

NUMERO 2 - 2016

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

FELICE MANNA

Rilievo ed effetti dell'incompetenza in appello (a proposito di Cass., sez. II, 9 dicembre 2015, n. 24856)



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	234
PAOLO GROSSI	
<i>L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte</i>	237
SALVATORE PATTI	
<i>Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale</i>	241
ENRICO QUADRI	
<i>Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione</i>	255
MARCELLO MAGGIOLO	
<i>Beni artificialmente creati nei settori agroalimentare e dell'energia. Un catalogo di nuovi beni mobili registrati</i>	283
MADDALENA SEMERARO	
<i>Contrattazione preliminare e autonomia negoziale: preliminare di preliminare e causa in concreto</i>	333
NICCOLÒ ABRIANI	
<i>Proposte concorrenti, operazioni straordinarie e dovere della società di adempiere agli obblighi concordatari</i>	365
FELICE MANNA	
<i>Rilievo ed effetti dell'incompetenza in appello (a proposito di Cass., sez. II, 9 dicembre 2015, n. 24856)</i>	401
CLARICE DELLE DONNE	
<i>Sospensione e cautela ex art. 700 c.p.c. nel sistema di tutela della valida formazione delle decisioni assembleari</i>	417

Rilievo ed effetti dell'incompetenza in appello (a proposito di Cass., sez. II, 9 dicembre 2015, n. 24856)

La competenza funzionale inquadra il tema dell'applicabilità o meno al giudizio d'appello della *translatio iudicii* ex art. 50 c.p.c. Lo scritto che segue mostra come in rapporto ad esso la *translatio* abbia avuto nella giurisprudenza di legittimità più enunciazioni di principio che applicazioni effettive. Ove ammessa, essa assolve – questa la conclusione – una funzione affatto diversa da quella originaria, trasfigurandosi da strumento conservativo necessitato dall'art. 2943, comma 3, c.c., a mezzo d'attribuzione di una sorta di *ius poenitendi* nel caso d'impugnazione erronea.

The functional competence frames the issue of whether or not the appellate decision of the translatio iudicii pursuant to art. 50 of the Code of Civil Procedure is applicable. This paper shows how in relation to it, translatio had more rulings of principle than of effective application in the Court's legitimacy case law. Where permitted, it now performs – this is the conclusion – a quite different function than the original one, transfiguring itself from the conservative tool required by art. 2943, para. 3 of the Code of Civil Law, to a means of assignment of a kind of ius poenitendi where there is a case of erroneous appeal.

Sommario: 1. La competenza del giudice dell'impugnazione quale competenza funzionale - 2. L'impostazione più risalente - 2.1. (*Segue*): le critiche a tale indirizzo - 3. L'orientamento più recente e la negazione della *translatio iudicii* - 3.1. (*Segue*): gli argomenti a favore - 4. Considerazioni conclusive.

1. - La competenza del giudice dell'impugnazione quale competenza funzionale.

La questione rimessa alle S.U. con l'ordinanza n. 24856 del 2015 della seconda sezione civile concerne l'applicabilità o meno della *translatio iudicii ex art. 50 c.p.c.* all'ipotesi d'incompetenza territoriale del giudice adito in funzione di giudice d'appello.

Sebbene esulino *stricto iure* da tale questione le ipotesi in cui l'errore dell'appellante involga il grado del giudice investito dall'appello o lo stesso mezzo d'impugnazione prescelto, è inevitabile che le S.U. allarghino il loro angolo visuale sull'intera problematica della proposizione dell'impugnazione a giudice "incompetente". Le ragioni investono la stessa genesi della categoria processuale che la problematica evoca: la competenza per gradi come competenza funzionale, che costituisce quel criterio (quarto) di cui il codice non parla espressamente.

Dunque e *in primis*, occorre verificare la correttezza dell'inquadramento teorico della questione in termini di competenza. Ciò in quanto la sentenza che ha originato il contrasto (la n. 2709 del 2005, cui hanno fatto seguito le pronunce nn. 26375 del 2011, 11259 del 2014 e 22321 del 2015) contesta proprio che di vera e propria competenza si debba parlare in rapporto ai gradi d'impugnazione¹. In altri termini, pacifico il *commodum* d'impiegare un valore semantico di corrente ed immediata comprensione, si tratta di stabilire se, in definitiva, il *nomen* "competenza" sia del tutto

¹ Si legge in detta sentenza che «l'uso del termine "competenza" per identificare la legittimazione di un ufficio giudiziario ad essere investito di un mezzo di impugnazione possa – se non altro per ragioni di immediatezza concettuale ed espressiva – anche ritenersi accettabile. E, tuttavia, tale accettazione non può comportare l'automatica considerazione del fenomeno come fenomeno interno a quello che il legislatore, attraverso l'espresso uso del termine "competenza", ha inteso ricondurre alla nozione normativa della competenza. Perché quella considerazione sia giustificata è, in realtà, necessario domandarsi se, adoperando i normali canoni interpretativi, la disciplina o parti della disciplina dettata dal legislatore per regolare normativamente il fenomeno che ha definito come "competenza" siano idonee a ricomprendere direttamente oppure per via di interpretazione estensiva od analogica anche il fenomeno dell'individuazione del giudice abilitato ad essere investito di un mezzo di impugnazione».

