii...aspettando Godot*, in *Foro it.*, 2007, 1009 con nota di Oriani. È possibile la «translatio iudicii» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale.

71 Ritengono le S.U., dopo aver preso atto del pregresso costante orientamento contrario e di opinioni opposte espresse in dottrina, 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 dalla dottrina, «sussistono le condizioni per 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». La Corte quindi, pur trincerandosi dietro a non meglio precisate modifiche normative (la Corte si rievocasse forse all'affermarsi del criterio di riparto per materia – peraltro fortemente ridimensionato proprio dalla decisione del Giudice delle Leggi – e non più per situazione soggettiva), è ben conscia di dar luogo, con un intervento sostanzialmente innovativo, all'ingresso della *translatio* tra giurisdizioni. Tale interpretazione consentirebbe inoltre di dare un più chiaro significato all'art. 382 nella parte in cui stabilisce che la Corte, con la statuizione sulla giurisdizione, debba indicare l'ufficio giudiziario competente. Se infatti la pronuncia dovesse essere sempre di cassazione senza rinvio, non avrebbe senso l'indicazione anche del giudice competente. Neppure ostacoli si rinvengono nell'art. 386 c.p.c. che prevede che la sentenza sulla giurisdizione, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto; tale norma appare piuttosto conferma del fatto che la prosecuzione è ammissibile. Ed ancora, anche l'art. 367, comma 2, c.p.c. – che consente la riassunzione nel caso in cui la Corte, in sede di regolamento, confermi la giurisdizione del g.o. – deve essere riletto nel contesto in cui il regolamento di giurisdizione è proponibile davanti sia al g.a. sia al giudice tributario, con la conseguenza che, proposto il regolamento nel giudizio pendente innanzi al giudice speciale e ritenuta dalla Cassazione la giurisdizione del g.o., diventa perciò ammissibile, in applicazione proprio dell'art. 367 c.p.c., disporre la riassunzione del processo avanti il g.o. A tali argomentazioni esegetiche la Corte aggiunge considerazione di carattere funzionale relative al fatto che la trasmigrazione consente di continuare il processo innanzi al giudice effettivamente munito di giurisdizione per dar luogo ad una pronuncia di merito che concluda la controversia «realizzando in modo più sollecito ed efficiente quel servizio giustizia costituzionalmente rilevante». Infine, le S.U. precisano che la *translatio* è possibile anche nel caso di declinare del giudice di merito, che abbia declinato la giurisdizione, anche se tale sentenza non vincolerà il giudice a quo, il quale ben potrà a sua volta senzare la potestas iudicandi, con conseguente conflitto negativo di giurisdizione e possibilità di proporre ricorso alla S.C. ex art. 362, comma 2, c.p.c.

72 Pubblicata, insieme a quella delle S.U., ad es. in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1577 e in *Foro it.*, 2007, 1009 con le già citate note.

73 Evidenzia la Corte che l'espreso riferimento dell'art. 50 c.p.c. alla sola competenza «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'assoluta essenzialità delle norme del c.p.c., un espresivo divieto di applicare alla giurisdizione le norme sulla competenza. Ancora, la possibilità di ricorrere al conflitto ex art. 362 c.p.c. è ammessa dalla norma «in ogni tempo» il che pare incompatibile con l'esigenza di salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria, purché che – aggiungiamo noi – anche a tutela dell'altra parte che tali effetti subisce, non può essere rimessa ad un'iniziativa affidata all'esclusivo arbitrio dell'attore ad anni di distanza dalla duplice declinatoria: anche Acone, *Giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 1604 riconosce che la pendenza *sine die* del processo in uno stato di quiescenza sarebbe in insanabile contrasto con i principi del giusto processo.

74 «La trasmigrazione del processo è strumento necessario, ma non sufficiente perché il giudice ad quem possa giudicare della domanda dinanzi a lui

tra giurisdizioni appare alla Corte incompatibile con fondamentali valori costituzionali, ed in particolare con il principio di effettività della tutela delle situazioni soggettive espresso negli artt. 24 e 111 cost.: la pluralità di giurisdizioni – aventi l'unica funzione di tutelare (in maniera maggiormente adeguata) chi chiede giustizia – non può risolversi in una vanificazione della tutela e in un pregiudizio irraggiungibile al merito della controversia. Come la disciplina in tema competenza, volta a salvaguardare il principio del giudice naturale e l'idoneità (valutata dal legislatore) del giudice competente a rendere una decisione migliore, non sacrifica mai il diritto delle parti ad ottenere una risposta sul bene della vita oggetto di lite, così «al medesimo principio gli artt. 24 e 111 Cost. impongono che si ispiri la disciplina di rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi, allorché una causa, instaurata presso un giudice, debba essere decisa, a seguito di declinatoria di giurisdizione, da altro giudice». Di conseguenza, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 l. TAR nella parte in cui non prevede la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito, a seguito di declinatoria, davanti al giudice munito di giurisdizione⁷⁵. Il Giudice delle Leggi si ferma qui, riconoscendo che spetta al legislatore ordinario disciplinare nel modo ritenuto più opportuno il meccanismo della riassunzione (forma, termini, notifica, etc.), adottando una scelta di fondo a lui soltanto demandata, nonché mantenere in vita il principio per il quale ogni giudice è giudice della propria giurisdizione oppure adottare l'opposto principio seguito, per la competenza (territoriale semplice e per valore), dall'art. 44 c.p.c.

A seguito della pronuncia di incostituzionalità gli interpreti hanno provato a riempire il vuoto (come si vedrà, solo provvisoriamente) creato dalla Corte in relazione alle modalità (citazione⁷⁶ o comparsa di riassunzione), e termini per la riassunzione, ricorrendo alle norme allora vigenti e distinguendo tra riassunzione a seguito di pronuncia della S.C. in sede di ricorso per cassazione (con proposta di applicazione dell'art. 392 c.p.c. e termine, allora di, 1 anno⁷⁷) e di regolamento di giurisdizione (367, comma 2, c.p.c. con termine, allora, di 6 mesi) o di declinatoria del giudice di merito (ancora una volta 367, comma 2 o art. 50 c.p.c.)⁷⁸. Inoltre, è stato affrontato il tema dell'eventuale vincolo del giudice *ad quem* in relazione alle indicazioni provenienti dal giudice *a quo* (diverso ovviamente dalla S.C.): si è ipotizzato così di applicare le norme sul conflitto negativo ex art. 362 c.p.c.⁷⁹ o l'applicazione analogica dell'art. 45 c.p.c. con conseguente "proponibilità" del regolamento d'ufficio⁸⁰.

Il legislatore è intervenuto, per una volta, piuttosto tempestivamente sulla questione, nell'ambito dell'ennesima riforma del processo civile, attraverso l'art. 59 l. 69/2009⁸¹; norma che non ha novellato alcuna

riassunta come se essa fosse stata proposta davanti a lui nel momento in cui lo fu al giudice privo di giurisdizione». Nel senso invece che non vi sarebbe distinzione di piani perché la logica della riassunzione è quella di far proseguire un processo già pendente e così mantenere gli effetti processuali e sostanziali della domanda v. Oriani, È possibile la «traslatio iudicii», cit., 1020 che precisa che, una volta ammessa la trasmissio, non vi dovrebbe essere bisogno di una disposizione espressa che faccia salvi gli effetti della domanda (e non c'è nemmeno nell'art. 50 c.p.c.); così anche Acone, *Giurisdizione e traslatio iudicii*, cit., 1602 e Consolo, De Cristofaro, *Evoluzioni processuali*, cit., 746 per i quali la *traslatio* in tanto ha un senso in quanto porti con sé l'identità del rapporto processuale e la salvezza degli effetti della domanda.

75 Si è peraltro osservato (Ricci E.F., *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) traslatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 693 ss., spec. 701 s.) che la *salvezza* degli originari effetti della domanda (proposta al giudice erroneo) potrebbe non essere utile (perché tali effetti sono irrilevanti innanzi al giudice *ad quem*), sicché dovrebbe ipotizzarsi una produzione retroattiva (alla prima domanda) degli effetti tipici dell'atto introduttivo innanzi al giudice *ad quem*.

76 Propende per la citazione (o meglio, per la forma dell'atto introduttivo) chi ha ritenuto che non di vera *traslatio* si dovesse parlare (in ragione del fatto che dopo la declinatoria il processo non rivedrebbe più) ma di necessità di avviare un nuovo processo (così ad es., Ricci E.F., *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) traslatio iudicii*, cit., 698).

77 Così Oriani, È possibile la «traslatio iudicii», cit., 1023. In senso contrario Ricci E.F., *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) traslatio iudicii*, cit., 705 che evidenzia come non ricorra un'ipotesi di giudizio di rinvio di cui all'art. 392 c.p.c.; così anche Consolo, De Cristofaro, *Evoluzioni processuali*, cit., 748.

78 Per le diverse proposte interpretative, che oggi hanno solo rilievo storico, v. ad es., Oriani, È possibile la «traslatio iudicii», cit., 1023 s., nonché Acone, *Giurisdizione e traslatio iudicii*, cit., 1604 ss. Per l'applicazione analogica dell'art. 50 c.p.c. per quanto riguarda il termine Ricci E.F., *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) traslatio iudicii*, cit., 704; v. anche Consolo, De Cristofaro, *Evoluzioni processuali*, cit., 748 nonché, in giurisprudenza, Cass., sez. trib., 31 maggio 2017, n. 13734.

79 Così Oriani, È possibile la «traslatio iudicii», cit., 1024.

80 Aderiscono a questa seconda opzione Acone, *Giurisdizione e traslatio iudicii*, cit., 1605 s. e Consolo, De Cristofaro, *Evoluzioni processuali*, cit., 748.

81 Sul quale si veda ad es. il commento a prima lettura di Ricci E.F., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusioni di idee*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1537 ss.; Consolo, *La traslatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1267 ss.; e Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (legge 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1295 ss. Cf. anche C. Rizza, *La novità in materia di giurisdizione e competenza*, in Punzi (a cura di), *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, 23 ss.; Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, in Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, 252 ss.; Ruffini, *Difetto di giurisdizione e traslatio iudicii fra confusione del legislatore ed equivoci degli interpreti*, in *Giur. it.*, 2013, 214 ss.; Trisorio Luzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009 n. 69*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1216 ss.; Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice nella l. n. 69 del 2009*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1191 ss.; Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, in Consolo, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2010, vol. III, *sub art.* 59 l. 69/2009, 2305 ss.; Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni dell'ordinamento nazionale*, in *Dir. prat. trib.*,

disposizione del c.p.c.⁸² o delle (allora) vigenti leggi sul processo amministrativo, contabile o tributario ma che ovviamente vale per tutte le giurisdizioni speciali⁸³, salvo specifiche norme (ad es., 11 c.p.a. e 17 cod. giust. cont.) previste nelle leggi processuali.

