

CAPITOLO PRIMO

LA RIMESSIONE DELLA CAUSA NEL SISTEMA DEL CODICE DEL 1865.

1. Il rapporto giuridico processuale. 2. La sentenza sulla competenza. Il principio kompetenz - kompetenz. 3. L'appello a giudice incompetente. 4. Ipotesi di rimessione della causa a giudice diverso. 5. I progetti di riforma del c.p.c.

1. Vigente il codice del 1865 la dottrina processualciviltistica italiana, sulla scia di quella tedesca, elaborava la nozione di rapporto giuridico processuale, idoneo a ricondurre ad unità diritti e doveri che competevano alle parti del processo (attore, convenuto e giudice), ed avente vita e condizioni proprie, indipendenti dall'esistenza del diritto dedotto in giudizio¹.

Più in particolare, si riteneva che il rapporto giuridico processuale, e con esso la litispendenza (consistente in due aspirazioni contrastanti ad un provvedimento favorevole, ed in altrettante aspettative giuridiche coincidenti ad un provvedimento di merito²), sorgesse per effetto di una domanda giudiziale notificata alla controparte, si svolgesse durante la pendenza della lite attraverso le successive situazioni processuali, e si esaurisse con il provvedimento – di rito o di merito – definitivo³.

La mera proposizione di una domanda giudiziale, tuttavia, non determinava in capo all'organo adito l'obbligo di provvedere nel merito. Prodromica all'attività giudicante si riteneva essere, infatti, la valutazione sull'esistenza dei presupposti processuali, identificati nei requisiti (di ammissibilità e/o validità della domanda) necessari per la regolare e valida instaurazione del rapporto

¹ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 89 e ss., al quale si rinvia anche per la individuazione degli autori tedeschi che per primi hanno elaborato la nozione di rapporto giuridico processuale; e sulla sua scia BETTI, *Diritto processuale italiano*, Roma, 1936, 10 e ss.; CASTELLARI, *Volontà ed attività nel rapporto processuale civile, Studi di dir. proc. in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 345 e ss..

² CHIOVENDA, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza, Saggi di dir. proc. civile*, Roma, 1931 (ora rist. 1993), II, 376.

³ CHIOVENDA, *Principii*, cit., 92 e ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934, vol. II, sez. I, 245 e ss.; BETTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1932, 134 e ss. Vedi anche CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1943, I, 167

processuale, e dunque negli elementi necessari affinché potesse aversi una qualsiasi pronuncia di merito, favorevole o sfavorevole.⁴

La ricerca dei presupposti processuali doveva logicamente precedere la ricerca delle condizioni dell'azione (identificate, invece, nei requisiti di fondatezza della domanda attinenti il rapporto sostanziale che preesiste al processo, e dunque negli elementi necessari per ottenere un provvedimento di merito favorevole), con la conseguenza che l'inesistenza dei presupposti processuali (che dovevano sussistere sin dal momento della proposizione della domanda) non implicava l'inesistenza delle condizioni dell'azione, ben potendo la medesima azione essere fatta valere in un nuovo processo.⁵

2. La competenza era annoverata tra i presupposti processuali, ed anzi, era considerata il più importante dei presupposti processuali.

⁴ CHIOVENDA, *Principii*, cit., 96; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., 178 e ss. Il BETTI, *Diritto*, cit., 152 e ss., invece, operava una distinzione tra requisiti di validità del rapporto processuale (sono i presupposti processuali in senso latissimo - quale la proposizione di una domanda esistente come atto processuale, la giurisdizione dell'organo adito e la qualità di soggetto di diritto dell'attore, ancorchè incapace - ed in senso tecnico, quale la regolarità formale della domanda, la capacità delle parti, la rappresentanza legale, organica e volontaria), requisiti di ammissibilità di una trattazione e decisione nel merito, e requisiti di fondatezza della domanda nel merito. Sia il giudizio di validità, sia il giudizio di ammissibilità, potevano condurre ad una sentenza di assoluzione dall'osservanza del giudizio, che lasciava impregiudicata all'attore la facoltà di proporre altrove o in altro modo la stessa domanda, ma mentre attraverso il giudizio di validità si indagava se il rapporto processuale si fosse validamente costituito, attraverso il giudizio di ammissibilità si indagava se il rapporto processuale, pur validamente costituito, fosse o meno idoneo a creare in capo all'organo adito l'obbligo non solo di provvedere, ma, provvedendo, di pronunciare sul merito della domanda.

Condivide e richiama questa impostazione, anche se, al fine di coglierne appieno il valore, rapporta presupposti processuali e condizioni di ammissibilità alla domanda e non al rapporto processuale (configurando i primi come requisiti interni della domanda, condizioni di validità della stessa come atto, e le seconde come requisiti esterni della domanda, che devono ricorrere affinché la stessa spieghi al massimo la sua efficacia, ALLORIO, *Rigetto della domanda e reviviscenza della prescrizione*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 228, e successivamente, ID., *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 607 ss.

⁵ ALLORIO, *Rigetto della domanda*, 228, posta la distinzione tra sentenze di rigetto per motivi di rito (nel cui ambito opera la ripartizione vista *supra*, nt.4), e sentenze di rigetto nel merito, suddivide queste ultime in sentenze di rigetto per infondatezza della domanda e sentenze di rigetto per assenza delle condizioni dell'azione (interesse e legittimazione ad agire), osservando che questa differenziazione si riannoda alla teoria dell'azione come diritto astratto, ma che, in realtà, essa non scompare nemmeno agli occhi di chi considera l'azione come diritto concreto, poiché essa coincide con il divario tra requisiti attinenti al *merito principale* e presupposti riguardanti il *merito*.

Il difetto di competenza del giudice adito impediva, pertanto, la valida insorgenza di un rapporto processuale⁶, ed al giudice incompetente era demandato il solo compito di pronunciare una sentenza di *absolutio ab instantia*, che assumeva la forma di sentenza dichiarativa di incompetenza, e che rappresentava, nello specifico, lo strumento mediante il quale porre fine ad un rapporto processuale comunque sorto, sebbene viziato.⁷

L'inquadramento della competenza tra i presupposti processuali comportava, dunque, l'estinzione del rapporto giuridico processuale ogni qual volta il giudice si fosse riconosciuto carente del requisito in parola. Corollario logico, questo, che si poneva come assorbente rispetto al principio di unità del processo attraverso i vari procedimenti in cui esso consta, di cui pure si ammetteva la vigenza, e che avrebbe potuto, in astratto, giustificare la continuazione del processo in seguito alla pronuncia di incompetenza⁸.

⁶ Vedi, per tutti, CHIOVENDA, *Principii*, cit., 485, per il quale “se il giudice non è competente, egli non ha obbligo nè potere di provvedere; non sorge validamente il rapporto processuale”, ed ancora ID., *Istituzioni*, II, cit., 270, dove precisava che “gli effetti processuali della domanda giudiziale nascono anche nel processo nullo e durano finchè la nullità sia dichiarata nel processo stesso”. E’ doveroso qui evidenziare che per BETTI, cit., 164 e ss., coerentemente alla distinzione dallo stesso operata tra requisiti di validità, di ammissibilità e di fondatezza della domanda, la competenza non era un presupposto processuale (e dunque un requisito di validità della domanda) ma era, piuttosto, un requisito di ammissibilità della domanda: la domanda giudiziale proposta dinanzi ad un giudice incompetente non è infatti “inetta a costituire validamente un rapporto processuale...soltanto che tale rapporto non è idoneo a creare nel giudice adito il potere e l’obbligo di provvedere in merito alla domanda”, il che consentiva di comprendere perchè la medesima domanda giudiziale potesse spiegare tutti i suoi specifici effetti, e tra questi l’interruzione della prescrizione. In questo senso anche REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, 309, per il quale la competenza non era un presupposto del processo atteso che un processo prende vita, ha il suo corso e mette capo ad un provvedimento anche quando è instaurato dinanzi ad un giudice incompetente. Essa era, piuttosto, “un requisito dell’istanza all’effetto di ottenere una pronuncia in ordine alla materia del contendere”.

⁷ CHIOVENDA, *Principii*, cit., 93; CARNELUTTI, *Appello davanti a giudice incompetente*, *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, I, 325 e ss.; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., 180.

⁸ CARNELUTTI, cit., 334; SCADUTO, *Sugli effetti cd. conservativi della domanda davanti a giudice incompetente*, *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, 765; SANTORO PASSARELLI, *Sul termine dell’azione di rescissione di vendita*, *Foro it.*, 1931, I, 664; RASELLI, *Appello a giudice incompetente e decorrenza del termine per appellare*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 64; MENESTRINA, *Il processo avanti a giudice incompetente e la condanna nelle spese*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, II, 228. In giurisprudenza vedi Cass. 20.03.1925, con nota di PUGLIESE, *Rescissione di vendita e domanda a giudice incompetente*, *Riv. dir. proc. civ.*,

Chiovenda, tuttavia, ferma l'equivalenza competenza/presupposto processuale, riteneva, con opinione assolutamente minoritaria, che la sentenza di incompetenza non comportasse cessazione della litispendenza: posto infatti che il correre della prescrizione è incompatibile con la litispendenza, l'esistenza nel codice civile dell'articolo 2125, il quale disponeva che "la prescrizione è interrotta in forza di una domanda giudiziale sebbene fatta davanti a giudice incompetente", doveva "gioco-forza" condurre ad ammettere che, perdurando l'effetto interruttivo della prescrizione anche a seguito di sentenza di incompetenza, la sentenza medesima non determinasse la cessazione della lite, la quale doveva considerarsi "tutt'ora pendente, per quanto alla prima citazione risalga il solo effetto relativo all'interruzione della prescrizione".⁹ L'A. rafforzava il proprio ragionamento osservando che, d'altro canto, con la sentenza di incompetenza "la domanda ancora non è stata definitivamente accolta, nè respinta, nè dichiarata improcedibile": orbene, esistendo ancora l'aspirazione delle parti ad ottenere un provvedimento di merito favorevole (aspirazione in cui Chiovenda riteneva "consistere" la litispendenza), il processo doveva considerarsi ancora pendente.

Fondata o meno che fosse la critica di "incoerenza" imputata al ragionamento condotto da Chiovenda¹⁰, ciò che è significativo è che l'illustre A., anche in

1925, II, 286 ss., la quale precisa che gli effetti processuali della domanda proposta al giudice incompetente si esaurivano con il rigetto della domanda stessa per incompetenza; Cass.24.03.1936, con nota di MENESTRINA, cit., 234, la quale, sebbene *incidenter tantum*, afferma che "la eventuale riproposizione davanti alla sede competente costituisce non la prosecuzione...del primo giudizio annullato, sibbene la istituzione autonoma di un nuovo giudizio in base a nuova domanda". Ed ancora, nel senso che la dichiarazione di incompetenza chiude il processo, Cass. 11.03.1936, *Sett. della Cass.*, 1936, col. 417, n. 848; Cass. 26.02.1937, *ibidem*, 1937, col. 450, n. 592.

⁹ CHIOVENDA, *Rapporto giuridico processuale*, cit., 388. L'Autore precisava inoltre che, dichiarata l'incompetenza da parte del giudice adito, non essendovi stata alcuna pronuncia sulla domanda, ma essendo la lite comunque pendente, corresse la perenzione: l'attore, in altri termini, per conservare l'effetto interruttivo della prescrizione, doveva "riprendere" la causa davanti al giudice competente entro il termine, decorrente dalla dichiarazione di incompetenza, prescritto per la perenzione d'istanza. Sulla perenzione d'istanza vedi gli artt. 388-342 c.p.c. (1865) nonché, per una chiara disamina dell'istituto, il *Commentario del codice di procedura civile dei sigg.ri Pisanelli, Scialoja e Mancini*, coordinato dal Galdi, Napoli, 1877, IV, 17 e ss.

¹⁰ MENESTRINA, *Il processo avanti a giudice incompetente*, cit., 230, il quale sottolinea che, per Chiovenda, "mentre la constatazione della mancanza d'altri presupposti

assenza di una norma quale l'art.50 c.p.c. e di tutte le conseguenze che la previsione di una *translatio* a livello di diritto positivo comporta (conseguenze in termini di conservazione degli effetti sostanziali della domanda che, ad eccezione dell'effetto interruttivo della prescrizione, Chiovenda non riconosce¹¹), prospetti la "continuazione" del processo dinanzi al giudice competente, e non la riproposizione *ex novo* della domanda¹², per effetto tuttavia - è opportuno precisarlo - non di un rinvio delle parti dinanzi al giudice competente operato dal giudice originariamente adito, ma sempre e comunque di un atto di parte.

Il Maestro, infatti, non si spingeva oltre, non negava cioè il valore pieno del principio Kompetenz-Kompetenz, che rappresentava, nella specifica materia della competenza, l'applicazione della regola generale alla stregua della quale, essendo ciascun giudice competente a decidere solo sui presupposti processuali attinenti al processo instaurato dinanzi a lui, le relative decisioni non potevano in alcun modo vincolare gli altri giudici dinanzi ai quali fosse instaurato un nuovo identico processo. La sentenza declinatoria della competenza, in altri termini, per quanto contenente un'implicita affermazione e/o negazione della competenza di un altro giudice, non poteva comunque vincolare il nuovo giudice dinanzi al quale la domanda fosse stata eventualmente riproposta, il quale, pertanto, era libero di emettere una decisione anche in contrasto pratico con la pronuncia resa dal primo giudice¹³.

processuali si fa con sentenza che chiude il processo, la pronuncia di incompetenza non tocca la litispendenza".

¹¹ CHIOVENDA, *Principii*, cit., 491.

¹² Nel senso che la dichiarazione di incompetenza chiude solo uno stadio del processo vedi, con riferimento alla facoltà per il giudice di rimettere la decisione sulle spese al giudice competente, Cass. 17.01.1934, *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, II, 213, con nota critica di MENESTRINA, cit.; nonchè Cass. 15.07.1933, *Foro it.*, Rep. 1933, voce *Spese giud.*, n.140. In dottrina vedi MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, IV, 302, il quale riteneva che l'applicazione del principio dell'unità fondamentale dell'organizzazione politica comportava la conseguenza "logica e giuridica" che la decisione di incompetenza, chiudendo una prima fase anomala del rapporto processuale, "additava il giudizio competente" mettendo in grado colui che errò di provvedere alla continuazione del rapporto processuale, "trasferendo l'istanza a codesto giudizio".

¹³ CHIOVENDA, *Principii*, cit., 370; REDENTI, *Profili*, cit., 316; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., 154; GIONFRIDA, *La competenza nel nuovo processo civile*, Trapani, 1942, 424; ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, Padova. 1990, 20.

Anche nel vigore del codice del 1865, tuttavia, il principio kompetenz – kompetenz conosceva un temperamento: se infatti la decisione sulla competenza (*rectius* la individuazione del giudice competente) proveniva dalla Corte di cassazione, allora essa vincolava il giudice dinanzi al quale la domanda sarebbe stata riproposta.

Due erano le strade che potevano condurre la Corte di cassazione a pronunciarsi sulla competenza: a seguito dei successivi gradi di impugnazione del capo della sentenza contenente la decisione sulla competenza, ovvero a seguito della proposizione del regolamento di competenza¹⁴.

¹⁴ Tale ultimo istituto conosceva un ambito di applicazione totalmente differente rispetto al regolamento di competenza disciplinato dagli artt. 42 e ss. c.p.c..

In ipotesi di litispendenza o di connessione tra cause pendenti dinanzi a giudici diversi, alla individuazione del giudice competente sulla causa, ovvero su tutte le cause connesse, dinanzi al quale avrebbe dovuto o potuto realizzarsi la riunione di procedimenti, poteva giungersi o attraverso l'accordo delle parti, o, in caso di contrasto, mediante la proposizione di un'eccezione di connessione con indicazione del giudice investito della causa connessa dinanzi al quale veniva richiesta la rimessione della causa, od ancora, mediante la domanda di regolamento di competenza (art. 108 c.p.c.). La proposizione dell'eccezione di declinatoria del foro per connessione non precludeva la domanda di regolamento, a meno che l'eccezione fosse stata rigettata e, impugnata la relativa decisione, il giudice del gravame avesse pronunciato anche in merito, ovvero fosse coinciso con la stessa autorità giudiziaria competente a provvedere sul regolamento (art.109 c.p.c.).

La domanda di regolamento era proposta all'autorità giudiziaria immediatamente superiore rispetto a quelle investite delle cause connesse. Essa aveva la forma del ricorso, firmato dalla parte o da un procuratore speciale, ed accompagnato dall'indicazione degli atti e documenti di causa che rimanevano depositati nella Cancelleria dei giudici aditi sul merito (art.110). Ove il giudice investito del regolamento "reputava" (con valutazione di verosimiglianza) la domanda fondata, emanava un decreto con il quale ordinava che il ricorso ed il decreto fosse notificato in un termine perentorio alle altre parti, e concedeva un termine per la proposizione di un eventuale controricorso. Con il medesimo provvedimento il giudice "poteva" ordinare la sospensione delle cause finchè non fosse regolata la competenza (art.111 c.p.c.). Istruita la causa, la domanda poteva anche essere rigettata (con eventuale condanna alle spese del ricorrente: art.115 c.p.c.). Se l'autorità giudiziaria cui era stato richiesto il regolamento non era la Corte di cassazione, la sentenza sul regolamento poteva essere impugnata per cassazione, ed in questo caso sarebbe stata la Corte a decidere definitivamente sulla questione.

In siffatta ipotesi il conflitto di competenza era un conflitto virtuale, ed il regolamento aveva lo scopo di evitare la molteplicità dei giudizi e delle decisioni. Il regolamento di competenza poteva aver luogo, con procedura identica, anche in caso di conflitto attuale, quando, cioè, due o più giudici si fossero dichiarati competenti (conflitto positivo) o incompetenti (conflitto negativo) a giudicare sulla medesima causa (art.115 c.p.c.). Sul regolamento in generale vedi CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., II, 127 e ss.; ID., *Principii*, cit., 567 e ss.; REDENTI, *Profili*, cit., 307 e ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1964, 322.

In entrambi i casi, alla Suprema Corte era riconosciuto il potere di statuire sulla competenza, di dichiarare, cioè, con decisione “necessariamente definitiva”, il giudice fornito di competenza, il quale non avrebbe potuto in alcun modo declinare la competenza attribuitagli dalla Corte (di qui la portata vincolante della pronuncia dell’organo supremo di giurisdizione)¹⁵.

3. Era dunque acquisito, vigente il codice del 1865, e salva la contraria opinione di Chiovenda, che il difetto di competenza ponesse fine al processo.

E’ tuttavia singolare che la giurisprudenza maggioritaria affermasse che, nel diverso ambito del giudizio di appello, la citazione proposta a giudice incompetente fosse idonea non solo a costituire il rapporto processuale in fase di gravame, ma anche ad impedire la decadenza del termine per appellare¹⁶.

La posizione di siffatto principio di diritto determinò – e non poteva essere altrimenti – un acceso dibattito nella dottrina dell’epoca. Vi era innanzitutto chi riteneva che, analogamente a quanto si verificava in primo grado, sebbene l’atto di citazione in appello davanti a giudice incompetente fosse valido ed il rapporto giuridico processuale costituito, la carenza di un presupposto processuale, quale appunto era la competenza, rendesse il rapporto viziato e come tale improduttivo di effetti, con la conseguenza che all’atto introduttivo del giudizio davanti a giudice incompetente non poteva attribuirsi efficacia impeditiva della decadenza dai termini. Pertanto, ove il termine perentorio di cui all’art. 485 c.p.c. fosse già decorso (diversamente, era possibile riproporre *ex novo* l’appello), dalla errata proposizione dell’appello non poteva che derivare il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado¹⁷. Vi era al contrario chi,

¹⁵ CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 124.

¹⁶ Tra la giurisprudenza di legittimità vedi Cass. 22.12.1904, *Foro it.*, 1905, I, 493; Cass. 20.01.1923, *Giur. it.*, 1923, I, 1, 120; Cass. 10.12.1923, *Foro it.*, 1924, I, 163; Cass. 23.01.1931, *Giur. it.*, 1931, I, 1, 512; Cass. 07.07.1931, *Giur. it.*, 1931, I, 1, 1058; Cass. 10.08.1934, *Foro it.*, 1934, I, 1490; Cass. 30.06.1945, n.503, *Giur. comp. cass. civ.*, 1945, II, n.309. Tra la giurisprudenza di merito vedi, invece, App. Bologna 07.07.1924, *Giur. it.*, 1924, I, 2, 674; Trib. Acque Torino 17.06.1925, *Foro it.*, 1926, I, 60.

¹⁷ Già PISANELLI, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, IV, n.432 e ss. chiariva che essendo l’appello a giudice incompetente idoneo a “provocare il riesame della controversia”, esso non impediva il passaggio in giudicato della sentenza. In seguito, e nel senso indicato nel testo, argomentavano CHIOVENDA, *Principii*, cit., 986; ID, *Istituzioni*, cit., 537, dove l’A. chiarisce che “la necessità di affrettare il

conformandosi alle statuizioni della giurisprudenza, riteneva che l'appello a giudice incompetente impedisse la decadenza del termine per appellare. Tra costoro, e nella stessa giurisprudenza, non vi era però concordia nell'individuare sia la *ratio* giustificatrice di siffatto meccanismo "salvifico", sia il *dies a quo* di decorrenza del "nuovo" termine per appellare. E così, nella giurisprudenza si attribuiva rilievo alla circostanza che l'appellante, nonostante avesse errato nell'individuazione del giudice competente, aveva comunque manifestato la volontà di impugnare, il che era sufficiente ad impedire la decorrenza del termine di decadenza di cui all'art. 485 c.p.c.¹⁸. In dottrina, invece, c'era chi (con opinione risalente e successivamente superata) operava un'applicazione analogica dell'art.2125 c.c. al termine di decadenza¹⁹; e chi²⁰, invece, riteneva che il rapporto processuale continuasse, trasmigrasse presso il giudice competente, con la conseguenza che gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale, e tra essi anche l'impedimento della decadenza, andavano ricollegati alla domanda introduttiva dell'appello proposta a giudice incompetente. Il termine per appellare, poi, per alcuni ricominciava a decorrere

passaggio in giudicato della sentenza, la natura funzionale della competenza del giudice d'appello, la minor facilità di errare nell'invocazione del giudice di secondo grado spiegano il diverso trattamento fatto qui dalla legge alla citazione di primo grado e d'appello"; CARNELUTTI, *Appello davanti a giudice incompetente*, *Riv. dir. comm.*, 1918, I, 165 il quale, tuttavia, in seguito muta opinione (vedi *infra*, nt.22); SCADUTO, *Sugli effetti cd. conservativi della domanda davanti a giudice incompetente*, *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, 764 e ss.; RASELLI, *Appello a giudice incompetente e decorrenza del termine per appellare*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 58; REDENTI, *Profili*, cit., 346. In giurisprudenza vedi Cass. 20.03.1925, cit., per la quale non è ammissibile l'applicazione estensiva dell'art. 2125 c.c., dettata per il termine di prescrizione, ad un termine di decadenza.

¹⁸ Cass. Firenze 22.12.1904, cit.; Cass. 10.10.1934, cit.; App. Bologna, 23.07.1930, *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, 58, con nota di RASELLI, cit.;

¹⁹ CABERLOTTO, *Dell'appello proposto innanzi a giudice incompetente*, *Annuario di proc. civ.*, 1884, II, 26; GIANZANA, *Dell'appello proposto innanzi a giudice incompetente*, *Annuario*, cit., 16 e ss.; ENRICO, *Dell'appello a giudice incompetente*, *Annuario*, cit., 1888, IV, 18 e ss.

²⁰ In particolare per MORTARA, *Commentario*, IV, n.187, l'incompetenza del giudice è materia di eccezione dilatoria, e la sentenza che accoglie questa eccezione non estingue il processo ma ne differisce la decisione col trasmetterne l'ufficio ad altro organo; per SICILIANI, *Sull'effetto dell'appello proposto a giudice incompetente*, *Giur. it.*, 1904, 190 e ss., invece, mentre la citazione a giudice incompetente è idonea solo a proporre appello, la sentenza di incompetenza si configura quale provvedimento preliminare, atteso che è solo con siffatto atto di accertamento della competenza che avviene l'investitura del magistrato competente; per D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti tra le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, 1912, n.148, 302 e ss., infine, la pronunzia di incompetenza renderebbe nullo solo il processo svoltosi dinanzi al giudice incompetente, non anche l'atto introduttivo. Per la critica a queste opinioni vedi SCADUTO, cit., 753 e ss.

dalla sentenza declaratoria dell'incompetenza²¹, per altri dalla notificazione della sentenza declaratoria dell'incompetenza²², e per altri ancora, proposto appello a giudice incompetente e dichiarata l'incompetenza, stante la natura riassuntiva della nuova citazione, l'unico termine di decadenza applicabile rimaneva quello previsto per la perenzione d'istanza²³.

4. La diatriba sull'appello proposto al giudice incompetente evidenzia che già nel vigore del vecchio sistema codicistico, dove pure mancava una norma quale l'art.50 c.p.c., si ammetteva l'idea di un giudizio che potesse trasmigrare da un giudice all'altro. A ben considerare, quella dell'appello non era la sola ipotesi di *translatio* conosciuta (*rectius* riconosciuta dall'elaborazione giurisprudenziale e, in parte, dottrinale) al tempo del codice del 1865. Si discorreva, anzi, unanimemente, di "continuazione del rapporto e della litispendenza" in tutti i casi di incompetenza sopravvenuta, determinata dalle ipotesi in cui, proposta una domanda riconvenzionale (art.101, co.2, c.p.c.) od un'eccezione di compensazione (art.102, co.2, c.p.c.), ovvero richiesto un accertamento incidentale (inteso in senso atecnico come giudizio di accertamento che si innesta su un procedimento già in corso: art.614 c.p.c.e 627 c.p.c.)²⁴, il giudice

²¹ Cass. 07.07.1931, cit..

²² Cass. 19.04.1940 e Cass. 11.07.1940 (la quale, tuttavia, preme rilevarlo, afferma che in mancanza di una disposizione di legge, doveva escludersi "l'asserita continuità del processo e riconoscere la necessità di un nuovo atto di citazione, introduttivo del giudizio dinanzi al giudice competente"), entrambe in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, II, 15, con nota critica di CARNELUTTI, *Termine a proporre l'appello davanti al giudice competente dopo la dichiarazione di incompetenza del primo giudice adito?*; Cass. 30.06.1945, n.503, cit..

²³ MORTARA, cit., n.187 *bis*; CARNELUTTI, *Termine a proporre l'appello*, cit., 25 il quale, con mutamento di opinione, riconosce la validità dell'appello proposto a giudice incompetente e ritiene "impeccabile" la tesi che il processo possa essere riassunto "fino a che del processo iniziato con la citazione precedente non sia avvenuta la perenzione"; Cass. Firenze, 22.12.1904, cit.; Cass. Torino 09.03.1905, *Foro it.*, 1905, I, 495; Cass. 07.07.1931, cit.; Cass. 10.10.1934, cit.; App. Bologna, 07.07.1924, cit.; Trib. Acque Torino, 17.06.1925, cit.. In tutte queste sentenze vi è l'esplicito riferimento al meccanismo della trasmigrazione, del trasferimento del processo di appello che continua dinanzi al giudice competente.

²⁴ Più in particolare, l'art.101, co.2, disponeva: "Quando le azioni in riconvenzione eccedano per materia o valore i limiti della loro competenza, essi devono rinviare le parti davanti l'autorità competente per l'azione principale e per quella in riconvenzione"; l'art.102, co.2, c.p.c. disponeva: "Quando il credito opposto in compensazione sia impugnato ed ecceda i limiti della detta competenza, essi devono rinviare le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale e per la compensazione"; l'art.614 c.p.c., posta la competenza del pretore sul

originariamente adito, rilevata la propria incompetenza a decidere sulla riconvenzionale, sulla compensazione opposta e contestata, o sull'accertamento richiesto, "rimetteva" le parti dinanzi al giudice competente (fissando l'udienza innanzi all'organo di rinvio, ovvero onerando le parti alla ripresa del processo). Il provvedimento di rinvio "liberava" il giudice adito dall'obbligo di pronunciare in merito, e contemporaneamente radicava in capo ad altro giudice siffatto specifico obbligo. Le attività anteriormente compiute conservavano efficacia, e gli effetti della domanda giudiziale dovevano essere ricondotti alla citazione originaria: semplicemente, si aveva una trasformazione soggettiva del rapporto giuridico processuale, con il passaggio del giudizio dal giudice inferiore al giudice superiore²⁵.

Concretava, inoltre, un'ipotesi di "continuazione" della causa quella disciplinata dall'art.544 c.p.c.: stante l'efficacia vincolante della designazione di competenza operata dalla Corte di Cassazione²⁶, ogni qual volta questa cassava la sentenza per violazione delle norme di competenza, "rimandava" la causa all'autorità competente²⁷.

In tutti i casi menzionati, al provvedimento di rinvio conseguiva l'onere della parte (la più diligente) di "riprendere" il processo mediante un atto avente la forma di una citazione in via sommaria (art.546 c.p.c.), da effettuarsi nel termine prescritto per la perenzione di istanza²⁸.

pignoramento mobiliare presso terzi, prevedeva che ogni qual volta doveva procedersi all'accertamento dell'obbligo del terzo, "...il pretore, quando non sia competente, rimette a udienza fissa le parti davanti il tribunale civile"; l'art.647 c.p.c., infine, disciplinava l'istituto dell'opposizione di terzo all'esecuzione e disponeva che, proposta opposizione, "il pretore ordina la sospensione della vendita...e pronuncia egli stesso, se sia competente per valore; quando non sia competente rimette le parti a udienza fissa davanti il Tribunale civile". Per le altre ipotesi di rimessione della causa a giudice diverso leggi gli artt.126 (ricusazione), 406, 431 e 455 (querela di falso), 472 e 492 (rinvio al giudice di primo grado), 647 (opposizione in separazione), 652 (contestazione in sede di riparto), 940 (denuncia di nuova opera e di danno temuto).

²⁵ CHIOVENDA, *Principii*, cit., 492; BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., 184; REDENTI, *Profili*, cit., 343.

²⁶ Questa la giustificazione giuridica della previsione di legge in discorso: vedi SCADUTO, *Sugli effetti*, cit., 756.

²⁷ CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 472; Cass. Firenze, 22.12.1904, cit., 498.

²⁸ Sull'istituto della riassunzione disciplinato dal codice del 1865 vedi SALETTI, *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981, 19 e ss.

5. La previsione, a livello di diritto positivo, della trasmigrazione da un giudice ad un altro di un processo da considerarsi “unico”, per quanto confinata ad ipotesi eccezionali, ha senz’altro costituito il punto di partenza per l’elaborazione di numerosi progetti di riforma del codice di rito che prevedessero, anche in caso di declinatoria di incompetenza, la *translatio iudicij*.

Agli studiosi dell’epoca, infatti, non poteva sfuggire che la limitata efficacia giuridica della sentenza sulla competenza, inidonea a vincolare il giudice indicato come competente, potesse essere foriera di notevoli inconvenienti, primo fra tutti il rischio per l’attore di ottenere una molteplicità di sentenze di rigetto in rito della domanda, e perciò, per la causa, di andare “errando d’uno in altro tribunale, prima di trovare il suo giudice”²⁹.

Già negli anni venti Chiovenda si fece pertanto latore di una “proposta di apparente arditezza” che contemplava l’obbligo, per l’autorità giudiziaria dichiaratasi incompetente, “se una parte ne faccia istanza, di rimettere le parti innanzi all’autorità giudiziaria competente, ove questa possa essere determinata; divenuta definitiva la sentenza, la causa si considererà senz’altro come pendente davanti l’autorità giudiziaria a cui le parti furono rimesse, e questa dovrà conformarsi alla decisione data sulla questione di competenza”³⁰.

Il progetto di Chiovenda non ebbe sviluppo legislativo, ma è significativo che con esso si sia tentato il superamento di antichi retaggi (in particolare, della regola kompetenz-kompetenz), superamento la cui necessità era avvertita anche da chi criticava aspramente ogni discorso su “trasmigrazione e/o

²⁹ CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopoguerra, Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931 (ora rist. 1993), 87.

³⁰ CHIOVENDA, *op. ult. cit., ibidem*. CIPRIANI, *Il regolamento facoltativo di competenza*, *Riv. dir. proc.*, 1976, 517, osserva che l’arditezza del disegno chiovendiano non stava nel far continuare il processo davanti al giudice *ad quem*, ma nell’introduzione della vincolatività della sentenza sulla competenza nei confronti del giudice *ad quem*. Ecco perché, per attenuare agli occhi dei giudici la portata della novità, Chiovenda ricorse al regolamento di competenza che devolveva il giudizio sulla competenza “all’autorità immediatamente superiore da cui dipende tanto il giudice che ha pronunciato quanto il giudice a cui le parti furono rimesse”.

continuazione” di un processo iniziato dinanzi a giudice sfornito di competenza³¹.

Negli stessi anni, d’altro canto, il concetto di rapporto processuale era sottoposto a revisione critica³², e ciò sia per lo spostamento della dottrina verso la concezione astratta dell’azione (con conseguente svilimento della contrapposizione tra presupposti del rapporto processuale e condizioni dell’azione, risalente a Chiovenda e che sottendeva l’adesione alla concezione concreta dell’azione), sia, soprattutto, per l’inidoneità del concetto di rapporto processuale ad esprimere, oltre che una relazione tra due o più soggetti regolata dal diritto, il fattore “tempo” in cui si ravvisa l’essenza giuridica del processo. In questo contesto si valorizzava la domanda come atto, e la competenza non era più considerata un presupposto processuale, ma un requisito esterno (alla domanda) necessario perché la domanda “spieghi il massimo della sua efficacia”³³

Quando, pertanto, il Guardasigilli Solmi mise a punto il proprio progetto di riforma del codice di procedura civile, poteva ben dire che le norme disciplinanti il difetto di competenza e giurisdizione, ed ancor più l’istituto del regolamento di competenza, completamente revisionato³⁴, avevano, già

³¹ MENESTRINA, *Il processo davanti a giudice incompetente*, cit., 228 e ss., nel ribadire che “una parola del legislatore è sempre necessario perché l’individualità del processo sopravviva alla scomparsa d’un soggetto processuale”, non poteva fare a meno di prospettare *de iure condendo* la unificazione dei due processi (“per essa il giudice competente continua il processo, prendendolo al punto in cui è stato lasciato dal suo antecessore; confessioni, ammissioni, conclusioni, attività di testi e di periti conservano il loro pieno valore”), quale logico sviluppo di un indirizzo legislativo già presente in “parecchi articoli del codice vigente”.

³² RICCA BARBERIS, *Due concetti infecundi: negozio e rapporto processuale*, *Riv. dir. proc. civ.* 1930, II, 191 e ss; INVREA, *La giurisdizione concreta e la teorica del rapporto giuridico processuale*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, 33 e ss. Sulle ragioni di crisi del rapporto giuridico processuale vedi, per tutti, MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, *Nov. Dig. It.*, Torino, 1966, XIII, 787 ss..

³³ ALLORIO, *Rigetto della domanda e reviviscenza della prescrizione*, cit., 229 e ss. Per un quadro completo dell’evoluzione del pensiero degli autori dell’epoca vedi ARIETA, *La sentenza*, cit., 102 e ss.

³⁴ Il regolamento di competenza “revisionato” dal progetto Solmi poteva essere esperito contro la sentenza dichiarativa di incompetenza, ed in tal caso era necessario (art.127) perchè l’unico mezzo di impugnazione proponibile avverso la sentenza; poteva essere esperito contro la sentenza con cui il giudice, pronunciando il merito della causa, si dichiarava competente, ed in tal caso era mezzo di impugnazione facoltativo (art.128); e poteva essere richiesto d’ufficio dal giudice che si riteneva

all'indomani della pubblicazione del progetto preliminare “riscosso il plauso generale in quanto (l'istituto del regolamento di competenza) riesce veramente a rendere possibile la rapida e definitiva risoluzione delle questioni di competenza, vantaggio assai notevole quando si pensi alle complicazioni ed alle lungaggini a cui esse oggi danno luogo”³⁵.

Nel progetto definitivo Solmi, invero, ancora mancava una norma analoga al nostro art.50 c.p.c. ma, ferme le ipotesi di continuazione del processo già contemplate dal codice del 1865³⁶, è degno di nota che l'esito del regolamento di competenza consisteva in una ordinanza³⁷ che non solo “regola(va) la competenza”, determinando l'Autorità Giudiziaria competente a conoscere della domanda, ma con la quale dovevano anche darsi i provvedimenti occorrenti per la prosecuzione della causa previa fissazione di un termine perentorio per la riassunzione, pena l'estinzione del processo; un'ordinanza, questa, vincolante per il giudice dinanzi al quale le parti erano rimesse, e ciò anche se (per lo più) pronunciata da un giudice di merito (la Corte di Appello: art. 134).

I tempi per la introduzione di una norma, che disponesse la riassunzione della causa, e perciò la *translatio iudicii*, in tutte le ipotesi di riconoscimento o dichiarazione dell'incompetenza del giudice adito, erano ormai maturi.

incompetente in seguito ad una precedente dichiarazione di incompetenza di altro giudice (conflitto negativo virtuale: art.130). Il regolamento poteva inoltre essere richiesto nei casi in cui il giudice, affermando o negando la litispendenza, la connessione o l'accessorietà di lite, rinviasse o rifiutasse di rinviare le parti ad altro giudice (art.131 e 132). Competente a decidere sul regolamento era la Corte di Appello, a meno che i giudici dei quali si impugnava il regolamento non appartenessero a diverse corti di appello: in tal caso era prevista la competenza della Corte di cassazione.

³⁵ SOLMI, *Codice di procedura civile. Progetto e relazione*. Roma, 1939, 43.

³⁶ Ci si riferisce alle ipotesi di spostamento della competenza per effetto della proposizione di una questione incidentale, di una domanda riconvenzionale o delle ricorrenza di una ipotesi di connessione (vedi artt.121, 122 e 126 del progetto definitivo Solmi). Qui, però, diversamente che nel codice del 1865, è introdotto l'obbligo per il giudice che dispone la rimessione della causa di fissare un termine perentorio per la riassunzione.

³⁷ “...la forma dell'ordinanza risponde al sistema del progetto perché il provvedimento del giudice regolatore riapre il giudizio e lo fa continuare dinanzi all'autorità competente”: SOLMI, *Codice*, cit., 47.

CAPITOLO SECONDO

LA TRASLAZIONE DEL PROCESSO PER INCOMPETENZA NEL CODICE DEL 1940.

1. Il principio dell'unità della giurisdizione. I presupposti processuali e la competenza. La deroga al principio kompetenz-kompetenz. 2. La traslazione del processo per incompetenza del giudice adito: gli articoli 38 e 44 c.p.c.. 3. La incompetenza territoriale semplice del giudice adito: l'accordo sulla competenza e le conseguenze della sua inosservanza. 4. La incontestabilità della competenza del giudice *ad quem* a seguito di traslazione del processo in conseguenza della violazione di un criterio attributivo della competenza per valore, per materia e per territorio inderogabile. Cenni al regolamento di ufficio 5. Oggetto della sentenza di incompetenza e potere del giudice della riassunzione. 6. Risultati dell'indagine

1. “Di tutte le questioni pregiudiziali che si possono presentare sulla soglia del processo il Codice ha curato con particolare attenzione la disciplina delle questioni di competenza, inesausta fonte, nel processo finora in vigore, di complicazioni e di speculazioni dilatorie (...) Per evitare le eccezioni di incompetenza proposte a scopo puramente dilatorio, e la riproposizione della stessa questione di competenza di fronte a giudici diversi, si è notevolmente ristretto l'ambito del principio tradizionale e risalente ad una concezione patrimoniale, oggi tramontata, della giurisdizione, secondo il quale ad ogni giudice dovrebbe essere riservata in maniera esclusiva la competenza a decidere sulla propria competenza; e si è adottato, nei limiti che ora preciseremo, il principio accolto in altre legislazioni e meglio rispondente all'idea moderna dell'unità della giurisdizione, secondo il quale la decisione passata in giudicato con cui il giudice prima adito si dichiara incompetente e designa come competente un altro giudice, è in certi casi, vincolante per il giudice dinanzi al quale le parti sono rimesse per la continuazione della processo”³⁸.

Deroga al principio kompetenz-kompetenz e possibile prosecuzione del processo a seguito di sentenza declinatoria della competenza rappresentano la

³⁸ Relazione Ministeriale n.26 per la quale vedasi ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1957, I, 164.

punta dell'icerberg della rivoluzione - tutta racchiusa negli articoli dal 44 al 50 del c.p.c. - compiuta dal legislatore del 1940 in materia di competenza.

E' mutata, innanzitutto, l'idea che si ha della funzione giurisdizionale ordinaria. Essa, infatti, sebbene distribuita tra organi diversi e distinti, per esigenze pratiche e di garanzia del cittadino che fa ricorso alla tutela giudiziaria dei propri diritti, promana comunque da una "medesima sorgente", con la conseguenza che gli organi di cui si compone la giurisdizione restano collegati tra loro, ed in reciproci rapporti (principio dell'unità della giurisdizione): ogni giudice è, pertanto, potenzialmente investito del complesso delle attribuzioni spettanti ai giudici ordinari, mentre in concreto ne ha l'esercizio secondo una misura limitata, che ne delinea, appunto, la competenza³⁹.

E' mutato, inoltre, l'inquadramento sistematico della competenza.

Di essa, infatti, è ancora possibile continuare a discorrere come di un presupposto processuale⁴⁰. Ma si deve avere ben presente che il punto di riferimento dei presupposti processuali non è più il rapporto giuridico processuale, bensì l'atto introduttivo del giudizio civile (cosicché appare tecnicamente più corretto utilizzare la diversa terminologia di presupposti della domanda), e che la competenza si annovera tra quei requisiti della domanda che condizionano non l'esistenza del processo, e con esso l'obbligo del giudice di rendere una pronuncia qualsiasi (così, invece, la giurisdizione in senso ampio, la capacità di essere parte), ma la perseguibilità del processo, e con esso l'obbligo del giudice di rendere una pronuncia di merito. Essa, più in particolare, rappresenta un presupposto di ulteriore (rispetto a quello di validità) procedibilità della domanda, la cui mancanza determina l'inidoneità del giudizio a pervenire alla trattazione del merito, e fonda l'obbligo del giudice di

³⁹ ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1951, 149; SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo dall'arbitro al giudice ordinario*, *Giust. civ.*, 1961, I, 1839.

⁴⁰ GIONFRIDA, *La competenza nel nuovo processo civile*, Trapani, 1942, 36 ss. e successivamente ID., *Competenza in materia civile*, *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 42; CALAMANDREI, *Diritto processuale civile*, II, Padova, 1943, 154; ATTARDI, *Sulla traslazione*, cit., 153 ss.; MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, cit., 791 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, 1964, 75; BONGIORNO, *Il regolamento di competenza*, Milano, 1970, 39 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1980, I, 48.

emettere una sentenza che, preso atto della validità della domanda, dichiararsi siffatta inidoneità⁴¹.

La cartina di tornasole della correttezza di siffatto inquadramento è rappresentato proprio dal “nuovo” articolo 50 del c.p.c. del 1942, alla cui stregua il difetto di competenza impedisce la proseguibilità del processo dinanzi al giudice adito, il quale deve pertanto dichiarare la carenza del requisito in parola, ponendo in essere il primo atto di una fattispecie a formazione progressiva di carattere sanante che consentirà, se compiutamente realizzata, il successivo svolgimento del processo dinanzi al giudice fornito di competenza.

⁴¹ L'impostazione accolta nel testo è l'impostazione di Mandrioli, la quale è compiutamente esposta nella voce *Presupposti processuali*, cit.. E' tuttavia doveroso evidenziare che non tutti coloro che configurano la competenza quale presupposto processuale operano le distinzioni tra i singoli presupposti nel senso detto. Così, per esempio, Attardi, *op. cit.*, 153 ss., distingue tra presupposti che condizionano il valido instaurarsi del processo, e presupposti dei singoli atti processuali (delle parti o del giudice), e qualifica la competenza quale specifico requisito dei singoli atti del giudice il cui difetto non impedisce la prosecuzione del processo fino alla pronuncia di merito. Gionfrida, *op. ult. cit.*, 42, invece, distingue tra presupposti processuali in senso stretto, necessari per la valida instaurazione del rapporto processuale, e presupposti processuali in senso lato, nella cui categoria rientrerebbe, appunto, la competenza, che costituiscono condizioni del provvedimento di merito. Bongiorno, *op. cit.*, 43, infine, definisce la competenza, più semplicemente, quale presupposto per la trattazione di merito e per la pronuncia, favorevole o sfavorevole, sulla domanda.

Non mancano, d'altra parte, gli autori che, pur rifiutando l'utilizzazione del termine “presupposto processuale”, concordano poi nel ritenere la competenza una condizione della trattazione e decisione della causa nel merito, ovvero un requisito dei provvedimenti del giudice. Il vero è, allora, che, indipendentemente dalla terminologia adoperata, non si dubita che la competenza del giudice adito, se mancante, non condiziona la validità della domanda, cosicché l'unica distinzione che attualmente rileva, per le conseguenze che vedremo derivarne in ordine all'efficacia degli atti compiuti dal e dinanzi al giudice incompetente, è tra coloro che qualificano la competenza quale requisito della trattazione e decisione del merito (o, il che è lo stesso, del solo provvedimento finale del giudice) (SELLA, *Sull'efficacia degli atti istruttori compiuti dinanzi a giudice incompetente*, *Giur. it.*, 1954, I, 2, 173; CAMBER, *Rapporti tra competenza e merito*, Padova, 1958, 115 ss.; GIONFRIDA, *Competenza in materia civile*, cit., 42; BONGIORNO, *Il regolamento*, cit., 49; SEGRE', *Premesse sulla competenza*, *Commentario al codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, I, Torino, 1973, 98; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 147), e coloro che invece la qualificano quale requisito dei singoli atti e/o provvedimenti del giudice (ATTARDI, *Sulla traslazione*, cit., 149; MASSARI, *Del regolamento di giurisdizione e di competenza*, *Comm. cod. proc. civ.* diretto da E. Allorio, I, cit., 620; ACONE, *Codice di procedura civile commentato* a cura di Verde-Vaccarella, Torino, I, 1997, 504; ACONE-SANTULLI, *Competenza (dir. proc. civ.)*, *Enc. giur.*, VII, Roma, 1989, 3; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 269).

E' mutata, infine, la "forza" del principio kompetenz-kompetenz.

Il giudice incompetente adito erroneamente dall'attore, infatti, nel dichiarare la propria incompetenza, non si limiterà ad affermare la carenza del proprio potere di trattare e decidere la causa nel merito, ma dovrà anche indicare il giudice competente (art.44 c.p.c.); un'indicazione, questa, che produrrà effetti diversi a seconda che la causa sia o meno riassunta nel termine assegnato dinanzi al giudice di cui è stata dichiarata la competenza, ed a seconda che il difetto di competenza consegua alla violazione dei criteri del territorio derogabile e del valore, ovvero del territorio inderogabile e della materia (aspetti problematici, anche di carattere interpretativo, su cui non si ometterà di soffermarsi), ma che, in ogni caso, costituisce un momento di rottura con il precedente sistema, nella misura in cui deroga alla vecchia regola in forza della quale ciascun giudice è legittimato a decidere esclusivamente sulla propria competenza⁴².

La deroga non è assoluta, perché non ogni indicazione ha carattere vincolante per il giudice della cui competenza si discute (v. art.45 c.p.c.), ma essa rappresenta senz'altro l'ultimo dei tre punti di frattura con il passato che hanno condotto all'introduzione del meccanismo della traslazione del processo.

2. La disciplina generale della trasmigrazione del processo dal giudice incompetente al giudice competente è contenuta negli articoli dal 44 al 50 del codice di rito.

A chi tuttavia intenda individuare le ipotesi "madri" di *translatio* non deve sfuggire la previsione dell'art.38 del c.p.c. il quale contempla, nell'ultima parte del suo secondo comma, la prima "eventualità" di trasmigrazione.

La norma, nella parte che a noi più direttamente interessa, rinviene il suo *pendant* ed il suo completamento nell'art.44 c.p.c., dal cui disposto è possibile evincere la seconda ipotesi di *translatio*.

⁴² JAEGER, *Diritto processuale civile*, Torino, 1943, 243; ANDRIOLI, *Commento*, cit., 165; GIONFRIDA, *Competenza*, cit., 81; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, 1944, 155 ss.; ANNECCHINO, *Note sul regolamento di competenza d'ufficio*, *Dir. e giur.*, 1990, 606 e 611.

Proprio per lo stretto rapporto che è possibile ravvisare tra le due norme, ed al precipuo fine di esaltare analogie e differenze tra le due ipotesi, pare interessante procedere ad una lettura parallela degli articoli menzionati.

La premessa del nostro discorso non può che rinvenirsi nel diverso regime dell'eccezione di incompetenza, e perciò nella prima parte dell'art.38 c.p.c.. Mentre infatti la violazione dei criteri di competenza per materia, valore e territorio inderogabile può essere rilevata, anche di ufficio, non oltre l'udienza di trattazione, la violazione di un criterio di competenza per territorio derogabile può essere eccepita solo dal convenuto nella comparsa di risposta⁴³.

L'eccezione di incompetenza per territorio derogabile, inoltre, è ritualmente formulata solo se da un lato evidenzia la non riconducibilità del rapporto controverso nell'ambito di competenza del giudice adito in base a tutti i possibili fori concorrenti, e dall'altro contiene l'indicazione del giudice che la parte ritiene competente⁴⁴.

La indicazione del giudice ritenuto competente è funzionale alla formazione di un accordo giudiziale sulla competenza. E' infatti possibile che le altre parti costituite concordino nel ritenere competente il giudice indicato. In siffatta evenienza il giudice adito si asterrà dall'accertare la fondatezza dell'eccezione di

⁴³ Alla luce delle modifiche introdotte al codice di procedura civile dalla l. 80/2005 di conversione in legge del cd. decreto competitività, ed in particolare, stante l'accorpamento della udienza di comparizione con la udienza di trattazione, e la reintroduzione nella comparsa di costituzione e risposta del termine ultimo per la proposizione di eccezione processuali e di merito non rilevabili di ufficio, è venuta meno l'incongruenza tra gli articoli 167, 171 e 38, co.2, c.p.c., e perciò la stessa ragion d'essere della diatriba apertasi all'indomani della legge 534/95, vertente sulla esatta individuazione del termine di proponibilità dell'eccezione di incompetenza territoriale derogabile. Per avere un quadro completo della "antica" discussione vedi: Corte di cassazione, 18.05.1998, n.4695, *Giust. civ.*, 1998, 2511, con nota di Panzarola; nonché in *Riv. dir. proc.*, 1999, 1145, con nota di Saletti; Tribunale di Napoli, 11.03.1997, *Foro it.*, 1998, I,605, con osservazioni di Scala; Trisorio-Liuzzi, *Giur. it.*, 1996, IV, 89.

⁴⁴ L'onere di eccezione del convenuto è, nell'interpretazione della giurisprudenza, particolarmente gravoso. Egli, infatti, per formulare un'eccezione valida, non solo deve contestare la competenza del giudice adito sotto tutti i possibili criteri attributivi prospettabili nel caso concreto (Cass. 23.04.1999, n.248, *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Competenza civile*, n.232; Cass. 28.07.1999, n.8224, *ibid.*, voce cit., n. 202; Cass.29.01.1996, n.664, *id.*, Rep. 1996, voce cit., n. 124; Cass.21.04.1995 n.4499, *id.*, Rep. 1995, voce cit., n. 117, tra le numerose altre), ma dovrà anche indicare, in relazione a ciascuno dei criteri di collegamento della competenza potenzialmente operanti, il giudice che considera competente, dando ragione della sua indicazione: in mancanza, la competenza territoriale resta radicata in capo al giudice adito (vedi, da ultimo, Cass. 09.06.2003, n. 9192, *Foro it.*, Rep. 2003, voce cit., n. 124).

incompetenza⁴⁵, e si limiterà ad emettere un'ordinanza con la quale, preso atto dell'accordo intervenuto tra i litiganti, disporrà la cancellazione della causa dal ruolo⁴⁶.

Da questo momento comincerà a decorrere un termine perentorio per la riassunzione (ad opera della parte più diligente) della causa dinanzi al giudice che, di comune accordo, si è individuato essere il giudice territorialmente competente. Se la riassunzione è conforme all'accordo e tempestiva, si realizza la *translatio iudicii*: il processo proseguirà dinanzi al giudice *ad quem*, del quale non sarà più consentito porre in discussione la competenza territoriale.

Diverso è il meccanismo che conduce alla trasmigrazione della causa quando i criteri di competenza violati sono quelli del territorio inderogabile, della materia e del valore. In questo caso, infatti, eccettuata o rilevata la incompetenza del giudice adito, non vi è spazio per un accordo tra le parti:⁴⁷ il giudice dovrà

⁴⁵ Il giudice non potrà impedire la formazione dell'accordo, né censurarne il contenuto, anche se questo avesse ad oggetto l'individuazione di un giudice astrattamente sfornito di competenza territoriale. In questo senso ACONE, *op.ult. cit.*, 691. *Contra* CAMBER, *Rapporti tra competenza e merito*, cit., 77 ss. Se, tuttavia, la controversia rientra nella competenza del giudice adito in forza di un criterio di competenza per territorio inderogabile, l'accordo eventualmente raggiunto tra i procuratori delle parti rimane improduttivo di effetti: in questi termini si è espressa Cass.10.06.1997, n.5147, *Giust. civ.*, 1998, I, 493, nonché, in dottrina, FRANCHI, *Difetto di giurisdizione, incompetenza, litispendenza*, *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, I, Torino, 1973, 391, per il quale "se la traslazione di competenza fosse oggetto di un loro accordo sul presupposto della violazione della competenza inderogabile il giudice non potrebbe limitare il proprio controllo all'esistenza di una valutazione convergente, ma dovrebbe esaminare la fondatezza dell'eccezione, negando la cancellazione della causa dal ruolo in caso di errore".

⁴⁶ Cass. 07.06.1985, n.3415, *Foro it.*, Rep.1985, voce *Lavoro e previdenza (contr.)*, n.169, ha chiarito che il giudice adito dinanzi al quale si è formato l'accordo non dovrà emanare alcun provvedimento decisivo, nemmeno in ordine alle spese, che saranno regolate dal giudice della riassunzione. E' tuttavia necessario che, anche in presenza di accordo, il giudice emetta l'ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo, e ciò perché "il processo trasmigra da uno ad altro giudice quando sia intervenuto un provvedimento del giudice prima adito, non già quando manchi un provvedimento *ad hoc*": principio, questo, affermato da Cass. 28.06.1949, n.1605, *Giur. it.*, 1950, I, 1, 735 in una sentenza che confermava la dichiarazione di estinzione - pronunciata dal giudice del merito - di un processo iniziato dall'attore dinanzi al Pretore di Este, e da questi successivamente "portato" dinanzi al Pretore di Padova in esecuzione di un accordo sulla deroga della competenza territoriale intervenuto tra le parti, ma di cui il Pretore di Este non aveva mai preso atto.

⁴⁷ E' evidente che anche in questo caso l'attore - confidando in una mancata condanna al pagamento delle spese - potrà dichiarare di aderire all'eccezione o al rilievo di incompetenza, ma ciò non esclude la messa in moto del meccanismo che si sta

procedere alla verifica della propria competenza, ed ove ritenga l'eccezione e/o il rilievo fondato, dichiarare con sentenza la propria incompetenza. La sentenza conterrà anche l'indicazione, questa volta proveniente dal giudice che si è riconosciuto incompetente, del giudice legittimato a decidere sulla controversia (art.44). L'indicazione è funzionale (non alla formazione di un accordo, ma direttamente) alla trasmigrazione della causa: in un termine perentorio fissato dal giudice ovvero pari, per legge, a sei mesi dalla comunicazione della sentenza di incompetenza sarà infatti consentito procedere alla riassunzione della causa dinanzi al giudice competente, con conservazione degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla citazione originaria (art.50).

La diversità tra i due meccanismi contemplati, rispettivamente, negli articoli 38 e 44 c.p.c. emerge già ad una lettura acritica dei due disposti di legge:

- nel primo (art.38) l'indicazione del giudice competente proviene dalla parte che ha formulato l'eccezione; nel secondo (art.44) proviene dal giudice (e ciò anche se l'incompetenza è dichiarata in conseguenza di una eccezione, e non di un rilievo di ufficio);
- nel primo il giudice non dichiara la propria incompetenza, e perciò non emette sentenza ma ordinanza; nel secondo la trasmigrazione del processo passa necessariamente attraverso la pronuncia di una sentenza con la quale il giudice adito accerta la propria incompetenza;
- nel primo il termine per la riassunzione è di tre mesi, e decorre dall'ordinanza con la quale viene disposta la cancellazione della causa dal ruolo; nel secondo il termine è variabile, ma comunque non superiore a sei mesi⁴⁸, e decorre dalla comunicazione della sentenza di incompetenza;
- nel primo alla mancata riassunzione della causa nel termine predetto consegue la successiva contestabilità della competenza del giudice indicato dalla parte che ha formulato l'eccezione, ma (almeno secondo alcuni Autori: vedi *infra*, paragrafo 3) anche la possibilità di riassumere ancora la causa entro il termine

descrivendo, e ciò se non altro perché una diversa soluzione (individuabile in un abbandono concorde della causa) non consentirebbe all'attore di conservare gli effetti della sua domanda.

⁴⁸ Il termine originario di tre mesi fissato per la riassunzione della causa è stato sostituito con quello attuale di sei mesi dalla legge di riforma del processo civile n.581 del 14.07.1950.

di un anno dalla cancellazione, secondo la regola generale sancita nell'art.307 c.p.c.; nel secondo alla mancata riassunzione consegue, per espresso disposto di legge (art.50), l'estinzione del processo.

E tuttavia, pare opportuno mettere in evidenza che mentre il meccanismo che conduce alla traslazione del processo descritto dal combinato disposto degli artt.44 e 50 c.p.c. è un meccanismo che, almeno nella sua prima parte, funziona sempre, nel senso che sorta la questione di competenza, vi sarà senz'altro un accertamento e, quindi, una sentenza alla quale, se dichiarativa dell'incompetenza, sarà sempre ricollegabile la decorrenza di un termine per la continuazione del processo, il meccanismo descritto nell'art.38 c.p.c. è un meccanismo a funzionamento "eventuale", destinato a rimanere non operante se le "parti costituite" non aderiscono all'indicazione del giudice competente effettuata da chi ha formulato l'eccezione. In questo caso, infatti, l'art.38 c.p.c. confluisce nell'art.44 c.p.c.: il giudice adito dovrà accertare la propria competenza territoriale, e, se si riterrà sfornito del requisito in parola, dovrà emanare una sentenza dalla quale decorrerà il termine per la riassunzione della causa dinanzi al giudice che egli, anche in contrasto con l'indicazione di parte, avrà ritenuto competente.

Ad entrambe le ipotesi di *translatio*, ad ogni modo, è comune l'effetto di incontestabilità della competenza del giudice dinanzi al quale la causa è riassunta⁴⁹.

Anche su tale ultimo aspetto, tuttavia, è necessario operare dei distinguo.

3. Ai sensi dell'art.38, co.2, c.p.c., realizzatosi l'accordo e riassunto il processo, "la competenza del giudice rimane ferma".

