Nota minima a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 9 ottobre 2008, n. 24883 – Riconoscimento della competenza del giudice adito

VALERIO SARCONE

Con la pronuncia n. 24883/2008 la Suprema Corte è intervenuta in ordine ad una controversia avente ad oggetto l'interpretazione delle norme concernenti la *potestas iudicandi* del giudice adito, ovvero la competenza dell'organo giurisdizionale chiamato a giudicare.

Le Sezioni Unite della Corte hanno affrontato la questioni attinenti l'interpretazione dell'art. 37 c.p.c. ("Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo") in collegamento con quanto disposto dall'art. 38 c.p.c.[1].

Nella decisione in commento, la Corte ha ripercorso il tracciato solcato dalla precedente giurisprudenza in tema di *potestas iudicandi* e *translatio judicii* (ovvero, traslazione della giurisdizione), svolgendo alcune considerazioni di procedura processuale alle quali ha accostato fondamentali questioni di salvaguardia dei diritti fondamentali in materia di tutela giurisdizionale contenuti in Costituzione.

In estrema sintesi, la Corte ha ribadito che «qualora il giudice decida espressamente sia sulla giurisdizione sia sul merito e la parte impugni solo sul merito, è precluso al giudice di appello e alla Cassazione il rilievo d'ufficio della questione di giurisdizione e alla parte interessata non è consentito introdurla in sede di legittimità se non l'abbia proposta anche in appello, essendosi formato il giudicato interno sulla questione. Tale giudicato interno, secondo numerose pronunce (v. Cass. sez. un. 8.8.2001 n. 10961, Sez. L. 12.4.1984 n. 2377, SS.UU. 24.2.1982. n. 1151, SS.UU. 17.11.1978 n. 5330, SS.UU. 1506/1976), si forma per effetto di un fenomeno di acquiescenza, ai sensi dell'art. 329 c.p.c., comma 2; altre pronunce, invece, pur giungendo alla medesima

[1] L'art. 38 del c.p.c. recita che "l'incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio nei casi previsti dall'articolo 28 sono rilevate, anche d'ufficio, non oltre la prima udienza di trattazione. L'incompetenza per territorio, fuori dei casi previsti dall'articolo 28, è eccepita a pena di decadenza nella comparsa di risposta. L'eccezione si ha per non proposta se non contiene l'indicazione del giudice che la parte ritiene competente. Quando le parti costituite aderiscono a tale indicazione, la competenza del giudice rimane ferma se la causa è riassunta entro tre mesi dalla cancellazione del ruolo. Le questioni di cui ai commi precedenti sono decise, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e, quando sia reso necessario dall'eccezione del convenuto o dal rilievo del giudice, assunte sommarie informazioni".

conclusione, non fanno leva sull'art. art. 329 c.p.c., comma 2, ma sulla preclusione derivante dal giudicato».

È stato confermato, altresì, che la mancata esplicitazione in un apposito capo della sentenza della questione della giurisdizione non deve far ritenere che la questione non sia stata affrontata e decisa, poiché «qualsiasi decisione di merito implica la preventiva verifica della *potestas iudicandi*; tale verifica, in assenza di formale eccezione o questione sollevata di ufficio, avviene comunque *de plano* (implicitamente) e acquista "visibilità" soltanto nel caso in cui la giurisdizione del giudice adito venga negata. [OMISSIS] Vi è dunque un preciso obbligo di legge di decidere prima ("gradatamente") le questioni pregiudiziali (logiche o tecniche) e poi ("quindi") il merito».