Il primo comma innanzi tutto impone al giudice ordinario o speciale di indicare, nel momento in cui declina la giurisdizione, il giudice nazionale – se esistente – che ritiene munito di giurisdizione. È chiaro quindi che tale indicazione non vi sarà nei casi in cui il difetto sia dichiarato per ragioni di ordine internazionale o per la sussistenza di altri poteri/improponibilità assoluta nei confronti della p.a.⁸⁴

Ancora, al primo comma viene ribadito il principio che solo la statuizione sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite è vincolante per il giudice e per le parti anche in altro processo, cioè anche in ipotesi in cui il processo non sia riassunto nel termine di 3 mesi⁸⁵; si tratta della c.d. efficacia panprocessuale delle pronunce della S.C. sulla giurisdizione⁸⁶ di cui si dirà meglio *infra*.

Il secondo comma prevede il termine perentorio di 3 mesi (dal passaggio in giudicato della declinatoria⁸⁷) per la prosecuzione del processo tramite riproposizione della domanda innanzi al giudice indicato quale munito di giurisdizione: tale prosecuzione (tempestiva) determina un vincolo per le parti all'indicazione del giudice e la salvezza (*recte*, retrodatazione) degli effetti sostanziali e processuali (e quindi anche la litispendenza in senso stretto⁸⁸) che la domanda avrebbe prodotto se il giudice *ad quem* fosse stato adito sin dall'instaurazione dell'originario processo, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute.

Ci si è chiesti peraltro se, nel prevedere che la domanda sia *riproposta*, il legislatore abbia inteso contemplare l'avvio di un nuovo procedimento (con produzione retroattiva degli effetti della domanda proposta innanzi al giudice *ad quem*)⁸⁹ o piuttosto impropriamente riferirsi ad una forma di riassunzione, con prosecuzione del medesimo rapporto processuale⁹⁰.

2010, 121 ss.

82 Secondo Cipriani, *La traslatio tra giurisdizioni italiane*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro it.*, 2009, V, 249 ss., spec. 251 la norma avrebbe dovuto più opportunamente essere inserita nel c.p.c.

83 La scelta mi pare in fondo corretta regolando i comportamenti di tutti i giudici (ordinari e speciali), così anche Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 256, testo e nt. 33, nonché Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2309. L'art. 59 indica, oltre ai giudici civili, amministrativi, contabili, tributari, anche la generica (e indeterminata) categoria di quelli speciali: per tale rilievo Sandulli P., *La traslatio secondo la l. n. 69/2009*, cit., 729, nt. 8.

84 *Ex multis*, Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 124 s.

85 La norma non risulta peraltro coordinata con l'art. 374 c.p.c. che consente la pronuncia sulla giurisdizione anche alle sezioni semplici, se sulla questione di giurisdizione proposta si sono già pronunciate le sezioni unite. Si potrebbe ipotizzare quindi, con una forzatura del testo (e assumendo un legislatore in qualche modo *distratto*, il che non è inverosimile, anche se la distrazione si è ripetuta con l'art. 11 c.p.a.), che il vincolo discenda, non solo dalla pronuncia delle S.U., ma anche da quello delle sezioni semplici investite di un ricorso ex art. 360 (e 362 c.p.c. – in tal senso, Sandulli P., *La traslatio secondo la l. n. 69/2009*, cit., 729 s.; v. anche Consolo, *Traslatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza sconcertata del nuovo "Codice della giustizia amministrativa*, in *Corr. giur.*, 2010, 758 ss., spec. 763 testo e nt. 12; Trisorio Luzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009 n. 69*, cit., 1223; Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 126; Mandrioli C., *Carata, Diritto processuale civile*, I, cit., 257). In senso opposto Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1303 che ritiene preferibile un'interpretazione letterale (cf. anche Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 258).

86 Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 125 s.

87 È rimasto invece fermo a 6 mesi il termine di riassunzione innanzi al g.o. di cui all'art. 367 c.p.c. per il caso in cui la statuizione sulla giurisdizione provenga dalla S.C., adita tramite regolamento di giurisdizione ex art. 41 c.p.c.; così anche Sandulli P., *La traslatio secondo la l. n. 69/2009*, cit., 732, nt. 21 e Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1196; Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 127. V. però Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1306 che ritiene che le due norme prevedano fattispecie diverse: l'art. 367 c.p.c. riguarda l'ipotesi in cui la Corte afferma la giurisdizione del giudice (civile) adito, l'art. 59 si applica invece in caso di declinatoria (a questo punto, se ben si interpreta il pensiero dell'a., anche nel caso in cui la stessa provenga dalle S.U. adite con il regolamento di giurisdizione). Cf. anche Verde G., *Diritto processuale civile*, I, cit., 42 per il quale l'art. 59 assorbirebbe l'art. 367, comma 2, c.p.c.; Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2311 s. ritiene l'art. 367 c.p.c. applicabile con riguardo ad ogni pronuncia in sede di regolamento, mentre l'art. 392 c.p.c. per la riassunzione successiva a pronuncia della Cassazione a seguito di ricorso ex art. 360 nr. 1 c.p.c. Secondo Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., sull'art. 392 c.p.c. dovrebbe prevalere l'art. 59.

88 Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 131.

89 Così ad esempio Ricci E.F., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1539, 1541 che evidenzia anche come il processo innanzi al giudice *a quo* può considerarsi finito con la declinatoria e ritiene che l'estinzione del processo in caso di tardiva riassunzione sia frutto di un errore di memoria del legislatore o di una «piramidale (ed in qualche misura anche comica) confusione di idee»; v. anche Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1300, nonché Battaglia, *Riparto di giurisdizione e traslatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 81 ss., spec. 95 che ritiene preferibile tale ricostruzione al fine di evitare una biforcazione del medesimo processo in caso di contestuale impugnativa della declinatoria e riassunzione del giudizio innanzi al giudice *ad quem*.

90 In quest'ultimo senso Consolo, *La traslatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1268; v. anche Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento alla l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 749 ss., spec. 759 s. e Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 257, in ragione della disciplina prevista dal legislatore (vincolo delle parti sulla questione, mantenimento delle preclusioni e estinzione del processo) che si spiega solo ipotizzando una vera e propria riassunzione/prosecuzione (v. però Menchini, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e traslatio: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, 217 ss., 223 che riconosce che la disposizione dell'art. 11 c.p.a. parla in modo univoco di riproposizione, facendo intendere che si tratta della proposizione di un nuovo giudizio); cf. pure Trisorio Luzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009 n. 69*, cit., 1220; Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2318 s.; Gioia, *La decisione sulla questione di diritto processuale civile. Parte generale*, Pisa, 2017, 160 e Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1203 che conseguentemente ritiene non necessaria una nuova procura per la riassunzione che potrà essere notificata ex art. 170 c.p.c. e potrà essere compiuta da entrambe le parti.

È poi stata prospettata una tesi intermedia che evidenzia come in caso di statuizione della S.C a seguito di regolamento ex art. 41 c.p.c. e declinatoria passata in giudicato il processo originario deve considerarsi chiuso, sicché la parte potrà riproporre la domanda, introducendo un nuovo giudizio (con ciò salvando gli effetti sostanziali e processuali della domanda)⁹¹; al contrario, in caso in cui la declinatoria non sia ancora passata in giudicato, si dovrebbe ricorrere allo schema di una vera riassunzione (anche se, nel caso in cui la stessa provenga dalla parte soccombente sulla giurisdizione, si verificherebbe acquiescenza alla declinatoria e perciò suo contestuale passaggio in giudicato)⁹². Sempre nel tentativo di reperire un significato proprio al lessico utilizzato dal legislatore, si è proposto di distinguere tra *riassunzione*, da effettuarsi nel termine perentorio assegnato dal giudice *a quo* nella sentenza declinatoria⁹³, con conseguente estinzione ex art. 307 c.p.c. in caso di omessa tempestiva riassunzione, e *riproposizione* che, se effettuata entro il termine di 3 mesi dal passaggio in giudicato della declinatoria (con già consumata estinzione del primo processo a seguito di omessa tempestiva riassunzione nel termine fissato dalla declinatoria), consente semplicemente la retrodatazione alla prima domanda degli effetti sostanziali e processuali della seconda domanda⁹⁴.

Con riguardo all'infelice scelta terminologica (proposizione/riassunzione), si è però sostenuto che la scelta non sia stata casuale, avendo il legislatore tenuto in considerazione l'ipotesi che, in ragione dell'eventuale diverso ambiente processuale della giurisdizione riconosciuta rispetto a quella declinata (tipicamente, g.o. nei rapporti con la g.a., con riguardo alle tutele proponibili nei confronti della p.a.), sia necessaria una modifica dell'originaria domanda per adattarla ai poteri del giudice *ad quem*⁹⁵; al contrario, nell'ipotesi in cui l'ambiente processuale sia omogeneo, sarebbe sufficiente una mera riassunzione (con richiamo al precedente atto introduttivo)⁹⁶. Vero è che la promiscuità di utilizzo dei termini non consente di assumere una scelta consapevole da parte del legislatore: chi scrive ritiene più aderente alla lettera dell'art. 59 e alla sua disciplina la tesi della prosecuzione del medesimo giudizio, purché la domanda sia coltivata nel termine di 3 mesi dal passaggio in giudicato della declinatoria.

Problematico è anche il decorso del termine perentorio di 3 mesi dalla declinatoria: la lettura più plausibile mi pare essere quella che considera tale termine come quello finale e consente alla parte di proseguire immediatamente il giudizio davanti al giudice *a quo*⁹⁷, senza dover attendere il passaggio in giudicato della sentenza⁹⁸, fermo restando che, in caso di impugnazione e successiva riforma della declinatoria (consolidatasi

In giurisprudenza, Cass., sez. Un., 22 novembre 2010, n. 23596 per la quale la riproposizione della domanda, se tempestiva, costituisce certamente una riassunzione, come emerge dal comma 4 dell'art. 59 (che comporta, in caso di tardiva riassunzione, l'estinzione del rapporto processuale).

91 Così Verde G., *Diritto processuale civile*, I, cit., 42 s. che rileva che dal fatto che inizi un nuovo processo discende che restano ferme le preclusioni intervenute nel corso del processo chiuso, si degradano le prove raccolte innanzi al giudice *a quo* e il secondo giudice potrebbe declinare la giurisdizione ma non potrebbe proporre regolamento di giurisdizione, come si desumerebbe dal terzo comma dell'art. 59 che l'ammette nel processo riassunto.

92 Nel processo riassunto le prove raccolte conservano la loro efficacia, le parti possono essere rimesse in termini e il secondo giudice può investire le S.U. della questione di giurisdizione: Verde G., *Diritto processuale civile*, I, cit., 43 che pur riconosce la difficoltà di coordinare l'estinzione per mancata riassunzione prevista dal quarto comma.