La mancanza di una statuizione sulla incompetenza del giudice *a quo* e sulla competenza del giudice *ad quem*, e perciò di un accertamento suscettibile di

⁴⁹ Avvenuta la trasmigrazione, invero, le parti non potranno eccepire l'incompetenza del giudice *ad quem*, nei confronti del quale, a sua volta, qualunque sia la natura del criterio violato, si formerà un vincolo *ex* giudicato interno che tuttavia potrà essere superato - con conseguente contestabilità della competenza radicatasi in capo al giudice della riassunzione - mediante l'istanza di regolamento di ufficio nei casi e con i limiti in cui questo è ammesso: su tali aspetti della disciplina, si rinvia, ad ogni modo, al paragrafo 4 di questo capitolo.

passare in giudicato formale, induce a ritenere che qui la incontestabilità della competenza del giudice *ad quem* si formi solo sul criterio oggetto dell'accordo⁵⁰.

Le parti, in altri termini, non potranno più discutere sulla competenza territoriale del giudice adito in riassunzione, ma potranno eccepire, ed il giudice potrà rilevare, la violazione di un criterio diverso.⁵¹

Sembra, insomma, che l'art.38, co.2, c.p.c., rappresenti, sotto questo profilo, la proiezione nella dinamica del processo del combinato disposto degli articoli 6, 28 e 29 c.p.c.: l'incontestabilità della competenza *ex art.38, co.2, c.p.c.* è la stessa incontestabilità che sussiste quando il giudizio viene incardinato dinanzi ad un giudice in astratto territorialmente incompetente, ma in concreto competente per effetto di un accordo stragiudiziale intervenuto tra le parti.

Come in questo caso nessuno dubita del potere del giudice e delle parti di contestare la competenza del giudice adito in esecuzione dell'accordo per

⁵⁰ In questo senso sembra si pongano Cass.22.12.1962, n.3424, *Monit. Trib.*, 1963, 285, che ha interpretato la disposizione dell'art.38, ultima parte, c.p.c. nel senso che, trascorsi i tre mesi senza che la causa sia riassunta, le parti non sono più vincolate alla precedente indicazione; e prima ancora, ma nella giurisprudenza di merito, Trib. Palermo 24.10.1952, *Foro it. Rep.*1953, voce *Competenza e giurisdizione in materia civile*, n.553, che ha individuato nella preclusione alla proponibilità dell'eccezione di incompetenza l'effetto dell'accordo raggiunto in giudizio al quale segua la riassunzione della causa davanti al giudice indicato come competente nel termine di tre mesi dalla cancellazione della causa dal ruolo. In dottrina vedi ARIETA, *La sentenza*, cit., 27.

⁵¹ L'incontestabilità della competenza è, peraltro, in questa ipotesi, un effetto che riguarda le parti, e non il giudice, nel senso che è solo nei confronti delle parti che maturerà un impedimento alla proposizione di una nuova eccezione di incompetenza per territorio derogabile, la violazione dei cui criteri il giudice comunque non può rilevare d'ufficio. Piuttosto, proprio perché al giudice *ad quem* non è preclusa la possibilità di rilevare la sua incompetenza per la violazione di un criterio diverso dal territorio derogabile, e perciò onde evitare una doppia (se non una triplice!) trasmigrazione della causa, deve ritenersi che il giudice originariamente adito, anche in presenza di un accordo tra le parti formatosi a seguito di eccezione di incompetenza territoriale derogabile, debba pronunciare sentenza di incompetenza ai sensi dell'art.44 c.p.c. - e non ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo *ex art.38, ult, co., c.p.c.* - ogni volta che rilevi la sua incompetenza per materia, valore o territorio inderogabile. Ed invero, opinando in senso contrario, potrebbe in concreto accadere che il giudice *ad quem* dinanzi a cui la causa è riassunta in esecuzione dell'accordo, ritenutosi a sua volta incompetente per materia, valore e territorio inderogabile, emani sentenza declinatoria, assegnando alle parti un termine per riassumere la causa dinanzi ad un terzo giudice, il quale (ferma in ogni caso la possibilità per le parti di impugnare *ex art.42 c.p.c.* la sentenza declinatoria del secondo giudice) potrebbe a sua volta proporre istanza di regolamento di ufficio, che, se ritenuta fondata dalla Corte di cassazione, onererebbe le parti ad una terza riassunzione.

violazione di criteri diversi dal territorio derogabile, analogamente deve ritenersi con riguardo all'art.38, co.2, c.p.c..

Né deve meravigliare la diversa estensione dell'effetto di incontestabilità successivo alla trasmigrazione che per tale via si determina tra l'ipotesi disciplinata dall'articolo 38, co.2, c.p.c. e l'ipotesi disciplinata dall'art.44 c.p.c. : sebbene, infatti, l'art.44 rappresenti “il naturale sviluppo” dell'art.38, co.2, c.p.c.⁵², le condizioni alla cui realizzazione è subordinato il prodursi dell'effetto in parola sono diverse (eccezione/accordo/trasmigrazione in un caso, ed eccezione/sentenza/giudicato/trasmigrazione nell'altro⁵³), e diversa può esserne la portata⁵⁴.

Peraltro, stando all'opinione espressa da una parte della dottrina, la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda proposta dinanzi al giudice incompetente (e non anche l'incontestabilità della competenza del giudice *ad quem*), è effetto perseguibile anche quando l'accordo sulla competenza fallisce.

Per questa dottrina, infatti, a differenza di quanto accade nell'ipotesi di cui all'art.44 c.p.c., se il processo non è riassunto nel termine di tre mesi dalla ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo, alle parti comunque non sarebbe preclusa la possibilità di riassumerlo (dinanzi al giudice originariamente adito) nel termine generale di un anno decorrente dalla ordinanza medesima in applicazione dell'art.307, co.1, c.p.c.⁵⁵. Ma se questo è vero, e se alla

⁵² Così BONGIORNO, *Il regolamento*, cit., p.87.

⁵³ Sulla problematica afferente la successione cronologica tra giudicato e trasmigrazione, e dunque la sospensione del termine di riassunzione in pendenza del termine per proporre regolamento di competenza, si rinvia al paragrafo 3 del capitolo III.

⁵⁴ Nel senso della impossibilità di parificare gli articoli 38, co.2, e 44 c.p.c. vedi ANNECCHINO, *Note sul regolamento*, cit., 611.

⁵⁵ In questo senso ACONE, *Accordo processuale di proroga della competenza e condanna nelle spese*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1961, 692, con il quale sono d'accordo ANDRIOLI, *Dir. proc. civ.*, I, Napoli, 1979, 152; BIANCHI D'ESPINOSA – BALDI, *Estinzione del processo (dir. proc. civ.)*, *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 922; ARIETA, *La sentenza*, cit., 303. Anche LA CHINA, *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991, 308 - per il quale, tuttavia, in caso di accordo tra le parti *ex art.38, co.2, c.p.c.*, la riassunzione dovrà comunque essere effettuata dinanzi al giudice *ad quem* - afferma che, realizzatosi l'accordo, “si avvierà la trasmigrazione del processo di fronte al secondo giudice (entro tre mesi dalla cancellazione se si vuole che la sua competenza non sia più contestabile da alcuno, rimanga ferma, come dice l'art.38, ult. co., c.p.c.; e comunque entro sei mesi

riassunzione della causa oltre il termine di tre mesi, ma entro l'anno, conseguirebbe comunque la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda originaria, allora l'interesse a dare esecuzione all'accordo raggiunto in udienza deriverebbe solo dalla incontestabilità della competenza del giudice *ad quem* che ne consegue.

Un interesse, questo, che (salve le ipotesi in cui il convenuto miri ad un accertamento negativo del diritto vantato dalla controparte) comunque rimarrebbe dell'attore il quale, non riassumendo la causa nel termine di cui all'art.38, secondo comma, c.p.c., non perderebbe per ciò solo gli effetti prodotti dalla citazione effettuata dinanzi al giudice incompetente, ma si esporrebbe al rischio di una nuova eccezione di incompetenza territoriale da parte del convenuto⁵⁶, che, se ritenuta fondata dal giudice (il quale, salva la formazione di un nuovo accordo tra le parti, non potrebbe non esaminarla), determinerebbe una “nuova” trasmigrazione del processo (la prima, in realtà, non si è mai realizzata).

Senonché, proprio lo spreco di tempo e di attività processuali che una simile ricostruzione reca con sé, nonché la circostanza - a nostro parere decisiva - in forza della quale, sebbene l'art.38, co.2, c.p.c. non sancisca in maniera espressa l'estinzione del processo, nella fattispecie in esame, più che il comma 1 dell'art.307 c.p.c., debba applicarsi il comma 3 del medesimo articolo [il quale dispone che “il processo si estingue altresì qualora le parti alle quali spetta di

dalla cancellazione, se si vuole evitare che il processo si estingua e quindi non sia più perseguibile nella nuova sede)”. *Contra* la dottrina prevalente, tra cui si segnala FRANCHI, *Difetto di giurisdizione, incompetenza, litispendenza*, cit., 392 per il quale, l'accordo sulla competenza ha efficacia per tre mesi dalla cancellazione della causa dal ruolo, scaduti i quali l'attore può presentare la domanda dinanzi al giudice precedentemente adito o ad altro diverso da quello indicato dal convenuto; VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 120, nt.48, il quale afferma che se posteriore ai tre mesi la riassunzione può essere neutralizzata solo dall'eccezione di estinzione, non certo da quella di incompetenza; BONGIORNO, *Il regolamento*, cit., 84, per il quale la funzione del termine di tre mesi stabilito dall'art.38 c.p.c. per la riassunzione del processo non è soltanto quella di mantenere in vita l'accordo processuale di deroga, ma anche quella di “fissare una data entro la quale le parti hanno la possibilità di far trasmigrare la causa davanti il secondo giudice”.

⁵⁶ Il quale potrebbe avere interesse a procrastinare l'emanazione di una sentenza di merito, e perciò a formulare una nuova eccezione di incompetenza territoriale, non essendo più vincolato dal precedente accordo.

(...) riassumere il giudizio non vi abbiano provveduto entro il termine perentorio stabilito dalla legge, o dal giudice che dalla legge sia autorizzato a fissarlo]⁵⁷, induce a ritenere che, realizzatosi l'accordo, e non riassunta la causa nel termine di tre mesi, il processo si estingue, con la conseguenza che, così come si verifica nell'ipotesi "generale" di cui all'art.44 c.p.c., l'attore perderà il beneficio della conservazione degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta al giudice incompetente.

4. L'art.44 c.p.c., pur accomunando tutte le tipologie di sentenze declinatorie di competenza (per territorio derogabile, valore, materia e territorio inderogabile), richiede, per una sua corretta esegesi, dapprima la formulazione di una premessa di carattere generale, e poi l'analisi differenziata del meccanismo trasmutazione/incontestabilità della competenza a seconda del criterio che il giudice dichiara essere stato violato.

La premessa generale è che, emersa la questione di competenza nel processo (e non realizzatosi l'accordo *ex* art.38 c.p.c., se il criterio violato è quello del territorio derogabile), il giudice dovrà necessariamente procedere ad un accertamento sulla competenza, e decidere con una sentenza.

L'attribuzione al provvedimento sulla competenza della forma di una sentenza, non poteva non porre un problema di carattere tecnico⁵⁸: nel nostro sistema processuale, infatti, all'emanazione di una sentenza definitiva di rito consegue sempre la conclusione del processo, nel senso che la parte che intenda ottenere la tutela del proprio diritto, e che tuttavia sia incorsa in una violazione (non sanabile o non sanata) delle norme relative ai presupposti processuali, non avrà altra scelta (salva la possibilità di impugnare la sentenza) che riproporre la domanda. Il binomio sentenza definitiva/continuazione del processo (ovviamente, nello stesso grado) sembra, insomma, un binomio astrattamente irrealizzabile.

⁵⁷ Così BONGIORNO, *op. ult. cit., ibidem*.

⁵⁸ Considera "inopportuna" l'adozione della forma della sentenza per la pronuncia di incompetenza VACCARELLA, *Inattività*, cit., 125, il quale evidenzia che la pronuncia sulla competenza, risolvendosi nella mera indicazione del giudice competente ai fini della continuazione del giudizio, è costruita dalla legge come interna al processo, come decisione di una questione che in nessun caso può definire il giudizio.

Individuato, allora, nella trasmigrazione del processo lo strumento mediante il quale sminuire la portata delle questioni di competenza nel processo civile, il legislatore ha avuto la necessità – e qui sta la portata innovativa dell’art.50 c.p.c. – di sancire espressamente che la tempestiva riproposizione della domanda davanti al giudice dichiarato competente determina continuazione dell’originario giudizio⁵⁹.

Ai sensi dell’art.44 c.p.c., tuttavia, alla riassunzione della causa dinanzi al giudice dichiarato competente non consegue automaticamente (così come abbiamo visto accadere nell’ipotesi disciplinata dall’art.38 c.p.c.) la incontestabilità della competenza. A monte della riassunzione c’è, infatti, una sentenza impugnabile con regolamento di competenza: la incontestabilità della competenza per il giudice *ad quem*, allora, si produce se e solo se concorrono i due elementi della mancata impugnazione con regolamento di competenza e della riassunzione tempestiva.

In verità, genesi e portata della incontestabilità della competenza del giudice indicato in sentenza, e dinanzi al quale la causa è riassunta, rappresentano, da sempre, punto di contrasto in dottrina, e di orientamenti divergenti in giurisprudenza. Su di essi sembra pertanto opportuno soffermarsi.

Orbene, scongiurato il pericolo di conflitti positivi di competenza mediante gli istituti della litispendenza e della cosa giudicata⁶⁰, i conflitti negativi attuali sono eliminati dal sistema proprio attraverso l’effetto di incontestabilità della competenza che consegue alla mancata proposizione del regolamento

⁵⁹ “Qui ci viene incontro un fenomeno particolarissimo e di grande interesse teorico: scorso il breve termine per la proposizione dell’istanza di regolamento della competenza, e con ciò passata in giudicato la sentenza che la legge chiama definitiva perché “definisce il giudizio”, la litispendenza continua tuttavia per tutto il tempo lasciato aperto a una eventuale riassunzione nella sentenza del giudice, e, in mancanza, per tre (ora sei) mesi dalla comunicazione della sentenza. Dipende dunque dal contegno delle parti di dare a una sentenza concepita ed emessa come definitiva il compito e l’essenza di una sentenza parziale”: MENESTRINA, *Il nuovo codice di procedura civile, Commentario diretto da M. D’Amelio*, Torino, 1943, 237.

⁶⁰ La coesistenza di due sentenze dichiarative di competenza sulla stessa causa pronunciate da giudici diversi è infatti scongiurata dalla necessità per il giudice adito per secondo di dichiarare o la litispendenza se la causa instaurata dinanzi al primo giudice è ancora pendente, o, in forza dell’efficacia negativa del giudicato, l’impossibilità di pronunciare sulla domanda se la causa iniziata per prima si è conclusa con sentenza.

necessario di competenza, accompagnata da una tempestiva riassunzione del processo, ed in forza del quale al giudice della riassunzione è precluso emanare una seconda sentenza declinatoria della competenza, o perché la questione di competenza deve intendersi definitivamente risolta (art.44 c.p.c.), o perché, la contestazione dell'indicazione effettuata in sentenza dal giudice *a quo* deve assumere la forma dell'istanza del regolamento di ufficio (art.45 c.p.c.).

Sopravvive, perciò, il solo conflitto negativo virtuale.

Già Carnelutti, nel primo commento al nuovo codice di procedura civile, sottolinea l'introduzione nel sistema di un "regolamento convenzionale della competenza" che si pone, appunto, come strumento di risoluzione dei conflitti negativi di competenza: la incontestabilità della competenza del giudice *ad quem*, infatti, piuttosto che configurarsi quale effetto interno della sentenza dichiarativa della incompetenza, è la diretta conseguenza di un accordo delle parti "le quali tutte fanno acquiescenza alla sentenza, l'una non impugnandola e l'altra dandovi esecuzione"⁶¹. Di accordo tra le parti discorre anche Azzariti, il quale, esclusa l'attribuzione al giudice originariamente adito di statuire sulla competenza di altri giudici (esclusa, perciò, la vigenza di un principio opposto al principio kompetenz-kompetenz), individua proprio nel comportamento delle parti, le quali prestano acquiescenza alla designazione effettuata dal giudice *a quo* e riassumono il processo dinanzi al giudice indicato in sentenza, l'origine della preclusione di ogni ulteriore contestazione sulla competenza del giudice *ad quem*⁶².

L'idea della incontestabilità quale effetto di un accordo tra le parti, di cui acquiescenza alla sentenza di incompetenza e riassunzione del processo rappresentano le forme di estrinsecazione, è stata, anche in seguito, ripresa e sviluppata. Si è osservato, in particolare, che "l'efficacia vincolante deriva esclusivamente dal potere dispositivo delle parti che non proponendo istanza di regolamento e riassumendo il processo in termini davanti il giudice

⁶¹ CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 341.

⁶² AZZARITI, *Della competenza e del regolamento di competenza*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 89.

designato, rinunciano volontariamente ad ogni ulteriore discussione sulla questione relativa alla competenza del giudice adito⁶³.

L'esistenza di un accordo tra le parti dietro l'effetto della incontestabilità, sembra, invero, criticabile già sotto un profilo logico. Ed infatti, proposta dal convenuto eccezione di incompetenza accolta dal giudice, che nel declinare la competenza ha designato come giudice fornito di *potestas iudicandi* proprio l'ufficio giudiziario indicato dal convenuto, l'unico ad avere interesse ad impugnare la relativa pronuncia con regolamento necessario di competenza è l'attore. Ma nella maggior parte dei casi l'attore sarà anche l'unico soggetto ad avere interesse alla prosecuzione del processo. Con il risultato che entrambe le attività in cui si ritiene si concreti l'accordo sono rimesse alla volontà, omissiva e positiva, di un'unica parte processuale⁶⁴.

Il vero è, allora, che l'effetto di incontestabilità di cui all'art.44 c.p.c. è ricollegato al vincolo del giudicato che consegue alla mancata proposizione del regolamento di competenza⁶⁵.

Un vincolo che, tuttavia, solo la riassunzione effettuata nei termini indicati dall'art.50 c.p.c. rende concreto: solo la continuazione del processo che consegue ad una riassunzione tempestiva, infatti, consente di ritenere il giudice *ad quem* vincolato da una sentenza che, sebbene passata in giudicato formale, stante la natura di sentenza di rito cesserebbe di produrre ogni effetto in un nuovo giudizio⁶⁶.

⁶³ BONGIORNO, *Il regolamento*, cit., 87-89.

⁶⁴ In dottrina vedi CAMBER, *Rapporti*, cit., 188, il quale giustamente osserva che la volontà di parte risulta condizionata dalla pronuncia del giudice *a quo*: “che la volontà di parte costituisca non già causa della riassunzione, ma bensì falsa causa della stessa, risulta dalla considerazione che, se le parti riassumessero avanti ad un giudice diverso da quello indicato, anziché trasmigrazione, si avrebbe un nuovo processo”.

⁶⁵ Cass.03.11.2000, n.14360, *Giust. civ.*, 2001, I, 381, ha ritenuto inesatto “che la riassunzione *ex art.50 c.p.c.* davanti al giudice dichiarato incompetente impedisca la successiva contestazione della competenza. Una simile preclusione non risulta dal sistema normativo, il quale la collega non già alla riassunzione bensì all'inutile decorso del termine (espressamente definito perentorio) di cui al citato art.47”. In dottrina vedi ANNECCHINO, *Note sul regolamento di ufficio*, cit., 606 ss.; ACONE, *Codice di procedura civile commentato*, cit., 415.

⁶⁶ CALAMANDREI, *Diritto proc. civ.*, II, Padova, 1943, 158; ANDRIOLI, *Dir. proc. civ.*, cit., 152; SATTA, *Commentario*, cit., 190; FRANCHI, *Difetto di giurisdizione*, cit., 386; MASSARI, *Del regolamento*, cit., 524; VACCARELLA, *Inattività*, cit., 344. In giurisprudenza vedi Cass.07.08.1952, n.2577, *Foro it.*, Rep.1952, voce *Competenza e*

Nel corpo del medesimo articolo 44, il legislatore pone una salvezza: la dichiarazione di incompetenza, la indicazione del giudice competente, la mancata proposizione del regolamento di competenza, e la riassunzione della causa dinanzi al giudice individuato in sentenza potrebbero non produrre incontestabilità della competenza del giudice *ad quem* se con la sentenza declinatoria è stata accertata la violazione dei criteri della materia e del territorio inderogabile.

Si badi: nell'ipotesi considerata il meccanismo descritto dall'art.44 c.p.c. funzionerà comunque, nel senso che la parte che abbia interesse potrà sempre riassumere il processo nei termini di cui all'art.50 c.p.c..

Ma dei due effetti che conseguono ad una trasmigrazione tempestiva, incontestabilità della competenza e continuazione dell'originario processo, potrebbe sopravvivere solo uno.

Il giudicato formale che si determinerà sulla sentenza di incompetenza, pure se "accompagnato" da una riassunzione *ex art.50 c.p.c.*, può essere infatti superato dal giudice *ad quem*, a cui è stato attribuito uno strumento per ribellarsi all'indicazione del giudice *a quo*, e "difendere" dinanzi all'organo regolatore della competenza il rispetto dei criteri della materia e del territorio inderogabile: il regolamento di ufficio⁶⁷.

giurisd. in materia civile, nn. 383-384, per la quale "se le parti lasciano estinguere il processo, la causa può essere liberamente riproposta innanzi allo stesso giudice che dichiarò la propria incompetenza, poiché la precedente decisione, avendo effetti limitati al processo nel quale fu emessa, ha esaurito la sua funzione, e non può, perciò, vincolare la successiva condotta delle parti, né la nuova pronuncia del giudice sulla competenza", ed ancora Cass.17.12.1954, n.4532, *id.*, Rep.1954, voce cit., n.580; Cass.20.05.1955, n.1474, *id.*, Rep.1955, voce cit., n.428; Cass. 25.05.1979, n.3019, *id.*, 1979, I, 2000; Cass.07.01.1983, n. 112, *id.*, Rep. 1983, voce *Cosa giudicata civile*, n. 4; Cass.29.11.1993, n.11845, *id.*, Rep. 1993, voce *Spese giudiziali civili*, n. 4.

⁶⁷ La previsione del regolamento di ufficio contraddice la *ratio* ispiratrice della riforma attuata dal legislatore del 1940 in materia di competenza, che rinviene le sue premesse nei tre capisaldi della unitarietà della giurisdizione, della validità della domanda proposta a giudice incompetente, e della legittimazione del giudice adito a giudicare anche sulla competenza altrui, ed il suo fine nella eliminazione di ogni tipo di conflitto di competenza.

Una *ratio*, questa, che sottende anche la riforma attuata dal legislatore del 1990 del regime della eccezione di incompetenza: la soppressione di incompetenze rilevabili anche di ufficio in ogni stato e grado del processo si traduce in uno svilimento della competenza/presupposto processuale, e nella concreta possibilità che il giudizio rimanga incardinato dinanzi al giudice adito, anche se questi non è competente per

Duplici è il presupposto di ammissibilità del regolamento di ufficio: la declinatoria della competenza da parte del giudice *a quo* per violazione dei criteri del territorio inderogabile e della materia⁶⁸, e la riassunzione della causa dinanzi al giudice di cui è stata indicata la competenza in sentenza.

materia o per territorio inderogabile, se, nei tempi imposti dall'art.38 c.p.c., la questione non emerge nel processo di primo grado.

Con questa disciplina, con la astratta derogabilità anche dei criteri cd. forti, si pone in stridente contrasto la sopravvivenza dell'istituto del regolamento di competenza d'ufficio.

Pur consapevoli della contraria opinione espressa in più occasioni sia dalla Corte di cassazione (Cass.17.12.1996, n.11266, *Foro it.*, 1997, I, 802; Cass.21.03.1997, n.2501, *Giur. it.*, 1998, I, 229), la quale, d'altra parte, continua a pronunciarsi su istanze di regolamento ex art.45 c.p.c., sia dalla dottrina prevalente (ACONE, *Regolamento di competenza*, *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1989; MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, 113; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1999, 289; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Bologna, 1998, 113; LEVONI, *Regolamento di competenza*, *Dig. it., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 492, MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 2002, 249), dove non è mancato chi ha prospettato un ampliamento, ad opera della riforma del 1990, dell'ambito applicativo dell'art.45 c.p.c. atteso che l'equiparazione del regime della eccezione di incompetenza per valore a quella per territorio inderogabile e per materia comporta la assoggettività del criterio del valore alla tutela rafforzata già prevista per la materia ed il territorio inderogabile (VERDE, *Profili del processo civile*, I, Napoli, 1999, 84), non sembra allora peregrina l'ipotesi interpretativa avanzata da una parte della dottrina (PROTO PISANI, *la nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 18; ORIANI, *Il nuovo testo dell'art.38 c.p.c.*, *Foro it.*, 1991, V, 336, per il quale, tuttavia, il regolamento di ufficio potrebbe continuare ad applicarsi nei casi di incompetenza funzionale per gradi, rispetto al cui regime di rilevanza può ancora discorrersi di incompetenza assoluta; ANNECCHINO, *Note sul regolamento di competenza di ufficio*, cit., 625; NICITA, *Appunti sulla competenza nel nuovo rito civile*, *Giust. civ.*, 1991, II, 245), ad avviso della quale, privati i criteri attributivi della competenza in ragione della materia o del territorio inderogabile di quella assolutezza che era loro propria, e che nel regolamento di ufficio rinveniva conferma e presidio, oggi la disciplina dell'art.45 c.p.c. non ha più ragione d'essere.

⁶⁸ La giurisprudenza, dopo un primo momento di rigorosa osservanza della lettera dell'art.45 c.p.c. (Cass.25.03.1949, *Foro it.*, Rep.1949, voce *Competenza e giurisdizione in materia civile*, n.444; Cass.26.06.1952, n.1907, *id.*, Rep.1952, voce cit., n.453; Cass.23.10.1953, n.3484, *id.*, Rep.1953, voce cit., n.510-511; Cass.22.05.1958, n.1734, *id.*, Rep.1958, voce cit., n.514), è ormai ferma nel ritenere che la dichiarazione di incompetenza per valore presuppone per implicito la soluzione in senso negativo della questione di competenza per materia, e di conseguenza ammette, anche a fronte di sentenze declinatorie della competenza per violazione del criterio del valore, il regolamento di competenza di ufficio (Cass. 03.02.1969, n.339, *Giur. it.*, 1969, I, 1, 852; Cass.14.03.1969, n.822, *Giust. civ.*, 1969, I, 365; Cass.22.09.1969, *Foro it.*, 1970, I, 3070, e, tra le più recenti, Cass.27.02.1995, n.2230, *id.*, Rep.1995, voce *Competenza civile*, n.53; Cass.14.05.1998, n.4871, *id.*, Rep.1998, voce cit., n.268; Cass.07.04.2000, n.4360, *id.*, Rep. 2000, voce cit., n. 308).

L'adesione a siffatto orientamento comporta almeno due conseguenze. La prima è che anche le sentenze con le quali il giudice si dichiara incompetente per violazione di un

Il consolidato orientamento giurisprudenziale, in forza del quale se non c'è *translatio ex art.50 c.p.c.* non si creano i presupposti di un conflitto e, quindi, non c'è ragione di una istanza di regolamento *ex art.45 c.p.c.*, costituisce ulteriore conferma della derivazione dell'effetto dell'incontestabilità dal giudicato formale che si forma sulla sentenza di incompetenza, ma anche dell'imprescindibilità - affinché di un vincolo *ex giudicato* per il giudice *ad quem* si possa discorrere - di una riassunzione conforme ai dettami dell'art.50 c.p.c., perché l'unica in grado di determinare la continuazione dell'originario processo⁶⁹.

criterio territoriale derogabile implica una decisione negativa sulla questione di competenza per territorio inderogabile, e ciò perché, sorta la questione, il giudice chiamato a valutare la propria competenza territoriale, non può non verificare - avendone i poteri - la ricorrenza di una ipotesi di cui all'art.28 c.p.c.. Con la logica conseguenza che dovrebbe aprirsi anche in questo caso la strada all'ammissibilità del regolamento di competenza di ufficio.

La seconda è che, tradita la lettera della legge (la quale discorre di "sentenza che dichiara l'incompetenza del giudice adito per ragione di materia o per territorio nei casi di cui all'articolo 28"), il regolamento di ufficio sarà ammesso od escluso in dipendenza non del contenuto della sentenza emanata dal giudice *a quo*, la quale, in definitiva, si risolverebbe sempre e comunque in una sentenza dichiarativa di incompetenza per materia o territorio inderogabile, ma a seconda che il giudice *ad quem* ritenga violato il criterio del territorio derogabile o del valore - ed in tal caso il regolamento di ufficio sarà inammissibile (Cass.22.08.1984, n.4674, *id.*, Rep.1984, voce cit., n.193 la quale, appunto, sposta la propria indagine sul titolo in relazione al quale sorge il conflitto, dichiarando inammissibile il regolamento di ufficio richiesto dal pretore che si riteneva incompetente per ragioni di valore dopo che la causa era stata riassunta dinanzi a lui a seguito di sentenza declinatoria della competenza per ragioni di materia pronunciata dal Tribunale originariamente adito; conforme Cass.09.03.1982, n.1522, *id.*, Rep. 1982, voce *Competenza civile*, n. 250. In dottrina vedi ARIETA, *La sentenza*, cit., 42, nt.64) - ovvero del territorio inderogabile o della materia, ed in tal caso il regolamento sarà sempre ammesso (Cass. 30.01.1996, n.728 (ord.), non massimata; Cass. 04.03.1998, n.195 (ord.), *id.*, 1999, I, 1322; Cass. 12.02.1998, n.1508, *id.*, Rep. 1998, voce *Competenza civile*, n. 272. In questo senso, d'altra parte, si esprimeva già SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, I, 191).

⁶⁹ Già Cass. 18.01.1952, n.149, *Foro it.*, Rep. 1952, voce *Competenza e giurisdizione in materia civile*, n.425, aveva affermato che "il regolamento di competenza di ufficio è inammissibile allorchè, dichiaratosi un giudice incompetente, la relativa pronuncia abbia perduto efficacia per essere stata la causa riproposta avanti al designato giudice *ad quem* non nel termine stabilito dall'art.50 c.p.c. ma dopo il termine predetto". Successivamente, Cass.03.10.1977, n.4209, *id.*, 1978, I, 420, dichiarava l'inammissibilità dell'istanza di regolamento di ufficio atteso che "la tardiva riassunzione dinanzi al giudice designato nella prima declinatoria comporta l'estinzione della causa ai sensi dell'art.307 c.p.c. con la perdita di efficacia della sentenza sulla competenza emessa dal giudice di merito adito per primo, e ciò ai sensi dell'art.310 c.p.c."; e Cass. 20.10.1981, n.5485, *id.*, Rep.1981, voce *Competenza civile*, n.269, precisava che "l'esperibilità del

regolamento...postula che la causa sia riassunta davanti al giudice *ad quem* nel termine previsto dall'art.50 c.p.c., atteso che, ove tale termine sia decorso, l'atto di riassunzione non determina la *translatio iudicii*, ma introduce un nuovo procedimento". Con motivazioni analoghe si segnalano anche Cass.14.06.1983, n.4071, *id.*, Rep.1983, voce cit., n.248; Cass.22.09.1983, n.5628, *id.*, Rep.1983, voce cit., n.247; Cass.13.03.1987, n.2649, *id.*, Rep.1987, voce cit., n.147; Cass.28.10.1988, n.5885, *id.*, Rep.1988, voce cit., n.170; nonché, più di recente, Cass.17.03.1992, n.3287, *id.*, Rep.1992, voce cit., n.114 e Cass.04.08.1999, n.8418, *id.*, Rep.1999, voce cit., n.225.

Il nesso tra l'art.50 c.p.c. e l'art.45 c.p.c. sembra smentito dall'orientamento formatosi in giurisprudenza in ordine all'ammissibilità del regolamento di ufficio nel processo fallimentare. Ed invero, fino alla pronuncia delle sezioni unite della Cassazione n.7149 del 01.08.1994 (*Foro it.*, 1995, I, 845), la Suprema Corte era ferma nel ritenere che "ove un tribunale, nella fase della istruttoria prefallimentare o nel giudizio di opposizione al fallimento, si sia dichiarato incompetente ed il tribunale indicato come competente ritenga, a sua volta, di essere incompetente, si determina conflitto di competenza, che impone al secondo giudice di richiedere il regolamento di ufficio, ai sensi dell'art.45 c.p.c., soltanto se innanzi a lui il procedimento sia stato riassunto dai creditori, o dallo stesso fallito, nel termine di cui all'art.50; tale riassunzione non ammette equipollenti, in particolare non può essere surrogata dalla trasmissione di ufficio del fascicolo dal giudice incompetente al giudice (ritenuto) competente; in tal caso, pertanto, come in ogni altra ipotesi di mancanza o intempestività della riassunzione medesima, non si verifica la *translatio iudicii* ed in conseguenza, non dandosi conflitto, il nuovo giudice deve pronunciare autonomamente sulla competenza, senza poter proporre il regolamento di ufficio che, se invece sollevato, va dichiarato inammissibile": in questi termini Cass.14.05.1981, n.3171, *Foro it.*, 1982, I, 204, ed, in senso conforme, Cass.27.03.1987, n.3004, *id.*, 1988, I, 894; Cass.05.08.1988, n.4856, *Giust. civ.*, 1988, I, 2911; Cass.25.01.1989, n.410, *Giust. civ.*, 1989, I, 844, con nota critica di LO CASCIO, *Regolamento di competenza di ufficio e translatio iudicii*; Cass.26.06.1992, n.8018, *Foro it.*, Rep.1992, voce *Fallimento*, n.263.

Già Cass. 16.03.1994, n. 2520, *Foro it.*, 1994, I, 3452, con osservazioni di DI FRANCESCO (nonché in *Giust. civ.*, 1994, I,1867 con nota di SCHERMI, *Sentenza declinatoria di competenza su ricorso per dichiarazione di fallimento, mancata translatio iudicii ex art.50 c.p.c. e regolamento d'ufficio*), nel confermare l'inammissibilità del regolamento di competenza di ufficio nell'ipotesi in cui il primo giudice abbia declinato la propria competenza a dichiarare il fallimento in un procedimento promosso da un creditore, precisava che "il mezzo della riassunzione ad istanza di parte è una modalità strettamente connessa al processo promosso a domanda (...); detto mezzo non diviene essenziale in presenza di esercizio della giurisdizione senza azione, nel qual caso l'unitarietà e l'unicità necessaria del processo, in presenza di un unico criterio inderogabile di determinazione della competenza, è di per sé sufficiente ad assicurarne l'unicità nelle varie fasi davanti ai diversi giudici, indipendentemente dalla riassunzione di parte, e sulla base della semplice trasmissione di ufficio", per giungere ad affermare l'ammissibilità del regolamento *ex art.45 c.p.c.* nell'ambito di un processo fallimentare promosso di ufficio *ex art.6* della Legge Fallimentare.

Nel solco tracciato da questa pronuncia si inserisce la sentenza delle sezioni unite n.7149/1994, cit., la quale osserva che "la domanda del creditore impone al giudice di procedere e di pronunciarsi, ma né l'originario difetto di domanda esclude la possibilità che il tribunale operi di ufficio, né la sopravvenuta desistenza del creditore e dei creditori fa venir meno il potere-dovere del tribunale di dichiarare il fallimento, ove ne sussistano le condizioni di legge" con la conseguenza che, "anche nel ricorso dei creditori, potrebbe ritenersi che, essendo dichiarata l'incompetenza, la riassunzione (in quanto atto di parte) non costituisca il presupposto indefettibile perché prosegua la

Ed invero, nei casi contemplati dall'art.45 c.p.c., se la sentenza con la quale il giudice *a quo* ha dichiarato la violazione dei criteri cd. forti non è impugnata, ed il processo è riassunto nei termini, il vincolo del giudicato si forma ugualmente. Ad esso, tuttavia, non consegue l'incontestabilità della competenza, la quale rimane di fatto contestabile da parte del giudice della riassunzione attraverso la richiesta - che crea le premesse per un superamento del giudicato formale - del regolamento di competenza⁷⁰.

ricognizione dell'insolvenza e, correlativamente, perché possa rendersi utilizzabile lo strumento del regolamento di ufficio". "Nel campo fallimentare" – continua la Corte – "non può parlarsi di estinzione, non sussistendo inerzia di parte a cui essa sia giuridicamente collegabile. Ne consegue che il processo continua, ovvero sia che la denuncia di insolvenza resta in piedi, e chiede una risposta, anche se non vi sia tempestiva riassunzione davanti al giudice indicato come competente. Nello stesso tempo, peraltro, resta in piedi anche la sentenza dichiarativa di incompetenza, non essendovi una estinzione del processo che ai sensi dell'art.310, co.2, c.p.c. la travolga". Sulla scorta di siffatte argomentazioni la Corte giunge ad ammettere il regolamento di ufficio in ambito fallimentare indipendentemente da una riassunzione di parte e di chiunque sia stata l'iniziativa giudiziale.

In senso strettamente conforme vedi Cass.28.03.1996, n.2860, *Foro it.*, Rep.1996, voce *Fallimento*, n.254; Cass.06.12.1999, n.13606; *Foro it.*, Rep.1999, voce *Competenza civile*, n.307; Cass.07.03.2002, n.3378, *id.*, Rep. 2002, voce cit., n. 171, la quale, muovendo dal principio di diritto enunciato dalle sezioni unite della Cassazione con la sentenza sopra esaminata, ammette il regolamento di ufficio anche in un procedimento riguardante un minore e suscettibile di applicazione delle norme di cui agli artt.330 e ss. c.c. in relazione alle quali erano da ritenersi sussistenti, in capo al tribunale dei minori, poteri officiosi.

Il nesso tra art.45 ed art.50 c.p.c. è, tuttavia, solo apparentemente spezzato, atteso che la stessa Corte di cassazione ha in più occasioni ribadito che, anche nel processo fallimentare, in mancanza sia di una riassunzione ad istanza di parte, sia della trasmissione *ex officio* degli atti di causa al giudice ritenuto competente, non può discorrersi di prosecuzione dell'originario procedimento, e perciò non sussistono gli estremi del conflitto di competenza denunciabile attraverso il regolamento d'ufficio: Cass. 11.09.1997, n.8968, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Competenza civile*, n.199; Cass.10.05.1999, n.4629, *id.*, Rep. 1999, voce cit., n.229. In senso contrario leggi, tuttavia, Cass.21.03.2003, n.4206, *Giust. civ.*, 2003, I, 1513 per la quale "la crisi aperta dalla pronuncia di incompetenza va avviata a soluzione, indipendentemente dalla volontà e dalla diligenza di parte, perché così esige la finalità pubblicistica della procedura fallimentare".

⁷⁰ *Contra* ARIETA, *La sentenza*, cit., 273 ss., spec.280 e ss., per il quale bisogna distinguere tra accertamento della propria incompetenza da parte del giudice *a quo*, a cui si ricollegano gli effetti propri del giudicato in conseguenza della mancata proposizione del regolamento di competenza, e designazione del giudice competente, la cui incontestabilità si produce con il passaggio in giudicato della sentenza, una incontestabilità, tuttavia, che "non è dall'ordinamento concepita in funzione della definitiva immutabilità dell'accertamento positivo operato dal giudice *a quo*, ma della ricerca ed individuazione del giudice competente". Gli effetti della incontestabilità, in altri termini, sono caratterizzati da una intrinseca instabilità (per l'A. è infatti artificioso

Ma se l'istanza di regolamento non verrà formulata, il vincolo del giudicato spiegherà appieno i suoi effetti, e produrrà quella stessa incontestabilità che produce quando la riassunzione *ex art. 50 c.p.c.* consegue ad una precedente violazione dei criteri del valore e del territorio derogabile⁷¹.

discorrere di incontestabilità relativa ai soli criteri del territorio derogabile e del valore e di superamento del giudicato per il tramite del regolamento di ufficio), e non sono accomunabili agli effetti del giudicato, ma “si qualificano per la loro idoneità a concorrere alla definitiva individuazione del giudice competente”.

⁷¹ “La sentenza che dichiara l'incompetenza del giudice adito, anche se proposta in tema di competenza per materia, se non è impugnata con l'istanza per regolamento (necessario) di competenza e il giudice indicato come competente non solleva il conflitto ai sensi dell'art.45, rende incontestabile l'incompetenza del giudice che l'ha pronunciata e la competenza del giudice dinanzi al quale la causa sia stata tempestivamente riassunta, con la conseguenza che, nei successivi gradi del giudizio, né le parti, né il giudice possono rimettere in discussione l'incompetenza dichiarata dal giudice originariamente adito (Cass.10.02.1994, n.1347, *Giust. civ.*, 1994, I, 2253, richiamata da Cass.10.05.1999, n.4618, *Foro it.*, I, 1999, 3292. Conf. Cass.03.03.1992, n.2560, *id.*, Rep. 1992, voce *Competenza civile*, n.137). Il precedente orientamento, in forza del quale, dichiarata l'incompetenza per materia o territorio inderogabile con sentenza non impugnata con regolamento di competenza, riassunto il processo, e non promosso regolamento di ufficio da parte del giudice *ad quem*, non era precluso al giudice di appello di riesaminare, anche di ufficio, e decidere con sentenza la questione di competenza (Cass. 07.01.1983, n.114, *id.*, Rep. 1983, voce *Competenza civile*, n. 240; Cass.24.11.1980, n.6241 *id.*, Rep. 1980, voce cit., n. 271; Cass.08.05.1978, n.2233 *id.*, Rep. 1978, voce cit., n. 256; Cass.04.06.1965, n.114, *id.*, 1966, I, 138; Cass.07.11.1957, n.4272, *id.*, 1958, I, 35, tra le numerose altre), già criticato da ANNECCHINO (*Note sul regolamento*, cit., 604 ed in part. 612-613), pare perciò superato.

Vedi, tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale che si è venuto affermando da ultimo, in forza del quale, se il giudice *ad quem*, anziché formulare istanza di regolamento, declina la propria competenza, le parti possono sostituirsi al giudice e promuovere il regolamento di competenza - unico mezzo di impugnazione ammissibile avverso la seconda declinatoria - dinanzi alla Corte di cassazione la quale, anziché limitarsi a prendere atto dell'incontestabilità della competenza prodotta dal combinato disposto degli articoli 44, 45 e 50 c.p.c. per poi rimettere le parti dinanzi al giudice della riassunzione, provvede a regolare la competenza [Cass.10.05.1999, n.4618, *id.*, I, 1999, 3292; Cass. 17.06.1996, n.489 (ord.), *id.*, Rep.1996, voce *Competenza civile*, n.200; Cass.16.06.1996, n.2205, *id.*, Rep.1996, voce cit., n.203; Cass.03.09.1990, n.9103, *id.*, Rep.1990, voce *Contratti agrari*, n.229. Leggi, in particolare, Cass.16.11.1994, n.9687, *id.*, Rep. 1994, voce *Competenza civile*, n. 54, la quale ha espressamente chiarito che “l'impugnazione (con regolamento di competenza della seconda declinatoria) non può investire la questione della erroneità di detta decisione in ordine alla mancata applicazione dell'art.45 cit., bensì solo rivolgersi a contestare l'incompetenza per materia ritenuta da detto giudice ed a conseguire dalla S.C. l'individuazione del giudice competente a conoscere della controversia”].

5. Quali poi siano i limiti dell'incontestabilità della competenza, su cosa cioè si determina il giudicato, e se (ed in quali ipotesi) al giudice della riassunzione è consentito declinare la propria competenza, è motivo di ulteriore contrasto.

Nella premessa che il giudice *a quo* si limita ad accertare la propria incompetenza (con una decisione che, comportando una valutazione definitiva di carattere negativo sulla propria legittimazione a trattare e decidere la controversia, non può che essere onnicomprensiva, tale cioè da escludere la competenza del giudice adito in forza di tutti i titoli astrattamente invocabili), senza con questo statuire sull'altrui competenza, e che la indicazione di competenza prescritta dall'art.44 sia "un necessario enunciato della sentenza" ma non anche "oggetto della statuizione, bensì soltanto un completamento della pronuncia dichiarativa dell'incompetenza"⁷², si afferma che il giudice della riassunzione:

1) se ritiene competente il giudice *a quo*, in forza di un titolo uguale o diverso da quello che ha originato la declinatoria di competenza, debba:

1a) trattenere comunque presso di sé la causa se ritiene competente il giudice della declinatoria per valore o territorio derogabile, atteso che, ai sensi dell'art.44 c.p.c., formatosi il giudicato sulla incompetenza del giudice *a quo*, questa non è più contestabile;

1b) utilizzare il regolamento di competenza di ufficio per superare il giudicato sulla incompetenza del giudice *a quo*, se considera questi competente per materia o territorio inderogabile;

2) se ritiene competente un terzo giudice in forza di un titolo uguale o diverso da quello che ha originato la indicazione di competenza, può a sua volta declinare la propria competenza, ed assegnare alle parti un termine per

⁷² In questi termini MASSARI, *Del regolamento*, cit., 526. Nel senso che l'efficacia vincolante della pronuncia di incompetenza non investe la designazione del giudice competente si erano già espressi BONGIORNO, *Il regolamento*, cit., 87-89, ed ancor prima GIONFRIDA, *Competenza civile*, cit., 81 (il quale muta l'opinione espressa in *La competenza nel nuovo processo civile*, cit., 425, in forza della quale l'indicazione del giudice competente faceva parte del contenuto decisorio della pronuncia di incompetenza), LENER, *Regolamento di ufficio e declinatoria del giudice della riassunzione*, *Foro it.*, 1958, I, 905 (per il quale "l'indicazione del giudice ritenuto competente ha la funzione pratica, desumibile dall'art.50, di circoscrivere il potere delle parti di determinare, con una tempestiva riassunzione di fronte al giudice indicato, la prosecuzione del processo"), ed AZZARITI, *Della competenza*, cit., 89.

riassumere la causa dinanzi al terzo giudice: atteso, infatti, che la indicazione di competenza effettuata dal giudice *a quo* in favore del giudice *ad quem* non ha valore di decisione, e che pertanto su di esso non si forma il giudicato, non può discorrersi né di incontestabilità conseguente al giudicato se il titolo uguale o diverso è relativo, né di superamento del giudicato se il titolo è assoluto⁷³;

Alla stregua dei più recenti orientamenti dottrinali, tuttavia, deve osservarsi che il giudice dinanzi al quale sorge la questione di competenza, oltre a statuire sulla propria competenza/incompetenza, in caso di sentenza declinatoria, deve accertare – sulla base di tutti i criteri astrattamente concorrenti (principio di unitarietà dell'accertamento della competenza)⁷⁴ - in capo a quale giudice

⁷³ E' questa l'opinione di MASSARI, *op. ult. cit.*, 537-538, che riprende BONGIORNO, *op. ult. cit.*, 126 e ss, che a sua volta richiama GIONFRIDA, *Competenza civile*, cit., 81. Secondo una variante interpretativa (LENER, *Regolamento di ufficio*, cit., 906 e ss.), in quest'ultima ipotesi bisognerebbe comunque distinguere a seconda che il contrasto con la indicazione effettuata dal giudice *a quo* si determini su un titolo uguale o diverso da quello posto a base dell'indicazione di competenza: posto, infatti, che ai sensi dell'art.44 c.p.c. la riassunzione tempestiva rende incontestabile "la competenza del giudice indicato", deve riconoscersi che la indicazione effettuata dal giudice *a quo* origina una preclusione che tuttavia, proprio per l'assenza di un potere decisorio sull'altrui competenza in capo al giudice originariamente adito, ha effetti limitati al titolo in forza del quale in sentenza è stata motivata l'indicazione di competenza. Ne consegue che se il giudice *ad quem* ritiene competente un terzo giudice in forza dello stesso titolo per il quale lui è stato ritenuto competente, in applicazione degli art.44 e 45 c.p.c. dovrà comunque decidere la causa, ovvero potrà superare la preclusione formatasi sul solo titolo giustificativo della indicazione, a seconda che il titolo su cui si è formato il contrasto sia relativo o assoluto; se invece il giudice *ad quem* ritiene competente un terzo giudice in forza di un titolo difforme da quello in ragione del quale il giudice *a quo* ha effettuato l'indicazione di competenza, proprio perché la preclusione non investe titoli non contemplati in sede di individuazione del giudice competente, potrà a sua volta declinare la competenza, e rimettere le parti davanti al terzo giudice.

⁷⁴ Sul principio dell'unitarietà dell'accertamento della competenza vedi ARIETA, *La sentenza*, cit., 40 ss., nonché 187 ss., dove la vigenza del principio in parola è posta in correlazione con la mitigazione, operata dal legislatore del 1940, della regola kompetenz-kompetenz. Interessante è anche la posizione di ACONE, *Codice di proc. civ. comm.*, cit., 415, il quale, dopo aver osservato che l'idea di una pronuncia unitaria sulla competenza non era meritevole di accoglimento sotto la disciplina precedente la L.353/90 "in presenza di una disposizione come l'art.38 che sanciva la rilevabilità in ogni stato e grado del giudizio dell'incompetenza per materia e per territorio inderogabile", ritiene che la attuale formulazione dell'art.38 c.p.c. offra "nuova linfa alla possibile unitarietà della pronuncia sulla competenza. In altre parole, la preclusione anticipata della vitalità della questione di rito in oggetto impone al giudice che decide sul punto di esaminare tutti i profili di competenza eccettivi o rilevati, e ciò giusta il fatto che non esiste un momento di possibile rilievo dell'incompetenza

dell'ordinamento sussiste il potere/dovere di decidere sulla domanda proposta. Siffatto accertamento costituirà anch'esso oggetto della pronuncia, e su di esso, pertanto, si formerà il giudicato⁷⁵.

L'adesione a questo orientamento si ripercuote, inevitabilmente, sulla individuazione dei poteri del giudice della riassunzione.

Nulla muta nell'ipotesi in cui il giudice *ad quem* ritenga competente proprio il giudice *a quo*: l'esistenza di un giudicato sulla parte negativa della sentenza resa dal giudice originariamente adito (ammesso anche dalla dottrina precedentemente esaminata), impone al giudice della riassunzione di trattenere e decidere la causa nel merito, ovvero di proporre istanza di regolamento di ufficio, a seconda che lo stesso ritenga violato il criterio del territorio derogabile e del valore, ovvero del territorio inderogabile e della materia.

Se, invece, il giudice della riassunzione ritiene competente un terzo giudice, la formazione del giudicato anche sulla parte positiva della sentenza declinatoria, e l'accertamento pieno, comprensivo cioè di ogni ragione e titolo, sulla competenza del giudice *ad quem* effettuato dal giudice *a quo*, consentono di prescindere dalla omogeneità od eterogeneità del criterio su cui si verifica il contrasto (tutti i criteri, infatti, sono stati vagliati dal giudice *a quo*), ed inibiscono al giudice della riassunzione di emanare una seconda declinatoria, con la conseguenza che, anche in questo caso, l'unico strumento per superare il giudicato sarà il regolamento di ufficio, alle condizioni (trasmigrazione tempestiva) e nei limiti (violazione dei criteri cd. forti) in cui questo è generalmente ammesso⁷⁶. Diversamente (se cioè la competenza in capo ad un terzo giudice si ritiene sussistere in ragione del valore della causa od in

successivo alla pronuncia del giudice adito". Di "unitarietà della indicazione di competenza" parlava già CAMBER, *Rapporti tra competenza e merito*, cit., 19 ss..

⁷⁵ Per VACCARELLA, *Inattività delle parti*, cit., 121, l'unico contenuto della sentenza declinatoria della competenza consiste nell'indicazione del giudice ritenuto competente. Per ANNECCHINO, *Note sul regolamento*, cit., 609, il giudicato si forma sia sulla parte negativa (dichiarazione di incompetenza), sia sulla parte positiva (indicazione del giudice competente) della sentenza declinatoria.

⁷⁶ Cass. 19.05.1975, n.1598 *id.*, Rep. 1975, voce *Competenza civile*, n. 290; Cass.11.02.1977, n.618, *id.*, 1977, I, 82; Cass.09.02.1977, n.584, *id.*, 1977, I, 836, con osservazioni di Lener; Cass.11.02.1977, n.618, *id.*, 1977, I, 228; Cass.10.01.1984, n.181, *id.*, Rep. 1984, voce cit., n. 184; Cass. 03.09.1990, n.9103, cit.; Cass.04.03.1998, n.195, *id.*, 1999, I, 1322.

applicazione dei criteri del territorio derogabile), il giudice della riassunzione sarà obbligato a trattare e decidere la causa nel merito.

La traslazione del processo dal giudice incompetente al giudice competente – pare quasi superfluo ricordarlo – può realizzarsi anche per effetto della sentenza emanata dalla Corte di cassazione, in sede di regolamento (ad istanza di parte o di ufficio), o in sede di ricorso ordinario (a seguito di appello avverso una sentenza con la quale il giudice adito, riconoscendosi competente, ha deciso il merito della causa).

In questa ipotesi la incontestabilità della competenza fissata dalla Corte e la conseguente inibizione, in capo al giudice della riassunzione, di sollevare un conflitto di competenza (reale, attraverso una nuova declinatoria, o virtuale, mediante l'istanza di regolamento di ufficio), è un effetto diretto ed indiscusso della sentenza della Corte di cassazione, cui è demandato di definire, una volta e per sempre, la insorta questione di competenza, e la cui pronuncia avrà efficacia di giudicato panprocessuale (idoneo, cioè, a vincolare non solo il giudice la cui competenza è stata individuata dalla Corte e dinanzi a cui le parti provvederanno, verosimilmente, a riassumere il processo, ma ogni altro giudice al quale dovesse essere riproposta dalle stesse parti la medesima domanda), sia nella parte negativa, sia nella parte positiva⁷⁷.

6. L'analisi condotta sugli articoli 38, 44 e 45 c.p.c., che fungono da canovaccio per la definizione della disciplina di ogni ipotesi di trasmigrazione del processo per incompetenza, ha evidenziato i molteplici contrasti interpretativi che, anche in presenza di una marcata tendenza legislativa a ridimensionare la portata delle questioni di competenza nel nostro processo, ancora si pongono in dottrina ed in giurisprudenza.

Un dato, tuttavia, emerge su tutti: la riassunzione tempestiva della causa davanti al giudice di cui in sentenza è stata indicata la competenza è elemento imprescindibile per il funzionamento di tutte le dinamiche innanzi descritte.

Solo una riassunzione tempestiva, infatti, determina la continuazione dell'originario processo, in mancanza della quale non potrebbe discorrersi né di

⁷⁷ Vedi, per tutti, PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 278.

valore endoprocessuale del giudicato (con l'effetto di incontestabilità della incompetenza/competenza che da esso deriva), né di superamento del giudicato per il tramite del regolamento di ufficio, con immaginabili ripercussioni sul piano dell'economia processuale.

La necessità di salvaguardare l'effetto di continuazione del processo che l'art.50 c.p.c. ricollega alla sentenza dichiarativa della incompetenza rappresenta allora un'esigenza primaria del sistema.

In quest'ottica, e nell'ottica di un processo che continua, devono, pertanto, essere riguardati i numerosi problemi, di carattere eminentemente pratico, che sono stati posti all'attenzione della giurisprudenza, e che parte della dottrina non ha mancato di approfondire, quando la trasmigrazione del processo, da mera possibilità, è divenuta concreta ed attuale.

CAPITOLO TERZO

L'ARTICOLO 50 C.P.C.: PROBLEMI APPLICATIVI TRA TEORIA E PRATICA.

1. La pendenza del processo nelle more della riassunzione *ex* art.50 c.p.c.. 2. Continuazione del processo e conservazione degli effetti sostanziali e processuali. L'appello a giudice incompetente. 3. Il termine per la riassunzione. 4. Forma e contenuto dell'atto di riassunzione. Vizi dell'atto di riassunzione. 5. Notificazione dell'atto di riassunzione. 6. Riassunzione tardiva. 7. Rapporti tra giudizio svoltosi dinanzi al giudice *a quo* e giudizio in corso dinanzi al giudice *ad quem*.

1. L'applicazione dell'art.50 c.p.c. presuppone, a monte, la decisione in senso impediente di una questione di incompetenza prospettata dalle parti o rilevata di ufficio (negazione della competenza in capo al giudice adito dall'attore), e, perciò, l'emanazione:

- di una sentenza di regolamento con la quale la Suprema Corte dichiara la competenza di un giudice diverso da quello adito⁷⁸;
- di una sentenza con la quale la Corte di cassazione, pronunciando su ricorso ordinario (art.360, n.2, c.p.c.), cassa la sentenza impugnata e dichiara la competenza di un giudice diverso da quello adito⁷⁹;

⁷⁸ Se la sentenza della Suprema Corte riconosce in capo al giudice adito la competenza che egli aveva declinato, dovendo la causa continuare dinanzi allo stesso giudice, non si avrà riassunzione *ex* art.50 c.p.c., ma una semplice prosecuzione del processo sospeso (artt. 48 e 49 c.p.c.).

⁷⁹ MASSARI, *Del regolamento*, cit., 615, contrasta l'opinione in forza della quale, in questo caso, la Corte di cassazione dovrebbe limitarsi alla semplice statuizione sulla competenza, così come prescritto dal comma 2 dell'art.382 c.p.c., con la conseguenza che la parte dovrebbe riproporre la sua domanda in un nuovo processo (così REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., II, 382). Per Massari, infatti, "malgrado non si versi in ipotesi di cassazione con rinvio, ed ancorché l'art.382 non prescriva alla Corte di cassazione di dettare i provvedimenti necessari per la prosecuzione del processo, come invece ha cura di fare l'art.49 c.p.c., non sembra che si possa fondatamente dubitare che anche la statuizione prevista nel primo di questi articoli sia compresa nella lettera e nello spirito dell'art.50, e soprattutto nell'intendimento sistematico della legge di cui la disposizione dell'art.50 è attuazione". Ritiene che in questa ipotesi trovi applicazione l'art.50 c.p.c. anche ACONE, *Codice di procedura civile commentato*, cit., 515. Nel senso, invece, che la Suprema Corte che accoglie un ricorso *ex* art.360, n.2, c.p.c. deve cassare senza rinvio la sentenza impugnata perché il processo non avrebbe potuto essere iniziato dinanzi al giudice erroneamente adito, "atteso che la pronuncia

- di una sentenza emanata dal giudice di merito dinanzi a cui è stata proposta la domanda, con la quale questi dichiara la propria incompetenza ed indica il giudice competente;

- di una sentenza del giudice di appello che dichiara la incompetenza del giudice di primo grado e la competenza di un giudice diverso, dinanzi a cui rimette le parti⁸⁰.

Alla duplice dichiarazione, di incompetenza del giudice adito e di competenza del giudice indicato, si accompagna la fissazione di un termine per riassumere la causa. Nelle more della riassunzione, e fino alla scadenza del relativo termine, si ritiene, ormai in modo unanime, che il processo sia comunque pendente⁸¹. Pertanto, se una delle parti propone la stessa domanda davanti ad un giudice diverso da quello indicato in sentenza, le altre parti potranno eccepire (ed il giudice potrà rilevare d'ufficio) la litispendenza.

Per alcuni, tuttavia, la pendenza del processo dinanzi al giudice *ad quem* ha inizio solo con la effettiva riassunzione della causa, con la conseguenza che,

di provvedimenti per la prosecuzione del processo davanti al giudice competente è prevista dall'art.49 del c.p.c. esclusivamente nel caso di sentenza conclusiva del regolamento di competenza”, leggi Cass.02.07.2003, n.10383, *Guida al diritto*, 2003, n.35, 84.

