

Clarice Delle Donne

La Cassazione, la Consulta ed il principio di conservazione degli effetti della domanda proposta a giudice privo di potestas iudicandi. La parola passa ora al legislatore.

1.- E' a tutti noto come il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo abbia rappresentato, in questi ultimi anni più che mai, uno dei nodi cruciali del (più ampio) dibattito sulla giurisdizione, ora nella prospettiva di riforme più o meno articolate dello *status quo*, ora in quella opposta della necessità (o opportunità) di mantenerne l'assetto ricevuto con la Costituzione repubblicana.

I ripetuti interventi del legislatore prima e della Corte Costituzionale poi, lungi dal sopire il dibattito, hanno finito col darvi nuovo vigore soprattutto in relazione ad alcuni profili in cui il concreto criterio di riparto risulta ancora particolarmente evanescente, come quello risarcitorio^[1].

I Repertori e le Riviste testimoniano, per parte loro, che il sistema è ben lungi dal raggiungere un punto di equilibrio, e dal fornire almeno un certo margine di certezza agli operatori.

In questo contesto gli interventi quasi coevi delle Sezioni Unite della Cassazione e della Corte Costituzionale segnano l'inizio di una svolta.

Chiamate a pronunciarsi sull'impugnazione di una sentenza del Consiglio di Stato declinatoria della giurisdizione amministrativa in una controversia relativa al rimborso delle spese di manutenzione straordinaria ed al risarcimento dei danni relativi ad un bene dato in concessione da un comune, ex art. 5 L.1034/1971 e succ. mod., le S. U. affermano la giurisdizione amministrativa per essersi formato giudicato interno e rimettono le parti innanzi al Consiglio di Stato affinché decida nel merito.

La rimessione al Consiglio di Stato arriva all'esito di un mutamento, che la Corte affida ad ampia e distesa motivazione, del consolidato orientamento di legittimità che negava la praticabilità della *translatio iudicii* tra giudice speciale e giudice ordinario (e viceversa), nonché la prosecuzione del processo davanti al giudice speciale indicato dalla Cassazione a seguito di statuizione sulla giurisdizione^[2].

Come si conviene ad una pronuncia in cui si è inteso esprimere appieno la funzione nomofilattica ed il ruolo istituzionale di giudice supremo della giurisdizione di chi l'ha resa^[3], si ripercorrono le principali ragioni fondanti l'orientamento ripudiato: l'inapplicabilità, al difetto di giurisdizione, di una norma che, come l'art. 50 cpc, è stata dettata per il solo difetto di competenza, sul presupposto della "(...)unicità della giurisdizione nel cui ambito il rapporto processuale viene considerato regolarmente costituito sia pure innanzi a giudice incompetente, con la conseguenza che, una volta riassunta la causa davanti a quello competente, risultano salvi tutti gli atti in precedenza proposti"; il tenore letterale dell'art. 367 cpc, che, all'esito del regolamento di giurisdizione, consente la riassunzione del processo solo davanti al giudice ordinario; la convinzione, espressa anche dalla

dottrina, che gli effetti impeditivi della decadenza non possano farsi derivare da una domanda a qualunque giudice proposta, ma solo da quella rivolta al giudice fornito di *potestas iudicandi*, atteso che solo quest'ultima consente quella pronuncia di merito cui è collegato l'effetto impeditivo.

Neppure l'esistenza di pronunce di segno contrario scalfiva lo smalto dell'orientamento dominante assunto a dignità di diritto vivente, come ha mostrato di ritenere il TAR Liguria che, con ordinanza n. 148 del 21 novembre 2005^[4], ha rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30 L. TAR, nella parte in cui non consentirebbe, al giudice amministrativo che abbia declinato la giurisdizione, di disporre la continuazione del processo davanti al giudice ordinario, con salvezza degli effetti della domanda, per contrasto con gli artt. 24, 111 e 113 Cost.

Qualcosa in senso contrario tuttavia si muoveva. Molta dottrina auspicava infatti la *translatio iudicii*, soprattutto in considerazione della funzione istituzionale del processo, che è quella di produrre una sentenza di merito, non una sentenza che si limiti a discettare dell'esistenza o meno dei presupposti processuali.

La sentenza prosegue lucidamente nella ricostruzione del contesto di riferimento, dando puntuale conto della crescente insoddisfazione, soprattutto della dottrina, verso la soluzione offerta dalla giurisprudenza di legittimità dopo che la legislazione di fine anni novanta aveva adottato un criterio di riparto della giurisdizione per blocchi di materie, poi in parte sconfessato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004. Ciò aveva infatti reso ancora più complessa l'individuazione del giudice fornito di *potestas iudicandi* in una serie particolarmente nutrita di controversie, e quindi sempre più probabili pronunce declinatorie della giurisdizione, con i conseguenti rischi legati a decadenze *medio tempore* maturate. Del che si mostravano ulteriori indici rivelatori i progetti di riforma che prevedevano proprio l'introduzione di meccanismi atti a consentire la *translatio iudicii*.

Tutto ciò premesso, e con la consapevolezza dell'atteggiamento sostanzialmente acritico con cui la giurisprudenza di legittimità aveva trasformato una certa lettura del sistema in un orientamento tanto tralaticio quanto poco rispettoso dei valori costituzionali del giusto processo, la sentenza mostra che i tempi sono ormai maturi per una totale inversione di rotta.

Seppure infatti in tema di giurisdizione non esiste una espressa disciplina del tipo di quella disegnata dagli artt. 44, 45 e 50 del cpc, che consente in caso di riscontrata incompetenza la continuazione del processo davanti al giudice (indicato come) competente con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, neppure esiste però una norma che espressamente vieti la *translatio* tra giudici appartenenti ad ordini diversi.

Aperta questa breccia nello zoccolo duro del precedente diritto vivente, si riapre anche la possibilità di ricerca degli indici già rinvenibili nel sistema per la ricostruzione di un diverso modo di intendere, *in parte qua*, i rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi. L'inversione di rotta si consuma dunque interamente sul piano dello *ius conditum* e l'art. 382 cpc ne costituisce il perno.

Enorme valore sistematico la sentenza riconosce in particolare: alla disposizione del 1°c., per la quale quando la Corte decide una questione di giurisdizione statuisce su questa determinando, quando occorre, il giudice competente; alla disposizione del 3°c. nella parte in cui stabilisce che se la Corte riconosce che il giudice di cui si impugna il provvedimento ed ogni altro giudice difettano di giurisdizione, o se ritiene che la causa non poteva esser proposta o il processo proseguito, cassa senza rinvio. Quest'ultimo provvedimento non è dunque collegato, nel contesto delle norme, alla carenza di giurisdizione del giudice *a quo*, ma al difetto assoluto di giurisdizione, non avendo altrimenti il riferimento ad "ogni altro giudice", ed alla necessità dell'indicazione del giudice competente, alcun valore né significato.

Né per smentire questa lettura può invocarsi il tenore letterale dell'art. 367 cpc, a mente del quale solo se la Cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario deve farsi luogo a riassunzione del processo. La disposizione va infatti calata nel contesto storico che l'ha prodotta ove il regolamento di

giurisdizione, di cui disegna un frammento di disciplina, era proponibile nei soli giudizi davanti al giudice ordinario e la riassunzione non era dunque ipotizzabile che di fronte a quest'ultimo, se ne fosse stata riconosciuta la giurisdizione. A seguito però dell'estensione del mezzo anche ai giudizi di fronte al giudice amministrativo ad opera dell'art. 30 della L. TAR, ed al giudice tributario ad opera dell'art. 3 del D. ls. n. 546 del 1992, la disposizione deve essere letta in senso estensivo, tale cioè da imporre la riassunzione di fronte al giudice (ordinario o speciale che sia) cui la Corte ha concretamente riconosciuto *potestas iudicandi*.

Proposto perciò regolamento di giurisdizione nel corso del giudizio davanti al giudice amministrativo o tributario, e riconosciuta dalla Cassazione la giurisdizione speciale, il processo va riassunto in applicazione (estensiva) dell'art. 367. Argomentare in contrario comporterebbe infatti, oltre che una inaccettabile anomalia nel sistema, l'assurda conseguenza di non consentire alla parte che ha scelto correttamente il giudice di proseguire il processo davanti a lui per ottenere una sentenza di merito. La stessa conclusione si impone se, proposto regolamento nel corso del giudizio davanti al giudice ordinario, la Cassazione ritenga invece sussistente la giurisdizione speciale.

La *translatio iudicii* deve inoltre ritenersi operante non solo a seguito di regolamento di giurisdizione, ma anche se, ai sensi dell'art. 360 n.1 cpc, sia impugnata per ragioni di giurisdizione una sentenza del giudice ordinario o speciale.

Notevole rilievo merita in proposito il riferimento all'evoluzione del ricorso ex art. 360, n.1 cpc che, concepito nel disegno originario del codice in relazione alle sole sentenze del giudice ordinario, è oggi utilizzabile per le sentenze del Consiglio di Stato e Corte dei Conti, a seguito dell'introduzione dell'art. 111 Cost., (attuale) 8°c., che consente appunto l'impugnazione in Cassazione delle sentenze di questi giudici solo per motivi di giurisdizione.

Pur essendo solo un accenno, che sarebbe stato opportuno sviluppare attesa la portata ed il contenuto della sentenza, esso appare infatti pur sempre sintomatico dell'operazione di rilettura complessiva delle norme che organizzano, oggi, la (unitaria) funzione giurisdizionale (anche se) esplicita da diversi ordini di giudici.