coerente alla qualificazione giuridica che ne discende in automatico (ed è ciò di cui dubita Cass. n. 2709 del 2005); ovvero e più semplicemente se nonostante tale qualificazione si possa dare una competenza in tutto o in parte sottratta alle regole che vi dedica il Libro primo del codice di rito.

La categoria della competenza funzionale si deve, com'è noto, a Chiovenda, che inizialmente la elaborò proprio ed esclusivamente con riguardo alla competenza per gradi, lì dove il criterio funzionale s'intreccia con quello territoriale e con quello dell'oggetto del giudizio. Solo successivamente l'Autore la estese alle ipotesi del processo esecutivo e di quello fallimentare, in cui il giudice più indicato a svolgere efficacemente la propria "funzione" specifica è selezionato per l'appunto *ratione loci*, e la sua competenza è, come quella del giudice dell'impugnazione, inderogabile con riguardo sia all'elemento territoriale sia a quello oggettuale.

A favore del carattere funzionale della competenza del giudice d'appello, ai sensi dell'art. 341 c.p.c., depone il precedente di Cass. sez. un. n. 23594 del 2010, in tema d'individuazione del giudice di secondo grado per le opposizioni a ordinanza d'ingiunzione (giudice designato quello di prossimità e non quello del foro erariale)². Inoltre, se si considera che è competenza ogni frazione dell'intero esercizio della funzione giurisdizionale, che la categoria in parola appartiene alla tradizione stessa degli studi processualcivilistici e che essa non ha cessato mai di essere evocata in dottrina come in giurisprudenza³, va da sé che è senz'altro corretto l'inquadramento proposto, a condizione che non se ne ipotichi la soluzione del problema in esame, ricorrendo ad una mera petizione di principio.

E tale sarebbe, in particolare, il ricordare che il codice vigente configura la competenza quale presupposto processuale (o se si preferisce come requi-

² Chiarissima al riguardo la posizione assunta dalle S.U.: «l'individuazione del giudice di appello, ai sensi dell'art. 341 cod. proc. civ., attiene ad una competenza territoriale *sui generis*, che prescinde dai comuni criteri di collegamento tra una causa e un luogo, né è al riguardo applicabile la norma di cui all'art. 38 cod. proc. civ., che si riferisce esclusivamente al giudizio di primo grado, dipendendo tale competenza indefettibilmente dal luogo in cui ha sede il giudice *a quo*. Ne consegue il carattere funzionale della competenza, che impedisce il definitivo suo radicamento presso un giudice diverso per il solo fatto che la relativa questione non sia stata posta *in limine litis*».

³ Né pare surrogabile con il concetto di legittimazione (cui pure accenna, in senso esplicativo, Cass. n. 2709 del 2005), equivoco per varie e note ragioni e non esportabile alla posizione del giudice.

sito di validità del provvedimento del giudice) piuttosto che come requisito di ammissibilità (e dunque di validità) della domanda. Con la conseguenza che a livello di mero presupposto l'incompetenza del giudice adito vizia non la domanda ma l'eventuale provvedimento del giudice; di qui il meccanismo della *translatio*. (In effetti non mancano casi in cui anche nel codice vigente la competenza è configurata come condizione di ammissibilità della domanda: si veda l'art. 633 c.p.c., non a caso recante la rubrica *Condizioni di ammissibilità* e contenente il riferimento al "giudice competente", e non al giudice *tout court*. Ma in tal caso la libera riproponibilità della domanda esclude in radice ogni problema connesso). Ciò di cui si discute è, appunto, se tutto questo sia verificabile anche nei gradi d'impugnazione.

Come giustamente osservato in dottrina e nella stessa sentenza della Cass., n. 2709 del 2005, l'individuazione del giudice dell'impugnazione è mediata da una norma che la legge non qualifica come disposizione sulla competenza per materia, valore o territorio, il che «legittima e rende utile l'adozione della categoria chiovendiana»⁴. Ma ciò se da un lato conferma l'esistenza di una competenza funzionale e la specifica riconduzione ad essa di quella per gradi, dall'altro legittima l'illazione che proprio la mancata positivizzazione della categoria stessa non sia casuale, ma esprima l'intento del legislatore di sottrarre quest'ultima dall'applicazione delle norme dettate dal Libro primo in tema di competenza e, segnatamente, dall'applicazione dell'art. 50 c.p.c.

