

OGGETTO: Pratica num. 6/PP/2019 – Proposta di legge relativa alla istituzione del Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte di Cassazione.
(*delibera 15 maggio 2019*)

«Il Consiglio,

vista la proposta di legge n. 649 di delega al Governo per l'istituzione del Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte di cassazione, presentata alla Camera il 22 maggio 2018;

visto il parere dell'Ufficio Studi e documentazione n. 102 del 2019;
osserva:

I. La proposta di legge delega: i principi e i criteri direttivi.

E' attualmente all'esame della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, in sede referente, la proposta di legge n. 649, presentata il 22 maggio 2018, recante delega al Governo per l'istituzione del Tribunale superiore dei conflitti presso la Corte di cassazione.

La proposta si pone in continuità con i contenuti del “*Memorandum delle tre giurisdizioni*”, sottoscritto dai vertici della Corte di cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, nonché dai Procuratori generali presso la Cassazione e la Corte dei Conti il 15 maggio 2017.

Il *Memorandum*, secondo quanto esplicitato nella sua premessa, costituisce il punto di approdo di un lavoro pluriennale di studio, condotto da un gruppo “*costituito da alti esponenti delle tre giurisdizioni su mandato dei loro predecessori, con il supporto di Italiadecide, Associazione per la qualità delle politiche pubbliche*”.

L'esito di tale lavoro si è sostanziato nell'elaborazione di alcuni punti di impegno volti “*attraverso un'autonoma assunzione di responsabilità e di iniziativa da parte dell'insieme delle giurisdizioni superiori, attraverso paralleli e coordinati processi di autoriforma*” a promuovere “*tutte le opportune iniziative all'interno delle rispettive giurisdizioni allo scopo di migliorare lo svolgimento complessivo della funzione nomofilattica*”.

Nell'ambito di tali finalità ed obiettivi il *Memorandum* indicava espressamente, al punto n. 4), l'impegno per i sottoscrittori a “*valutare l'introduzione di norme, a Costituzione invariata, che consentano forme di integrazione degli organi collegiali di vertice con funzioni specificamente nomofilattiche delle tre giurisdizioni con magistrati di altre giurisdizioni, quando si trattino questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le sezioni unite civili della Corte di cassazione, quelle attinenti alla giurisdizione*”.

La proposta di legge in commento costituisce, dunque, un'attuazione parziale dell'intento espresso nel *Memorandum* di integrare i collegi della Corte di Cassazione per la decisione delle questioni di giurisdizione con la partecipazione di “*magistrati di altre giurisdizioni*” ed, in specie, con magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti.

In essa sono contenuti i criteri direttivi concernenti la composizione di detto organo giurisdizionale, l'ambito delle questioni ad esso devolute, il rito applicabile, l'efficacia dei provvedimenti dallo stesso emanati.

Il Tribunale dei conflitti ha una composizione mista che vede la partecipazione di sei magistrati della Corte di cassazione, di tre del Consiglio di Stato e di tre della Corte dei Conti, con l'attribuzione a turno della presidenza ai magistrati dei tre ordini secondo una rotazione annuale (lett. e).

A tale «organo giurisdizionale supremo» è devoluta «la risoluzione delle questioni di giurisdizione insorte nei giudizi civili, penali, amministrativi, contabili, tributari e dei giudici speciali» (lett. a) nonché, in via esclusiva, «la cognizione dei conflitti di giurisdizione e del regolamento preventivo di giurisdizione» sulle quali attualmente decidono le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con le eccezioni in seguito indicate.

Ulteriori criteri direttivi contenuti nella proposta di legge indicano l'ambito di cognizione del Tribunale superiore dei conflitti (lett. b: «attribuire in via esclusiva al Tribunale superiore dei conflitti la cognizione dei conflitti di giurisdizione e del regolamento preventivo di giurisdizione provvedendo alla razionalizzazione della disciplina di tali conflitti»), precisandosi che tale organo è competente a decidere del ricorso anche in caso di difetto assoluto di giurisdizione (lett. c).