Filtrando lo *ius conditum* attraverso l'introduzione della Costituzione repubblicana, le spinte della dottrina prima e della legislazione poi, ma anche della stessa giurisprudenza di legittimità, che hanno ridisegnato gli ambiti della giurisdizione di ciascun ordine arricchendo quelli dei giudici speciali di nuovi contenuti, la sentenza assegna alla *translatio iudicii* l'ampio respiro di un principio generale in tema di riparto di giurisdizione.

Lungi dal potersi ancora considerare un congegno di nicchia, utilizzabile solo a seguito della dichiarazione di incompetenza del giudice ordinario, esso assurge a mezzo privilegiato che consente al processo di realizzare "*in modo più sollecito ed efficiente quel servizio giustizia costituzionalmente rilevante*," giungendo a definire con una pronuncia di merito le relazioni intercorrenti tra le parti.

Così si spiega la presa di posizione, sia pure al livello di *obiter dictum*, sulla tesi dottrinale che, pur auspicando la *translatio* a seguito di pronuncia sulla giurisdizione da parte della Cassazione, tende invece ad escluderla in caso di pronuncia declinatoria del giudice *a quo* (ordinario o speciale).

Con un passaggio breve quanto denso di contenuti, la sentenza afferma invece che il congegno è utilizzabile anche a seguito di pronuncia declinatoria del giudice di merito. E tanto, tiene a sottolineare, senza che sia necessario (come mostra di ritenere invece il TAR Liguria) alcun intervento della Corte Costituzionale, trattandosi solo di rileggere nella loro portata sistematica ed evolutiva le norme di riferimento.

In particolare tale operazione ermeneutica va compiuta sul testo dell'art. 34, 1°c., L. TAR , a mente del quale se il Consiglio di Stato riconosce il difetto di giurisdizione o di competenza del TAR, o la nullità del ricorso introduttivo del giudizio di prima istanza o l'esistenza di cause impeditive o

estintive del giudizio, annulla la decisione impugnata senza rinvio. Anche questa disposizione, come l'art. 382, 3°c., si riferisce infatti, *in parte qua*, al solo difetto assoluto di giurisdizione. L'argomento, che la sentenza espressamente ammette esulare dalla controversia, è, forse proprio per questo, solo sfiorato. Nondimeno, anche in tal caso deve rilevarsi come il solo richiamo ad esso basti a dare la misura dell'ampio respiro della ricostruzione sistematica.

Certo in tal caso, non potendo ritenersi vincolante per il giudice *ad quem* la pronuncia declinatoria del giudice *a quo* (e non essendo codificato il meccanismo del regolamento d'ufficio), quest'ultimo ben può a sua volta ritenersi privo di giurisdizione. Nondimeno, il sistema ha già in sé il suo correttivo: è infatti possibile il ricorso ex art. 362, 2°c., n.1 che consente alla Cassazione di risolvere il conflitto (in questo caso negativo) di giurisdizione, con pronuncia stavolta vincolante per il giudice *ad quem*, innanzi al quale va dunque effettuata la riassunzione del processo.

La ricostruzione nei termini surriferiti della disciplina processuale del riparto di giurisdizione è dunque condotta dall'interno del sistema, come risultante cioè, oggi, dal complesso delle norme che lo regolano e che, secondo la Corte, contengono già in sé le risposte che si attendono da tempo.

Muovendosi esclusivamente sul terreno dell'interpretazione dell'esistente, la Corte esercita perciò la sua esclusiva signoria e mostra chiaramente di voler gettare le basi di un nuovo diritto vivente, al contempo escludendo la necessità di un intervento della Corte Costituzionale. Il confronto a distanza con il TAR Liguria si pone, in questa prospettiva, come una risposta che non ammette repliche alla conclusione di questo giudice, che alla *translatio iudicii* non possa condurre alcuno sforzo pretorio di esegesi delle norme che disciplinano la materia, sforzo che si scontrerebbe, a suo dire “*con l'inidoneità della pronuncia, che disponga la continuazione del processo con la possibilità di riassumere il giudizio dinanzi al giudice fornito di giurisdizione e la salvezza degli effetti della domanda e degli atti compiuti, a vincolare il giudice ad quem appartenente-a tacere d'altro- ad altro ordine giurisdizionale*”.

Fin qui le Sezioni Unite della Cassazione.

2.- Nel volgere di pochi giorni si pronuncia però, sulla *vexata quaestio*, anche la Corte Costituzionale, dichiarando l'illegittimità dell'art. 30 L. Tar^[5] nella parte in cui non prevede che gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

Invertendo specularmente la prospettiva delle Sezioni Unite, la Consulta afferma che l'espressa previsione di un congegno di *translatio* per la sola dichiarazione di incompetenza altro non significa se non l'impossibilità di applicare alla giurisdizione quanto previsto per la competenza; ciò anche in assenza di un espresso divieto in tal senso che, “*nell'asciutta essenzialità delle norme codicistiche (...)*” sarebbe risultato superfluo.

Né, d'altra parte, la presenza nel cpc di una disciplina generale della riassunzione della causa (art. 125 disp. att.) è da sé sola sufficiente, secondo la Corte, a consentire che siano *anche* mantenuti in vita gli effetti sostanziali e processuali della domanda, dovendo tale principio essere desunto *aliunde* nell'ordinamento.

Quanto poi al rimedio di cui all'art. 362, 2°c., che nella ricostruzione delle Sezioni Unite sarebbe utilizzabile per risolvere l'eventuale conflitto negativo di giurisdizione creatosi tra giudici di merito, la Consulta precisa che la funzione di rendere possibile la *translatio* tra giudici di diversi ordini non potrebbe ragionevolmente affidarsi ad un mezzo proponibile in ogni tempo, e quindi anche a distanza di anni dal verificarsi del conflitto.

Escluso dunque che alla praticabilità della *translatio* possa addivenirsi, secondo le indicazioni delle Sezioni Unite, già *de iure condito*, la Corte rileva che l'attuale sistema di riparto di giurisdizione è ispirato ad un principio, quello per cui a seguito della declinatoria di giurisdizione non si conservano gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta a giudice privo di *potestas iudicandi*, che deve espungersi dall'ordinamento. Ciò in quanto la pluralità di giurisdizioni conservata dalla Costituzione non può risolversi in una vanificazione della tutela giurisdizionale, essendo piuttosto funzionale ad assicurare, sulla base di distinte competenze, proprio la più adeguata risposta alla domanda di giustizia.

Ed è proprio al principio che le disposizioni processuali non sono fine a sé stesse che si ispira il vigente codice di procedura civile nel regolare le questioni di rito. In particolare, la disciplina dell'individuazione del giudice competente contempera la garanzia costituzionale del giudice naturale con quella che le parti ottengano, mercè il processo, una pronuncia sul bene della vita in contestazione.

A tale principio gli artt. 24 e 111 Cost. impongono dunque che si ispiri anche l'individuazione del giudice fornito di giurisdizione.

Nella ridefinizione del quadro generale di riferimento la Corte ha però una prospettiva necessariamente limitata dall'ordinanza di rimessione allo scrutinio di legittimità costituzionale del solo art. 30 della L. Tar.

Spetta invece al legislatore colmare, con urgenza, le lacune dell'ordinamento processuale, con il solo vincolo derivante dalla necessità di dare attuazione al principio della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta a giudice privo di giurisdizione nel giudizio ritualmente riattivato davanti al giudice che ne è munito. Tale principio, ribadisce infatti la Corte, non discende dalla declinatoria di giurisdizione^[6], ma direttamente dall'ordinamento, interpretato alla luce della Costituzione. Il legislatore ordinario incontra così il solo vincolo di imporre al giudice che declini la propria giurisdizione la contestuale indicazione del giudice che ne è invece fornito.

Più in generale, di suo esclusivo appannaggio è la individuazione dei concreti mezzi e termini processuali di riassunzione del giudizio, ed alla sua discrezionalità è demandata anche la scelta relativa al mantenimento in vita del principio per cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione, o di quello opposto cui è ispirato l'art. 44 cpc in tema di competenza.

Laddove però possano utilizzarsi i soli strumenti ermeneutici i giudici, anche senza (ed in attesa del) l'intervento del legislatore, possono dare attuazione al principio di conservazione degli effetti della domanda nel processo riassunto.

3.- La Corte Costituzionale, a differenza della Cassazione, non ritiene che alla concreta praticabilità di una trasmigrazione del processo tra giudici appartenenti ad ordini diversi possa giungersi *de iure condito*, e cioè solo attraverso una lettura costituzionalmente orientata di alcune specifiche norme del codice di rito, dalle quali questa possibilità emergerebbe. L'utilizzo delle forme solenni della dichiarazione di illegittimità costituzionale è segno inequivocabile che nessuna operazione ermeneutica è, per la Consulta, da sola sufficiente a superare la (ritenuta) incomunicabilità tra giudici di diversi ordini, che si traduce nella necessità di riproporre *ex novo* la domanda a seguito di declinatoria della giurisdizione di uno di essi.

E tuttavia sul principio di fondo cui deve ispirarsi il rapporto tra diversi plessi giurisdizionali c'è sostanziale convergenza tra le due Corti, entrambe assestate saldamente sull'idea che la pluralità delle giurisdizioni non debba ridondare a danno dell'effettività della tutela, *sub specie* di possibilità di ottenere una pronuncia sul bene della vita in contestazione. In tal senso, persino il percorso motivazionale delle due sentenze si rivela sostanzialmente identico.

Ciascuna dal punto di vista del ruolo istituzionale rivestito, le due Corti vedono nel modo in cui il cpc regola le questioni di rito il punto di equilibrio tra due principi costituzionali di pari dignità: quello del rispetto del giudice naturale (art. 25 Cost.) e quello che il processo non è il fine, ma il mezzo per arrivare alla certezza in ordine al rapporto giuridico controverso, quale che sia il giudice che in concreto la somministra (artt. 24 e 111 Cost.).