⁸⁰ Al riguardo è opportuno evidenziare, insieme con Cass.04.07.2003, n.10566, *Foro it.*, Rep.2003, voce *Competenza civile*, n.29, che quando il giudice di appello annulla la sentenza del giudice di primo grado che, ritenendosi erroneamente incompetente, ha deciso nel merito, gli articoli 353 e 354 c.p.c. “non vengono assolutamente in considerazione. In tal caso, invero, un problema di rimessione della causa, ad opera del giudice di appello, al *primo giudice* non si pone neppure: si pone, invece, un problema di riassunzione, ai sensi dell'art.50 c.p.c., davanti al *diverso* giudice di primo grado dichiarato competente dal giudice di appello”. Sul tema si rinvia, per tutti, a BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, nonché ad OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999.

⁸¹ MASSARI, *Del regolamento*, cit., 617; BONGIORNO, *Il regolamento*, cit., 49; SATTA, *Commentario*, I, cit., 200. Vedi anche SALETTI, *La riassunzione nel processo civile*, cit., 78, il quale, nel riportarsi a CHIOVENDA, *Rapporto giuridico*, cit., 378-9, successivamente ripreso da TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 194 e 252, nt.195, dopo aver distinto tra litispendenza semplice, che si ha quando, pur essendo la lite ancora pendente, non esiste un giudice attualmente investito della controversia (si pensi alla sentenza di primo grado impugnabile ma non ancora impugnata), e che si esaurisce nell'effetto negativo dell'impedimento *ex art.39 c.p.c.* all'instaurazione di un nuovo, identico processo, e litispendenza qualificata, che si ha quando la causa pende innanzi ad un giudice determinato (v. anche RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 19867, 210, il quale preferisce parlare di litispendenza attenuata e piena), inquadra le ipotesi di *translatio iudicii* in quelle di litispendenza qualificata.

prima di essa, il processo continua a pendere dinanzi al giudice *a quo*⁸². Per altri, al contrario, il processo non può ritenersi pendente dinanzi al giudice *a quo*, avendo questi esaurito ogni sua funzione decisoria, in ordine alla domanda propostagli, con la dichiarazione di incompetenza: il processo, pertanto, dal momento della pronuncia declinatoria, pende dinanzi al giudice *ad quem*⁸³.

La questione non è meramente teorica: si pensi all'ipotesi in cui, mentre corre il termine di riassunzione, viene instaurata, tra le stesse parti, una causa in rapporto di continenza con la prima: eccepita o rilevata la continenza, il "secondo" giudice, posta la prevenienza della prima causa, dovrà effettuare la valutazione di competenza sulla causa successivamente proposta con riguardo al giudice *a quo*, o con riguardo al giudice *ad quem*? Ed ancora, se, nelle more della riassunzione, sorge un'esigenza cautelare, il relativo ricorso dovrà essere proposto al giudice *a quo* od al giudice *ad quem*?

Il vero è che, dopo la sentenza di incompetenza pronunciata dal giudice di merito, e fino a che questa non perde efficacia con la estinzione del processo, l'unico giudice dell'ordinamento in capo al quale vanno riconosciuti, in via esclusiva, i poteri di trattazione e decisione della domanda, è il giudice *ad quem*⁸⁴.

Se poi l'onere di riassunzione rinviene la sua fonte in una sentenza sulla competenza emanata dalla Corte di cassazione, la incontrovertibilità della competenza ivi dichiarata sopravvive anche all'estinzione del processo: l'attribuzione di un qualsiasi potere – ordinatorio o decisorio - ad un giudice diverso da quello indicato nella sentenza resa dalla Suprema Corte si scontrerà, inevitabilmente, con l'eccezione di incompetenza del giudice medesimo, ricavabile "per differenza" dalla sentenza della Corte di cassazione, e rilevabile anche d'ufficio.

⁸² MASSARI, *Del regolamento*, cit., 617, e prima di lui, MENESTRINA, *Commentario al codice di procedura civile diretto da D'Amelio*, cit., 256.

⁸³ CAMBER, *Rapporti*, cit., 27; SALETTI, *La riassunzione*, cit., 78, nt.117; RICCI, *Il giudizio*, cit., 109 ss.; TARZIA, *Il litisconsorzio*, cit., 252, nt.195.

⁸⁴ Il più recente orientamento giurisprudenziale, d'altra parte, è nel senso che la estinzione del processo debba essere dichiarata dal giudice *ad quem* (Cass. 27.02.1997, n.1572, *Foro it.*, Rep.1997, voce *Procedimento civile*, n.350), il che sarebbe inspiegabile se il processo continuasse a pendere dinanzi al giudice *a quo*.

In questo contesto normativo, l'opinione della dottrina indicata per seconda (pendenza del processo dinanzi al giudice *ad quem* nelle more della riassunzione), sembra imporsi.

Parimenti controversa è la qualificazione dello “stato” del processo in attesa di riassunzione. Gli Autori che si sono occupati del tema, sulla scia di Carnelutti, hanno affermato la ricorrenza di un fenomeno di interruzione del processo, muovendo o dalla considerazione che, mentre in caso di sospensione le parti possono riassumere il processo solo venuta meno la causa di sospensione, in caso di interruzione l'ostacolo alla prosecuzione può essere tolto di mezzo in qualunque momento mediante la riassunzione, esattamente come accade per il processo in attesa di trasmigrare da un giudice dichiaratosi incompetente ad un giudice di cui è stata riconosciuta la competenza, o (in via prevalente) dalla considerazione che, analogamente a quanto accade in caso di interruzione, spogliatosi il giudice *a quo* del processo incardinato dinanzi a lui, le parti hanno l'onere di rinnovare la costituzione davanti al giudice *ad quem*⁸⁵.

Orbene, indipendentemente dalla necessità di sottoporre a (successiva) verifica la correttezza di quell'orientamento che impone alla parti una nuova costituzione dinanzi al giudice *ad quem*, a noi sembra che l'esigenza di inquadrare in categorie conosciute (sospensione o interruzione) la particolare situazione delineata dall'art.50 c.p.c. non abbia riscontri pratici effettivi: siffatta qualificazione, infatti, potrebbe – semmai - rappresentare un *posterius*, giammai un punto di partenza per individuare le regole processuali da applicare nel processo trasmigrato, regole che vanno invece ricostruite alla luce del sistema normativo rappresentato dagli art.38-50 c.p.c., ed in particolare avendo ben presente sia il valore (ormai residuale) attribuito alla competenza nel nostro processo, sia la eliminazione di ogni cesura tra le due fasi del giudizio voluta dal legislatore. Sulla scorta di queste considerazioni appare allora più corretto limitarsi a prendere atto della singolarità della situazione che si verifica dopo la dichiarazione di incompetenza e fino a che il processo non è riassunto, la quale, a rigore, non integra né un caso di sospensione del processo (la quale

⁸⁵ CARNELUTTI, *Istituzioni*, II, cit., 117; MICHELI, *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, II, 19; REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 422; MASSARI, *Del regolamento*, cit., 607.

sospensione subentra, per espressa disposizione di legge, solo se l'attore soccombente propone istanza di regolamento: art.48 c.p.c.), né un caso di interruzione del processo (la cui ricorrenza è subordinata al verificarsi di uno degli eventi individuati negli articoli 299-301 c.p.c., e la cui disciplina è posta a garanzia del principio del contraddittorio, che nella situazione delineata dall'art.50 c.p.c. non è sottoposto a rischio di lesione alcuno)⁸⁶.

2. Nelle pagine precedenti è stato rimarcata la indispensabilità, nell'economia della disciplina descritta dagli articoli 44-50 c.p.c., dell'effetto di continuazione del processo che consegue alla perfetta realizzazione dei meccanismi descritti in quelle stesse norme.

Se, infatti, la pendenza del processo passa, senza soluzione di continuità, dal giudice *a quo* al giudice *ad quem*, è possibile retrodatare la produzione degli effetti sostanziali⁸⁷ e processuali⁸⁸ della domanda giudiziale al tempo della sua proposizione innanzi al giudice incompetente⁸⁹.

⁸⁶ Si segnala, in proposito, BONSIGNORI, *Problemi dibattuti in tema di riassunzione del processo di cognizione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1962, 1095, il quale, pur essendo d'accordo nell'escludere la ricorrenza di una sospensione del processo in caso di *translatio*, dissente sulla qualificazione del fenomeno come di interruzione.

⁸⁷ Decorrenza dei frutti e degli interessi richiesti al possessore in buona fede (art.1148 c.c.), o prodotti dalla cosa legata (art.669 c.c.), o da restituirsì nella ripetizione dell'indebitato (art.2033 c.c.); decorrenza dell'obbligazione alimentare (art.445 c.c.), dell'anatocismo (art.1283 c.c.); costituzione in mora con relativa ripercussione sulla produzione degli interessi nelle obbligazioni pecuniarie (art.1219 e 1224 c.c.); impedimento della decadenza, tra i più importanti. Sul tema degli effetti sostanziali prodotti dalla domanda giudiziale si rinvia ad ORIANI, *Processo di cognizione ed interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, 68 ss. e 166, nt.2; nonché a CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio, II, Torino, 1980, 282 ss.; ed a CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Bologna, 1998, 83 ss.

⁸⁸ *Perpetuatio iurisdictionis et competentiae* (art.5 c.p.c.), litispendenza (art.39 c.p.c.).

⁸⁹ Cass.24.01.1950, n.213, *Foro it.*, 1951, I, 602; Cass. 18.08.1962, n.2594, *id.*, Rep.1962, voce *Competenza e giurisdizione in materia civile*, n.126; Cass.05.12.1970, n.2561, *id.*, Rep.1971, voce *Espropriazione per pubblico interesse*, n.78; Cass.24.06.1977, n.2693, *id.*, Rep.1977, voce *Competenza civile*, n.232 (con riferimento al tempo di determinazione della provenienza di una causa rispetto ad un'altra); Cass.02.01.1989, n.71, *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1731 (con riferimento alla domanda di restituzione dei canoni, sottoposta a termine semestrale di decadenza); Cass.13.06.1991, n.6717, *id.*, Rep.1991, voce *Procedimento civile*, n.162; Cass.02.02.1995, n.1241, *id.*, Rep.1995, voce *Competenza civile*, n.123; Cass. 30.01.1998, n.974, *id.*, 1998, I, 1497 (con riferimento ai termini di decadenza per l'opposizione alla stima dell'indennità di espropriazione). Vedi anche App. Napoli, 15.07.1988, *id.*, Rep.1989, voce *Decadenza*, n.66, che ha escluso

L'interesse a riassumere il processo dinanzi al giudice *ad quem*, se si accoglie una certa teoria sulla efficacia degli atti compiuti dinanzi al giudice incompetente⁹⁰, può, d'altra parte, provenire all'attore proprio e solo dalla possibilità di far risalire gli effetti della domanda al tempo della citazione originaria.

Del resto, con l'art. 2943, comma terzo, c.c., sembra che il legislatore abbia codificato proprio il principio di conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria - già desumibile, in via generale, dall'art.50 c.p.c. - in punto di effetto interruttivo istantaneo della prescrizione⁹¹.

L'articolo in parola, a dire il vero, riproduce l'art.2125 del vecchio codice civile, ma, a differenza di questo, che rappresentava una eccezione all'art.2128 c.c., in forza del quale la chiusura in rito del processo vanificava l'interruzione della prescrizione prodotta dalla domanda giudiziale, conferma una regola desumibile più dall'eliminazione (dell'art.2128 c.c., e perciò) di ogni distinzione tra sentenze di accoglimento e sentenze di rigetto in punto di effetto interruttivo della prescrizione, che dall'art.50 c.p.c. in quanto tale: se anche la domanda proposta a giudice incompetente è infatti "atto con cui si inizia un

l'impedimento del termine di decadenza per l'opposizione alla stima dell'indennità di esproprio per non avere l'attore riassunto il processo dinanzi al giudice competente.

⁹⁰ Ci si riferisce all'opinione in forza della quale del giudizio svoltosi innanzi al giudice *a quo* si salverebbe il solo atto introduttivo, con la conseguenza che il processo trasmigrato ricomincerebbe daccapo.

⁹¹ ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 148, in particolare, evidenzia la superfluità dell'art.2943, co.3, c.c. "perché l'interruzione della prescrizione provocata dalla domanda rivolta a giudice incompetente non è più una eccezione al principio che l'interruzione della prescrizione è un effetto dell'anticipazione della sentenza di merito al tempo della domanda, ma è una piana applicazione del criterio della trasmigrazione della causa dal giudice incompetente a quello competente". Sono dello stesso parere SANTULLI-ACONE, *Competenza*, cit., 3; PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., 271. ORIANI, *Processo di cognizione*, cit., 66, dal suo canto, ha osservato che "la norma appare come un inutile e pericoloso reliquato della disciplina spettante sotto il vecchio codice alle pronunce di incompetenza, che erano destinate a chiudere definitivamente il processo senza possibilità di continuazione presso il giudice competente. (...) In questa situazione appariva bene necessario distinguere il difetto di competenza dalla carenza di altri presupposti processuali, rientrando altrimenti la fattispecie nell'ambito di applicazione dell'ultima ipotesi dell'art.2128 c.c.". Successivamente, ID., *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, *Foro it.*, 2004, V, 11, nt.15, sottolinea come l'art.2943, co.3, c.c. non abbia un proprio autonomo ambito di applicazione, atteso che se a seguito della dichiarazione di incompetenza il processo, riassunto dinanzi al giudice competente, si conclude con sentenza definitiva, si applica l'art.2945, co.2, c.c., ma in relazione all'art.2943, co.1, c.c.; se invece si estingue, si applica l'art.2945, co.3, c.c., ma sempre in relazione all'art.2943, co.1, c.c.

giudizio di merito”, allora è giocoforza ritenere che essa (al pari di ogni altra domanda introduttiva di un giudizio carente di un qualche presupposto processuale), siccome contenente l’affermazione del diritto da parte del suo titolare⁹², sarà idonea ad interrompere la prescrizione, anche se (salva l’operatività di un qualche meccanismo di sanatoria della nullità) destinata a sfociare in una sentenza di rito.

Il termine di prescrizione del diritto, interrotto con la citazione originaria, rimane tuttavia sospeso fino a che il giudizio non viene definito con una sentenza, di rito o di merito, pronunciata dal giudice competente (il giudice indicato nella sentenza del giudice *a quo*, o il diverso giudice designato dalla Corte di cassazione).

Orbene, la conservazione anche dell’effetto di interruzione/sospensione del termine di prescrizione (a differenza dell’effetto interruttivo istantaneo), rinviene la sua unica giustificazione normativa nell’art.50 c.p.c., e precisamente nella parte in cui questo dispone che il processo dinanzi al giudice di cui è stata dichiarata la competenza continua se tempestivamente riassunto⁹³.

Se infatti il legislatore, fermo l’inquadramento della competenza tra i presupposti di ulteriore procedibilità della causa del merito, avesse stabilito che il giudice incompetente, preso atto della validità della domanda giudiziale, avrebbe dovuto limitarsi a dichiarare l’inidoneità del processo a giungere alla sentenza di merito, avremmo avuto che la prescrizione, interrotta dalla citazione originaria (art.2943, co.3, c.c.), sarebbe rimasta sospesa fino al passaggio in giudicato della sentenza di incompetenza (art.2945, co.2), momento a partire dal quale sarebbe cominciato a decorrere un nuovo periodo di prescrizione (da interrompersi con la nuova citazione dinanzi al giudice competente).

⁹² L’affermazione del diritto contenuta nella domanda giudiziale è, infatti, quella “fattispecie minore” che, sola, produce l’interruzione della prescrizione. Essa, infatti, denota vitalità del diritto, l’intenzione, da parte del suo titolare, di conservarlo e farlo valere, e tale segno di vitalità rimane un fatto incancellabile anche se la domanda non è accolta, o se addirittura non si arriva alla emanazione di una sentenza: questa è la ricostruzione del fenomeno della interruzione della prescrizione operata da ORIANI, *op. ult. cit.*, 171 ss..

⁹³ ORIANI, *Interruzione*, cit., 67, nt.43, per il quale “la chiave di tutto il sistema trovasi in quel *continua* contenuto nell’art.50 c.p.c.”.

Essendosi invece statuita la continuazione dell'originario processo risulta che:

- se il processo è effettivamente riassunto, allora il termine di prescrizione, interrotto dalla citazione originaria, rimane sospeso fino alla definizione del giudizio da parte del giudice competente;

- se il processo non è riassunto, si estingue, ed in tal caso si applicherà la regola di cui all'art.2945, co.3: alla estinzione del giudizio conseguirà la conservazione del solo effetto interruttivo istantaneo prodotto dall'atto di citazione: venuto meno l'effetto interruttivo permanente, il nuovo periodo di prescrizione comincerà a decorrere dal giorno della notificazione dell'atto di citazione avanti al giudice incompetente⁹⁴.

La regola della conservazione si applica anche alla trascrizione della domanda originaria: se il giudice si è dichiarato incompetente, essa conserverà valore, e non sarà necessaria la trascrizione anche dell'atto riassuntivo⁹⁵.

Alla conservazione degli effetti processuali e sostanziali già prodotti dalla domanda proposta al giudice incompetente si riconduce, inoltre, secondo una giurisprudenza consolidata⁹⁶, l'idoneità dell'atto di appello a giudice incompetente ad impedire la decadenza dall'impugnazione.

⁹⁴ Cass.16.06.1992, n.7407, *Foro it.*, Rep.1992, voce *Prescrizione e decadenza*, n.39, la quale ha appunto chiarito che, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, in caso di estinzione del processo a causa di mancata riassunzione *ex art.50 c.p.c.*, non può invocarsi la permanenza dell'effetto interruttivo/sospensivo della prescrizione fino al passaggio in giudicato della sentenza di incompetenza (art.2945, co.2, c.c.), potendo trovare applicazione solo l'art.2945, co.3, c.c.; Cass.30.03.1994, n.3108, *id.*, Rep.1995, voce cit., n.53.

⁹⁵ Cass.23.11.1983, n.6994, *Foro it.*, Rep.1983, voce *Trascrizione*, n.20, Cass.09.01.1993, n.148, *id.*, Rep.1993, voce cit., n.35 la quale precisa che "anche nei casi di emissione di altre sentenze, ancorché non dichiarative di incompetenza in senso stretto ma ugualmente comportanti la possibilità di *translatio iudicii*, deve ritenersi salvaguardata la conservazione degli effetti della trascrizione precedentemente eseguita, poichè solo in seguito alle pronunzie (di rigetto della domanda o di estinzione del giudizio per rinuncia o per inattività delle parti) previste dall'art.2668 c.c. ai fini della cancellazione della trascrizione *inssu iudicis* o in seguito ad altra pronunzia che non consenta la prosecuzione dello stesso giudizio, l'istante, che intende ottenere il risultato originariamente perseguito, deve proporre la domanda *ex novo* e provvedere a una nuova trascrizione, non potendo più avvalersi degli effetti della vecchia trascrizione, divenuta ormai inefficace".

⁹⁶ Cass. S.U. 15.03.1949, n.532, *Giur it.*, 1950, I, 1, 430; Cass.04.08.1949, n.2153, *Foro it.*, Rep.1949, voce *Appello in materia civile*, n.55; Cass.05.07.1954, n.2342, *id.*, Rep.1953, voce *Impugnazioni in materia civile*, n.31; Cass.10.03.1959, n.681, *id.*, Rep.1959, voce *Lavoro (controversie)*, n.83; Cass.10.05.1963, n.1148, *id.*, Rep.1963, voce cit., n.19; Cass.13.01.1967, n.131, *id.*, Rep.1967, voce *Impugnazioni civili*, n.4; Cass.03.06.1975,

Sul punto, tuttavia, per lungo tempo si è continuato a registrare un forte contrasto in dottrina. Ed infatti, a chi, escluso che il criterio di determinazione del giudice di secondo grado possa qualificarsi come criterio di competenza⁹⁷, ovvero definita la competenza del giudice dell'impugnazione come competenza funzionale o per gradi⁹⁸, ha negato l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c. nel giudizio

n.2201, *Giur. it.*, 1976, I, 1, 256 (in motivazione); Cass.11.01.1979, n.220, *Foro it.*, 1979, I, 2428, la quale, nella motivazione, opera un espresso richiamo all'art.50 c.p.c. che, sancendo la continuazione del processo dal giudice incompetente a quello competente, determina che "l'appello proposto innanzi al primo dei detti giudici, tempestivamente e nelle forme previste per il relativo procedimento, è idoneo ad instaurare un processo suscettibile di prosecuzione; ciò in considerazione della struttura unitaria del processo e della unicità della giurisdizione; Cass. 24.04.1980, n.2721, *id.*, Rep.1980, voce *Competenza civile*, n.282; Cass.11.04.1996, n.3355, *id.*, Rep.1996, voce *Appello civile*, n.59; Cass.10.10.1997, n.9687, *id.*, 1998, I, 83 (che ribadisce il principio dell'effetto conservativo relativamente ad un appello proposto alla sezione ordinaria anziché alla sezione specializzata agraria della Corte di Appello); Tra la giurisprudenza di merito vedi Trib. Torino, 29.04.1947, *Foro it.*, Rep.1947, voce *Impugnazioni in materia civile*, n.14; App. Reggio Calabria, 04.06.1954, *id.*, Rep.1954, voce *Appello in materia civile*, n.69-70; App. Palermo, 24.01.1958, *id.*, Rep.1959, voce *Competenza e giurisdizione in materia civile*, n.402; Trib. Palermo, 01.12.1988, *id.*, Rep.1989, voce *Competenza civile*, n.16; Trib. di Catanzaro, 28.10.1999 (ord.), *id.*, 2000, I, 642, che applica il principio al reclamo cautelare.

⁹⁷ ATTARDI, *Sulla traslazione*, cit., 160 e ss., il quale giunge a siffatta conclusione dopo aver qualificato l'istituto del gravame come fase di proseguimento del processo pendente avente come fine il controllo della sentenza impugnata, ed aver osservato che in questa prospettiva non vi è alcuna relazione tra il giudice e l'oggetto del processo (relazione di cui l'istituto della competenza è espressione), risultando l'attribuzione in capo al giudice di appello di funzioni e poteri decisori dalla ripartizione dei medesimi poteri tra i diversi organi (di primo e secondo grado) dell'unico processo. *Contra* TARZIA, *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente*, *Giur. it.*, 1963, I, 2, 124, per il quale la riduzione dell'atto di impugnazione a mero atto di impulso processuale è errata ove si consideri che mentre gli atti di impulso possono essere compiuti da una qualsiasi delle parti, l'impugnazione può essere compiuta solo dalla parte legittimata in base al contenuto del provvedimento, e che, se l'omissione degli atti di impulso ha per effetto l'estinzione del processo, l'omissione dell'atto di impugnazione comporta, al contrario, la definitività del provvedimento.

⁹⁸ ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., 291, il quale esclude la ricorrenza di un fenomeno di competenza sia se si appella dinanzi ad un giudice "pur di quel dato grado, ma di sede diversa", sia e a maggior ragione se si appella dinanzi ad una Autorità Giudiziaria di tipo diverso da quella cui è devoluta la cognizione dell'impugnazione secondo l'ordine gerarchico prestabilito; D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, I, Torino, 1957, 581, il quale osserva che "il giudice malamente adito difetta non soltanto di competenza, ma addirittura di giurisdizione nei riguardi di quello che ha emesso la sentenza impugnata"; PROVINCIALI, *Delle impugnazioni in generale*, *Trattato del processo civile diretto da F. Carnelutti*, Napoli, 1962, 156; REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, cit., 392, per il quale il criterio per determinare il

di secondo grado, si è contrapposto chi ha riconosciuto che l'art.50 c.p.c. ha offerto un fondamento positivo all'orientamento giurisprudenziale già affermatosi sotto il vigore del vecchio codice, quando pure la competenza era considerata presupposto di validità del rapporto processuale, cosicché alla sua stregua ben può affermarsi che l'appello proposto a giudice incompetente non determina decadenza dal termine per impugnare bensì, parimenti a ciò che avviene in primo grado, *translatio iudicii*⁹⁹.

Anche il giudice di appello, quando si dichiara incompetente, dovrà pertanto fissare un termine per la riassunzione della causa dinanzi al giudice competente. Un termine che non è quello per appellare (questo, infatti, pena l'inammissibilità dell'impugnazione, deve essere già stato rispettato dalla parte¹⁰⁰), ma che è desumibile dallo stesso art.50 c.p.c., che non distingue tra giudice di primo e di secondo grado¹⁰¹.

giudice di secondo grado non può considerarsi un fenomeno di competenza “ma piuttosto di attribuzioni istituzionali rispettive”.

⁹⁹ ANDRIOLI, *L'appello davanti a giudice incompetente e l'art.450 c.p.c.*, *Giur. it.*, 1946, I, 2, 241; SEGRE', *Requisiti essenziali dell'atto di appello*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, II, 114, per il quale la competenza del giudice adito è una condizione per la piena efficacia dell'atto di appello, ma non un suo requisito formale indispensabile, cosicché l'erronea designazione del giudice competente, non impedendo all'atto di appello il raggiungimento del suo scopo, non ne determina la nullità; SATTA, *Commentario*, I, cit., 199; GIONFRIDA, *Competenza in materia civile*, cit., 42, il quale precisa che “i rapporti tra giudici cui è devoluta la cognizione dei gravami non possono qualificarsi se non come rapporti di competenza”; BONGIORNO, *Regolamento*, cit., 55 e ss.; MASSARI, *Del regolamento*, cit., 609, per il quale “la manifestata volontà di gravame è idonea a dar vita a valido rapporto processuale”; LUISO, *Appello nel dir. proc. civ.*, *Digesto it., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 365; RASCIO, *In tema di competenza funzionale*, *Riv. dir. proc.*, 1993, 165, il quale ritiene ingiustificata l'opinione secondo cui il principio della *translatio iudicii* non opera con riguardo alla competenza per le impugnazioni, atteso che “l'art.50 prevede un meccanismo di portata generale che non è limitato dalla norma stessa a particolari ipotesi di incompetenza”. Vedi anche PORCELLUZZI, *Sull'effetto conservativo dell'opposizione di terzo proposta a giudice incompetente*, *Dir. giur.*, 1980, 894, il quale, sulla premessa dell'applicabilità dell'art.50 c.p.c. in fase di appello, ritiene estensibile la conservazione degli effetti prodotti dall'impugnazione proposta al giudice incompetente anche all'opposizione di terzo.

¹⁰⁰ Cass.13.07.1950, n.1886, *Foro it.*, Rep.1950, voce *Appello*, n.381. Cass.17.07.1953, n.2369, *id.*, 1953, I, 1420, con nota di Andrioli, *Osservazioni intorno agli artt.50, 339, 358 e 357*, chiarisce che la sentenza che dichiara l'incompetenza del giudice di appello e fissa un termine per la riassunzione dinanzi al giudice ritenuto competente, non pregiudica la questione dell'ammissibilità dell'impugnativa, che, dunque, non deve considerarsi risolta implicitamente ed in senso positivo dalla disposta trasmigrazione del processo.

¹⁰¹ SATTA, *Commentario*, I, cit., 199; MASSARI, *Del regolamento*, cit., 610. Cass.13.07.1947, n.1335, *Foro it.*, Rep.1947, voce *Appello in materia civile*, n.47;

Le innumerevoli sentenze pronunciate al riguardo puntualizzano, peraltro, che l'efficacia conservativa (dei termini per impugnare) dell'appello proposto a giudice incompetente può operare a condizione che l'appellante, utilizzando il mezzo previsto dalla legge¹⁰², abbia proposto la sua impugnazione ad un giudice sovraordinato rispetto a quello che ha pronunciato la sentenza di primo grado, un giudice, cioè, che sebbene incompetente in relazione all'appello propostogli, abbia astrattamente la competenza a giudicare sul tipo di impugnazione devoluta alla sua cognizione: diversamente, l'errore dell'impugnante ricadrebbe sul grado e sul tipo di impugnazione, non sulla competenza del giudice, e l'art.50 c.p.c. rimarrebbe fuori gioco¹⁰³.

Cass.05.06.1948, n.2633, *id.*, Rep.1949, voce cit., n.298; Cass.04.08.1949, n.2153, *id.*, Rep. 1949, voce cit., n.55; Cass. S.U. 10.08.1951, n.2498, *id.*, Rep.1951, voce cit., n.31-33; Cass.05.07.1954, n.2342, *id.*, Rep.1953, voce *Impugnazioni in materia civile*, n.31; Cass.04.03.1960, n.412, *id.*, Rep.1960, voce *Appello in materia civile*, n.16; Cass.25.11.1976, n.4464, *id.*, Rep.1976, voce *Competenza civile*, n.257. Tra la giurisprudenza di merito vedi invece App. Bari, 17.11.1948, *Foro it.*, Rep.1949, voce *Appello in materia civile*, n.56; App. Roma, 17.09.1953, *id.*, Rep.1954, voce cit., n.72; App. Roma, 29.05.1954, *Giust. civ.*, 1954, 1995; App. Roma 28.06.1957, *Foro it.*, Rep.1958, voce *Appello in materia civile*, n.398.

L'art.50 c.p.c. è applicabile anche se il giudice di appello che si è dichiarato incompetente è stato adito a seguito di impugnazione avverso una sentenza pronunciata dal giudice del lavoro. La Cassazione è infatti ferma nel ritenere che l'art.428 c.p.c., alla cui stregua la riassunzione dinanzi al giudice competente va fatta nel termine di trenta giorni dalla comunicazione della sentenza, si applica solo nel giudizio di primo grado: Cass.16.04.1986, n.2695, *Foro it.*, 1987, I, 880 (nonché in *Giust. civ.*, 1986, I, 3149); Cass.11.11.1986, n.6577, *id.*, Rep.1986, voce cit., n.418; Cass.15.01.1985, n.250, *id.*, Rep.1987, voce cit., n.119 (la quale chiarisce che nel rito del lavoro la disciplina del processo di primo grado non può considerarsi integrata dal rinvio alle norme stabilite per il procedimento di primo grado "in quanto applicabili", così come avviene per il rito ordinario in forza dell'art.359 c.p.c.); Cass. S.U. 15.01.1987, n.250, *Giust. civ.*, 1987, I, 1746 (per la quale, invece, situazioni di dubbio circa la competenza del giudice adito possono presentarsi solo nel procedimento di primo grado. L'individuazione del giudice di appello, al contrario, non può dar luogo ad incertezze attese l'operatività della competenza funzionale per gradi. E poiché la disciplina dell'art.428 c.p.c. è stata dettata per garantire la celere instaurazione del giudizio dinanzi al giudice del lavoro competente, "non emerge un analogo motivo perché essa debba essere applicata anche a quello d'appello, il che, peraltro, comporterebbe l'estensione di una deroga ad una ipotesi non prevista"); Cass.19.01.1987, n.413, *Foro it.*, 1988, I, 2676;

¹⁰² La utilizzazione di un mezzo inappropriato rispetto all'impugnazione proposta determinerebbe, infatti, l'inammissibilità dell'impugnazione, ed il meccanismo della *translatio* neppure verrebbe in rilievo: RASCIO, *In tema di competenza funzionale*, cit., 153, nt.52.

¹⁰³ Cass. 20.11.1951, n.2670, *Foro it.*, 1952, I, 1050; Cass.23.07.1953, n.2473, *id.*, Rep.1953, voce *Impugnazioni in materia civile*, n.17; Cass.28.07.1956, n.2955, *id.*,

Rep.1956, voce cit., n.5; Cass.09.12.1981, n.6515, *id.*, 1982, I, 1997, con osservazioni critiche di Balena, la quale, dopo aver osservato che l'incompetenza contemplata dall'art.50 c.p.c. non è quella per gradi, bensì quella ripartita con i criteri "obiettivi e territoriali", precisa che "una volta adito il giudice di secondo grado (e fatta salva quindi la competenza per gradi, *rectius* il rapporto processuale in tale seconda fase) l'incompetenza territoriale di questi può interpretativamente rientrare nella previsione dell'art.50 c.p.c.; ma far rientrare nella previsione di detto articolo anche una incompetenza non contemplata nel capo I del titolo I del c.p.c., nel cui ambito opera chiaramente l'art.50 di detto codice, significa fare opera integrativa non già interpretativa della legge, quest'ultima unicamente consentita al giudice"; Cass.24.09.1998, n.9554, *id.*, Rep.1998, voce *Appello in materia civile*, n.12; Cass.23.08.2002, n.12345, *id.*, Rep. 2002, voce *Fallimento*, n.257, nonché in *Fallimento*, 2003, 738, con nota di Tiscini, con la quale la Cassazione, nel dichiarare inammissibile l'appello avverso sentenza dichiarativa di fallimento proposto dinanzi alla Corte di Appello anziché al Tribunale che aveva pronunciato il fallimento, ha affermato che "la proposizione dell'atto innanzi al giudice di secondo grado anziché innanzi a un giudice di primo grado esclude che sia prospettabile una questione di competenza con il ricorso ai principi della *translatio iudicii*, atteso che la competenza attiene alla articolazione della giurisdizione tra i giudici competenti nello stesso grado". Cass. 12.11.2002, n.15866, *id.*, Rep.2002, voce *Appello civile*, n.16 la quale ha chiarito che in ipotesi di errore sul grado (appello proposto allo stesso giudice o ad altro giudice di primo grado) mancherebbe "lo strumento legislativo che legittimi il passaggio del rapporto processuale dal primo al secondo grado"; Cass.02.09.2003, n.12788, *id.*, Rep.2003, voce cit., n.13; Cass.16.01.2004, n.590, *id.*, Rep.2004, voce *Cassazione civile*, n.86, che afferma l'inapplicabilità dell'art.50 c.p.c. al ricorso per cassazione proposto innanzi ad un giudice di secondo grado, atteso che l'art.50 c.p.c. si applica in tema di competenza, che attiene alla articolazione della giurisdizione tra i giudici competenti nello stesso grado. Si segnalano, tuttavia, Trib. Venezia, 06.06.2000, *Giur. it.*, 2001, I, 2, 65, nonché Trib. Palermo, 14.09.2000, *Foro it.*, 2000, I, 2986, con osservazioni di Iozzo, le quali applicano l'art.50 c.p.c. all'appello avverso una sentenza pretorile proposto al Tribunale anziché alla Corte di Appello, così come previsto dalla riforma sul giudice unico, sul presupposto che la parte non aveva inteso rivolgere il gravame al medesimo organo giudiziario cui aveva indirizzato in prime cure la pretesa, ma era incorsa solo in un errore nell'applicazione della disciplina transitoria del d. lgs. 51/98. Interessante, in proposito, è anche la vicenda giurisprudenziale che ha riguardato la impugnazione per nullità del lodo arbitrale proposto a giudice incompetente (al Tribunale anziché alla Corte di Appello).

Con la sentenza 15.11.1946 (*Giur. it.*, 1947, I, 448), la Cassazione, infatti, ritenne applicabile il principio dell'effetto conservativo dell'appello proposto a giudice incompetente anche al caso in cui la sentenza arbitrale fosse stata impugnata dinanzi al Tribunale anziché alla Corte di Appello, e su tale presupposto ritenne che la Corte di Appello, adita dopo la sentenza del Tribunale, "pur essendo competente a conoscere dell'impugnativa della sentenza arbitrale, non può esaminare il merito, ma soltanto stabilire un termine per la riproposizione in sede competente dell'impugnazione per nullità". La sentenza fu criticata in dottrina da BARBARESCHI, *Impugnazioni per nullità di sentenza arbitrale avanti il giudice incompetente*, *Giur. it.*, 1946, I, 2, 227, il quale obiettò che l'art.50 c.p.c. avrebbe potuto applicarsi solo per le impugnazioni proposte dinanzi ad un giudice incompetente, ma di pari grado a quello che doveva essere adito, non quando fosse stata violata la gerarchia dei gradi di giurisdizione, come era avvenuto nel caso portato all'esame della Suprema Corte.

Ad ogni modo, sulla scia della sentenza della Corte di cassazione, la giurisprudenza, anche di merito, negli anni successivi, ha sempre ammesso la trasmigrazione *ex art.50*

I limiti alla piena operatività del cd. effetto conservativo apposti dalla giurisprudenza di legittimità sono stati sottoposti a severa critica da una parte della dottrina. Si è osservato, in particolare, che è incongruente affermare la trasmigrabilità della impugnazione proposta ad un giudice superiore rispetto a quello che sarebbe competente per l'appello (ad es. si adisce la Corte di

c.p.c. del giudizio di nullità della sentenza arbitrale dal Tribunale incompetente alla Corte di Appello competente, con ovvia conservazione dell'effetto di impedimento della decadenza dei termini prodotto dalla citazione innanzi al Tribunale: App. Palermo, 09.07.1947, *Foro it.*, Rep.1948, voce *Arbitrato*, n.55-56; Trib. Lucca, 01.09.1949, *Giur. it.*, 1951, I, 2, con osservazioni critiche di Barbareschi, sul presupposto che la norma che designa il giudice competente per l'azione di nullità non determina una competenza funzionale per grado, ma una competenza per materia; App. Palermo 29.04.1955, *Foro it.*, 1956, I, 801; Trib. Palermo, 06.05.1955, *id.*, Rep.1955, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, n.118; App. Torino, 14.03.1956, *id.*, Rep.1956, voce *cit.*, n.105; App. Milano, 24.02.1976, *id.*, Rep.1977, voce *Arbitrato e compromesso*, n.28; Cass.22.12.1988, n.7018, *id.*, Rep.1988, voce *Competenza civile*, n.163. Sennonché, con sentenza 02.04.1990 (*Foro it.*, 1990, I, 2279, con osservazioni di Barone), la Corte di Appello di Roma, assimilata l'impugnazione per nullità della sentenza arbitrale ad un giudizio di appello, ha ritenuto che i criteri di individuazione del giudice competente, sebbene ancorati al valore della controversia secondo il dettato del (vecchio) art.828 c.p.c., esprimessero criteri di competenza funzionale, diretti alla individuazione del giudice dell'impugnazione. E, preso atto del fermo orientamento della giurisprudenza di legittimità che ritiene inammissibile l'impugnazione proposta ad un giudice di grado diverso rispetto a quello che sarebbe stato competente a conoscerne (vedi giurisprudenza citata *supra*), ne ha dedotto l'insuscettibilità dell'impugnazione per nullità proposta al Tribunale a trasmigrare dinanzi alla Corte di Appello.

La sentenza della Corte di Appello di Roma, impugnata davanti alla Corte di cassazione, è stata da questa confermata con la sentenza 25.03.1993, n.3586 (*Foro it.*, Rep.1993, voce *Arbitrato*, n.133) sull'analogo presupposto della natura impugnatoria del giudizio *ex art.828 c.p.c.*

Il mutamento di orientamento registratosi in giurisprudenza è stato successivamente confermato da Cass.12.06.1999, n.5814, *id.*, 2000, I, 327, per la quale la Corte di Appello investita dell'azione di nullità di lodo arbitrale ritenuto irrituale, deve limitarsi a dichiarare l'inammissibilità dell'impugnazione, non potendo emettere una pronuncia di incompetenza con termine per la riassunzione avanti al Tribunale reputato competente, stante la inapplicabilità della *translatio iudicii* alle ipotesi di incompetenza per grado.

In dottrina, a favore dell'applicabilità dell'art.50 c.p.c. anche all'impugnazione per nullità proposta a giudice incompetente per grado ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1964, IV, 904; PUNZI, *Arbitrato rituale e irrituale, Enc. dir.*, Roma, 1988, II, 28; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 604; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2000, 582 (che, alla luce della L.25/94, annovera la competenza per il giudizio di impugnazione *ex art.828 c.p.c.* tra le ipotesi di competenza inderogabile per materia, ritenendo, pertanto, pienamente applicabile l'art.50 c.p.c.). *Contra* vedi VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 636-637.

Appello anziché il Tribunale per impugnare la sentenza del Giudice di Pace)¹⁰⁴, e non anche di quella proposta allo stesso o ad un giudice di grado pari a quello che ha pronunciato la sentenza impugnata¹⁰⁵.

La posizione sovraordinata del giudice dell'appello, infatti, “anche se tradizionale nel nostro ordinamento, riflette pur sempre un dato positivo e non certo ontologico dell’impugnazione”¹⁰⁶; né può trascurarsi di considerare che “giudice superiore è solo il giudice del grado successivo a quello che ha pronunciato la decisione appellata, non potendosi assumere una nozione di giudice superiore del tutto anodina e completamente priva di qualsiasi contatto con l’art.341 c.p.c.”¹⁰⁷.

Il ragionamento condotto dalla Suprema Corte, in verità, ha una sua logica, da cui non si ritiene di doversi discostare.

Non si nega, infatti, che l’art.50 c.p.c. possa in linea di principio disciplinare anche i rapporti *tra* giudici di appello. Ma altro è a dirsi per l’applicazione del meccanismo della trasmigrazione ai casi di incompetenza per gradi.

Ed infatti, mentre l’art.50 c.p.c. presuppone una dichiarazione di incompetenza per violazione dei criteri del valore, della materia e del territorio, la competenza per gradi è una competenza di natura funzionale, che “non è qualificata dalla

¹⁰⁴ Vedi, tuttavia, Cass.23.08.2002, n.12345, cit., che ha negato la trasmigrabilità dell’opposizione a sentenza di fallimento proposta alla Corte di appello – che pure è giudice di grado superiore – anziché al Tribunale.

¹⁰⁵ BALENA, osservazioni a Cass. 09.12.1981, n.6515, cit.; ACONE, *Codice di procedura civile commentato*, cit., 506, il quale auspica una rivisitazione dell’orientamento in parola atteso che se si postula l’applicazione del principio di conservazione degli effetti processuali prodotti dalla domanda originaria anche in grado di appello, è necessario abbandonare ogni distinguo tra errore ed errore nella individuazione del giudice di appello, “onde evitare il rischio di discriminazioni prive di una appagante giustificazione”. Vedi anche RASCIO, *In tema di competenza funzionale*, cit., 165-166, il quale afferma che la distinzione effettuata dalla giurisprudenza di legittimità non trova alcun riferimento nell’art.50 c.p.c., e che comunque non può essere accolta in questi termini, atteso che “o si ritiene che l’atto rivolto al giudice incompetente è idoneo a produrre l’impugnazione, ed allora alla pronuncia di incompetenza potrà utilmente seguire la riassunzione secondo l’art.50; oppure, in caso contrario, non si avrà una pronuncia di incompetenza o di inammissibilità, ma, *non trattandosi di impugnazione*, dovrà essere emanata una pronuncia di litispendenza ovvero, se nel frattempo sono decorsi i termini per impugnare, dovrà essere rilevata la preclusione per precedente giudicato”.

¹⁰⁶ BALENA, *op. ult. cit.*

¹⁰⁷ ACONE, *op. ult. cit.*

legge neppure implicitamente, come norma di competenza per materia, valore o territorio”¹⁰⁸.

Il rinvio all’art.50 c.p.c. nei casi di incompetenza per gradi tradirebbe, pertanto, la portata applicativa della norma in parola, risolvendosi, in definitiva, in una violazione di legge (diversamente, di trasmigrazione si potrà senz’altro discorrere tutte le volte in cui, rispettata la competenza per gradi, si sia adito un giudice in concreto incompetente a giudicare sull’appello propositogli).

3. La conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria è subordinata ad una riassunzione tempestiva. La tempestività della riassunzione, a sua volta, è determinata dal rispetto del termine di cui fa menzione l’art.50 c.p.c.

La sentenza di incompetenza – provenga essa dal giudice di merito o dalla Corte di cassazione – deve infatti contenere la fissazione di un termine affinché la parte più diligente (verosimilmente, quella che ne avrà interesse) provveda a riattivare il processo dinanzi al giudice *ad quem*. Il termine potrà essere fissato discrezionalmente dal giudice. In mancanza di fissazione esso sarà pari a sei mesi, che decorreranno dalla comunicazione della sentenza di regolamento o della sentenza che dichiara l’incompetenza del giudice adito.¹⁰⁹

Il termine è, peraltro, perentorio. L’art.50 c.p.c. nulla dice al riguardo, evenienza, questa, che, stando al disposto del secondo comma dell’art.152 c.p.c., potrebbe indurre a qualificare il termine in parola ordinario. Tuttavia, la mancata osservanza del termine per la riassunzione determina estinzione del

¹⁰⁸ RASCIO, *In tema di competenza funzionale*, cit., 158, nonché nt.45, ove sono indicati gli Autori che aderiscono all’inquadramento della competenza nella fase di impugnazione nella categoria della competenza funzionale.

¹⁰⁹ Nel processo del lavoro, la comunicazione del solo dispositivo della sentenza non è idonea a far decorrere il termine per la riassunzione (Cass.16.12.1983, n.7428, *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1695, nonché Cass.12.04.1988, n.2909, *Foro it.*, Rep.1988, voce *Lavoro e previdenza (controv.)*, n.190; Cass. 13.12.2000, n.15699, *id.*, Rep.2000, voce cit., n.84). La parte soccombente rispetto alla dichiarazione di incompetenza, infatti, deve poter leggere la motivazione del giudice per poter valutare l’opportunità di ottemperare alla sentenza, riassumendo il giudizio, o di proporre regolamento di competenza. In questo senso vedi FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, 41; nonché SALETTI, *La riassunzione*, cit., 382.

processo (art.50, co.2, c.p.c.), e la espressa previsione della sanzione di estinzione supplisce alla mancata dichiarazione di perentorietà.¹¹⁰

Molteplici sono gli interrogativi che possono porsi, e che in concreto si sono posti, dinanzi a siffatta disciplina, essenziale, se non scarna.

Innanzitutto, ci si chiede che margini di libertà abbia il giudice nella fissazione del termine. Sembra, invero, che la forbice temporale in cui la sua discrezionalità possa esprimersi sia limitata, a monte, da un termine minimo di un mese *ex* art.307, co.3, c.p.c., la cui previsione risponde ad una esigenza di tutela del diritto di difesa della parte nella misura in cui impedisce che, con l'assegnazione di un termine troppo breve, la riassunzione sia resa difficile se non impossibile¹¹¹, ed a valle da un termine massimo di sei mesi, che è poi il termine legale fissato per la riassunzione¹¹².

I maggiori problemi sono tuttavia sorti in ordine alla individuazione del momento di decorrenza del termine medesimo che, nell'art.50 c.p.c., è, come detto, fissato nella comunicazione della sentenza che declina la competenza.

Sebbene, infatti, la lettera della legge sembri attribuire libertà al giudice anche nella fissazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di riassunzione (la comunicazione della sentenza quale momento di decorrenza del termine sembrerebbe infatti strettamente connessa all'ipotesi in cui in sentenza manchi la fissazione del termine, che perciò sarà pari a quello legale di sei mesi), deve ritenersi che:

1) la mancata fissazione in sentenza del *dies a quo* di decorrenza del termine (eventualmente stabilito dal giudice) per la riassunzione della causa, comporta, senza dubbi di sorta, la decorrenza del termine medesimo dalla comunicazione della sentenza¹¹³ (analogamente a quanto accade nell'ipotesi in cui il giudice

¹¹⁰ In questi termini, MASSARI, *Del regolamento*, cit., 616.

¹¹¹ SALETTI, *La riassunzione*, cit., 354, il quale ricorda Cass.04.02.1972, n.266, *Foro it.*, Rep.1972, voce *Impugnazioni civili*, n.82, per la quale il provvedimento con cui il giudice ha assegnato un termine inferiore a quello minimo non vincola la parte, né può produrre effetti pregiudizievoli nei suoi confronti.

¹¹² MASSARI, *Del regolamento*, cit., 616, ricorda e concorda con Cass.10.10.1958, n.3180, *Foro it.*, Rep.1958, voce *Competenza civile*, n.519, per la quale nulla rileva che il termine fissato nella sentenza comporti il superamento del periodo di sei mesi.

¹¹³ Cass.30.04.1969, n.1409, *id.*, Rep.1969, voce *Competenza civile*, n.477; Cass.14.12.1957, n.4706, *id.*, Rep.1957, voce *Competenza e giurisdizione in materia civile*, n.410-412.

non provveda nemmeno a fissare il termine per la riassunzione): la fattispecie legale, in altri termini, varrà sempre ad integrare le deficienze della sentenza sul punto.¹¹⁴

2) il giudice può senz'altro individuare in un momento diverso dalla comunicazione della sentenza la decorrenza del termine di riassunzione¹¹⁵. L'alternativa, tuttavia, si porrà sempre con la notificazione della sentenza. La giurisprudenza di legittimità ha infatti ritenuto che non vi sia spazio per un termine che decorre dalla pubblicazione della sentenza¹¹⁶, cosicché, se la sentenza non è stata comunicata, il termine decorrerà dalla sua notificazione,¹¹⁷ mentre se non è né comunicata, né notificata, il termine non comincia mai a decorrere, ed il processo rimane in vita anche se è trascorso un anno dalla pubblicazione della sentenza.¹¹⁸

Vi è peraltro da sottolineare che la stessa giurisprudenza afferma che se la sentenza di incompetenza non è né comunicata, né notificata, il termine per la proposizione del regolamento di competenza comincia a decorrere proprio dalla pubblicazione della sentenza: esso, tuttavia, non sarà più quello breve di cui all'art.47 c.p.c., bensì quello lungo di un anno, in applicazione di quanto dispone in via generale per i mezzi di impugnazione l'art.327 c.p.c.¹¹⁹.

In relazione alla stessa sentenza di incompetenza avremmo dunque la decorrenza di un duplice termine, ma, nell'ipotesi (patologica) di omessa comunicazione ed omessa notificazione, mentre un termine, quello per la

¹¹⁴ Il termine legale di sei mesi dalla comunicazione della sentenza si applicherà anche quando, pur avendo il giudice fissato un termine in sentenza, nel biglietto di cancelleria con il quale è data alle parti comunicazione della sentenza, risulta omessa l'indicazione del termine: Cass.03.10.1957, n.3582, *Foro it.*, 1957, I, 1602.

¹¹⁵ Cass. 09.03.1972, n.671, *Foro it.*, Rep. 1972, voce *Competenza civile*, n.368; Cass.18.11.1982, n.1026, *id.*, Rep.1982, voce *Appello civile*, n.119.

¹¹⁶ Cass.03.05.1984, n.2679, *Giust. civ.*, Rep.1984, voce *Procedimento civile*, n.147; Cass.24.05.1996, n.4805, *Foro it.*, Rep.1996, voce *cit.*, n.298.

¹¹⁷ Cass.22.02.1965, n.287, *id.*, 1965, I, 1045; Cass.09.07.1976, n.2606, *id.*, Rep.1976, voce *Competenza civile*, n.256; Cass.18.11.1982, n.6206, voce *cit.*, n.274.

¹¹⁸ Cass.06.04.1949, n.811, *Foro it.*, Rep.1949, voce *Competenza civile*, n.339. Vedi anche Cass.03.05.1984, n.2679, *cit.*.

¹¹⁹ Cass.27.04.1993, n.4914, *id.*, Rep. 1993, voce *Competenza civile*, n. 146; Cass.14.12.1989, n.4834, *id.*, Rep.1989, voce *cit.*, n.133. Sulla problematica afferente la decorrenza del termine per proporre regolamento di competenza si rinvia ad ACONE, *Ancora sulla decorrenza del termine per la proposizione del regolamento di competenza*, *id.*, 1997, I, 3297.

riassunzione, non comincia mai a decorrere, cosicché il processo resta pendente a tempo indefinito, l'altro, quello per la proposizione del regolamento di competenza, comincia invece a decorrere dal giorno della pubblicazione della sentenza.

Né ciò deve meravigliare. Mentre infatti alla mancata proposizione del regolamento di competenza consegue solo l'incontestabilità della competenza affermata in sentenza (peraltro superabile nei casi di cui all'art.45 c.p.c.), alla mancata riassunzione consegue la estinzione del processo che, per effetto dell'art.2945, co.3, c.c., potrebbe anche determinare la perdita del diritto sul piano sostanziale. Sarebbe allora eccessivo far ricadere sulla parte costituita, che pure ha diritto a ricevere la comunicazione della sentenza (art.133 c.p.c.), eventuali negligenze della Cancelleria. La pubblicazione della sentenza, d'altro canto, rende la sentenza giuridicamente esistente, ma non ne provoca la conoscenza, cosicché, ove ai fini della decorrenza del termine di cui all'art.50 c.p.c. si equiparasse la pubblicazione della sentenza di incompetenza alla sua comunicazione, ovvero alla sua notificazione, si incorrerebbe nel rischio che il processo si estingua senza che la parte abbia avuto legale conoscenza del termine per la riassunzione.

3) se una parte è rimasta contumace, la sentenza non le sarà comunicata, cosicché il termine per la riassunzione comincerà a decorrere, nei suoi confronti, dal deposito della sentenza,¹²⁰ analogamente a quanto si ritiene avvenga per la decorrenza del termine (da ultimo, ritenuto pari ad un anno¹²¹) di proposizione del regolamento di competenza.

¹²⁰ Vedi, da ultimo, Cass.21.05.2003, n.8024, *id.*, Rep. 2003, voce *Competenza civile*, n. 196, 197.

¹²¹ A partire da Cass.24.01.1952, n.1866, GCCC, 1952, III, 473, con nota adesiva di ANDRIOLI, *Regolamento di competenza nel processo contumaciale*, e fino a Cass.08.10.1990, n.9880, *id.*, Rep. 1990, voce *Competenza civile*, n. 172, la Suprema Corte ha ritenuto che il termine breve di trenta giorni per proporre regolamento di competenza fosse applicabile anche al contumace, nei confronti del quale il termine medesimo decorreva dalla pubblicazione della sentenza. Successivamente, con la pronuncia n.8347 del 09.07.1992, *id.*, 1994, I, 1166 (nonché *Giur. it.*, 1993, I, 1, 988, con osservazioni di Sassani e nota adesiva di Dalmotto) la Cassazione ha mutato orientamento: ferma nei confronti del contumace la decorrenza del termine per proporre regolamento di competenza dal giorno della pubblicazione della sentenza, il termine applicabile è stato ritenuto essere quello lungo di un anno, e non più quello breve di cui all'art.47 c.p.c.. Il

4) se, infine, nel processo sono state proposte due o più domande cumulate, per una (o più) di esse il giudice si dichiara incompetente, e per l'altra (o le altre) decide nel merito, deve ritenersi che nei riguardi del capo di sentenza dichiarativo della incompetenza del giudice su una o più delle domande cumulate possa proporsi solo regolamento necessario di competenza. Ne deriva che, mentre dalla comunicazione della sentenza decorreranno sia il termine (stabilito dal giudice, ovvero pari a sei mesi) per riassumere la causa dinanzi al giudice competente, sia il termine (di trenta giorni) per proporre regolamento di competenza, dalla sua pubblicazione decorrerà il termine (di un anno) per impugnare la sentenza nella parte in cui ha deciso nel merito una o più delle domande cumulate (salva, naturalmente, l'ipotesi in cui la sentenza venga notificata, nel qual caso tutti e tre i termini decorreranno dal giorno della notificazione).

A dire il vero sia Cass. 23.04.1992, n.4924¹²², sia App. Messina 07.03.1995¹²³, hanno ritenuto che, in questa ipotesi, il termine di riassunzione rimane sospeso

principio enunciato in sentenza è stato successivamente confermato da Cass.27.03.1997, n.2723, *id.*, 1997, I, 3294, con nota critica di Acone, cit.

¹²² *Foro it.*, Rep.1992, voce *Competenza civile*, n.23: in quella occasione, proposta dall'attore dinanzi al Tribunale una domanda principale diretta a conseguire il risarcimento dei danni derivanti dalla illegittimità dei decreti prefettizi di occupazione ed espropriazione, ed una domanda subordinata tendente a conseguire le relative indennità, il giudice di primo grado aveva declinato la giurisdizione sulla domanda principale, e dichiarato la propria incompetenza a decidere sulla subordinata individuando nella Corte di Appello il giudice *ad quem*. Sennonché l'attore soccombente, con lo stesso atto, appellava entrambi i capi della sentenza, e, in via subordinata al mancato accoglimento del motivo di gravame avverso il capo della sentenza che aveva dichiarato l'incompetenza del giudice adito, riassumeva, ma tardivamente, il giudizio sulla determinazione della indennità di esproprio.

Il giudice di appello, confermata la sentenza di primo grado, dichiarava l'estinzione *ex* art.50 c.p.c. del giudizio avente ad oggetto la domanda di indennità.

La Corte di cassazione, allora, cassò la sentenza di appello affermando che, nel caso prospettato, un problema di riassunzione del giudizio conseguente alla declinatoria di competenza impugnata in via ordinaria non si poneva affatto in quanto da un lato il termine di riassunzione rimane sospeso in pendenza del giudizio di impugnazione, e dall'altro, cessata la causa di sospensione (conferma della sentenza di incompetenza da parte del giudice del gravame, e della conseguente individuazione nella Corte di Appello del giudice competente), la causa già risultava pendente dinanzi al giudice *ad quem* (la Corte di Appello, appunto) che doveva decidere nel merito.

¹²³ *Foro it.*, 1996, I, 291, con osservazioni di Cea: in questa occasione, invece, proposte in primo grado dinanzi al Tribunale più domande cumulate, il giudice aveva declinato la competenza a decidere sulla domanda di indennità di asservimento ed occupazione individuando nella Corte di Appello di Messina il giudice competente, e parzialmente

sia in pendenza del termine per proporre appello, sia in pendenza del relativo giudizio.

Entrambe le pronunce muovono tuttavia dal presupposto che la sentenza che ha declinato la competenza su di una domanda, e deciso il merito di un'altra, sia impugnabile con appello (se si impugna competenza e merito), ovvero con regolamento facoltativo di competenza (se si impugna solo la decisione sulla competenza); pertanto, se non viene proposto regolamento di facoltativo di competenza (caso in cui il coordinamento tra giudizio di Cassazione e giudizio di impugnazione è disciplinato dall'ultimo comma dell'art.43 c.p.c.¹²⁴), in pendenza del termine per proporre impugnazione ordinaria, ovvero del relativo giudizio, il termine per la riassunzione rimane sospeso, non essendo concepibile che la parte decada dal potere di riassumere la causa mentre è ancora contestabile (con l'appello), od è *sub iudice*, il presupposto della riassunzione, e cioè la dichiarazione di incompetenza.

Diversamente opinando, la parte, per non rischiare di perdere gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta dinanzi al giudice competente, sarebbe "costretta" a riassumere e trattare la causa dinanzi ad un giudice di cui contesta la competenza, la quale potrebbe anche essere negata dal giudice del gravame (con conseguenziale onere per la parte impugnante la pronuncia di incompetenza di procedere ad una seconda riassunzione della causa, questa volta, però, dinanzi al giudice di primo grado dichiarato competente dal giudice di appello).

Il presupposto da cui muovono entrambe le pronunce, tuttavia, non convince. Non convince cioè l'idea che una sentenza dichiarativa di incompetenza, per

accolto la domanda di risarcimento del danno: la sentenza era impugnata in via principale dal convenuto ed in via incidentale dall'attore, il quale, con atto separato, ma tardivamente, provvedeva a riassumere dinanzi alla Corte di Appello di Messina, già investita dell'impugnazione, la causa concernente le indennità.

Eccepita da parte del convenuto l'estinzione del processo avente ad oggetto la domanda di indennità, la Corte di Appello rigettava l'eccezione affermando che nel caso di pronuncia congiunta sulla competenza e sul merito, la decorrenza del termine di riassunzione resta impedita sia dalla pendenza del giudizio di impugnazione, così come già chiarito da Cass.4924/92, sia, ed ancor prima, dalla pendenza del termine per la proposizione del gravame.

¹²⁴ Sulle perplessità in ordine all'applicazione, in questa ipotesi, dell'art.43 c.p.c., vedi *infra*.

quanto relativa solo ad una delle domande cumulate, e per quanto resa unitamente alla decisione in merito delle altre, sia impugnabile con regolamento facoltativo di incompetenza.