Il criterio direttivo di cui alla lettera d), nel solco di quanto previsto dagli artt. 41, II comma, e 367 c.p.c., delega al Governo di «prevedere le modalità attraverso le quali il prefetto, nel caso in cui la pubblica amministrazione non sia parte in causa, possa richiedere, in ogni stato e grado del processo e finché la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato, che il Tribunale superiore dei conflitti dichiari il difetto di giurisdizione del giudice a causa dei poteri attribuiti alla pubblica amministrazione».

Le norme successive fissano i principi e i criteri direttivi che il Governo deve osservare per le modifiche ai codici di rito.

L'Esecutivo, infatti, oltre che «disciplinare il rito del procedimento attribuito al Tribunale superiore dei conflitti secondo criteri di uniformità, speditezza e semplificazione, con specifica attenzione alla garanzia del contraddittorio tra le parti» (lett. l), dovrà:

- prevedere come non obbligatorio l'intervento del procuratore generale, con possibilità di requisitoria anche scritta, e di interlocuzione, parimenti per iscritto, da parte dei difensori (lett. m);

- prevedere, come già contemplato dall'art. 59, L. n. 69/2009, il regolamento di giurisdizione d'ufficio, attribuendo al giudice individuato come fornito di giurisdizione a seguito di declinatoria del giudice adito e dinanzi al quale sia riassunta la causa, il potere di sollevare d'ufficio la questione davanti al Tribunale superiore dei conflitti (lett. n);

- stabilire che le statuizioni del Tribunale superiore dei conflitti indichino definitivamente «oltre all'estinzione del giudizio a quo, il giudice davanti al quale le parti possono riassumere il processo con conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda» (lett. o);

- stabilire la proponibilità del rimedio del regolamento preventivo di giurisdizione innanzi al Tribunale superiore dei conflitti finché non sia intervenuta una decisione sulla causa in sede cautelare o di merito (lett. p);

- prevedere l'adozione di misure cautelari, nel giudizio sospeso a seguito del regolamento di giurisdizione, a meno che il giudice non ritenga insussistente la propria giurisdizione e che la dichiarazione di una delle parti di voler proporre il regolamento di giurisdizione impedisca al giudice remittente, in sede di decisione della domanda cautelare, di definire il giudizio con sentenza, concedendo un termine di rinvio per consentire la proposizione del regolamento di giurisdizione e la contestuale fissazione della data per il prosieguo della trattazione (lett. q);

- stabilire, nel caso di regolamento incidentale di giurisdizione, che il giudice davanti a cui pende la causa sospenda con ordinanza motivata il processo soltanto se non ritenga l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata, individuando i termini e le forme di riassunzione di fronte al giudice legittimato a seguito della pronuncia sulla giurisdizione (lett. r);
- prevedere che i provvedimenti giurisdizionali del Tribunale superiore dei conflitti che decidono sulla giurisdizione, resi sia in sede di regolamento sia in sede di ricorso ordinario, siano adottati sulla base di modelli sintetici di motivazione, se del caso mediante rinvio a precedenti, laddove le questioni non richiedano una diversa estensione degli argomenti (lett. s);
- prevedere che la pronuncia sulla giurisdizione resa dal Tribunale superiore dei conflitti sia vincolante per ogni giudice e per le parti anche in un altro processo (lett. t).

I.1. La Relazione al disegno di legge.

La Relazione al disegno di legge, richiamando alcuni studi storici sul riparto tra le giurisdizioni e le modalità di risoluzione delle questioni di giurisdizione, motiva l'istituzione di un Tribunale dei conflitti sulla base della considerazione che: *«l'attribuzione della risoluzione delle questioni di giurisdizione all'esclusiva cognizione della Corte di cassazione a sezioni unite ha determinato nell'ordinamento giuridico molteplici profili di contrasto trascinanti, tra l'altro, nell'esercizio del sindacato della Cassazione sull'eccesso di potere giurisdizionale dei giudici amministrativi e ciò sin dal celebre studio elaborato nel 1929 dai Presidenti della Cassazione e del Consiglio di Stato, D'Amelio e Romano, sino alle più recenti pronunce concernenti il superamento dei limiti esterni della giurisdizione nel caso di contrasto con il diritto dell'Unione europea come interpretato dalla Corte di giustizia della stessa Unione, così da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale (Cassazione, sezioni unite, sentenza n.953 del 2017)»*.