Le norme codicistiche che, con la traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente consentono la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda assurgono dunque a parametro della compatibilità a Costituzione anche di ogni regolamentazione positiva dei rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi, in relazione alle conseguenze dell'errata individuazione di quello tra essi munito di *potestas iudicandi*.

Posto questo principio fondamentale, che per la Cassazione è già presente nell'ordinamento e per la Corte Costituzionale è invece da introdurre *ex novo*, le posizioni si divaricano in ordine alle modalità tecniche di realizzazione: se per la Cassazione sono utilizzabili gli artt. 362, 2°c. e 367, 2°c., cpc, la Corte costituzionale ritiene che su questi aspetti vi sia una lacuna nell'ordinamento che è il legislatore a dover colmare con il solo vincolo della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda. I profili legati alle modalità, ai termini ed al regime fiscale della prosecuzione della causa appartengono infatti, nella lettura della Consulta, esclusivamente alla tecnica processuale e sono dunque riservati alla ragionevole discrezionalità del legislatore.

Il differente atteggiamento in relazione a profili così cruciali è verosimilmente influenzato dal differente ruolo istituzionale delle due Corti, la Cassazione giudice della nomofilachia^[7], la Consulta legata invece ai limiti della questione di legittimità rimessa^[8]. E' però indubbio che il richiamo al necessario intervento legislativo, che suona come monito affinché la giurisprudenza di legittimità eviti, su questi aspetti, fughe in avanti sul piano ermeneutico, rimane allo stato nulla più di un auspicio che non aiuta a risolvere i problemi pratici legati al nuovo assetto ordinamentale creato dalle pronunce in commento.

Pur non potendosi negare che sulla questione è necessario al più presto un puntuale e disteso intervento del legislatore, deve però anche rilevarsi come, fino a quel momento, gli unici strumenti a disposizione per realizzare il principio della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda, già operante proprio in virtù della pronuncia di illegittimità dell'art. 30 l. Tar, sono quelli dell'ermeneutica, come la stessa Consulta riconosce laddove conclude, anche qui con raccomandazione priva di ogni portata cogente, che i giudici possono già dare attuazione al principio utilizzando, ove possibile, tali strumenti.

Ed è proprio a tal proposito che va messa in evidenza la parziale diversità di atteggiamento con cui le alte Corti si pongono rispetto al principio, che pure entrambe affermano, della conservazione degli effetti della domanda proposta a giudice privo di giurisdizione.

La Cassazione si muove infatti completamente all'interno del meccanismo che, nel vigente codice di rito, incarna il modo in cui si realizza tale conservazione, ritenendo applicabile ai rapporti tra giudici di diversi ordini la stessa tecnica processuale finora applicata all'interno della sola giurisdizione ordinaria: riassunzione, ex art. 367, 2°c. cpc, che non esclude la conservazione degli atti già compiuti (*translatio iudicii*, appunto). In relazione alla declinatoria pronunciata dai giudici di merito il discorso diviene più sfumato, ma si deduce comunque la possibilità di riassunzione^[9], salvo il conflitto di giurisdizione risolubile ex art. 362, 2°c., n.1 cpc..

La Consulta sembra invece ritenere irrinunciabile la sola conservazione degli effetti della domanda se il processo deve traslare davanti a giudice di diverso ordine e quindi l'indicazione, nella pronuncia declinatoria della giurisdizione, del giudice fornito di *potestas iudicandi*. La restante disciplina processuale, e così anche l'aspetto relativo alla salvezza degli atti compiuti nel processo *a quo* appartiene al novero di scelte di tecnica processuale rimesse al legislatore, e che ben possono quindi risultare diverse da quelle compiute dal cpc.

Di ciò è traccia nell'affermazione che il legislatore è vincolato ai soli profili della conservazione degli effetti della domanda e della indicazione, nella pronuncia declinatoria della giurisdizione, del giudice fornito di *potestas iudicandi*.

Lo stesso dispositivo della sentenza, d'altra parte, si limita a censurare l'art. 30 L. Tar nella parte in cui non prevede la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione, senza alcun riferimento al congegno processuale che in concreto debba rendere possibile la conservazione, e cioè al *quomodo* della trasmigrazione^[10].

Pare perciò che la Consulta consideri risolto processuale (necessario perché) connaturato alla conservazione degli effetti della domanda la sola indicazione del giudice *ad quem*^[11] restando invece ogni altro aspetto di disciplina rimesso alla discrezionalità del legislatore.

La pronuncia sembra allora, anche se la cautela è d'obbligo atteso che anch'essa si riferisce comunque alla "prosecuzione" ^[12]del processo, aprire uno squarcio sulla possibilità che la trasmigrazione del processo da un giudice ad altro di diverso ordine possa anche non comportare la conservazione degli atti processuali compiuti sino a quel momento^[13].

Intuizione, quest'ultima, che potrebbe rivelarsi particolarmente proficua per la soluzione, da parte del legislatore, di alcuni problemi che la trasmigrazione del processo dal giudice speciale a quello ordinario o viceversa potrebbe comportare se si svolgesse secondo il modello già codificato della *translatio iudicii*.

4.- Qual è dunque il nuovo assetto ordinamentale che si presenta all'interprete all'indomani dell'intervento delle due alte Corti?

La Consulta afferma, manipolando con sentenza "additiva" l'art. 30 della L. Tar, che gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservano nel processo che, a seguito di pronuncia declinatoria della giurisdizione, è proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

Applicando la statuizione allo specifico ambito nel quale è stata dettata consegue che, allo stato attuale, il Tar che declina la giurisdizione deve indicare il giudice che ritiene fornito di *potestas iudicandi*, dinanzi al quale il processo può trasmigrare^[14]. Il principio, proprio perché dalla Corte considerato tale da permeare di sé l'ordinamento, appare tuttavia applicabile anche alle pronunce declinatorie della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 34 L. Tar. In tal senso dovrebbe dunque ritenersi già "corretto"^[15] il disposto della norma nella (sola) parte in cui prevede che il Consiglio di Stato, riconosciuto il difetto di giurisdizione del Tar, annulla la decisione impugnata senza rinvio. La soluzione appare, del resto, pienamente coerente con l'impostazione delle Sezioni Unite della Cassazione le quali hanno chiarito,^[16] alla vigilia della pronuncia della Consulta, che l'art. 34 ben può, ed anzi deve esser letto nel senso (costituzionalmente compatibile) che l'annullamento senza rinvio consegue al solo (riscontrato) difetto assoluto di giurisdizione.

Resta tuttavia aperto, in entrambi i casi, sia il problema della forma che dei termini ed effetti della trasmigrazione: riassunzione con conservazione degli atti eventualmente già compiuti nel processo davanti al giudice *a quo*, o proposizione della domanda *ex novo*, ferma ovviamente la conservazione dei relativi effetti sostanziali e processuali, secondo un'alternativa, pure in astratto prospettabile, del tipo di quella del § 204, 2° c., del BGB^[17]? Ed in quali termini di decadenza?

La Consulta, come già rilevato, ritiene che su questi aspetti debba pronunciarsi il legislatore, ma è di tutta evidenza che *medio tempore* si dovrà pur trovare una soluzione sul piano ermeneutico, come la

stessa Consulta non ha mancato di rilevare[18].

La via pare quella della riassunzione ex art. 367 cpc[19], ritenuta praticabile dalle Sezioni Unite sia pure, *apertis verbis*, nel solo caso di statuizione della Cassazione sulla giurisdizione. Della disposizione dovrebbe così ammettersi un'interpretazione estensiva non solo nel senso indicato dalle Sezioni Unite, ma anche dal punto di vista della sua utilizzabilità per le pronunce sulla giurisdizione rese da giudici di merito.

Non bisogna tuttavia nascondersi l'estrema delicatezza delle conseguenze legate all'eventuale adozione della soluzione ipotizzata per almeno due ordini di profili.

Anzitutto non potrebbe ammettersi, in via interpretativa, il vincolo del giudice *ad quem* all'indicazione del giudice *a quo*, con conseguente possibilità di un conflitto negativo di giurisdizione che apre la strada all'utilizzo dell'art. 362, 2°c., n.1 cpc, profilato[20] dalle Sezioni Unite ma escluso dalla Consulta in base al rilievo che la disposizione non somministra termini per l'elevazione del conflitto alla Cassazione e non è dunque idonea allo scopo.

In secondo luogo, ipotizzare, a seguito dell'applicazione delle norme citate, una *translatio iudicii* in senso tecnico, evenienza non esclusa dalla Consulta ed affermata dalle Sezioni Unite della Cassazione, comporta l'ulteriore problema dell'efficacia, nel processo davanti al giudice di un diverso ordine, degli atti processuali *medio tempore* compiuti in quello chiuso con declinatoria della giurisdizione[21].

Un altro gruppo di casi in cui opera il principio della conservazione degli effetti della domanda affermato dalle due alte Corti è quello in cui sulla giurisdizione si pronunciano le Sezioni Unite della Cassazione o in seguito a regolamento di giurisdizione esperito nel corso dei giudizi ordinario ex art. 41 cpc, amministrativo o tributario rispettivamente ex artt. 30, 2°c., L. Tar e 3, 2°c. D.Ls. n. 546/1992, o in seguito a ricorso esperito ex artt. 360 n. 1 cpc e 111, 8°c. Cost. contro le sentenze del giudice speciale, o per la soluzione del conflitto di giurisdizione ex art. 362, 2°c., n.1 cpc.