2. - L'impostazione più risalente.

La giurisprudenza del S.C. appariva costante prima di Cass. n. 2709 del 2005, nel senso di ritenere che la proposizione dell'appello a giudice incompetente per territorio conservi gli effetti sostanziali e processuali dell'impugnazione mediante il meccanismo della *translatio* al giudice competente; effetto invece escluso ove l'errore riguardi il grado o il mezzo esperito, essendo la competenza del giudice d'appello di tipo funzionale. Concorde (sia pure con vari distinguo) la dottrina maggioritaria⁵.

⁴ Cfr. N. RASCIO, *In tema di competenza funzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 158.

⁵ Esaurienti i richiami di P.G. IANNELLI, *Art. 50 c.p.c. e incompetenza per gradi*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 2007, III, 477 e ss.

Tale indirizzo, che resta ancora prevalente (salvo se si ha riguardo agli ultimissimi anni), afferma che l'appello proposto dinanzi ad un organo della giurisdizione ordinaria diverso da quello che sarebbe stato competente secondo legge, conserva gli effetti sostanziali e processuali dell'impugnazione a condizione che l'organo adito, benché territorialmente incompetente, sia egualmente giudicante in secondo grado e possa quindi disporre la rimessione della causa al giudice competente, davanti al quale potrà essere effettuata apposita riassunzione a norma dell'art. 50 c.p.c.; il medesimo effetto conservativo, invece, deve escludersi qualora l'appello sia stato proposto davanti allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza oggetto del gravame, oppure davanti ad altro giudice di primo grado, mancando in questi casi uno strumento legislativo che legittimi il passaggio del rapporto processuale dal primo al secondo grado, neanche potendo spiegare effetti sananti la costituzione in giudizio dell'appellato (Cass. nn. 12155 del 2004, 17847 del 2007, 15866 del 2002, 9554 del 1998, 6515 del 1981).

Si tratta dell'orientamento che (i) vigente il c.p.c. del 1865 fu sostenuto (contrari Pisanelli e Chiovenda) da Mortara ⁶ ed altri, (ii) fu seguito dalla giurisprudenza delle Cassazioni del Regno ed (iii) è trasmigrato senza colpo ferire nella giurisprudenza successiva all'entrata in vigore dell'attuale codice di rito. Eppure la diversità del quadro normativo di riferimento non è di per sé un indice di errore nell'aver assicurato la continuità dell'indirizzo ⁷.

Mi spiego. Il c.p.c. del 1865 non prevedeva una norma analoga all'art. 50 c.p.c. vigente, per cui la *translatio iudicii* nel caso d'incompetenza territoriale del giudice adito non era ammessa. I casi in cui la si consentiva, come ad esempio l'incompetenza sopravvenuta, erano considerati eccezioni alla regola. Ma analoga conservazione degli effetti sostanziali e processuali era

⁶ Secondo il quale l'appello a giudice incompetente, manifestando il proposito impugnatorio, attribuisce il diritto a trattare l'appello davanti al giudice competente senza altro limite di tempo che il termine di perenzione: v. *Commentario del codice e delle leggi di procedura*, IV, n. 187. Ma – risponde Chiovenda – alla mera dichiarazione della volontà d'appellare, la legge non attribuisce effetti giuridici se non in casi isolati (artt. 657 e 704 c.p.c. del 1865): *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, 322.

⁷ Anzi tale orientamento è ben più plausibile ora che non in passato, allorché era frutto di una giurisprudenza essenzialmente pretoria.

in allora garantita dall'istituto della perenzione d'istanza (in base al quale ogni istanza era perenta se per il corso di tre anni non era stato posto in essere alcun atto della procedura: art. 338 c.p.c. del 1865), e dal fatto che il termine di perenzione corresse anche dopo la sentenza declinatoria della competenza⁸. Il meccanismo della *translatio* svolge oggi la medesima funzione che assolveva ieri la perenzione d'istanza, vale a dire conservare gli effetti dell'interruzione della prescrizione che si verifica (e si verificava del pari nel c.c. del 1865: v. art. 2125 c.c.) anche se la domanda è proposta a giudice incompetente (art. 2943, comma 3, c.c.).

Tutto ciò ci ricorda che la *translatio iudicij* nasce per soddisfare un'esigenza di carattere sostanziale e non processuale, per conservare gli effetti dell'interruzione della prescrizione anche dopo la pronuncia d'incompetenza (sotto la comminatoria di azzeramento nel caso di estinzione del processo: art. 2945, comma 3, c.c.).

2.1. - (Segue): le critiche a tale indirizzo.