Sul punto è stato ancora evidenziato che la risoluzione di tali conflitti, incrementatisi in conseguenza del riconoscimento sempre più esteso di forme di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non sempre nettamente delimitate rispetto alla giurisdizione ordinaria, richiede forme di definizioni che contemperino la qualità e la celerità delle decisioni, nell'ottica della durata ragionevole del processo e della certezza del diritto (con *«orientamenti certi, nitidi e chiari»*).

Nella relazione sono contenute considerazioni riguardo al vizio di eccesso di potere giurisdizionale, ricompreso tra le questioni di giurisdizione devolute alle Sezioni unite ai sensi dell'art. 111, comma 8 Cost., richiamando a riguardo la recente sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018. Tale pronuncia, ribadendo che il sindacato sul vizio di giurisdizione concerne solo i limiti esterni, ha espressamente escluso che le sentenze del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti possano essere annullate dalle Sezioni Unite per *errores in procedendo* o *in iudicando*, anche in caso di violazione del diritto eurounitario o convenzionale o di pronuncia di sentenze abnormi o anomale o di *«stravolgimento»* delle *«norme di riferimento»*.

Tali considerazioni, sostanzialmente critiche dell'orientamento espresso dalle Sezioni unite negli ultimi anni circa un'interpretazione "evolutiva e dinamica" del concetto di giurisdizione che consentirebbe di spingere il sindacato sino alle norme che individuano i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale e che stabiliscono le forme di tutela attraverso cui la giurisdizione si estrinseca, giustificherebbero, secondo la Relazione, l'individuazione di un *«arbitro imparziale della giurisdizione composto da giudici provenienti dalle diverse giurisdizioni, nel solco della risalente esperienza francese del Tribunal des conflits»*.

II. La Corte di Cassazione e le altre giurisdizioni nella Costituzione.

Al fine di comprendere l'incidenza dell'eventuale istituzione del Tribunale superiore dei conflitti nel sistema ordinamentale è opportuno preliminarmente delineare l'attuale assetto consacrato nella Carta del 1948, procedendo contemporaneamente lungo due direttrici espositive: individuare i confini e la natura del potere giurisdizionale e chiarire i sistemi previsti per garantire il rispetto dei limiti.

La Costituzione del 1948 recepì l'assetto che si era venuto creando e costituzionalizzò il criterio di riparto della giurisdizione basato sulla distinzione tra le situazioni giuridiche del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo alle quali riconobbe pari dignità ed effettività di tutela con l'art. 24.

La funzione giurisdizionale è esercitata in via generale dal giudice ordinario (art. 102), il giudice amministrativo è il giudice della pubblica amministrazione allorché vengono incisi interessi legittimi o, in particolari materie, anche diritti soggettivi ed assicura la tutela giurisdizionale nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione (art. 113).

L'art. 111 prevede che contro le sentenze del Consiglio di Stato è ammesso il ricorso per cassazione «*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*» (art. 111, comma 3, oggi comma 8).

La Costituzione, inoltre, dedica alla Corte dei conti due articoli: l'art. 100, «*La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito*» e l'art. 103 a mente del quale «*La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*».

La Costituzione ha quindi confermato la struttura e le attribuzioni esercitate dalla Corte dei conti sin dalla sua istituzione, con alcune importanti innovazioni: l'articolo 100, che prevede il controllo, fu inserito nel Titolo III dedicato al governo, nella Sezione III che comprende gli «*Organi ausiliari*». La Corte perciò è chiamata, con gli altri «organi ausiliari», Consiglio di Stato e Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, ad aiutare il Governo per garantire l'efficiente organizzazione e il buon funzionamento dell'Amministrazione pubblica.

L'articolo 103, riguardante le funzioni giurisdizionali della Corte, fu invece inserito nel Titolo IV, dedicato alla magistratura, individuando, così, i confini della sua giurisdizione riguardante le materie di contabilità pubblica e il contenzioso sulle pensioni dei dipendenti pubblici.