Peraltro, «l'avvento del principio della ragionevole durata del processo comporta l'obbligo di verificare la razionalità delle norme che non prevedono termini per la formulazione di eccezioni processuali per vizi che non si risolvono in una totale carenza della tutela giurisdizionale, come ad esempio i vizi attinenti al principio del contraddittorio». Come precisato dalla Corte, dunque, «l'art. 37 c.p.c. va letto ed interpretato nel contesto delle altre regole processuali e della "sostenibilità" degli effetti cronologici. In particolare, occorre tenere conto: a) della regola della coerenza dei comportamenti delle parti (art. 329 c.p.c.), per cui l'acquiescenza alla pronuncia sulla giurisdizione comporta la impossibilità di sollevare successivamente l'eccezione di difetto di giurisdizione; b) del dovere di responsabile collaborazione delle parti per contenere i tempi processuali: il principio costituzionale di ragionevole durata del processo si rivolge non soltanto al giudice quale soggetto processuale, in funzione acceleratoria, ma anche e soprattutto al legislatore ordinario ed al giudice quale interprete della norma processuale, rappresentando un canone ermeneutico imprescindibile per una lettura costituzionalmente orientata delle norme che regolano il processo, nonché a tutti i protagonisti del giudizio, ivi comprese le parti, le quali, soprattutto nei processi caratterizzati dalla difesa tecnica, debbono responsabilmente collaborare a circoscrivere tempestivamente i fatti effettivamente controversi (Cass. 1540/2007); c) della preclusione derivante dal giudicato, che opera, come si è detto, anche nei confronti del giudice di legittimità (Cass. 34/1999). L'evoluzione giurisprudenziale, nel quadro della interpretazione sistematica, porta alla conclusione che la portata precettiva dell'art. 37 c.p.c., deve essere contenuta in limiti più ristretti di quelli autorizzati dalla lettera della legge *(lex plus dixit quam voluit*)».

La Suprema Corte ha, tra l'altro, chiarito come «la portata dell'art. 37 c.p.c., riacquista la sua massima espansione soltanto quando il tenore della decisione (che attenga al rito o al merito) sia tale da escludere qualsiasi forma

di implicita delibazione sulla giurisdizione. Ciò in quanto, se c'è una decisione (implicita o esplicita) errata sulla giurisdizione, questa non può e non deve (posto che i tempi morti del processo non possono premiare chi ne è causa) sfuggire al triplice (attore- convenuto-giudice) costante controllo imposto dall'art. 37 c.p.c. Questa disposizione, infatti, non si limita ad attribuire una facoltà ai soggetti processuali, ma impone loro un vero e proprio obbligo (investendo anche le parti di una funzione pubblica di vigilanza processuale) che sorge in qualunque stato e grado del processo la questione affiori: "il difetto di giurisdizione ... è rilevato" (art. 37 c.p.c., comma 1). In altri termini, il riferimento ad ogni "stato" del processo sta a significare che la questione, una volta che sia affiorata, non può essere sollevata poi *ad libitum*, ma deve essere affrontata appena emersa. Altrimenti sarebbe stato sufficiente il riferimento al solo "grado" del processo. Invece, il legislatore facendo riferimento anche allo stato del processo ha inteso chiarire che la questione deve essere subito affrontata, quale che sia appunto lo stato del processo. In mancanza, con la pronuncia di merito, se l'eccezione non viene nemmeno sollevata con i motivi di impugnazione, la stessa non può più essere sollevata. Infatti, non può considerarsi ragionevole il tempo perduto perché una eccezione non venga tempestivamente sollevata; nè la parte che non adempia a tale obbligo/onere può ritenersi penalizzata per le conseguenze che ne derivano, posto che avrebbe potuto porvi rimedio tempestivamente».

In ordine alla "permeabilità" delle giurisdizioni ed alle modalità alternative dei giudicati (ad es. art. 6, legge 21 luglio 2000, n. 205, che prevede come «le controversie sui diritti devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si possono deferire ad arbitri e, attraverso l'impugnazione del lodo, possono approdare dinanzi al giudice ordinario»), la Corte di Cassazione ha anche sottolineato come la Corte costituzionale abbia affermato, nella sentenza 12 marzo 2007, n. 77[2], che "il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi - comprensibile in altri momenti storici ... - è certamente incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali. Se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi

[2] Per un commento alla sentenza v. M.A. SANDULLI*, I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla* traslatio iudicii, in *Federalismi.it*, 2007; A. MANGIA, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2007, p. 736 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in Diritto processuale amministrativo, n. 4/2007, p. 1103 ss.

legittimi. Questa essendo la essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti - per giunta innervatesi su un riparto delle loro competenze complesso ed articolato - è tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l'errore del giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale. Una disciplina siffatta, in quanto potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale e comunque tale da incidere sulla sua effettività, è incompatibile con un principio fondamentale dell'ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta. Al principio per cui le disposizioni processuali non sono fine a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito, si ispira pressoché costantemente - nel regolare questioni di rito - il vigente codice di procedura civile, ed in particolare vi si ispira la disciplina che all'individuazione del giudice competente - volta ad assicurare, da un lato, il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale e, dall'altro lato, l'idoneità (nella valutazione del legislatore) a rendere la migliore decisione di merito - non sacrifica il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa"».