93 Osserva Verde G., *Ancora sulla pendenza del procedimento arbitrare*, in *Riv. arb.*, 2010, 219 ss., spec. 220 che la fissazione di un termine perentorio per la riassunzione urterebbe contro l'art. 152, comma 1, c.p.c.

94 Ruffini, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, 217. In senso contrario si è opposto che a tale interpretazione osta il dato positivo: l'art. 59 fa riferimento ad un unico termine decorrente dal passaggio in giudicato, senza autorizzare il giudice *a quo* alla fissazione di un termine diverso ed anteriore per la riassunzione (così Consolo, *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, in Sassani, Villata R., *Il codice del processo amministrativo*, cit., 317 ss., spec. 335).

95 Osserva Consolo, *Translatio, regolamento, ragionevole durata e disciplina (anch'essa ragionevole) delle "liti" sulla giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2011, 351 ss., spec. 355 che domanda riproposta potrebbe significare solo *editio actionis* rimodellata in ragione delle peculiari esigenze della giurisdizione *ad quem*; v. anche Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 260. Per riflessioni in ordine alla necessità di riformulare la domanda a seguito di translatio in ambiente processuale diverso da quello di origine, v. Tropea, *La translatio iudicii si "schiede", ma l'abuso "per omissione" di attività processuale paralizza la pretesa risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1416 ss., spec. 1423 s., nonché Orofino, *Translatio iudicii e modifica della domanda innanzi al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 44 ss.

96 Così, con riguardo alla trasmigrazione di un procedimento dal T.A.R. al T.S.A.P. Cass., sez. Un., 21 aprile 2011, n. 9130 ha ritenuto ricorrere un'ipotesi di mera riassunzione (e non di riproposizione), attesa l'omogeneità delle tutele esperibili, sicché ha cassato la pronuncia del T.S.A.P. che aveva dichiarato inammissibile l'atto di riassunzione che non conteneva tutti gli elementi previsti per il giudizio innanzi a tale giurisdizione (ed in particolare, l'indicazione dei fatti di causa, richiamati dal ricorrente attraverso un rinvio all'originario ricorso innanzi al giudice amministrativo).

97 Cass., sez. Un., 25 novembre 2011, n. 24904 che precisa anche che il passaggio in giudicato della decisione non condiziona neppure il potere del giudice *ad quem* di sollevare il conflitto a mente del terzo comma dell'art. 59, nonché Cass., sez. Un., 22 novembre 2010, n. 23596 per il quale il passaggio in giudicato non delimita il termine iniziale per la riassunzione, ma solo il termine finale. V., in dottrina, Rizza, *Le novità in materia di giurisdizione e competenza*, cit., 34; Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., 763; Trisiro Liuzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009*, n. 69, cit., 1219; Gioia, art. 59 l. 69/2009, cit., 2322; Consolo, *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, cit., 339 testo e nt. 55.

98 Ritiene invece preferibile attendere il passaggio in giudicato della declinatoria, al fine di evitare la pendenza contemporanea del medesimo processo davanti a due giudici, con il rischio che, in caso di riforma della declinatoria con rinvio della causa al primo giudice, le attività compiute nel processo riassunto vengano travolte Marino, *Le sezioni unite ancora sui rapporti tra translatio iudicii e regolamento di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2011, 969

con il passaggio in giudicato della statuizione della giurisdizione), gli atti e gli effetti del processo (erroneamente) proseguito davanti ad altro giudice verranno meno in virtù del principio sottostante all'art. 336, comma 2, c.p.c. in tema di effetto espansivo. Va segnalato peraltro che la Corte di cassazione ha reagito a tale disposizione, ritenendo che la prosecuzione del processo innanzi al giudice *ad quem* da parte dell'attore che si sia visto declinare la giurisdizione equivalga a rinuncia all'impugnazione della declinatoria (o meglio, acquiescenza⁹⁹), con formazione del giudicato (formale?) implicito sulla giurisdizione¹⁰⁰. Rimane comunque aperta (anche se improbabile, ma comunque ammissibile¹⁰¹) l'ipotesi che sia piuttosto il convenuto (o altro attore o terzo) a proseguire l'originario giudizio, pendente l'impugnazione della declinatoria da parte dell'attore o ancora, che in caso di rilievo officioso, sia invece il convenuto ad impugnare (avendovi interesse¹⁰²), con conseguente necessità di coordinamento dei due procedimenti. Al riguardo, si è proposta l'applicazione analogica della sospensione del processo *ad quem*, variamente invocando l'art. 48 c.p.c.¹⁰³, l'art. 295 c.p.c.¹⁰⁴, l'art. 337, comma 2¹⁰⁵, o l'art. 367, comma 1, c.p.c.¹⁰⁶.

In caso di omessa sospensione¹⁰⁷, e conferma della giurisdizione del primo giudice, il secondo giudizio, riassunto innanzi al giudice inizialmente (ed erroneamente) indicato come competente, dovrà chiudersi con una pronuncia in rito per carenza di giurisdizione (senza ovviamente indicazione di altro giudice)¹⁰⁸, mentre dovrà farsi ricorso ad un'applicazione analogica dell'art. 336 c.p.c. (effetto espansivo della sentenza di riforma/cassazione) per il caso in cui il secondo processo si sia chiuso con una sentenza (i cui effetti devono essere travolti ove cada il presupposto – la declinatoria del primo giudice – sulla quale si fonda la pronuncia di merito del secondo).

La norma, come visto, prevede poi un vincolo alla giurisdizione in capo alle parti derivante dal passaggio in giudicato della declinatoria: il terzo comma si occupa invece degli effetti della sentenza nei confronti del giudice *a quo*: nel bilanciamento tra principio della *Kompetenz Kompetenz* (per il quale ciascun giudice è giudice della propria competenza, in questo caso giurisdizione) e ragionevole durata, l'art. 59, comma 3, attribuisce al giudice *ad quem* – e non alle parti¹⁰⁹ – il quale dubiti della propria giurisdizione (ritenendo quindi

ss., spec. 975. V. anche Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 128 s.

99 Nel senso che la riassunzione da parte dell'attore soccombente sulla giurisdizione comporti acquiescenza alla sentenza, con passaggio in giudicato della stessa, Verde G., *Diritto processuale civile*, I, cit., 43 nonché Godio, *Riassunzione post translatio e impugnazione della declinatoria di giurisdizione: un'inammissibile "doppia ipoteziatura"*, in *Corr. giur.*, 2016, 108 ss., spec. 111 che ritiene che, in caso di impugnazione seguita poi dalla riassunzione sia possibile configurare l'inammissibilità per sopravvenuto difetto di interesse; Trisiro Liuzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009*, n. 69, cit., 1221 s.; Consolo, *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, cit., 340. In senso opposto Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1194 s. che richiama quanto comunemente ritenuto con riguardo alla riassunzione successiva alla declinatoria di incompetenza.

100 Cass., sez. Un., 18 novembre 2015, n. 23539 in *Corr. giur.*, 2016, 106: «la parte, che ha deciso di avvalersi della possibilità di proseguire il processo innanzi al giudice ritenuto (da quello originariamente adito) munito di giurisdizione, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda già proposta, ha mostrato, inequivocamente, di preferire una pronuncia nel merito, con conseguente implicita rinuncia all'impugnazione della declinatoria ancora astrattamente ammissibile (o implicito abbandono di quella eventualmente già proposta)». Ancora una volta la Corte ricorre a dubbi argomenti sistemati relativi al ridimensionamento del ruolo della giurisdizione come presupposto processuale alla luce della garanzia della ragionevole durata e alla necessità di impedire condotte processuali che duplichino l'impiego di risorse attraverso la prosecuzione del giudizio innanzi al giudice *ad quem* e la parallela impugnazione della sentenza sulla giurisdizione.

101 In senso contrario Cipriani, *La translatio tra giurisdizioni italiane*, cit., 252 che ritiene che a riassumere il giudizio, riproponendo la domanda, possa essere solo l'attore. L'assunto non mi sembra convincente, tanto più laddove si ritenga che il giudizio prosegua innanzi al giudice *ad quem* e che quindi ci si trovi nell'ambito di un'unitaria litispendenza, rispetto alla quale anche il convenuto potrebbe aver interesse alla riassunzione per ottenere una decisione di merito che impedisca la riproposizione della domanda, o anche solo il venir meno del vincolo per le parti all'indicazione del giudice munito di giurisdizione, di cui al secondo comma dell'art. 59. Certamente si tratta di evenienza singolare, perché implicherebbe (come osserva acutamente Ricci E.F., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1542 s.) un'iniziativa del convenuto volta a produrre retroattivamente, ad esclusivo beneficio dell'attore, gli effetti della domanda riproposta.

102 Lo ammette, condivisibilmente, Godio, *Riassunzione post translatio*, cit., 112. V. anche Manzo, *Translatio iudicii ed effetto vincolante della declinatoria di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1306 ss., spec. 1313 s.

103 Lo ipotizza Cipriani, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 251 s. salvo immediatamente riconoscere che si tratta di norma eccezionale (il che, a mio avviso, osta alla sua applicazione analogica).

104 Così Auletta F., *Decisione sulla questione di giurisdizione e discipline transitorie*, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 103 ss., spec. 113 seguito da Sandulli, *La translatio secondo la l. n. 69/2009*, cit., 731 e Gioia, art. 59 l. 69/2009, cit., 2322 s.

105 Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1195.

106 Propone tale applicazione analogica, con conseguente sospensione facoltativa, Consolo, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione*, cit., 762, nonché Consolo, *Translatio, regolamento*, cit., 357, nt. 17; Consolo, *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, cit., 341.

107 Si veda Trisiro Liuzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009*, n. 69, cit., 1221 che non ritiene applicabile analogicamente l'art. 48 c.p.c., atteso il carattere eccezionale della stessa, cosicché i due giudizi dovranno proseguire il loro corso, senza possibilità che uno si fermi in attesa dell'altro.