La situazione appare alquanto semplificata dalla circostanza che la pronuncia della Cassazione è vincolante per il giudice *ad quem*, ma rimane comunque il problema dei termini e modi della riassunzione e dei relativi effetti.

Non avendo sul punto la Consulta fornito alcuna indicazione, rimettendosi al legislatore, non resta che praticare, *medio tempore*, la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite della Cassazione, che ritengono utilizzabile, in base ad interpretazione estensiva dell'art. 367, 2°c., cpc, la riassunzione del processo nei modi e termini ivi previsti. Anche questa soluzione impone però all'interprete di farsi carico del problema della valutazione, nel processo riassunto, degli atti già compiuti nel processo davanti al giudice *a quo*.

Veniamo infine alla declaratoria di difetto di giurisdizione adottata dal giudice ordinario di merito[22] o da un giudice speciale diverso da quello amministrativo[23].

La conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda si impone in tal caso perché la Consulta ne ha affermato la portata di principio generale dell'ordinamento (in perfetta convergenza con le affermazioni, sia pure a livello di *obiter dictum*, delle Sezioni Unite). La diversa soluzione, fondata sul fatto che a cadere sotto la scure della Consulta è stato il solo art. 30 della L. Tar[24], darebbe dunque adito a seri dubbi di legittimità costituzionale per contrasto delle relative norme almeno con gli artt. 3, 24 e 111 Cost[25].

Anche in tali casi, ferma la necessaria indicazione del giudice *ad quem*, la trasmigrazione potrebbe realizzarsi applicando estensivamente l'art. 367 cpc. Si pongono inoltre anche qui entrambi i problemi *supra* evidenziati in relazione alla declinatoria di giurisdizione adottata da giudici di merito[26].

Non si pongono invece specifici problemi di valutazione degli atti processuali *medio tempore* già compiuti in tutti i casi in cui la riassunzione del processo debba avvenire davanti allo stesso giudice (come nel caso deciso dalle S.U., che hanno rimesso le parti allo stesso giudice amministrativo perché decidesse nel merito) a cui è stata *ab origine* proposta la domanda.

Il principio di conservazione degli effetti della domanda proposta a giudice privo di giurisdizione dovrebbe inoltre ragionevolmente applicarsi anche alla domanda riconvenzionale relativa a posizione soggettiva che esuli dall'ambito della giurisdizione adita. L'ipotesi potrebbe verificarsi, ad esempio, in controversia relativa a concessione di pubblici servizi, in cui sia avanzata domanda riconvenzionale relativa a canoni concessori.[\[27\]](#)

In relazione al profilo dell'indicazione del giudice *ad quem*, sembra plausibile supporre, almeno fino all'intervento del legislatore, che la pronuncia declinatoria debba indicare il solo plesso giurisdizionale[\[28\]](#) e non anche l'ufficio in concreto competente, se l'indicazione proviene dal giudice di merito. Data l'attuale carenza di un vincolo del giudice *ad quem* all'indicazione sulla giurisdizione fornita dal giudice *a quo*, deve *maiori causa* escludersi che possa rivestire un qualche carattere vincolante quella sulla competenza (anche ove presente). Tale ultimo vincolo continua infatti a scattare solo in presenza di indicazione proveniente da un giudice appartenente allo stesso ordine.

La conclusione dovrebbe valere anche nel caso in cui la Cassazione indichi la giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che unico organo deputato a risolvere le questioni di competenza è qui il Consiglio di Stato, le cui pronunce non sono per tali motivi impugnabili in Cassazione.

Se la pronuncia declinatoria è invece adottata dalla Cassazione a favore della giurisdizione ordinaria o tributaria, anche l'indicazione del giudice competente dovrebbe ritenersi direttamente vincolante. Nel primo caso infatti la Corte è l'organo cui spetta l'ultima parola in materia di competenza; nel secondo, anche se la legge ha escluso il ricorso ai regolamenti di competenza sull'assunto della loro incompatibilità con il giudizio tributario, la conclusione è resa plausibile dall'impugnabilità in cassazione delle sentenze delle commissioni regionali, ex art. 62, 1° c., D. Ls. n. 546/1992, anche per violazione delle norme sulla competenza[\[29\]](#).

Giunti a questo punto, non può che rilevarsi come la pronuncia della Consulta, attesa l'efficacia retroattiva che generalmente ad essa si riconosce, dovrebbe imporre l'applicazione del principio della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda a tutte le controversie che si sono già concluse con una secca declaratoria di difetto di giurisdizione.

La portata pratica del principio affermato è infatti, *in parte qua*[\[30\]](#) questa: la proposizione della domanda a giudice privo di *potestas iudicandi* impedisce la decadenza ed interrompe-sospende, ex art. 2945, 2° c., cc, la prescrizione (come accadrebbe se fosse proposta a giudice correttamente individuato). In particolare tali effetti è necessario che perdurino nelle more dell'identificazione del giudice, avendo proprio la funzione di evitare che l'errore in tal senso condizioni la tutela di merito o per decadenza dal potere di proporre la domanda o per prescrizione del relativo diritto.

La conclusione assume vitale importanza per tutte le domande che, in seguito a declinatoria di giurisdizione, non sono state riproposte a causa dello spirare, *medio tempore*, di termini di decadenza o prescrizione, e che è oggi possibile riassumere davanti al giudice che è stato ritenuto, nella pronuncia stessa, fornito di giurisdizione[\[31\]](#). A tal ultimo proposito può subito rilevarsi che *generaliter* la declaratoria di difetto di giurisdizione è motivata proprio con argomenti legati all'esistenza di norme che attribuiscono la giurisdizione ad altro giudice, ed è perciò possibile l'individuazione di quest'ultimo anche nelle pronunce precedenti alla sentenza della Consulta in commento, che tale riferimento impone.

Ove tuttavia l'indicazione del giudice *ad quem* manchi, dovrebbe comunque ammettersi la riassunzione davanti al diverso giudice che l'interessato ritenga fornito di *potestas iudicandi* anche (ma non solo) in relazione alle indicazioni della pronuncia declinatoria, salve le impugnazioni

previste dalla legge.

La conclusione in sé non dovrebbe suscitare eccessivo scandalo, se si pensa che comunque, allo stato attuale della legislazione e pur dopo la sentenza della Consulta, non può ritenersi esistente alcun vincolo (del tipo, per intenderci, di quello previsto dagli artt. 44 e 45 cpc, 31, 8°c. L. Tar o 5, 3°c. D.Ls n. 546/1992) del giudice *ad quem* a ritenersi fornito di giurisdizione neppure se vi sia stata specifica indicazione in tal senso del giudice *a quo*. Il vero problema è dunque, in attesa di un intervento del legislatore, quello del possibile conflitto negativo di giurisdizione e del modo in cui deve esser risolto, atteso che la Consulta, sia pure con indicazione non vincolante, ha escluso l'automatica praticabilità del rimedio ex art. 362, 2°c., n.1.

Ci si può poi chiedere se, ove si sia già verificato un conflitto negativo di giurisdizione e la domanda sia stata proposta per la terza volta^[32] il *dies a quo* di decorrenza degli effetti sostanziali e processuali debba attestarsi alla data di pendenza del primo processo, chiusosi con la secca declinatoria di giurisdizione, o alla successiva data di proposizione della domanda al giudice che ha disposto la trasmigrazione del processo applicando il principio dettato dalla Consulta.

Il dubbio non appare ozioso se si pensa alla vicenda che ha dato luogo alla pronuncia della Consulta: proposta domanda al giudice ordinario, questi ha declinato *sic et simpliciter* la giurisdizione. La domanda è stata riproposta al giudice amministrativo, che ha provocato sul punto la declaratoria di illegittimità da parte della Consulta. Se quest'ultimo ritiene^[33] a sua volta di declinare la giurisdizione rimettendo le parti ad altro giudice, la decorrenza degli effetti della domanda si attesta alla data di pendenza del processo davanti al Tar, o a quella (precedente) di pendenza del processo davanti giudice ordinario che aveva già disposto la secca declinatoria?

La soluzione più vicina alla *ratio* dell'intervento delle due alte Corti dovrebbe essere la seconda. L'idea è che non possano collegarsi effetti pregiudizievoli all'esame di merito della domanda solo a causa dell'errata individuazione del giudice^[34]. Per questo la trasmigrabilità del processo, consentendo la conservazione degli effetti della domanda, incarna i valori di cui agli artt. 24, 25 e 111 Cost.

Le modalità in cui essa avviene^[35], compreso il modo in cui si atteggiavano i rapporti tra giudice *a quo* e giudice *ad quem* in relazione all'individuazione della giurisdizione, sono al contrario solo frutto di tecnica processuale, non in grado di erodere lo zoccolo duro del principio, che può riassumersi nei termini seguenti: proposta una domanda, quali che siano le vicende legate all'individuazione del giudice (e quindi i passaggi tra diverse giurisdizioni che dovessero verificarsi in ragione della tecnica processuale prescelta), i relativi effetti sostanziali e processuali si attestano a quel momento.

Resta il problema della decorrenza del termine di riassunzione del giudizio, sempre che si accetti, sia pur con le grosse riserve già formulate, l'idea dell'applicazione estensiva dell'art. 367, 2°c., cpc.

Considerati gli artt. 136 Cost. e 30 L. n. 87 del 1953, la decorrenza dovrebbe attestarsi al giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Consulta che, dichiarando l'illegittimità dell'art. 30 L. Tar nei termini ampiamente riferiti, ha inserito nell'ordinamento il principio della conservazione degli effetti della domanda proposta a giudice carente di giurisdizione.