L'orientamento tradizionale non è stato immune da critiche, anche da parte della dottrina che pure ne condivide l'esigenza mitigatrice⁹. Logica e coerenza sistematica imporrebbero di considerare che o si nega la categoria della competenza funzionale, o se la si afferma non si possono diversificare le soluzioni, ammettendo la trasmigrazione dell'appello in senso orizzontale e negandola in senso verticale. È ben vero che allorché sia erroneamente adito un giudice di grado diverso rispetto a quello competente spesso ciò scaturisce da un errore sul mezzo d'impugnazione

⁸ Tant'è che da ciò Chiovenda in un suo famoso scritto (*Rapporto giuridico processuale e litispendenza*) trasse argomento per affermare che la lite restava pendente nonostante la dichiarazione d'incompetenza: v. *op. cit.*, vol. II, 388-389.

⁹ V. M. ACONE, *Codice di procedura civile commentato*, G. VERDE- R. VACCARELLA (a cura di), 1997, 506, per cui «giudice superiore è solo il giudice del grado successivo a quello che ha pronunciato la decisione appellata, non potendosi assumere una nozione di giudice superiore del tutto anodina e completamente priva di qualsiasi contatto con l'art. 341 c.p.c.». In senso sostanzialmente analogo, v. N. RASCIO, *op. cit.*, 166, secondo cui «o si ritiene che l'atto rivolto al giudice incompetente è idoneo a introdurre l'impugnazione, ed allora alla pronuncia di incompetenza potrà seguire utilmente la riassunzione secondo l'art. 50; oppure, in caso contrario, non si avrà una pronuncia di incompetenza o di inammissibilità, ma *non trattandosi di impugnazione* (corsivo dell'Autore), dovrà essere emanata una pronuncia di litispendenza ovvero, se nel frattempo sono decorsi i termini per impugnare, dovrà essere rilevata la preclusione per precedente giudicato».

utilizzato, sicché i due aspetti tendono a sovrapporsi (e probabilmente proprio per questo la soluzione viene fatta coincidere nella giurisprudenza in commento). E che ammissibilità del mezzo e competenza del giudice sono aspetti concettualmente diversi per cui diversa ne è anche la verifica¹⁰. Tuttavia se per il principio di auto-responsabilità processuale è appello quello che la parte dichiara tale e che promuove avverso un dato provvedimento, è difficile ravvisare differenze ontologiche tra l'errore che ricade sul grado e quello che concerne la localizzazione territoriale del giudice adito.

Una seconda critica nasce dal fatto che nel suo insieme l'indirizzo a tutt'oggi prevalente mostra una certa qual distonia, perché scinde la competenza per gradi in territorio e funzione, col risultato di negare l'unitarietà della categoria della competenza funzionale, che nasce proprio per descrivere quelle situazioni processuali in cui il criterio funzionale s'intreccia, non potendosi separare, con quello territoriale e con quello dell'oggetto.

Dunque, di fronte ad una predicata violazione del medesimo criterio di competenza funzionale, si propongono contraddittoriamente due soluzioni antitetiche, sul presupposto che il profilo territoriale sia declinabile a tutti gli effetti in termini di competenza e quindi di presupposto processuale, con la conseguente applicazione del meccanismo della *translatio*; e che il profilo inerente al grado se ne possa discostare recuperando la dimensione propria del requisito di ammissibilità della domanda.

3. - L'orientamento più recente e la negazione della *translatio iudicii*.

La tesi contraria di Cass. n. 2709 del 2005 afferma che «nel nostro ordinamento processuale civile non ha fondamento l'idea che la regola di individuazione dell'ufficio giudiziario legittimato ad essere investito dell'impugnazione sia riconducibile alla nozione di competenza adoperata dal codice di procedura civile nel Capo I del Titolo I del Libro I, in quanto, se

¹⁰ Sostiene M. FORNACIARI, *Considerazioni in tema di rapporti tra ammissibilità e competenza nel giudizio di appello*, in *Giust. civ.*, 1984, 3371, che il riscontro dell'ammissibilità dell'appello precede sul piano logico e procedurale quello sulla competenza del giudice adito con l'atto d'impugnazione.