108 Così anche Consolo, *Translatio, regolamento*, cit., 358.

109 Il potere delle parti di sollevare regolamento di giurisdizione ex art. 41 c.p.c. è stato ritenuto, dalla S.C., precluso, nonostante l'art. 59 faccia valere le norme proprie sul predetto regolamento: la pronuncia declinatoria viene, come noto, equiparata, nell'interpretazione ormai costante dell'art. 41 c.p.c., a decisione di merito: così ad es., Cass., sez. Un., 4 marzo 2016, n. 4249 che ha rilevato che «il regolamento preventivo di giurisdizione proponibile dopo che il giudice di merito di primo grado abbia emesso una sentenza, anche soltanto, come nel caso di specie, limitata alla giurisdizione, in quanto soggetta al rimedio dell'appello. Tale regola è rimasta ferma anche a seguito dell'entrata in vigore della l. 18 giugno 2009, n. 69, art. 59,

ad esempio erronea la qualificazione della situazione sostanziale data dal primo giudice¹¹⁰ o assistente/insussistente un'ipotesi di giurisdizione esclusiva), al riguardo¹¹¹, il potere di sollevare d'ufficio, con ordinanza, la questione di giurisdizione davanti alle S.U., però soltanto fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito¹¹². Ciò sarà possibile nel caso in cui le S.U. non si siano già pronunciate e la declinatoria non sia stata impugnata dalle parti¹¹³. In difetto, il giudice *ad quem* sarà vincolato dall'indicazione proveniente dal giudice che ha declinato la giurisdizione in suo favore e non dovrebbe quindi poter declinare la propria *potestas iudicandi*¹¹⁴. Peraltro, nell'ipotesi in cui ciò sia comunque avvenuto, la Corte di cassazione ha in ogni caso ritenuto esperibile il conflitto ex art. 362 c.p.c.¹¹⁵: la soluzione sembra però contrastare con il vincolo all'indicazione del giudice *a quo* che pare avvincere anche il giudice *ad quem* nel caso in cui non abbia sollevato il conflitto innanzi alle S.U. entro la prima udienza.

In caso di "prosecuzione", *recte* riproposizione della domanda, oltre il termine di 3 mesi non vi sarà alcun vincolo, neppure per le parti, con la conseguenza che il giudice non potrà invece sollevare il conflitto di giurisdizione d'ufficio¹¹⁶.

Non vi è chi non veda poi la contraddizione terminologica tra la *salvezza* di effetti (che presupporrebbe che tali effetti si siano già prodotti e vengano conservati) e il riferimento di quegli stessi effetti (ipoteticamente fatti salvi) alla domanda (ri)proposta davanti al secondo giudice munito di giurisdizione: il legislatore prevede,

che ha disciplinato la *translatio iudicii*, risultandone anzi da quest'ultima rafforzata, sia perché le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione sono rimaste immutate in virtù del suddetto art. 59, comma 3, u.p., sia perché, anche nel nuovo sistema processuale, in materia di giurisdizione il legislatore ha inteso conservare la natura non impugnatoria del rimedio del regolamento preventivo, la cui funzione continua ad essere proprio quella di prevenire decisioni impugnabili o possibili conflitti reali di giurisdizione» (v. anche Cass., sez. Un., 26 aprile 2017, n. 10230; Cass., sez. Un., 7 luglio 2011, n. 14960; Cass., sez. Un., 22 novembre 2010, n. 23596; Cass., sez. Un., 8 febbraio 2010, n. 2716; Cass., sez. Un., 18 giugno 2010, n. 14828, in *Corr. giur.*, 2011, 967). L'auspicio della dottrina (Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1270; Consolo, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione*, cit., 759 ss.; Ruffini, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 218; Manzo, *Translatio iudicii ed effetto vincolante della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1315; in senso opposto, Cipriani, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 253) ad una rivisitazione della propria giurisprudenza (a partire da Cass., sez. Un., 22 marzo 1996, n. 2466, in *Foro it.*, 1996, 1, 1635, con nota adesiva di Cipriani. *Le Sezioni Unite riscrivono l'art. 41 c.p.c. e sopprimono (o quasi) il regolamento di giurisdizione*) in ordine alla ricompressione di una sentenza di rito tra le ipotesi in cui la causa è decisa nel merito in primo grado non è stato accolto. La S.C. ha però riconosciuto la probabilità del regolamento, allorché il processo sia stato riprodotto oltre il termine di tre mesi, con conseguente venir meno del vincolo alla precedente declinatoria: così Cass., sez. Un., 3 novembre 2017, n. 26155. Si veda anche Verde G., *Diritto processuale civile*, I., cit., 42 che osserva che le ragioni di inammissibilità del regolamento a seguito di una declinatoria erano dovute al fatto che si riteneva che per il regolamento fosse necessaria la pendenza del giudizio in primo grado, sicché, una volta riconosciuta che la pendenza prosegue anche in caso di trasmigrazione, viene meno il presupposto su cui era basata la citata soluzione giurisprudenziale, del che però il legislatore del 2009 non si sarebbe reso conto.

- 110 Così Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 185.
- 111 Osserva Cipriani, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 252 che non si comprende la ragione per la quale l'effetto panprocessuale (e perciò vincolante anche in futuri processi aventi oggetto identico) delle statuizioni sulla giurisdizione della S.C. venga qui limitato alla pronuncia delle S.U. all'interno dello stesso processo (tanto più quando il comma 1 prevede l'esplicitarsi di tale efficacia anche in altro processo).
- 112 Al riguardo, adita dal Consiglio di Stato in sede di conflitto ex art. 59 l. 60/2009 e 11 c.p.a., la Corte di Cassazione, sez. Un., 13 aprile 2012, n. 5873, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 726 ha precisato che anche il giudice di secondo grado può sollevare il conflitto, allorché il giudice *ad quem* di primo grado si sia limitato a risolvere una questione processuale che si ponga in posizione logicamente pregiudiziale rispetto a quella di giurisdizione (non potendosi in tal caso ritenere superata la barriera preclusiva costituita dalla prima udienza fissata per la trattazione del merito, art. 183, comma 1, c.p.c. nella parte in cui prevede, in prima udienza, il rilievo preliminare di questioni processuali attinenti alla corretta instaurazione del contraddittorio). Cass., sez. Un., 8 maggio 2017, n. 11143 ha dichiarato inammissibile un regolamento d'ufficio proposto, nell'ambito del giudizio contabile, oltre la prima udienza tenutasi innanzi al giudice delegato per l'istruzione, nonostante egli sia privo di potere decisivo (spettante al collegio), mentre non è stata ritenuta ostativa la decisione sull'istanza cautelare da parte della commissione tributaria adita, intervenuta prima dell'udienza di trattazione del merito (Cass., sez. Un., 12 novembre 2015, n. 23113).
- 113 Così, correttamente, anche Consolo, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione*, cit., 766 che ritiene trattarsi di impugnazione perciò straordinaria (posizione ricalcata su quella sostanzialmente assunta in relazione al regolamento di competenza d'ufficio ex art. 45 c.p.c.: v. al riguardo Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit., 498, nonché Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 134). In senso opposto Monteleone, *Difetto di giurisdizione e prosecuzione*, cit., 280 che ritiene che, in caso di passaggio in giudicato della declinatoria, il giudice sia vincolato, insieme alle parti, alla decisione, mancando una disposizione analoga all'art. 44 c.p.c.; il che condurrebbe, a mio avviso, ad una applicazione del regolamento d'ufficio, dato che la riassunzione innanzi alla giurisdizione d'arrivo da parte (normalmente) dell'attore soccombente sulla giurisdizione, comportando acquiescenza, consoliderà l'immutabilità della declinatoria. Si veda anche Ruffini, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 218 che ritiene il regolamento sollevabile dal giudice solo nel caso in cui il processo sia stato riassunto nel termine assegnato dal giudice della declinatoria, mentre non sarebbe proponibile nel caso di riproposizione anche se avvenuta entro il termine triennale dal passaggio in giudicato della declinatoria, nel qual caso il giudice – non vincolato, come le parti, dalla declinatoria – potrebbe anzi rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione e declinarla nuovamente.
- 114 Così anche Gioia, *art. 59 l. 60/2009*, cit., 2328 e Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 133 che ritiene sia stato tacitamente abrogato, in parte qua, il conflitto negativo di cui all'art. 362 c.p.c. Per un caso in cui un TAR, avanti il quale il precedente giudizio innanzi al g.o. era stato riassunto, non ha sollevato il conflitto e ha declinato la propria giurisdizione, conflitto poi sollevato dal Consiglio di Stato, in sede di appello, v. Cass., Sez. Un., 19 maggio 2014, n. 10922 che, pur riconoscendo l'errore del TAR nel non aver sollevato il conflitto, ha comunque dichiarato inammissibile l'iniziativa del Consiglio di Stato perché assunta oltre la prima udienza innanzi al giudice *ad quem* e comunque radicata la giurisdizione amministrativa. Nel senso che invece il giudice *ad quem* conservi il potere di declinare la sua giurisdizione Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1210.
- 115 Individuando una lacuna nell'art. 59 l. 60/2009: Cass., sez. Un., 5 luglio 2013, n. 16883; Cass., sez. Un., 20 giugno 2012, n. 10139; Cass., sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14660; Cass., sez. Un., 5 maggio 2011 n. 9841.
- 116 Così, seppur con riguardo all'art. 11 c.p.a. Cass., sez. Un., 18 dicembre 2014, n. 26655 che rileva come la tardiva riassunzione esclude che il secondo giudizio possa dirsi la prosecuzione del primo; cit., anche Cass., sez. Un., 10 marzo 2014, n. 5493 nonché Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 259.

nella sostanza, una produzione retroattiva (cioè decorrente dall'originario atto introduttivo) degli effetti sostanziali e processuali tipici della domanda proposta innanzi al giudice corretto¹¹⁷, ivi inclusa la *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c.¹¹⁸.

Restano ferme, come visto, le decadenze (di natura sostanziale o pre-processuale¹¹⁹) relative all'omesso tempestivo esperimento di un'azione: il riferimento temporale sarà ovviamente la proposizione dell'originaria domanda innanzi al giudice che ha declinato la giurisdizione: in altre parole, resteranno ferme le decadenze prodottesi prima di tale proposizione, quali ad esempio quelle derivanti dal decorso del termine di 60 giorni per l'impugnazione innanzi al TAR dei provvedimenti amministrativi o per l'avvio del giudizio tributario: il che significa che, in caso di trasmigrazione dal g.o. ai predetti giudici speciali, l'originaria domanda dovrà essere stata proposta nel rispetto dei predetti termini di decadenza; in difetto, il giudice speciale dovrà dichiarare inammissibile per tardività l'azione¹²⁰, fermi restando i poteri di rimessione in termini per errore scusabile eventualmente previsti dalla specifica disciplina processuale¹²¹ (v. ad es., art. 11, comma 5, c.p.a. e art. 153 c.p.c.).

Più problematico appare il mantenimento delle preclusioni, laddove la norma sembra riferirsi alle preclusioni processuali (ad esempio, assertive e probatorie¹²²) che hanno però diversa disciplina nella legge processuale che regola il giudizio innanzi alle diverse giurisdizioni; tant'è che si è ipotizzato che la norma riguardi solo le preclusioni extraprocessuali¹²³. Mi pare preferibile l'interpretazione che attribuisca un significato plausibile alla norma (per differenza con le decadenze pre-processuali) e che quindi debbano mantenersi ferme le preclusioni relative alle nuove domande, alle allegazioni ed alle istanze istruttorie¹²⁴, ove tali preclusioni siano presenti nel processo *ad quem*: la disposizione appare criticabile nella sua formulazione draconiana, ma appare agevolmente temperabile attraverso il ricorso all'istituto della rimessione in termini di cui all'art. 153 c.p.c. (v. anche art. 11 c.p.a.). Qualsiasi opinione si accogla al riguardo, resta fermo che tali preclusioni non potranno impedire le allegazioni e le istanze probatorie che trovino causa nelle caratteristiche della giurisdizione del giudice *ad quem*: così, ad esempio, intervenuta la *translatio* da g.a. (ove è vietato l'interrogatorio formale e il giuramento), non si potrà ritenere preclusa la relativa istanza di ammissione innanzi al g.o. (posto che, nel procedimento amministrativo la parte non aveva un tale potere istruttorio)¹²⁵, ed ancora, non si potrà impedire l'adeguamento della medesima domanda con le richieste di tutela proponibili innanzi alla giurisdizione *ad quem* come si dirà subito *infra*¹²⁶.