II.1. L'inquadramento costituzionale della Corte di cassazione e delle altre giurisdizioni.

La Carta, quindi, respingendo le opposte radicali alternative dell'abrogazione delle magistrature speciali o dell'adozione di un sistema dualistico, ha costituzionalizzato in maniera imperfetta il principio di unitarietà della giurisdizione, conservando le giurisdizioni speciali ma conferendo alla magistratura ordinaria un ruolo centrale nel sistema giurisdizionale.

Tale approdo fu preceduto da un approfondito dibattito in seno all'Assemblea costituente, che vide contrapposte diverse impostazioni.

Piero Calamandrei sosteneva fermamente la necessità di una piena unitarietà della giurisdizione: nel suo progetto, l'esercizio della stessa veniva affidato solo alla magistratura ordinaria sul presupposto che solo questa potesse assicurare adeguatamente l'indipendenza¹.

In diversa prospettiva si è invece sottolineata l'inopportunità di abolire organi che, di fatto, avevano dato buona prova di sé e la cui soppressione avrebbe comportato la cancellazione di una parte della storia della giurisprudenza italiana.

Va dato conto che il Mortati, sostenitore del pluralismo delle giurisdizioni, prospettò che tale scelta «avrebbe dovuto comportare la sottrazione alla Cassazione del compito di dirimere i conflitti tra organi giurisdizionali; compito che sarebbe risultato, altrimenti, una specie di "anomalia" del sistema». La prerogativa avrebbe dovuto più coerentemente essere affidata a un organo istituzionalmente terzo, esterno rispetto alle giurisdizioni esistenti².

Tale impostazione, però, - a cui si richiama la Relazione illustrativa della proposta di legge in esame - come indicato, non fu recepita dalla Costituente che adottò, invece, una soluzione di compromesso (artt. 102 e 103 Cost.). Furono riconosciute le giurisdizioni speciali esistenti - e tra di esse, in particolare, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti - e l'unitarietà della giurisdizione venne scolpita in maniera solo parziale e come principio tendenziale, da bilanciare, in concreto, con l'esigenza di specializzazione, autorevolmente sostenuta dal Mortati.

La rilevanza della Suprema corte, quindi, è stata considerata punto essenziale per attuare la soluzione di mediazione disegnata nella Carta tra l'esigenza di continuità con il passato e quella di razionalizzare e rendere omogenea la funzione giurisdizionale.

Pertanto, l'assetto costituzionale vigente assegna ai magistrati ordinari la funzione giurisdizionale generale (art. 102 Cost.), mentre ai magistrati amministrativi assegna la giurisdizione sugli interessi legittimi e, in determinate materie, estesa ai diritti soggettivi (art. 103 Cost.).

Lo statuto dei primi, inoltre, è scolpito dagli artt. 104 e 105 Cost. che ne consacrano i principi di autonomia e indipendenza, ricollegandoli direttamente alla istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura. Esso, per disegno costituzionale, quale organo di governo autonomo e secondo la sua peculiare composizione, è deputato in via esclusiva a disporre assunzioni, trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati ordinari.

Logica conseguenza dello statuto dei magistrati ordinari e, al contempo, della centralità della Corte di Cassazione è, quindi, la piena appartenenza di tale organo alla magistratura ordinaria e la condivisione da parte dei suoi componenti dello *status* proprio di tutti i magistrati ordinari.

In piena coerenza con tale architettura costituzionale, non è stata prevista la partecipazione dei magistrati delle giurisdizioni speciali né alla funzione nomofilattica generale né alla funzione regolativa della giurisdizione, venendo di conseguenza respinta la proposta del Mortati di creare un organo *ad hoc*, e cioè un "Tribunale dei conflitti", terzo rispetto alle due giurisdizioni.

¹ «Se si vuole che i giudici siano indipendenti, bisogna dare all'amministrazione della giustizia una organizzazione che garantisca tale indipendenza [e] mentre è giusto riconoscere l'indipendenza ai magistrati ordinari, in quanto essi offrono ogni garanzia, si deve pure ammettere che ove si consentisse la creazione di organi speciali improvvisati, i componenti di questi non presenterebbero le stesse garanzie ed allora il principio della indipendenza della Magistratura verrebbe ad essere vulnerato. Il principio dell'unicità è quindi un corollario necessario di quello dell'indipendenza» (Calamandrei, Atti dell'Assemblea costituente, in www.camera.it).