anche la disciplina della individuazione del giudice dell'impugnazione assolve ad uno scopo di massima simile sul piano funzionale a quello che ha la disciplina della individuazione del giudice competente in primo grado, l'una e l'altra afferendo a regole che stabiliscono avanti a quale giudice debba svolgersi un determinato tipo di processo civile, in ragione del grado, tuttavia appare impossibile ravvisare fra i due fenomeni normativi una *eadem ratio* sufficiente a giustificare l'estensione anche parziale di aspetti applicativi della seconda alla prima sul piano dell'analogia. Ne consegue che a quest'ultima non trovano applicazione né la norma dell'art. 50 c.p.c. sulla cosiddetta *translatio iudicii* né quella dell'art. 38, dello stesso codice, sul regime di rilevazione della incompetenza. Queste conclusioni debbono essere considerate di carattere generale, nel senso che valgono: *aa*) sia per il caso in cui l'impugnazione venga proposta avanti ad un giudice territorialmente non corrispondente a quello indicato dalla legge (appello contro sentenza del giudice di pace proposto ad un tribunale di una circoscrizione diversa da quella di cui fa parte il giudice che l'ha pronunciata; appello contro sentenza del tribunale proposto a corte d'appello diversa da quella del distretto di cui fa parte il tribunale); *bb*) sia per il caso in cui, pur rispettata la regola territoriale l'impugnazione venga proposta avanti a giudice di tipo diverso da quello che la legge individua (appello contro sentenza del giudice di pace proposto alla Corte d'Appello); *cc*) sia per il caso di impugnazione proposta a giudice diverso da quello legittimato ma con la particolarità ch'esso rientri nella stessa tipologia di ufficio giudiziario di quel giudice (es.: revocazione contro sentenza del tribunale proposta ad altro tribunale); *dd*) sia per il caso di impugnazione proposta a giudice che nella ripartizione verticale dell'organizzazione del processo civile impugnazioni non sia 'superiore' a quello che abbia pronunciato la sentenza (es.: appello contro sentenza del tribunale proposto ad altro tribunale) o addirittura sia collocato in posizione inferiore (es.: appello contro sentenza del tribunale o della corte d'appello proposto al giudice di pace)».

Nel novero dei precedenti che escludono la trasmigrazione deve reclutarsi anche una recente decisione resa dal Cons. Stato in Adunanza plenaria (n. 12 del 2014), che nel far proprio l'orientamento negativo più recente della Cassazione (tra cui la n. 26375 del 2011, la n. 2709 del 2005 e S.U. n. 23594

del 2010 cit.) ha qualificato la competenza del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana come competenza funzionale inderogabile. Ed ha affermato che nel processo amministrativo le norme che individuano il giudice dell'appello, avendo, appunto, carattere funzionale, non attengono alla competenza territoriale in senso tecnico, ma al luogo dove ha sede il giudice naturale, con conseguente inapplicabilità del meccanismo della *translatio*.

3.1. - (Segue): gli argomenti a favore.

A sostegno della soluzione propugnata a partire da Cass. n. 2709 del 2005, si adducono, in sintesi, le seguenti considerazioni.

A) La *translatio iudicii* assolve una funzione conservativa degli effetti sostanziali e processuali dell'azione mal proposta, mentre un'esigenza analoga non è ravvisabile in appello. Nel primo grado di giudizio l'attore per individuare il giudice competente si confronta con un problema di soluzione spesso non agevole, che consiste nell'incasellare la propria domanda all'interno delle categorie logico-giuridiche che il legislatore ha creato, in relazione all'oggetto, per disciplinare il riparto di competenza tra i vari giudici. In appello la parte appellante non ha da risolvere alcun problema di individuazione del giudice, perché la sentenza reca in sé tutte le informazioni necessarie per stabilire l'impugnazione esperibile e il giudice competente ¹¹. E se l'individuazione del mezzo può, in talune ipotesi, essere anch'essa problematica, va osservato che è proprio l'orientamento opposto a quello in commento a recuperare in tal caso la sanzione d'inammissibilità dell'impugnazione per l'errore sul mezzo; il che conferma che anche per i fautori dell'indirizzo prevalente le due posizioni, quella dell'attore e quella dell'appellante, non sono assimilabili.

In senso contrario è stato obiettato che in base al richiamo alle norme del processo di cognizione di primo grado davanti al Tribunale, contenuto nell'art. 359 c.p.c., devono ritenersi applicabili anche le disposizioni degli artt. da 42 a 50 c.p.c. in quanto non incompatibili con le disposizioni specificamente dettate per l'appello; e che sebbene il diritto d'impugna-

¹¹ Cfr. N. RASCIO, *op. cit.*, 158, il quale non di meno opta per la soluzione opposta.

zione non goda del medesimo *favor* mostrato dal legislatore nei confronti del diritto d'azione, la recente legislazione tende a ridimensionare le conseguenze dell'incompetenza e persino del difetto di giurisdizione (v. l'art. 59 legge n. 69 del 2009) ¹².

Sotto il primo profilo, mi sembra agevole replicare che gli artt. da 42 a 50 c.p.c. sono contenuti nel primo e non nel secondo Libro del codice, sicché la loro eventuale applicabilità all'appello deriverebbe non già dall'art. 359 c.p.c., ma semmai dalla potenzialità espansiva propria di ogni norma delle disposizioni generali. Il che rimanda la soluzione del problema al punto di partenza, poiché è proprio questo l'oggetto dell'indagine. Non senza considerare la marginalità dell'art. 359 c.p.c. in un processo d'appello dotato d'un autonomo e sufficiente impianto normativo.

Anche la seconda obiezione non mi sembra che colga nel segno, visto che la *translatio* nell'ipotesi di difetto di giurisdizione è omogenea a quella prevista per il difetto di competenza in primo grado, per cui anche in tal caso il problema resta sostanzialmente invariato nei suoi termini costitutivi.