In ogni caso, la domanda dovrà essere riproposta con le modalità e secondo le forme per il giudizio

- 117 Così Ricci E.F., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1539 nonché Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1300.
- 118 Cass., sez. VI, 21 febbraio 2013, n. 4484 che, ai fini della competenza territoriale, ha ritenuto rilevante la situazione di fatto sussistente al momento della domanda originaria.
- 119 Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1268; Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 261.
- 120 Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1268 prospetta l'ipotesi che sia, in tal caso, il giudice ordinario (o il diverso giudice speciale) a *quo* a dichiarare l'inammissibilità per tardività della domanda ed evitare così una *translatio* sostanzialmente inutile, perché la domanda di tutela è già pregiudicata nel suo esito, salvo poi ammettere che sulla eventuale richiesta di rimessione in termini dovrebbe comunque pronunciarsi il giudice *ad quem*.
- 121 Sandulli, *La translatio secondo la l. n. 69/2009*, cit., 731 s.; Gioia, *art. 59 l. 60/2009*, cit., 2325.
- 122 Il problema diviene assai grave con riguardo alle preclusioni istruttorie, anche alla luce della degradazione ad argomenti di prova delle prove (come si vedrà *infra*, costituendo) raccolte innanzi al giudice *a quo*. Vi è chi (Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1302) ha proposto di ritenere vincolate le parti alle preclusioni delle istanze istruttorie maturate innanzi al primo giudice che non si estenderà ovviamente a quei mezzi di prova che non siano stati ammessi da quest'ultimo.
- 123 Monteleone, *Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo*, cit., 280: le preclusioni endoprocessuali non possono restare ferme, altrimenti la riproposizione della domanda secondo il rito applicabile al giudice *ad quem* sarebbe inutile; Trisorio Luzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009*, n. 69, cit., 1223 s. secondo il quale un'interpretazione costituzionalmente orientata non potrebbe non valorizzare le differenze strutturali tra i processi (e il diverso regime di preclusioni), con la conseguenza che il processo riassunto sarà regolato solo dal rito applicabile innanzi al giudice *ad quem*.
- 124 Così anche Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 261. V. pure Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1204 che evidenzia come la norma riprende il principio affermato dalla giurisprudenza in relazione alla riassunzione innanzi al giudice competente ex art. 50 c.p.c.; Gioia, *art. 59 l. 60/2009*, cit., 2327 che propone di estendere al caso di specie i principi elaborati in tema di mutamento di rito (ex art. 427 e 428 c.p.c.) per cui in tanto si applicheranno preclusioni in quanto contraddistinguano entrambi i riti, con la conseguenza che ove il giudice *ad quem* abbia preclusioni più blande, la parte si potrebbe giovare di tale regime più favorevole.
- 125 Osserva Consolo, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione*, cit., 766 che se il giudice *ad quem* può assumere prove che quello *a quo* non avrebbe potuto ammettere, si dovranno concedere alle parti nuove istanze nei termini previsti dalla giurisdizione di arrivo.
- 126 Problema posto immediatamente da Prota Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una riforma a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221 ss., spec. 226. Mi pare ammissibile (se non addirittura necessaria) la proposizione della domanda di annullamento dell'atto amministrativo (o dell'atto impositivo) nel giudizio proseguito innanzi al g.a. (o al giudice tributario); domanda inizialmente non avanzata innanzi al g.o. in ragione dei limiti di cui agli artt. 4 e 5 della l. di abolizione del contenzioso del 1865; per analoghe considerazioni Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 260; v. anche Orofino, *Translatio iudicii e modifica della domanda*, cit., 59 ss., 67 ss. che evidenzia come si pone un problema anche di ragioni di contestazione dell'atto (essendo diverse le censure proponibili in caso di atto provvedimento – i classici vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere – e di atto paritario, quale ad esempio in materia di lavoro subordinato, contestabile in virtù di vizi negoziali o per ragioni civilistiche – buona fede, inadempimento, etc.).

davanti al giudice *ad quem* in relazione al rito applicabile: per il giudizio civile, citazione o ricorso, a seconda del modello previsto dal rito.

Ci si è posti il problema relativo al se, nel passaggio tra le giurisdizioni (con caratteristiche diverse) la domanda possa essere adeguata alle caratteristiche del giudice *ad quem*¹²⁷: si è ipotizzato infatti che l'atto che determina la prosecuzione del giudizio vada diversamente regolato a seconda che debba essere proposto davanti ad un giudice la cui giurisdizione abbia o meno le stesse caratteristiche della prima, con la conseguenza che, laddove si passi da un giudizio di tipo impugnatorio ad un giudizio di cognizione sul rapporto o viceversa, l'atto di prosecuzione deve avere la forma di una riproposizione della domanda, con il necessario adattamento del *petitum*¹²⁸; se, invece, il giudizio prosegue verso un processo con le stesse caratteristiche, allora l'atto di prosecuzione assume la forma di un atto di riassunzione¹²⁹. Laddove l'attore non si sia limitato a tale adattamento (che mi pare consentito)¹³⁰, ma abbia anche proposto ulteriori domande (magari consequenziali), con riguardo a queste ultime viene riconosciuta all'atto di riassunzione/prosecuzione natura propriamente introduttiva (con ogni conseguenza in tema di effetti sostanziali e preclusioni)¹³¹.

Resta il fatto che non sempre risulterà agevole comprendere – attese le differenze strutturali tra le giurisdizioni – se ci si trovi di fronte ad un mero adeguamento della domanda alle caratteristiche della giurisdizione di “approdo” o piuttosto una nuova domanda: in particolare, nei rapporti tra g.o. e g.a. una facilitazione a tale operazione dovrebbe ricavarsi dal continuo utilizzo del criterio del *petitum* sostanziale che consente di individuare la concreta situazione soggettiva dedotta in giudizio dall'attore/ricorrente e di conseguenza, nel riconoscere la giurisdizione competente, di consentire gli opportuni adattamenti del *petitum* immediato. Così non vi è dubbio che un corretto adeguamento si avrà quando, a fronte della revoca di una determinazione di assunzione di un pubblico impiegato, si passi dalla richiesta di accertamento della illegittimità della revoca e della sussistenza del rapporto prospettata innanzi al giudice civile (dichiaratosi carente di giurisdizione) ad una domanda di annullamento della predetta revoca innanzi al giudice amministrativo¹³², o ancora, in caso di giudizio per il pagamento di sovvenzioni oggetto di revoca, il passaggio dalla domanda di condanna (con accertamento dell'illegittimità della revoca) proposta innanzi al g.o., alla domanda di annullamento della revoca “riproposta” innanzi al g.a. sulla base dei medesimi motivi di censura¹³³. Meno convincente è invece l'ipotesi – esaminata da una recente sentenza del Consiglio di Stato¹³⁴ – in cui proposta davanti al giudice civile un'azione risarcitoria di inadempimento, la stessa sia stata rigettata, con declinatoria, sull'assunto che il contratto non fosse stato ancora stipulato, sicché, innanzi al g.a., veniva proposta una domanda risarcitoria precontrattuale: impregiudicata ogni considerazione in relazione alla natura (fittiziamente) di rito e più propriamente di merito del rigetto da parte del giudice ordinario¹³⁵, resta la sensazione che le situazioni soggettive dedotte in giudizio, anche utilizzando il criterio del *petitum* sostanziale, siano differenti (seppur proponibili con domande “complanari” all'interno dello stesso processo e nei limiti in cui lo stesso consenta la modifica della domanda)¹³⁶.

127 In senso favorevole Consolo, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione*, cit., 765 che rileva che se non si consente alla parte di rimodulare la domanda, ben raramente quest'ultima farà ricorso alla *translatio*, nonché Trisorio Luzzo, *Commento all'art. 59*, cit., 1221. V. anche Mazzamuto, *Per una doverosa costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss., spec. 181 ss. che ipotizza, con scetticismo, la proposizione di domande subordinate *double face*, ipotesi che non mi sentirei di escludere allorché la tutela giuridica situazioni giuridiche in materie di confine tra le due giurisdizioni: v. anche Orofino, *Translatio iudicii e modifica della domanda*, cit., 70 ss.

128 Trisorio Luzzo, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009*, n. 69, cit., 1221.

129 Così Cass., sez. Un., 15 dicembre 2016, n. 25837; Cass., sez. Un., 21 aprile 2011, n. 9130.

130 Così anche Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 260.

131 Cass., sez. Un., 22 luglio 2016, n. 15223. Si veda però ad esempio T.A.R. Umbria, 5 dicembre 2014, n. 605 che ha dichiarato parzialmente inammissibile la riassunzione riguardante domande nuove (nel caso di specie, accanto alla domanda per responsabilità precontrattuale già proposta innanzi al g.o. che aveva declinato la giurisdizione, era stata azionata innanzi al T.A.R. innanzi al quale il giudizio era stato riassunto anche una responsabilità di natura contrattuale).

132 V. in questo senso T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 30 gennaio 2014, n. 153, in *Foro it.*, 2014, III, 189.

133 Così T.A.R. Campania, Salerno, 27 ottobre 2015, n. 2257 che ha ritenuto ammissibile e fondato un motivo di censura del provvedimento di revoca già introdotto, seppur succintamente, innanzi al g.o.

134 Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2015, n. 781.

135 La situazione soggettiva dedotta in giudizio, anche ricorrendo al criterio del *petitum* sostanziale, era chiaramente un diritto soggettivo insorto dopo la stipulazione del contratto (che costituisce, anche oggi, il limite temporale della giurisdizione esclusiva), sicché la domanda, a seguito dell'accertamento che non era stato stipulato alcun contratto (neppure tacitamente), doveva rigettarsi nel merito, restando ferma la possibilità di agire, con azione risarcitoria precontrattuale per mancata stipula, innanzi al g.a.