E' pur vero che la lettera della legge (art.43 c.p.c.) è ambigua, atteso che né l'art.42 discorre di sentenza di incompetenza, né l'art.43 discorre di sentenza dichiarativa della competenza. Ma è anche vero che la espressione utilizzata nell'art.42 c.p.c. ("sentenza che, pronunciando sulla competenza...non decide il merito") configura la decisione sulla competenza come ostativa rispetto alla decisione sul merito, e che l'ostacolo esiste solo se la pronuncia è declinatoria della competenza.

Né varrebbe opporre che l'espressione "sentenza che ha pronunciato sulla competenza insieme col merito" di cui all'art.43 c.p.c., diversamente da quella "sentenza che, pronunciando sulla competenza...non decide il merito" di cui all'art.42 c.p.c., sarebbe idonea a comprendere anche il caso delle domande cumulate, e perciò l'ipotesi in cui su una delle domande il giudice ha declinato la competenza, decidendo nel merito le altre.

Il dettato dell'art.43 c.p.c., ed in particolare il concorso dei mezzi ivi disciplinato, dimostra non solo che la sentenza "sulla competenza insieme con il merito" è una sentenza che si articola in due capi, che tuttavia è stata resa su di un'unica domanda, ma anche che la decisione sulla competenza cui fa riferimento l'art.43 c.p.c. è quella affermativa della competenza.

La disciplina del concorso dei mezzi di impugnazione risponde, infatti, ad una esigenza di economia di giudizi: la celebrazione del giudizio di impugnazione sulla decisione di merito resa da un giudice la cui competenza è contestata dinanzi alla Suprema Corte potrebbe rivelarsi inutile tutte le volte in cui, accolta l'istanza di regolamento, e perciò dichiarata la competenza di un giudice diverso da quello adito, la sentenza di merito pronunciata dal giudice adito perde ogni efficacia. Meglio, allora, attendere l'esito dell'istanza di regolamento, sospendendo fino alla comunicazione della sentenza che regola la competenza i termini per impugnare la decisione di merito, od il giudizio di impugnazione già pendente.

Se, tuttavia, sono state proposte due o più domande cumulate, la decisione di incompetenza resa su una di esse non è in grado di condizionare la sorte del giudizio di impugnazione sulle altre domande: l'applicazione dell'art.43 c.p.c., ed in particolare della sospensione dei termini o del giudizio di impugnazione ivi prevista in caso di proposizione di regolamento facoltativo di competenza, si rivelerebbe una diseconomia del sistema.

D'altro canto, se la disciplina del concorso dei mezzi presuppone una "dipendenza" della decisione sul merito dalla decisione sulla competenza, allora può ben dirsi che la sentenza sulla competenza di cui discorre l'art.43 è solo quella affermativa della competenza, resa unitamente al merito su un'unica domanda.

La decisione negativa sulla competenza sarà perciò impugnabile sempre e solo con il regolamento necessario di competenza¹²⁵, anche se essa riguarda una sola delle più domande cumulate, cosicché, in questa ipotesi, di sospensione del termine di riassunzione in pendenza del giudizio di appello (ed, ancor prima, del relativo termine) non avrà senso decorrere¹²⁶.

Questo è stato, d'altra parte, il principio enunciato dalla Corte di cassazione in occasione del ricorso proposto contro la sentenza pronunciata dalla Corte di Appello di Messina. La Suprema Corte ha cioè chiarito che in caso di pluralità di domande proposte nell'unico giudizio contro la stessa parte, ove il giudice con la stessa sentenza abbia deciso nel merito alcune e declinato la competenza

¹²⁵ Salva l'esistenza di un vincolo di connessione propria tra le domande cumulate: vedi *infra*, nt.122

¹²⁶ All'esito di una sentenza con cui il giudice si dichiara incompetente su una delle domande cumulate e decide nel merito le altre, le domande cumulate saranno destinate a procedere separate. Ed infatti, proposto regolamento di competenza:

- se la decisione di incompetenza viene confermata dalla Corte di cassazione, il giudizio sulla domanda non ancora decisa nel merito dovrà celebrarsi dinanzi al giudice di primo grado individuato dalla Corte, previa riassunzione della causa;

- se la decisione di incompetenza viene annullata, e viene perciò confermata la competenza del giudice *a quo*, dovrà comunque procedersi alla trattazione e decisione nel merito della domanda dinanzi a questi, e perciò in primo grado.

In entrambe le ipotesi, sulle altre domande, decise nel merito sul presupposto di una affermazione di competenza da parte del giudice adito in primo grado, il giudizio di impugnazione o i relativi termini, sospesi *ex art.48 c.p.c.*, riprenderanno (a celebrarsi o a decorrere) dalla comunicazione della sentenza di regolamento: il diverso stadio in cui verranno a trovarsi le domande in origine cumulate ne imporrà una loro separazione (art.103 c.p.c.).

per le altre, il capo relativo alla pronuncia sulla competenza è impugnabile esclusivamente con il regolamento necessario di competenza¹²⁷.

Piuttosto, con la stessa pronuncia la Corte di cassazione ha affermato che l'art.48 c.p.c. deve essere interpretato nel senso che, in pendenza del giudizio di regolamento, si sospende non solo il processo eventualmente riassunto dinanzi al giudice *ad quem*, ma (ove alla riassunzione non si sia ancora proceduti) anche il termine di riassunzione fissato dal giudice *a quo*. La decorrenza del termine di riassunzione, più in particolare, riprenderebbe dalla comunicazione della sentenza di regolamento (confermativa della pronuncia declinatoria), con la conseguenza che, per evitare la estinzione del processo, si sarebbe onerati a riassumere la causa giammai nel termine di sei mesi dalla comunicazione della sentenza della Suprema Corte - così come si sarebbe legittimati a credere sulla scorta della interpretazione letterale dell'art.50 c.p.c. - ma nel periodo di tempo che residua rispetto all'originario termine fissato nella sentenza di incompetenza, in parte già consumato¹²⁸.

¹²⁷ Cass.13.09.1997, n.9073, *Foro it.*, 1998, I, 1221, con osservazioni di Cea, il quale, attraverso il richiamo a precedenti giurisprudenziali, evidenzia che la Corte di cassazione “tende a desumere la forma del mezzo di impugnazione esperibile dalla natura del cumulo delle domande, opinandosi, nel caso di cumulo di domande per connessione impropria, che, ove per alcune intervenga decisione di merito e per le altre venga declinata la competenza, ancorché si sia in presenza di un'unica sentenza, il capo relativo alla pronuncia declinatoria di competenza può essere impugnato esclusivamente con il regolamento necessario di competenza. (...) Per contro, ove il cumulo di domande si caratterizza per vincoli di connessione propria, in caso di decisione nel merito di alcune e di declinatoria di competenza per le altre, la pronuncia sulla competenza viene ritenuta impugnabile con regolamento facoltativo di competenza ex art.43 c.p.c.”.

¹²⁸ Cass.18.11.1976, n.4314, *Foro it.*, Rep.1976, voce *Competenza civile*, n.258; Cass.28.10.1976, m.3940, *ibid.*, voce *cit.*, n.260; Cass.10.10.1992, n.11065, *id.*, Rep.1992, voce *cit.*, n.141; Cass.13.09.1997, n.9073, *cit.*, con la quale la Suprema Corte ha precisato che “poiché l'art.48 c.p.c. tende ad impedire che vengano emesse pronunce di merito prima che la questione sulla competenza sia stata risolta, se ne deduce che la sospensione opera non solo sul processo di merito già iniziato, ma anche sul termine per riassumerlo, nel senso che nel primo caso il processo non prosegue, mentre nel secondo è il termine che non decorre: ed infatti non avrebbe senso ritenere consumato un termine la cui osservanza non sia comunque idonea a consentire la trattazione nel merito”. Nello stesso senso si è espressa, da ultimo, App. Bari, 25.01.2002, *Giur. it.*, 2003, 1845, con nota contraria di Verile, *Il termine di riassunzione del processo dopo la decisione della Cassazione in sede di regolamento*, per la quale, in caso di proposizione del regolamento necessario di competenza, mancando una specifica disposizione, trova applicazione la norma generale di cui all'art.298, co.2, c.p.c., con la conseguenza che il termine per la riassunzione del processo non si

Autorevole dottrina, dal suo canto, ha osservato¹²⁹ che il termine di riassunzione di cui all'art.50 c.p.c. dovrebbe ritenersi sospeso anche in pendenza del termine per proporre istanza di regolamento necessario. Ed infatti, se, dichiarata l'incompetenza da parte del giudice adito, una delle parti si affrettasse a riassumere la causa dinanzi al giudice *ad quem*, e se, in particolare, ciò facesse prima ancora che siano scaduti i termini per proporre regolamento di competenza, atteso che la mera riassunzione non esclude la successiva contestabilità della competenza¹³⁰, non solo la proposizione del regolamento di competenza da parte dell'attore soccombente comunque sospenderebbe il processo dinanzi al giudice *ad quem* (art.48 c.p.c.) ma, soprattutto, se l'istanza venisse accolta (designazione di competenza a favore del giudice *a quo* o di un giudice diverso da quello designato nella sentenza impugnata), vi sarebbe la necessità di una seconda riassunzione dinanzi al giudice indicato dalla Suprema Corte, con evidente spreco dell'attività di riassunzione prima compiuta.

Senonché, opinando in tale senso, non solo si finirebbe per “introdurre così surrettiziamente nel nostro ordinamento processuale un tipo di sospensione non previsto dalla legge, né ordinata dal giudice, né richiesta dalle parti, ma

sospende, ma si interrompe: esso, pertanto, pronunciata sentenza di regolamento, ricomincia a decorrere *ex novo*.

¹²⁹ REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 422 e, successivamente, BONSIGNORI, *Problemi dibattuti*, cit., 1097.

¹³⁰ Cass.03.11.2000, n.14360, *Giust. civ.*, 2001, I, 381, ha avuto modo di chiarire che la riassunzione dinanzi al giudice dichiarato competente non impedisce la successiva contestazione della competenza, atteso che una simile preclusione è ricollegata dal sistema solo all'inutile decorso del termine per proporre regolamento di competenza. La stessa Corte di cassazione, peraltro, in questa come in altre occasioni, ha ribadito che non può essere considerata acquiescenza tacita rispetto alla decisione declinatoria della competenza la riassunzione della causa davanti al giudice indicato come competente quando sia ancora in corso il termine per proporre regolamento necessario di competenza, “trattandosi di iniziativa riconducibile ad esigenze cautelative, e comunque non incompatibile con la volontà di avvalersi di tale mezzo di impugnazione”: Cass.15.07.1996, n.6412, *id.*, Rep.1996, voce *Regolamento di competenza*, n.166; Cass.12.11.1997, n.11149, *id.*, Rep. 1997, voce *Impugnazioni civili*, n. 56 (con riferimento alla riassunzione del processo dinanzi al giudice di primo grado nel termine per proporre ricorso per Cassazione contro la sentenza del giudice di appello che aveva affermato la giurisdizione del giudice ordinario declinata dal giudice di primo grado). Vedi anche Cass.12.03.2004, n.5119, *Foro it.*, Rep. 2004, voce cit., n. 65, che ha applicato la stessa *ratio decidendi* nell'ipotesi in cui, nel termine per impugnare la sentenza di appello che aveva rimesso le parti dinanzi al giudice di primo grado per la necessità di integrare il contraddittorio *ex art.102 c.p.c.*, la parte soccombente aveva riassunto la causa dinanzi al primo giudice.

dipendente dalla intrinseca struttura del processo in fase di riassunzione”¹³¹, ma, soprattutto, il termine di riassunzione, che il legislatore ha disposto essere pari al massimo a sei mesi¹³², risulterebbe di fatto prorogato di ulteriori 30 giorni¹³³.

4. La riassunzione della causa dinanzi al giudice competente, in mancanza di indicazioni provenienti dall’art.50 c.p.c., va operata a norma dell’art.125 disp. att., e perciò con comparsa, la quale deve contenere i requisiti di forma/contenuto ivi indicati, e precisamente:

1. l’indicazione del giudice dichiarato competente, dinanzi al quale si deve comparire;
2. il nome delle parti e dei loro procuratori costituiti che hanno partecipato alla prima fase del giudizio;
3. il richiamo dell’atto introduttivo del giudizio, e l’indicazione dei dati identificativi dello stesso;
4. l’udienza di comparizione dinanzi al nuovo giudice, da determinarsi nel rispetto dei termini minimi a comparire;
5. l’invito a costituirsi nei termini di cui all’art.166 c.p.c.;
6. gli estremi della sentenza in base a cui è fatta la riassunzione.

Parte della dottrina ha ritenuto impropria la forma della comparsa adottata dal legislatore, atteso che l’atto di cui all’art.125 d.a. si risolve in una citazione, di

¹³¹ Vedi, ancora, BONSIGNORI, *op. ult. cit.*, 1097, il quale supera la perplessità osservando (vigente il precedente regime di esecutorietà delle sentenze) che la sentenza sulla competenza, in quanto sentenza di primo grado, non è provvisoriamente esecutiva, e che è per la mancanza di tale requisito che non può procedersi a riassunzione fino a che la incompetenza dichiarata e la competenza indicata non divengono incontestabili.

¹³² Vedi *supra*, nt.111.

¹³³ E’ di questa opinione SALETTI, *La riassunzione*, cit., 380, per il quale, mentre appare corretto affermare che la proposizione del regolamento di competenza sospende il termine di riassunzione, non altrettanto può ritenersi, quanto meno *de iure condito*, per la semplice proponibilità di tale rimedio: gli inconvenienti adottati, d’altro canto, non sarebbero maggiori di quelli che si verificano quando, proposto appello, venga successivamente proposto e accolto il regolamento facoltativo di competenza.

cui contiene tutti gli elementi, financo quelli funzionali alla *vocatio in ius* delle altre parti¹³⁴.

Orbene, se per citazione si intende atto introduttivo di un giudizio, l'opinione innanzi ricordata è passibile di critica. L'atto che consente la trasmigrazione del processo, e con esso la salvezza degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originaria, non è infatti equiparabile ad una domanda giudiziale, perché non è con quest'atto che si individuano il giudice dinanzi a cui il processo trasmigra (già individuato nella sentenza di incompetenza) e l'oggetto della domanda (già individuato dalla citazione originaria)¹³⁵.

Gli elementi essenziali, indispensabili al raggiungimento dello scopo proprio dell'atto di riassunzione *ex* art.50 c.p.c. (che poi è quello di ricongiungere due fasi - la prima delle quali svoltasi dinanzi a giudice incompetente - di un unico processo), d'altro canto, alla stregua di una giurisprudenza ormai consolidata¹³⁶, sono solo quelli individuati dai numeri 3 e 6 dell'art.125 d.a. (richiamo dell'atto introduttivo, e indicazione del provvedimento di rimessione). Questo significa che se l'atto di riassunzione difetta dei requisiti, diversi da quelli appena menzionati, pure indicati nell'art.125 d.a., ed in particolare della *vocatio in ius* delle altre parti e dell'assegnazione alle stesse dei termini minimi a comparire, esso, salva la sanatoria delle nullità, sarà nondimeno idoneo a consentire la prosecuzione del processo già instaurato dinanzi al giudice incompetente. Ma se questo è vero, se è cioè vero che la trasmigrazione del processo può realizzarsi anche mediante un atto che non contenga alcuna *vocatio in ius*, la

¹³⁴ SATTÀ, *Commentario*, cit., II, 1, 416, dove afferma che la riassunzione *ex* art.50 c.p.c. tende ad instaurare “un nuovo processo davanti a un nuovo giudice”, nonché BONSIGNORI, *Problemi dibattuti*, cit., 1065. Anche REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 423 afferma che la riassunzione avviene nelle forme di una citazione ordinaria, e che non può adottarsi la forma della comparsa, pure prevista dal legislatore, quando la parte ancora non si è costituita dinanzi al giudice *ad quem*.

¹³⁵ Così SALETTI, *La riassunzione*, cit., 190.

¹³⁶ Cass.22.04.1971, n.1163, *Foro it.*, 1971, I, 1511; Cass.10.01.1975, n.83, *id.*, Rep.1975, voce *Competenza civile*, n.284; Cass.10.01.1977, n.66, *id.*, 1978, I, 2619, con nota di ORIANI, *Nuova citazione in pendenza del termine per riassunzione ed estinzione del giudizio*; Cass.22.09.1983, n.5628, *id.*, Rep.1983, voce cit., n.247, 257; Cass.16.02.2001, n.2276, *id.*, Rep.2001, voce cit., n.37; Cass.14.03.2001, n.3695, *id.*, Rep.2001, voce *Procedimento civile*, n.286; Cass.15.05.2002, n.7055, *id.*, Rep.2002, voce ult. cit., n.327.

quale *vocatio* è elemento caratterizzante l'atto di citazione, allora appare corretto l'attribuzione a siffatto atto del *nomen iuris* di comparsa¹³⁷.

D'altra parte, è principio risalente, ed altrettanto consolidato, che l'effettuazione della riassunzione *ex art.50 c.p.c.* con citazione anzichè con comparsa non costituisce motivo di invalidità dell'atto, posto che l'art.125 d.a. c.p.c. non prescrive l'uso della comparsa a pena di nullità¹³⁸, e purchè, naturalmente, dall'atto di citazione, posto in essere in luogo della comparsa, emerga il riferimento ed il collegamento con la precedente fase processuale¹³⁹.

¹³⁷ Leggi anche Cass.10.03.1961, n.537, *Foro it.*, Rep.1961, voce *Procedimento in materia civile*, n.173, la quale giustamente osserva che “quando viene dichiarata l'incompetenza del giudice...la riassunzione della causa va fatta con comparsa, ai sensi dell'art.125 d.a. c.p.c., non essendo necessaria, essendosi già costituito il contraddittorio, una nuova citazione della parte, né la notifica personale della comparsa”.

¹³⁸ Cass.23.03.1961, n.653, *Foro it.*, Rep.1961, voce *Procedimento in materia civile*, n.314; Cass.18.09.1992, n.10692, *id.*, 1994, I, 875 la quale, mediante il richiamo a precedenti giurisprudenziali, ribadisce che “lo scopo assegnato ad uno specifico atto possa dirsi realizzato con un atto diverso che lo sostituisca (citazione al posto della comparsa di riassunzione), essendo possibile che un determinato scopo processuale legato ad una specifica forma (comparsa di riassunzione) sia parimenti realizzato con un atto formalmente diverso, ma equivalente quanto agli effetti a quello voluto dalla legge”; e, tra la giurisprudenza di merito, Trib. Savona, 26.06.1959, *id.*, Rep.1960, voce *Competenza e giurisdizione in materia civile*, n.344; Pret. Roma, 27.11.1979, *Giur. merito*, 1980, 270, in motivazione.

¹³⁹ Vedi, ancora, Cass.10.01.1977, n.66, cit., con nota adesiva di Oriani, cit, con la quale la Suprema Corte ha confermato la sentenza della Corte di Appello che aveva negato la conversione dell'atto di citazione in comparsa riassuntiva a cospetto della espressa volontà, manifestata dall'attore nell'atto di citazione, di voler dar vita ad un giudizio autonomo in conseguenza della estinzione (in realtà, non ancora verificatasi) del precedente giudizio. Vedi anche Trib. Sala Consilina, 01.07.1981, *Giur. it.*, 1983, I, 2, 36, con nota contraria di VACCARELLA, *Volontà e forma negli atti processuali di parte: la conversione della citazione in atto di riassunzione*, il quale sottolinea che la conversione, ove possibile, presuppone comunque una istanza di parte (con la quale si manifesta la volontà di riassumere il processo, ed a cui consegue la verifica, da parte del giudice, del contenuto dell'atto di citazione), e che essa non può essere perciò operata in via autoritativa dal giudice, così come aveva invece fatto il giudice istruttore di Sala Consilina; nonché Cass.25.10.1994, n.8752, *Foro it.*, Rep.1994, voce *Procedimento civile*, n.130.

L'idoneità dell'atto di riassunzione effettuato nelle forme della citazione a consentire la prosecuzione del processo, più che attraverso un richiamo all'art.159 c.p.c., sembra potersi spiegare mediante i commi 1 e 2 dell'art.156 c.p.c.: la nullità dell'atto, che non è comminata dalla legge, potrà essere dichiarata solo se mancano i requisiti formali indispensabili al raggiungimento dello scopo, e cioè solo quando l'atto non contiene il richiamo alla fase precedente del giudizio, mediante il quale è possibile raggiungere lo scopo proprio dell'atto di riassunzione (ricongiungimento delle due fasi del processo). Questo vuol dire, *a contrario*, che a cospetto di un atto di riassunzione avente la forma della citazione e contenente gli elementi di cui ai nn.3 e 6 dell'art.125 d.a. c.p.c., il

In quest'ottica, definire atto di citazione l'atto di riassunzione *ex art.50 c.p.c.*, piuttosto che comparsa, appare fine a se stesso.

Ciò che davvero preme chiarire è, pertanto, che l'atto che realizza la traslazione del processo, non introduce un nuovo giudizio, ma solo una seconda fase di un giudizio già iniziato dinanzi al giudice *a quo* (e nelle more della riassunzione comunque pendente), e che di esso, pertanto, è legittimo e doveroso parlare come di atto di mero impulso processuale.¹⁴⁰

Della predetta natura dell'atto di riassunzione *ex art.50 c.p.c.* si rinviene definitiva conferma nel disposto dell'art.126 d.a. c.p.c., il quale, nello stabilire che il cancelliere del giudice davanti al quale la causa è riassunta deve immediatamente richiedere il fascicolo d'ufficio al cancelliere del giudice che ha precedentemente conosciuto della causa, postula un legame tra le due fasi che il giudice *ad quem* deve essere posto in grado conoscere, e di cui deve tener conto.

5. L'ultimo comma dell'art.125 d.a. c.p.c. dispone che “la comparsa (riassuntiva) è notificata a norma dell'art.170 del codice, ed alle parti non costituite deve essere notificata personalmente”.

Sebbene la lettera della norma sembri sufficientemente chiara, non sono mancati, al riguardo, dubbi di carattere interpretativo ed applicativo.

Proprio con riferimento ai casi di *translatio iudicii*, e muovendo dal presupposto che la sentenza di incompetenza, conclusiva di una singola fase processuale, determina la cessazione anche della costituzione delle parti avutasi innanzi al

giudice non dovrà porsi né un problema di convalidazione oggettiva *ex art.156*, ult. co., c.p.c. (così, invece, NOBILI, *Conversione dell'atto di riassunzione in citazione introduttiva di un nuovo giudizio*, *Giur. merito*, 1970, I, 321, nt.34), né un problema di conversione dell'atto, ma dovrà, molto più semplicemente, limitarsi a dichiararne la validità in quanto tale.

Lo stesso ORIANI, *Nuova citazione*, cit., del resto, quando discorre di conversione dell'atto, lo fa nel presupposto che l'atto di citazione manchi di qualsiasi collegamento con la precedente fase, ed anzi, ha premura di chiarire (nt.17) che nulla esclude che l'atto di citazione sia *a priori*, e cioè già per come è stato redatto, idoneo a far continuare il processo.

¹⁴⁰ Cass.04.12.1981, n.6438, *Foro it.*, Rep.1981, voce *Processo civile*, n.218; Cass.22.09.1983, n.5628, *id.*, Rep.1983, voce *Competenza civile*, n.257; Cass.18.09.1992, n.10692, cit.

giudice *a quo*, si è affermato che l'atto di riassunzione vada notificato alle parti personalmente ai sensi dell'art.137 c.p.c..¹⁴¹

Ma, a fronte di un dato testuale così univoco, non si può fare a meno di concordare con chi ha rilevato che la costituzione già effettuata dinanzi al giudice *a quo* “mantiene valore fintanto che, con la riassunzione, non diviene attuale l'esigenza di compiere nuovamente tale atto”, e che, d'altra parte, anche quando il giudice, pronunciando sentenza definitiva, si spoglia della causa, la sentenza va notificata al procuratore costituitosi nel precedente grado di giudizio (art.285 c.p.c.).¹⁴²

La giurisprudenza, dal suo canto, quando ha sottoposto ad esame l'ultimo comma dell'art.125 d.a. c.p.c., non ha mai dubitato della necessità di notificare l'atto di riassunzione al procuratore costituitosi nella precedente fase processuale¹⁴³, ed anzi, si è occupata di vagliare le conseguenze dell'inosservanza di siffatta modalità.

Le quali conseguenze sono state ricondotte nella categoria della nullità, per violazione del contraddittorio nella fase di riassunzione; un nullità, tuttavia, sanabile con la costituzione della parte destinataria della notificazione in

¹⁴¹ REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., II, 285; BONSIGNORI, *Problemi dibattuti*, cit., 1096, il quale giustifica il richiamo all'art.170 c.p.c. contenuto nell'art.125 d.a. c.p.c. con la riferibilità del medesimo art.125 d.a., c.p.c., “in via normale”, alla ipotesi di cancellazione della causa dal ruolo di cui all'art.307 c.p.c., che non fa venir meno la costituzione in giudizio già effettuata.

¹⁴² SALETTI, *La riassunzione*, cit., 194, testo e nota 96.

¹⁴³ Cass.18.06.1964, n.1578, *Foro it.*, Rep.1964, voce *Procedimento in materia civile*, n.388; Cass.04.12.1981, n.6438, *id.*, Rep.1981, voce cit., n.218, la quale ha anche precisato che se più parti si sono costituite a mezzo di un unico procuratore, la notificazione è validamente effettuata ai sensi dell'art.170, comma 2, c.p.c., mediante consegna di una sola copia; Cass. 23.03.1984, n.1929, *id.*, Rep. 1984, voce *Competenza civile*, n. 198, che ha invece chiarito che se per la proposizione del regolamento di competenza avverso la sentenza declinatoria è stata conferita procura ad un difensore diverso da quello che ha patrocinato la parte nel giudizio di merito, quest'ultimo conserva la qualità di procuratore domiciliatario, con la conseguenza che egli, e non il difensore nel giudizio di regolamento, è legittimato a ricevere la notifica del successivo atto di riassunzione del giudizio di merito dopo la sentenza regolatrice della competenza; Cass.18.09.1992, n.10692, *id.*, Rep.1992, voce *Competenza civile*, n.142.

ragione del raggiungimento dello scopo cui l'atto era destinato ai sensi dell'art.156, ult. co., c.p.c.¹⁴⁴

Il tenore delle pronunce cui ci si riferisce, le quali tutte individuano nella notificazione dell'atto di riassunzione alla parte personalmente, anziché al procuratore costituitosi dinanzi al giudice incompetente, una ipotesi di invalida costituzione del rapporto processuale, sembrano escludere la possibilità per il giudice a *quo*, che riscontri la mancata costituzione della (unica) parte destinataria della notificazione in conseguenza del mancato rispetto delle modalità di notificazione prescritte nell'art.125 d.a. c.p.c., di ordinare a colui che ha riassunto la causa di procedere ad una rinnovazione della notificazione dell'atto di riassunzione. La rinnovazione, in particolare, sembra doversi escludere, ai sensi dell'art.162 c.p.c., quando è intanto decorso il termine perentorio assegnato in sentenza, ovvero stabilito dalla legge, per procedere alla riassunzione¹⁴⁵. Il processo, in questi casi, sembra destinato a concludersi con una sentenza di rito che accerta la nullità, e che è a sua volta prodromica alla dichiarazione di estinzione del processo¹⁴⁶.

In senso contrario può tuttavia osservarsi che nell' ipotesi considerata colui che ha ricevuto (in luoghi a lui riferibili, anche se non presso il procuratore costituito) la notificazione dell'atto riassuntivo, è venuto a conoscenza della volontà dell'altra parte di proseguire il giudizio presso il giudice competente, cosicché egli è posto comunque in grado di costituirsi (o presentarsi) dinanzi al nuovo giudice (far dipendere la sopravvivenza del processo, e la possibilità di pervenire ad una sentenza di merito, piuttosto che di rito, dalla scelta, inevitabilmente tattica, di questi, sembra pertanto eccessivo). Sul piano strettamente normativo, inoltre, può ancora rilevarsi che l'inciso "quando è possibile" di cui all'art.162 c.p.c. deve essere coordinato non solo con l'art.291

¹⁴⁴ Cass.10.01.1981, n.241, *Foro it.*, Rep.1981, voce *Procedimento civile*, n.235; Cass.13.10.1982, n.5275, *id.*, Rep. 1982, voce *Competenza civile*, n.275; Cass.05.05.1999, n.4456, *id.*, Rep. 1999, voce *Procedimento civile*, n. 199.

¹⁴⁵ BONSIGNORI, *Problemi*, cit., 1077, in caso di errore del notificante nell'individuazione del destinatario dell'atto, applica il principio di autoresponsabilità, e ritiene pertanto possibile procedere alla rinnovazione dell'atto solo se, nel frattempo, non sia decorso il termine perentorio fissato per la riassunzione, e purché la rinnovazione sia effettuata nel rispetto del termine medesimo.

¹⁴⁶ In questo senso App. Napoli, 25.10.1971, *Dir. e giur.*, 1972, 311.

c.p.c., che prevede espressamente la rinnovazione con efficacia *ex tunc* della notificazione nulla, ma anche con la nuova formulazione dell'art.164 c.p.c. che contempla forme di rinnovazione retroattiva per l'ipotesi di contumacia del convenuto che non abbia avuto conoscenza (non della pretesa, nel qual caso la sanatoria conseguente alla rinnovazione dell'atto nullo sarà *ex nunc*, ma) del processo. D'altra parte, e la notazione assume valore decisivo, nel caso analogo di notificazione dell'impugnazione alla parte personalmente, anziché presso il procuratore costituito nel precedente grado di giudizio, e perciò in violazione dell'art.330 c.p.c., la giurisprudenza di legittimità¹⁴⁷ ritiene che la notifica è nulla e non inesistente (la quale inesistenza ricorre solo se la notificazione è eseguita in luoghi non aventi, o non aventi più, alcun riferimento con il destinatario dell'atto) e che, pertanto, essa può essere sanata, con efficacia *ex tunc*, o mediante la costituzione dell'appellato, ovvero mediante rinnovazione della notificazione disposta dal giudice ai sensi dell'art.291 c.p.c..¹⁴⁸

L'art.291 c.p.c., invece, dovrà senz'altro applicarsi quando, ferma la corretta individuazione - da parte di chi riassume - del destinatario dell'atto, vi sia un vizio nel procedimento di notificazione, addebitabile, verosimilmente, all'ufficiale giudiziario: “la *ratio* di non gravare le parti per erronei

¹⁴⁷ Vedi, per tutte, Cass. sez. un. 03.02.1988, *Foro it.*, 1988, I, 1134.

¹⁴⁸ Hanno affermato la possibilità di procedere alla rinnovazione con efficacia *ex tunc* dell'atto di riassunzione già notificato alla parte personalmente, anziché al procuratore costituito Cass.28.07.1960, n.2227, *Foro it.*, Rep 1960, voce *Procedimento civile*, n.319; Cass.08.04.1981, n.2000, *id.*, Rep.1981, voce *Appello civile*, n. 143, la quale, in una ipotesi di nullità della notificazione dell'atto di riassunzione del processo accertata dal giudice dell'impugnazione, ha affermato che la causa deve essere rinviata ad altro giudice, il quale possa provvedere ai sensi dell'art.291 c.p.c. ad assegnare all'attore o all'appellante un termine per la rinnovazione dell'atto nullo, la quale, operando *ex tunc*, impedisce ogni decadenza, “precludendo anche la possibilità che si dichiari l'estinzione del processo per tardività della riassunzione”; Cass.10.02.1983, n.1063, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n. 108, che, in un caso di riassunzione di un processo interrotto per morte dell'attore, e di atto notificato non al procuratore del convenuto, ma alla parte personalmente, rimasta contumace, ha affermato che, verificatosi un difetto del contraddittorio, ove questo sia rilevato in sede di gravame si determina non l'estinzione del procedimento a norma dell'art.305 c.p.c. bensì la rimessione della causa al primo giudice *ex art.354 c.p.c.* “applicabile anche per i vizi di notifica dell'atto di riassunzione, che deve equipararsi a quello di citazione sia in sede di introduzione del giudizio che di integrazione del contraddittorio per la rinnovazione della notificazione a termini dell'art.291 c.p.c.”; nonché, tra la giurisprudenza di merito, Trib. Rossano, 06.07.1960, *Calabria giuriz.*, 1960, 405; Pret. Vitulano, 09.01.1964, *Dir. e giur.*, 1964, 722.

comportamenti di altri, posta a fondamento dell'art.291 c.p.c., sussiste particolarmente per la riassunzione, ove l'inosservanza di un termine perentorio comporta l'estinzione e quindi la vanificazione del processo".¹⁴⁹

Ci si è anche interrogati sulla idoneità ad evitare l'estinzione del processo dell'atto di riassunzione notificato ad alcune soltanto delle parti già citate innanzi al giudice incompetente: in giurisprudenza si è affermata la soluzione positiva, sulla scorta dell'art.331 c.p.c., qui applicato in via analogica, che, in materia di impugnazione di cause inscindibili, consente la successiva integrazione del contraddittorio nel rispetto di un termine assegnato dal giudice, diverso da quello previsto per impugnare, il cui decorso è stato già impedito dalla notificazione dell'impugnazione ad alcuni soltanto di coloro che hanno preso parte al giudizio di primo grado.¹⁵⁰

Al riguardo, si può forse convenire con chi¹⁵¹ ritiene opportuno distinguere – così come distingue il legislatore in fase di impugnazione – tra giudizio unico con pluralità di parti e cause riunite in un solo processo: in caso di litisconsorzio facoltativo, invero, la riassunzione produrrebbe i suoi effetti solo per le parti nei cui confronti è stata tempestivamente effettuata, nei confronti delle altre verificandosi una estinzione (parziale) del processo.¹⁵²

¹⁴⁹ SALETTI, *La riassunzione*, cit., 256 ss. Ma vedi anche BONSIGNORI, *Problemi*, cit., 1077

¹⁵⁰ Così Cass.13.04.1954, n.1186, *Foro it.*, 1954, I, 897, che cassa App. Torino, 29.01.1953, *Foro pad.*, 1953, I, 619, che aveva enunciato l'opposto principio.

¹⁵¹ BONSIGNORI, *Problemi*, cit., 1093. Applicano senza distinzione la regola del 331 c.p.c. GARBAGNATI, Osservazioni a App. Torino, cit., *Foro padano*, 1953, I, 409, nonché MASSARI, *Del regolamento*, cit., 619.

¹⁵² Sulla possibilità di una estinzione parziale del processo di cognizione vedi BIANCHI D'ESPINOSA – BALDI, *Estinzione del processo*, cit., 922, per i quali nel processo cumulativo più processi vengono trattati simultaneamente per ragioni di economia processuale, senza che da ciò derivi una fusione dei processi stessi "la cui autonomia, più o meno latente, si rivela non appena per una qualsiasi ragione gli stessi vengono separati"; TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 223 ss., per il quale "un sistema, che estendesse a tutti i litisconsorzi facoltativi l'effetto della fattispecie estintiva verificatasi per uno solo o, all'opposto, impedisse per tutti l'estinzione, quando sia evitato dall'atto di uno di essi, creerebbe una comunione di poteri e di responsabilità che contrasta con l'indipendenza rispettiva dei consorti, riflesso immediato dell'autonomia delle cause cumulate". Lo stesso autore, a pag.251 e ss., analizza nello specifico l'ipotesi della *translatio iudicii* e della riassunzione del processo solo nei confronti di alcune delle parti e, ritenuto che in questo caso l'atto di riassunzione non si configura come mero strumento di impulso all'interno del procedimento, ma è una nuova richiesta di giudizio, vincolato, come tale, alle regole

L'ultimo problema che si pone a fronte dell'ultimo comma dell'art.125 d.a. c.p.c. è se la comparsa riassuntiva debba essere notificata anche ai contumaci.

La giurisprudenza, sebbene con riguardo ad ipotesi di processo interrotto o sospeso, si è espressa per la soluzione negativa¹⁵³. La lettera della legge, tuttavia, sembra anche in questo caso risolutiva. L'espressione "le altre parti non costituite" a cui va notificata la comparsa, ricomprende sia le parti non costituite e non ancora dichiarate contumaci, sia quest'ultime. Il che è tanto più razionale in ipotesi di *translatio* successiva a sentenza di incompetenza, ove si consideri che la contumacia può essere stata una scelta imposta dalla difficoltà, anche di carattere economico, di costituirsi dinanzi ad un giudice "lontano" dalla parte convenuta e dalla controversia, e non a caso dichiaratosi incompetente.

6. Si è in più occasioni ribadito che, affinché possa esservi *translatio*, è necessario che la riassunzione del processo dinanzi al giudice dichiarato competente¹⁵⁴ venga effettuata nel rispetto di uno dei termini perentori stabiliti (in via alternativa) dall'art.50 c.p.c.. E' tuttavia possibile che nessuna delle parti

della legittimazione ad agire ed a contraddire, ha affermato che "il litisconsorte potrà riassumere la sola causa della quale è parte", e che "la sua iniziativa non eviterà l'estinzione del processo per le altre cause cumulate"; MONTELEONE, *Estinzione (processo di cognizione), Dig. civ., VII* Torino, 1992, 140; MENCHINI, *Il processo litisconsortile, I, Struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993, 259 ss.. A favore di una riassunzione parziale del processo litisconsortile, e purchè si tratti di litisconsorzio facoltativo, si è espresso anche SALETTI, *La riassunzione*, cit., 145 ss. Unica voce contraria (all'estinzione parziale del processo) sembrerebbe essere quella di COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980, 400, nt.56.

¹⁵³ Cass.24.07.1975, n.2897, *Foro it.*, Rep. 1975, voce *Contumacia civile*, n.4; Cass.12.05.1975, n.1841 *id.*, Rep. 1975, voce *Procedimento civile*, n. 248; Cass.12.01.1972, n.72, *Giust. civ.*, 1972, I, 452; Cass.14.07.1965, n.1493, *id.*, Rep. 1965, voce cit., n.405, tutte pronunciate con riferimento a processi interrotti o sospesi.

¹⁵⁴ Affinchè possa aversi traslazione dell'originario processo, e, perciò, affinché si eviti l'estinzione, è indispensabile non solo che la riassunzione sia tempestiva, ma anche che sia effettuata proprio dinanzi al giudice di cui è stata dichiarata la competenza: Cass.25.01.1989, n.410, *Giust. civ.*, 1989, I, 844, con osservazioni di Lo Cascio; Cass.21.07.1981, n.4687, *Foro it.*, 1982, I, 482). E', pertanto, da ritenersi senz'altro superata Cass.26.03.1946, n.328, cit., che aveva dichiarata idonea ad impedire l'estinzione del processo la riassunzione del giudizio avanti al magistrato incompetente atteso che "l'atto, anche se non valido in sé, produce l'effetto impeditivo di cui sopra, perché dimostra la volontà dei soggetti di valersi del diritto loro spettante di dar corso al processo temporaneamente arrestato". In dottrina vedi SATTA, *Commentario*, I, cit., 199; MASSARI, *Del regolamento*, cit., 623.

provveda a riassumere il processo, ovvero che una di esse si attivi, ma che lo faccia tardivamente. In entrambi i casi (“se la riassunzione non avviene nei termini su indicati”), per espressa volontà di legge, la conseguenza è la estinzione del processo.

La dichiarazione di estinzione, per giurisprudenza costante¹⁵⁵, deve essere pronunciata dal giudice dinanzi a cui il processo sarebbe dovuto continuare. Se, infatti, il presupposto dell'estinzione è la mancata riassunzione del processo a seguito di dichiarazione di incompetenza del giudice *a quo*, sarebbe contraddittorio assegnare a quest'ultimo un qualche potere decisorio su di una causa della quale il medesimo giudice ha dichiarato di non poter conoscere. La contraria e risalente opinione dottrinale¹⁵⁶, d'altra parte, non ha avuto seguito, ed è anzi significativo che anche chi afferma che nelle more della riassunzione il processo pende dinanzi al giudice della declinatoria, ritiene che “la mancata riassunzione, se impedisce che la pendenza del processo passi dinanzi al nuovo giudice, elimina altresì la pendenza dinanzi al giudice precedente”¹⁵⁷; ne consegue che non è in base al criterio della pendenza che deve essere risolto il quesito attinente la individuazione del giudice legittimato a dichiarare l'estinzione, bensì avendo riguardo alla circostanza che l'atto con cui si fa valere

¹⁵⁵ Tra le prime pronunce vedi Cass.26.03.1946, n.328, *Giur. comp. Cass. civ.*, 1946, I, 128, con nota contraria di MICHELI, *Estinzione del processo e riassunzione dinanzi a giudice incompetente*, nonché Cass.15.01.1950, n.384, *id.*, 1950, I, 192; di recente, vedi Cass.06.03.1997, n.1968, *Foro it.*, Rep.1997, voce *Procedimento civile*, n.348, la quale ha osservato che il giudice *a quo* non è in grado di compiere alcun accertamento sul processo di cui si invoca la intervenuta estinzione perché non dispone più del fascicolo d'ufficio, trasmesso *ex art.126 d.a. c.p.c.* alla Cancelleria del giudice *ad quem*.

¹⁵⁶ MICHELI, *op. ult. cit.*, 130, per cui “non sembra logico riconoscere tale competenza (a dichiarare l'estinzione) al giudice al quale la causa fu rinviata, dato che l'estinzione si è verificata prima che egli ne fosse investito”. Nel senso che l'estinzione non debba essere dichiarata dal giudice *ad quem* si era espresso anche ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1946, II, 135, per il quale, tuttavia, dopo la dichiarazione di incompetenza non seguita da tempestiva riassunzione non vi sarebbe stato bisogno di alcuna pronuncia, in quanto il primo giudice si sarebbe spogliato della causa, mentre il secondo non ne potrebbe essere investito (nello stesso senso MICHELI, *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1942, I, 25, il quale, però, nella nota *Estinzione del processo*, cit., 130, ha giustificato diversamente la propria opinione).

¹⁵⁷ MASSARI, *Del regolamento*, cit., 623. In realtà, anche utilizzando il criterio della pendenza del processo viene confermata la competenza del giudice della riassunzione, si sia o meno questa realizzata, a dichiarare l'estinzione del processo, atteso che, nella prospettiva da noi accolta *supra*, par.1 di questo capitolo, dopo la sentenza di incompetenza vi è coincidenza tra giudice dinanzi a cui il processo pende, e giudice dinanzi a cui, non estinguendosi, il processo sarebbe dovuto continuare.

l'estinzione "è essenzialmente un'eccezione in senso tecnico" da opporre nel processo tardivamente riassunto, e che, d'altro canto, ove il processo non sia stato mai riassunto, e ciò nonostante vi sia interesse alla dichiarazione di estinzione, l'accertamento richiesto al giudice "altro non è che l'equivalente sostitutivo della decisione sull'eccezione".

Ed invero, è possibile che il processo sia riassunto, ma tardivamente: in questo caso è onere della parte che non ha interesse alla prosecuzione del processo eccepire nella prima difesa, a norma dell'art.307 c.p.c., l'estinzione del processo. In mancanza di rituale eccezione, infatti, la causa, anche se tardivamente riassunta, potrà proseguire, e la *translatio* dovrà intendersi compiutamente realizzata¹⁵⁸.

E' inoltre possibile che nessuna delle parti provveda a coltivare il processo: in siffatta evenienza, non solo la domanda potrà essere proposta *ex novo*, senza che a ciò sia di ostacolo la mancata dichiarazione di estinzione (la quale opera di diritto, cosicché scaduto il termine assegnato per la riassunzione, il processo si estingue automaticamente, ed estinguendosi, cessa di pendere, con la conseguenza che non avrebbe pregio eccepire la litispendenza *ex art.39 c.p.c.*)¹⁵⁹, ma è anche possibile che sorga in una delle parti l'interesse ad

¹⁵⁸ Cass. 10.12.1986, n.7338, *Foro it.*, Rep.1986, voce *Procedimento civile*, n.173; Cass. 09.06.1987, n.5021, *Giust. civ.*, 1987, I, 2501; Cass.16.04.1991, n.4045, *Foro it.*, Rep.1991, voce *Procedimento civile*, n.186; Cass.25.01.1993, n.830, *id.*, 1993, I, 2563, con osservazioni di Impagnatiello; Cass.23.04.1999, n.4037, *id.*, Rep.1999, voce *Competenza civile*, n.232. Vedi anche Cass.12.07.1961, n.1664, *Giur. it.*, 1963, I, 1, 178, la quale, sebbene con riferimento ad un processo riassunto tardivamente a seguito di interruzione, ha affermato che l'onere di una eccezione tempestiva grava anche sul contumace "nel senso che la parte, per il solo fatto di rimanere assente dal giudizio volontariamente, si pone essa stessa in condizioni di non poter tempestivamente eccepire l'estinzione del processo".

¹⁵⁹ Cass.15.02.1950, n.384, *Giur. comp. Cass. civ.*, 1950, I, 193, con nota adesiva di BIANCHI D'ESPINOSA, *Sulla natura del provvedimento di estinzione del processo*; Cass.12.06.1973, n.1704, *Foro it.*, Rep.1973, voce *Competenza civile*, n.320; Cass.16.04.1991, n.4045, *id.*, Rep.1991, voce *Procedimento civile*, n.178-179 (in motivazione). *Contra* VACCARELLA, *Inattività delle parti*, cit., 287, nt.68, per il quale, fino a che il primo processo non sia definito con una formale dichiarazione di estinzione, il giudice del secondo processo dovrebbe spogliarsi della causa ai sensi dell'art.39 c.p.c., che subordina la dichiarazione di litispendenza alla pendenza della stessa causa dinanzi ad altro giudice, indipendentemente dalla vitalità della stessa. L'A., tuttavia, riconosce che la giurisprudenza e la dottrina hanno preferito sacrificare la lettera dell'art.39 c.p.c., atteso che la (rigorosa) soluzione da lui propugnata imporrebbe un inutile andirivieni della causa e, soprattutto, inciderebbe indirettamente

ottenere la dichiarazione di estinzione per fini diversi da quello diretto a paralizzare una riassunzione tardiva, in ipotesi mai realizzata.

Più in particolare, può accadere che l'estinzione venga dedotta allo scopo di ottenere l'accertamento degli effetti da essa discendenti, ed in specie, per sentir riconoscere che il precedente giudizio, instaurato dinanzi al giudice incompetente, e non riassunto dinanzi al giudice *ad quem* a seguito di sentenza declinatoria di competenza, ha prodotto l'interruzione solo istantanea della prescrizione (art.2945, co.3, c.c.), e non anche quella sospensiva del relativo termine (art.2945, co.2, c.c.).

In questo caso, trattandosi di effetti prodotti dall'estinzione in quanto tale, e non dalla irrevocabilità o definitività della dichiarazione di estinzione (come sono, per esempio, quelli di cui agli articoli 129 d.a. c.p.c., 653 c.p.c., 2668 c.c., per il prodursi dei quali è necessaria la pronuncia di estinzione da parte del giudice dinanzi a cui pendeva il processo), sarà consentito, anche ad un giudice di un diverso processo (verosimilmente, quello dinanzi a cui, scaduti i termini per la riassunzione, la domanda è stata riproposta), conoscere di tali effetti ai fini della decisione della causa¹⁶⁰.

La cognizione della vicenda estintiva da parte del secondo giudice sarà effettuata *incidenter tantum*, secondo il principio di carattere generale in forza del quale tutte le questioni pregiudiziali sono conosciute dal giudice *incidenter tantum*. D'altro canto, al giudice del secondo processo non interessa il fatto dell'estinzione in sé, ma solo i suoi effetti indiretti di carattere sostanziale e processuale¹⁶¹.

Né varrebbe obiettare che la parte avrebbe comunque la facoltà di chiedere l'accertamento della estinzione del primo processo in via d'azione, con

ma gravemente sulla prescrizione del diritto impedendo la riproposizione della domanda finché non sia irrevocabilmente dichiarata l'estinzione.

¹⁶⁰ In questi termini ORIANI, *Processo di cognizione*, cit., 381 ss.. In giurisprudenza leggi la esauriente motivazione di Cass.26.11.1987, n.8765, *Foro it.*, Rep.1987, voce *Competenza civile*, n.182, la quale chiarisce, tra l'altro, che "l'estinzione è una vicenda processuale che può spiegare effetti anche non meramente processuali, come appunto nell'ipotesi in cui essa assume rilevanza agli effetti dell'applicabilità del disposto del secondo o del terzo comma dell'art.2945 c.c."

¹⁶¹ Vedi, ancora, ORIANI, *op. ult. cit.*, *ibidem*. In giurisprudenza, sulla conoscibilità *incidenter tantum* dell'estinzione, cfr. Cass. 30.05.1961, n.1279, *Foro it.*, 1961, I, 1102; Cass. 10.11.1964, n.2721, *id.*, Rep. 1964, voce *Procedimento civile*, n.395.

domanda da proporsi al giudice competente a dichiarare l'estinzione¹⁶², e che proprio siffatta facoltà escluderebbe la possibilità per un giudice di un diverso processo di dichiarare, sia pure *incidenter tantum*, l'estinzione. Come ha infatti efficacemente chiarito la giurisprudenza di legittimità, "facoltà non significa onere, e per parlare di onere occorrerebbe anche fissare un risultato giuridico in vista del quale può individuarsi un interesse della parte": sennonché, "solitamente", l'esigenza di far valere l'applicabilità dell'art.2945, co.3, c.c., anziché del secondo comma dello stesso articolo, non si palesa nel momento in cui si verifica l'estinzione (con la conseguenza che nemmeno vi sarebbe attualità dell'interesse a chiedere la dichiarazione di estinzione in via di azione), ma solo quando una delle parti intenda esercitare un diritto che, già esercitato in un processo estinto, si è ormai prescritto¹⁶³.

Peraltro, pare opportuno precisarlo, diversamente da quanto accade nell'ipotesi in cui l'estinzione viene eccepita per paralizzare una riassunzione tardiva, essa, se dedotta in un secondo processo al fine di ottenere la dichiarazione di prescrizione del diritto, risolvendosi in una replica alla controeccezione di interruzione della prescrizione, deve considerarsi eccezione in senso lato, rilevabile anche d'ufficio.¹⁶⁴

Proprio per l'incidenza sul termine di prescrizione del diritto che ha l'estinzione del processo, la giurisprudenza è ormai costante nel ritenere che, in caso di tardività della riassunzione, ritualmente eccepita, e di conseguente,

¹⁶² Cass.10.08.1988, n.4919, *Foro it.*, Rep.1988, voce *Competenza civile*, n.196.

¹⁶³ Vedi, ancora, Cass.26.11.1987, n.8756, cit.

¹⁶⁴ Cass.24.10.1974, n.3111, *Foro it.*, Rep.1974, voce *Prescrizione*, n.101; Cass.28.05.1976, n.1928, *id.*, Rep. 1976, voce *Appello civile*, n. 20; Cass.26.11.1987 n.8756, cit., la quale ultima ha osservato che "la deduzione circa l'esistenza di un processo, per le conseguenze (di diritto sostanziale) che si intendono trarre in ordine all'avvenuto compimento del termine prescrizionale, è cosa ben diversa dall'eccezione, questa sì in senso tecnico, di estinzione del processo proseguito nonostante il verificarsi di tale evento processuale, perché in tale ultima ipotesi essa ha l'effetto di paralizzare l'avversa domanda, secondo il meccanismo caratteristico dell'eccezione in senso proprio; laddove nel caso in cui siano all'esame questioni di prescrizione e di interruzione di questa (entrambi non contestate), l'accertamento del *dies a quo* del nuovo termine prescrizionale dopo l'interruzione presuppone un controllo sulla durata dell'interruzione e perciò, quando all'atto giudiziale interruttivo sia seguito un procedimento definito con sentenza, un controllo, anche *ex officio* in via incidentale, nel giudizio in cui occorre accertare la fondatezza dell'eccezione di prescrizione, sulla consistenza e l'oggetto di detto procedimento e sulla portata della sentenza che lo ha definito".

inevitabile dichiarazione di estinzione del processo, la comparsa riassuntiva, sempre che abbia i requisiti di un atto di costituzione in mora, è essa stessa idonea ad interrompere la prescrizione¹⁶⁵. In altri termini, pur dichiarato estinto il processo iniziato dinanzi ad un giudice incompetente per non essersi realizzata una trasmigrazione rituale, il termine di prescrizione, già interrotto dalla domanda proposta dinanzi al primo giudice, ha sì ripreso il suo corso nelle more del processo (art.2945, co.3, c.c.) per essersi lo stesso concluso con l'emanazione del provvedimento di estinzione, ma è da considerarsi nuovamente interrotto con la notificazione della comparsa riassuntiva. Pertanto, se il tempo intercorso tra la notificazione della citazione e la dichiarazione di estinzione è in astratto sufficiente a determinare la prescrizione del diritto, la notificazione della comparsa riassuntiva (in ipotesi effettuata tardivamente), inserendosi quale nuovo evento interruttivo nel computo del tempo di prescrizione cominciato con la notificazione della citazione originaria, potrà (sempre che nel frattempo - e cioè dal giorno della citazione al giorno della riassunzione tardiva - non sia comunque decorso il termine di prescrizione¹⁶⁶) evitare la estinzione del diritto sul piano sostanziale per avvenuta prescrizione dello stesso.

L'orientamento affermatosi in giurisprudenza non si sottrae, tuttavia, ad alcune osservazioni critiche.

La Suprema Corte, facendo probabilmente propria l'idea portante di un'autorevole opinione dottrinale¹⁶⁷, pur non potendo fare a meno di ricordare che gli atti processuali, successivi a quello di citazione, compiuti nel corso di un processo poi estintosi, non hanno alcuna efficacia interruttiva, ha premura di sottolineare che la comparsa riassuntiva, “esprimendo la volontà di far valere il

¹⁶⁵ Cass.24.03.1965, n.483, *Rin. dir. proc.*, 1966, 701, con nota favorevole di BONSIGNORI, *Interruzione della prescrizione ed estinzione del processo*; Cass.26.06.1976, n.2414, *Foro it.*, 1976, I, 2839, con osservazioni di Marino; Cass.21.01.1980, n.467, *id.*, 1980, I, 1362, con osservazioni di Oriani.

¹⁶⁶ Cass.24.10.1974, n.3111, *cit.*

¹⁶⁷ ORIANI, *Processo di cognizione*, *cit.*, 367, nt.1

diritto e menzionandone la causa, è equipollente ad un atto di costituzione in mora”¹⁶⁸.

Ciò che rileva, nella prospettiva accolta dalla giurisprudenza, non è tanto la assimilabilità tra comparsa riassuntiva e atto di costituzione in mora, quanto la circostanza che nella comparsa riassuntiva è contenuta l’affermazione del diritto. Il che significa porsi nella stessa prospettiva di chi ha efficacemente rilevato che ciò che determina l’interruzione della prescrizione è, appunto, l’affermazione del diritto da parte del suo titolare, e che siffatta affermazione è individuabile sia nell’atto di citazione, sia nell’atto di costituzione in mora, che solo sotto quest’aspetto, pur avendo diversità di struttura, sono tra loro assimilabili¹⁶⁹.

Traendo le fila da questo discorso può a ragione dirsi che qualsiasi atto processuale successivo alla domanda giudiziale, nella misura in cui contiene siffatta affermazione del diritto, se normalmente è irrilevante sul corso della prescrizione, sospeso per effetto della litispendenza, diventa rilevante nel momento in cui l’effetto sospensivo viene meno retroattivamente a seguito di estinzione.

Né vale obiettare in senso contrario che “l’eventuale conversione (art.1424 c.c.) in atto di costituzione in mora ha il suo limite invalicabile nella nullità dell’atto processuale” compiuto nel processo poi estintosi¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Così, di recente, Cass.17.03.1999, n.2417, *Foro it.*, Rep.1999, voce *Prescrizione e decadenza*, n.56; nonché Cass.14.07.2003, n.11016, *id.*, 2003, voce cit., n.49, le quali, contrariamente a quanto affermato da Cass.21.01.1980, n.467, cit., muovono dall’assunto che l’atto di riassunzione ha senz’altro valenza sostanziale di costituzione in mora.

¹⁶⁹ ORIANI, *op. ult. cit.*, 171 ss. Sembra ad ogni modo opportuno precisare che per l’A., mentre la mera affermazione del diritto interrompe la prescrizione, gli effetti della costituzione in mora sono ravvisabili nella domanda giudiziale nella misura in cui essa contenga anche l’intimazione ad adempiere. Il che, se è facile riscontrarlo nelle domande giudiziali di condanna, in cui la richiesta al debitore di adempiere è effettuata tramite la richiesta al giudice di condannare all’adempimento, non lo è altrettanto nella domanda di mero accertamento che, difatti, per Oriani, pur essendo idonea ad interrompere la prescrizione, non può “convertirsi” in atto di messa in mora. Su tali rilievi, vedi, in particolare, ID., *op. ult. cit.*, 179-181.

¹⁷⁰ VACCARELLA, *Inattività delle parti*, cit., 350, nt.156.

Né che “se anche la riassunzione è fatta per iscritto...essa non presenta l'elemento fondamentale dell'atto di costituzione in mora, cioè l'intimazione o richiesta di cui all'art.1219 c.c.”¹⁷¹.

Ed infatti, da un lato il fenomeno della conversione, nel caso sottoposto ad esame, rimane fuori gioco, perché ne difetta il presupposto, e cioè la nullità dell'atto da convertire: “l'estinzione può rendere inefficaci gli atti processuali, nel senso che esclude la loro idoneità a consentire l'emanazione di un provvedimento diverso da quello dichiarativo dell'estinzione, ma non è in grado di eliminare tutti quegli effetti che gli atti processuali hanno prodotto sul piano sostanziale non come tali ma in quanto atti sostanziali”¹⁷².

Dall'altro lato, è agevole replicare che ai sensi dell'art.125 d.a. c.p.c., la comparsa riassuntiva deve contenere non solo il nome delle parti (n.2), ma anche il richiamo all'atto introduttivo (n.3), in cui è estrinsecato il diritto che si intende tutelare in sede giudiziaria; essa, pertanto, se redatta in conformità alle indicazioni di legge, è senz'altro atto astrattamente idoneo ad interrompere la prescrizione.

Piuttosto, ciò che davvero potrebbe ostacolare il compimento dell'operazione volta a ricollegare l'interruzione della prescrizione non già all'atto di citazione dinanzi al giudice incompetente, bensì alla comparsa di riassunzione tardiva, è la circostanza che, sempre a norma dell'art.125 d.a. c.p.c., la comparsa va notificata al procuratore della parte costituitasi nella predente fase processuale, cosicché, ove non sia abbia la premura (la malizia) di portarla anche a conoscenza diretta del debitore, potrebbe a ragione dirsi che il diritto è sì stato affermato, ma non nei confronti del titolare passivo dello stesso.¹⁷³

La riconduzione dell'effetto interruttivo all'atto di riassunzione notificato oltre i termini è coerente con altro orientamento della Suprema Corte, in forza del quale l'atto medesimo, pur non potendo avere efficacia ai fini della *translatio*

¹⁷¹ SALETTI, *La riassunzione*, cit., 265-268.

¹⁷² Così ORIANI, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

¹⁷³ ORIANI, osservazioni a Cass.21.01.1980, n.467, cit., e, prima di lui, TRISORIO LIUZZI, *Riassunzione del processo e interruzione della prescrizione*, *Riv. dir. proc.*, 1978, 395 ss. Il difensore, infatti, può ricevere gli atti nell'interesse della parte, ma deve pur sempre trattarsi di atti processuali (art.84 c.p.c.).

iudicii, può tuttavia valere come atto introduttivo di un giudizio nuovo¹⁷⁴. E' infatti evidente che, riguardato in quest'ottica, l'atto medesimo è senz'altro idoneo ad interrompere la prescrizione.