B) Poiché l'appello introduce non un nuovo rapporto processuale, ma la prosecuzione di quello di primo grado, l'appello proposto ad un giudice incompetente è assimilabile alla riassunzione proposta a un giudice diverso da quello indicato nella pronuncia declinatoria, o in sede di regolamento di competenza o di cassazione con rinvio ¹³.

Tale argomento mi sembra tuttavia superabile, perché, come è stato esattamente osservato ¹⁴, nelle ipotesi di riassunzione il giudice *ad quem* è specificamente indicato nel provvedimento che a lui rimanda la causa, e perché la conseguenza in caso di riassunzione innanzi ad un giudice diverso da quello indicato (l'estinzione del processo) è diversa da quella che deriva dall'erronea proposizione del gravame (il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado).

C) La trasmigrazione del processo si pone in contrasto con la disciplina dell'appello, improntata ad esigenze di celerità cui sovrintendono le san-

¹² V. MASTRANGELO, *Sull'incompetenza del giudice d'appello*, in *Il giusto processo*, 2012, 4, 1157-1158.

¹³ A. ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. dir. proc.*, 162.

¹⁴ N. RASCIO, *op. cit.*, 155-156; concorde V. MASTRANGELO, *op. cit.*, 1158-1159.

zioni d'inammissibilità e d'improcedibilità. In particolare, vi è una certa qual antinomia valutativa fra l'improcedibilità per tardiva costituzione dell'appellante e l'ipotizzata *translatio* per incompetenza in senso orizzontale del giudice adito per il gravame. A un difetto d'attività di minor rilievo si ricollega la massima sanzione, mentre la ben più grave mancanza dell'aver proposto l'impugnazione davanti ad un giudice incompetente non ostacola la conservazione degli effetti dell'atto.

E anche in tal caso all'obiezione per cui le cause d'inammissibilità sono tipiche o comunque derivabili da situazioni tipizzate¹⁵, può replicarsi che a) la violazione dell'art. 341 c.p.c. determina una nullità extraformale dell'atto d'appello¹⁶; b) detta nullità extraformale, inerendo all'atto propulsivo dell'impugnazione, legittima, in assenza di una diversa e specifica disposizione, l'*absolutio ab instantia*; la quale c) non è impedita dall'art. 162, comma 1, c.p.c. (ammessane, come sembra debba ammettersi, l'applicazione estensiva alle nullità extraformali¹⁷), che non solo è di regola applicabile solo agli atti di acquisizione probatoria (lì dove quelli propulsivi soggiacciono ad una disciplina propria), ma che altresì nella locuzione "se possibile" reca l'impronta dell'omologa disposizione dell'art. 58, cpv. del c.p.c. del 1865, in base al quale il limite alla rinnovazione dell'atto nullo era

¹⁵ Cfr. V. MASTRANGELO, 1159-1160, il quale da tale premessa deriva la conclusione in base alla quale «poiché l'art. 341, nello stabilire il criterio di individuazione del giudice d'appello, non ricollega alla violazione di quel criterio alcuna specifica sanzione e poiché, d'altronde, tale violazione di per sé non esclude l'astratta sussistenza del potere di chiedere la riforma della sentenza di primo grado per i motivi dedotti nell'atto d'appello, è preferibile ritenere che l'incompetenza del giudice adito non implichi l'inammissibilità dell'impugnazione, bensì conduca all'applicazione dell'art. 50 e dunque della *translatio iudicii*». Lo stesso Autore sottolinea subito dopo che tale conclusione riguarda esclusivamente gli errori attinenti alla scelta del giudice cui rivolgere l'appello, non anche quelli sulla scelta del mezzo d'impugnazione esperibile, i quali di regola comportano la definizione in rito del processo.

¹⁶ Cfr. P.G. IANNELLI, *op. cit.*, 487-488, secondo cui l'art. 50 c.p.c. è norma di chiusura della disciplina dell'incompetenza, che rappresenta una nullità extraformale. Se ne trae, del resto, definitiva conferma da quanto osserva G. CHIOVENDA, *op. cit.*, I, 321, il quale, nell'affermare che non può aversi processo innanzi a un giudice incompetente, se non all'oggetto di dichiarare l'incompetenza, rileva: "Né può obiettarsi che la legge non considera l'incompetenza del giudice come motivo di nullità della citazione o del ricorso: vi sono nullità del processo derivanti dai difetti propri dell'atto costitutivo, e nullità derivanti dalla mancanza delle condizioni generali del processo, come la competenza; entrambi questi generi di nullità hanno per risultato di impedire la costituzione del processo, e poiché la domanda non ad altro tende che a costituirlo, essa è inefficace in ogni caso in cui questo effetto non è possibile; a meno che la legge riconosca taluni effetti nella domanda indipendentemente dalla sua idoneità a costituire il processo".