136 V. però Consolo, *A proposito di Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 332 ss., spec. 357 s. che ritiene ammissibile, in sede di *translatio*, la proposizione di domande complanari e esemplificati l'ipotesi in cui adito con una domanda risarcitoria di interesse legittimo il g.a. (il quale declini la giurisdizione a favore del g.o.), venga riproposta innanzi a quest'ultimo un'azione risarcitoria per lesione di diritto soggettivo. Nel caso di specie peraltro mi pare difficile riconoscere la proposizione di una domanda complanare, sibbene ricorrere, al più, un

Se l'adeguamento del *petitum* al diverso contesto giurisdizionale sembra ammissibile nei predetti termini, problemi maggiori sorgono con riguardo alla eventuale modifica/integrazione della *causa petendi*, tanto più che il termine di decadenza per l'impugnativa dell'atto (eventualmente fatto salvo dalla produzione retroattiva degli effetti tipici della domanda presentata innanzi alla giurisdizione, amministrativa, di approdo) è riferito anche ai motivi di ricorso, sicché spirato il termine non è consentito un allargamento del *thema decidendum*, ferma la possibilità di proporre, al ricorrere dei presupposti previsti dall'art. 43 c.p.a., motivi aggiunti¹³⁷. Per comprendere la rilevanza della questione, basti pensare al diverso rilievo che determinate condotte del convenuto possono avere a seconda del tipo di giurisdizione adita; la violazione dell'interesse pubblico potrebbe non aver rilievo dal punto di vista civilistico e invece assumerne, *sub specie* di eccesso di potere, nel giudizio di annullamento. Così costituirà un inammissibile allargamento dell'oggetto del giudizio la deduzione, in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, di motivi ovvero di vizi del provvedimento diversi da quelli (quanto meno *in nuce*) prospettati innanzi al g.o., fatta salva sempre la possibilità per il giudice amministrativo di riqualificare, *sub specie* di vizio di legittimità, con una certa elasticità¹³⁸, circostanze di fatto allegate dall'attore per ottenere, davanti al g.o., diverse conseguenze giuridiche: così, ad esempio, un comportamento qualificato innanzi a quest'ultimo quale in contrasto con la buona fede contrattuale, ben può trasformarsi, senza che ciò rappresenti inammissibile *mutatio*, in una censura di eccesso di potere. Resta come *extrema ratio*, la rimessione in termini (innanzi al g.a. per errore scusabile – v. art. 11 e 37 c.p.a.) a fronte di un errore sulla giurisdizione (e sulla correlativa richiesta di tutela) che appaia non imputabile, in ragione dell'incertezza (giustificata ad esempio da contrasti giurisprudenziali in seno ai plessi giurisdizionali e infine alle sezioni unite) del criterio di riparto nel caso di specie¹³⁹; rimessione in termini che, nella sua configurazione meno estrema, potrebbe limitarsi a consentire una più ampia deduzione di motivi aggiunti davanti al g.a. ovvero, nel caso di ipotesi più incerte, potrebbe spingersi sino a consentire il superamento del termine decadenziale di 60 giorni per l'impugnativa¹⁴⁰.

L'inosservanza del termine per la riassunzione/prosecuzione determina l'estinzione del processo¹⁴¹, da dichiararsi d'ufficio in occasione della prima udienza¹⁴², e conseguentemente è impedita la conservazione degli effetti sostanziali e processuali. Nel caso in cui il processo non sia neppure proseguito, tale impedimento alla conservazione degli effetti potrà essere a nostro avviso conosciuto *incidenter tantum* dal giudice innanzi al quale la situazione giuridica sia nuovamente dedotta in giudizio¹⁴³.

Tornando all'“estinzione” per mancata riassunzione, si tratta di norma che lascerebbe intendere la sussistenza di una continua litispendenza (e non già l'avvio di un nuovo processo tramite proposizione della domanda

mero mutamento della qualificazione giuridica della situazione soggettiva lesa, restando identico peraltro il diritto risarcitorio oggetto del processo.

137 Orofino, *Translatio iudicii e modifica della domanda*, cit., 77.

138 Consolo, *A proposito di Declinatoria*, cit., 358 ritiene che in sede di *translatio*, pur dovendo rimanere fermo il *petitum* mediato e i fatti storici che individuino la situazione soggettiva, «se ne potranno aggiungere di nuovi, specie nel caso in cui si passi dal giudice civile al giudice amministrativo, e si faccia così questione di vizi dell'atto» per concludere che «una certa elasticità si rende indubbiamente necessaria, e proprio per la giusta constatazione per cui sottesa al meccanismo della *translatio* vi è una considerazione della domanda giudiziale in qualche modo più duttile ed elastica di quella cui da molti anni la processualciviltà concede».

139 Osserva Consolo, *A proposito di Declinatoria*, cit., 343 che il meccanismo della retrodatazione degli effetti è parente stretto dell'errore scusabile che consente la rimessione in termini, con la particolarità che, con riguardo alla *translatio*, la scusabilità dell'errore non è rimessa al giudice ma è tipizzata dalla legge.

140 Orofino, *Translatio iudicii e modifica della domanda*, cit., 83 s. suggerisce di utilizzare un parametro non troppo severo nella concessione della rimessione in termini che potrebbe avere conseguenze tutto sommato in linea con il rispetto del principio di parità e rendere più efficace la *translatio*. V. anche Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1204; nel mutamento della giurisdizione si riconosceranno facilmente motivi per varie rimissioni in termini delle parti, in particolare con riguardo a quelle deduzioni che sarebbero state inammissibili innanzi al giudice della declinatoria. Cfr. anche Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2325.

141 Secondo Ruffini, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, 216 la norma andrebbe riferita al termine assegnato dal giudice della declinatoria (e non già di quello di cui al comma 2 decorrente dal passaggio ingiudicato della sentenza), in coerenza con l'art. 307 c.p.c. che dispone l'estinzione del giudizio qualora la parte alla quale spetti riassumersi o proseguirlo non vi abbiano provveduto nel termine perentorio stabilito dal giudice.

142 Secondo Menchini, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translatio*, cit., 226 l'omesso rilievo dell'estinzione in occasione della prima udienza determinerebbe la prosecuzione del giudizio ma anche il venir meno dell'impedimento alla conservazione degli effetti della domanda; cfr. anche Battaglia, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 98 per il quale la previsione non lascerebbe spazio ai dubbi in ordine al fatto che la prima udienza rappresenterebbe il limite temporale insuperabile per il rilievo officioso dell'estinzione; così anche Trisorio Luzzo, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009*, n. 69, cit., 1224 e Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2326. La tesi non mi persuade, atteso che non pare sanabile a posteriori la già intervenuta – nel mondo sostanziale – caducazione degli effetti della domanda, collegata al mancato rispetto del termine trimestrale; fermo restando che il giudizio potrà proseguire quale *novum iudicium* sulla domanda riproposta: la norma sembra piuttosto un invito al giudice a procedere immediatamente alla dichiarazione di estinzione (*recte*, di dichiarazione che gli effetti sostanziali e processuali ricollegabili al tempo dell'originaria domanda non sono fatti salvi).

143 In senso parzialmente diverso Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 136 che ritiene ammissibile una riassunzione innanzi al giudice *ad quem* da parte della parte che via abbia interesse per ottenere la dichiarazione di caducazione degli effetti sostanziali e processuali.

successiva alla chiusura di quello innanzi al giudice *a quo*¹⁴⁴. Peraltro, la disposizione – nella parte in cui impone la dichiarazione d'estinzione – ha un significato pratico soltanto se si ipotizzi la forma di una vera e propria riassunzione (che non abbia peraltro i requisiti di una autonoma domanda, neppure *per relationem* al precedente atto introduttivo). Appare comunque diseconomico – ferma la impedita salvezza degli effetti dell'originaria domanda e l'assenza del vincolo per le parti sulla giurisdizione – imporre alla parte (che abbia ri-proposto una domanda con tutti i crismi) di subire la dichiarazione di estinzione e costringerla a riproporre, nuovamente, la medesima domanda. A mio avviso, sarebbe maggiormente razionale applicare la conversione dell'atto di riassunzione (che ne abbia tutti i requisiti) in un nuovo atto introduttivo¹⁴⁵ e consentire così la prosecuzione del processo tardivamente riassunto, che potrà essere considerato, a tutti gli effetti, un nuovo giudizio¹⁴⁶.

L'instaurazione di un nuovo processo¹⁴⁷, se da un lato non consente di far salvi gli effetti dell'originaria domanda – il che potrà rilevare ove siano maturati *medio tempore* fatti estintivi (ovvero, tipicamente la prescrizione)¹⁴⁸ – dall'altro lato consente alla parte di svincolarsi sia dall'efficacia preclusiva della declinatoria sia, soprattutto, dalle preclusioni maturate nel precedente giudizio; il che dovrebbe rendere la scelta a favore della *translatio* non sempre scontata.

Non direttamente incidenti sul tema oggetto del presente contributo sono le questioni relative all'efficacia probatoria delle prove assunte nella giurisdizione *a quo* e gli effetti della declinatoria sui provvedimenti cautelari, per il che ci si permette di rinviare ai contributi citati in nota.

6. – Siamo giunti alle conclusioni di questo contributo e dobbiamo rispondere alla domanda relativa a quale efficacia ha la sentenza che pronuncia sui limiti interni alla giurisdizione del giudice ordinario.

Si è visto che tale decisione è tradizionalmente qualificata come sentenza a contenuto processuale e perciò, ordinariamente, priva dell'attitudine a produrre effetti di accertamento in altri processi ovvero effetti di giudicato sostanziale.

È noto peraltro che per la dottrina maggioritaria¹⁴⁹, seguita dalla giurisprudenza della Suprema Corte, il nostro ordinamento, recependo la teorica chiovendiana¹⁵⁰, riconosce efficacia di giudicato sostanziale, o comunque efficacia extraprocessuale, alle sole sentenze di merito, a quelle sentenze che si pronunciano, accertandola,

144 La norma infatti è criticata da chi ritiene che il giudizio innanzi al giudice *a quo* non possa estinguersi, perché è già chiuso con la pronuncia declinatoria: così Ricci E.F., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1541 che non a caso parla di norma che «il legislatore ci manda da tutt'altro cielo» e Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1303 che evidenzia la contraddizione del legislatore che, dopo aver detto che l'atto sanante consiste in una nuova domanda, vede poi in questa solo un atto di prosecuzione del processo originariamente pendente. Parimenti opera distinguo chi (Verde G., *Diritto processuale civile*, I, cit., 43) ipotizza che si debba differenziare tra proposizione della domanda a seguito di una declinatoria immutabile, nel qual caso il secondo giudice non deve dichiarare l'estinzione di un processo già chiuso, ma solo dare atto dell'intempestività della domanda, non idonea al salvataggio degli effetti della domanda, e tra riassunzione a seguito di declinatoria non ancora passata in giudicato, laddove il giudice potrà propriamente dichiarare l'estinzione del primo processo (e ancora una volta dare atto che la salvezza degli effetti non si è verificata). La norma è invece valorizzata da chi (ad es., Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 257, 262 s.) ritiene che da essa si deduca l'intenzione del legislatore di prevedere una vera e propria prosecuzione del giudizio originario.