Infine.

Ci si può chiedere se la conservazione degli effetti della domanda operi anche in caso di declinatoria della giurisdizione basata sulla verifica che la situazione azionata è di interesse legittimo anziché di diritto soggettivo. Il riferimento è, evidentemente, alle domande di risarcimento dei danni da attività amministrativa illegittima, per le quali la giurisprudenza di legittimità anteriore sia alle riforme inaugurate dal d. Ls. n. 80/1998 e succ. mod. che alla sentenza delle SS.UU. n. 500/1999 faceva rientrare ora negli schemi del difetto assoluto di giurisdizione per mancanza di situazione suscettibile di tutela, ora in quelli dell'infondatezza nel merito per difetto di danno risarcibile.^[36]

Il nuovo quadro istituzionale disegnato dalla legislazione del 1998-2000 nella lettura che ne ha fornito la Corte Costituzionale nella sentenza n. 204/2004^[37], consente di ritenere che oggi il giudice che declini in casi *de quibus* la giurisdizione ben potrebbe disporre la trasmigrazione del processo davanti al giudice *ad quem*: sia il diritto soggettivo che l'interesse legittimo sono infatti tutelabili attraverso il risarcimento dei danni, trattandosi solo di individuare il giudice che per scelta del Costituente e con l'*interpositio legislatoris* tale tutela deve somministrare.

C'è anzi da credere che se ciò non accadesse, si negherebbe la pari dignità, ex artt. 103 e 113 Cost., di entrambe le situazioni soggettive, cui con pari strumenti è assicurata tutela dal *giudice naturale* di ciascuna.

5.- La lettura congiunta delle due sentenze lascia l'impressione che finalmente anche le Alte Corti^[38] considerano i tempi maturi per portare *ad consequentias* il principio che la pluralità delle giurisdizioni ha carattere solo funzionale. Riguardata in tal modo, la pluralità si salda, costituendone esplicazione, con il principio del giudice naturale, e ne è svelata la natura di strumento di miglior realizzazione della tutela.

E non è un caso che nella pronuncia che ha ridefinito i confini della giurisdizione esclusiva creata dalla legislazione di fine novecento la Consulta abbia richiamato proprio la necessità che nel riparto il legislatore tenga conto del ruolo di *giudice naturale degli interessi legittimi* riconosciuto dalla Costituzione al Consiglio di Stato^[39].

L'organizzazione tecnica del processo (*rectius*: dei processi) non può dunque essere tale da misconoscere questo principio, dovendo piuttosto assicurare che chi agisce in giudizio non si veda preclusa la possibilità della sentenza di merito solo a causa dell'errata individuazione del giudice.

Incarnazione del principio è il meccanismo che, nel processo civile, consente la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda a giudice incompetente, se il processo è riassunto nei termini e modi ivi previsti.

In base a questa premessa, si comprende allora perché la Cassazione abbia ritenuto sufficienti le sole armi dell'interpretazione per ritenere esistente la *translatio iudicii* anche tra giudici di diversi ordini, e per consentirne la realizzazione applicando l'art. 367, 2° c. cpc.

Essa ha tuttavia solo sfiorato l'aspetto della trasmigrazione del processo da un giudice di merito all'altro, lasciando nell'ombra proprio l'aspetto cruciale dei rapporti tra giudici di diversi ordini, atteso che le questioni di giurisdizione si profilano proprio nei giudizi di merito, e qui devono trovare una prima soluzione^[40].

Tutto l'impianto motivazionale sulla possibilità della *translatio* è, del resto, un *obiter dictum*, avendo la Corte deciso solo sull'esistenza della giurisdizione amministrativa per essersi verificato giudicato interno.

La Consulta, per parte sua, è intervenuta su questo versante, imponendo la trasmigrabilità del processo da un giudice di merito all'altro, previa indicazione del giudice *ad quem*, come conseguenza del principio di conservazione degli effetti della domanda, ma qui si è fermata. Consapevole di non poter "riscrivere" l'ordinamento, ha chiamato in causa il legislatore.

Entrambe le pronunce allora, pur aprendo la breccia indispensabile a nuovi sviluppi nella direzione

dell'effettività della tutela soprattutto in settori in cui è obiettivamente incerto a quale giudice proporre la domanda, non sono da sole in grado di fornire tutte le risposte.

E non lo sono perché la concreta trasmigrazione del processo tra giudici di diversi ordini non passa solo[41]attraverso l'affermazione del principio di conservazione degli effetti della domanda, ma ha bisogno: a) di un forte supporto di regole processuali in grado di rendere non eccessivamente gravoso il meccanismo e che b) siano anche rispettose di altri principi costituzionali.

Si può pensare, per dare corpo a queste considerazioni, al difetto di giurisdizione[42], che nel processo civile, ma anche in quello amministrativo[43] e tributario[44], è oggi rilevabile in ogni stato e grado del processo. Ci si può allora chiedere se, in relazione alla ragionevole durata del processo, l'attuale regime si riveli coerente con la più ampia prospettiva ordinamentale dell'unità funzionale della giurisdizione.

E' inoltre necessaria la verifica dell'attuale regime dei rapporti tra giudice *a quo* e giudice *ad quem* in punto di individuazione della giurisdizione, sia in considerazione del fatto che dopo la trasmigrazione il giudice *ad quem* potrebbe dichiararsi incompetente, facendo scattare un ulteriore congegno di traslazione, sia perché, essendo attualmente il conflitto elevabile *sine die*, gli effetti relativi alla prescrizione e alla decadenza sono anch'essi congelabili (almeno in astratto) *sine die*.

Si tratta di profili che, lungi dal potersi riguardare *sub specie aeternitatis* e cristallizzare in principi, sono il frutto di scelte positive, come dimostra l'esperienza storica della disciplina processualeciviltistica delle questioni di competenza[45], e che oggi il legislatore dovrebbe compiere anche alla luce della ragionevole durata del processo.

Restano inoltre sul tappeto una serie di interrogativi di carattere processuale, indotti dal cambiamento della prospettiva ordinamentale di cui si è già detto. Si tratta:

- a) del regime di trasmigrazione del processo tra ordini diversi, dovendosi scegliere tra la continuazione dello stesso processo o l'inizio di un altro (ferma la conservazione degli effetti della domanda);
- b) dei modi, termini ed efficacia della trasmigrazione a giudice di diverso ordine;
- c) dell'eventuale possibilità di deroghe alla giurisdizione per ragioni di connessione, aspetto che, almeno in astratto potrebbe rivelarsi coerente con l'unità funzionale della giurisdizione oltre che realizzare l'economia processuale[46].

L'*interpositio legislatoris*, indispensabile a questo punto, passa allora dalla via stretta dell'armonizzazione del ruolo ineliminabile dei giudici speciali (giudici naturali di situazioni soggettive che non possono *ad nutum* esser loro sottratte) e degli equilibri istituzionali che la Costituzione ha creato tra i diversi plessi giurisdizionali, con la ragionevole durata del processo e l'effettività della tutela giurisdizionale.

Comunque sia, non resta che augurarsi che questa via venga finalmente percorsa.

[1] La casistica ed i riferimenti dottrinali sono sterminati, oltre che a tutti noti. Ci si limita perciò a rinviare, da ultimo, al quadro di sintesi di Capponi, *La giurisdizione sul risarcimento del danno da attività provvedimentale della P.A.*, in www.judicium.it nonché a Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2005.

[2] Come nota Oriani, *Sulla translatio iudicii dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro It.*, 2004, V-2, 9 ss, in questa stessa situazione la Corte aveva in passato cassato una sentenza del Consiglio di Stato senza rinvio (Cass.22 ottobre 2002 n. 14895), realizzando un esito (condivisibilmente) ritenuto assurdo.

[3] I due aspetti possono considerarsi facce della stessa medaglia. L'art. 65 Ord. Giud. affida alla Corte la funzione nomofilattica, cioè quella di assicurare la corretta ed uniforme interpretazione delle norme e la loro corretta applicazione ai casi concreti. E siccome i limiti delle attribuzioni di ciascun plesso giurisdizionale sono fissati dalla legge, i due aspetti si saldano tra loro, in quanto “(...) *il controllo accentrato del rispetto di tali limiti si risolve in null'altro che nella corretta ed uniforme interpretazione ed applicazione delle norme che quei limiti prevedono, il che a sua volta costituisce garanzia della corretta ed uniforme interpretazione ed applicazione del diritto sostanziale*”: così Gasperini, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, spec. 38 ss.

[4] In Gazzetta Ufficiale n. 21 del 24 novembre 2006, Prima serie Speciale.

[5] La questione è quella rimessa alla Consulta dall'ordinanza del Tar Liguria n. 148 del 21 novembre 2005, pubblicata in G.U. n. 21 del 24 maggio 2006, Prima serie speciale. In particolare il tribunale aveva sospettato di illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 24, 111 e 113 Cost., l'art. 30

L. Tar nella parte in cui non avrebbe consentito al giudice amministrativo che declinasse la giurisdizione di disporre la continuazione del processo con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

[6] *Id est* non appartiene al contenuto precettivo della singola pronuncia declinatoria della giurisdizione.

[7] L'intento nomofilattico è particolarmente evidente nella pronuncia in commento, atteso che la portata precettiva della pronuncia attiene all'esistenza della giurisdizione in capo al GA per essersi verificato un giudicato interno. La complessa motivazione in cui si esplica il mutamento dell'orientamento contrario alla *translatio iudicii* tra giudici di diversi ordini è effettuata a corredo della rimessione delle parti davanti al Consiglio di Stato, ed è dunque solo un *obiter dictum*. Ciò rende ancor più evidente che la Corte ha inteso, proprio nell'esercizio della funzione nomofilattica, gettare le basi di un nuovo diritto vivente.