A siffatto proposito è tuttavia opportuno osservare che, affinché l'atto di riassunzione possa valere come atto introduttivo di un giudizio nuovo, è necessario non solo che esso sia stato notificato anche alla parte personalmente¹⁷⁵, ma anche che per esso si sia provveduti a conferire una nuova procura al difensore: il mero richiamo alla procura conferita per la precedente citazione, infatti, ne determinerebbe senz'altro la invalidità come nuova domanda giudiziale siccome non sottoscritta da procuratore munito di idoneo mandato, essendosi esauriti con il provvedimento di estinzione i poteri conferiti al difensore per il patrocinio in un processo di cui non si è assicurata la continuazione, e perciò l'identità¹⁷⁶.

7. Dichiarata l'incompetenza del giudice originariamente adito, ed individuato (dallo stesso giudice, ovvero dalla Corte di cassazione in sede di regolamento di competenza) il giudice legittimato a trattare e decidere la controversia, è ben possibile che il processo trasmigri, con riassunzione rituale (effettuata nel pieno rispetto dei termini e delle forme prescritti dalla legge), dinanzi a siffatto, secondo giudice.

Ove questo accada, il processo non arriverà, per ciò solo, e senza ostacoli di sorta, al suo naturale epilogo. L'esistenza, a monte, di un fenomeno di *translatio* condiziona, infatti, anche i rapporti tra fase del giudizio svoltasi dinanzi al

¹⁷⁴ Cass. 08.07.1955, n.2142, *Foro it.*, Rep. 1955, voce *Procedimento civile*, n. 474; Cass.14.06.1967, n.1359, *id.*, Rep.1967, voce *Competenza civile*, n.383; Cass.04.11.1986, n.6451, *id.*, Rep.1986, voce *Procedimento civile*, n.175.

¹⁷⁵ E' significativo che Cass.04.11.1986, n.6451, cit., affermato il principio di diritto di cui è parola, abbia poi controllato se, nel caso di specie sottoposto al suo esame, l'atto fosse stato notificato anche alla parte personalmente, per poi affermare, all'esito del riscontro positivo, che tale circostanza "rendeva possibile la instaurazione di un rapporto processuale avulso da quello precedente, non tempestivamente coltivato, e dotato di autonoma vitalità".

¹⁷⁶ Sembraerebbe potersi comunque prospettare la introduzione di un nuovo giudizio attraverso una comparsa riassuntiva tardiva, nell'ipotesi in cui, pur essendo stato l'atto di riassunzione notificato al solo procuratore, questi si sia comunque costituito in giudizio, beninteso in forza di una nuova procura conferitagli dalla parte rappresentata.

giudice *a quo*, e giudizio in corso dinanzi al giudice *ad quem*, dando origine ad una nuova serie di interrogativi, ancora una volta di carattere eminentemente pratico, su cui è doveroso soffermarsi.

Acquisito, infatti, che la comparsa riassuntiva è, anche in caso di *translatio*, un mero atto di impulso processuale, pare non suscettibile di smentita la circostanza che esso possa essere posto in essere solo da chi è già stato parte (compreso il contumace) nella precedente fase. Ciò significa escludere che un soggetto, terzo rispetto al processo instaurato dinanzi al giudice incompetente, possa spiegare intervento mediante l'atto di cui all'art.125 d.a. c.p.c., che verrebbe per tale via ad assumere la duplice valenza di atto di riassunzione e comparsa di intervento.

Diversamente è a dirsi per la legittimazione passiva. Con la sentenza n.4045 del 16.04.1991¹⁷⁷, la Corte di cassazione, proprio con riferimento ad una ipotesi di trasmigrazione *ex* art.50 c.p.c., muovendo dal principio di diritto, già in precedenza enunciato, in forza del quale la particolare funzione dell'atto di riassunzione non è di ostacolo a che esso cumuli in sé anche quella introduttiva di un nuovo giudizio, e che, pertanto, mediante lo stesso è proponibile una nuova domanda in aggiunta a quella originaria, ove essa contenga tutti gli elementi prescritti dall'art.163 c.p.c.¹⁷⁸, è giunta ad affermare che siffatto principio “non cessa di valere neppure nel caso in cui, come nella specie, la nuova domanda sia diretta contro un soggetto originariamente estraneo al processo”. La sentenza suscita perplessità non tanto perché, in tal modo, si snatura la funzione dell'atto di riassunzione, che è “strutturalmente inidoneo allo scopo cui si mira, non essendo prevista, tra l'altro, la formulazione di conclusioni”¹⁷⁹ (la S.C. ha, infatti, avuto l'accortezza di precisare che la utilizzabilità dell'atto di riassunzione quale atto introduttivo di un nuovo giudizio su di una nuova domanda in tanto è possibile, in quanto l'atto contenga tutti i requisiti di cui all'art.163 c.p.c., compresa, pertanto, la formulazione delle conclusioni, quanto meno sulla domanda nuova), quanto

¹⁷⁷ Cit.

¹⁷⁸ Cass.20.09.1977, n.4027, *Foro it.*, Rep. 1977, voce *Procedimento civile*, n.158; Cass.29.10.1983, n.6457, *Foro it.*, Rep. 1983, voce cit., n.143; Cass. 26.02.1986, n.2152, *id.*, Rep. 1986, voce *Competenza civile*, n.157.

¹⁷⁹ Così SALETTI, *La riassunzione*, cit., 254.

perché essa mal si coordina con altro, prevalente orientamento della Suprema Corte, in forza del quale le preclusioni maturate a carico delle parti dinanzi al giudice *a quo* trasmigrano nella fase di giudizio instaurata dinanzi al giudice *ad quem*¹⁸⁰. Se, infatti, l'attore o il convenuto fossero incorsi nella decadenza prevista, rispettivamente, dai commi 3 e 2 dell'art.269 c.p.c., la possibilità di citare un terzo in giudizio mediante la comparsa riassuntiva si rivelerebbe uno strumento fin troppo agevole per superare la preclusione già maturata¹⁸¹.

La natura modificativa della riassunzione di cui è parola, ed in particolare la circostanza che si abbia mutamento del giudice, impone la necessità di una nuova iscrizione a ruolo della causa presso il nuovo ufficio giudiziario designato come competente. La giurisprudenza di legittimità, muovendo da tale presupposto, ha tuttavia precisato che la mancata iscrizione a ruolo (di una riassunzione tempestiva) non determina estinzione *ex art.307*, terzo comma, c.p.c., venendosi il processo a trovare in una situazione di quiescenza che legittima una sua (nuova) riassunzione nel termine di un anno (*art.307*, co.1, c.p.c.) dinanzi al giudice dichiarato competente, e già adito con la precedente tempestiva riassunzione¹⁸².

Alla necessità di una nuova iscrizione della causa a ruolo, tuttavia, almeno stando ai più recenti orientamenti, sembrerebbe non doversi accompagnare né la necessità di una nuova costituzione in giudizio delle parti (diverse da chi si è costituita iscrivendo la causa a ruolo), né la necessità del conferimento di una nuova procura al difensore.

Più in particolare, dalla lettura delle sentenze della Corte di cassazione, è dato registrare un andirivieni di orientamenti in ordine alla necessità, per chi si era già costituito nella precedente fase del giudizio, di rinnovare la propria costituzione dinanzi al giudice competente. Inizialmente, infatti, la Suprema Corte, argomentando sia dall'art.125 d.a. c.p.c., che al numero 5 prescrive che la comparsa di riassunzione deve contenere l'invito a costituirsi nei termini stabiliti dall'art.166 c.p.c., sia dall'art.307 c.p.c., che al suo secondo comma

¹⁸⁰ Vedi, tra le ultime, Cass.08.02.1999, n.1076, *Foro it.*, Rep.1999, voce *Lavoro e previdenza (contr.)*, n.173; Cass.09.11.2001, n.13924, *id.*, Rep.2001, voce cit., n.110.

¹⁸¹ Sulla ultrattività delle preclusioni maturate dinanzi al giudice *a quo* vedi *infra*, p.88.

¹⁸² Cass.04.12.1992, n.12917, *Foro it.*, Rep.1992, voce *Procedimento civile*, n.177; Cass. 06.11.2003, n.16688, *id.*, Rep. 2003, voce cit., n. 369.

sancisce l'estinzione (immediata) del processo se nel processo riassunto (ma “a norma del precedente comma”) nessuna delle parti si sia costituita, aveva affermato che, a seguito di riassunzione del processo, le parti hanno l'onere di costituirsi in giudizio nei modi e nei termini ad esse assegnati dagli articoli 165 e 166 c.p.c.¹⁸³.

Successivamente, proprio con riferimento ai casi di *translatio*, la stessa Corte di cassazione ha ritenuto che, realizzatasi la trasmigrazione, rimanendo in vita l'originario rapporto processuale, la mancata comparizione dinanzi al giudice *ad quem* della parte che si era costituita nella prima fase del processo desse luogo a semplice assenza, e non a contumacia¹⁸⁴.

In seguito ha ripreso vigore l'opposto principio, questa volta, tuttavia, argomentando dall'art.303 c.p.c. il quale testualmente stabilisce che “se la parte che ha ricevuto la notificazione (in riassunzione) non compare all'udienza fissata, si procede in sua contumacia”; di siffatta norma, infatti, è stata affermata la “valenza generale alla luce ed in coordinazione con l'art.125 d.a. c.p.c.” il quale, dal suo canto, disciplina il contenuto dell'atto di riassunzione, includendovi l'invito a costituirsi nei termini “ai fini, ovviamente, di cui all'art.291 stesso codice”¹⁸⁵.

Più di recente, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità, tornata ad affrontare il problema, ha affermato che in ipotesi di riassunzione *ex art.50 c.p.c.*, in forza dell'unicità e continuità del processo, le parti mantengono la posizione assunta nella fase iniziale, essendo la riassunzione diretta appunto allo scopo di ricostituire il contraddittorio che si era instaurato in origine; che, pertanto, solo in difetto di una precedente costituzione la mancata costituzione del convenuto in riassunzione può determinare la sua contumacia; e che, d'altro canto, è insito nel concetto stesso di contumacia che una parte contumace rimanga tale nel processo fino al momento in cui si costituisce, e per converso che la parte

¹⁸³ Cass.29.04.1959, n.1282, *Foro it.*, 1959, I, 941. Nel caso di specie si trattava della riassunzione di un processo dinanzi al giudice di primo grado che aveva negato la giurisdizione, poi affermata dal giudice di appello.

¹⁸⁴ Cass.18.06.1964, n.1578, *Foro it.*, Rep.1964, voce *Contumacia civile*, n.4; Cass.05.08.1968, n.2798, *Foro it.*, Rep.1968, voce *Competenza civile*, n.450; Cass.18.05.1971, n.1491, *id.*, Rep.1971, voce *Procedimento civile*, n.398.

¹⁸⁵ Cass.09.04.1988, n.2815, *Giust. civ.*, 1988, I, 1446.

inizialmente costituitasi non possa poi divenire contumace, pur se rimanga inattiva¹⁸⁶.

La questione è tanto complessa quanto delicata. Dalla adesione all'una o all'altra delle alternative possibili dipende, infatti, l'applicazione delle norme che disciplinano il processo contumaciale, ed in particolare l'individuazione del soggetto destinatario della notificazione della sentenza ai fini della decorrenza del termine breve per l'impugnazione.

Ma l'adesione all'una od all'altra delle soluzioni prospettate non può rimanere avulsa dal sistema di regole che disciplinano il processo trasmigrato, regole con le quali si impone un coordinamento.

Orbene, pare a chi scrive che la parte convenuta in riassunzione¹⁸⁷ abbia l'onere di effettuare una nuova costituzione dinanzi al giudice *ad quem*¹⁸⁸.

Un valore decisivo sembra doversi attribuire al n.5 dell'art.125 d.a. c.p.c., che appunto prevede, tra i requisiti di contenuto/forma della comparsa riassuntiva, l'invito a costituirsi nei termini stabiliti dall'art.166 c.p.c.. Che senso avrebbe, infatti, fissare al convenuto un termine per costituirsi se dalla mancata osservanza di tale termine non conseguirebbe alcunchè? Potrebbe, invero, obiettarsi che, nella particolare situazione delineata dall'art.50 c.p.c., in cui c'è un processo che continua, il n.5 dell'art.125 d.a. c.p.c. non ha spazio applicativo. Ma, salvo che non si sia disposti a disconoscere il valore di dato normativo di riferimento che si è fino ad ora attribuito all'art.125 d.a. c.p.c., questo modo di ragionare, per il quale di una norma si utilizza solo ciò che conviene, non convince.

Né, d'altra parte, dalla circostanza che la comparsa riassuntiva vada notificata al procuratore della parte costituita può inferirsi che il legislatore ha inteso riconoscere e valorizzare l'originaria posizione processuale della parte¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Cass.28.10.1994, n.8917, *Foro it.*, Rep.1994, voce *Procedimento civile*, n.129.

¹⁸⁷ Si discorre dell'onere per il convenuto in riassunzione di costituirsi perché è proprio con riferimento al convenuto in riassunzione che la giurisprudenza ha affrontato la problematica in esame. Ma è evidente che l'onere di rinnovare la costituzione dinanzi al giudice *ad quem* riguarda tutte le altre parti, diverse da chi ha iscritto la causa a ruolo.

¹⁸⁸ Nel senso che in caso di trasmigrazione sia necessaria una nuova costituzione vedi, in dottrina, SALETTI, *La riassunzione*, cit, 193, nonché ACONE, *Commentario*, cit., 516.

¹⁸⁹ Così Cass.28.10.1994, n.8917, cit.

Anche la sentenza di primo grado deve essere notificata a norma dell'art.170 c.p.c.; eppure nessuno dubita che vi sia l'onere per le parti di rinnovare la costituzione nell'eventuale fase di gravame.

Ed infatti, la costituzione già effettuata dinanzi al giudice *a quo* mantiene valore fino a che, con la riassunzione, non diviene attuale l'esigenza di compiere nuovamente tale atto¹⁹⁰: ecco perché la comparsa riassuntiva va notificata al procuratore della parte costituita, ed ecco perché, per la necessità di prendere contatto con il nuovo giudice, che, trasmigrato il processo, si ripresenta in capo al convenuto l'onere di costituirsi in giudizio.

Colui che effettua la riassunzione del processo, d'altro canto, deve iscrivere la causa a ruolo, e perciò costituirsi (art.165 c.p.c.), se vuole evitare la estinzione di un processo pur tempestivamente riassunto¹⁹¹. E se l'onere di costituzione incombe su di una parte, non si vede perché debba negarsene l'esistenza in capo all'altra.

Sostenere che colui che è convenuto in riassunzione deve rinnovare la propria costituzione dinanzi al giudice *ad quem*, pena la dichiarazione di contumacia, impone di verificare la sorte delle attività difensive già compiute dinanzi al giudice *a quo*.

Immaginiamo, ad esempio, che il convenuto in riassunzione, dopo essersi costituito nella fase svoltasi dinanzi al giudice poi dichiarato incompetente, e dopo aver qui ritualmente eccepito la prescrizione del diritto, non provveda a costituirsi nel processo instaurato davanti al giudice *ad quem*. Questi, dichiarata la contumacia del convenuto, dovrà o meno decidere sull'eccezione di prescrizione proposta nella precedente fase?

In un caso realmente verificatosi, la Corte di cassazione, senza censurare la dichiarazione di contumacia del convenuto in riassunzione effettuata dal giudice di merito, ha ritenuto che la parte costituitasi tempestivamente nella fase iniziale di primo grado nel processo del lavoro, ma non costituitasi nel giudizio di riassunzione “non può essere dichiarata decaduta per le eccezioni in

¹⁹⁰ SALETTI, *La riassunzione*, cit., 194, testo e nota 96

¹⁹¹ Cfr. giurisprudenza citata *supra*, nt.179.

senso stretto – quale è quella di prescrizione – già proposte tempestivamente nel processo iniziale nel quale il giudice si è dichiarato incompetente”¹⁹².

Siffatto principio di diritto, giustificato alla luce del rapporto di continuazione che sussiste tra fase svoltasi dinanzi al giudice *a quo*, e processo in corso dinanzi al giudice *ad quem*, ha un indubbio fondamento logico, che è quello di non penalizzare chi ha comunque avuto premura di svolgere, anche se solo fino ad un certo punto del processo, le proprie attività difensive. Ma esso si scontra con altro principio, enunciato dalla stessa Corte di cassazione, in forza del quale le parti, dinanzi al giudice *ad quem*, hanno l’onere di riproporre domande ed eccezioni che, altrimenti, devono intendersi abbandonate¹⁹³. Se, infatti, la mancata costituzione nel giudizio di riassunzione impedisce in via di fatto la riproposizione di domande ed eccezioni, al giudice *ad quem* dovrebbe essere per ciò solo inibito di conoscere, ai fini della decisione, quelle domande ed eccezioni proposte ritualmente nella precedente fase del giudizio dal convenuto in riassunzione rimasto contumace.

La stessa Corte di cassazione, tuttavia, in altra occasione, sempre al riguardo di un processo trasmigrato *ex art.50 c.p.c.* (in cui entrambe le parti avevano rinnovato la propria costituzione), ha affermato che il giudice adito in riassunzione deve pronunciarsi su tutte le domande già proposte dinanzi al giudice incompetente, e non sulle sole, diverse conclusioni formulate nell’atto di riassunzione, atteso che il processo, a seguito di *translatio*, mantiene una struttura unitaria: diversamente, il giudice incorrerebbe in una violazione dell’art.112 c.p.c.¹⁹⁴.

Il contrasto con la sentenza del 1992, tuttavia, in questo caso (ed a differenza di quanto osservato con riguardo alla sentenza n.5377 del 2002), è solo apparente. La stessa Corte di cassazione, infatti, nel prosieguo della sentenza, ha avuto occasione di chiarire che nel caso di specie doveva escludersi la rinuncia alle domande non riproposte nell’atto di riassunzione, atteso che siffatta rinuncia, la quale può provenire dal difensore *ad litem* e non richiede forme rigorose, necessita di un atteggiamento di adesione, ancorché implicito, della

¹⁹² Cass.15.04.2002, n.5377, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Procedimento civile*, n. 215.

¹⁹³ Cass.09.12.1992, n.13026, *Foro it.*, Rep.1992, voce *Procedimento civile*, n.124.

¹⁹⁴ Cass.12.01.1999, n.258, *Foro it.*, Rep.1999, voce *Sentenza civile*, n.21.

controparte, che nel caso di specie era mancato: il convenuto in riassunzione, pur sottolineando la “modifica” della domanda, aveva infatti insistito per il rigetto nel merito di “tutta la domanda” già proposta innanzi al giudice incompetente.

Da siffatta precisazione è possibile dedurre che, in via normale (quando cioè la controparte non si oppone alla modifica della domanda originaria) la proposizione solo di una parte delle domande nella comparsa riassuntiva comporta rinuncia (o abbandono) di quelle non riproposte.

Tanto chiarito, pare evidente che l'impossibile coesistenza dei due principi (quelli, per intenderci, enunciati nelle sentenze 5377/2002 e 13026/1992) impone una scelta. E la scelta è ancora una volta operata a favore della soluzione più rigida. Il che significa che il convenuto in riassunzione ha l'onere di costituirsi e di riproporre domande ed eccezioni, così come ha dovuto già fare chi ha diligentemente provveduto a riattivare il processo, e che se non lo fa *imputet sibi*: il giudice competente deciderà sulla scorta delle sole allegazioni dell'attore in riassunzione.

Diversamente, c'è uniformità di opinioni quando si tratta di stabilire l'ultrattività, o meno, nel giudizio dinanzi al giudice *ad quem*, della procura alla lite già conferita al difensore per la precedente fase del processo.

Richiamata l'unitarietà del processo articolatisi in più fasi, si è infatti sempre esclusa la necessità di una nuova procura alle liti sia ai fini della riassunzione del giudizio, che l'originario difensore è abilitato a promuovere sulla base dell'iniziale procura, sia ai fini della costituzione nel giudizio da altri riassunto¹⁹⁵.

Non solo. A dispetto della tassatività degli atti elencati nell'art.83, co.3, c.p.c. sui quali può essere apposta la procura alle liti, si è ritenuto che la procura per la nomina di un nuovo procuratore che affianchi o sostituisca quello già nominato può essere contenuta anche nell'atto di riassunzione, in calce o a

¹⁹⁵ Cass.12.05.1979, n.2745, *Foro it.*, Rep.1979, voce *Procedimento civile*, n.149; Cass.12.11.1981, n.6003, *id.*, Rep.1981, voce cit., n.234; Cass.16.04.1991, n.4045, cit., la quale, anziché richiamarsi in via tralatizia al principio della continuazione del processo *ex art.50 c.p.c.*, osserva che ai sensi dell'art.83, ultimo comma, c.p.c., la procura deve intendersi conferita soltanto per un determinato grado del processo, e che, in caso di trasmigrazione, il grado non muta.

marginale, atteso che l'art.83 c.p.c. si riferisce al mandato necessario all'instaurazione del rapporto processuale, e non osta, pertanto, al rilascio di un nuovo mandato con atti, quale quello di riassunzione, che intervengono nel corso del processo¹⁹⁶.

L'orientamento merita piena adesione, né appare contraddittorio affermare che la parte, mentre non deve conferire nuova procura al difensore già nominato per il giudizio svoltosi dinanzi al giudice incompetente, deve rinnovare la propria costituzione e riproporre (anche mediante una formula di stile, che esprima la volontà di riportarsi alle difese già svolte) domande ed eccezioni.

Il principio della continuazione del processo dopo la riassunzione *ex art.50 c.p.c.* postula non che tutti gli atti posti in essere nella prima fase conservino efficacia nella seconda, ma che per ogni atto sia necessario determinare se la situazione sopravvenuta ne imponga la rinnovazione¹⁹⁷.

Se così non fosse, d'altra parte, non si comprenderebbe la ragion d'essere delle oscillazioni della giurisprudenza, che, nel principio della continuazione, potrebbe rinvenire facile alleato per "liberarsi" di ogni questione afferente il processo trasmigrato, questioni che, come visto, pure continuano ad essere prospettate e sottoposte al suo esame.

Proprio al principio della continuazione ci si richiama per giustificare l'atteggiamento da assumere nei confronti delle preclusioni maturate nell'ambito della fase di giudizio svoltasi dinanzi al giudice incompetente.

Qui la giurisprudenza, che inizialmente negava la propagazione di ogni nullità (comprese le preclusioni) verificatasi dinanzi al giudice *a quo*¹⁹⁸, è ormai ferma nel ritenere che, per l'unicità del giudizio che si viene a creare per effetto della

¹⁹⁶ Cass.04.12.1981, n.6438, *Foro it.*, Rep.1981, voce *Procedimento civile*, n.46; Cass.20.08.1998, n.8247, *id.*, Rep.1998, voce *Competenza civile*, n.191;

¹⁹⁷ Così, efficacemente, SALETTI, *La riassunzione*, cit., 193.

¹⁹⁸ Cass.16.01.1956, n.3653, *Foro it.*, Rep.1956, voce *Competenza in materia civile*, n.479-481; Cass.28.03.1958, n.1071, *Giust. civ.*, 1958, I, 1541; Cass.05.10.1964, n.2521, *Foro it.*, Rep.1965, voce *Competenza e giurisdizione in materia civile*, n.463. Tutte queste sentenze muovono dal presupposto, facilmente sconfessabile, che con la dichiarazione di incompetenza il rapporto processuale cade nel nulla, cosicché tutti gli atti compiuti, ad eccezione di quello introduttivo, perdono ogni valore.

translatio, dinanzi al giudice *ad quem* operano le preclusioni che si sono verificate nel giudizio originario¹⁹⁹.

Diversamente opinando, rimarrebbe priva di logica la previsione del secondo comma dell'art.49 c.p.c., in forza della quale la Corte di cassazione, quando statuisce sulla competenza, “rimette, quando occorre, le parti in termini affinché provvedano alla loro difesa”²⁰⁰.

Ammessa la trasmigrazione delle preclusioni, le quali originano da, e sono dichiarate con, provvedimento del giudice, ragioni di coerenza (dettate dalla validità che in tal modo, anche se in via indiretta, si è attribuita ai provvedimenti emanati dal giudice incompetente) imporrebbero di affermare che anche le prove assunte dinanzi al giudice *a quo* mantengono efficacia, nel senso che il giudice competente dinanzi a cui il processo è stato riassunto può, su di esse, formare il proprio convincimento, senza necessità di rinnovare l'istruttoria.

Ma quello della efficacia da attribuirsi alle prove assunte dinanzi al giudice incompetente rappresenta l'argomento di tenuta di tutta la disciplina del processo trasmigrato, nonché il principale motivo di contrasto di parte della dottrina con la giurisprudenza, e, di conseguenza (ma sulla base di un diverso *iter* argomentativo) nell'ambito della stessa dottrina.

Su siffatto, particolare aspetto della disciplina in esame, non a caso, è possibile registrare la maggior parte degli interventi in dottrina, ed il maggior numero di sentenze repertorate.

Su di esso, pertanto, è necessario ora soffermarsi.

Orbene, nonostante la pronuncia da parte della Corte di cassazione di alcune sentenze per le quali le prove assunte dinanzi al giudice *a quo*, pur non perdendo efficacia, degradano al rango di indizi e presunzioni da cui il giudice *ad quem* può trarre elementi di convincimento²⁰¹, in giurisprudenza è stato

¹⁹⁹ Cass.09.10.1976, n.3363, *Foro it.*, Rep.1976, voce *Competenza civile*, n.142; Cass.08.02.1993, n.1549, *id.*, Rep.1993, voce *Cosa giudicata civile*, n.7; Cass.08.02.1999, n.1076, *id.*, Rep.1999, voce *Lavoro e previdenza (contr.)*, n.173; Cass. 09.11.2001, n.13924, *id.*, Rep.2001, voce *cit.*, n.110.

²⁰⁰ ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 149.

²⁰¹ Cass.24.03.1950, n.799, *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, I, 658; Cass. 06.03.1953, n.540, *Foro it.*, Rep.1953, voce *Prove in genere in materia civile*, n.59; Cass.02.05.1960, n.976, *id.*

enunciato un principio di diritto, fermo e ripetuto il più delle volte in via acritica, in forza del quale il giudice *ad quem* deve attribuire alle prove assunte dinanzi al giudice incompetente l'efficacia loro propria, e deve su di esse formare il proprio convincimento ai fini della decisione della causa²⁰². La dichiarazione di incompetenza da parte del giudice adito, infatti, non spiega di per sé effetti invalidanti sugli atti da lui e dinanzi a lui compiuti, e, perciò, nemmeno sugli atti istruttori dallo stesso disposti ed espletati, i quali potranno essere utilizzati nel processo che prosegue dinanzi al giudice *ad quem*.

In dottrina, al contrario, è possibile rinvenire una netta contrapposizione tra chi aderisce, e chi contrasta l'orientamento affermatosi in giurisprudenza.

Nessuno, in realtà, dubita che con una riassunzione tempestiva il processo prosegue, o continua, dinanzi al giudice competente. Ma non è questo il criterio in forza del quale è ammessa, o esclusa, l'efficacia delle prove assunte nella prima fase del giudizio. La contrapposizione, infatti, rinviene il suo fondamento nell'idea che si ha della competenza.

Rep.1960, voce cit., n.35, nonché, per esteso, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 325, la quale, dopo aver affermato che “le prove raccolte nelle forme e con le garanzie di legge davanti a un giudice incompetente conservano la loro efficacia dinanzi al giudice competente”, aggiunge: “ e se pure l'efficacia di tali prove è limitata al loro valore indiziario e presuntivo, ben può il giudice fondare la sua decisione su di esse, quando ritenga, nel suo prudente apprezzamento, che presunzioni e indizi siano di tale importanza da fornire elementi sufficienti a formare il proprio convincimento”; Cass.05.10.1964, n.2521, *id.*, 1965, I, 1, 1447; Cass.04.05.1977, n.1686, *Foro it.*, Rep.1977, voce *Procedimento civile*, n.9.

²⁰² Cass.27.07.1951, n.2179, *Foro it.*, Rep.1951, voce *Prova testimoniale*, n.114; Cass.19.10.1953, n.540, *id.*, Rep.1953, voce *Prove in genere in materia civile*, n.60; Cass.05.07.1962, n.1725, *id.*, Rep.1963, voce *Contratti agrari*, n.184; Cass.04.01.1968, n.16, *id.*, Rep.1968, voce *Prova testimoniale*, n.74; Cass.17.04.1970, n.1099, *id.*, Rep.1970, voce *Prova civile*, n.41; Cass.02.08.1975, n.2949, *id.*, 1976, I, 732; Cass.29.10.1986, n.6337, *id.*, Rep.1986, voce *Competenza civile*, n.177; Cass.28.04.1989, n.2037, *id.*, Rep.1989, voce *Competenza civile*, n.142; Cass.09.09.1993, n.9444, *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1352, la quale ha chiarito che “la *translatio iudicii*, disposta dalla legge sulla base della struttura unitaria del processo e del principio dell'unità della giurisdizione, comporta una valida costituzione dell'intero procedimento e dei relativi atti anche istruttori, e perciò, appunto, anche di quelli assunti innanzi al giudice incompetente, inizialmente adito”; Cass. 06.04.1994, n.7309, *Foro it.*, Rep.1994, voce *Competenza civile*, n.159; Cass.15.04.2002, n.5377, cit. Tra la giurisprudenza di merito vedi Trib. Firenze 23.05.1952, *Giur. it.*, 1954, I, 2, con nota adesiva di SELLA, *Sull'efficacia degli atti istruttori compiuti dinanzi a giudice incompetente*; App. Roma 05.08.1955, *Giust. civ.*, Rep.1955, voce *Prove indiziarie*, n.82; App. Messina 14.08.1956, *id.*, Rep.1956, voce cit., 101; Trib. Trani 18.01.1962, *id.*, Rep.1962, voce *Prova civile in genere*, n.129.

E così, chi considera la competenza quale requisito di validità di tutti gli atti del giudice, deve giocoforza ritenere che gli atti istruttori, siccome ammessi ed assunti in forza di un'ordinanza emanata dal giudice incompetente, con la dichiarazione di incompetenza perdono efficacia, analogamente a quanto accade ad ogni atto, anche se proveniente dalla parte, che rinviene la sua fonte (non nella domanda introduttiva, la cui validità non è scalfita dalla dichiarazione di incompetenza, ma) in un provvedimento del giudice.²⁰³

Chi, al contrario, afferma che la competenza è condizione di validità della sola decisione di merito, ritiene che il giudice incompetente, pur non potendo pronunciare la sentenza di merito, è senz'altro legittimato ad ammettere ed assumere prove, le quali, pertanto, se raccolte nelle forme e con le garanzie di legge, una volta che vi sia stata dichiarazione di incompetenza, non perdono efficacia²⁰⁴.

²⁰³ ATTARDI, *Sulla traslazione*, cit., 167 ss.; ANDRIOLI, *Commento*, I, cit., 175, il quale, dopo aver affermato che i provvedimenti e gli atti in genere compiuti avanti al giudice dichiarato incompetente sono caducati, rileva che è fatta salva la facoltà, attribuita al giudice (la Corte di cassazione, trattandosi di rilievo effettuato nel commento dell'art.49 c.p.c.) di indicare gli atti che possono essere utilizzati, *sub specie* di provvedimento necessario per la prosecuzione del processo. Già in *Progresso del diritto e stasi del processo, Scritti giuridici in onore di P. Calamandrei*, 1958, V, 415, tuttavia, lo stesso Autore inserisce, tra le disposizioni la cui finalità è di evitare la conclusione in rito dei processi, l'art.50 c.p.c., ed in particolare “la possibilità dell'art.50 riconosciuta di utilizzare gli atti di parte e i provvedimenti del giudice, posti in essere nella fase del processo svoltasi avanti il giudice incompetente, a condizione che la riassunzione avanti il giudice competente sia tempestivamente praticata”. Successivamente, ID., *Diritto processuale civile*, cit.,148, nel ribadire che, considerata la competenza presupposto di validità dei provvedimenti giudiziali, tutti i provvedimenti anteriori alla sentenza si caducano, non può fare a meno di ricordare l'orientamento della giurisprudenza, in virtù del quale le prove assunte dal giudice incompetente conservano la loro efficacia, orientamento del cui rigore intravede un temperamento in quelle sentenza che retrocedono l'efficacia di tali prove al grado di indizi; MASSARI, *Del regolamento*, cit., 620 ss.; SANTULLI-ACONE, *Competenza*, cit., 4, i quali, tuttavia, pur qualificando la competenza requisito di validità dei provvedimenti del giudice, non negano che preclusioni e decadenze conservino efficacia; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 269, per il quale, l'incompetenza, influenzando solo sui provvedimenti emanati dal giudice, impedisce a questi, se incompetente, di procedere all'istruzione e di emanare una valida sentenza di merito.

²⁰⁴ CAMBER, *Rapporti tra competenza e merito*, cit., 134, il quale, ricordato che le ordinanze non possono mai pregiudicare la decisione della causa, che è invece garantita dal principio di competenza, afferma che “non è condizionata da siffatto principio l'attività del giudice che non è decisoria e che ha la caratteristica di disponibilità, modificabilità, revocabilità, con la conseguenza che dalla validità del processo introdotto davanti al giudice incompetente discende la validità di tutti gli atti

L'unità del fronte favorevole alla conservazione di efficacia delle prove raccolte dal giudice incompetente è stato in un certo senso rotto da chi, pur concordando con la comune premessa della qualificazione della competenza come condizione di validità non di tutti i provvedimenti del giudice, bensì della sola trattazione e decisione nel merito della causa, ha osservato che nel concetto di trattazione deve ricomprendersi anche l'attività istruttoria, con la conseguenza che, ove difetti la competenza, il giudice non può istruire la causa, mentre l'attività istruttoria eventualmente compiuta viene caducata dalla dichiarazione di incompetenza²⁰⁵.

Una soluzione senz'altro originale del problema è stata invece prospettata da chi²⁰⁶, ritenuto (prima della l.353/90, e con riferimento alla sola competenza per valore e territorio derogabile) che la pendenza del processo sia di per sé attributiva di competenza al giudice adito, una competenza, tuttavia, risolutivamente condizionata alla proposizione tempestiva e rituale dell'eccezione di incompetenza da parte del convenuto, ha affermato la validità di tutti gli atti, delle parti e del giudice, anche istruttori, compiuti prima della eccezione o (per la competenza per valore) al rilievo di ufficio, una validità, questa, analoga a quella che si attribuisce agli atti compiuti dal giudice correttamente adito che, per circostanze sopravvenute, si è poi dichiarato incompetente.

ordinatori ed istruttori che concretano necessariamente e progressivamente il processo”; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 1, Milano, 1959, 186; GIONFRIDA, *Competenza in materia civile*, cit., 43; BONGIORNO, *Del regolamento*, cit., 49 ss., per il quale il mantenimento di efficacia degli atti ordinatori ed istruttori del giudice incompetente è una diretta conseguenza del rapporto di continuazione che si è voluto stabilire tra le due fasi: “a guardar bene, infatti, le attività svolte davanti a tale giudice altro non sono che una fase del più complesso procedimento tendente ad una decisione di merito emessa dalla competente autorità giudiziaria”; SEGRE, *Commentario al codice di procedura civile* diretto da Allorio, cit., I, 98, il quale rinviene una riprova della qualificazione della competenza quale condizione della sola decisione di merito nell'art. 50 c.p.c. “ove si legge che gli atti preparatori o istruttori rimangono efficaci qualora, dichiarata l'incompetenza del giudice, il processo venga tempestivamente riassunto davanti al giudice competente”; VACCARELLA, *Inattività*, cit., 125, ad avviso del quale la competenza è costruita dalla legge come condizione per la trattazione del merito, cosicché la dichiarazione di incompetenza, “lungi dal sancire la nullità del processo, incide solo sulla sentenza di merito, caducandola”.

²⁰⁵ SALETTI, *La riassunzione*, cit., 195, nt. 100.

²⁰⁶ ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 85 ss.

Con riferimento ai casi di incompetenza per materia e territorio inderogabile, invece, vigente la vecchia formulazione dell'art.38 c.p.c., “non verificandosi alcuna funzione integratrice dei criteri astratti da parte delle norme di competenza in senso dinamico”, il giudice, ove si dichiari incompetente, accerterebbe “la mancanza del dovere decisorio sul merito già all'atto della pendenza del processo” (l'incompetenza, in altri termini, sarebbe sempre incompetenza originaria), con conseguente invalidità degli atti diretti alla trattazione (compresi quelli istruttori) ed alla decisione di merito.

Modificato l'art.38 c.p.c., se è vero che la mitigazione del regime dell'eccezione di incompetenza, con la eliminazione dei criteri forti consentirebbe di generalizzare la soluzione adottata con riferimento alla competenza per valore e territorio derogabile, è anche vero che, dovendo essere l'eccezione di incompetenza proposta o rilevata d'ufficio entro l'udienza disciplinata dall'art.183 c.p.c., e quindi prima che cominci la fase istruttoria in senso stretto, non vi è mai spazio per prove ammesse e assunte prima che l'incompetenza del giudice adito sia stata eccepita o rilevata d'ufficio. Pertanto, anche nell'ipotesi in cui, proposta eccezione di incompetenza, il giudice, avvalendosi del potere attribuitogli dall'art.187 c.p.c., se ne riservi la decisione unitamente al merito, e proceda all'assunzione delle prove, queste sarebbero sempre travolte da una eventuale, successiva, dichiarazione di incompetenza²⁰⁷.

Anche su questo tema, aderire all'una o all'altra delle soluzioni proposte deve prescindere dalla circostanza che quella della efficacia delle prove assunte dal giudice incompetente costituisca ormai, a livello giurisprudenziale, diritto vivente.

Orbene, sembra a chi scrive che la competenza condizioni senz'altro la validità dei provvedimenti del giudice, ma dei soli provvedimenti decisori (*id est*, non ordinatori, ed in grado di produrre immediatamente, ancorché in via provvisoria, i propri effetti sulla realtà giuridica sostanziale).

Da ciò discende che, essendo le prove ammesse ed assunte con ordinanza, e perciò con un provvedimento che non incide sui diritti delle parti, né

²⁰⁷ Così BOCCAGNA, *In tema di giurisdizione e competenza sopravvenute (anche con riferimento all'arbitrato)*, *Foro it.*, 1997, I, 2884-2886

pregiudica la decisione della causa (che è invece sorretta dal principio di competenza), e che, d'altro canto, è sempre revocabile e modificabile, esse, se raccolte dinanzi ad un giudice poi dichiaratosi incompetente, avvenuta la trasmigrazione del processo, non saranno da considerare per ciò solo inefficaci, ma dovranno essere sottoposte, quanto meno in sede decisoria, a controllo da parte del giudice *ad quem*, che potrà pertanto se del caso, disporre la rinnovazione della istruttoria o di parte di essa²⁰⁸.

A favore della tendenziale efficacia delle prove assunte dinanzi al giudice incompetente milita non solo l'esigenza di economia dei tempi processuali (nella misura in cui si evita, per tale via, la ripetizione di prove assunte nella prima fase, di cui non si è contestata la rilevanza o l'ammissibilità²⁰⁹), ma anche il raffronto tra l'art.50, co.2, c.p.c. da un lato, ed art.310, co.2, c.p.c. dall'altro.

Se, infatti, dichiarata la incompetenza del giudice originariamente adito, il processo non è riassunto dinanzi al giudice competente, esso si estingue. Ma se il processo si estingue, in caso di riproposizione della domanda, alle prove ivi raccolte dovrà attribuirsi efficacia di argomento di prova. Se, al contrario, la riassunzione si verifica, e perciò il processo, trasmigrando, continua, le prove non solo dovranno conservare un qualche valore, ma dovranno anche avere un valore di grado superiore a quello attribuito alle prove assunte nel processo estinto, non essendo ragionevole ritenere che, nell'ipotesi fisiologica descritta dall'art.50 c.p.c., al materiale probatorio formatosi dinanzi al giudice incompetente sia riservato un trattamento peggiore rispetto a quello previsto

²⁰⁸ E' questa l'opinione di CAMBER, *Rapporti*, cit.,134. Nello stesso senso vedi anche SELLA, *Sull'efficacia degli atti istruttori compiuti dinanzi a giudice incompetente*, *Giur. it.*, 1954, I, 2, 173. Il discorso, sembra superfluo precisarlo, ha carattere generale, nel senso che esso vale per qualsiasi provvedimento non avente carattere decisorio (nel senso indicato nel testo) emesso dal giudice incompetente. Esso, pertanto, ben si coordina con la ultrattività delle preclusioni maturate dinanzi al giudice *a quo*, le quali potranno essere superate, per le stesse ragioni, dal giudice *ad quem*, mediante la revoca dell'ordinanza da cui traggono origine.

²⁰⁹ La soluzione accolta è anche in grado di garantire che la decisione sui provvedimenti istruttori sia sempre assunta dal giudice competente: se, infatti, la parte che aveva contestato dinanzi al giudice *a quo* ammissibilità e rilevanza delle prove assunte, ha premura di riproporre siffatta contestazione nel processo riassunto, il giudice *ad quem*, quale giudice della decisione, sarebbe obbligato, per ciò solo, a sottoporre a verifica l'ordinanza istruttoria.

nell'ipotesi patologica, e sanzionata dal legislatore, in cui, non realizzandosi la traslazione, il processo si estingue²¹⁰.

²¹⁰ Hanno utilizzato siffatto argomento esegetico, anche se in maniera più velata, SELLA, *Sull'efficacia*, cit., 173; D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 234; BONGIORNO, *Il regolamento di competenza*, cit., 51.

CAPITOLO QUARTO

L'APPLICABILITA' DELL'ART.50 C.P.C. AL DI FUORI DEL PROCESSO DI COGNIZIONE, ED OLTRE LA DISCIPLINA DELLA COMPETENZA.

1. Introduzione. 2. Art.50 c.p.c. e tutela cautelare. 3. Art.50 c.p.c., procedimento monitorio e procedimento per convalida. 4. Art.50 c.p.c. e tutela esecutiva. 5. Art.50 c.p.c. e questioni di giurisdizione. 5.1 Configurabilità della *translatio iudicij* tra giudice ordinario e giudice speciale... 5.1.1. *Translatio iudicij* tra giudice ordinario e giudice speciale, termine di prescrizione e termine di decadenza 5.2 ...tra giudice italiano e giudice straniero.... 5.3 ...tra giudice ordinario e arbitro rituale.

1. L'ultima tappa della nostra indagine sull'istituto della *translatio iudicij* si propone di verificare dapprima la esportabilità del meccanismo descritto dall'art.50 c.p.c. al di fuori del processo di cognizione, e perciò nella sede propria della tutela sommaria (cautelare e non cautelare) e della tutela esecutiva, e di seguito la compatibilità del meccanismo in parola sia con l'istituto della giurisdizione, ed in particolare con le sentenze dichiarative del difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice speciale, e del giudice italiano nei confronti di quello straniero, sia nei rapporti tra il giudice ordinario e gli arbitri rituali.

2. L'introduzione, ad opera della L.353/90, del cd. procedimento cautelare uniforme ci consente di incentrare sul sistema delineato dagli articoli 669 bis e ss. l'indagine diretta a verificare la compatibilità del meccanismo della trasmigrazione con la tutela cautelare.

Sebbene, infatti, l'art.50 c.p.c. si collochi all'interno del libro I, contenente le "disposizioni generali" del codice di rito, l'analisi di diritto positivo effettuata nelle pagine precedenti avvalorava l'assunto in virtù del quale "la disciplina degli art.38, 42 ss.e 50 è chiaramente ritagliata sulle esigenze del processo di cognizione ordinario nell'ambito di uno stesso grado di giudizio"²¹¹. Ogni tentativo di esportare il meccanismo della *translatio* al di fuori del processo di

²¹¹ VERDE, *Appunti sul nuovo regime dell'incompetenza (art.38 c.p.c.)*, Doc. giust., 1994, 711.

cognizione deve dunque superare il vaglio di compatibilità di quel meccanismo con le peculiarità proprie delle forme di tutela sommaria ed esecutiva.

Per quel che concerne la tutela cautelare, pertanto, lo scopo ed il metodo sopra dichiarati impongono di soffermare la nostra attenzione sulle norme che disciplinano la cd. competenza cautelare.

Orbene, gli articoli 669 *ter* e *quater* del codice di rito, pongono (salvo le eccezioni ivi contemplate) una relazione di corrispondenza tra la competenza a pronunciarsi sulle istanze cautelari e la competenza a giudicare nel merito, nel senso che se la emissione di misura cautelare è invocata *ante causam*, essa andrà richiesta al giudice competente a conoscere dell'instauranda causa di merito; se invece il giudizio di merito è già in corso, la misura cautelare deve essere richiesta al giudice dello stesso.

Senonché, può accadere che il giudice adito in sede cautelare, *ante causam* o in corso di causa²¹², si dichiari incompetente ad emettere la misura cautelare richiestagli.

Il provvedimento declinatorio della competenza cautelare ha ricevuto una disciplina espressa da parte del legislatore il quale, nella prima parte del comma primo dell'art.669 septies c.p.c., ha stabilito che l'ordinanza di incompetenza non preclude la riproposizione della domanda.

Sebbene, nei primi anni di applicazione della procedimento cautelare uniforme, qualche isolata pronuncia della Corte di cassazione abbia ritenuto ammissibile il regolamento di competenza contro l'ordinanza di rigetto per incompetenza²¹³, successivamente, ed anche in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art.669 terdecies nella parte in cui non prevedeva il reclamo contro il provvedimento di rigetto della misura cautelare²¹⁴, la Corte di cassazione ha ritenuto il provvedimento declinatorio della competenza suscettibile del solo

²¹² La possibilità per il giudice adito in corso di causa di dichiararsi incompetente sulla istanza cautelare sussiste nella misura in cui si esclude che il giudice del merito ha sempre competenza sull'istanza cautelare, per il solo fatto, cioè, di essere il giudice investito del merito: sul contrasto registratosi, al riguardo, in dottrina, vedi *infra*, testo e note.

²¹³ Cass.29.07.1994, n.7109, *Giur. it.*, 1995, I, 1, 554.

²¹⁴ Corte Costituzionale 23.06.1994, n.253, *Foro it.*, 1994, I, 2005, con nota di CAPPONI, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*, nonché *Giur. it.*, 1994, I, 1, 409, con nota di CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la "parità delle armi" ritrovata*.

reclamo. Ed invero, pur volendo trascurare la forma di ordinanza con cui è emanato il provvedimento declinatorio, certo è che la libera riproponibilità della domanda esclude l'attitudine del provvedimento medesimo a pregiudicare gli interessi sostanziali delle parti, e perciò la sua equiparazione, nel contenuto, ad una sentenza²¹⁵.

D'altra parte, la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto di dover rigettare il dubbio di costituzionalità, pure prospettato, riguardante proprio il provvedimento di rigetto per incompetenza e la sua mancata assoggettabilità a reclamo, affermando che una lettura conforme a Costituzione dell'art.669

²¹⁵ Cass.25.10.1994, n.822, *Foro it.*, 1995, I, 158; Cass.14.02.1995, n.1598, *id.*, Rep.1995, voce *Competenza civile*, n.166; Cass.26.01.1996, n.588, *id.*, Rep.1996, voce *Procedimenti cautelari*, n.56; Cass. 09.09.1996, n. 8178, *id.*, Rep. 1996, voce cit., n.91; Cass.17.06.1999, n.6009, *id.*, Rep. 1999, voce cit., n.75. Il regolamento di competenza è stato dichiarato inammissibile anche contro le decisioni rese in sede di reclamo, sia che investano solo le questioni di competenza cautelare del primo giudice, sia che, affermata la competenza di questi, decidano anche il merito cautelare: leggi, in proposito, Cass.11.12.1995, n.12641, *id.*, Rep. 1995, voce cit., n.137, la quale ha affermato l'impossibilità di equiparare la ordinanza emessa dal collegio in sede di reclamo ad una sentenza di incompetenza "posto che sostituendosi all'atto reclamato, assume identica natura e funzione e non preclude alla parte la riproposizione della domanda cautelare". Anche la dottrina prevalente, dopo l'entrata in vigore della L.353/90, si è espressa contro il regolamento di competenza in sede cautelare: PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXIV, 20; TOMMASEO, *Commento agli art.73-77 L.353/90*, *Corr. giur.*, 1991, 98; CECHELLA (VACCARELA, CAPPONI), *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 365; SALVANESCHI, *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1992, 327; CONSOLO (LUISO, SASSANI), *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 480; ARIETA (MONTESANO), *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, 135 ss.

In senso favorevole all'ammissibilità del regolamento di competenza anche in questo ambito si sono tuttavia pronunciati ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 240 ss.; TARZIA, *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993, 384; MONTELEONE, *Spigolature e dubbi sulla L.353/90*, *Riv. dir. proc.*, 1992, 40; GHIRGA, *Il controllo sulla competenza in materia cautelare*, *Riv. dir. proc.*, 1995, 922. Per VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, *Foro it.*, 1992, V, 434, l'argomento fondato sulla riproponibilità della domanda prova troppo, atteso che anche la sentenza di incompetenza resa nel processo di cognizione, se il giudizio non è riassunto, non preclude la riproposizione della domanda dinanzi allo stesso giudice.

Ammettono, invece, il solo regolamento di ufficio per risolvere i conflitti negativi reali di competenza ARIETA, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, *Giur. cost.*, 1994, 2053; H. MASSARI, *Note sull'esperibilità del regolamento di competenza di ufficio nel procedimento cautelare*, *Riv. dir. proc.*, 1992, 1223.

Ha infine anticipato la soluzione poi accolta dalla Cassazione (vedi *infra*, nota 214), nel senso di ammettere il regolamento ad istanza di parte per denunciare i conflitti negativi reali, OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, *Riv. dir. proc.*, 1991, 709.

terdecies doveva condurre a ritenere il reclamo esteso ad ogni provvedimento di diniego della tutela cautelare, anche se reso per ragioni di competenza²¹⁶.

Questo significa che, non concessa la misura cautelare per incompetenza del giudice richiestone, da un lato la domanda sarà liberamente riproponibile, senza onere per la parte di aggiungere alcunché alla prima istanza cautelare, ed anzi, con possibilità di rivolgersi allo stesso giudice della prima declinatoria, e dall'altro il provvedimento di rigetto per incompetenza sarà suscettibile di reclamo.

La riproponibilità, senza limiti di sorta, della domanda cautelare, associata al mancato assoggettamento del provvedimento declinatorio al regolamento di competenza, consente di affermare che il legislatore non ha inteso introdurre alcuna deroga al principio kompetenz-kompetenz in sede cautelare: ciascun giudice sarà libero di valutare la propria competenza cautelare senza possibilità di essere assoggettato al vincolo derivante da decisioni da altri rese, si tratti di decisione resa da un giudice precedentemente adito e dichiaratosi incompetente, dal collegio adito in sede di reclamo (al quale sarà solo demandato il compito di confermare od annullare il provvedimento di rigetto per incompetenza, provvedendo, in tale ultima ipotesi, giammai ad indicare il giudice competente dinanzi a cui rinviare il giudizio cautelare, ma ad esaminare la fondatezza della domanda), o dalla Corte di cassazione (alla quale, invero, nel sistema sopra delineato, risulta di fatto preclusa la possibilità di conoscere della questione di competenza cautelare)²¹⁷.

²¹⁶ Corte Cost. 26.05.1995, n.197, *Foro it.*, 1996, I, 51 ss., con nota di GRASSO, *Procedimento cautelare uniforme e regolamento di competenza*; nonché in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 369, con nota di CONSOLO, *Rigetto per incompetenza, reclamo cautelare (e l'ombra del regolamento di competenza)*; *Corr. giur.*, 1995, 810, con nota di CAPPONI, *La Corte Costituzionale chiude il cerchio del "doppio grado" in materia cautelare*; *Riv. dir. proc.*, 1995, 922 ss., con commento di GHIRGA, *Il controllo sulla competenza*, cit..

²¹⁷ La Corte di cassazione, tuttavia, con sentenza 12 giugno 1997, n.5264, *Giur. it.*, 1998, 12, con nota critica di CONSOLO, *Processo cautelare e regolamento di competenza fra art.42 ed art.45 c.p.c. (ossia "in seconda battuta")*, nonché in *Corr. giur.*, 1998, 575, con nota di GUARNIERI, *Sulla impugnabilità con regolamento del "secondo" rigetto per incompetenza*, ha "riammesso" il regolamento di competenza in ambito cautelare nell'ipotesi in cui, dichiaratosi incompetente il primo giudice, quello indicato come competente e successivamente adito declini, a sua volta, la propria competenza. Ed è chiaro che, adita la Corte di cassazione con regolamento necessario di competenza, la decisione che questa emetterà sarà vincolante nei confronti del giudice che sarà dichiarato fornito di competenza cautelare, il quale, investito della domanda cautelare, non potrà

Orbene, la inadattabilità del vincolo conseguente alla *translatio* alla “filosofia” del procedimento cautelare depone nel senso della incompatibilità del meccanismo della trasmigrazione con le forme di tutela in esame.²¹⁸

Ammettendosi la *translatio iudicii* in sede di tutela sommaria cautelare, peraltro, pur potendosi continuare ad individuare, nel solo reclamo, il mezzo per impugnare il provvedimento di rigetto per incompetenza (ma la decisione resa dal giudice del reclamo dovrebbe poi essere in grado di determinare la *translatio* del processo cautelare dinanzi al giudice dichiarato competente a provvedere sull'istanza), stante la natura inderogabile della competenza cautelare (art.28 c.p.c.), e fino a che sopravvive il regolamento di competenza di ufficio, si

più declinare la propria competenza. Nello stesso senso si è pronunciata, da ultimo, Cass.05.12.2003, n.18680, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Competenza civile*, nn.164 e 175, che ha ritenuto non ipotizzabile la mancata previsione nell'ordinamento di uno strumento processuale attraverso il quale dirimere una situazione in cui non vi sia, di fatto, un giudice obbligato a conoscere della domanda cautelare.

²¹⁸ Sono di questa idea OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, cit., 708 ss.; SALVANESCHI, *Commento all'art.669 septies, Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1992, 328, la quale sottolinea la specialità dell'art.669 septies rispetto alla disciplina generale in materia di competenza; ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale, Foro it.*, 1993, V, 74; GRASSO, *Procedimento cautelare uniforme*, cit., 54; VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi, Giust. civ.*, 1995, II, 522, nt.34, il quale osserva che “il termine riproposizione è troppo univoco nell'alludere alla proposizione di un nuovo ricorso, e quindi ad una attività ben diversa da quella consistente, tramite la riassunzione, nel far continuare davanti al giudice *ad quem* il procedimento iniziato con il precedente ricorso”; ACONE, *Codice di procedura civile commentato* a cura di Verde - Vaccarella, cit., 510; CONSOLO, *Processo cautelare e regolamento di competenza fra art.42 ed art.45 c.p.c. (ossia “in seconda battuta”)*, *Giur. it.*, 1998, 13; BESSO, *Regolamento di competenza e reclamo contro il provvedimento di istruzione preventiva, Giur. it.*, 1999, 693 ss. secondo cui la *translatio iudicii* in sede cautelare, ove ammessa, dovrebbe avvenire in tempi molto più brevi di quelli indicati dall'art.50 c.p.c., tempi che sembra impossibile configurare a livello interpretativo.

A favore della *translatio* anche del processo cautelare si sono invece espressi SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari, Riv. dir. proc.*, 1991, 373; ID., *I controlli sulle misure cautelari*, Scritti in onore di E. Fazzalari, Milano, 1993, III,636; GHIRGA, *Il controllo sulla competenza*, cit., 950 ss., per la quale la possibilità di riproporre la domanda di cui fa parola l'art.669 septies sarebbe in realtà subordinata alla mancata riassunzione della causa nel termine fissato dall'ordinanza di incompetenza non impugnata, ovvero in quello fissato dal giudice del reclamo.

E' da rilevare, infine, che la proposta della Commissione per la revisione del codice di procedura civile presieduta da Tarzia, prevedeva, al punto 41 dell'articolato (*Riv. dir. proc.*, 1996, 963) che la competenza del giudice, fissata con l'ordinanza di incompetenza o col provvedimento sul reclamo che la conferma, divenisse incontestabile se la domanda fosse stata riproposta (non il processo riassunto) dinanzi al giudice indicato come competente entro un termine perentorio da stabilirsi.

sarebbe costretti, per ragioni di coerenza, ad attribuire al giudice dinanzi a cui la domanda cautelare è riassunta lo strumento di cui all'art.45 c.p.c. per contestare la indicazione di competenza operata in suo favore dal giudice *a quo*, e contenuta nell'ordinanza declinatoria. Tutto ciò aprirebbe giustamente la strada ad obiezioni già in passato formulate, volte ad evidenziare la inconciliabilità dello strumento del regolamento (ad istanza di parte o di ufficio) con le esigenze di immediatezza della tutela che sottende la richiesta di un provvedimento cautelare.

Certo è, ad ogni modo, che quando la Corte di cassazione, con sentenza 12 giugno 1997, n.5264²¹⁹, ha “riammesso” il regolamento di competenza nell'ipotesi di doppia declinatoria di competenza, essa ha anche implicitamente confermato l'inesistenza, in ambito cautelare, della *translatio iudicii*, atteso che è proprio tramite la *translatio iudicii* che si evita l'insorgenza di conflitti negativi reali di competenza, di cui la Suprema Corte, invece, riconosce la verificabilità in sede cautelare, ed ai quali pone rimedio (giammai ammettendo la *translatio*, ma) con il regolamento di competenza “in seconda battuta”²²⁰.

Discorso diverso è, invece, quello afferente la sorte del provvedimento cautelare emanato dal giudice di merito incompetente.

Il problema, invero, non sorge se si aderisce a quell'opinione secondo la quale il giudice del merito richiesto della misura cautelare deve comunque verificare la propria competenza sulla causa di merito prima di pronunciarsi sull'istanza cautelare²²¹; muovendosi in questa direzione, infatti, non vi sarà mai scissione tra competenza ad emanare la misura cautelare e competenza sul merito della causa: il giudice, o si ritiene competente per la cautela perché competente

²¹⁹ Cit.

²²⁰ L'espressione è di Consolo, *op. ult. cit.*

²²¹ Così LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 1997, 155 ss.; CAPPONI, *Note in tema di rapporti tra competenza e merito*, Torino, 1997, 213 ss.; ATTARDI, *Le nuove disposizioni del processo civile*, cit., 252; FERRONI, *La competenza nei procedimenti cautelari*, *Giust. civ.*, 1994, II, 473 ss.; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari*, cit., 716; TOMMASEO, *Commento*, cit., 102. Il legislatore, d'altra parte, quando ha scritto l'art.669 *septies* c.p.c. ha mostrato di figurarsi una ordinanza di rigetto per incompetenza emanata in corso di causa, se è vero, come è vero, che ha avvertito la necessità di specificare e disporre che “se l'ordinanza di incompetenza...è pronunciata prima dell'inizio della causa di merito, con essa il giudice provvede definitivamente sulle spese del procedimento cautelare”.

anche per la cognizione, ed allora nemmeno si creeranno i presupposti per una riassunzione *ex art.50 c.p.c.* a seguito della quale interrogarsi sulla efficacia della misura cautelare emanata dal giudice incompetente; oppure, dubitando della propria competenza a conoscere il merito della causa, emanerà un provvedimento di rigetto dell'istanza cautelare per incompetenza, ed allora, ove pure il processo dovesse trasmigrare dinanzi ad altro giudice, non vi sarà una misura cautelare emanata da un giudice incompetente.