145 Così Cipriani, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 253.

146 Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1303 ritiene che non si vedono ragioni per le quali il processo innanzi al giudice *ad quem* debba estinguersi, fermo che non si produrrà la retrodatazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda e il vincolo per le parti sulla giurisdizione; così anche Ricci E.F., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1542, nonché Battaglia, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 9; v. pure Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1198. In senso contrario Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 263 che consente però la riproposizione, sempre che non si siano verificati fenomeni di estinzione del diritto o dell'azione.

147 Che Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 263 ritiene ammissibile solo decorso il termine trimestrale dal passaggio in giudicato della sentenza sulla giurisdizione, altrimenti operando come impedimento la litispendenza. Cfr. anche Monteleone, *Difetto di giurisdizione e prescrizione*, cit., 281 che, se ben comprendo, ritiene che la riproposizione della domanda fuori termini sia irricevibile.

148 Il problema si pone concretamente se: (a) si ritiene che con la sentenza declinatoria di giurisdizione venga meno *ab origine* l'effetto interruttivo permanente o sospensivo della prescrizione, cosa che non è affatto scontata, non potendosi equiparare la declinatoria ad una pronuncia di estinzione (v. comunque Cass., sez. I, 11 giugno 2007, n. 13662 che ha correttamente ritenuto conservarsi l'effetto interruttivo permanente anche in caso di definizione del giudizio in rito, con una declinatoria di giurisdizione); (b) il nuovo processo è avviato oltre il termine sostanziale di prescrizione/decadenza decorrente dal passaggio in giudicato della declinatoria (che determina l'esaurirsi della litispendenza e con ciò dell'effetto interruttivo permanente di cui all'art. 2945 c.c.). Occorre un *causal* relativo al fatto che, a fronte dell'art. 59 che, come visto, prevede l'estinzione del giudizio e perdita degli effetti sostanziali, possa essere oggetto di ripensamento l'affermazione che l'effetto interruttivo permanente si conserva anche in caso di declinatoria: quanto meno con riguardo al difetto di giurisdizione nei confronti dei giudici speciali, si potrebbe ipotizzare che il legislatore abbia inteso imporre alla parte una tempestiva riassunzione per mantenere (anche) tale effetto sostanziale, con la conseguenza che la declinatoria di giurisdizione non seguita da una tempestiva riassunzione determini la perdita dell'effetto interruttivo permanente (in coerenza con l'art. 2945, comma 3, c.c. che, in caso di estinzione, fa salvo solo l'effetto interruttivo istantaneo).

149 V. ad esempio Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 257 ss., spec. 276; Montesano, *In tema di accertamento incidentale e limiti del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 329 ss. nonché gli autori citati nelle note che seguono.

150 V. Montesano, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 17 ss., spec. 21 s. il quale sottolinea come tale ricezione si giustifica in quanto sia divenuta regola positiva l'idea-cardine del sistema chiovendiano, la quale identifica l'oggetto del giudicato con il bene di diritto sostanziale che è assicurato dal definitivo accoglimento o rigetto della domanda (cfr. Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993 (ristampa), 231 ss., spec. 267 ss.).

sull'esistenza o inesistenza di una situazione giuridica di diritto soggettivo, mentre le sentenze con contenuto processuale, per il loro stesso oggetto, limitato all'ammissibilità/inammissibilità di quel concreto processo ovvero al dovere del giudice di pronunciarsi nel merito in relazione alla domanda proposta, non sono in grado di esplicitare alcuna efficacia al di fuori del procedimento in occasione del quale sono state emanate¹⁵¹.

Il principio di cui sopra si ricava tradizionalmente, da un lato dall'art. 310 c.p.c., norma che, per il caso di estinzione del giudizio, esclude dalla generale inefficacia soltanto le «sentenze di merito pronunciate nel corso del processo e quelle che regolano la competenza», presupponendo pertanto che le sentenze a contenuto processuale siano invece colpite dalla predetta inefficacia¹⁵², dall'altro lato dall'analisi del contenuto delle sentenze processuali le quali, appunto, avendo ad oggetto l'accertamento del dovere decisorio del giudice nel merito in relazione a quel determinato processo¹⁵³ e più in generale sull'ammissibilità del procedimento¹⁵⁴, non sono in grado di esplicitare alcun effetto al di fuori del procedimento dal quale traggono origine.

Sotto tale ultimo profilo l'inettitudine della sentenza sul processo ad acquisire efficacia di giudicato sostanziale discende quindi proprio dalla sua strutturale inidoneità ad essere invocata in ulteriori procedimenti, al contrario della sentenza di merito la quale, laddove definisce l'esistenza/inesistenza di una situazione sostanziale è in grado di proiettare la propria efficacia di accertamento, ad ogni effetto, sulle situazioni sostanziali che dalla stessa dipendono.

A tale tradizionale ricostruzione si è, talvolta, opposta nel passato la Corte di Cassazione, la quale ha riconosciuto anche alla statuizione (addirittura implicita) sulla giurisdizione contenuta in una sentenza di merito efficacia di giudicato sostanziale o comunque «panprocessuale» con riguardo a giudizi che abbiano ad oggetto o lo stesso diritto¹⁵⁵ (evenienza improbabile e che al più dovrebbe impedire il rilievo officioso del difetto di giurisdizione o applicarsi nel remoto caso in cui la sentenza di merito sia non definitiva) o addirittura anche solo lo stesso rapporto¹⁵⁶ e quindi, potenzialmente, anche in relazione a diritti sostanziali

151 Anche chi ritiene ipotizzabile un'efficacia di giudicato sostanziale (o meglio di immutabilità degli effetti) delle sentenze sul processo, ed in particolare sulla giurisdizione, è costretto poi ad affermare che l'effetto proprio di tale giudicato sarebbe operante soltanto in relazione ad un'identica domanda proposta davanti al medesimo giudice che ha pronunciato la precedente sentenza (v. Ferri C., *In tema di giudicato sulla giurisdizione*, cit., 359; Ferri C., *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 419 ss., spec. 439 s. nonché Fornaciari, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Milano, 1996, 45 ss. in nota) con ciò evidenziando una fondamentale differenza con il giudicato sostanziale che è invocabile anche in relazione a diritti dipendenti da quello deciso dalla sentenza di merito inopugnabile. Peraltro C. Ferri ha mutato parzialmente la sua opinione in Ferri C., *Note in tema di pronunce sulla giurisdizione*, cit., 130 ritenendo sufficiente l'identità della domanda. V. anche Arieta, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Padova, 1990, 345 ss. che pur attribuendo alla sentenza sulla competenza un'efficacia extraprocessuale derivante dall'irretirabilità della decisione da parte del giudice che l'ha emana, riconosce che tale efficacia è in grado esclusivamente di precludere un nuovo giudizio sulla sussistenza della competenza in ordine alla medesima domanda da parte dello stesso giudice, ma non è in grado di vincolare giudici diversi.

152 In questo senso ad esempio Menchini, voce *Regudicata civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civile*, XVI, Torino, 1997, 404 ss., spec. 419; Saletti, voce *Estinzione del processo*. *Il Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma 1989, 13; Montanari, *L'efficacia delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 392 ss., spec. 418; Vaccarella, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 341 ss.

153 Sottolinea l'incompatibilità di un'efficacia extraprocessuale delle sentenze di rito con l'irripetibilità del processo Satta S., Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 210 nt. 27. Cfr. già Allorio, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, 246 ss., spec. 254 nt. 3 secondo il quale le sentenze processuali conterrebbero l'accertamento di situazioni «essenzialmente effimere, legate all'atmosfera in cui vennero in essere». Cfr. poi Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., 234 ss., 237 ss., il quale, muovendo dall'individuazione di un oggetto processuale consistente nella questione relativa alla sussistenza del dovere processuale del giudice di decidere sul merito di quella determinata controversia, dovere rispetto al quale i singoli presupposti processuali costituiscono mere questioni pregiudiziali, rileva che le sentenze di rito sono inesorabilmente destinate a vedere sconfitta la loro rilevanza al giudizio che concludono ed al giudice che le ha emanate, non potendo l'accertamento del predetto dovere rilevare in altri processi, laddove invece si potrebbe semplicemente riproporre la medesima questione pregiudiziale, oggetto però di mera cognizione e non di accertamento da parte del precedente giudice. V. pure Laudis, *La sentenza processuale*, cit., 188 ss. che rileva inoltre che la sentenza processuale, accertando soltanto il potere-dovere del giudice di giudicare la lite nel merito, non attribuisce alcun bene apprezzabile nella vita al di fuori del processo, sicché tale pronuncia esaurirebbe in esso e con esso i suoi effetti. Cfr. anche Arieta, *La sentenza sulla competenza*, cit., 338 ss., anche se poi l'autore riconosce alla sentenza sulla competenza un'efficacia preclusiva nel caso in cui sia proposta innanzi al medesimo giudice la medesima causa in relazione alla quale si sia già pronunciato sulla competenza con sentenza passata in giudicato formale.

154 In senso contrario alla ricostruzione dell'oggetto di accertamento nelle sentenze processuali nei termini di ammissibilità della domanda proposta cfr. però Turroni, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, 169 ss. il quale evidenzia che le sentenze di rito deciderebbero esclusivamente della sussistenza/insussistenza di singole questioni pregiudiziali attinenti ai presupposti processuali.

155 Cass., sez. Un. 17 luglio 2008, n. 19600 in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1027, con nota critica di Villata S.A., *Efficacia «panprocessuale» della pronuncia implicita sulla giurisdizione contenuta in sentenza di merito passata in giudicato?*, che cita, quali precedenti conformi, Cass., sez. un. 12 luglio 2005, n. 14546; 30 marzo 2004, n. 6673; gennaio 2005, n. 1621; 12 marzo 2005, n. 5184; 19 novembre 1999, n. 802; 1 settembre 1999, n. 605. Il principio risulta invocato, trattandosi, anche di recente, pur dopo l'approvazione della l. 69 del 2009, v. ad es., Cass., sez. Un., 2 marzo 2018, n. 4987 e Cass., sez. Un., 13 ottobre 2011, n. 21065 (con riguardo ad una domanda, sostanzialmente identica ad altra precedente, riguardante l'assunzione nel pubblico impiego già rigettata dal g.o. nel merito).

156 Così Cass., sez. Un., 27 ottobre 2014, n. 22745: «il passaggio in cosa giudicata di una pronuncia del giudice ordinario, ovvero del giudice amministrativo, recante statuizioni sul merito di una pretesa attinente ad un determinato rapporto, estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di detto giudice su tale rapporto, indipendentemente dal fatto che essa sia stata o meno oggetto di esplicita declaratoria e, quindi, osta a che la giurisdizione di quel giudice possa essere contestata in successive controversie fra le stesse parti avanti titolo nel medesimo rapporto davanti a un giudice diverso, avendo il giudicato esterno la medesima autorità di quello interno, in quanto corrispondono entrambi all'unica finalità dell'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche e della stabilità delle decisioni». Nel caso di specie, la domanda inizialmente proposta innanzi al g.a. con riguardo alla revoca di contributi (per false autocertificazioni) era stata dichiarata inammissibile da quest'ultimo per omessa im-

dipendenti¹⁵⁷.