[8] In verità, pur essendo pienamente applicabile anche al giudizio incidentale di legittimità costituzionale il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, l'art. 27 della L. n. 87/1953 consente alla Corte, proprio in deroga a tale principio, di dichiarare quali altre disposizioni legislative sono illegittime in seguito alla decisione in concreto adottata. Ciò in base alla *ratio* che, se permanessero nonostante la dichiarazione di illegittimità che ha colpito le altre insieme alle quali formano un sistema, si creerebbero disparità di trattamento. Al contrario, spesso la Corte ha fatto uso del potere di ridurre l'ambito delle questioni di legittimità sottoposte (v. per tutti, Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, 329 ss e , più di recente, Silvestri, v. *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1994, 159 ss; Dal Canto, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002.) Ad ogni buon conto in quest'occasione la Corte non ha inteso far uso di tali poteri, nel chiaro intento di spostare l'attenzione sul fatto, peraltro innegabile, che è necessario l'intervento del legislatore. Solo sotto questo profilo si è spostata dall'ambito ritagliato dall'ordinanza di rimessione.

[9] Ai sensi dello stesso art. 367, 2° c., cpc? Su questi aspetti si rimanda alle più diffuse considerazioni formulate *infra* nel testo.

[10] E' suggestivo in proposito il rilievo che l'ordinanza di rimessione lamentava che se il giudizio si fosse concluso con una declinatoria di giurisdizione *tout court*, senza cioè l'indicazione del giudice nel frattempo divenuto competente alla prosecuzione del processo, si sarebbe **vanificata l'attività processuale svolta**, oltre che verificata la decadenza dalle azioni possessorie. La Corte riprende specificamente il punto, ricordando che correttamente il giudice *a quo* non ha lamentato l'assenza di un meccanismo che consenta la traslazione del processo ad altro giudice, ma l'impossibilità che siano conservati gli effetti della domanda (il che val quanto dire, sembra, che il meccanismo riassuntivo è il risolto processuale, *uno dei risvolti possibili*, di un principio ricavabile *aliunde* all'interno del sistema di organizzazione delle regole di competenza, ma che non basta, da solo, a ritenere esistente quel principio in altri ambiti, quale quello della giurisdizione). E' a questo punto che la Consulta precisa significativamente che l'esistenza nel cpc di una disciplina della riassunzione non implica che la domanda proposta in riassunzione conservi gli effetti di quella originaria, essendo la traslazione del processo necessaria, ma non sufficiente perché il giudice *ad quem* possa giudicare della domanda come se fosse stata proposta *ab initio* di fronte a lui. Nessun riferimento specifico invece all'aspetto della conservazione degli atti già compiuti nel processo iniziato di fronte al giudice privo di giurisdizione, che appare, a questo punto consapevolmente, misconosciuto anche nel dispositivo.

[11] La Corte fa in particolare riferimento alla forma dell'atto, al termine di decadenza, alle modalità di notifica e/o deposito, all'eventuale integrazione del contributo unificato, nonché alla possibilità di optare per il principio che ogni giudice è giudice della sua giurisdizione o quello opposto codificato dall'art. 44 cpc per la competenza. In relazione al termine di decadenza, si può in verità porre il dubbio se la Corte si riferisca alla sola quantificazione, rimessa come tale senz'altro alla ragionevole

discrezionalità del legislatore, o *tout court* alla sua esistenza. La risposta pare dover essere nel primo senso (il legislatore è cioè libero di stabilire il termine che ritiene più congruo, ma non di costruire un congegno senza termini di decadenza) atteso che la conservazione degli effetti della domanda originariamente proposta a giudice privo di giurisdizione è principio da coordinare con la certezza dei rapporti giuridici. La prosecuzione del giudizio non può dunque essere ragionevolmente lasciata ad una scelta delle parti da esercitare *sine die*. Questa, del resto, pare la *ratio* che ha ispirato la Corte nell'escludere l'utilizzabilità dell'art. 362, 2° c. per risolvere l'eventuale conflitto di giurisdizione tra giudici di merito. “(...) *ed ai fini qui rilevanti è sufficiente osservare che la funzione di <rendere praticabile la translatio>, con la conservazione degli effetti della domanda proposta a giudice (che risulta essere) privo di giurisdizione, non può ritenersi affidata ad un ricorso proponibile <in ogni tempo> (e quindi anche anni dopo il manifestarsi del conflitto)*”.

[12] Non si può sfuggire all'impressione che sul punto la Consulta non abbia inteso prendere posizione esplicita, atteso l'uso di termini quali *riattivazione*, *riassunzione* e *prosecuzione* del processo che, se interpretati nel senso comune invalso nell'ambito delle varie ipotesi di riassunzione previste dal cpc, ivi comprese quelle a seguito di dichiarazione di incompetenza, fanno riferimento allo stesso processo che continua davanti allo stesso o ad altro giudice, con salvezza degli atti fino a quel momento compiuti (e salvo l'eventuale mutamento del rito, ove reso necessario). Sta di fatto però che il principio espresso nel dispositivo è solo quello della conservazione degli effetti della domanda se il processo trasmigra presso un giudice di diverso ordine, nulla affermandosi in merito alla sorte degli atti compiuti.

[13] *Id est* : tale conservazione, conseguente ad una riassunzione del tipo di quelle previste dal cpc, deve considerarsi solo una delle possibili opzioni a disposizione del legislatore.

[15] Non si può tuttavia escludere che la Corte venga in futuro investita della questione di legittimità costituzionale di questa norma proprio nella parte in cui impone la cassazione senza rinvio da parte del Consiglio di Stato. In tal caso la Corte avrebbe l'alternativa di adottare altra pronuncia di illegittimità, o quella di dichiarare inammissibile la questione per essere già possibile, in virtù del principio oggi affermato, una interpretazione costituzionalmente orientata come quella proposta nel testo, o ancora di adottare una pronuncia interpretativa di rigetto.

Sulla tipologia delle pronunce della Corte di veda, oggi, Comoglio-Carnevale, *Il ruolo della giurisprudenza e i metodi di uniformazione del diritto in Italia, Relazione all'ottavo seminario internazionale su “Sistema giuridico latinoamericano e processo. Unificazione del diritto”*svoltosi a Roma il 20-22 maggio 2004, e consultabile in www.judicium.it, nonché Silvestri, v. *Legge*, cit., 157 ss.

[16] Sia pure anche in tal caso a livello di *obiter dictum*. L'obbligo, per il futuro ed in altri giudizi, di disporre la *translatio* da parte del Consiglio di Stato non può dunque ricondursi alla sentenza delle S.U se non nel senso molto ampio che fa leva sulla autorevolezza ed il ruolo istituzionale del giudice. D'altra parte, tale obbligo può fondarsi sulla pronuncia della Consulta solo a patto che si ritenga, come pare a chi scrive, che il principio affermato abbia portata generale in riferimento a qualunque declinatoria di giurisdizione, senza che siano necessari altri interventi correttivi di specifiche norme, tra cui proprio l'art. 34 L. tar.

[17] L'ambivalenza si ripropone nei due più recenti disegni di legge delega predisposti prima dalla Commissione Tarzia e a qualche anno di distanza dalla commissione Vaccarella. Il primo, consultabile in *Riv. Dir. Proc.*, 1996, 948, contempla all'art. 2 la riassunzione e continuazione del processo davanti al giudice indicato in caso di declinatoria per difetto di giurisdizione. L'attenzione è concentrata, come si evince dalla Relazione illustrativa, non solo sulla conservazione degli effetti della domanda, ma anche sulla conservazione dell'attività processuale svolta. Nel disegno di legge n. 4578 presentato il 19 dicembre 2003 alla Camera dei Deputati, e predisposto dalla Commissione Vaccarella, consultabile in www.judicium.it, si prevede invece, sempre all'art. 2 in materia di

giurisdizione, quanto segue: “a) rivedere la disciplina della giurisdizione nei rapporti tra l'autorità giudiziaria ordinaria e la giurisdizione amministrativa, contabile e i giudici speciali, prevedendo la traslazione del giudizio se, nel termine perentorio fissato dalla legge, la domanda è riproposta al giudice munito di giurisdizione, ferme restando comunque le decadenze verificatesi anteriormente alla proposizione della domanda innanzi al primo giudice ed attribuendo a quest'ultima effetto interruttivo di esse”. Come nota anche Oriani, *Sulla translatio iudicii*, cit., 12, nota 16, è quantomeno dubbio che con la locuzione “riproposizione della domanda” si sia inteso riferirsi alla *translatio iudicii* dell'art. 50 cpc, in cui nel termine perentorio deve compiersi un mero atto d'impulso processuale (la riassunzione, appunto), e non la riproposizione della domanda.

[18] La (ritenuta) assenza di una via ermeneutica per la realizzazione della trasmigrazione del processo comporterebbe l'inaccettabile conseguenza di rendere il principio della conservazione degli effetti della domanda, in attesa dell'intervento del legislatore, sostanzialmente lettera morta. E' verosimilmente questa la consapevolezza che ha spinto la Consulta a “raccomandare” ai giudici, in attesa dell'intervento del legislatore, l'uso degli strumenti dell'ermeneutica.