Se, al contrario, si aderisce a quell'orientamento che legittima il giudice di merito ad emanare la misura cautelare richiesta per il solo fatto di essere investito del merito, ed indipendentemente, perciò, dalla sussistenza, in capo allo stesso, della competenza a decidere il merito²²², allora può ben accadere che, emanata la misura cautelare, il giudice giunga poi a declinare la propria competenza a trattare e decidere il merito della controversia, cosicché, riassunto il giudizio di merito dinanzi al giudice *ad quem*, si renderà necessario verificare l'efficacia della misura cautelare resa dal giudice *a quo*.

Orbene, in questo caso, sembra potersi affermare che, in applicazione del criterio individuato *supra*, allorquando si è trattato di valutare la efficacia nel processo traslato dei provvedimenti resi dal giudice incompetente²²³, essendo la misura cautelare un provvedimento capace di incidere, ancorché in via

²²² In questo senso MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 2003, IV, 208; IANNICELLI, *Domanda cautelare in corso di causa ed incompetenza del giudice di merito*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 745 ss.; CONSOLO (LUISO-SASSANI), *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 591 ss.; ID., *Processo cautelare e regolamento di competenza*, cit., 13, per il quale “nell’ambito dell’attualizzata pendenza della lite di merito, le questioni autonome sulla competenza cautelare non hanno più ragione di porsi, in quanto la competenza cautelare lite pendente deve essere collegata...semplicemente alla proposizione della domanda cautelare al giudice attualmente investito del merito”; MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 1998, 387 ss.; VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, cit., 434; MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, *Dig. Civ.*, Torino, 1996, XIV, 393 ss.; ANDOLINA, *Profili*, cit., 71; FRUS, *Le riforme del processo civile* a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, 630. A questo orientamento ha aderito Cass. 09.04.1999, n.3473, *Foro it.*, 1999, I, 3570, con osservazioni di GAMBINERI, che testualmente afferma “essendosi trattato di provvedimento in corso di causa...la competenza, in questo caso, a differenza di quanto avviene per il provvedimento *ante causam*, viene determinata sulla base della pendenza in quanto tale”.

²²³ Vedi *retro*, cap. III, par. 7.

provvisoria, sulla realtà giuridica sostanziale, essa, se non sorretta dalla competenza del giudice che l'ha emanata, perde senz'altro efficacia²²⁴.

Il che appare tanto più ragionevole ove si consideri che, assunta la competenza a rendere la misura cautelare sussistente per il solo fatto di essere stato il giudice investito del merito (questa essendo l'unica prospettiva in cui il problema viene in rilievo), il soggetto contro cui è stata richiesta la pronuncia di un provvedimento cautelare in corso di causa non potrà mai spendere l'eccezione di incompetenza per impedire l'emanazione della misura cautelare; potere, questo, che gli è invece senza dubbio riconosciuto in caso di domanda cautelare proposta *ante causam* (non avendo altrimenti senso la previsione dell'art.669 *septies*, che disciplina il regime dell'ordinanza di rigetto per incompetenza).

Ed allora, se da un lato si vuole garantire a colui che accede alla tutela cautelare una risposta immediata da parte dell'ordinamento, mettendolo al riparo dalle lungaggini che anche la risoluzione di una questione di competenza (magari sollevata "ad arte") può comportare, dall'altro si deve assicurare a chi subisce un pregiudizio sostanziale dall'emanazione della misura cautelare di poter confidare nel rispetto del principio di competenza (art.25 Cost.), la cui

²²⁴ Hanno ritenuto che la misura cautelare emanata dal giudice incompetente perde efficacia LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 156; CECCHELLA, *Il processo civile dopo le riforme* (a cura di Vaccarella - Capponi - Cecchella), Torino, 1992, 355; CAPPONI, *Note in tema di rapporti*, cit., 217; GAMBINERI, Osservazioni a Pret. Torre Annunziata, 25.05.1995 (ord.), *Foro it.*, 1997, I, 1299. Tra la giurisprudenza di merito leggi Trib. Pistoia, 20.04.1994, *Foro it.*, 1994, I, 3215; Pret. Monza, 11.01.1997, *Giur. it.*, 1997, I, 2, 6803. Affermano invece l'efficacia della misura cautelare nel processo riassunto in seguito alla dichiarazione di incompetenza, atteso che con la riassunzione il giudizio non si chiude, ma prosegue dinanzi ad altro giudice, cosicché la declinatoria di incompetenza non può essere equiparata *in toto* ad un rigetto in rito della domanda (che invece, in applicazione analogica dell'art.669 *novies*, provoca l'inefficacia della misura cautelare), VERDE-CAPPONI, *op. ult. cit.*; MONTESANO-ARIETA, *op. ult. cit.*; SASSANI (CONSOLO-LUISO), *Commentario*, cit., 664; RAPISARDA SASSOON, *Le riforme della giustizia civile* a cura di Taruffo, Torino, 1993, 508; AULETTA, *Codice di procedura civile commentato* a cura di Verde e Vaccarella, cit., IV, 294 ss.; ANDOLINA, *Il processo cautelare*, in *Le recenti riforme del processo civile; valutazioni e prospettive*, Atti del XIX Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, Milano, 1994, 143; IANNICELLI, *Domanda cautelare*, cit., 764, per il quale, ove si ammetta che il giudice del processo a cognizione piena è di per sé legittimato a decidere sulla tutela provvisoria e urgente richiesta pendente lite, la misura cautelare risulterà comunque emessa da un organo che era competente per tale autonomo procedimento: la fattispecie in esame, pertanto, non può essere ricondotta alla tematica della sopravvivenza dei provvedimenti emanati dal giudice incompetente.

violazione, se non sindacabile *ex ante*, quando accertata *ex post* deve comportare la caducazione immediata del provvedimento che lo pregiudica.

L'esigenza di contemperare gli opposti interessi in gioco diventa ancora più pressante, e si pone a conforto della soluzione da noi prescelta, alla luce della disciplina prevista dagli articoli 23 e 24 del d. lgs. 5/03 di riforma del processo societario, e delle modifiche all'art.669 *octies* introdotte dalla L.80/2005 (ad oggi non ancora entrata in vigore)²²⁵.

La espressa previsione della “sopravvivenza” dei provvedimenti di urgenza e degli altri provvedimenti anticipatori sia alla mancata instaurazione del giudizio di merito, sia, ove questo sia stato instaurato, alla sua estinzione, comporta che il provvedimento cautelare anticipatorio emanato dal giudice della causa di merito, se ritenuto efficace anche a seguito della sentenza declinatoria della competenza, sarebbe potenzialmente in grado di regolare tra le parti in via definitiva i contrapposti interessi malgrado l'incompetenza del giudice che l'ha emessa (incompetenza che, si ricordi, la controparte non ha potuto eccepire per impedire l'emanazione dell'ordinanza cautelare): ed infatti, l'estinzione del processo determinata dalla mancata riassunzione della causa dinanzi al giudice *ad quem* non inciderebbe sulla efficacia della misura cautelare anticipatoria.²²⁶

²²⁵ Proprio all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo di riforma del processo societario, si è registrata una contrapposizione tra chi, in caso di pronuncia di incompetenza del giudice di merito, ha ritenuto che nel giudizio proseguito la misura cautelare conserva efficacia (MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, *Corr. giur.*, 2004, 1249; FABIANI, *Il rito cautelare societario: contraddizioni e dubbi irrisolti*, www.judicium.it, par.2.2; OLIVIERI, *La tutela cautelare ante causam e in corso di causa nella riforma del processo societario*, www.judicium.it, par.5; FRUS, *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 698 ss.), e chi al contrario ha ritenuto che essa venga comunque travolta dalla sentenza di incompetenza, trattandosi di un vizio attinente anche alla fase cautelare (SASSANI - TISCINI, *Il nuovo processo societario*, *Giust. civ.*, 2003, II, 63; RUBINO, *La riforma del diritto societario. I procedimenti (d. lgs. 17.01.2003, n.5)*, Milano, 2003, 266; BUONCRISTIANI, *Tutela cautelare ante causam nel nuovo rito societario. Assenza di strumentalità necessaria*, www.judicium.it, par.8; CAPONI, *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1375). Gli Autori da ultimo citati, in particolare, hanno distinto a seconda che la chiusura in rito del processo derivi da un vizio proprio del giudizio di merito, ovvero da un vizio (di un presupposto processuale) estensibile anche al provvedimento cautelare, ritenendo che nel secondo, e non anche nel primo caso, la misura cautelare perda efficacia.

²²⁶ Diversamente, la efficacia *post* sentenza di incompetenza attribuita alla misura cautelare conservativa sarebbe risolutivamente condizionata alla mancata riassunzione del processo.

Questo accentuerebbe il rischio di un *judicial shopping* atteso che, con la “garanzia” della ultraefficacia della misura cautelare anticipatoria, svanisce (o quasi) ogni interesse a coltivare il processo dinanzi al giudice *ad quem* in chi ha proposto la domanda di merito al giudice incompetente, ma più “disponibile” a rendere il provvedimento sommario²²⁷.

In questo (mutato) contesto legislativo, per le motivazioni giuridiche e di paritario trattamento delle parti sopra esposte, risulta viepiù preferibile opinare per la perdita di efficacia delle misure cautelari, conservative ed anticipatorie, emanate dal giudice investito del merito che si dichiara incompetente, indipendentemente dalla circostanza che il processo sia o meno riassunto.

In questo modo, l’eccezione di incompetenza non sarà utilizzabile per procrastinare l’emanazione del provvedimento cautelare, ma l’attore che invoca la tutela, anche sommaria, sarà ben attento ad instaurare il giudizio di merito dinanzi al giudice realmente competente.

3. L’art.640 c.p.c. è sufficientemente chiaro nello stabilire che il difetto di un requisito generale (tra cui la competenza del giudice) o speciale di ammissibilità del ricorso per decreto ingiuntivo ne determina il rigetto con decreto (“...se la domanda non è accoglibile il giudice la rigetta con decreto motivato”), provvedimento, questo, che non pregiudica la riproponibilità della domanda, anche in via ordinaria.

Il decreto di rigetto per incompetenza, proprio perché privo di stabilità e non in grado di pregiudicare i diritti delle parti (le quali potranno sempre riproporre

²²⁷ Su tali rilievi vedi, in particolare, BUONCRISTIANI, *op. ult. cit., ibidem*, nonché CAPONI, *op. ult. cit., ibidem*, cui replica OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, www.judicium.it, par.4, osservando che “in caso di mancata o intempestiva riassunzione l’estinzione del processo produce l’inefficacia della sentenza dichiarativa di incompetenza (art.310, co.2, c.p.c.), sicché non vi è alcuna pronuncia in grado di inficiare i provvedimenti già emessi, soggetti pertanto alla disciplina prevista (per i provvedimenti cautelari ex art.700 c.p.c. ed assimilati) dall’art.669 *octies*, co.7, c.p.c.

la domanda),²²⁸ non è impugnabile con regolamento di competenza, né legittima una *translatio iudicii*²²⁹, l'incompetenza del giudice adito configurandosi come un requisito di validità della domanda monitoria.

Può tuttavia accadere che il giudice della fase sommaria non rilevi o non possa rilevare (trattandosi della violazione di un criterio territoriale derogabile²³⁰) la sua incompetenza, e che perciò emani il decreto ingiuntivo richiestogli. La parte ingiunta, che intende far valere il difetto del requisito legittimante la pronuncia del provvedimento monitorio, dovrà necessariamente proporre opposizione, e lo dovrà fare dinanzi allo stesso ufficio giudiziario cui appartiene il giudice che ha reso il decreto, sebbene sia proprio la competenza di questo ufficio che si intende contestare²³¹.

²²⁸ Nel senso della non decisorietà del decreto di rigetto leggi Cass.25.02.1981, n.1148, *Foro it.*, Rep. 1981, voce *Ingiunzione (proc.)*, n.19; Cass. 14.12.1982, n.6902, *id.*, Rep. 1982, voce cit., n.16; Cass.05.01.1983, n.32, *id.*, Rep. 1983, voce cit., n.11; Cass.09.12.1993, n.12138, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n.27, le quali hanno tutte escluso l'esperibilità avverso detto provvedimento del ricorso straordinario in Cassazione.

²²⁹ Afferma espressamente l'incompatibilità della *translatio iudicii* con la fase monitoria "perché l'atto di riassunzione ex art.125, ult. co., d.a. c.p.c. implica necessariamente una notificazione alla controparte, che è all'evidenza incompatibile con la struttura *inaudita altera parte* del procedimento monitorio", RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 188-190.

²³⁰ Cass.06.02.1969, n.400, *Giur. it.*, 1969, I, 1, 1348; nonché, più di recente, Cass.24.12.1994, n.11152, *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Competenza civile*, n.107; e Cass.27.05.1999, n.5161, *id.*, Rep. 1999, voce cit., n.207. In dottrina vedi MINOTTO, *Sugli effetti dell'incompetenza del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo*, *Riv. dir. proc.*, 1997, 616; TOMEI, *La competenza per territorio nel procedimento di ingiunzione*, *Studi in onore di V. Denti*, III, Padova, 1994, 527; RONCO, *Struttura e disciplina*, cit., 185 ss. Si ricorda, peraltro, che la Corte Costituzionale, con ordinanza del 25.06.1996, n.218, *Foro it.*, 1997, I, 1020, con nota di ROMBOLI, *Competenza territoriale e precostituzione del giudice: una giurisprudenza consolidata...per distrazione (della Corte)?*, ha ritenuto manifestamente infondata, per non essere il parametro costituzionale invocato pertinente alla fattispecie posta in discussione, la questione di legittimità costituzionale degli art.38, co.2, e 637, co.1, c.p.c. nella parte in cui escludono la rilevabilità di ufficio dell'incompetenza territoriale del giudice adito con ricorso monitorio. Di recente, la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n.410 del 03.11.2005 (www.cortecostituzionale.it), tornata a pronunciarsi sulla medesima questione, ha emanato sentenza interpretativa di rigetto, ritenendo possibile una interpretazione dell'art.637 c.p.c. rispettosa dei principi costituzionali, e in particolare dell'art.24 Cost.. Nella motivazione della precitata sentenza la Corte Costituzionale ha in sostanza affermato che il giudice adito con ricorso per decreto ingiuntivo è legittimato, nella fase che si svolge *inaudita altera parte*, a rilevare la propria incompetenza territoriale semplice (analogamente a quanto è legittimato a fare il giudice italiano carente di giurisdizione in caso di contumacia del convenuto).

²³¹ SCIACCHITANO, *Ingiunzione (procedimento di)*, *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 523.

Se poi il giudice dell'opposizione, rilevando *ex officio* o accogliendo l'eccezione formulata dall'opponente, dichiara l'incompetenza del giudice che ha emesso il decreto, e, per derivazione, stante la relazione posta dall'art.637 c.p.c., la sua incompetenza a trattare e decidere il merito della controversia (la cui cognizione gli è devoluta per il tramite dell'opposizione), egli dovrà senz'altro dichiarare la nullità del decreto ingiuntivo, perché emesso in assenza di un requisito generale di ammissibilità del ricorso²³².

Quanto, poi, alla sorte del giudizio di opposizione, se, allineandosi alla giurisprudenza pressoché maggioritaria, si scinde l'oggetto del giudizio di opposizione in due parti, l'una relativa all'impugnazione del provvedimento monitorio, e l'altra relativa all'accertamento della pretesa sostanziale provvisoriamente consacrata nel decreto ingiuntivo, allora potrà ben dirsi che il giudice dell'opposizione, dichiarata la nullità del decreto ingiuntivo opposto, e rilevata la sua incompetenza sul merito della controversia (che sussiste per le stesse ragioni per cui il giudice era incompetente ad emanare il decreto), metterà in moto il meccanismo descritto dall'art.50 c.p.c., senza che la trasmigrazione del processo dinanzi al giudice effettivamente competente comporti una violazione della competenza funzionale, la dichiarazione di nullità del provvedimento costituendo pur sempre esercizio, e non diniego, della competenza funzionale; ciò che trasmigra, allora, non è la fase impugnatoria del provvedimento sommario, ma solo la causa - autonoma ed indipendente - di merito instaurata con la domanda proposta dal creditore con il ricorso *ex art.633 ss.*, rispetto al quale l'applicazione dell'art.50 c.p.c. è imposta dalla legge²³³.

²³² Cass.11.08.1997, n.7475, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Ingiunzione (proc.)*, n.69; Cass. 17.03.1998, n.2843, *id.*, Rep. 1998, voce cit., n.71; Cass.16.03.1999, n.2352, *id.*, Rep. 1999, voce cit., n.2352; Cass. 23.01.1999, n.656, *id.*, *ibidem*, n.134, la quale, da ultimo, ha ribadito che la pronuncia di invalidità del decreto ingiuntivo costituisce "conseguenza necessaria ed inscindibile della pronuncia di incompetenza del giudice che lo ha emesso".

²³³ Cass.27.02.1952, n.528, *Foro it.*, Rep.1952, voce *Ingiunzione (proc.)*, n.117; Cass. 25.01.1956, n.211, *id.*, Rep.1956, voce cit., n.197; Cass.20.05.1958, n.1674, *id.*, Rep.1958, voce cit., n.43; Cass.16.02.1959, n.466, *id.*, Rep. 1959, voce cit., n. 98; Cass.16.01.1969, n.88, *Giur. it.*, 1969, I, 1, 663; Cass.19.01.1979, n.408, *Foro it.*, Rep.1979, voce *Ingiunzione (proc.)*, n.33; Cass.28.04.1989, n.2000, *id.*, Rep.1989, voce cit., n.16; Cass.09.06.1990, n.5623, *id.*, 1996, I, 2086; Cass.14.05.1991, n.5399, *id.*,

Se, diversamente, si ritiene che la natura funzionale ed inderogabile della competenza stabilita dall'art.645 c.p.c. attenga al giudizio di opposizione in quanto tale, e perciò anche alla legittimazione a conoscere e decidere sulla pretesa sostanziale azionata per il tramite del ricorso monitorio, allora dichiarata l'incompetenza del giudice che ha pronunciato il provvedimento monitorio, e, per derivazione, del giudice dell'opposizione, il decreto ingiuntivo sarà ugualmente annullato, ma non vi sarà spazio per applicare l'art. 50 c.p.c.²³⁴.

Rep.1991, voce cit., n.32; Cass.25.09.1991, n.10007, *id.*, *ibid.*, n.34; Cass.27.04.1994, n.335, *id.*, Rep.1994, voce cit., n.39; Cass.19.08.1994, n.7438, *id.*, 1995, I, 1243; Cass.11.10.1995, n.10586, *id.*, Rep.1995, voce cit., n.39; Cass.01.12.1995, n.12423, *ibid.*, n.41; Cass.12.02.1998, n.1485, *id.*, Rep.1998, voce *Competenza civile*, n.262; Cass.16.03.1999, n.2352, cit. (le ultime quattro sentenze, peraltro, dichiarano l'inammissibilità del regolamento di competenza di ufficio chiesto dal giudice della riassunzione atteso che, non essendo stata declinata da parte del giudice *a quo* la competenza funzionale a conoscere dell'opposizione, ma solo la competenza territoriale a conoscere della causa di merito, non si verteva in ipotesi di conflitto negativo virtuale di competenza per materia e per territorio inderogabile). Tra la giurisprudenza di merito vedi Trib. Torino, 14.02.1951, *id.*, Rep.1951, voce *Ingiunzione (proc.)*, n.93; Pretura Prato, 29.03.1954, *Giur. it.*, 1955, I, 2, 353; Conc. Roma, 17.02.1970, *Foro it.*, Rep.1971, voce *Ingiunzione (proc.)*, n.96; Trib. Latina, 12.12.1996, *id.*, 1997, I, 1986, con osservazioni di SCALA; G. Pace Sant'Anastasia, 02.09.1999, *id.*, Rep.2000, voce ult. cit., n.98; Trib. Milano, 22.05.2001, *id.*, Rep.2001, voce *Competenza civile*, n.38. Questo orientamento è in linea con altro della Suprema Corte in forza del quale, quando l'incompetenza del giudice dell'opposizione sulla causa di merito è determinato da una ipotesi di continenza, questi deve revocare il decreto opposto e rimettere le parti dinanzi al giudice preventivamente adito *ex art.39, co.2, c.p.c.*: Cass.05.08.1982, n.4400, *Foro it.*, Rep.1982, voce *Ingiunzione (proc.)*, n.26; Cass.17.12.1999, n.14225, *Giust. civ.*, 2000, I, 686; Cass.23.07.2001, n.10011, *id.*, 2001, I, 3613, con nota di GALLO; Cass. 21.01.2003, n.854, *id.*, Rep. 2003, voce *Competenza civile*, n.143, 144. In dottrina, sull'applicabilità della *translatio* a seguito di dichiarazione di incompetenza del giudice che ha reso il decreto ingiuntivo, vedi MASSARI, *Del regolamento*, cit., 612; SEGRE², *La competenza nel giudizio di opposizione a ingiunzione*, *Giur. it.*, 1973, I, 1, 75; ANDRIOLI, *Commento*, IV, cit., 69; SBARAGLIO, *Osservazioni a Trib. Roma 03.07.1995, Foro it.*, 1995, I, 3593; SCALA, *Nota a Trib. Latina 12.12.1996*, cit.; CONTE, in *Codice di procedura civile commentato* a cura di Consolo - Luiso, II, Milano, 2000, 2734; RONCO, *Struttura e disciplina*, cit., 436, il quale rileva che "in chiave di economia processuale, di tensione dell'ordinamento verso la pronuncia sul merito delle controversie, nonché di corrispondenza degli istituti processuali al presumibile scopo dei litiganti, ci sembra poi sensatamente affermabile che l'azione del ricorrente, quando non possa aspirare al mantenimento dell'ingiunzione, debba comunque poter essere letta come volta alla pronuncia di quel provvedimento (la sentenza di merito) che più si avvicina al decreto".

²³⁴ In questo senso Cass.29.05.1993, n.5999, *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Ingiunzione (proc.)*, n.39, per la quale il giudice del lavoro che ha emesso decreto ingiuntivo, ove rilevi, in sede di opposizione, che la controversia è estranea al novero di quelle enunciate dall'art.409 c.p.c. ed appartiene alla competenza per valore di altro giudice, non può rimettere allo stesso la causa, attesa la sua competenza funzionale a conoscere

L'art.50 c.p.c. non dovrebbe invece operare nell'ipotesi in cui il giudice dell'opposizione dichiara la propria incompetenza funzionale, per non fare egli parte dell'ufficio giudiziario al quale apparteneva il giudice che ha pronunciato il decreto opposto.

Sul punto, invero, è dato registrare un contrasto in dottrina.

L'applicazione dell'art.50 c.p.c. nell'ipotesi in esame è infatti esclusa da chi ritiene che l'art.645 c.p.c. pone un requisito di validità dell'opposizione, non riconducibile al concetto di competenza (nemmeno funzionale) che, nel codice del 1942, costituisce un requisito di validità del provvedimento finale, e non dell'atto iniziale del giudizio. Che la competenza *ex* art.645 c.p.c. non sia da intendere come legittimazione a conoscere del merito sarebbe, più in particolare, dimostrato dalla circostanza che, anche ove questa difetti, il giudice che ha emanato il decreto ingiuntivo sarà nondimeno legittimato a conoscere dell'opposizione all'ingiunzione. La estraneità della "competenza" *ex* 645 c.p.c. al concetto "tradizionale" e comunemente accolto di competenza, impedirebbe di applicare alla fattispecie in esame il meccanismo di cui all'art. 50 c.p.c. La violazione del precetto di cui all'art.645 c.p.c., pertanto, alla stregua di questa opinione, si traduce in motivo di inammissibilità dell'opposizione medesima, che, malamente proposta, deve ritenersi irrimediabilmente preclusa²³⁵.

dell'opposizione stessa, ma deve limitarsi a concludere il giudizio con pronuncia di revoca del decreto opposto e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma, 03.07.1995, *Foro it.*, 1995, I, 3593, con nota contraria di SBARAGLIO, cit. In dottrina, si esprime a favore di questa impostazione MINOTTO, *Sugli effetti dell'incompetenza*, cit., 619 ss..

²³⁵ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 67 ss., il quale non manca di rilevare che l'opposto orientamento, nell'ipotesi in cui l'opposizione sia proposta al giudice diverso da quello che ha emanato il decreto di ingiunzione, ma competente per il merito, finisce per ammettere una doppia *translatio iudicii*: la prima, dal giudice erroneamente adito per l'opposizione (ma competente sul merito) al giudice dell'ingiunzione, e la seconda dal giudice dell'ingiunzione, che si dichiara incompetente sul merito, al giudice originariamente adito per l'opposizione, incompetente *ex* art.645 c.p.c. ma competente sul merito. L'A., peraltro, pur riconoscendo il pregiudizio che può derivare al debitore che sbaglia nell'individuare il giudice legittimato a ricevere l'atto di opposizione dall'accoglimento della sua opinione, osserva che il precetto di cui all'art.645 c.c. "è di assai facile impiego e, a chi ben guardi, è dettato a favore del debitore perché la sua automaticità lo esime dall'individuare il giudice competente a conoscere del merito". Aderisce a questa configurazione della "competenza" *ex* art.645 c.p.c., anche se con il diverso scopo di giustificare l'applicabilità dell'art.38, ult. co., c.p.c. al giudizio di opposizione (e perciò la possibilità di una *translatio iudicii* su accordo delle parti del giudizio di merito a

Altra parte della dottrina, argomentando dalla natura impugnatoria del giudizio di opposizione, ritiene la competenza *ex art.645 c.p.c.* una ipotesi di competenza funzionale, inderogabile come lo sono le competenze stabilite dal Libro II, Titolo III del codice di rito, ma rispetto alla quale ben può trovare applicazione l'art. 50 c.p.c., generalmente applicato anche in caso di incompetenza del giudice di appello: ne consegue che, proposta opposizione davanti ad un ufficio giudiziario diverso da quello che ha pronunciato il decreto ingiuntivo, il giudice adito dovrà dichiarare la propria incompetenza, e rimettere le parti dinanzi al giudice funzionalmente competente, con salvezza degli effetti prodotti dalla proposta opposizione²³⁶.

Orbene, senza voler qui prendere posizione sulla natura del giudizio di opposizione²³⁷, può solo osservarsi che, in linea con quanto ritenuto a

seguito di opposizione proposta al giudice dell'ingiunzione che sia tuttavia incompetente sul merito) DEL GROSSO, *Osservazioni a Cass.11.03.1966, n.687, Foro it.*, 1966, I, 1924. Negano la possibilità di una *translatio iudicii* in caso di erronea individuazione del giudice dell'opposizione anche ACONE, *In tema di opposizione a decreto ingiuntivo, Foro it.*, 1972, I, 633, e, più di recente, VERDE, *Appunti sul nuovo regime*, cit., 725, per il quale "l'opposizione qui non si pone come atto che dà impulso al processo, ma come atto che consente al processo di proseguire. E pertanto è legittimo pensare che, in questi casi, l'atto di impulso, difforme dal modello legale quanto alla individuazione del giudice che ne dovrebbe essere destinatario, non sia in grado di conseguire gli effetti suoi propri"; nonché LORENZETTO PESERICO, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza, Studi in onore di Mandrioli*, I, Milano, 1995, 331, secondo la quale alla declinatoria di competenza dovrebbe conseguire l'effetto previsto dal primo comma dell'art.653 c.p.c..

²³⁶ Proprio argomentando dalla natura impugnatoria del giudizio di opposizione, ammettono, anche in questa ipotesi, la *translatio iudicii*, TARZIA, *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente, Giur. it.*, 1963, I, 2, 119; CARNELUTTI, *Opposizione a decreto ingiuntivo davanti a giudice incompetente, Riv. dir. proc.*, 1963, 491; SEGRE', *La competenza*, cit., 76; GARBAGNATI, *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 1991, 223. Ammette infine la *translatio*, pur contestando la riconduzione del giudizio di opposizione al giudizio di impugnazione, SCIACCHITANO, *Ingiunzione (procedimento di)*, cit., 523.

²³⁷ Ci si limita, in questa sede, a ricordare le principali correnti di pensiero. Ed invero, c'è chi ha configurato l'opposizione come giudizio autonomo avente ad oggetto l'accertamento negativo della pretesa consacrata nel decreto ingiuntivo (D'ONOFRIO, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Torino, 1957, 265; ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, VI, Torino, 1962, 130 ss.); chi ha intravisto nella stessa una sorta di condizione all'esercizio dell'azione di condanna, già instaurata con la domanda di ingiunzione (ANDRIOLI, *Commento*, cit., *ibidem*; e, sulla sua scia SEGNI, *L'opposizione del convenuto nel processo monitorio, Scritti giuridici*, Torino, 1965, II, 977 ss.; nonché LIPARI, *Mancanza di presupposti processuali nel processo ingiuntivo, Il circolo giuridico*, 1972, II, 155); chi, dando sviluppo a questa idea, ha qualificato l'opposizione come una impugnazione di primo grado, così come lo sono, ad esempio, l'opposizione

proposito dell'appello proposto al giudice incompetente, anche a voler propendere per la natura impugnatoria del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, assimilandosi la violazione dell'art.645 c.p.c alla violazione di una competenza per gradi²³⁸, l'art. 50 c.p.c. non avrebbe comunque spazio applicativo, trattandosi della violazione di un criterio attributivo di *potestas iudicandi* in fase di gravame - e non distributivo della controversia tra giudici dello stesso grado - diverso dai criteri del territorio, del valore o della materia, rispetto alla cui violazione solo opera il meccanismo della trasmigrazione.

Del tutto annullate sono, infine, le possibilità di una *translatio iudicii* nell'ambito del procedimento per convalida, per effetto tanto della progressiva attribuzione - ad opera delle leggi 399/84 e 353/90 - alla competenza del pretore, ed ora del Tribunale (d. lgs. 51/98) del luogo ove si trova la cosa locata, sia delle controversie (di cognizione) relative ai rapporti di locazione e di comodato di immobili urbani, ed ai contratti di affitto di aziende (in quanto non siano di competenza delle sezioni specializzate agrarie), sia del procedimento sommario

a sentenza di fallimento, l'opposizione a decreto che decide sulla domanda di repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro, l'opposizione alla condanna al pagamento delle spese cautelari (RONCO, *Struttura e disciplina*, cit., 339 ss., in part. 350 ss.); chi, invece, ha esaltato la finalità del giudizio di opposizione, volto a sostituire il provvedimento monitorio con altro emesso nel contraddittorio della controparte, ed ha perciò assimilato l'opposizione ad un mezzo di impugnazione (GARBAGNATI, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., 137; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1986, 159; POGGESCHI, *Ingiunzione (procedimento di)*, *Nov. dig. it.*, VIII, Torino, 666; CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, 637; ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, Milano, 1962, II, 367; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, III, 136); chi, infine, ha valorizzato il nesso esistente fra le due fasi, intese come distinti momenti di un unico processo (MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2003. III, 34; SCIACCHITANO, *Ingiunzione*, cit., 521; NICOLETTI, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 988 ss.).

²³⁸ Contrasta l'assimilazione della competenza ex art.645, co.1, c.p.c., alla competenza per gradi, non ravvisandovi "né la posizione sovraordinata e le funzioni superiori dell'organo (perché il giudice dell'opposizione appartiene allo stesso livello ed esercita le stesse funzioni del giudice che ha reso il decreto), né oggettive esigenze di giudizio (poiché l'opposizione è incontestabilmente un giudizio di primo grado)", SBARAGLIO, "Revirement" della Corte di cassazione in tema di inderogabilità della competenza del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, *Foro it.*, 1991, I, 1980, la quale, su tale presupposto, giunge poi ad ammettere la derogabilità della competenza del giudice dell'opposizione per ragioni di connessione.

per la convalida della licenza o dello sfratto (art.661 c.p.c.)²³⁹, quanto della consequenziale modifica dell'art.667 c.p.c., che, mancando ogni dissociazione di competenza tra fase sommaria e fase di merito²⁴⁰, in caso di opposizione dell'intimato, impone al giudice di provvedere solo al mutamento del rito (e non anche, come in passato, di rimettere le parti dinanzi al giudice competente per il merito, da individuarsi in base agli ordinari criteri del valore e del territorio²⁴¹).

²³⁹ Sui dubbi interpretativi posti dal d. lgs. 51/98, che, pur abrogando l'art.8 c.p.c., ha ommesso di trasferire in via espressa la materia locatizia alla competenza esclusiva del Tribunale, vedi PIOMBO, *Sulla competenza per le controversie in materia di locazioni urbane dopo l'istituzione del giudice unico di primo grado*, *Foro it.*, 2000, I, 116, il quale, tuttavia, esclude l'ipotesi di una competenza concorrente del giudice di pace sia sulla scorta del dato positivo offerto dall'art.1 del d.lgs. 51/98, alla cui stregua "fuori dei casi in cui è disposto diversamente dal presente decreto, le relative competenze sono trasferite al tribunale ordinario", sia alla luce di un esame logico e coordinato degli articoli 9, 21 e 447 c.p.c.. Sulle modifiche succedutesi nel tempo nella disciplina della competenza in senso statico sulla fase sommaria vedi anche FRASCA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, *Giur. sist. di dir. e proc. civ.*, Collana diretta da A. Proto Pisani, Torino, 2001, 134 ss.

²⁴⁰ Dissociazione che non sussiste anche quando con il procedimento sommario venga dedotto in giudizio un rapporto devoluto alla cognizione delle sezioni specializzate agrarie, atteso che, in questa ipotesi, il giudice della sezione ordinaria, al quale è precluso ogni potere decisorio, anche sull'azione sommaria, deve limitarsi a dichiarare con sentenza la propria incompetenza, rimettendo le parti davanti al giudice specializzato: così Cass. 21.05.1999, n.4957, *Dir. e giur. agr.*, 2000, 30; Cass. 12.11.1991, n.13376, *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Sfratto*, n. 25; Cass. 13.01.1987, n.155, *id.*, Rep. 1987, voce cit., n. 7.

²⁴¹ Per gli indirizzi giurisprudenziali formatosi nel vigore della precedente disciplina, si leggano, tra le altre, Cass.30.05.1980, n.3564, *Foro it.*, Rep. 1980, voce *Sfratto*, n.13, per la quale il giudice adito per lo sfratto, e funzionalmente competente a ricevere l'opposizione, doveva poi stabilire se egli o un altro giudice fosse competente per il merito, disponendo, se del caso, la *translatio iudicii*; Cass.16.09.1983, n.5612, *id.*, Rep. 1983, voce *Competenza civile*, n.36, che aveva espressamente limitato la speciale competenza per materia attribuita al pretore dall'art.8 c.p.c. alla emanazione dell'ordinanza di convalida o di rilascio, ritenendo che, a seguito dell'opposizione dell'intimato, riprendessero efficacia le normali disposizioni sulla competenza; Cass.19.01.1991, n.527, *id.*, Rep. 1991 voce *Sfratto*, n.11, che, proprio sul presupposto della operatività degli ordinari criteri di competenza, aveva affermato la possibilità di attribuire la cognizione della controversia di merito, in cui si era trasformato il procedimento di convalida per effetto dell'opposizione dell'intimato, al giudice individuato dalle parti in via convenzionale nel contratto di locazione. In dottrina vedi ANSELMI BLAAS, *Il procedimento per convalida di licenza o di sfratto*, Milano, 1966, 179; GARBAGNATI, *I procedimenti di ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1978, 309; LAZZARO – PREDEN – VARRONE, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1978, 117. *Contra*, nel senso della riferibilità della riassunzione ex art.667 c.p.c. alla sola ipotesi in cui il giudice adito per la convalida difettesse della competenza per valore (e non anche per territorio, che rimaneva ferma) sulla causa di merito, FAZZALARI,

Aderendo alla opinione (maggioritaria) in forza della quale la citazione per convalida di licenza o di sfratto introduce un unico procedimento che, in mancanza delle condizioni per emanare uno dei provvedimenti di cui agli articoli 663, 665 e 666 c.p.c., *prosegue* (art.667 c.p.c.) con un giudizio di cognizione a rito speciale²⁴², sembra infatti doversi escludere che al difetto di competenza del giudice adito consegua una definizione in rito del procedimento di convalida; piuttosto, il giudice, accertata la mancanza di competenza, che se sussiste sulla fase sommaria sussiste anche su quella ordinaria²⁴³, non potrà nè convalidare la licenza o lo sfratto, né pronunciare uno dei provvedimenti di cui agli articoli 665 e 666 c.p.c.²⁴⁴, ma, disposta la

Rassegna, Riv. dir. proc., 1946, II, 209; D'ONOFRIO, *Commento*, cit., II, 291; DUNI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1957, 45 ss.

²⁴² Di questa idea sono PREDEN, *Sfratto, Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 457; PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto, Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1372; GARBAGNATI, *I procedimenti*, cit., 350 ss.; GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956, 334 ss.. Hanno invece ritenuto che l'opposizione introduce un processo nuovo ed autonomo rispetto al procedimento per convalida DUNI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1957, 18 ss.; nonché ANSELMI BLAAS, *Il procedimento*, cit., 139 ss.. (il quale, tuttavia, inquadra il procedimento per convalida nel fenomeno della giurisdizione volontaria) Per ANDRIOLI, *Commento*, IV, cit., 138, infine, con l'opposizione si realizza la condizione sospensiva cui è subordinata l'esercizio dell'azione ordinaria, promossa unitamente all'azione sommaria.

²⁴³ La coincidenza in entrambe le fasi della competenza sia verticale sia orizzontale esclude la possibilità che il giudice incompetente sulla fase sommaria, mutato il rito, e ritenutosi competente sul merito, giunga poi ad accogliere la domanda proposta dall'intimato. Oggi, in altri termini, tutte le volte in cui il giudice si è riconosciuto incompetente per la convalida, la definizione in rito del giudizio di cognizione sembra ineluttabile.

²⁴⁴ Nel vigore della precedente disciplina era frequente il caso in cui il giudice investito dell'azione sommaria, e davanti al quale era stata sollevata la questione di competenza, dopo aver emanato l'ordinanza provvisoria di rilascio, o declinava la propria competenza, rimettendo le parti dinanzi al giudice competente, ovvero disponeva la prosecuzione del giudizio innanzi a sé (vedi il combinato disposto degli artt. 665 e 667, commi 1 e 2, c.p.c., nella loro precedente formulazione). In entrambi i casi la giurisprudenza prevalente riteneva che il provvedimento fosse impugnabile con regolamento di competenza, contenendo una pronuncia – a volte implicita, a volte espressa – sulla competenza (vedi Cass. 28.03.1986, n. 2002, *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Sfratto*, n. 22; Cass. 15.10.1990, n.10084, *id.*, Rep. 1990, voce cit., nn. 23 e 24; Cass. 23.03.1991, n.3154, *id.*, Rep. 1991, voce cit., nn. 31 e 33; Cass. 16.04.1996, n. 3566, *id.*, Rep. 1996, voce cit., n. 30; Cass.09.07.1996, n.6239, *Giust. civ.*, 1996, I, 2529. In senso contrario leggi, tuttavia, Cass. 04.12.1992, n.12924, *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Sfratto*, n. 18, con riferimento, però, ad un caso in cui il Pretore aveva emanato il provvedimento di cui all'art.665 c.p.c. riservandosi espressamente di esaminare in prosieguo l'eccezione di incompetenza; Cass. 03.07.1993, n. 7290, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 19,

conversione del rito ai sensi dell'art.447 bis c.p.c.²⁴⁵, dovrà emanare sentenza di incompetenza, rispetto alla quale saranno normalmente applicabili le norme di cui agli articoli 42 e ss. del codice di rito²⁴⁶.

In questo contesto, insomma, la *translatio iudicii* potrà realizzarsi solo per effetto della sentenza resa dal giudice del Tribunale quale giudice della cognizione, con la ovvia conseguenza che, in siffatta ipotesi, ciò che trasmigra non è mai la fase sommaria, ma sempre e soltanto il giudizio di cognizione.

4. Ogni discorso afferente la compatibilità dell'art.50 c.p.c. con il processo esecutivo deve muovere da un distinguo, tra i casi di incompetenza del giudice dell'esecuzione in quanto tale, ed i casi di incompetenza del giudice

in cui, tuttavia, la Suprema Corte fa espressamente salva l'ipotesi in cui il rapporto dedotto in giudizio sia devoluto alla cognizione di un giudice specializzato, nel qual caso il provvedimento è impugnabile con il rimedio di cui all'art.42 c.p.c.; Cass. 16.10.2001, n.12642, *id.*, Rep. 2001, voce *Competenza civile*, n. 191). Oggi il problema della proponibilità del regolamento di competenza contro l'ordinanza immediata di rilascio, che la legge definisce non impugnabile, potrebbe porsi solo se, nonostante l'eccezione di incompetenza sollevata dal conduttore, il giudice, risolvendo espressamente la questione di competenza nel senso della sua infondatezza, ordina il rilascio immediato dell'immobile e, disposto il mutamento di rito, la prosecuzione del giudizio innanzi a sè (non potendosi più verificare l'ipotesi in cui il giudice da un lato pronuncia la condanna con riserva, e dall'altro si dichiara incompetente, atteso che, anche quando viene dedotto in giudizio un rapporto devoluto alla cognizione delle sezioni specializzate agrarie, il giudice, se si ritiene incompetente, deve limitarsi a convertire il rito e dichiarare con sentenza la propria incompetenza: cfr. giurisprudenza citata *supra*, nt. 237). Il regolamento di competenza, tuttavia, non avrà spazio operativo nemmeno in questo caso se, scisso il contenuto dell'ordinanza, si configura il provvedimento *ex art.665 c.p.c.* conclusivo della fase sommaria, e il provvedimento con cui il giudice dispone la prosecuzione del giudice un provvedimento meramente ordinatorio, indispensabile per la continuazione dell'azione di cognizione, che, revocabile e modificabile come una qualsiasi ordinanza, risulta privo di forza preclusiva sulla questione di competenza (in questo senso si era già espresso, nel vigore della "vecchia" disciplina, PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 1376-1377).

²⁴⁵ Hanno escluso che, in base ad una lettura riduttiva dell'art.667 c.p.c., al mutamento di rito possa pervenirsi solo in caso di effettiva pronuncia dei provvedimenti di cui agli articoli 665 e 666 c.p.c., e non anche tutte le volte in cui sia esaurita la possibilità di una loro emissione, MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, Torino, 1991, 172; nonché ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 222.

²⁴⁶ E', questa, la lettura del sistema cui pervengono TRIFONE, *Commento al codice di procedura civile* a cura di Verde- Vaccarella, cit., IV, 257; SALETTI, *Commentario al codice di procedura civile* diretto da Tarzia e Cipriani, Padova, 1991, 293; FRASCA, *Brevi note sul procedimento per convalida di sfratto prima e dopo la riforma del processo civile*, *Foro it.*, 1995, I, 2932.

dell'esecuzione a decidere, in funzione di giudice del merito, le opposizioni che vengono eventualmente proposte nel corso del processo esecutivo dinanzi a lui pendente.

In entrambe le ipotesi potrebbe infatti opinarsi per l'applicabilità dell'art.50 c.p.c.. Ma diversi sono gli argomenti utilizzabili - e di fatto utilizzati - a favore e contro siffatta estensione.

Per l'incompetenza del giudice dell'esecuzione in quanto tale deve innanzitutto precisarsi²⁴⁷ che questa può dipendere:

- a) dall'incompetenza del giudice che ha autorizzato l'esecuzione immediata ai sensi dell'art.482 c.p.c.;
- b) dall'incompetenza dell'ufficiale giudiziario, che ha depositato il verbale di pignoramento presso l'ufficio giudiziario incompetente²⁴⁸;
- c) dall'incompetenza dell'ufficio giudiziario, presso cui è stato depositato un verbale di pignoramento eseguito da un ufficiale giudiziario competente.

In tutte queste ipotesi l'incompetenza del g.e. dovrà essere fatta valere mediante opposizione agli atti esecutivi (entro cinque giorni dal compimento del pignoramento per il primo caso, ovvero entro cinque giorni dalla conoscenza del deposito del pignoramento negli altri due, a meno che non si tratti di pignoramento presso terzi, dove l'incompetenza del g.e. risulta dal contesto dell'atto, dalla cui notificazione decorrerà, pertanto, il termine di cui all'art.617 c.p.c.), nel qual caso, secondo l'opinione che in dottrina è maggioritaria, e che principalmente argomenta dall'inserimento degli articoli 44,

²⁴⁷ ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 174-175.

²⁴⁸ E' appena il caso di precisare che il g.e. che si ritiene incompetente potrà motivatamente rifiutare il pignoramento richiestogli. Sul rifiuto del pignoramento, ed in particolare sui rimedi riconosciuti al creditore istante, vedi Cass.12.03.1992, n.3030, *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1680, con nota di ATZORI, *I rimedi al rifiuto di atti di esecuzione forzata da parte dell'ufficiale giudiziario*, la quale, accogliendo la tesi di ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 128 (e successivamente ID., *Il regime degli atti del notaio delegato alle operazioni di vendita nell'espropriazione immobiliare (art.591 ter c.p.c.)*, *Foro it.*, 1998, V, 397), che riprende TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., 282 ss., ha dichiarato inammissibile l'opposizione agli atti esecutivi proposta contro il rifiuto motivato (art.108 d.p.r. 15.12.1959, n.1229) del pignoramento da parte dell'ufficiale giudiziario, non essendo possibile ravvisare in esso un provvedimento esecutivo negativo (*contra* MARTINETTO, *Gli accertamenti degli organi esecutivi*, Milano, 1963, cit., 100), ed individua nell'istanza ex art.60 c.p.c. al giudice dal quale l'ufficiale giudiziario dipende il mezzo attraverso il quale il creditore procedente può ottenere un sollecito avvio della procedura esecutiva.

45 e 50 nelle disposizioni generali del codice di rito²⁴⁹, dichiarata in sentenza il vizio di legittimazione del giudice, le parti potranno riassumere il processo dinanzi al g.e. competente in un termine all'uopo assegnato. La trasmigrazione del processo, ove attuata, consentirebbe al creditore di "conservare" quanto meno il vincolo di indisponibilità giuridica creato sul bene dal pignoramento.

Nelle ipotesi di cui alla lettera *b*, tuttavia, con l'opposizione agli atti potrà essere denunciata, prima ancora che l'incompetenza del g.e., l'incompetenza dell'ufficiale giudiziario che ha proceduto al pignoramento²⁵⁰. In questo caso, la sentenza che accerta la invalidità del pignoramento troncherà in radice ogni possibilità di *translatio*, atteso che del processo esecutivo malamente iniziato non vi sarà nulla da conservare, essendone stato caducato il primo atto, ed al creditore non rimarrà altro che richiedere un nuovo pignoramento, dando con ciò inizio ad un nuovo processo esecutivo.

Ovviamente, nulla esclude che il g.e., sollecitato dalla parte, od a seguito di rilievo d'ufficio, dichiari con ordinanza la propria incompetenza²⁵¹.

²⁴⁹ CALVOSA, *Struttura del pignoramento e del sequestro conservativo*, Milano, 1953, 299; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, III, 123-124; TARZIA, *L'oggetto*, cit., *ibidem*; MARTINETTO, *Gli accertamenti*, cit., *ibidem*, il quale, se la dichiarazione di incompetenza è contenuta nella sentenza che chiude il giudizio di opposizione agli atti, ammette la *translatio* proprio in applicazione dell'art.50 c.p.c.. CALVOSA, *op. ult. cit.*, *ibidem*, si è anche preoccupato di indagare le conseguenze che la dichiarazione di incompetenza del g.e. ha sul pignoramento (intuendo che se la dichiarazione di incompetenza travolge tutto il processo espropriativo, compreso il pignoramento, la trasmigrazione del processo rimarrebbe fine a se stessa), giungendo ad affermare che la competenza è una condizione di validità degli atti del giudice, e perciò non anche del pignoramento, che, al pari della citazione, è atto iniziale del processo che proviene dalla parte. Ha invece argomentato contro la possibilità di una *translatio iudici* nel processo esecutivo VERDE, *Appunti sul nuovo regime*, cit., 713, ad avviso del quale "il trasferimento del processo dinanzi ad altro giudice sarebbe possibile solamente se si ammettesse una convalida del pignoramento eseguito dall'ufficiale giudiziario privo di legittimazione". In precedenza lo stesso Autore (ID., *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli, 1964, 91 ss.) aveva evidenziato lo stretto collegamento tra attività dell'ufficiale giudiziario e competenza del giudice dell'esecuzione.

²⁵⁰ Cass.27.06.1990, n.6544, *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Esecuzione in genere*, nn.23 e 61, ha appunto chiarito che l'incompetenza dell'ufficiale giudiziario è denunciabile e soggiace al regime della opposizione agli atti esecutivi.

²⁵¹ In verità, quando il giudice adito per l'esecuzione è territorialmente incompetente, perché si è violato uno dei criteri stabiliti nell'art.26 c.p.c., ci si chiede innanzitutto se egli giudice possa dichiararsi incompetente, e soprattutto in che termini, risultando difficile individuare nell'ambito del processo esecutivo l'omologo della prima udienza di trattazione, che assurga a momento preclusivo del rilievo d'ufficio.

Sembrerebbe che in questa ipotesi, con la stessa ordinanza il g.e. debba disporre il compimento degli atti idonei a consentire il passaggio del processo dinanzi al giudice competente²⁵².

Le maggiori difficoltà ricostruttive che una simile eventualità comporta sono tutte incentrate sulla capacità per un provvedimento emesso nell'esercizio di poteri ordinatori e non definitivi del processo esecutivo di legittimare la riassunzione del medesimo processo dinanzi al g.e. competente.

Senonché, esclusa la esperibilità del regolamento di competenza contro l'ordinanza dichiarativa di incompetenza²⁵³, sembra potersi affermare che, se non è proposta opposizione *ex art.617 c.p.c.* (nel qual caso la questione di

Qui la Corte di cassazione, in una sua recente pronuncia (Cass. 06.02.2002, n.1638, *Riv. esec. forz.*, 2003, 553, con nota contraria di CAPPONI, *Brevissime note sull'eccezione di incompetenza nei processi esecutivi*), ha riconosciuto la portata generale dell'articolo 38 c.p.c., applicabile, in quanto tale, anche nel processo di esecuzione forzata. Questo dovrebbe significare che il g.e., ove rilevi la violazione di uno dei criteri previsti dall'art.26 c.p.c., possa dichiararlo con ordinanza, da emanarsi entro la prima udienza in cui parti e giudice vengono a contatto [quella per la autorizzazione della vendita nell'espropriazione forzata mobiliare o immobiliare; entro l'udienza *ex art.547 c.p.c.* nell'espropriazione presso terzi; entro l'udienza per la fissazione delle modalità di esecuzione, nell'esecuzione per obblighi di fare e non fare]. Sul punto vedi CAPPONI, *Note in tema di rapporti tra competenza e merito*, cit., 192 ss..

²⁵² ORIANI, *L'opposizione agli atti*, cit., 175.

²⁵³ Si leggano, al riguardo, gli incisivi rilievi di ORIANI, *L'opposizione agli atti*, cit., 32 ss., il quale osserva che, fermo l'argomento di diritto positivo fornito dall'art.187 d.a. c.p.c., che consente la proposizione del regolamento solo contro la sentenza che decide sull'opposizione agli atti esecutivi, contro la esperibilità del rimedio di cui all'art.42 c.p.c. "sta proprio la presenza dell'opposizione agli atti che, configurandosi come un rimedio diretto a denunciare le illegittimità del provvedimento del giudice, ricomprende tanto il caso che il g.e. abbia dichiarato erroneamente la propria competenza quanto il caso che l'abbia, del pari erroneamente, declinata. E quindi il vizio dell'ordinanza del g.e. che abbia violato le norme sulla competenza sarà deducibile *ex art.617 c.p.c.*". Posizione, questa, che trova riscontro anche nelle recenti pronunce della Corte di cassazione, ove si afferma l'inammissibilità del regolamento di competenza contro le ordinanze con cui il g.e. si dichiara incompetente, "essendo il giudice dell'esecuzione carente del potere di emettere decisioni definitive, affermative o declinatorie della propria competenza, le quali sono il presupposto dell'esperibilità del regolamento; gli eventuali vizi che riguardano detti provvedimenti possono essere fatti valere solo attraverso i rimedi specifici previsti dalla legge, quali l'istanza di revoca o l'opposizione agli atti esecutivi": così Cass.18.04.2001, n.5692, *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Competenza civile*, n.201; Cass.13.11.2002, n.15957, *id.*, Rep. 2002, voce cit., n.175; Cass.17.12.2002, n.18019, *id.*, Rep. 2002, voce cit., nn.174 e 196. In senso contrario leggi, tuttavia, Cass. 20.11.1995, n.12016, *id.*, Rep. 1995, voce cit., nn. 83 e 170; Cass.21.11.1995, n.12022, *id.*, Rep. cit., voce cit., n.122, e più di recente Cass.19.06.2002, n.8920, *Giur. it.*, 2003, 1590, con nota contraria di BINA, *La competenza territoriale nell'espropriazione presso terzi di beni mobili e la sua deducibilità con il regolamento di competenza*.

competenza sarà risolta con sentenza emanata all'esito di un giudizio di cognizione, e la *translatio* del processo esecutivo dinanzi al giudice di cui è dichiarata la competenza apparirà un evento fisiologico²⁵⁴), l'ordinanza in parola acquista stabilità, e questa stabilità, consentendo di ritenere concluso il processo esecutivo dinanzi al giudice che l'ha pronunciata, legittimerà la riassunzione del processo dinanzi al giudice dichiarato competente.

Peraltro, conseguendo alla *translatio iudicij* la continuazione del processo, e cioè l'identità tra processo celebratosi dinanzi al giudice *a quo*, e processo riassunto dinanzi al giudice *ad quem*, quest'ultimo non potrà, *sic et simpliciter*, disattendere la risoluzione, ormai stabile, data alla questione di competenza sorta all'interno del processo esecutivo, e perciò dichiararsi a sua volta incompetente; piuttosto, stante la natura inderogabile della competenza territoriale del giudice dell'esecuzione, il giudice *ad quem* che si ritenga incompetente potrà solo fare istanza di regolamento di competenza di ufficio alla Corte di cassazione, la quale provvederà ad individuare, in via definitiva, il g.e. competente^{255 256}.

²⁵⁴ Vedi le osservazioni sviluppate *supra*.

²⁵⁵ Afferma, invece, che l'ordinanza con cui il g.e. si dichiara incompetente non vincola il giudice *ad quem*, ma che siffatto elemento non è ostativo all'ammissibilità della *translatio* TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, 435, per il quale dagli art.42 ss. non è dato dedurre la forma obbligata del provvedimento sulla competenza, ma solo l'efficacia del provvedimento stesso, ove quella forma rivesta. Pertanto, emanata dal g.e. ordinanza dichiarativa di incompetenza, non opposta con il rimedio di cui all'art.617 c.p.c., né revocabile dal g.e. quando ad essa è stata data esecuzione, il processo esecutivo potrà trasmigrare dinanzi al giudice competente, ma il giudice *ad quem* (stante la forma assunta dal provvedimento) non sarà vincolato dall'indicazione di competenza operata in suo favore nell'ordinanza medesima, e, ove ritenga di essere a sua volta incompetente, potrà richiedere il regolamento di ufficio. Questa ricostruzione suscita perplessità se non altro perché il regolamento di competenza di ufficio non si attegga più a strumento volto a superare il vincolo *ex* giudicato quando il criterio in contestazione è un criterio forte, ma diventa strumento di reazione ad un provvedimento sulla competenza solo perché questo non ha la forma di sentenza.

Anche MARTINETTO, *Gli accertamenti*, cit., 1963, 138ss., che a differenza di Tarzia ritiene inconcepibile un vincolo per il giudice *ad quem* per effetto di un provvedimento avente forma di ordinanza, peraltro impugnabile con opposizione *ex* 617 c.p.c. (la quale consentirebbe alla parte di ottenere una pronuncia sulla competenza avente forma di sentenza, e quindi idonea a costituire il presupposto richiesto dall'art.50 c.p.c. per la traslazione del processo), giunge comunque ad ammettere la prosecuzione del processo davanti al giudice competente dopo l'ordinanza di incompetenza, ma in applicazione di principi diversi da quelli enunciati dall'art.50 c.p.c. (per l'A., infatti, nell'espropriazione mobiliare diretta e nell'espropriazione immobiliare, alla dichiarazione di incompetenza del g.e. si accompagnerà l'ordine – rivolto o

Quanto, poi, alla sorte delle attività compiute dinanzi al giudice dell'esecuzione incompetente, sembra potersi ritenere che davanti al nuovo giudice conservino efficacia tutti gli atti posti in essere dalle parti (così, ad es., se l'istanza di vendita è stata formulata tempestivamente dinanzi al g.e. incompetente, su di essa il giudice competente dovrà provvedere). Quanto, invece, ai provvedimenti resi dal g.e. incompetente, un problema di ultrattività si porrà solo con riferimento alle ordinanze emanate prima dell'atto contro cui, denunciandosi l'incompetenza del giudice dell'esecuzione, è stata proposta opposizione *ex art.617 c.p.c.*, e ciò per essere stati i provvedimenti successivi privati di validità dalla sentenza che ha accertato l'incompetenza del g.e.. Orbene, gli atti cd. anteriori, stabili perché non opposti *ex art.617 c.p.c.*, saranno validi ed efficaci anche dinanzi al giudice *ad quem*, il quale, tuttavia, trattandosi di provvedimenti di natura ordinatoria, potrà revocarli se ad essi non è stata data esecuzione (art.487 c.p.c.).

Di trasmigrazione nell'ambito del processo esecutivo, come innanzi anticipato, potrebbe discorrersi anche quando, proposta opposizione (all'esecuzione, di terzo o distributiva) dinanzi al g.e., questi emani ordinanza ai sensi dell'art.616 (o, rispettivamente, 619 e 512²⁵⁷) con la quale, ritenuta la propria incompetenza

all'Ufficiale giudiziario o al proprio cancelliere - di rinnovare *ex art.162 c.p.c.* il deposito del pignoramento presso la Cancelleria del giudice competente, al primo mediante ritiro dell'atto e suo successivo deposito presso la Cancelleria del giudice *ad quem*, al secondo mediante trasmissione del fascicolo dell'esecuzione alla Cancelleria del giudice competente, *ex art.126 d.a. c.p.c.*; nell'espropriazione presso terzi, invece, poiché l'indicazione del giudice è compiuta dal creditore con la citazione *ex art.543 c.p.c.*, il creditore potrà rinnovare di sua iniziativa la citazione davanti al giudice competente, rifacendosi all'ingiunzione ed all'intimazione contenute nell'originario atto di pignoramento).

²⁵⁶ E' chiaro, peraltro, che per chi ritiene il regolamento di ufficio implicitamente abrogato dalla riforma dell'art.38 c.p.c. ad opera della L.252/90 (vedi *supra*, cap. II, par. 4, nt.66), il g.e. dinanzi a cui il processo trasla non potrebbe che "accettare" la indicazione di competenza operata in suo favore, e perciò continuare l'esecuzione.

²⁵⁷ Si osservi che la L.80/2005 ha eliminato dal sistema la contestazione dei crediti in fase distributiva come autonoma parentesi cognitiva, trasformando il processo di cognizione introdotto dalla contestazione in un incidente esecutivo risolto dal giudice dell'esecuzione in quanto tale, con ordinanza impugnabile *ex art.617 c.p.c.*: per ulteriori ragguagli sulla modifica legislativa si rinvia ad ORIANI, *Titolo esecutivo, opposizioni, sospensione dell'esecuzione, Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. 80 del 2005*, *Foro it.*, 2005, V, 106-107. E chiaro che, modificato nel senso anzidetto l'art.512 c.p.c., il discorso che ci si accinge a svolgere resta limitato, per il futuro, alle sole ordinanze emanate dal g.e. ai sensi degli articoli 616 e 619 c.p.c..

a conoscere dell'opposizione proposta, rimette le parti davanti all'ufficio giudiziario competente, assegnando loro un termine per la riassunzione della causa²⁵⁸.