Costituisce poi dato comunemente condiviso che le sentenze della Suprema Corte in tema di giurisdizione abbiano «efficacia panprocessuale»¹⁵⁸; tale efficacia è stata inizialmente elaborata per sistematizzare e differenziare gli effetti delle sentenze (della Suprema Corte) che regolano la competenza – che si sottraggono alla generale caducazione prevista dall'art. 310 c.p.c. in caso di estinzione del giudizio per le sentenze processuali – dal giudicato sostanziale. Ed infatti, l'efficacia panprocessuale ha la caratteristica di vincolare i giudizi successivi, solo con riguardo alla riproposizione della medesima domanda¹⁵⁹, a differenza della sentenza di merito che può essere invocata in processi che abbiano ad oggetto diritti soggettivi diversi, ma connessi a quello pregiudicato, per dipendenza sostanziale.

Le sentenze emanate dalla Corte di cassazione in sede di regolamento di competenza sono quindi eccezionalmente in grado di sopravvivere all'estinzione del giudizio e vincolano, in relazione alla questione decisa, i successivi giudici che siamo chiamati a pronunciarsi sulla medesima situazione sostanziale. Tale singolare efficacia è stata dai più giustificata in base alla posizione della Suprema Corte quale organo di vertice della giurisdizione ordinaria e organo regolatore della competenza¹⁶⁰. Da qui, il passo è stato breve, per riconoscere anche alle sentenze della Corte di Cassazione pronunciate in sede di regolamento di giurisdizione la medesima efficacia, in quanto appunto sentenze pronunciate dall'organo regolatore dei conflitti di giurisdizione (v. art. 65 l. ord. giud.¹⁶¹) che su tale questione statuisce¹⁶², come indica l'art. 382, comma 1, c.p.c., e poi anche alle pronunce della Cassazione sulle questioni di giurisdizione (non contenendo il predetto art. 382 alcuna distinzione in ordine alla sede – regolamento o ricorso ordinario – nella quale avviene la statuizione)¹⁶³.

Su questo quadro interpretativo è intervenuto l'art. 59 l. 69 del 2009 che, come visto, disciplina il vincolo delle parti (ed eventuale del giudice) alla pronuncia di altra giurisdizione, passata in giudicato, che declini la *potestas iudicandi*: la norma dimostra certamente che la questione di giurisdizione è riproducibile innanzi ad altro giudice (e con riguardo alla medesima domanda)¹⁶⁴. Non solo, ma, come visto, la sentenza declinatoria obbliga il giudice *ad quem* che si voglia svincolare dalla relativa statuizione a investire della questione di giurisdizione le Sezioni Unite con il regolamento c.d. d'ufficio, il che, *a contrario*, conferma che anche la decisione del giudice del merito passata in giudicato, oltre a vincolare le parti, produce degli effetti giuridici, quanto meno di preclusione, innanzi ad altro giudice in relazione alla medesima domanda, tant'è che, anche ove quest'ultimo intenda dissentire, si vede costretto a attivare il regolamento di giurisdizione d'ufficio e motivare la sua presa di posizione in contrapposizione a quanto deciso dal primo giudice; ove il regolamento non venga sollevato, il giudice è poi tenuto ad uniformarsi a quanto deciso dal primo¹⁶⁵. Resta il fatto che non mi pare qui potersi parlare di efficacia di giudicato, sibbene di una preclusione che si forma all'interno dell'unitaria litispendenza a ridiscutere della questione di giurisdizione a seguito dell'omessa attivazione, nella prima udienza, del regolamento di giurisdizione d'ufficio; il che pare contrastare con quella giurisprudenza che continua a ritenere che la decisione (implicita o esplicita) contenuta in una sentenza di merito, ove passata in giudicato formale, è idonea a vincolare anche successive iniziative giudiziali aventi

pugnativa dell'atto presupposto: a seguito di tale rigetto, l'attore si rivolgeva al giudice civile per accertare che la pretesa di restituzione dei contributi era prescritta.

157 Per qualche spunto nel senso della riproducibilità della questione di giurisdizione in successivi giudizi e perciò del riconoscimento dell'efficacia di giudicato anche alle pronunce sulla giurisdizione provenienti dai giudici di merito, Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 263 s.

158 Denominazione adottata, come noto, da Redenti, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, I, 257 ss., spec. 258 e s. Di efficacia panprocessuale parla Proto Pisani, *In tema di giudicato interno, giudicato esterno e preclusione*, in *Foro it.*, 1986, I, 3009 ss., spec. 3010.

159 V. ad esempio Menchini, voce *Regiudicata civile*, cit., 419.

160 V. ad es. Montesano, *Sull'efficacia panprocessuale delle sentenze civili di Cassazione*, in *Temi*, 1971, 739 ss.

161 Norma che attribuisce alla Cassazione la funzione di assicurare il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni.

162 V. ex multis Franchi, *Giurisdizione italiana e cosa giudicata*, Padova 1967, 44 s.; Ferri C., *Estinzione del processo ed efficacia delle sentenze regolatrici della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 134 ss., spec. 143 s.; Ferri C., *Note in tema di pronunce sulla giurisdizione*, cit., 101; Consolo, *Il cumulo condizionato di domande*, *J. Padova*, 1985, 291 nt. 200 (il quale rileva che eccezionalmente l'accertamento della Suprema Corte avrebbe ad oggetto, non già il dovere decisorio di decidere il merito, ma direttamente la questione di giurisdizione); Vaccarella, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, cit., 354; Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 167.

163 V. al riguardo Proto Pisani, *In tema di giudicato interno, giudicato esterno e preclusione*, cit., 3009.

164 Così Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 264 s.

165 Per queste considerazioni v. Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 272 che osserva poi come la sentenza affermativa della giurisdizione non è invece vincolante nei confronti del giudice appartenente ad altro organo giurisdizionale.

ad oggetto lo stesso diritto o rapporto giuridico: mi sembra che oggi tale orientamento sia stato definitivamente messo fuori campo, ad eccezione delle ipotesi di sentenza non definitiva/parziale emessa all'interno del processo, il cui passaggio in giudicato determina una preclusione interna a ridiscutere della questione di giurisdizione in ordine alle situazioni giuridiche dedotte in giudizio.

Quanto agli effetti della decisione della Corte di cassazione sulle questioni di giurisdizione l'art. 59, comma 1, l. 69/2009 prevede che la stessa, resa dalle sezioni unite, è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo, dando così definitivo riconoscimento legislativo all'efficacia pan-processuale (con le già viste questioni relative all'estensione o meno della detta efficacia anche alle pronunce sulla giurisdizione emesse, ex art. 374 c.p.c., dalle sezioni semplici).

In caso di riparto tra giudice ordinario e giudici speciali, la pronuncia della Cassazione vincolerà parti e giudici anche in relazione alla qualificazione giuridica della situazione soggettiva dedotta in giudizio¹⁶⁶: ciò vale a dire che il giudice non potrà ad esempio rigettare la domanda perché ritiene sussistente una diversa situazione giuridica¹⁶⁷. La decisione sulla giurisdizione si basa però su una riconduzione in astratto della fattispecie alla specifica situazione giuridica¹⁶⁸, ma, come ben chiarisce l'art. 386 c.p.c., non pregiudica le questioni relative alla pertinenza del diritto, sicché ben potrà il giudice munito di *potestas iudicandi* rigettare nel merito la domanda perché la fattispecie sostanziale non risulta in concreto integrata¹⁶⁹.

Ancora più incisiva è l'efficacia della sentenza passata in giudicato, anche pronunciata da parte del giudice del merito, che dichiara il difetto di giurisdizione per la sussistenza di altro potere dello stato/imprononibilità assoluta della domanda. Si è visto infatti nel secondo paragrafo del presente lavoro che la pronuncia declinatoria per insussistenza di potere giurisdizionale in capo ai giudici viene usualmente assimilata ad una decisione di merito, idonea al giudicato sostanziale¹⁷⁰, e quindi a precludere, salvo mutamenti di fatto (o di diritto, attraverso il riconoscimento retroattivo della tutelabilità della situazione in capo all'attore), la riproposizione della medesima domanda.

La prospettiva che sembrava trovare il favore dell'Autrice qui onorata trova quindi sostanziale conferma: anche le sentenze processuali, nonostante il loro oggetto limitato, ed in particolare la sentenza sulla giurisdizione, appaiono idonee a produrre effetti vincolanti in successivi giudizi, a precludere in altri termini al giudice successivo l'esame *ex novo* ed illibato di determinate questioni impediti.

Se con la cosa giudicata sostanziale ci si riferisce allo stabile (perché immutabile) attribuzione di un bene della vita del diritto sostanziale alla parte vittoriosa, mi pare evidente che la stessa sia qui fuori campo: ma ove invece si allarghi la prospettiva e si consideri che l'essenza del giudicato consiste nella dichiarazione vincolante (ed appunto immutabile) di una regola di diritto, anche processuale, applicata ad un caso concreto, tale per cui il giudice successivo, chiamato a pronunciarsi in relazione al medesimo evento della vita e con riguardo ad analoghi effetti, deve rispettare la portata precettiva di tale regola e conformarsi ad essa, parlare di giudicato con riguardo a sentenze sulla giurisdizione non appare a chi scrive, nell'odierno contesto anche normativo, un fuor d'opera.

166 Così Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 176 ove anche ulteriori riferimenti. V. anche Gasperini, *Il sindacato della cassazione sulla giurisdizione*, cit., 350 ss., 355 ss. che distingue a seconda che la decisione sulla giurisdizione da parte della S.C. sia intervenuta a seguito di regolamento preventivo di giurisdizione (e oggi anche d'ufficio) in *limine litis*, in assenza di attività istruttoria, e decisione della S.C. ad esito del ricorso ex art. 360 nr. 1 c.p.c., che abbia consentito alla Corte di decidere in base all'attività istruttoria svolta dal giudice del merito. Nel primo caso, sarebbe possibile per il giudice a quo ritenere, ad esito della sua cognizione piena, inesistente il fatto ritenuto invece sussistente dalla S.C. ai fini della statuizione sulla giurisdizione.

167 Così Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 181.

168 Così Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 175.

169 V. Ferri C., *Note in tema di pronunce sulla giurisdizione*, cit., 69 ss.

170 Montesano, *Processo civile e pubblica amministrazione*, cit., 216 ss.; Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 185; Gasperini, *Il sindacato della Cassazione*, cit., 150. Cfr. anche gli autori citati alla precedente nota 62.