¹⁷ V. R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. Dir.*, 1 e ss.

che non fosse “scaduto il termine perentorio per farlo”, salvo i casi determinati dalla legge.

D) Il codice non parla di competenza funzionale e, segnatamente, non ne parla allorché ripartisce la competenza nei giudizi d’impugnazione, ordinari o straordinari, il che autorizza a ritenere che tale mancata previsione espressa dipenda proprio dalla necessità di far prevalere sull’applicazione delle norme sulla competenza di cui al libro primo una regola di tipo diverso. In altri termini, il codice non ne parla non perché non sia competenza quella del giudice d’appello, ma forse proprio perché – trattandosi di competenza – il legislatore ha avvertito il bisogno di dettare dei principi distinti per evitare l’applicazione delle disposizioni previste negli artt. da 42 a 50 c.p.c. Il che giustificerebbe l’applicazione della regola ermeneutica della clausola generale esclusiva.

4. - Considerazioni conclusive.

Per risolvere la questione occorre richiamarsi alle origini della *translatio* e interrogarsi sull’esigenza che la motiva in rapporto ai gradi d’impugnazione. La conservazione degli effetti dell’atto propulsivo invalido può considerarsi un valore anche in appello? E in caso affermativo, ciò può giustificare uno strappo alla concezione unitaria della competenza funzionale, scindendone i singoli aspetti per poi diversificarne le soluzioni? La soluzione conservativa è compatibile con le scadenze rigorose entro cui va esercitato il diritto d’impugnazione e con le sanzioni che l’ordinamento prevede per favorire la rapida formazione del giudicato?

L’effetto interruttivo delle prescrizione si è già verificato in primo grado, permane fino al giudicato (o viene meno retroattivamente nel caso d’estinzione del processo) e dunque l’appello riguardo a tale aspetto è del tutto neutro. Applicata all’appello la *translatio* esaudisce un’esigenza affatto diversa da quella, primigenia, di assicurare la litispendenza¹⁸ per conservare gli effetti sostanziali e processuali della domanda (è lecito parlare di

¹⁸ Sul concetto di litispendenza semplice o qualificata, v. G. TARZIA, *Opposizione a decreto ingiuntivo*, 123 e ss., il quale esemplifica, quanto alla prima, il caso dell’avenuta emanazione di una sentenza di primo grado soggetta ad impugnazione, e quanto alla seconda l’ipotesi del processo in stato di quiescenza, quale scaturisce dopo la cassazione con rinvio.

“domanda” in appello solo a patto di accedere ad una nozione lata e di teoria generale, ch  la domanda giudiziale propriamente detta   solo quella proposta sin dal primo grado). La trasmigrazione del processo instaurato innanzi ad un giudice d’appello incompetente assolve, in altri termini, pi  la funzione di attribuire alla parte impugnante uno *ius poenitendi* che quella di rispondere ad un’effettiva esigenza di logicit  e coerenza del sistema.

Ancora. Se si esamina nel dettaglio la giurisprudenza affermativa si nota che in appello la *translatio iudicii*   stata disposta raramente.

Le pi  risalenti pronunce avevano affermato l’applicabilit  dell’art. 50 c.p.c. al giudizio d’impugnazione anche se l’appello era stato proposto erroneamente ad un giudice di grado inferiore, in particolare allorch  contro la sentenza emessa dal pretore in una causa di lavoro l’appello era stato proposto al Tribunale invece che alla Corte d’appello (in allora quale magistratura del lavoro) (v. Cass. nn. 681 del 1959, 1148 del 1963 e 131 del 1967). Negli anni ’70 del secolo scorso l’applicazione dell’art. 50 c.p.c. in appello   stata invece operata in pochi casi, essenzialmente in relazione al gravame proposto innanzi ad una sezione ordinaria in luogo di quella specializzata agraria della Corte d’appello (Cass. nn. 220 del 1979, 4940 del 1978 e 4464 del 1976).

Negli anni ’90, nel caso di impugnazione del lodo arbitrale per nullit , ai sensi dell’art. 828 c.p.c.,   stato affermato che il principio per cui la tempestiva proposizione del gravame ad un giudice incompetente impedisce la decadenza dell’impugnazione, determinando la c.d. *translatio iudicii*, non trova applicazione nell’ipotesi di incompetenza per grado, e, di conseguenza, non opera nella ipotesi di proposizione al tribunale, anzich  alla Corte d’appello, della impugnazione per nullit  del lodo arbitrale. Pertanto, in tale ipotesi l’impugnazione   inammissibile, e non pu  essere riassunta davanti al giudice competente (Cass. nn. 5814 del 1999 e 3586 del 1993). In due casi, invece, la *translatio*   stata applicata all’erronea impugnazione innanzi al foro erariale (Cass. nn. 3355 del 1996 e 3044 del 1996). Dalla fine degli anni ’90 in poi le questioni insorte hanno riguardato per lo pi  l’identificazione del giudice d’appello durante il regime transitorio del d.lgs. n. 51 del 1998, ed anche in questi casi l’applicazione dell’art. 50 c.p.c.