Fin dai primi anni di applicazione del codice, in dottrina ed in giurisprudenza si sono contrapposti almeno tre orientamenti sulla natura e la impugnabilità di questa ordinanza.

E così, alla stregua di un primo orientamento, l'ordinanza in parola è equiparabile, sempre e comunque, ad una sentenza sulla competenza, impugnabile con regolamento di competenza: in quest'ottica la rimessione del processo di opposizione dinanzi al giudice competente si atteggierebbe come una vera e propria *translatio ex art.50 c.p.c.*, con la duplice conseguenza che alle parti (le quali potranno spendere i poteri loro attribuiti dall'art.38 c.p.c. nella prima fase del giudizio di opposizione, quella che deve essere proposta *ex lege* dinanzi al g.e.) sarebbe preclusa l'eccezione di incompetenza del giudice *ad quem*, ed al giudice *ad quem*, trattandosi dell'applicazione di un criterio di competenza per valore, sarebbe preclusa la possibilità di declinare la propria competenza²⁵⁹.

²⁵⁸ La problematica che ci si accinge ad affrontare risulta notevolmente ridimensionata dalla soppressione della figura del Pretore (d lgs. 51/98), l'alternativa sulla competenza a conoscere dei giudizi di opposizione ponendosi, oggi, soltanto con l'Ufficio del giudice di pace, la cui competenza per valore è estremamente ridotta.

²⁵⁹ In questo senso si è espressa la più recente giurisprudenza, che non distingue più, come in passato, a seconda che la decisione sulla competenza sia risolutiva o meno di una questione insorta tra le parti: Cass.10.05.1980, n.3081, *Foro it.*, Rep.1980, voce *Competenza civile*, n.214; Cass.07.03.1981, n.1287, *id.*, Rep.1981, voce *Esecuzione forzata in genere*, n.55; Cass.24.05.1986, n.3499, *id.*, 1987, I, 169; Cass.14.08.1991, n.8845, *id.*, Rep.1991, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n.16; Cass.22.02.1995, n.1961, *id.*, Rep.1995, voce *Competenza civile*, n.173; Cass.14.05.1997, n.4234, *id.*, Rep.1997, voce *cit.*, n.164. In dottrina, vedi D'ONOFRIO, *Commentario*, cit., II, 186; BUCOLO, *Translatio iudicii per ordinanza del giudice dell'esecuzione e sua impugnabilità*, *Giur. it.*, 1959, I, 1, 859 ss., secondo cui "il giudice dell'esecuzione esercita un'attività esecutiva solo quando pronuncia provvedimenti che si riverberano sul processo esecutivo"; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1947, III, 254 per il quale il provvedimento di rimessione è emesso dal giudice adito non in qualità di giudice dell'esecuzione ma come giudice della cognizione; SCHIAVONE, *Sul provvedimento di rimessione del giudice dell'esecuzione, incompetente, al giudice competente per valore a conoscere dell'opposizione (art.616 c.p.c.)*, *Giur. it.*, 1963, I, 1, 1417 ss.; SALETTI, *La riassunzione*, cit., 210 ss., secondo cui il giudice dell'esecuzione cumula, per la fase che intercorre fino alla rimessione, ed anche oltre se il giudizio di opposizione rientra nella sua competenza, la duplice veste di giudice della cognizione e dell'esecuzione: "non pare

In accordo con un secondo orientamento, invece, l'ordinanza *ex art.616 c.p.c.* (o 619, o 512) assumerebbe natura di sentenza di incompetenza, con tutti i corollari innanzi enunciati, solo se resa per risolvere una questione di competenza sorta tra le parti. Ciò significa anche che se l'ordinanza medesima è stata pronunciata dal g.e. senza che alcuna delle parti abbia eccepito la sua incompetenza, essa avrà natura ordinatoria, non sarà impugnabile con regolamento di competenza, ed il meccanismo di cui all'art.50 c.p.c. non potrà trovare spazio operativo²⁶⁰.

Una variante di questo orientamento, che subordina la natura dell'ordinanza ad accadimenti "variabili", è riscontrabile nella sentenza della Corte di cassazione a sezione unite n. 7128 del 21.07.1998²⁶¹ che, chiamata a risolvere proprio il contrasto esistente sul punto, ha affermato la natura ordinatoria del provvedimento adottato dal g.e. - sia esso di prosecuzione innanzi a sé del procedimento di opposizione, sia esso di rimessione al giudice ritenuto competente - ove non contenga una espressa pronuncia sulla competenza, con ciò lasciando intendere che, ove una pronuncia espressa vi sia, essa sarà assimilabile ad una sentenza sulla competenza, con conseguente applicabilità della disciplina di cui agli articoli dal 42 al 50 del codice di rito.

dunque dubitabile che egli pronunci il provvedimento in questione nella sua prima qualità".

²⁶⁰ Cass.15.03.1952, n.696, *Foro it.*, 1952, voce *Competenza e giurisdizione civile*, nn.443 e 444; Cass.12.10.1953, n.3311, *id.*, Rep.1953, voce *Esecuzione e pignorabilità in genere*, nn.80 e 81; Cass.10.01.1959, n.35, *id.*, Rep.1959, voce *Esecuzione forzata in genere*, nn. 66 e 67; Cass.12.06.1962, n.1450, *Giur. it.*, 1963, I, 1, 1418, con nota di SCHIAVONE, cit.; Cass.22.09.1969, n.3121, *Foro it.*, 1969, I, 3070. In dottrina, vedi CARNACINI, *Declaratorie di incompetenza che non sono tali*, *Giur. it.*, 1949, I, 2, 377; BONADONNA, *Della translatio iudicii disposta per ordinanza*, *Foro it.*, 1956, IV, 71 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1957, III, 347 ss. che, mutando opinione (cfr. nt. precedente), aderisce all'orientamento cd. intermedio di cui è parola; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1966, III, 471; MASSARI, *Del regolamento*, cit., 481 ss.; BUCOLO, *L'opposizione all'esecuzione*, Padova, 1992, 398 ss.; VACCARELLA, *Codice di procedura civile commentato* a cura di Vaccarella-Verde, Torino, 1996, III, 358 ss; CASTORO, *Il processo di esecuzione*, Milano, 1998, 765.

²⁶¹ *Foro it.*, 1999, I, 1555, con nota critica di IANNICELLI, *Regolamento di competenza e provvedimenti emanati ai sensi dell'art.616 c.p.c.*. Nello stesso senso si sono pronunciate, in seguito, anche Cass.13.12.1999, n.13951, *id.*, Rep. 1999, voce *Competenza civile*, n.260; Cass.08.11.2000, n.14503, *id.*, Rep. 2000, voce cit., n.279; Cass.07.12.2000, n.15534, *id.*, *ibidem*, n.278; Cass.02.04.2001, n.4795, non massimata; Cass.23.04.2001, n.5967, *id.*, Rep. 2001, voce cit., n.200;

Un ultimo orientamento, infine, che può essere definito formalista, e che ha trovato isolato conforto nella giurisprudenza di legittimità, ritiene invece che il provvedimento *ex art.616 c.p.c.* (o 619, o 512) costituisce sempre atto ordinatorio del processo esecutivo²⁶².

Si osserva, invero, che i giudizi di opposizione all'esecuzione, di terzo o in sede distributiva sono proposti dinanzi al g.e. non sul presupposto della sua competenza a trattarne e deciderne, ma al limitato scopo di coordinare i giudizi di cognizione che si innestano nel processo esecutivo con il processo esecutivo medesimo.

I provvedimenti di cui si discorre, pertanto, avrebbero ad oggetto “una delibazione provvisoria della competenza ai soli fini del prosieguo dell'attività giurisdizionale; tanto più che in queste ipotesi è fisiologico che la cognizione del merito possa spettare ad un giudice diverso da quello chiamato ad effettuare tale valutazione, non dipendendo ciò da una erronea valutazione dell'attore al momento della proposizione della domanda. In altre parole, in questi casi la legge attribuisce al giudice la funzione di *scelta* dell'ufficio competente, affidandogli un compito che normalmente è attribuito al soggetto che chiede la tutela, e disciplinando una pronuncia sulla competenza che non ha il contenuto di una decisione su tale questione”²⁶³.

In quest'ottica, a ns. parere condivisibile, la questione di competenza sarà trattata e risolta dal giudice investito dal g.e. del merito del giudizio di opposizione, il quale giudice, ove si ritenga incompetente, potrà emanare una sentenza declinatoria in cui provvederà anche ad indicare il giudice dinanzi a

²⁶² ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1964, III, 298; MORENO, *Competenza (regolamento di)*, *Enc. dir.*, Milano, 1961, VII, 87 ss.; SANTULLI, *Il sistema dei rimedi contro le pronunce sulla competenza*, *Riv. dir. proc.*, 1979, 298 ss. che, più in generale, mira a ridurre l'esperibilità del regolamento di competenza contro i provvedimenti aventi forma diversa dalla sentenza; LA CHINA, *Diritto processuale civile*, Milano, 1991, 308 ss., in part.315, che individua nei provvedimenti sulla competenza adottati con la forma di ordinanza una “scelta” e non una “decisione” sulla competenza: essi non sono impugnabili, ma la parte contestante potrà provocare una decisione sulla scelta operata dal giudice “provocando” una sentenza con opposizione agli atti esecutivi. In giurisprudenza leggi, invece, la sola Cass.23.10.1985, n.571, *Foro it.*, 1986, I, 1379, con osservazioni di CHIARANTINI, per la quale il giudice dell'esecuzione adotta il provvedimento di cui all'art.616 come giudice cui compete la direzione del processo esecutivo.

²⁶³ In questi termini si esprime IANNICELLI, *Regolamento di competenza*, cit., 1569.

cui il processo (di opposizione) potrà trasmigrare, giudice, quest'ultimo che (egli sì) sarà obbligato a decidere la causa nel merito se le parti, in attuazione dell'art.50 c.p.c., provvederanno a riassumere dinanzi a lui il processo.

5. Rappresenta nozione comune e basilare del nostro diritto processuale civile quella in virtù della quale la questione avente ad oggetto l'attribuzione del potere di decidere una determinata controversia ad uno, piuttosto che ad altro potere giurisdizionale, sostanzia una questione di giurisdizione la quale, nel processo civile, rileva nella misura in cui è riconducibile ad una delle ipotesi indicate nell'art.37 c.p.c., che disciplina: a) l'improponibilità assoluta della domanda nei confronti della p.a.; b) il difetto di giurisdizione del giudice ordinario (istituito e regolato dalle norme sull'ordinamento giudiziario) nei confronti del giudice speciale; c) il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice straniero.

L'attuale disciplina del rilievo e della decisione delle questioni di giurisdizione è desumibile da una lettura combinata degli articoli 37, 41, 310, 362, 367 e 382 c.p.c..

In particolare, e per ciò che interessa ai nostri fini, pare opportuno ricordare che:

- il difetto di giurisdizione è rilevabile anche di ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, ove concerna le ipotesi indicate *supra*, lett. a) e b), mentre è subordinato all'eccezione di parte, da proporsi nel primo atto difensivo, ove concerna l'ipotesi indicata *sub* lett.c) (salvo che si tratti di controversia avente ad oggetto beni immobili situati all'estero, o rispetto alla quale il convenuto sia rimasto contumace, o che ricorra una ipotesi di esclusione della giurisdizione italiana per effetto di una norma internazionale, casi nei quali l'eccezione di difetto di giurisdizione continua ad essere rilevabile di ufficio: art.11 L.218/95²⁶⁴);

²⁶⁴ Ai sensi del Regolamento Comunitario 44/01 l'incompetenza del giudice è rilevabile di ufficio solo se si ricorre alla violazione di un criterio di competenza esclusiva di cui all'art.22 del medesimo regolamento (art.25), ovvero se il convenuto è contumace (art.26).

- a fronte di un così rigido regime, e per mitigare il rischio dello spreco di attività processuali inevitabilmente causato dalla sentenza con la quale la Corte di cassazione, investita di un ricorso *ex art.360, co.1, n.1 c.p.c.*, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice adito (sentenza, questa, destinata a travolgere il processo celebratosi, se del caso anche nel merito, in tutta la sua articolazione per gradi), il legislatore del 1942 c.p.c. ha introdotto lo strumento del regolamento preventivo di giurisdizione, mediante il quale, in primo grado, ciascuna delle parti può chiedere alla Suprema Corte, anteriormente alla emanazione di una qualsiasi (anche di rito) decisione sulla causa in sede di merito²⁶⁵, di risolvere, una volta per tutte, ed a mezzo regolamento, la insorta questione di giurisdizione;

- la sentenza sulla giurisdizione (declinatoria definitiva, o affermativa non definitiva), ovvero il capo di sentenza definitiva con cui il giudice dichiara la propria giurisdizione, deve essere impugnata mediante appello (o ricorso per cassazione, se la questione sorge per la prima volta, o viene riproposta, dinanzi al giudice del gravame): in mancanza, essa passerà in giudicato, e, se affermativa, precluderà un nuovo riesame della questione di giurisdizione, anche da parte della Corte di cassazione²⁶⁶;

- la sentenza con la quale il giudice di merito declina la propria giurisdizione, anche se passata in giudicato formale, non sopravvive all'estinzione del processo, né è vincolante per le parti ed il giudice dinanzi a cui la domanda dovesse essere riproposta²⁶⁷;

²⁶⁵ Cass.22.03.1996, n.2466, *Foro it.*, 1996, I, 1635 con nota di CIPRIANI, *Le sezioni unite riscrivono l'art.41 e sopprimono (o quasi) il regolamento di giurisdizione.*

²⁶⁶ Cass. S.U.14.10.1982, n.5317, *Foro it.*, Rep.1982, voce *Giurisdizione civile*, n.114; Cass.17.06.1996, n.5529, *id.*, Rep. 1996, voce cit., n. 88; Cass. 28.01.1998, n.850, *id.*, Rep. 1998, voce cit., n.120; Cass.17.12.1998, n.12618, *id.*, *ibidem*, n.121; Cass.18.12.1998, n.12699, *id.*, *ibidem*, n. 119.

²⁶⁷ Cass. S.U. 05.11.1984, n.5579, *Giust. civ.*, 1985, I, 1146, con nota di MENCHINI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di giudicato sulla giurisdizione*; Cass.12.01.1987, n.112, *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Giurisdizione civile*, n. 99; Cass. 27.01.1993, n.1007, *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1210; Cass. S.U. 23.06.1995, n.7088, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Cosa giudicata civile*, n.3; Cass. S.U. 05.02.1999, n.45, *id.*, Rep. 1999, voce cit., n.6; Cass. S.U. 19.11.1999, n.802, *id.*, *ibidem*, n. 9. In dottrina vedi MONTESANO, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili*, *Riv. dir. proc.*, 1971, 17ss.; VACCARELLA, *Inattività delle parti*, cit., 345 ss.; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 1114; PROTO PISANI, *Lezioni*, cit. Contrari, nel senso cioè che anche le sentenze dei giudici di merito sulla giurisdizione sarebbero idonee al giudicato sostanziale, FERRI, *Note in tema di pronunce*

- diversamente, se la statuizione sulla giurisdizione si associa ad una statuizione di merito, essa acquisterà autorità di giudicato esterno, con conseguente preclusione del rilievo e dell'esame della questione di giurisdizione anche in altro giudizio sullo stesso diritto²⁶⁸;
- la sentenza con la quale la Corte di cassazione dichiara l'esistenza o meno della giurisdizione in capo al giudice adito ha efficacia panprocessuale, nel

sulla giurisdizione, Pavia, 1968, 130 ss.; BONGIORNO, *Il regolamento di competenza*, cit., 97ss. e 277 ss.; LIEBMAN, *Giudicato civile*, *Enc. giur.*, vol., Milano, 1983, 9.

²⁶⁸ Leggi le sentenze citate *supra*, nt. 198, le quali, nell'escludere che le sentenze pronunciate solo sulla giurisdizione possano acquisire autorità di giudicato esterno, sottolineano la diversa soluzione da adottare con riguardo alle pronunce sulla giurisdizione che si coniugano con pronunce di merito.

Per la applicazione diretta che si opera del principio di diritto di cui si sta discorrendo, peraltro nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale/amministrativo, sembra interessante riportare la vicenda in relazione alla quale si è pronunciata Cass.04.11.1994, n.9124, *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Cosa giudicata civile*, n.4: proposto da tre professionisti ricorso al T.A.R. Lazio contro un provvedimento del Ministero dei LL.PP. di rigetto della richiesta di corresponsione di acconti su emolumenti, l'adito Tribunale, dichiarata la propria competenza giurisdizionale, respingeva il ricorso.

La sentenza, impugnata soltanto da uno dei tre litisconsorzi in primo grado, veniva riformata dal Consiglio di Stato, il quale dichiarava la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di vertenza sul diritto soggettivo alla retribuzione di attività professionale.

I tre professionisti convenivano, quindi, i Ministeri dei LL.PP. e dei Trasporti (essendo quest'ultimo succeduto al primo nel rapporto sostanziale da cui originava il diritto al compenso professionale) dinanzi al Tribunale di Roma, il quale condannava il Ministero dei Trasporti al pagamento delle somme richieste.

Proposto appello dal Ministero soccombente, la Corte di Appello di Roma dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice ordinario relativamente ai due professionisti che non avevano impugnato la sentenza del TAR Lazio, mentre rigettava il gravame relativamente al terzo professionista.

Proposto ricorso per cassazione contro la suddetta sentenza dai professionisti soccombenti, la Suprema Corte, in conformità al suo orientamento, riaffermava il principio di diritto in forza del quale "sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato, e di spiegare i propri effetti pure al di fuori del processo nel quale sono rese, quelle pronunce dei giudici ordinari o amministrativi, che coniughino statuizioni di merito con decisioni contestuali, sia pure implicite, di questioni di giurisdizione".

Orbene, il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte determina, in un caso come quello sopra esposto, la (apparente) formazione di un vincolo *ex* giudicato sulla pronuncia di giurisdizione emessa da un giudice di merito amministrativo nei confronti del giudice di merito appartenente alla magistratura ordinaria. Il fenomeno, tuttavia, non si pone in contraddizione con le regole di carattere generale esposte nel testo. Ed invero, qui la pronuncia di giurisdizione (che, peraltro, è pronuncia affermativa di giurisdizione) in tanto acquista autorità di giudicato esterno, in quanto è necessario assicurare l'immodificabilità tra le parti del giudicato sostanziale, formatosi, contestualmente, sulla pronuncia di merito.

senso che si impone in tutti i futuri giudizi che dovessero insorgere tra le stesse parti sullo stesso oggetto (arg. ex art.310 c.p.c.)²⁶⁹;

- i conflitti di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici speciali, positivi (esistenza di due sentenze affermative della giurisdizione) o negativi (esistenza di due sentenze declinatorie della giurisdizione), possono essere denunciati in ogni tempo con ricorso per cassazione (art.362, co.2, n.1, c.p.c.);

- se, chiamata a risolvere una questione di giurisdizione, la Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, le parti devono riassumere il processo entro il termine perentorio di sei mesi dalla comunicazione della sentenza (art.367, co.2, c.p.c.); se, invece, la S.C. ritiene che né il giudice adito, né alcun altro giudice ha giurisdizione, cassa il provvedimento impugnato senza rinvio (art.382 c.p.c.).

Alla stregua di siffatta disciplina, schematicamente riportata, si è in più occasioni prospettata la possibilità di estendere il meccanismo della *translatio iudicii* anche alle ipotesi in cui il giudice adito, o la Corte di cassazione, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice speciale, e del giudice italiano nei confronti di quello straniero, e di immaginare perciò, anche in questi casi, la continuazione di un processo che si articolerebbe in due fasi, la prima delle quali celebratasi dinanzi al giudice sfornito di giurisdizione. Un'operazione interpretativa, questa, chiaramente finalizzata alla conservazione degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta al giudice malamente adito, perché non avente giurisdizione sulla controversia dinanzi a lui instaurata.

Non essendo, tuttavia, quello della conservazione degli effetti prodotti dalla domanda giudiziale l'unico effetto della *translatio*, si impone, a questo punto, la necessità di verificare, *de iure condito*, la applicabilità a 360° dell'art.50 c.p.c. (o

²⁶⁹ Cass.S.U. 11.04.1981, n.2121, *Giust. civ.*, 1981, I, 686 ss.; Cass.03.02.1995, n.1311, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Cosa giudicata civile*, n.8; Cass. S.U. 05.02.1999, n.45, cit.; Cass. S.U. 19.11.1999, n.802, cit. In dottrina vedi FERRI, *Estinzione del processo ed efficacia delle sentenze regolatrici della giurisdizione*, *Riv. dir. proc.*, 1973, 135 ss; SATTA, *Commentario*, cit., II, 2, 267; VACCARELLA, *Inattività delle parti*, cit., 354; MASSARI, *Del regolamento*, cit., 455. In senso contrario, e perciò a favore dell'efficacia endoprocessuale di queste pronunce, si è espresso ANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., 1014.

comunque, del meccanismo della trasmigrazione) alle menzionate questioni di giurisdizione.

5.1. Da ormai 40 anni, dapprima timidamente, ed oggi con rinnovato vigore, si discute in dottrina della attuabilità della trasmigrazione del processo nei rapporti giudice ordinario/giudice speciale.

Il primo Studioso a discorrere di *translatio* in questo particolare ambito fu Virgilio Andrioli il quale, sulla scorta della considerazione che “gli organi di giustizia amministrativa sono speciali costituzionalmente perché non fan parte dell’ordine giudiziario...non già processualmente perché la potestà giurisdizionale di cui sono muniti non è eccezionale rispetto a quella del giudice ordinario”, affermava che “giudice ordinario e giudice amministrativo più non rappresentano due mondi incomunicabili, ma proprio perché il criterio, che li distingue, si riallaccia all’oggetto delle rispettive cognizioni, riesce applicabile il principio direttivo, in virtù del quale la competenza è non presupposto della domanda, ma condizione di legittimità dei provvedimenti del giudice (ordinario e amministrativo)”. Su tali basi, l’illustre Autore, forzando la lettera dell’articolo 367, co.2, c.p.c., “ormai posto sullo stesso piano dell’art.50 c.p.c.”, riteneva possibile la “trasmissione della causa dal giudice dei diritti al giudice degli interessi e viceversa”²⁷⁰.

L’idea di una *translatio* tra giudice ordinario e giudice amministrativo, creò immediati contrasti in dottrina²⁷¹.

Già Vaccarella, a distanza di 10 anni dalla proposta interpretativa avanzata da Andrioli, aveva infatti occasione di rilevare che, mentre il difetto di competenza è trattato dal legislatore come un vizio in ogni caso sanabile, la giurisdizione è configurata come requisito di ammissibilità della domanda, e che a questa scelta “corrisponde la conservazione del principio per cui ogni giudice ha il potere di giudicare sulla propria competenza giurisdizionale senza vincolo alcuno

²⁷⁰ ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n.2248 all. E, Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1643-1644.

²⁷¹ La prima voce contraria è di CONSO, *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 126, per il quale la sentenza declinatoria della giurisdizione annulla il processo, e coinvolge tutti gli atti precedenti, senza consentire la sopravvivenza di alcun effetto, interruzione della prescrizione compresa.

rispetto alle decisioni di giudici appartenenti ad altri ordini”. Con la previsione dell’art.362 c.p.c., d’altra parte, il legislatore ha dimostrato di voler considerare non comunicanti ed indipendenti i diversi ordini di giudici: ne conseguiva, ad avviso di questo Autore, che, quanto meno *de iure condito*, non fosse ammissibile discorre di *translatio* della causa dal giudice adito a quello dichiarato munito di giurisdizione²⁷².

Ma anche *de iure condendo*, ed in particolare sul disegno di legge n.2246 (cd. progetto Reale) - attraverso il quale, proprio in funzione della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice amministrativo espressamente previsto da un redigendo art.50 bis c.p.c., fu proposta la “conversione” del regolamento di giurisdizione da mezzo preventivo a mezzo di impugnazione, e la introduzione di un regolamento di giurisdizione di ufficio con la cui proposizione si sarebbe potuto evitare l’incontestabilità della giurisdizione dichiarata dal giudice della declinatoria in ipotesi di riassunzione della causa dinanzi al giudice indicato come fornito di giurisdizione²⁷³ - è dato registrare un dibattito che coinvolse Fabbrini da un lato, e Montesano e Tarzia dall’altro.

Alle obiezioni formulate dal primo, ad avviso del quale i giudici ordinari e amministrativi sono chiamati ad operare su situazioni sostanziali diverse, e che gravi difficoltà tecniche determina la circostanza che mentre i diritti soggettivi sono soggetti a prescrizione, gli interessi legittimi devono essere fatti valere entro un termine di decadenza, cosicché, dichiarata da parte del giudice ordinario la giurisdizione in favore del giudice amministrativo, ove pure il processo proseguisse dinanzi a quest’ultimo, egli non potrebbe che verificare e, se del caso, dichiarare la verosimile decadenza dal diritto, se non a costo di “sconvolgere totalmente il sistema della giurisdizione amministrativa”, si replicò, da parte di Montesano, che già sul piano sistematico tutte le giurisdizioni (ordinarie e speciali) sono poste in un sistema unitario con, al

²⁷² VACCARELLA, *Inattività*, cit., 127-129

²⁷³ VERDE, *Il disegno di legge n.2246 presentato al senato dal ministro Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, Riv. trim. dir e proc. civ., 1976, 642, il quale, nella propria relazione introduttiva del Convegno di Bologna del 1975 dell’Associazione fra gli studiosi del processo civile, non manca di esprimere la propria opinione, favorevole alla introduzione *de iure condendo* della *translatio* del processo dal giudice ordinario al giudice speciale e viceversa, e di rilevare che le difficoltà di coordinamento, e perciò forme e modi di tale continuazione, si sarebbero senz’altro risolte in via interpretativa.

vertice, il controllo della Corte di cassazione, e che, comunque, sarebbe iniquo che chi ha agito dinanzi al giudice ordinario, sfornito tuttavia di giurisdizione, a causa delle difficoltà insiste nella distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, incorra in decadenze; e, da parte di Tarzia, che la previsione della riassunzione era coerente con il sistema proposto dal progetto Reale, con il quale si determinava un “indubbio appiattimento” della distinzione tra giurisdizione e competenza, e, perciò, la riconduzione dei rapporti tra giudici ordinari e giudici speciali nell’ambito dei rapporti di competenza, e non di giurisdizione²⁷⁴.

A distanza di qualche anno, poi, Cipriani, occupandosi del regolamento di giurisdizione, giunse ad ammettere, già *de iure condito*, la trasmigrazione del processo celebratosi dinanzi ad organo giurisdizionale speciale, erroneamente adito, al giudice ordinario (ma non viceversa) sulla scorta della introduzione, ad opera della L.1034/71, del regolamento di giurisdizione nei giudizi davanti al T.A.R.²⁷⁵. Oriani, dal suo canto, nella contemporanea monografia sulla interruzione della prescrizione nel processo di cognizione, dopo aver affermato che anche con la pronuncia di sentenze definitive di rito i termini di prescrizione rimangono interrotti e sospesi fino al loro passaggio in giudicato, rilevava che per viscosità della tradizione, o per obiettiva carenza legislativa, la giurisprudenza non applicava “quel salutare meccanismo indicato dall’art.50 c.p.c. alle sentenze che dichiarano il difetto di giurisdizione dell’autorità

²⁷⁴ Leggi COLONNA-QUARANTA, *Osservazioni e proposte relative al disegno di legge n.2246, Riv. trim. dir. proc. civ.*, cit., 622-623.

²⁷⁵ Osservava Cipriani, *Regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1977, 168 ss., che l’art.367, co.2, c.p.c., laddove disponeva che “se la Corte di cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario le parti devono riassumere il processo...” partiva dal presupposto che il regolamento di giurisdizione potesse essere chiesto solo nei giudizi davanti al giudice ordinario. L’introduzione, operata dalla L.1034/71, del regolamento di giurisdizione anche dinanzi al T.A.R., obbligava, allora, ad adeguare la lettera della norma alla mutata situazione legislativa, non essendo accettabile che, adito il giudice amministrativo, e proposto regolamento di giurisdizione, se la Corte di cassazione confermava la giurisdizione del giudice speciale il processo non potesse essere riassunto dinanzi al giudice correttamente adito. Nessuna forzatura alla lettera dell’art.367, co.2, c.p.c., ed anzi dalla stessa lettera della legge imposta, invece, doveva ritenersi la continuazione del processo quando, adito il giudice amministrativo, e richiesto il regolamento, la Cassazione dichiarava la giurisdizione del giudice ordinario.

giudiziaria ordinaria”, e che, pertanto, anche per tali sentenze si aveva l’interruzione-sospensione della prescrizione.²⁷⁶

Successivamente, lo stesso Oriani, in occasione del suo scritto sulla *perpetuatio iurisdictionis*, muovendo dal dato legislativo rappresentato dalla competenza giurisdizionale del giudice amministrativo sui rapporti di pubblico impiego, che pure coinvolgevano diritti soggettivi, reclamava la necessità di una *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice speciale, e viceversa, “almeno nei casi di giurisdizione esclusiva”²⁷⁷. Ad avviso dello Studioso, il risultato era perseguibile già sul piano interpretativo: se, infatti, introdotto il regolamento di giurisdizione dinanzi al TAR, l’art.367, co.2, deve applicarsi quando, insorta in quella sede una questione di giurisdizione, la Corte di cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario (oltre che nell’ipotesi in cui la giurisdizione è dichiarata a favore dello stesso giudice amministrativo, per i rilievi di carattere logico già formulati da Cipriani), “non avrebbe senso e sarebbe intrinsecamente contraddittorio escludere la traslazione nel solo caso che la Corte di cassazione affermi la giurisdizione del giudice speciale decidendo su un regolamento proposto nel corso di un processo dinanzi al giudice ordinario: un fatto puramente casuale e fortuito, quale è la circostanza che il processo sia stato instaurato *ab origine* davanti ad un giudice ordinario o dinanzi ad un

²⁷⁶ ORIANI, *Processo di cognizione*, cit., 240. L’Autore, in nota, chiarisce di aver presente il difetto di giurisdizione dell’a.g.o. nei confronti del giudice speciale e viceversa, e sempre che si tratti dell’identica situazione da far valere: “ove infatti l’a.g.o. dichiara il proprio difetto di giurisdizione in quanto si verte in tema di interesse legittimo, non pare che possa sorgere né dinanzi all’a.g.o. né dinanzi al giudice speciale un problema di prescrizione: dinanzi all’a.g.o. il difetto di giurisdizione è rilevabile di ufficio *in limine litis*, e d’altra parte l’interesse legittimo non è sottoposto a prescrizione ma a decadenza”.

²⁷⁷ Proprio con riferimento ai rapporti di pubblico impiego paiono degne di nota due sentenze, l’una, più risalente, del Consiglio di Stato (Cons. Stato 07.08.1987, n.565, *Foro it.*, Rep.1987, voce *Giustizia amministrativa*, n.780), l’altra, più recente, del Tar Emilia Romagna (Tar Emilia Romagna, 24.06.1997, n.408, *id.*, Rep.1998, voce cit., n.847) in cui si afferma che “nel giudizio nel quale si fa questione di diritti soggettivi attinenti al rapporto di pubblico impiego, demandati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, trova applicazione l’istituto processuale della *translatio iudicii*, produttivo dell’effetto conservativo della domanda introduttiva; pertanto la riassunzione del giudizio, dopo l’affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo da parte della Corte di cassazione, non deve essere proposta nel termine decadenziale di cui all’art.21 l.1034/71, trovando invece applicazione il termine per la riassunzione previsto dall’art.50 c.p.c.”.

giudice speciale, non può essere la causa unica e determinante della possibilità di farsi luogo a trasmigrazione”. A siffatta “forzatura” dell’art.367, co.2, c.p.c. Oriani non riteneva essere di ostacolo nemmeno l’art.382, ult. co., c.p.c., il quale, correttamente interpretato, impone alla Suprema Corte che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice adito di cassare senza rinvio solo quando non è individuabile, nell’ordinamento, un altro giudice fornito di giurisdizione (ciò che accade quando viene dichiarata la improponibilità assoluta della domanda nei confronti della p.a., o la competenza giurisdizionale del giudice straniero). La trasmigrazione veniva inoltre ritenuta possibile anche quando la sentenza declinatoria fosse stata resa dal giudice di merito. Tuttavia, non si negava, da parte di questo Autore, che l’ammissibilità della *translatio* ponesse problemi di coordinamento che dovevano trovare risposta in sede legislativa²⁷⁸. Anche Proto Pisani, nel redigere una proposta di riforma della disciplina della giurisdizione e della competenza, nel 1984 riteneva i tempi maturi per la introduzione del principio di salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda proposta dinanzi al giudice sfornito di giurisdizione, “cioè in sostanza il principio della continuazione (con le modifiche o gli adeguamenti della domanda necessari) del processo dal giudice che declina la giurisdizione a quello indicato, con la contestuale previsione – ove la trasmigrazione avvenga a seguito della pronuncia di un giudice di merito – del regolamento di ufficio sollevabile su istanza del secondo giudice”²⁷⁹.

Ed invero, la *translatio iudicii* nei rapporti giudice ordinario/giudice speciale, torna a comparire in un disegno di legge delega, quello predisposto dalla Commissione per la revisione delle norme del codice di procedura civile presieduta da Tarzia, in cui, “per eliminare i gravi effetti che la pronuncia definitiva di difetto di giurisdizione ha oggi sulla situazione sostanziale tutelanda”, si prevedeva la riassunzione e continuazione del processo davanti al giudice indicato nella sentenza declinatoria del giudice adito per difetto di giurisdizione, la proponibilità del regolamento di giurisdizione anche come

²⁷⁸ ORIANI, *La perpetuatio iurisdictionis*, *Foro it.*, 1989, V, 70, nt.146.

²⁷⁹ PROTO PISANI, *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e competenza*, *Foro it.*, 1984, V, 103. Lo stesso Autore si esprime nuovamente a favore della *translatio* in *Appunti sulla giurisdizione*, *Foro it.*, 1994, V, 14 ss.;

mezzo di impugnazione contro la sentenza che avesse pronunciato sulla sola giurisdizione, e la formazione del vincolo per il giudice *ad quem* dell'indicazione in suo favore fatta dal giudice *a quo* se la sentenza declinatoria non fosse stata impugnata, ovvero se la indicazione fosse provenuta dalla Corte di cassazione.²⁸⁰

In questo contesto, la giurisprudenza ha continuato ad escludere ogni forma di *translatio* nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale, sia in una direzione, che in quella opposta²⁸¹.

Il dibattito ha ricevuto nuova linfa dalla previsione, ad opera del legislatore del 1998, della distribuzione delle controversie tra giudice ordinario e giudice amministrativo per blocchi di materie (e, perciò, dall'ampliamento delle ipotesi di giurisdizione cd. esclusiva, in forza della quale anche il giudice amministrativo può conoscere e giudicare su diritti soggettivi)²⁸², e dal successivo e recente intervento della Corte Costituzionale, che con sentenza del 06.07.2004, n.204²⁸³, ha notevolmente ridimensionato l'ambito della

²⁸⁰ TARZIA, *Relazione al disegno di legge delega*, Riv. dir. proc. civ., 1996, 973-974.

²⁸¹ Tribunale Napoli, 03.08.1965, *Dir e giur.*, 1966, 380; Cass.10.05.1974, n.1328, *Foro it.*, Rep.1974, voce *Competenza e giurisdizione in materia civile*, n.260; TAR Lombardia 09.04.1983, n.349, *id.*, Rep.1983, voce *Giustizia amministrativa*, n.264; TAR Sicilia Catania, 03.02.1990, n.37, *id.*, Rep.1992, voce cit., n.867; TAR Sicilia Catania, 29.12.1993, 1067, *Giur. amm. Sic.*, 1994, 170, per il quale, quando il giudice ordinario dichiara il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo, "non può parlarsi di riassunzione e prosecuzione del processo instaurato in ordine ad una questione che non poteva in radice essere proposta dinanzi all'A.G.O."; Cass. 23.03.2000, n.3473, *Foro it.*, Rep.2000, voce *Elezioni*, n.144-145, la quale ha affermato che l'impedimento della decadenza non è raggiunto da una domanda proposta a giudice non appartenente al medesimo ordine giurisdizionale di quello fornito di *potestas iudicandi*; Cass.25.11.2003, n.17934, *id.*, Rep. 2003, voce *Procedimento civile*, n. 358, che ha escluso la *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice tributario, atteso che la stessa presuppone l'identità della giurisdizione nel cui ambito è costituito il rapporto processuale (dichiarando perciò decaduta dall'opposizione avverso cartella esattoriale emessa al fine della riscossione di sanzioni amministrative irrogate per violazioni del codice della strada la parte che aveva impugnato l'atto prima, tempestivamente, davanti al giudice tributario, e, in seguito alla declinatoria di giurisdizione, dinanzi al giudice ordinario); Cass.16.12.2003, n.19218, *id.*, Rep. cit., voce *Espropriazione per p.i.*, nn.68, 69, e 197.

²⁸² Ci si riferisce al d. lgs. 31.03.1998, n.80, ed alle successive modifiche, intervenute a mezzo L. 21.07.2000, n.205.

²⁸³ *Foro it.*, 2004, I, 2594, con note di BENINI, *La "medesima natura" delle controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva*, di TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998, n.80, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 06 luglio 2004, n.204*, e di FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione*

giurisdizione esclusiva, determinando “imbarazzo” per la sorte di quei processi pure correttamente instaurati dinanzi al giudice amministrativo il quale, venutosi ora a trovare in una situazione di carenza di giurisdizione, stante l’atteggiamento negativo della giurisprudenza nei confronti della *translatio*, non potrà che pronunciare sentenza declinatoria, che legittimerà solo una riproposizione della domanda dinanzi al giudice ordinario.

Al di là, infatti, delle diffuse adesioni, se non *iure condito*, quanto meno *de iure condendo*, e da parte di alcuni con qualche limitazione, alla trasmigrazione del processo nel particolare ambito di cui si sta discorrendo²⁸⁴, non può sorvolarsi sulla iniquità di un sistema che penalizza, anche irrimediabilmente, chi, sovente

“esclusiva” alla giurisdizione del giudice amministrativo. Con la citata sentenza, in particolare, la Corte Costituzionale, nel dichiarare la illegittimità costituzionale dell’art.33, commi 1 e 2, del d.lgs. 80/1998, come sostituito dall’art.7 della L.205/2000 nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi tra le amministrazioni pubbliche e i gestori, ed in particolare le controversie riguardanti le “attività e prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell’espletamento di pubblici servizi”, ha avuto modo di chiarire che l’articolo 103, comma 1, della Costituzione ha conferito al legislatore il potere di indicare “particolari materie” nelle quali la tutela nei confronti della p.a. investe “anche” diritti soggettivi, un potere che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato della materia, e mediante il quale il legislatore può ampliare l’area della giurisdizione esclusiva, purchè, ben inteso, “lo faccia con riguardo a materie (in tal senso particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la p.a.- autorità, la giurisdizione generale di legittimità”. Da questa interpretazione del criterio distributivo della giurisdizione enunciato nell’art.103 Cost. consegue che non è sufficiente né la mera partecipazione della p.a. al giudizio, né il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia, perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo.

²⁸⁴ BUONCRISTIANI, *Giurisdizione, competenza, rito e merito (problemi attuali e possibili soluzioni)*, Riv. dir. proc., 1994, 185 (con riguardo, tuttavia, ai soli casi in cui l’oggetto del processo non è diverso, per discutersi in un ambito di diritto soggettivo, e nell’altro di interesse legittimo); ACONE, *Codice di procedura civile commentato* a cura di Verde e Vaccarella, cit., 514; CONSOLO, *Il processo amministrativo tra snellezza e “civiltà”*, Corr. Giur., 2000, 1266 (e successivamente ID., *Competizione sì, ma più che altro fra riti e fra legislatori processuali (sulla legge 80/2005)*, Corr. giur., 2005, 893); MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, II, Padova, 2000, 684 (limitatamente alla sentenza della Corte di cassazione); LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2000, 434 (limitatamente alla sentenza della Corte di cassazione); PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 253; VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 2002, I, 49 ss.; DALFINO, *I regolamenti di giurisdizione e competenza*, Foro it., 2003, I, 2797 (per il quale la mancata, espressa previsione della *translatio* nei rapporti tra il giudice ordinario ed il giudice speciale contrasta con la garanzia del diritto di azione e di difesa e con il principio che ammette la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione); BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, 1, Bari, 2004, 145 (in una prospettiva *de iure condendo*); BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino, 2004, 108-109.

a causa della difficoltà insita sia nella distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, sia nella interpretazione delle norme attributive di giurisdizione esclusiva, erra nell'individuare il giudice fornito di giurisdizione²⁸⁵.

L'iniquità è ancora più marcata ove si consideri che, proprio il fenomeno della distribuzione della giurisdizione per cd. blocchi di materia, avvicina il requisito legittimante della giurisdizione a quello della competenza, ed in particolare alla competenza per materia²⁸⁶, rispetto alla violazione dei cui criteri trova comunque applicazione il meccanismo della trasmigrazione, per quanto i suoi effetti siano poi mitigati dalla previsione del regolamento di competenza di ufficio.

Non a caso, pertanto, chi si era già espresso a favore della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice speciale, ha aggiunto nuove argomentazioni a supporto della propria tesi, incontrando il favore anche di chi, in passato, aveva optato per posizioni meno "estremiste".

Oriani, in particolare, in tre suoi recentissimi scritti dedicati espressamente alla problematica in esame, dopo aver esaminato la più recente giurisprudenza, e

²⁸⁵ E' degno di nota che la giurisprudenza amministrativa, proprio in caso di oggettiva difficoltà nell'individuazione del giudice fornito di giurisdizione, e di proposizione della domanda dinanzi al giudice amministrativo a termine di decadenza scaduto ma dopo che, proposta domanda al giudice ordinario, questi si è dichiarato sfornito di giurisdizione, fa ricorso all'istituto dell'errore scusabile (su cui vedi, per tutti, RIVA CRUGNOLA, *Errore. III. Errore scusabile*, *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, nonché, per risalire alla prima applicazione dell'istituto, Cons. Stato, 23.07.1932, *Giur. it.*, 1933, III, 1, riportata anche da ORIANI, *Giudice ordinario, giudice speciale, translatio iudicii?*, *Corr. giur.*, 2005, 1471) per rimettere in termini la parte: cfr., ad esempio, Cons. Stato, 30.06.1983, n.543, *Cons. Stato*, 1983, I, 799; Cons. Stato 27.03.1995, n.194, *Foro amm.*, 1995, 582; Cons. Stato, 16.06.2003, n.3384, *id.*, 2003, 1967. Ma l'istituto dell'errore scusabile non può essere considerato una valida alternativa alla *translatio iudicii* nella misura in cui postula un provvedimento *ad hoc* ed una valutazione discrezionale da parte del giudice, elementi, questi, mediante i quali si finirebbe per "salvare" il diritto di azione e di difesa della parte secondo un criterio assolutamente ingovernabile: così ORIANI, *Ancora sulla translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale*, *Corr. giur.*, 2004, 1189. Ed infatti leggi, in senso contrario all'applicabilità dell'istituto dell'errore scusabile in caso di precedente pronuncia di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, Cons. Stato, 20.02.1980, n.282, *id.*, 1990, 434; Cons. Stato 05.12.1992, n.988, *id.*, 1992, 2706.

²⁸⁶ Ritenevano che i rapporti tra giudici ordinari e giudici speciali appartenessero, in realtà, alla sfera della competenza per materia, AZZARITI, *Della competenza e del regolamento di competenza*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 85; REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., II, 135 ss.; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, II, 38; ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, 127; GIONFRIDA, *Competenza civile*, cit., 81; BONGIORNO, *Il regolamento di competenza*, cit., 62 ss.

sottolineato le inaccettabili conseguenze pratiche cui ha condotto la persistente negazione di ogni forma di *translatio* tra i due ordini giurisdizionali²⁸⁷, ha ripreso le sue antiche argomentazioni (incentrate su una interpretazione “aggiornata” degli articoli 362, co.2, c.p.c. e 382, ult. co., c.p.c.), ed ha dato ulteriore sviluppo alla sua idea, ritenendo che non solo le sentenze della Corte di cassazione, ma anche quelle del giudice del merito declinatorie della giurisdizione possono consentire la continuazione del processo, non essendo prospettabile sul piano della dinamica procedimentale una differenza di poteri tra giudice di merito e Corte di cassazione, né accettabile che la parte, che pure “condivide” la sentenza declinatoria di giurisdizione pronunciata dal giudice di merito, debba, necessariamente, prima appellare e poi proporre ricorso per cassazione contro siffatta sentenza, al solo fine di beneficiare del meccanismo della *translatio*.

Una volta ammessa la trasmigrazione anche tra giudici di merito, tuttavia, ad avviso di questo Autore, il giudice *ad quem* non sarebbe vincolato alla designazione, e potrebbe a sua volta declinare la giurisdizione. In un contesto di doppia negatoria, e “per evitare una situazione di stallo nel processo”, sarebbe sempre possibile per le parti rivolgersi alla Corte di cassazione ai sensi dell’art.362 c.p.c.²⁸⁸.

In questo modo Oriani si pone in palese contrasto con chi, in un recente lavoro, ha distinto a seconda che la pronuncia di giurisdizione venga emessa dalla Corte di cassazione o dal giudice di merito, ammettendo la *translatio* nel primo caso - anche in considerazione di quanto è già acquisito dalla nostra

²⁸⁷ L’avvocato “prudente”, incerto nell’individuazione dell’A.G. fornita di *potestas iudicandi*, finirà sempre per proporre la domanda sia davanti al giudice ordinario, sia davanti al giudice amministrativo, e ciò per evitare di ritrovarsi con una pronuncia dichiarativa del difetto di giurisdizione del giudice adito che, anche quando il diritto fosse stato esercitato tempestivamente, e cioè nel rispetto dei termini di decadenza o di prescrizione prescritti dalla legge, negata ogni *translatio iudicii* tra i due ordini, comporterà l’impossibilità di riproporre *ex novo* la domanda per essere nel frattempo scaduti i relativi termini. Il tutto con buona pace del principio di economia dei giudizi: vedi ancora ORIANI, *op. ult. cit.*, , 1187 ss., nonché, con maggiore incisività, ID., *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit., 1464

²⁸⁸ ORIANI, *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, *Foro it.*, 2004, V, 9 ss.; ID., *Ancora sulla translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale*, cit., 1187 ss.; ID., *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit., 1467 ss, dove l’Autore si sofferma anche sulla necessità, realizzabile mediante la *translatio iudicii*, di garantire che il processo si concluda, per quanto possibile, con sentenza di merito.

cultura processualcivilistica, e cioè che la Corte di cassazione è giudice della giurisdizione anche nei confronti dei giudici speciali, e che le sentenze sulla giurisdizione pronunciate dalla Suprema Corte sono idonee ad acquistare efficacia panprocessuale – e negandola nel secondo, sia perché nessuna norma prevede il vincolo per il giudice *ad quem*, sia perché non sono previsti strumenti per consentire al giudice designato di adire la Cassazione e chiedere il regolamento²⁸⁹.

Alla ammissibilità della *translatio iudicii* anche nella direzione giudice ordinario-giudice speciale, ed anche in caso di declinatoria pronunciata dal giudice di merito, ha tuttavia prestato consenso anche Cipriani (che pure, in passato, si era assestato su posizioni più caute), il quale ha in aggiunta osservato che a favore della utilizzabilità del meccanismo della trasmigrazione nei rapporti di giurisdizione depone anche l'art.382, co.1, c.p.c., il quale, disponendo che la Corte di cassazione, dopo aver statuito sulla giurisdizione, deve determinare, “quando occorre, il giudice competente”, dimostra che vi sono casi in cui questa determinazione non è necessaria, e sono le ipotesi di difetto di giurisdizione nei confronti della p.a. o del giudice straniero, e casi in cui questa determinazione occorre, e sono appunto le ipotesi di difetto di giurisdizione nei confronti del giudice speciale o ordinario²⁹⁰.

Per quanto non possa disconoscersi che, in un tempo in cui la previsione dell'art.50 c.p.c. già era sentita come una conquista, le norme del codice di rito qui chiamate in causa non erano state scritte per legittimare una *translatio iudicii* anche nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale, e viceversa, non può parimenti negarsi che i mutamenti legislativi nel frattempo occorsi (e ci si riferisce in particolare alla introduzione del regolamento di giurisdizione anche nei giudizi davanti al T.A.R., ed alla distribuzione della giurisdizione per blocchi di materie), e una maggiore sensibilità verso i principi di economia processuale,

²⁸⁹ GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, 313 ss., la quale riconosce in capo alla Corte di cassazione anche la possibilità di “trasformare” la domanda di tutela di un diritto soggettivo in domanda di tutela di un interesse legittimo, ovvero di operare una diversa qualificazione giuridica della pretesa consistente in un diritto soggettivo.

²⁹⁰ CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005. Ha valorizzato l'argomento esegetico tratto dall'art.382 c.p.c. anche ORIANI, *Giudice ordinario*, cit., 1467.

di ragionevole durata del processo, e di diritto di azione e di difesa, legittimano, a pieno titolo, una operazione interpretativa che consenta la trasmigrazione del processo anche nel particolare ambito di cui si sta discorrendo.

Mentre, tuttavia, l'interpretazione degli articoli 362 e 382 del codice di rito, autorevolmente effettuata e supportata, non crea imbarazzi sul piano operativo quando la continuazione del processo dinanzi al giudice fornito di giurisdizione rinviene il suo fondamento in una sentenza della Suprema Corte²⁹¹, non altrimenti può dirsi quando si ammette la trasmigrazione anche a seguito di sentenza declinatoria della giurisdizione del giudice di merito.

Ed invero, chi l'ha esclusa, ha affermato che nessuna norma prevede il vincolo per il giudice *ad quem*, mentre chi l'ha ammessa ha affermato che essa può prescindere dal vincolo.

Orbene, quando abbiamo esaminato i rapporti tra gli articoli 44, 45 e 50 c.p.c., ci siamo a lungo soffermati sull'effetto di incontestabilità della competenza che consegue alla continuazione del processo, ed abbiamo ritenuto di poter condividere l'opinione di chi ha posto in evidenza che siffatta incontestabilità discende in via diretta dal giudicato formale che, mancata la proposizione del regolamento necessario di competenza, si forma sulla pronuncia declinatoria di competenza, sia sulla parte negativa, sia su quella positiva. Siffatto giudicato, peraltro, investendo una pronuncia di mero rito, ed avendo perciò natura formale, in tanto si impone al giudice *ad quem* in quanto il processo dinanzi a lui instaurato è lo stesso di quello nel quale il giudicato si è formato. Trattasi, insomma, di un giudicato interno, come tale non superabile nel corso del processo.

La incontestabilità della incompetenza dichiarata e della competenza indicata, in altri termini, è un effetto della continuazione, ed in tanto può essere superata dal giudice *ad quem*, in quanto il legislatore gli ha riconosciuto, limitatamente a certe ipotesi, uno strumento atto a superare il giudicato formatosi sulla sentenza di incompetenza, e cioè il regolamento di ufficio.

²⁹¹D'altra parte, non solo la Suprema Corte è organo regolatore della giurisdizione anche nei confronti del giudice speciale (vedi l'art.111, ult. co., Cost., e l'art.362, co.1, c.p.c.), ma risulterebbe anche priva di utilità pratica una sentenza della Cassazione resa a seguito di ricorso proposto per motivi attinenti alla giurisdizione che non sia in grado di imporsi al giudice speciale.

Sulla scorta delle osservazioni formulate a proposito della sentenza di incompetenza, e qui sinteticamente riportate, è consentito allora affermare sia che la *translatio* tra giudice ordinario di merito e giudice speciale non è esclusa dalla mancanza di una norma che prevede il vincolo, perché alla *translatio* è connaturato il vincolo²⁹², sia che non può immaginarsi una *translatio* tra giudici di merito senza vincolo.

Spieghiamoci meglio. Se il Tribunale ordinario declina la propria giurisdizione a favore del tribunale amministrativo, ammessa la *translatio*, può accadere che la sentenza declinatoria non sia appellata: essa passerà in giudicato formale, e non potrà non vincolare il giudice *ad quem* che, sebbene diverso da quello *a quo*, è giudice di un processo che ha conservato identità, proprio perché, riassunto, “continua”: diversamente opinando, si negherebbe forza al principio in virtù del quale, formatosi il giudicato su una questione all'interno del processo, su di essa non è consentito ritornare, anche se la questione è rilevabile di ufficio, dovendosi il regime del rilievo coordinare con il sistema delle impugnazioni.

Pertanto, nella opposta ipotesi in cui la sentenza sia oggetto di appello, e, se del caso, di successivo ricorso in cassazione, resterebbe da chiarire la sorte del processo riassunto, di cui, per evitare spreco di attività processuali, sarebbe auspicabile una sospensione, magari con norma da introdursi *ad hoc*.

I rilievi sopra formulati comportano, a parere di chi scrive, che se diciamo che la *translatio iudicii* è ammissibile, già *de iure condito*, anche a seguito della declinatoria di giurisdizione dei giudici di merito, perché non c'è differenza di poteri nella dinamica procedimentale tra giudice di merito e Corte di cassazione, e perché sarebbe assurdo dover ricorrere in cassazione solo per poter accedere al meccanismo della trasmigrazione, allora, in mancanza di un regolamento di giurisdizione di ufficio, che solo consentirebbe di superare il giudicato che eventualmente si andrebbe formando sulla sentenza declinatoria, dobbiamo giocoforza ritenere che il giudice *ad quem* è vincolato sia dalla

²⁹² In questa prospettiva, il dubbio di costituzionalità sollevato da Gasperini, *op. loc. cit.*, 322, rimane privo di fondamento: non c'è infatti bisogno dell'intervento della Corte Costituzionale per introdurre *translatio* e vincolo tra giudici (ordinari e speciali) di merito.

declinatoria, sia dalla designazione in suo favore fatta dal giudice *a quo*, e non può a sua volta dichiarare il difetto di giurisdizione²⁹³.

Se poi ci sembra che il sistema non sia ancora pronto per sopportare una siffatta conseguenza, allora, *de iure condito*, dobbiamo “accontentarci” di una *translatio* solo “verticale”, ed auspicarci un vicino intervento del legislatore affinché questi introduca, anche nell’ambito delle questioni di giurisdizione, uno strumento simile al regolamento di competenza di ufficio, che ancora una volta funzionerebbe da compromesso tra chi (la magistratura) è tendenzialmente gelosa della propria autonomia decisionale, e chi (la dottrina ormai maggioritaria), con maggiore obiettività, incentra la sua analisi sui vantaggi pratici che il meccanismo della *translatio iudicii* può arrecare anche nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale, e viceversa²⁹⁴.

²⁹³ In questo modo scomparirebbero i conflitti negativi di giurisdizione, ma non per questo l’art.362 c.p.c. risulterebbe “privo di materia” (così, invece, ORIANI, *Sulla translatio*, cit., 15), potendo ancora assolvere alla funzione di denunciare i conflitti positivi di giurisdizione che, in mancanza di una rimeditata riflessione sulla configurabilità della litispendenza tra giudizio civile e giudizio amministrativo, continuerebbero a prospettarsi.

²⁹⁴ Con il disegno di legge n.4578 redatto dalla Commissione ministeriale di studio per la riforma del processo civile, presieduta da Vaccarella, approvato dal Governo nella riunione del 24.10.2003, e presentato alla Camera dei deputati il 19.12.2003, il legislatore si è proposto, invero di “rivedere la disciplina della giurisdizione nei rapporti tra l’autorità giudiziaria ordinaria e la giustizia amministrativa, contabile e i giudici speciali, prevedendo la traslazione del processo se, nel termine perentorio fissato dalla legge, la domanda è riproposta al giudice munito di giurisdizione” (vedi art.2 del menzionato d.d.l.).

I principi direttivi enunciati nel menzionato disegno di legge sono stati trasfusi nella L.80/2005, che ha convertito in legge il D.L. n.35 del 14.03.2005, ed ha delegato il Governo alla modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato, nonché alla riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

Peraltro, chiamata ad esprimere il suo parere sullo schema del decreto di attuazione della legge delega (e tanto ai sensi dell’art.93 del R.D. 30.01.1941, n.12 sull’ordinamento giudiziario), l’Assemblea generale della Suprema Corte ha proposto al Governo la sostituzione del secondo comma dell’art.367 c.p.c. col seguente “Le parti debbono riassumere il processo davanti al giudice ordinario o speciale di cui la corte dichiara la giurisdizione entro il termine perentorio di sei mesi dalla comunicazione dell’ordinanza”, e la sostituzione del primo e secondo comma dell’art.382 c.p.c. col seguente primo comma: “La corte, se decide una questione di giurisdizione o di competenza, statuisce su queste, dà i provvedimenti necessari per la prosecuzione davanti al giudice, ordinario o speciale, di cui dichiara la giurisdizione o la competenza e, se occorre, rimette le parti in termini affinché provvedano nei modi pertinenti alla loro difesa”.

5.1.1. L'ammissibilità della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice speciale, *de iure condito* o *de iure condendo*, pone, come già in passato rilevato, problemi di coordinamento che non possono che trovare soluzione in sede legislativa.

Si tratterà, in particolare, di chiarire se di *translatio* tra due diversi ordini giurisdizionali possa discorrersi solo quando il difetto di giurisdizione è causato da una errata individuazione dell'organo fornito di *potestas iudicandi* in relazione ad una controversia avente un oggetto ben individuato (diritto soggettivo o interesse legittimo), od anche quando vi è stata, *ab origine*, una errata qualificazione dell'oggetto della controversia che ha inciso sull'individuazione dell'Autorità Giudiziaria a cui rivolgersi (in questo caso, infatti, mutando l'oggetto della domanda, non si avrebbe più quella identità di azione proposta dinanzi al giudice sbagliato che funge da presupposto della *translatio*); se, declinata la giurisdizione da parte del giudice adito, il termine di riassunzione (di cui si dovrà stabilire la decorrenza e la durata) debba rimanere sospeso fino al passaggio in giudicato della sentenza declinatoria; si tratterà, ancora, di verificare la compatibilità delle soluzioni cui è giunta la giurisprudenza, non sempre in accordo con la dottrina, quando si è occupata dei problemi emersi in sede di coordinamento tra fase svoltasi dinanzi al giudice incompetente, e processo in corso dinanzi al giudice competente²⁹⁵.

Quel che è certo, ad ogni modo, è che il meccanismo della trasmigrazione, applicato al particolare ambito dei rapporti di giurisdizione tra giudici italiani, consentirà di conservare gli effetti processuali e sostanziali prodotti dalla domanda dinanzi al giudice originariamente, ma erroneamente adito.

E qui si impongono una notazione prima, ed una riflessione poi, sui più importanti effetti sostanziali prodotti dalla domanda giudiziale, l'interruzione-sospensione del termine di prescrizione, e l'impedimento della decadenza.

Quanto alla prescrizione, deve osservarsi che, esclusa la *translatio*, il termine di prescrizione, interrotto e sospeso dalla domanda proposta dinanzi al giudice

²⁹⁵ Vedi par.7 del capitolo III

sfornito di giurisdizione, decorre *ex novo* dal passaggio in giudicato della sentenza declinatoria di giurisdizione²⁹⁶.

E', pertanto, in relazione a questo momento che, riproposta la domanda dinanzi al giudice fornito di giurisdizione, dovrà verificarsi il rispetto del termine di prescrizione del diritto.