² Osservazioni di Francesco Dal Canto sul pensiero di Mortati in F. Dal Canto "Il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale", in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 3, 1 giugno 2018, pag. 1537.

Peraltro, la scelta della Suprema corte quale giudice della giurisdizione è stata giustificata in dottrina anche con l'osservazione che «*il giudizio sui limiti della giurisdizione ordinaria rispetto a quella amministrativa è giudizio sui limiti dei diritti soggettivi e dunque la sua attribuzione alla stessa giurisdizione ordinaria corrisponde al sistema*». Anche alle luce di tale osservazione può essere spiegata la scelta del Costituente di escludere i giudici speciali dalla partecipazione alla funzione regolatoria della giurisdizione.

Con specifico riguardo agli *status* dei giudici appartenenti ai diversi plessi giurisdizionali, la Corte costituzionale ha più volte affermato che, nella logica della Costituzione vigente, magistrati ordinari e giudici speciali hanno, e non potrebbero che avere, discipline organizzatorie distinte e presidiate da principi differenti poiché la garanzia degli *status* dei vari tipi di giudici risponde a *rationes* diverse³. Con la sentenza n. 1/1967, in particolare, si è affermato che il sistema del concorso previsto dall'art. 106 Cost. riguarda soltanto la Magistratura ordinaria e che l'indipendenza dei giudici speciali deve ricercarsi nei modi in cui essi svolgono le loro funzioni, non già in quelli coi quali si provvede a regolarne la nomina.

D'altra parte, mentre lo statuto della magistratura ordinaria è tratteggiato nei suoi aspetti essenziali direttamente dalla Costituzione, gli artt. 100, comma 3 e 108, comma 2 Cost. riservano al legislatore ordinario il compito di dettare la disciplina della giurisdizione amministrativa e contabile.

A conferma di una differenziazione di *status* delineata nella Costituzione tra gli appartenenti ai vari plessi giurisdizionali, vale evidenziare che la Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 79/1967, ha affermato che l'art. 104 Cost. riguarda soltanto la Magistratura, cioè l'ordine dei giudici ordinari, mentre con la successiva sentenza n. 292/1990, in tema di componenti delle commissioni tributarie, ha chiarito che «*l'indipendenza del collegio e dei suoi componenti va individuata, comunque, solo attraverso i modi con i quali è svolta la funzione, nel senso della inesistenza di vincoli che possano comportare una soggezione formale o sostanziale da altri*».

Il sopra descritto assetto costituzionale delle giurisdizioni non consente, a costituzione invariata, l'evoluzione del sistema italiano nella direzione del Tribunale dei conflitti francese.

Sebbene, infatti, nell'ultimo mezzo secolo, i principali ordinamenti europei si siano orientati in favore di un sistema giurisdizionale di tutela amministrativa distinto o, quantomeno, specializzato, non può non evidenziarsi come in essi viga un principio di pari ordinazione tra le giurisdizioni (escluso, invece, nel nostro assetto costituzionale), con il quale è coerente l'attribuzione della competenza a risolvere i conflitti ad un apposito tribunale.

L'impossibilità di modellare, a costituzione invariata, il sistema italiano su quello francese non va ricollegata solo alla disomogeneità dei profili ordinamentali delle diverse magistrature, ma anche alla scelta del Costituente di attribuire in via esclusiva alla Corte di Cassazione le decisioni in materia di giurisdizione.

II.2. Problematiche ordinamentali relative alla compatibilità del Tribunale dei conflitti con la Costituzione.

Tanto premesso in ordine al differente assetto della magistrature e alla conseguente specificità ordinamentale della magistratura ordinaria, occorre meglio sviluppare i temi sopra introdotti.