[19] L'individuazione dei termini di riassunzione avrebbe potuto, in via puramente teorica, anche passare, ad esempio, attraverso l'applicazione analogica dell'art. 50 cpc in caso di trasmigrazione del processo al giudice ordinario, o dell'art. 5, c. 5° D. Ls. n. 546/1992 se invece giudice *ad quem* fosse stato quello tributario. L'opzione avrebbe avuto una sua logica perchè avrebbe consentito l'utilizzo di congegni previsti proprio per il processo davanti al giudice *ad quem*, oltre che già sperimentati nella prassi, sia pure per la diversa ipotesi della declinatoria della competenza. Sul versante pratico non sarebbero state, inoltre, riscontrabili grosse differenze, atteso che anche l'art. 367, 2° c., cpc prevede il termine di sei mesi dalla comunicazione della sentenza (ma non la fissazione del termine giudiziale, a differenza delle altre norme citate nel testo): v. ad esempio, in tal senso, prima delle sentenze in commento, Cipriani, *Riparto di giurisdizione e “translatio iudicii”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 729 ss. La soluzione appare tuttavia oggi concretamente impraticabile dato che sia le Sezioni Unite che la Consulta hanno scartato questa possibilità. La Corte di legittimità ha infatti, sia pure solo sfiorando l'argomento, mostrato di non ritenere esportabile il meccanismo degli artt. 44, 45 e 50 cpc alla giurisdizione, in quanto ha affermato che il giudice *ad quem* non può ritenersi vincolato all'indicazione del giudice *a quo*, ciò che invece caratterizza la disciplina processuale della dichiarazione di incompetenza; per parte sua, la Consulta ha dichiarato l'assoluta estraneità di tale ultima disciplina *in parte qua* alla tematica della giurisdizione e, invocando l'intervento del legislatore, ha ritenuto preclusa, in via solo ermeneutica, l'utilizzazione degli stessi congegni processuali.

[20] Sia pure a livello di semplice *obiter dictum*.

[21] Il difetto di giurisdizione può essere rilevato, ex art. 30 L. Tar, anche in appello. Inoltre, per consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, tale difetto può esser rilevato d'ufficio dallo stesso giudice di secondo grado anche in presenza di una esplicita o implicita decisione del Tar non impugnata *in parte qua* (v. ad esempio, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 27 settembre 2004 n. 6338, inedita, ma riportata da Cipriani, *Riparto di giurisdizione*, cit., 748, nota 49). Ne consegue perciò che è ben possibile, salva l'impugnazione della sentenza davanti alle S.U. della Cassazione ex art. 111, 8° c. Cost. e 360 n. 1 cpc, che trasmigri davanti ad un giudice appartenente a diverso ordine, con la tecnica della *translatio iudicii*, un processo in uno stato anche molto avanzato. Lo stesso è a dirsi se, proposto regolamento di giurisdizione anche *in limine litis*, il processo non venga sospeso ex art. 367, 1° c.

[22] L'ipotesi si è già verificata, prima della pubblicazione delle sentenze in commento: proposta domanda di risarcimento del danno da irreversibile trasformazione di un suolo edificatorio, alla declinatoria della giurisdizione resa dal giudice ordinario seguiva la riassunzione davanti al Tar che, previa verifica della sua giurisdizione, pronunciava nel merito. V. Tar Toscana, 25 novembre 2004, n. 6051, in *Danno e Responsabilità*, 2005, 108. In un altro caso precedente, il giudice ordinario aveva declinato la giurisdizione sulla domanda relativa all'opposizione all'indennità di espropriazione, in

favore della Giunta speciale per le espropriazioni (istituita presso la corte d'Appello di Napoli). Il processo veniva ivi riassunto e la Giunta riteneva corretto il meccanismo della *translatio iudicii*. La Cassazione riteneva invece inapplicabile l'art. 50 ai rapporti tra giurisdizioni diverse, anche se poi nel caso specifico non si erano verificate decadenze in quanto non vi erano termini perentori per la proposizione dell'opposizione alla stima. V. Cass. 6 novembre 1993, n. 10998, in *Foro It.*, 1993, I, 3246.

[23] Anche in tal caso, già molto prima delle sentenze in commento, l'esperimento era stato tentato da una Commissione tributaria, di fronte alla quale era stata tempestivamente impugnata una cartella esattoriale. Declinata la giurisdizione, la Commissione fissava un termine per la riassunzione davanti al giudice ordinario, che però rigettava la domanda nel merito. Proposto ricorso per cassazione, la Corte rilevava d'ufficio l'inesistenza di *translatio iudicii* tra giudici di diversi ordini e, sul presupposto che l'impugnazione della cartella esattoriale davanti alla Commissione tributaria non aveva impedito la decadenza (proprio perché proposta a giudice carente di giurisdizione), dichiarava inammissibile tale impugnazione. V. Cass. 25 novembre 2003, n. 17934, in *Rep. Foro It.*, 2003, v. *Procedimento civile*, n. 358.

[24] Non può naturalmente escludersi che la Corte sia investita della questione di legittimità costituzionale di altre norme che, in relazione al giudizio ordinario e tributario, non consentono la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

[25] La prospettiva dell'illegittimità costituzionale delle norme sulla giurisdizione e dell'art. 50 cpc, in riferimento proprio agli artt. 3, 24 e 111 Cost. è stata fatta propria da quella dottrina che, prima della pubblicazione delle sentenze in commento, lamentava l'assenza di una *translatio iudicii* cd. orizzontale, cioè a seguito di declinatoria di giurisdizione da parte del giudice ordinario di merito: Gasperini, *Il sindacato della Cassazione*, cit., 322 ss.

[26] Vale a dire la valutazione degli atti eventualmente già compiuti e la non vincolatività, per il giudice *ad quem*, dell'indicazione data dal giudice *a quo*, con conseguente prospettabilità del conflitto negativo di giurisdizione. Va tuttavia rilevato che nel passaggio dal giudice ordinario alla Corte dei Conti e viceversa in relazione alla materia pensionistica, almeno civile, i problemi relativi alla valutazione degli atti potrebbero in concreto non porsi atteso il disposto dell'art. 5 della L. n. 205/2000, per il quale si applicano davanti alla Corte, che giudica in composizione monocratica, gli artt. 420, 421, 430 e 431 cpc (la dottrina ritiene però applicabile anche l'art. 433: v. Saitta, *Il processo contabile*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di Sassani e Villata, Torino, 2000, 421 ss). Potrebbe dunque accadere che il processo si sia già svolto, e debba continuare, con lo stesso rito, sia pure davanti a giudici di diverso ordine.

[27] Sull'ammissibilità della domanda riconvenzionale nel processo amministrativo v. Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2005, spec. 688, e Di Giovanni, *La domanda riconvenzionale nel processo amministrativo*, Padova, 2004. In particolare sul riparto di giurisdizione tra GA e GO in materia di pubblici servizi dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, ancora Caringella, *Corso*, cit., 406 ss, ove anche indicazioni sulla più recente giurisprudenza di legittimità.

[28] Ad esempio, giudice tributario piuttosto che ordinario o contabile.

[29] Si veda su questo aspetto, per tutti, Tesauo, *Processo tributario*, in *Dig Disc. Priv. Sez. Comm.* XI, Rist. 2001, 337 ss.

[30] La locuzione "effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale" racchiude in sé una serie articolata di contenuti. La dottrina (v., per tutti, Luiso, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2000, 50 ss) vi fa normalmente rientrare quelli procedurali in senso stretto, cioè la possibilità per le parti di compiere gli atti del processo immediatamente successivi alla proposizione. Ci sono poi altri effetti processuali quale quello della successione nel processo ex art. 110 cpc, dell'irretrattabilità della

domanda, che non può esser ritirata senza il consenso della controparte costituita che potrebbe aver interesse alla prosecuzione ex art. 306 cpc, della *perpetuatio iurisdictionis* ex art. 5 cpc, della litispendenza ex art. 39 cpc. Questi aspetti sembrano tutti applicabili a parte l'ultimo, che presuppone che entrambi i giudici aditi (e non uno solo di essi, come sarebbe nel nostro caso) abbiano comunque competenza sulla causa. In relazione agli effetti sostanziali, c'è appunto l'impedimento delle decadenze e l'interruzione-sospensione della prescrizione ex art. 2945, 2° c., cc. Mentre l'effetto interruttivo istantaneo si produce con la sola proposizione della domanda, quello sospensivo opera e permane fino al passaggio in giudicato (solo) se c'è una sentenza di merito (che ovviamente riconosca il diritto). In caso di sentenze di rito (diverse da quelle che dichiarano l'incompetenza, attesa la possibilità del processo di continuare ex art. 50 cpc davanti al giudice competente) e di estinzione del processo opera invece solo l'effetto interruttivo istantaneo (ma v. per le sentenze di rito diverse da quelle che eventualmente dichiarino l'estinzione, Oriani, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, 227 ss.). Un altro effetto sostanziale collegato all'accoglimento della domanda è, per quanto qui interessa, il regime previsto dall'art. 1283 cc, per il quale gli interessi scaduti producono altri interessi dal giorno della domanda giudiziale.