Diversamente, ove dovesse ammettersi la *translatio*, essendo verosimile ricollegare anche in questo ambito alla mancata riassunzione del processo la sua estinzione, la parte potrebbe incorrere nel rischio di "incappare" nella "sanzione" dell'art.2945, co.3, c.p.c, ove non provveda ad attivarsi tempestivamente per la riassunzione, e cioè potrebbe ritrovarsi ad azionare un diritto ormai prescritto, per essere stato il relativo termine solo interrotto dalla "prima" domanda giudiziale, e non anche sospeso, in conseguenza della estinzione del processo.

Sotto questo aspetto può ben dirsi che "l'impossibilità di una *translatio*...è di sicuro meno pericolosa, ed anzi sotto qualche profilo addirittura vantaggiosa" con riguardo all'effetto sostanziale della interruzione della prescrizione²⁹⁷.

E' con riferimento all'impedimento della decadenza, perciò, che la previsione di una *translatio iudicii* tra giudici ordinari e speciali produrrà tutti i suoi benefici effetti. Solo ammettendo la trasmigrazione del processo potrà infatti evitarsi che il cittadino, a causa di una obiettiva difficoltà nell'interpretazione della legge che distribuisce la giurisdizione tra le diverse Autorità Giudiziarie, o perché trovasi ad azionare una pretesa che si colloca al confine tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, od anche perché "indotta" in errore dalle indicazioni sull'Autorità cui ricorrere che pure devono essere contenute nel provvedimento amministrativo che si intende impugnare²⁹⁸, adito l'organo

²⁹⁶ Vedi, per tutti, ORIANI, *Processo di cognizione*, 240 ss.

²⁹⁷ In questi termini ORIANI, *Sulla translatio*, op. cit., 11, nt.15. *Contra*, nel senso cioè che la mancanza di *translatio* pregiudica il titolare del diritto anche in punto di prescrizione, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 2004, 60; BOVE, *Lineamenti*, cit., 108.

²⁹⁸ Vedi art.3, co.4, della L.07.08.1990, n.241.

giurisdizionale sbagliato, riproposta la domanda, subisca una pronuncia di rigetto nel merito per essere decaduta dal diritto di azione²⁹⁹.

L'orientamento consolidato della giurisprudenza, in forza del quale, con riferimento a quelle ipotesi in cui la decadenza deve essere impedita dall'esercizio dell'azione entro un certo termine, l'effetto in parola potrà prodursi solo se la domanda giudiziale sarà poi in grado di sfociare in una sentenza di merito³⁰⁰, comporta, infatti (quasi sempre considerata la brevità dei termini di decadenza) che alla sentenza declinatoria della giurisdizione consegue la decadenza dal diritto, e ciò anche quando il diritto sia stato azionato nel rispetto dei termini.

Ed è appunto a questo riguardo che si impone una riflessione. La *translatio iudicii*, quando e se ammessa, non potrà comunque funzionare come rimessione in termini di chi, anche se nella sede sbagliata, ha comunque esercitato il proprio diritto oltre il termine di decadenza eventualmente previsto dalla legge. Conservare un effetto sostanziale della domanda giudiziale non significa attribuirlo *ex novo*, cosicché, se, per avventura, l'azione fosse stata proposta non solo davanti al giudice errato, ma anche in dispregio di un termine di decadenza, la *translatio iudicii*, ove realizzata, varrà soltanto a garantire che la decisione di rigetto della domanda sia resa dal giudice fornito di *potestas iudicandi*³⁰¹.

Né avrebbe senso obiettare che, così ragionando, la ammissibilità della *translatio* nei rapporti giudice ordinario-giudice speciale, ed in particolar modo giudice

²⁹⁹ Si considerino, per tutti, i casi decisi da Cass.23.03.2000, n.3437, cit., e Cass.25.11.2003, n.17934, *Foro it.*, Rep.2003, voce *Procedimento civile*, n.358, significativamente e compiutamente esposti, proprio in questa prospettiva, da ORIANI, rispettivamente in *Translatio iudicii*, cit., 9, nt.2, ed in, *Ancora sulla translatio iudicii*, cit., 1190.

³⁰⁰ Per la Corte di cassazione, infatti, nelle ipotesi in cui l'atto impeditivo consiste nell'azione, l'esercizio di tale diritto è visto come evento idoneo ad impedire la decadenza non perché espressione di una volontà sostanziale da parte del titolare del diritto, ma in quanto atto idoneo ad instaurare un rapporto processuale, idoneo a pervenire ad una sentenza di merito: in questi termini Cass.03.07.1980, n.4214, *Foro it.*, Rep.1980, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 194. Per ulteriori indicazioni, anche della dottrina, leggi la nota di DELLA PIETRA a Cass.14.04.1994, n.3505, *Foro it.*, 1995, I, 2229.

³⁰¹ La riflessione sembra coerente con l'orientamento in forza del quale, proposto appello intempestivo al giudice incompetente, la *translatio* non varrebbe ad evitare una pronuncia di inammissibilità dell'impugnazione (vedi *retro*, cap.III, par.2).

ordinario-giudice amministrativo, perderebbe una delle sue principali ragioni d'essere, atteso che può sovente accadere che, colui che è titolare di un interesse legittimo, da far valere sempre in un termine di decadenza, ritenga di dover azionare un diritto soggettivo, e si preoccupi perciò di rispettare solo il termine di prescrizione.

Ed infatti, non solo, trasmigrato il processo dinanzi al giudice amministrativo, se davvero la qualificazione della pretesa azionata appaia difficile ed incerta, il ricorrente potrà beneficiare dell'istituto dell'errore scusabile (che, a differenza della *translatio*, funziona - esso sì - da rimessione in termini³⁰²), ma soprattutto la *translatio iudicii* conserverebbe intatte le sue caratteristiche di meccanismo "salutare" in tutte quelle ipotesi (che poi sono quelle che hanno destato maggiore preoccupazione) in cui la decadenza è stata comunque impedita, atteso che, finalmente, la mancanza (o la sopravvenuta mancanza) di giurisdizione in capo al giudice adito non sarebbe più in grado di condizionare (*id est* porre nel nulla) l'effetto impeditivo prodotto dalla domanda originaria.

5.2 Stranamente, la Corte di cassazione, mentre è sempre stata risoluta nel negare ogni trasmigrazione del processo dal giudice ordinario al giudice speciale, e viceversa, con la sentenza n.5357 del 18.06.1987³⁰³ ha ritenuto applicabile l'art.50 c.p.c., e l'effetto conservativo dell'impedimento della decadenza che ad esso consegue, nei rapporti tra giudici di Stati firmatari della Convenzione di Bruxelles del 1925 sulla polizza di carico³⁰⁴.

³⁰² Sulla possibile coesistenza della *translatio iudicii* con l'istituto dell'errore scusabile, destinato tuttavia ad operare in casi assolutamente marginali, e cioè quando esso si configuri quale unico strumento capace di garantire il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ORIANI, *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit., 1470 ss., in part. 1473.

³⁰³ *Foro it*, 1988, I, 1203

³⁰⁴ Nel caso posto all'esame della Corte era accaduto che, assunto da una società italiana il trasporto per mare di una partita di tubi per conto di una società francese, e riscontrati degli ammanchi nel carico nel porto (algerino) di destinazione, la società francese convenne in giudizio dinanzi al Tribunale di Commercio Marsiglia sia la società francese assicuratrice del carico, sia la società vettrice, nel termine annuale di decadenza dalla consegna della merce nel porto algerino, così come prescritto dall'art.3, n.6, della Convenzione di Bruxelles del 1924 sulla polizza di carico concernente il trasporto marittimo internazionale. Sennonché, il Tribunale di Marsiglia condannò la società assicuratrice, ma dichiarò la propria incompetenza giurisdizionale

La Suprema Corte, a dire il vero, ha innanzitutto ritenuto che, ai sensi dell'art.3, n.6, co.4, della Convenzione di Bruxelles del 1924, che costituisce *lex specialis* rispetto alle norme generali vigenti, la decadenza è impedita dal mero esercizio del diritto potestativo di azione da parte dell'interessato, “mentre non è necessario, allo stesso effetto, il riconoscimento della competenza giurisdizionale del giudice adito”. E poi ha ritenuto che, non potendo l'effetto impeditivo provocato dalla domanda rivolta ad un giudice straniero privo di giurisdizione perdurare illimitatamente nel tempo, fosse necessario coordinare le disposizioni della Convenzione di Bruxelles del 1924 – che introducono nel diritto interno la “particolare regola” dell'effetto impeditivo della decadenza prodotto dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione – con le disposizioni finitime del diritto interno, che di tale effetto assicurano la conservazione.

L'operazione interpretativa di coordinamento ha condotto alla individuazione dell'art.50 c.p.c. quale norma che – anche alla stregua della giurisprudenza formatasi sull'effetto impeditivo della decadenza prodotto dalla domanda a giudice incompetente – consente da un lato la conservazione dell'effetto, e dall'altro limita la conservazione medesima in un ben definito arco temporale.

a conoscere della domanda di risarcimento del danno nei confronti della vettrice, avendo questa sede in Italia.

Pagato quanto dovuto alla società venditrice, la società assicuratrice convenne la società vettrice dinanzi al Tribunale di Genova per ottenere da questa, responsabile della scomparsa delle merci, il recupero dell'indennizzo corrisposto alla venditrice.

Il Tribunale di Genova, accogliendo l'eccezione di decadenza formulata dalla convenuta, rigettò la domanda.

La sentenza di primo grado, appellata, venne riformata dalla Corte di Appello di Genova, la quale riteneva possibile “nell'area comunitaria integrata per effetto della Convenzione di Bruxelles del 1968 la *translatio iudicii* all'interno del sistema giurisdizionale comunitario, per la salvaguardia della struttura unitaria del processo, con effetto impeditivo della decadenza” (Appello Genova, 05.02.1983, *Foro it.*, Rep.1984, voce *Giurisdizione civile*, n.46, nonché, per intero, in *Riv. dir. intern. privato e proc.*, 1983, 875). E poiché la domanda, già proposta nel termine di decadenza dinanzi al Tribunale di Commercio di Marsiglia, era stata successivamente riproposta, nel termine semestrale di cui all'art.50 c.p.c., dinanzi al Tribunale di Genova, si era verificata la conservazione dell'effetto impeditivo della decadenza già prodotto dalla citazione originaria.

Contro questa sentenza la società vettrice proponeva ricorso per cassazione.

A dispetto delle severe critiche cui è stata sottoposta la sentenza di cui si tratta³⁰⁵, non sembra che, con essa, la Corte di cassazione abbia ritenuto, *sic et simpliciter*, applicabile l'art.50 c.p.c. nei rapporti giudice italiano-giudice straniero (*rectius*, comunitario). La Suprema Corte, piuttosto, ha riconosciuto la produzione dell'effetto impeditivo della decadenza anche a mezzo domanda rivolta a giudice sfornito di giurisdizione, senza tuttavia tralasciare di sottolineare la eccezionalità della regola, consentita dalla ampia formulazione legislativa e dalla natura di *lex specialis* della Convenzione, e su questo presupposto ha ritenuto di poter individuare nel termine semestrale di cui all'art.50 c.p.c. il limite temporale dell'effetto impeditivo, conservato purchè la domanda sia (non riassunta, ma) riproposta, nel rispetto di quel termine, dinanzi al giudice fornito di giurisdizione.

Non a caso, del resto, la Corte di cassazione, pur confermando la sentenza resa dalla Corte di Appello di Genova, ha ritenuto di doversi discostare dalla motivazione ivi contenuta, perché sarebbe risultato davvero dirompente affermare, così come affermato nella sentenza pronunciata dai giudici genovesi, che a seguito della Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale, tra gli Stati aderenti “resta superata la sostanziale distinzione fra esercizio della giurisdizione ed esercizio della competenza”: ricondotto il rapporto tra giudici comunitari nell'ambito della competenza, il passo per

³⁰⁵ DONATI, *Translatio iudicii ex art.50 c.p.c. anche in caso di domanda proposta dinanzi a giudice straniero, sfornito di giurisdizione*, *Foro it.*, 1998, I, 1203, per il quale “la sentenza è di tale importanza che avrebbe meritato probabilmente un maggiore approfondimento ed una più circostanziata motivazione” apparendo “difficile sostenere che anche la giurisdizione non sia presupposto di validità della domanda e consentire pertanto la prosecuzione in Italia di un processo iniziato all'estero”; MAGANZA, *IL termine di cui all'art.3, n.6 della Convenzione di Bruxelles del 1924 sulla polizza di carcio e l'art.50 c.p.c.*, *Dir. mar.*, 1988, 1108, secondo cui l'applicazione dell'art.50 c.p.c. ai procedimenti iniziati in Stati diversi pone problemi di carattere pratico di cui la Cassazione non si cura, quale l'individuazione della data di decorrenza del termine semestrale di cui all'art.50 c.p.c., o la mancanza di un organo regolatore della competenza giurisdizionale in ambito comunitario, organo alla cui previsione il meccanismo della trasmigrazione è funzionalmente collegato; CAMPEIS – DE PAULI, *Trasferimento della lite tra giudici di paesi C.E.E. ed effetto impeditivi della decadenza*, *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1215, secondo i quali “l'effetto conservativo è reso possibile solo dalla struttura unitaria del processo, sulla base del principio dell'unità della giurisdizione”, e “ciò che vale per la competenza non può valere per la giurisdizione, nel difetto di una norma specifica, parallela a quella posta dall'art.50 c.p.c., neppure nell'ambito comunitario”.

sostenere l'applicabilità dell'art.50 c.p.c. anche al rapporto in parola sarebbe stato (come è stato) breve.

Che la Suprema Corte non abbia voluto riconoscere la possibilità di trasmigrazione tra processo italiano e processo straniero è confermato da altra, recentissima, sentenza, resa in materia di equa riparazione del danno subito in conseguenza della irragionevole durata del processo: in questa occasione la Corte di cassazione ha infatti affermato che “l'estraneità all'ordinamento giudiziario italiano dell'autorità inizialmente adita osta radicalmente alla configurabilità di una *translatio iudicii* in senso proprio”³⁰⁶.

Ed invero, quanto ai rapporti tra giudice italiano e giudici comunitari, anche chi ha studiato più da vicino l'istituto della competenza giurisdizionale nelle controversie civili transnazionali, ha escluso che la Convenzione di Bruxelles del 1968, le cui norme sono state oggi trasfuse, con qualche modifica, nel Regolamento Comunitario n.44 del 2001, abbia dato vita ad un unitario ordinamento delle giurisdizioni in ambito comunitario. Sebbene, infatti, molte delle scelte ivi operate muovano dall'idea di un unico spazio territoriale nel quale ripartire la competenza giurisdizionale tra i giudici sulla base di criteri e principi analoghi a quelli della distribuzione della competenza territoriale all'interno di un unico ordinamento (si pensi alla previsione del domicilio del convenuto quale foro generale, od al rilievo conferito alla volontà delle parti nella determinazione del giudice “competente”), non mancano norme che si pongono in diretto contrasto con questa idea (si pensi alla previsione di fori esclusivi, volti a soddisfare esigenze pubblicistiche proprie dei singoli Stati membri, e non degli Stati membri complessivamente considerati, la cui violazione è rilevabile di ufficio, e preclude il riconoscimento automatico della

³⁰⁶ Cass.03.01.2003, n.4, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Diritti politici e civili*, n. 263: la Corte di cassazione, pronunciando sul ricorso incidentale proposto da chi, pur avendo ottenuto il risarcimento del danno dalla Corte di Appello di Venezia, lamentava il mancato rimborso delle spese processuali sostenute nella fase di giudizio svoltasi dinanzi alla Corte di Strasburgo, instaurata per evitare di incorrere nella decadenza di cui all'art.4 della L.89/2001 e per poter poi esercitare le facoltà di cui all'art.6 della legge medesima, ha affermato che la domanda di equa riparazione proposta ai sensi della L.89/01 da chi ha già presentato ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, non apre una ulteriore fase del processo, né avrebbe potuta aprirla, non essendo concepibile una *translatio iudicii* tra giudici non appartenenti all'ordinamento italiano.

sentenza resa dal giudice incompetente; nonché al rinvio espresso che in certi casi il regolamento effettua ai singoli ordinamenti nazionali)³⁰⁷.

Ammettere la *translatio iudicii* tra giudice italiano e giudice comunitario, d'altro canto, appare operazione ermeneutica davvero azzardata ove si consideri che connaturata alla trasmigrazione è la formazione di un vincolo nei confronti del giudice *ad quem*, un vincolo alla autonomia decisionale sulla ricorrenza della potestà giurisdizionale che il legislatore comunitario non ha voluto intaccare tenuto presente che :

- solo le sentenze sul merito di un rapporto sono destinate a circolare nell'ambito comunitario, mentre quelle rese su questioni di rito hanno efficacia limitata all'ambito nazionale in cui sono state emanate;
- non esiste, nel regolamento, la previsione di un rimedio contro possibili conflitti negativi di giurisdizione, il che se da un lato è quanto meno singolare considerato il rischio di diniego di giustizia cui questa lacuna potrebbe condurre, dall'altro è comunque comprensibile alla luce del fatto che la soluzione di un conflitto negativo passa per una sentenza capace di imporsi a chi pure vorrebbe declinare la propria giurisdizione³⁰⁸;

Quanto poi ai rapporti tra giudice italiano e giudici di Paesi non appartenenti alla C.E., è d'uopo ricordare che la L.218/95 realizza un coordinamento

³⁰⁷ MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civile transnazionali*, Padova, 2000, 355 ss, in part., 370, nt.406, secondo cui, ad ogni modo, ostacolerebbero l'applicazione della *translatio iudicii* nell'ipotesi in esame sia la necessità di individuare, volta per volta, quali degli effetti prodotti dalla domanda sarebbero conservati dalla trasmigrazione, apparendo logico affermare il perdurare solo degli effetti ammessi dall'uno e dall'altro ordinamento, la qual cosa sarebbe un innegabile fattore di complicazione, sia il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale non sarebbe ammessa *translatio* nei rapporti di giurisdizione.

³⁰⁸ Ammette la *translatio iudicii* tra giudici comunitari MARI, *Il diritto processuale civile della convenzione di Bruxelles*, I, Padova, 1999, 185 ss., che ravvisa tra l'art.50 c.p.c. e i caratteri del sistema della Convenzione (integrazione degli ordinamenti nazionali) una sostanziale omogeneità di *ratio*. E' doveroso, ad ogni modo, ricordare che l'art.11 del regolamento comunitario "matrimoniale" n.1347/00 ha introdotto, per la prima volta in ambito comunitario, una forma di *translatio iudicii*, prevedendo che in caso di "falsa litispendenza" (esistenza davanti a giudici di Stati membri diversi di due controversie che non abbiano lo stesso oggetto e lo stesso titolo, ad es. giudizio di separazione pendente in Italia e giudizio di divorzio pendente in Francia), il giudice adito per secondo deve sospendere il processo dinanzi a sé pendente, attendere la affermazione di giurisdizione da parte del primo giudice, e poi dismettere il secondo processo per incompetenza, un processo, quest'ultimo, che potrà essere "trasferito" all'interno del primo procedimento.

unilaterale delle giurisdizioni mediante una disciplina che, pur ispirata ad una moderna concezione della giurisdizione (in cui viene valorizzato il momento dell'attuazione dei rapporti internazionali rispetto al momento dell'esercizio di una funzione sovrana), difetta di quella comunità di intenti che invece caratterizza il diritto convenzionale, con la conseguenza che, in quanto disciplina di diritto interno, essa non ha alcuna capacità di imporsi nei confronti degli Stati esteri in cui favore viene rinunciata la giurisdizione. La mancanza di criteri di distribuzione della controversia "condivisi" con i giudici di Stati extra-comunitari, ad ogni modo, osta in radice alla configurabilità di uno spazio unico giurisdizionale e, perciò, all'inquadramento di tali rapporti in quelli di competenza.

Ecco perché appare ancora corretto affermare che i rapporti tra giudici di Stati diversi, sia che si tratti di giudici di Stati appartenenti alla Comunità Europea, sia, ed a maggior ragione, che si tratti di rapporti tra giudice italiano e giudice non comunitario, debbono essere ricondotti nello schema dei rapporti di giurisdizione³⁰⁹.

Orbene, proprio ragionando, così come deve essere, in termini di giurisdizione, gli ostacoli normativi di diritto interno che si frappongono ad una *translatio iudicii* tra giudici appartenenti a Stati diversi sono davvero insormontabili.

³⁰⁹ Anche per LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, I, 2002, 138, "una cosa è distribuire una controversia già di per sé intimamente od esclusivamente collegata all'ordinamento: tale attività può avvenire anche sulla base di criteri di collegamento non eccessivamente raffinati o, comunque, di portata molto ampia; altro è, invece, utilizzare quegli stessi criteri per attirare nella giurisdizione un convenuto straniero ed una controversia collegata anche ad altri ordinamenti". Contrario alla *translatio iudicii* nei rapporti in questione è anche ORIANI, *Giudice ordinario, giudice speciale*, cit., 1466, il quale, tuttavia, non manca di osservare che "con il passare del tempo e con l'accentuarsi dell'integrazione anche sul piano processuale inevitabilmente si ammetterà la tecnica pura della *translatio iudicii* o, quella diversa, della riproposizione della domanda dinanzi al giudice fornito di giurisdizione con effetti impeditivi della decadenza *ex tunc*". Nel senso, invece, che la questione del difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti di quello straniero si sia trasformato in una questione di competenza giurisdizionale, o in una questione di competenza *tout court*, BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997, 183, per il quale "quello che oggi cambia è una questione di sovranità...Si toglie al giudice il compito di verificare ed affermare la sovranità della giurisdizione statale, affidandogli solo quello di un controllo funzionale circa l'osservanza delle regole di ripartizione della cognizione delle controversie"; nonché MARI, *Il diritto processuale civile della convenzione di Bruxelles*, cit., 175 ss.

Gli articoli 367, co.2, da un lato, e 382, ult. co., dall'altro, non lasciano infatti dubbi sulla circostanza che quando la Cassazione ritiene che non esiste, nell'ordinamento italiano, un giudice legittimato a giudicare sulla controversia insorta tra le parti, debba cassare senza rinvio³¹⁰.

E se di *translatio* non può discorrersi in seguito alla sentenza della Corte di cassazione, a maggior ragione non lo si potrà fare quando la sentenza declinatoria è stata resa dal giudice di merito.

5.3 Con singolare ostinazione, infine, pur nel mutare del dato di diritto positivo e degli orientamenti in ordine alla natura dell'istituto, la Corte di cassazione ha sempre negato la ammissibilità della *translatio iudicii* nei rapporti tra giudice ordinario ed arbitro rituale.

Ed invero, per lungo tempo, ed anzi fino alla sentenza della Suprema Corte n.527 del 2000³¹¹, la giurisprudenza di legittimità, argomentando dalla idoneità del lodo a confluire nell'alveo della giurisdizione ordinaria per il tramite del decreto di omologazione, ed affermata la natura sostitutiva dell'attività svolta dagli arbitri rispetto a quella svolta dai giudici ordinari (nel senso che agli arbitri è devoluta quella porzione di potere giurisdizionale che, in mancanza del compromesso o della clausola compromissoria, sarebbe stata esercitata dalla magistratura ordinaria), ha ricondotto il rapporto giudice-arbitro rituale nello schema della competenza³¹², ritenendo, di conseguenza, che, attesa l'origine

³¹⁰ La sentenza della Corte di cassazione, d'altra parte, ove pure disponesse la riassunzione della causa dinanzi al giudice straniero, non avrebbe alcuna attitudine a circolare, e perciò ad imporsi al giudice estero, né potrebbe essere fatta propria da un organo regolatore che, già a livello comunitario, manca. Valorizza la inidoneità della sentenza resa dalla Suprema Corte a vincolare il giudice straniero quale argomento ostativo all'ammissibilità della *translatio iudicii* GASPERINI, *Il sindacato*, cit., 328-329.

³¹¹ Cass. S.U. 03.08.2000, n.527, *Foro it.*, 2001, I, 839, con osservazioni di BARONE; *Riv. arb.*, 2000, 699, con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla natura dell'arbitrato*; *Giur. it.*, 2001, 1107, con nota di CANALE, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*; *Giust. civ.*, 2001, I, 761, con nota di MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del cd. arbitrato rituale*; *Corr. giur.*, 2001, 51, con note di CONSOLO, RUFFINI e MARINELLI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*; *Riv. dir. proc.*, 2001, 259, con nota di E.RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*.

³¹² Tra le tante vedi Cass. S.U. 23.10.1961, n.2343, *Giust. civ.*, 1961, I, 1731; Cass.19.12.1975, n.4189, *Foro it.*, 1976, I, 656; Cass.02.04.1984, n.2149, *id.*, Rep.1984,

pattizia della competenza arbitrale, l'eccezione di patto compromissorio formulata nel corso del giudizio ordinario fosse assimilabile ad una eccezione di incompetenza territoriale derogabile³¹³; che la sentenza con la quale il giudice ordinario declinava la propria *potestas iudicandi* per l'esistenza di una clausola compromissoria o di un compromesso fosse impugnabile con regolamento necessario di competenza³¹⁴; e che parimenti fosse impugnabile con regolamento di competenza la sentenza con la quale la Corte di Appello dichiarava la nullità del lodo per inesistenza o invalidità di un patto compromissorio³¹⁵.

Dalla configurazione del rapporto giudice-arbitro come rapporto di competenza, tuttavia, la Corte di cassazione non traeva tutti i corollari. In particolare, essa negava sia che il lodo con il quale gli arbitri avevano dichiarato di non poter conoscere della controversia a loro devoluta fosse impugnabile con regolamento di competenza³¹⁶, sia che, pronunciata sentenza o lodo di

voce *Giurisprudenza civile*, n.138; Cass. 07.02.1987, n.1303, *id.*, Rep.1987, voce cit., n.151; Cass. S.U. 29.07.1987, n.6556, *id.*, Rep. 1987, voce cit., n.144; Cass.18.12.1990, n.12002, *id.*, Rep.1990, voce *Sport*, n.23; Cass.30.12.1991, n.14020, *id.*, Rep.1991, voce *Giurisprudenza civile*, n.202; Cass.20.05.1997, n.4474, *id.*, Rep.1998, voce *Arbitrato*, n.102; Cass.10.11.1998, n.11294, *Giust. civ.*, 1998, I, 2394; Cass.08.02.1999, n.1079, *Foro it.*, 2000, I, 2307, con nota di DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*.

³¹³ Cass.11.12.1979, n.6454, *Foro it.*, 1980, I, 2828; Cass.21.07.1984, n.4277, *id.*, Rep.1984, voce *Competenza civile*, n.106; Cass.15.04.1988, n.2982, *id.*, Rep.1988, voce cit., n.99; Cass.17.05.1990, n.4296, *id.*, Rep.1990, voce cit., n.111; Cass. S.U. 28.11.1996, n.10617, *id.*, Rep.1996, voce cit., n.142; Cass.24.03.1999, n.2775, *id.*, Rep.1999, voce *Arbitrato*, n.146.

³¹⁴ Cass. 29.10.1968, n.3618, *Giur. it.*, 1969, I, 1, 243; Cass. 21.10.1980, n.5635, *id.*, 1981, I, 1, 42, con nota di COLAFRANCESCHI, *Arbitrato e competenza*; Cass. 31.07.1986, n.4902, *Foro it.*, Rep.1986, voce *Competenza civile*, n.119; Cass. 29.10.1991, n.11460, *id.*, 1992, I, 73, con osservazioni di BARONE; Cass. 11.03.1997, n.2175, *Riv. arb.*, 1997, 547, con nota di D'ALESSANDRO, *Eccezione di patto compromissorio e vecchie questioni in materia di arbitrato rituale*; Cass. 08.02.1999, n.1079, cit., con nota di DE SANTIS, cit.; e, da ultimo, Cass.21.12.2000, n.16056, *Foro it.*, 2001, I, 2573; Cass.15.05.2001, n.6710, *Giur. it.*, 2002, 939.

³¹⁵ Cass.09.07.1953, n.2211, *Giur. it.*, 1955, I, 1, 162, con nota adesiva di VECCHIONE, *Questioni in materia di arbitrato*; Cass.13.12.1969, n.3981, *Giust. civ.*, 1970, I, 427; Cass.23.01.1990, n.354, *Riv. arb.*, 1991, 79, con nota adesiva di MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro*; Cass.03.09.1998, n.8739, *Foro it.*, 1998, I, 2761; Cass.15.09.2000, n.12175, *Giur. it.*, 2001, 2035, con nota di NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*.

³¹⁶ Cass.09.07.1965, n.1431, *Foro it.*, 1966, I, 571; Cass.18.12.1973, n.3433, *Giust. civ.*, 1974, I, 1110; Cass.23.12.1983, n.7587, *Arch. Civ.*, 1984, 509; Cass.30.01.1995, n.1079, *Foro it.*, Rep.1995, voce *Arbitrato*, n.160; Cass.24.09.1996, n.8407 *id.*, Rep.1996, voce cit., n.127.

incompetenza, fosse possibile la prosecuzione del giudizio dinanzi al giudice – privato o togato – in cui favore fosse stata declinata la competenza³¹⁷.

I principali argomenti addotti a sostegno della tesi negativa all'ammissibilità della *translatio iudicij*, in particolare, erano costituiti da:

- la denominazione “giudice” usata nell’art.50 c.p.c. (“se la riassunzione della causa davanti al *giudice* dichiarato competente”/ “il processo continua davanti al nuovo *giudice*”), sintomatica di un'appartenenza all'ordine giudiziario vero e proprio, ed anzi, allo “stesso ordine giurisdizionale”;
- la diversità strutturale tra il procedimento arbitrale e quello ordinario, a cospetto della quale doveva escludersi che nei rapporti giudice-arbitri potesse

³¹⁷ Cass. 27.05.1961, n.1261, *Giust. civ.*, 1961, I, 1836, con nota contraria di SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo dall'arbitro al giudice ordinario*, nonché in *Arbitrati e appalti*, 1962, 436 ss. con nota adesiva di ACONE, *Dichiarazione di incompetenza degli arbitri e traslazione del processo innanzi al giudice ordinario*, che, tuttavia, ha in seguito mutato opinione; Cass.07.02.1962, n.241, *Foro it.*, 1962, I, 1123, che, negata la *translatio iudicij* tra giudice ordinario e arbitro rituale, dispone la cancellazione della domanda di accertamento della proprietà; Cass.16.05.1963, n.1239, *id.*, 1963, I, 2190; Cass.18.10.1966, n.2509, *Foro it.*, Rep.1966, voce *Competenza civile*, n.462-463; Cass.24.06.1967, n.1570, *id.*, 1967, I, 2082, la quale, ribadita, sulla scorta di una interpretazione letterale dell’art.50 c.p.c., l'inammissibilità della *translatio iudicij* tra giudice ed arbitro, ha rigettato il dubbio di costituzionalità prospettato, al riguardo, dai ricorrenti, affermando che il legislatore, “limitando la *translatio iudicij* nell’ambito dei procedimenti pendenti davanti al giudice ordinario e non anche agli arbitri, non ha inteso creare discriminazione tra i relativi giudizi ma solo apprestare una diversa disciplina dettata dalla loro diversa struttura, né restringere comunque l’esercizio dei diritti soggettivi delle parti, alle quali si è solo voluto imporre un diverso onere processuale nella riassunzione delle controversie dall’uno all’altro organo giurisdizionale”; Cass.14.03.1988, n.2426, *id.*, 1989, I, 183 (in motivazione); e più di recente Cass.08.07.1996, n.6205, *Foro it.*, 1996, I, 2714 con osservazioni di BARONE; nonché in *Corr. giur.*, 1996, 1007, con nota di CARBONE, *Clausola compromissoria, compromesso, arbitrato in corso*; ed in *Riv. arb.*, 1997, 325, con nota di VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare sulla propria competenza*; Cass.07.04.1997, n.3001, *Foro it.*, 1997, I, 1381, ed anche in *Riv. arb.*, 1997, 515, con nota di LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*; Cass.12.08.1997, n.7521, *Riv. arb.*, 1998, 493, con nota di D’ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema Corte nega la translatio iudicij nei rapporti tra giudice ed arbitro*. Si è invece pronunciata a favore della *translatio* Cass.28.06.1975, n.2565, *Foro it.*, 1976, I, 91, la quale, tuttavia, si è limitata ad interpretare la normativa in tema di deroga alla competenza arbitrale nelle controversie in materia di appalto di opere pubbliche, che, all’art.47 del D.P.R. 16.07.1962, n.1063, prevedeva che, ove la parte convenuta nel giudizio arbitrale avesse voluto escludere la competenza arbitrale, doveva notificare la sua determinazione all’altra parte, la quale, se avesse inteso *prosequire il giudizio* avrebbe dovuto proporre domanda al giudice competente nel termine stabilito dall’art.46 del medesimo testo di legge.

farsi capo al concetto - che giustifica la prosecuzione del processo in sede di giurisdizione ordinaria - dell'unità del rapporto processuale;

- la mancata costituzione, al momento della declinatoria di competenza da parte del giudice togato, del collegio arbitrale, il quale, di norma, viene nominato solo dopo che sia insorta la controversia;

- la inidoneità del lodo arbitrale a vincolare il giudice togato nell'esercizio della funzione giurisdizionale, e perciò la inoperatività di ogni eventuale indicazione di competenza contenuta nel lodo, la qual cosa avrebbe frustrato la stessa funzione della *translatio*.

Ma già prima della legge n.25 del 1994, e con maggior voce in seguito alle novità introdotte dalla legge riforma dell'istituto dell'arbitrato, vi era chi, in dottrina, poneva in evidenza l'incoerenza dell'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza di legittimità, e comunque l'inconsistenza degli ostacoli strutturali e normativi frapposti alla piena applicabilità, anche in quest'ambito, dell'art.50 c.p.c.³¹⁸.

E così, alle argomentazioni spese dalla Suprema Corte a sostegno del proprio orientamento, si replicava osservando che:

-il principio dell'unità della giurisdizione non riposa sulle affinità esistenti fra i vari organi che concorrono a formare la giurisdizione ordinaria, e cioè sulla circostanza che essi vengono costituiti in modo uniforme e che i relativi procedimenti sono retti da norme comuni, ma si fonda sulla identità di funzione da essi esercitata, sulla circostanza cioè che il potere giurisdizionale, in sé unico, viene distribuito fra organi diversi e distinti: orbene, atteso che a questa distribuzione partecipano anche gli arbitri, il principio in parola, in forza del quale si "giustifica" la *translatio*, si applica anche ai rapporti tra arbitri e giudici togati;

³¹⁸ SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo*, cit., 1838 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 840; SCHIZZEROTTO, *Translatio iudicii e giudizio arbitrale*, *Giur. it.*, 1977, I, 1, 2036; LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino, 1975, 142; CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 143; BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza a favore del collegio arbitrale*, *Riv. arb.*, 1992, 748 ss., il quale sottolinea che "una volta attribuita natura giurisdizionale al procedimento arbitrale, non è possibile fare dell'arbitro un giudice *minus quam perfectus*, incapace di incidere sull'attività del giudice ordinario, dichiarandolo competente"; ACONE, *Arbitrato e competenza*, *Riv. arb.*, 1996, 239 ss.

- parimenti è invocabile nel rapporto giudice-arbitri il concetto di unità del rapporto processuale, il quale non è impedito dalla diversità di procedimenti;
- la mancanza del collegio arbitrale davanti a cui riassumere la controversia in caso di declinatoria di competenza da parte del giudice ordinario in favore degli arbitri avrebbe comportato solo che nel termine di cui all'art.50 c.p.c. le parti sarebbero state onerate a costituire il collegio arbitrale; peraltro, in seguito all'introduzione della figura della cd. domanda arbitrale (vedi le modifiche apportate dalla L.25/94 all'art. 2943, co. 4, c.c., ed all'art.669 *octies*, ult. co., c.p.c.), ed alla espressa previsione della idoneità della stessa sia a produrre l'effetto interruttivo-sospensivo della prescrizione (art.2945, co.4, c.c.), sia ad impedire la caducazione della misura cautelare, può senz'altro dirsi che il procedimento arbitrale pende con la notificazione di questo atto, che, pertanto, la costituzione del collegio arbitrale appartiene ad una fase successiva del procedimento, e che, in definitiva, sarà proprio la notificazione della domanda arbitrale nel termine di cui all'art.50 c.p.c. ad assicurare la trasmigrazione del processo;
- l'atto processuale contenente l'indicazione del giudice ordinario competente non è uno dei qualsiasi atti intermedi del procedimento arbitrale, bensì il lodo, che, reso esecutivo dal pretore, era destinato ad acquisire efficacia ed autorità di sentenza, e perciò, e senz'altro, a vincolare i giudici dello Stato; argomento, quest'ultimo, reso ancora più incisivo dalle modifiche apportate dalla L.25/94, che ha eliminato ogni subordinazione dell'efficacia di sentenza del lodo alla sua omologazione.

Naturalmente non mancava chi, o si assestava sulle posizioni della giurisprudenza, o perveniva all'identico risultato negando il presupposto da cui pure muoveva la Suprema Corte, e cioè che l'eccezione di compromesso fosse da considerare una eccezione di incompetenza³¹⁹.

³¹⁹ VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 546, che, ad ulteriore conforto dell'orientamento giurisprudenziale, evidenzia la natura negoziale e non processuale della declinatoria di competenza effettuata dagli arbitri, atteso che "la vera natura di processo" sarebbe stata attribuita alla decisione arbitrale solo dal decreto del pretore di omologazione del lodo; BONGIORNO, *Sulla eccezione di incompetenza nel processo arbitrale*, *Riv. dir. proc.*, 1974, 135 ss., per il quale tra il fenomeno arbitrale e la competenza in senso stretto c'è ben poco in comune: tutte le questioni

In questo dibattito si è andata inserendo la sentenza n.527/00, che ha radicalmente spostato i termini del problema.

Con questa sentenza, infatti, la Corte di cassazione ha affermato che la questione avente ad oggetto l'attribuzione di una determinata controversia agli arbitri, piuttosto che al giudice amministrativo, non rappresenta una questione di giurisdizione (così come si era in passato ritenuto proprio sulla scorta del parallelismo tra attività degli arbitri rituali ed attività del giudice ordinario, e perciò della natura di organo di giurisdizione speciale, rispetto ad entrambi, del giudice amministrativo) ma una questione di merito, in quanto relativa alla validità o meno del compromesso. La Corte ha infatti ritenuto che il giudizio arbitrale è non già sostitutivo, ma alternativo a quello ordinario, e che il relativo procedimento, finalizzato ad ottenere una soluzione della controversia a livello esclusivamente negoziale, ha natura assolutamente privatistica, e giammai giurisdizionale.

Da tanto è scaturito:

che sorgono sui limiti e sulla validità del compromesso (o della clausola compromissoria) non sarebbero altro che controversie nascenti dal contratto, per la cui risoluzione bisogna risalire alla originaria volontà delle parti. In questa prospettiva non solo la relativa eccezione si configurerebbe come un'eccezione pregiudiziale di improponibilità della domanda, tendente a far valere una rinuncia delle parti all'esercizio dell'attività giurisdizionale, ma si potrebbe dare forza all'orientamento giurisprudenziale che nega l'applicazione del principio della trasmigrazione nei rapporti giudice-arbitro "per la considerazione decisiva che in questi casi non si tratta di questione di competenza"; SALETTI, *La riassunzione*, cit., 93, che evidenzia la "difficoltà di concepire un rinvio, con relativa investitura del giudice *ad quem*, tra organi che non stanno su un piede di parità"; LUISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 527, che ritiene la questione afferente l'ammissibilità della trasmigrazione del processo nei rapporti giudice-arbitro da noi "esasperata, perché la *translatio iudicij* costituisce l'unico modo per far salvi gli effetti sostanziali della domanda, e quindi si cerca di piegare l'istituto a tale scopo" L'Autore, quindi, propone una modifica del sistema, nel senso (analogo a quello tedesco) di prevedere la conservazione degli effetti sostanziali della domanda tutte le volte in cui essa sia rinunciata, o rigettata con sentenza di rito, purchè, entro un termine perentorio, la parte provveda a riproporre la medesima domanda; D'ALESSANDRO, *Eccezione di patto compromissorio*, cit., 555 ss. la quale, esclusa l'assimilabilità dell'eccezione di patto compromissorio all'eccezione di incompetenza, ritiene non praticabile la *translatio iudicij* "presupponendo l'art.50 c.p.c. una pronuncia sulla competenza ...a meno che non si adotti una concezione lata della *translatio iudicij*, nel senso di ritenere ammissibile la trasmigrazione del processo anche tra giurisdizioni diverse (nel caso di specie ordinaria e privata)"; DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 224 ss.; DE SANTIS, *Vecchie aporie e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, *Riv. dir. proc.*, 2000, 205; E.F. RICCI, *L'arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, *Riv. dir. proc.*, 2000, 505-506.

- la equiparazione della eccezione di compromesso in arbitrato rituale ad una eccezione di merito³²⁰;

- la inammissibilità del regolamento di competenza contro la sentenza del giudice togato che ha rilevato l'esistenza tra le parti di un compromesso o di una clausola compromissoria, o che, in sede di impugnazione *ex art.829, n.4, c.p.c.*, ha dichiarato la nullità del lodo³²¹.

E' evidente che, in questa prospettiva, discorrere di trasmigrazione del processo da giudice ordinario ad arbitro rituale, e viceversa, sarebbe un non senso, non essendo la questione avente ad oggetto il difetto di *potestas iudicandi* del giudice ordinario in favore degli arbitri rituali, e viceversa, riconducibile né ad una questione di competenza (nell'ambito della cui disciplina è inserito il meccanismo della *translatio iudicij*), né ad una questione di giurisdizione giudice ordinario/speciale (a cui pure si è ritenuto di poter estendere l'applicazione, se non in via diretta dell'art.50 c.p.c., quanto meno del meccanismo ivi codificato).

Nonostante l'autorevolezza della pronuncia con la quale la Corte di cassazione, intendendo porre fine ad un annoso dibattito svoltosi in dottrina sulla natura dell'arbitrato³²², ha abbracciato la cd. tesi negozialistica, sembra opportuno

³²⁰ Cass.08.08.2001, n.10925, *Foro it.*, 2001, I, 3079, che ha ritenuto l'eccezione in discorso soggetta alle preclusioni proprie delle eccezioni in senso stretto, negandone, perciò, la sua proposizione per la prima volta in fase di gravame.

³²¹ Cass.01.02.2001, n.1403, *Foro it.*, 2001, I, 838, con osservazioni di BARONE; Cass.05.03.2001, n.3144, *id.*, Rep.2001, voce *Competenza civile*, n.35; Cass.24.04.2001, n.6007, *ibid.*, n.207; Cass.04.06.2001, n.7533, *Foro it.*, 2001, I, 2383, nonché in *Corr. giur.*, 2001, 1448, con nota di CONSOLO-MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di "merito"*; Cass. 19.07.2002, n.10559, *Foro it.*, Rep.2002, voce *cit.*, n.41; Cass.19.02.2003, n.2051 (ord.), *id.*, 2003, I, 2095; Cass.21.07.2004, n.13516, *id.*, 2005, I, 941, nonché in *Riv. dir. proc.*, 2005, 251, con nota di CAPPONI, *Arbitrato e perpetuatio iurisdictionis*.

³²² A favore della piena equivalenza tra lodo e sentenza si sono espressi, tra gli altri, TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 644; E.F.RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n.25 del 1994*, *ibidem*, 817; MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, *ibidem*, 821 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 2004, 155; MENCHINI, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito dalla omologa giudiziale*, *Riv. arb.*, 1998, 773 ss.; RASCIO, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato rituale* (a cura di Verde), Torino, 1997, 294; BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Roma-Bari, 1998, 103-104; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2004, 363 ss. Hanno, invece, affermato la equiparazione del lodo ad un negozio PUNZI, *L'efficacia del lodo arbitrale*, *Riv. dir. proc.*, 1995, 10 ss.; MONTELEONE, *Il nuovo assetto*

verificare la compatibilità di questa ricostruzione dell'arbitrato con il dato di diritto positivo.

Al riguardo, è stato di recente osservato, con dovizia di argomentazioni, che, a dispetto della posizione assunta dalla Corte di cassazione, ancor oggi sia possibile affermare che l'arbitrato è un fenomeno giurisdizionale, che, pertanto, il lodo arbitrale è equiparabile, *quoad effectum* alla sentenza, e che i rapporti tra giudice ordinario ed arbitro rituale possono a ragione essere assimilati ai rapporti di competenza^{323 324}.

dell'arbitrato, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Padova, 1997, 641 ss.; RUFFINI, *Le sezioni unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*, cit., 56 ss.. Sostengono, infine, che il lodo nasce come negozio per tramutarsi in sentenza a seguito dell'omologazione FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 20 ss.; BRIGUGLIO, in AA.VV., *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Verde-Vaccarella, cit., 902 ss.; CAVALLINI, *Sulla "natura" del lodo rituale*, *Riv. dir. proc.*, 2002, 942 ss.

³²³ BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli, 2005. Questo, in sintesi, il ragionamento condotto dall'Autore, la cui indagine sulla natura del lodo è volta a supportare la dichiarata equiparazione tra gravame *ex art.828 c.p.c.* e mezzi di impugnazione contro le sentenze del giudice togato, una equiparazione, questa, che, nella prospettiva dell'Autore, intanto è possibile sostenere, in quanto il lodo risulti assimilabile ad una sentenza.

Orbene, criticate, con dovizia di argomentazioni, tutte quelle opinioni che vedono nel lodo un negozio di diritto privato (151-188), ritiene Boccagna che:

- già i lavori preparatori della L.25/94 confortano l'idea in forza della quale, espunto dagli articoli del codice di rito ogni riferimento alla "efficacia di sentenza" e la stessa espressione "sentenza arbitrale", il lodo è equiparabile alla sentenza dal giorno della sua pronuncia;
- l'art.829, n.8, qualifica errore di diritto (e non di merito, così come dovrebbe essere se il lodo fosse un negozio) la pronuncia di un lodo contrario a precedente lodo non più impugnabile, o a precedente sentenza passata in giudicato;
- l'art.2945 c.c., sancendo il perdurare della litispendenza nel passaggio dalla fase *apud arbitros* a quella che si svolge dinanzi al giudice togato, depone nel senso dell'identità di natura (giurisdizionale) tra le due fasi;
- l'art.669 *novies* c.p.c. configura tra lodo e misura cautelare lo stesso rapporto di strumentalità che esiste tra misura cautelare e sentenza;
- il lodo è impugnabile con opposizione di terzo *ex art.404 c.p.c.*, anche revocatoria, il che presuppone la capacità del lodo di spiegare effetti riflessi nei confronti dei creditori e degli aventi causa, nonché, *a fortiori*, nei confronti delle stesse parti *ex art.2909 c.c.*

Se, dunque, il lodo è equiparabile *quoad effectum* ad una sentenza, allora l'arbitro risulta investito di funzioni giurisdizionali, con conseguente applicabilità ai rapporti tra questi ed il giudice dello Stato delle norme che regolano la distribuzione di poteri giurisdizionali tra i diversi soggetti che ne sono investiti. Siamo, insomma, al cospetto di una eccezione processuale diretta a far valere l'esistenza di un impedimento alla decisione di merito, ed in particolare, ad una eccezione di incompetenza.

Se tutto questo è vero, e se in particolare la sentenza con la quale l'arbitro rituale, o il giudice togato, dichiara la carenza di *potestas iudicandi* integra una sentenza di incompetenza, può ancora “reclamarsi” (sulla scorta delle stesse argomentazioni già utilizzate in passato) l'applicabilità dell'art.50 c.p.c. al rapporto di cui si sta discorrendo.

Naturalmente, se il giudizio, trasmigrando da arbitro a giudice ordinario e viceversa, prosegue, il giudice *ad quem* risulterà vincolato dal giudicato che, scaduti i termini per la proposizione del regolamento di competenza³²⁵, si sarà intanto formato sulla sentenza di incompetenza (sia sulla declinatoria, sia sulla

³²⁴ L'equiparazione degli effetti del lodo a quelli della sentenza, consentirebbe, in astratto, anche di considerare l'arbitro come facente parte di un ordine giurisdizionale a sé stante, sulla falsariga di quanto ritenuto da una parte della dottrina (REDENTI, voce *Compromesso*, *Nov. Dig.*, Torino, 1959, III, 788; LESSONA, *Conflitti tra arbitri e giudice ordinario e regolamento di giurisdizione*, *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 1ss., ripreso di recente da BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale*, Milano, 1994, 67, e da MARENGO, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 10), e perciò di applicare ai rapporti giudice ordinario-arbitro le norme in tema di giurisdizione. Deve tuttavia osservarsi che il parallelo arbitro rituale/giudice speciale non è pertinente perché, mentre l'arbitro condivide il proprio ambito di operatività con il giudice ordinario, la ripartizione di poteri tra giudici di ordini diversi comporta un ambito di operatività differente per ciascun ordine giurisdizionale, senza che le rispettive sfere di attribuzione possano subire modificazioni per accordo delle parti (così DANOVI, *La pregiudizialità*, cit., 397); quanto invece al parallelo arbitro rituale/giudice straniero (BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, *Riv. arb.*, 1998, 506, nonché, similmente, LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 1997, 319; D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema Corte*, cit., 496 ss.) pare decisiva, in senso negativo, la diversità dei rimedi esperibili nei riguardi della sentenza straniera e del lodo arbitrale: mentre, infatti, nei confronti della sentenza straniera si procede ad un controllo esterno meramente formale (cfr. art.64 ss. L.218/95), nei confronti del lodo è previsto un rimedio di tipo impugnatorio, che consente al giudice dell'impugnazione di annullare il lodo e rendere una decisione sostitutiva nel merito, non diversamente da ciò che si verifica in caso di impugnazione contro la sentenza resa dal giudice dello Stato (l'argomento è utilizzato da BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità*, cit., 250-254).

³²⁵ Di cui si afferma l'ammissibilità anche contro le sentenze di incompetenza degli arbitri, essendo illogico ritenere che il lodo che ha dichiarato l'incompetenza degli arbitri, per poter ricevere il controllo regolatore della Cassazione, debba passare per forza attraverso la trafila di una impugnazione intermedia: così ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit.260. In senso contrario, invece, si è sempre pronunciata la giurisprudenza di legittimità, anche quando riconduceva il rapporto giudice-arbitro ai rapporti di competenza: Cass.23.01.1990, n.354, *Riv. arb.*, 1991, 79, con nota di MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro*; Cass.16.12.1992, n.13263, *Foro it.*, Rep.1992, voce *Competenza civile*, n.115; Cass. 11.10.1999, n.11383, *id.*, Rep.1999, voce *Arbitrato*, n.145; Cass.15.09.2000, n.12175, *Giur. it.*, 2001, 2035, con nota di NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*.

indicazione di competenza). Egli, in altri, termini, non solo non potrà rinviare la causa al giudice *a quo*, ma nemmeno potrà declinare la sua competenza a favore di un terzo giudice³²⁶.

Peraltro, stante l'assimilazione della eccezione di compromesso alla eccezione di incompetenza territoriale derogabile, al giudice *ad quem* non sarà neanche consentita la contestazione della sua competenza mediante lo strumento del regolamento di competenza di ufficio³²⁷.

Il giudizio (ordinario o arbitrale), secondo la regola generale, dovrà essere riassunto nel termine semestrale di cui all'art.50 c.p.c., ovvero nel diverso termine assegnato dal giudice o dall'arbitro, pena l'estinzione del processo. In caso di *translatio* dal giudice ordinario all'arbitro, in siffatto termine dovrà essere notificata la cd. domanda arbitrale.

Se la riassunzione è rituale e tempestiva, gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale proposta dinanzi al giudice (togato o privato) incompetente rimarranno fermi³²⁸.

³²⁶ Ancora una volta, non è consentito scindere la trasmigrazione del processo dalla formazione di un vincolo *ex* giudicato interno nei confronti del giudice *ad quem*, il quale, arbitro o giudice dello Stato che sia, non potrà che conformarsi alla statuizione sulla competenza contenuta nel lodo o nella sentenza ormai passata in giudicato. E' poi evidente che, ammessa la *translatio*, e perciò la vincolatività delle sentenze di merito declinatorie della competenza, a maggior ragione dovrà riconoscersi efficacia vincolante, anche nei confronti degli arbitri, alla sentenza resa dalla Suprema Corte in sede di regolamento proposto contro la decisione sulla competenza arbitrale.

Resterebbe perciò "superato" l'orientamento, affermatosi *ante* sentenza n. 527/00 in giurisprudenza (a partire da Cass.27.05.1961, n.1261, cit.; vedi, da ultimo, Cass.08.07.1996, n.6205, cit.; e Cass.07.04.1997, n.3001, cit.), che, per giustificare l'inammissibilità del regolamento di competenza contro il lodo arbitrale, si rifaceva anche alla inidoneità della pronuncia della Cassazione che statuisce sulla competenza a vincolare gli arbitri, nel senso che questi sarebbero sempre potuti approdare ad una decisione sulla competenza in contrasto con quella resa dalla Suprema Corte in sede di verifica della propria legittimazione (orientamento, questo, già in passato criticato da chi osservava che, a prescindere dalla posizione istituzionale della Corte, questa "o regola sempre o non regola mai la competenza, non essendo concepibile un regolamento che non regola, sia pure in alcuni casi, la competenza": ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 262).

³²⁷ In questo senso è ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 263.

³²⁸ La capacità attribuita anche alla domanda arbitrale di interrompere e sospendere il termine di prescrizione del diritto (artt.2943, co.4, ed art.2945, ult. co, c.c.), nonché la possibilità oggi riconosciuta dal legislatore di trascrivere anche la domanda arbitrale (art.2652 c.c.), sono dati fortemente valorizzati da ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 251, il quale osserva che, diversamente, sarebbe risultato del tutto inutile, prima sul

Se invece il giudizio si estingue, non solo gli effetti prodotti dalla domanda originaria andranno persi, ma perderà efficacia anche la sentenza di incompetenza resa dal giudice (togato o privato) di merito (ma non anche quella resa dalla Corte di cassazione).

Stante la diversità dei procedimenti, ed in particolare la possibilità che, salvo il rispetto del principio del contraddittorio, il giudizio arbitrale sia “libero” nelle forme e nei termini (ma vedi l’art.816, co.4, c.p.c.), i rapporti tra le due fasi saranno disciplinati facendo applicazione delle regole enucleate con riguardo ai rapporti tra giudizio svoltosi dinanzi al giudice incompetente, e giudizio in corso dinanzi al giudice competente, nei limiti della loro compatibilità al rapporto giudice/arbitro³²⁹.

Il parametro della compatibilità ben si concilia con l’opinione in virtù della quale, a fronte di una tendenziale ultraefficacia della attività compiute e delle preclusioni maturate dinanzi al giudice incompetente, è sempre consentito al giudice *ad quem* di sottoporre a verifica, e se del caso di revocare, i provvedimenti del giudice *a quo* che “cristallizzano” attività e preclusioni³³⁰.

In definitiva, la ammissibilità, qui propugnata, della *translatio iudicii* anche nei rapporti tra giudice ordinario ed arbitro rituale conferma la vocazione del meccanismo in parola a meccanismo di portata generale tutte le volte in cui, incidendo sulla conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale, la sua esclusione determinerebbe una ingiustificata restrizione (se non un vero e proprio pregiudizio) dell’esercizio dei diritti soggettivi delle parti³³¹.

piano pratico e poi su quello teorico, postulare l’applicabilità delle norme sulla *translatio iudicii* nei rapporti tra arbitri e giudici ordinari.

³²⁹ BOCCAGNA, *op. ult. cit.*, 290, nt.87, ad ogni modo, osserva che la eventuale impossibilità di conservare le attività svolte dinanzi al giudice o all’arbitro incompetente non rappresenterebbe, di per sé, un ostacolo all’applicabilità dell’art.50 c.p.c. nei rapporti in parola, “il problema della sorte delle attività compiute dinanzi al giudice incompetente costituendo con tutta evidenza un *posterius* rispetto a quello concernente l’ammissibilità o meno della *translatio*”.

³³⁰ Vedi *supra*, cap III, parag.7.

³³¹ Nello schema del decreto di attuazione della legge n.80/2005, con la quale il Governo è stato chiamato, tra l’altro, a rivedere le norme del codice di procedura civile in materia di arbitrato, il legislatore, che pure ha mostrato di volere ricondurre i rapporti giudice-arbitro nell’ambito dei rapporti di competenza - se è vero, come è vero che ha previsto l’impugnabilità con regolamento di competenza della sentenza

con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione di arbitrato - ha espressamente escluso l'applicabilità nei rapporti tra arbitrato e processo giudiziario degli articoli 44, 45, 48, 50 e 295 c.p.c., e perciò la *translatio iudicii*.

INDICE- SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

LA RIMESSIONE DELLA CAUSA NEL SISTEMA DEL CODICE DEL 1865.

1. Il rapporto giuridico processuale.....p. 1
2. La sentenza sulla competenza. Il principio kompetenz –kompetenz.....p. 2
3. L'appello a giudice incompetente.....p. 7
4. Ipotesi di rimessione della causa a giudice diverso.....p. 9
5. I progetti di riforma del c.p.c.p.10

CAPITOLO SECONDO

LA TRASLAZIONE DEL PROCESSO PER INCOMPETENZA NEL CODICE DEL 1940.

1. Il principio dell'unità della giurisdizione. I presupposti processuali e la competenza. La deroga al principio kompetenz-kompetenz.....p.14
2. La traslazione del processo per incompetenza del giudice adito: gli articoli 38 e 44 c.p.c.....p.17
3. La incompetenza territoriale semplice del giudice adito: l'accordo sulla competenza e le conseguenze della sua inosservanza.....p.22
4. La incontestabilità della competenza del giudice *ad quem* a seguito di trasmigrazione del processo in conseguenza della violazione di un criterio attributivo della competenza per valore, per materia e per territorio inderogabile. Cenni al regolamento di ufficio.....p.25
5. Oggetto della sentenza di incompetenza e potere del giudice della riassunzione..p.35
6. Risultati dell'indagine.p.38

CAPITOLO TERZO

L'ARTICOLO 50 C.P.C.: PROBLEMI APPLICATIVI TRA TEORIA E PRATICA.

1. La pendenza del processo nelle more della riassunzione <i>ex art.50 c.p.c.</i>	p.40
2. Continuazione del processo e conservazione degli effetti sostanziali e processuali. L'appello a giudice incompetente.....	p.44
3. Il termine per la riassunzione.....	p.54
4. Forma e contenuto dell'atto di riassunzione. Vizi dell'atto di riassunzione.....	p.64
5. Notificazione dell'atto di riassunzione.....	p.67
6. Riassunzione tardiva.....	p.72
7. Rapporti tra giudizio svoltosi dinanzi al giudice <i>a quo</i> e giudizio in corso dinanzi al giudice <i>ad quem</i>	p. 80

CAPITO QUARTO

L'APPLICABILITA' DELL'ART.50 C.P.C. AL DI FUORI DEL PROCESSO DI COGNIZIONE, ED OLTRE LA DISCIPLINA DELLA COMPETENZA..

1. Introduzione.....	p.96
2. Art.50 c.p.c. e tutela cautelare.....	p.96
3. Art.50 c.p.c., procedimento monitorio e procedimento per convalida.....	p.105
4. Art.50 c.p.c. e tutela esecutiva.....	p.114
5. Art.50 c.p.c. e questioni di giurisdizione.....	p.122
- 5.1 Configurabilità della <i>translatio iudicij</i> tra giudice ordinario e giudice speciale:...	p.127
- - 5.1.1. <i>Translatio iudicij</i> tra giudice ordinario e giudice speciale, termine di prescrizione e termine di decadenza.....	p.140
- 5.2 ...tra giudice italiano e giudice straniero.....	p.143
- 5.3 ...tra giudice ordinario e arbitro rituale.	p.149