Si è già evidenziato come la proposta di legge in esame si limiti ad affermare la necessità dell'istituzione del Tribunale dei conflitti, senza avere approfondito se la composizione di tipo misto di tale organo consenta effettivamente di inquadralo nell'ambito

³ C. cost., sent. n. 242/1990.

della giurisdizione ordinaria fra le sezioni specializzate della Corte di Cassazione o se, in ragione delle caratteristiche tratteggiate, lo stesso non debba, invece, essere qualificato come un vero e proprio nuovo giudice speciale.

Ed infatti, la Relazione introduttiva laddove afferma che la proposta di legge “*intende istituire il Tribunale superiore dei conflitti quale sezione della suprema Corte di cassazione*”, presuppone la sicura riconducibilità del predetto organo nell’ambito della giurisdizione ordinaria, mentre tale approdo risulta estremamente problematico alla luce dei principi contenuti nella Carta costituzionale. Questa, infatti, enuclea le caratteristiche della magistratura ordinaria, distinguendola nettamente dalle altre magistrature speciali; individua la distinzione tra giudici straordinari, giudici speciali e sezioni specializzate; stabilisce le condizioni ed i limiti della partecipazione all’attività giurisdizionale ordinaria da parte di soggetti estranei all’ordine giudiziario; attribuisce alla Corte di Cassazione la funzione nomofilattica e quella di controllo del rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni.

Più in dettaglio, l’art. 102 Cost prevede, come detto, il divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali. Quanto ai secondi, la VI disposizione transitoria, disponendo la revisione degli “*organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato della Corte dei conti e dei tribunali militari*” nell’attesa dell’intervento del legislatore ha, in linea di principio, fatto salvi gli organi di giurisdizione speciale preesistenti.

La Corte Costituzionale, nel ritenere ordinario il termine di cinque anni previsto dalla VI disposizione per la revisione delle giurisdizioni speciali, ha chiarito che l’Assemblea Costituente non ha inteso sopprimere le giurisdizioni speciali preesistenti (diverse da quelle di cui all’ [art. 103](#)), ma unicamente sottoporle a revisione, sulla base di questo ritenendo che, fino a tale momento, esse potessero legittimamente sopravvivere (C. cost. n. 92/1962).

Il divieto d’istituzione di giudici speciali contenuto nella prima parte dell’art. 102 comma 2 Cost. riguarda, dunque, solo l’istituzione di giudici speciali del tutto nuovi rispetto al sistema o perchè non previsti dalla Costituzione, neppure implicitamente, o perchè sconosciuti al sistema ordinamentale previgente.

Fra i giudici speciali già contemplati dalla Costituzione, si rammentano la Corte costituzionale, gli organi di giustizia amministrativa, la Corte dei conti e i tribunali militari e, fra quelli istituiti prima del 1948 e ancora presenti nel sistema ordinamentale attuale, il Tribunale Superiore delle Acque pubbliche e la giurisdizione tributaria.

Estranea al divieto contenuto nell’art. 102, comma 2 Cost. è, invece, la nozione di sezione specializzata. La stessa Carta costituzionale, infatti, nella seconda parte dell’art. 102, comma 2, prevede che possano “*istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura*”.

A parte l’ordinaria organizzazione dell’attività giurisdizionale, attraverso l’istituzione di sezioni con diversa competenza per materia presso i Tribunali, le Corti d’Appello e la Corte di Cassazione (art. 46 e ss. del R.D. n. 12/1941), la Costituzione ha, dunque, previsto anche la creazione di sezioni specializzate competenti per specifiche materie.

In base all’attuale normativa devono considerarsi sezioni specializzate dei tribunali ex art. 102, 2° co., Cost., le sezioni agrarie⁴, il Tribunale delle imprese⁵, le sezioni in materia di immigrazione e protezione internazionale⁶, nonché, presso le corti d’appello, le sezioni

⁴ Per le sezioni agrarie, infatti, la L. n. 320/1963 prevede che il Consiglio superiore della magistratura, o, per sua delega, il presidente della Corte d’appello nomini degli esperti tra gli iscritti negli albi professionali dei dottori in scienze agrarie, dei periti agrari, dei geometri e degli agrotecnici (art. 3) con un incarico della durata di due anni (art. 4).