è stata esclusa per l'errore sul grado del giudice *ad quem* (Cass. nn. 18716 del 2007, 12155 del 2004, 12788 del 2003, 1269 del 2003 e 15866 del 2002). In definitiva, può affermarsi che a partire dalla fine degli anni '70 la *translatio* in appello sia stata più enunciata in astratto (quando comunque non avrebbe potuto operare per essere l'impugnazione affetta da un errore sul grado del giudice adito o sul mezzo prescelto) che applicata in concreto. E del resto è ben difficile che si possa porre una mera questione d'incompetenza per territorio del giudice d'appello al di fuori di situazioni del tutto particolari e, per lo più, innescate da modifiche legislative del regime impugnatorio.

Quello rimesso alle S.U. costituisce, ad un tempo, un caso limite e un interessante banco di prova. La questione si origina dalla seguente fattispecie: è stata adita una Corte d'appello diversa da quella nel cui distretto aveva sede il giudice di primo grado, in considerazione del fatto che l'appellante lamentava che al condominio appellato partecipava un magistrato, e che, dunque, avrebbe dovuto applicarsi la norma dell'art. 30-*bis*, comma 1, c.p.c.; la Corte distrettuale, a sua volta, aveva dichiarato inammissibile il gravame per la violazione dell'art. 341 c.p.c.; e contro tale sentenza l'appellante ha proposto ricorso per cassazione sostenendo, tra l'altro, che nel dichiarare l'inammissibilità del gravame i giudici d'appello avrebbero dovuto concedergli un apposito termine per riassumere la causa innanzi alla corte d'appello competente per territorio, in applicazione dell'art. 50 c.p.c.¹⁹. Come si vede si tratta di una situazione del tutto peculiare, perché scaturisce non già da un problema di identificazione del giudice competente per territorio o dalla fallace scelta d'un rimedio impugnatorio di incerta individuazione, ma da una deliberata ribellione alla norma dell'art. 341 c.p.c., sul presupposto implicito che la competenza possa modificarsi in corso d'opera al di fuori dei meccanismi legali di deduzione, rilevazione e consolidamento.

¹⁹ Nel ricorso rimesso alle S.U. con l'ordinanza n. 24856 del 2015, della sez. II civile, la questione in oggetto è a sua volta subordinata all'esito di un'altra, pregiudiziale, riguardante l'ammissibilità del ricorso stesso nel caso in cui la copia notificata manchi di una o più pagine, in modo da renderne incomprensibile il contenuto; questione, anch'essa, rimessa alle S.U. per ragioni di contrasto. Tuttavia è ben possibile che le S.U., ove risolvano la prima nel senso dell'inammissibilità del ricorso, si avvalgano della facoltà di cui all'art. 363, comma 3, c.p.c.

Tutto ciò porta a ritenere che se si eccettua l'ipotesi della mera svista nell'individuare la competenza c.d. orizzontale del giudice d'appello, le questioni di competenza riguardano o l'individuazione del mezzo d'impugnazione prescelto o la tipologia del giudice adito, nell'un caso come nell'altro non trovando spazio alcuno la trasmigrazione del processo da un giudice ad un altro anche secondo la giurisprudenza meno recente.

E allora – sembra potersi concludere – o si ammette la *translatio* in ogni ipotesi, recuperando la giurisprudenza degli anni '60 in base ad un'applicazione apparentemente sillogistica delle norme sulla competenza, ma in realtà dettata solo dall'esigenza di mitigare il rigore delle conseguenze dell'impugnazione erroneamente proposta (senza più distinguere tra questione di competenza in senso orizzontale o in senso verticale); ovvero si sceglie con altrettanta coerenza la strada opposta, inaugurata dalla sentenza n. 2709 del 2005, nel senso che la competenza del giudice dell'impugnazione torna a configurarsi come requisito di validità della domanda ²⁰, fermo restando che di effettiva competenza funzionale in ogni caso si tratta ²¹.

²⁰ È la soluzione cui perviene P.G. IANNELLI, *op. cit.*, 487-488.

²¹ Osserva N. RASCIO, *op. cit.*, 141, che la necessità che la categoria della competenza funzionale abbia una qualche utilità è presente nell'idea di Chiovenda, che la individua nell'indelegabilità delle ipotesi che in essa vengono comprese; tuttavia, ritiene l'Autore, sarebbe sufficiente anche un'utilità minore, consistente nell'individuazione della *ratio* della disciplina prevista dalla legge.