In definitiva, sostiene la Suprema Corte, «nel mutato quadro normativo (interno ed internazionale) in tema di giurisdizione (non più inderogabile) e con l'avvento della costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo, il principio di economia processuale non può non produrre i suoi effetti anche in relazione ai tempi concessi per il consolidamento della giurisdizione. Non ha senso giocare una partita in un campo di cui solo successivamente possa essere verificata la praticabilità. Quindi, l'art. 37 c.p.c., ha subito certamente una erosione di principio, nel senso che il contenuto letterale della norma deve cedere il passo alla odierna intenzione del legislatore (*voluntas legis*) frutto della evoluzione storica del sistema (art. 12 preleggi, comma 1) che impone termini perentori per la verifica della *potestas iudicandi*. La riduzione degli spazi applicativi dell'art. 37 c.p.c., è simmetrica alla "portata espansiva del nuovo dettato costituzionale", che fornisce ai giudici "uno strumento per verificare la tenuta e la portata delle singole norme del codice di rito e per garantirne una interpretazione costituzionalmente orientata" (Cass.

20604/2008). Inoltre, la riforma dell'art. 38 c.p.c., incide sulla portata dell'art. 37 c.p.c., non soltanto in termini di principio, ma anche in termini di diretta riduzione degli spazi interpretativi di quest'ultima disposizione. Se fosse legittima, ma non lo è, l'eccezione secondo la quale il giudizio di merito non implica un giudizio sulla giurisdizione, alla quale le parti ed il giudice potrebbero "non aver pensato", la stessa eccezione non sarebbe comunque proponibile quando una sentenza si pronunci *expressis verbis* sulla *potestas iudicandi*. Competenza e giurisdizione stanno tra loro in termini di continenza e, quindi, il giudice che si pronunci affermando la propria competenza, non può non aver verificato il presupposto della giurisdizione. Infatti, secondo la giurisprudenza di questa Corte, anche la pronuncia che declina la competenza implica l'affermazione della giurisdizione: "la pronuncia declinatoria della competenza presuppone, come antecedente logico giuridico, la positiva affermazione, ancorchè implicita, della giurisdizione, avendo ad oggetto un accertamento subordinato, rispetto al quesito pregiudiziale relativo all'esistenza della "*potestas iudicandi*" del giudice adito" (Cass. 26483/2007). Conseguentemente, se la competenza del giudice adito (che implica la sussistenza della giurisdizione) non può più essere messa in discussione dopo il termine fissato dall'art. 38 c.p.c., non si vede poi come la giurisdizione possa essere rimessa in discussione *sine die*. In altri termini, se le esigenze di economia processuale impongono la verifica immediata della *potestas iudicandi* entro termini rigorosi, non si spiega una radicale diversità di disciplina, quando i criteri di riparto siano analoghi. Si deve propendere perciò per una interpretazione restrittiva dell'art. 37 c.p.c., per ragioni di coerenza del sistema e di lettura adeguatrice della norma alle innovazioni costituzionali. Nè si potrebbe osservare che, se il legislatore ha modificato l'art. 38 c.p.c., senza intervenire anche sull'art. 37 c.p.c., significa che ha inteso mantenere una differente disciplina. Il rilievo non avrebbe pregio, perché, come già accennato, il legislatore del 1990 è intervenuto in un sistema in cui era ancora vigente la inderogabilità convenzionale della giurisdizione (art. 2 c.p.c.). Nel mutato quadro normativo, gli effetti dell'art. 38 c.p.c., riformato, si proiettano necessariamente sulla portata dell'art. 37 c.p.c., nel senso che se la verifica della competenza implica la verifica della giurisdizione, quando i tempi per la verifica della competenza sono esauriti coerenza vuole che siano esauriti anche quelli per la verifica della giurisdizione; ovvero, coerenza vuole che almeno questi ultimi non siano dilatati fino al punto da essere incompatibili con la ragionevole durata del processo».

Dunque, la Suprema Corte conclude precisando che: «a) fino a quando la causa non sia decisa nel merito in primo grado, il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti, anche dopo la scadenza dei termini previsti dall'art.

38 c.p.c. (anche se sarebbe opportuno un intervento legislativo di coordinamento); b) entro lo stesso termine le parti possono chiedere il regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c.; c) la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; d) le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si è formato il giudicato implicito o esplicito; e) il giudice può rilevare anche di ufficio il difetto di giurisdizione, fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato implicito o esplicito».