[31] L'effetto retroattivo delle pronunce di incostituzionalità di ferma davanti ai "rapporti esauriti". Con tale locuzione si intendono generalmente i rapporti per i quali è già intervenuto un giudicato, o vi sia stata una transazione. La dottrina (v., per tutti, Barile, *Istituzioni*, cit., 328) rileva l'estrema difficoltà di catturare una nozione sufficientemente precisa ed univoca dei rapporti esauriti. In particolare sembrano da considerare "esauriti" anche i rapporti per i quali siano decorsi termini di prescrizione o decadenza per l'impugnativa degli atti. La soluzione pare da condividere, ma non inficia le conclusioni raggiunte nel testo. Qui si fa infatti riferimento a eventuali prescrizioni o decadenze che siano maturate dopo la proposizione della domanda, ed a causa dell'inesistenza di un congegno che ne consentisse la conservazione dell'effetto interruttivo (permanente) o impeditivo. La rimozione dell'ostacolo all'operare del congegno stesso è dunque sufficiente a rimettere in moto il meccanismo della tutela giurisdizionale, dovendo le ragioni del suo arresto ritenersi superate. Il caso è quindi molto diverso da quello, contiguo, in cui prescrizioni o decadenze si fossero già verificate prima della proposizione della domanda giudiziale, sia pure a giudice privo di *potestas iudicandi* (caso nel quale la pronuncia della Corte non potrebbe operare, atteso che i rapporti giuridici in questione sarebbero effettivamente incisi dall'effetto decadenziale o dalla prescrizione). Né, d'altro canto, la Corte ha fatto uso, per escludere il risultato prospettato nel testo, dei poteri di "manipolazione" degli effetti temporali della sue sentenze proprio allo scopo di ridurre l'efficacia retroattiva per evitare "*effetti profondamente sconvolgenti sul piano sociale ovvero oneri economici insopportabili*" (v., per tutti, Barile, *Istituzioni*, cit., 328, che richiama la riportata espressione del Saja, e Silvestri, v. *Legge*, cit., 156 ss).

[32] Si vedano, per dare corpo a queste affermazioni, le considerazioni di Oriani, *Ancora sulla translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale*, in *Corr. Giur.* n. 9/2004, 1189, in merito all'incertezza in ordine al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario, giudice amministrativo e Commissioni tributarie, in materia di fermo amministrativo disposto ex art. 86 d.p.r. n. 602/1973 e succ. mod. su veicoli a motore del debitore per crediti riscossi mediante ruolo, o in materia di canoni per il servizio di depurazione delle acque reflue.

[33] Ciò che non è affatto da escludere. La rilevanza della questione nel giudizio *a quo* si basava infatti proprio sulle conseguenze derivanti da una nuova secca declinatoria di giurisdizione (come risulta dalle argomentazioni del giudice *a quo* sul punto specifico).

[34] E di certo proprio questo accadrebbe se tra la prima declinatoria di giurisdizione e la proposizione della domanda ad altro giudice a sua volta ritenutosi privo di giurisdizione si verificassero prescrizioni e/o decadenze, in quanto pur dopo la riassunzione del processo l'esame nel merito resterebbe precluso proprio a causa del suddetto effetto decadenziale o prescrizione già verificatosi.

[35] E delle quali costituisce catalogo la disciplina dei processi civile, amministrativo e tributario. Nel primo in alcuni casi il giudice ha l'obbligo, ex art. 45 cpc, di promuovere il regolamento di

competenza d'ufficio se si ritiene a sua volta privo di competenza. La pronuncia della Cassazione "chiude" però definitivamente la vicenda identificativa del giudice in quanto è vincolante per il giudice designato. Nel caso invece dell'art. 31 L. Tar, dopo una sommaria delibazione del Tar, la decisione sulla competenza è assunta, a seguito di regolamento di competenza, dal Consiglio di Stato con efficacia vincolante per il Tar designato. Nei casi infine di cui all'art. 5 del D. Ls. n. 546/1992 non è previsto il regolamento di competenza, ma la decisione della Commissione tributaria che dichiara la propria incompetenza ed indica la Commissione competente è vincolante per il giudice *ad quem* se il processo è riassunto a norma del 5° c. della stessa disposizione. In tutti i casi menzionati, dunque, al di là delle differenze riscontrabili nei congegni adottati, si evita il conflitto reale di competenza perché il giudice *ad quem* è comunque vincolato a ritenersi competente.

[36] Si veda, sul punto, l'ampia disamina di Gasperini, *Il sindacato della Cassazione*, cit., 174 ss, ove anche ampie indicazioni di giurisprudenza e dottrina.

[37] Si intende qui far riferimento, in particolare, al passaggio 3.4.1 della sent. n. 204/2004 (C.Cost. 6 luglio 2004 n. 204, in *Foro It.*, 2004, I, 2594, con note di Benini, Travi e Fracchia), nel quale la Consulta rileva:

"il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova materia attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (sub.3) ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri (...)".

[38] In realtà la possibilità della *translatio iudicii* anche tra giudici di diversi plessi giurisdizionali è un'idea che in dottrina ha origini lontane. In riferimento al vigente codice di rito è infatti da ricordare che già Andrioli, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all.E, RTDPC*, 1965, 1644 la riteneva possibile. Successivamente la dottrina si è sempre manifestata fedele, sia pure con diversi *distinguo* e modulazioni, a quest'idea. A titolo meramente esemplificativo, si segnalano Oriani, *Processo di cognizione*, cit., 241, che già nel 1977 lamentava il mancato utilizzo del congegno di cui all'art. 50 per consentire la traslazione della causa tra giudici di diversi ordini; Cipriani, che nella monografia dello stesso anno, *Il regolamento di giurisdizione*, 168, proponeva una limitata praticabilità della *translatio* (in particolare, solo dal GA al GO, atteso che solo in tal caso deponeva a favore della conclusione il tenore letterale dell'art. 367 cpc. Si legga anche il recente contributo dell'A: *Riparto di giurisdizione e "translatio iudicii"* cit., 729 ss); Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 174, che ritiene utilizzabile proprio l'art. 367, 2° c., cpc, alla traslazione del processo dal giudice ordinario al giudice amministrativo. Vanno inoltre segnalati, sempre a titolo meramente esemplificativo, oltre agli scritti più recenti di Oriani citati ripetutamente, anche i due progetti di disegni di legge delega, redatti dalle Commissioni Tarzia e Vaccarella, di cui alla nota 16. Anche la giurisprudenza di merito sia ordinaria che speciale, per parte sua, ha tentato varie volte l'esperimento della *translatio*, ma è incorsa nella "bocciatura", senza mezzi termini, della Cassazione (v., per i riferimenti, le note 21 e 22). All'appello mancavano dunque effettivamente solo le due alte Corti, oltre che, ovviamente, il legislatore.

[39] C.Cost. n. 204/2004, punto 2.2: *"Sembra allora chiaro che il Costituente (...) ha riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l'art. 2 della legge del 1865 (...)".*

[40] E' pur vero che lo strumento privilegiato risulta, in questo contesto, il regolamento di giurisdizione, attraverso il quale si risolve sia il problema dell'identificazione del giudice sia quello

del possibile conflitto di giurisdizione, atteso che la pronuncia della Corte è vincolante. Anzi, c'è da ipotizzare proprio un'impennata dei regolamenti di giurisdizione in quanto strumento per uscire da alcune strettoie che il quadro attuale presenta.

[41] Anche se questo è il passaggio fondamentale, ed encomiabili sono state entrambe le Corti a farsi carico di abbattere un muro che finora solo la dottrina (ed una parte pionieristica della giurisprudenza di merito) aveva ritenuto superabile. V. anche, su questo aspetto, M. A. Sandulli, *I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii*, in www.federalismi.it

[42] Nei rapporti tra giudici nazionali.

[43] A mente dell'art. 30, 1°c. L. Tar, il difetto di giurisdizione è rilevabile anche d'ufficio, e la giurisprudenza applica comunque l'art. 37 cpc. Si è inoltre già detto dell'orientamento del Consiglio di Stato, del resto applicato anche nel caso che ha dato adito alla pronuncia delle Sezioni Unite in commento, che ritiene rilevabile d'ufficio il difetto di giurisdizione anche in presenza di pronuncia del Tar, non impugnata sul punto specifico. Sul punto, v., per tutti, Cipriani, *Riparto*, cit., 749; Nigro, *Giustizia amministrativa*, V ed., Bologna, 2000, 349 ss; Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2000, 294 ss.

[44] L'art.3, 1°c. D. Ls. n. 546/1992 è esplicito in tal senso, riprendendo quasi testualmente il tenore dell'art. 37 cpc: "il difetto di giurisdizione delle Commissioni tributarie è rilevato, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo".

[45] Su questi specifici aspetti, non può che rinviarsi alle belle pagine di Cipriani, *Riparto di giurisdizione*, cit., 730 ss, e di Oriani, *Ancora sulla translatio*, cit., 1192 ss.

[46] Ma che forse contrasterebbe proprio con il carattere naturale che la Consulta ha ribadito, con la sent. n. 204/2004, appartenere al GA ed agli altri giudici speciali. Nei rapporti tra diversi plessi giurisdizionali i profili di naturalità ex art. 25 Cost. devono infatti, *maiori causa* dopo la sent. n. 204/2004, ritenersi più stringenti di quelli ravvisabili tra giudici dello stesso ordine. Potrebbe esser questo il motivo dell'impraticabilità di deroghe alla giurisdizione (interna) per ragioni di connessione. Del resto, la stessa strettoia si pone davanti al legislatore sul terreno della regolamentazione dei rapporti tra giudice *a quo* e giudice *ad quem* in punto di individuazione della giurisdizione. L'eventuale adozione di un modello simile a quello oggi adottato dagli artt. 44 e 45 cpc, se giustificabile alla luce della ragionevole durata del processo nella misura in cui gli si riconosca la virtù di semplificare la definitiva individuazione del giudice, potrebbe non essere compatibile con i rapporti istituzionali tra i diversi giudici speciali, ed in particolar modo con la complessa trama normativa che la Costituzione ha creato per garantire la reciproca indipendenza della giurisdizione amministrativa e contabile da quella civile e del suo organo di vertice. In realtà qui il legislatore si trova nella difficile posizione di non pregiudicare con scelte di natura tecnica (ciò che comunque gli sarebbe precluso) un equilibrio interno voluto dalla stessa Costituzione.