⁵ Istituiti ad opera del [D.L. 24 gennaio 2012, n. 1](#).

⁶ Di cui al decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13.

agrarie, le sezioni per i minorenni e i tribunali regionali delle acque pubbliche. Si annoverano, inoltre, tra i giudici specializzati, le autorità giudiziarie ordinarie integrate da esperti, quali, ad esempio, il Tribunale per i Minorenni ed il Tribunale di Sorveglianza.

Di recente, inoltre, il legislatore ha previsto l'integrazione dei collegi d'appello⁷ e di Cassazione con magistrati "ausiliari" aventi lo *status* di magistrati onorari.

Con specifico riguardo alla Corte di Cassazione, la legge di Bilancio 2018 ha infatti previsto l'integrazione della sezione tributaria della Corte con magistrati ausiliari aventi lo *status* di magistrati onorari, scelti tra i magistrati ordinari, compresi i consiglieri di cassazione nominati per meriti insigni, a riposo da non più di cinque anni.

Ancora, con riferimento alla composizione della Suprema Corte, occorre far menzione della previsione di cui all'art. 106 comma 3, avente ad oggetto la nomina in Cassazione per "*meriti insigni*" di professori ordinari e avvocati. La previsione costituzionale e lo stesso legislatore ordinario, attraverso la L. n. 303/1998, non hanno inteso dare vita ad un'autonoma categoria di magistrati, ma solo prevedere una modalità di accesso alla magistratura ulteriore e diversa rispetto alla regola generale del concorso. A dimostrazione di ciò anche il fatto che l'art. 1, comma 1 della legge n. 303 individua il limite dei posti da ricoprire con le nomine di cui si tratta in misura pari al decimo dei posti previsti nell'organico della Cassazione, con questo rendendo evidente che i gli stessi vengono individuati nell'ambito della pianta organica complessiva.

I giudici della Corte di Cassazione, nominati per meriti insigni, diventano, comunque, magistrati appartenenti all'ordinamento giudiziario, pur se è loro precluso dalla Costituzione e dalla legge di attuazione l'esercizio di funzioni requirenti o di funzioni giudiziarie diverse da quelle giudicanti di legittimità.

In linea generale può, dunque, dirsi che la magistratura ordinaria operi abitualmente attraverso organi che prevedono l'innesto di soggetti esterni, in qualità di cittadini, di magistrati onorari o di esperti e tecnici. Trattasi, tuttavia, in ogni caso, di ipotesi espressamente contemplate dal Costituente che comportano, peraltro, ad accezione dei giudici popolari di corte d'assise, l'assunzione, da parte dell'esperto, dello *status* di magistrato ordinario (per i magistrati nominati per meriti insigni) e di magistrato onorario negli altri casi, nonché l'assoggettamento al governo del Consiglio Superiore della Magistratura, ovvero la nomina da parte di quest'ultimo (si pensi ai tecnici delle sezioni agrarie).

Al fine di trarre dalla effettuata ricognizione delle varie ipotesi d'integrazione degli organi della giurisdizione ordinaria con soggetti esterni ad essa elementi dirimenti ai fini della qualificazione di un'autorità giurisdizionale come giudice specializzato ovvero come giudice speciale, è necessario muovere dal dettato costituzionale. La Costituzione sembra fornire in merito alcune chiare indicazioni: la funzione giurisdizionale (ordinaria) è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme dell'ordinamento giudiziario (art. 102, comma 1); la giurisdizione ordinaria può operare, come detto, attraverso sezioni specializzate, dovendo qualificarsi come tali quelle istituite "presso gli organi giudiziari ordinari" che si occupano di "determinate materie"; la trattazione di materie specializzate può comportare la partecipazione a dette sezioni di "*cittadini estranei alla magistratura*" (art. 102, comma 2).

Sulla base di queste coordinate, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 76/1961, a proposito delle sezioni agrarie e dell'individuazione del criterio discrezionale tra giudici speciali e sezioni specializzate, ha affermato che occorre assumere "*come esclusivi elementi di*

⁷ Il D.L. 69/2013 conv. con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98 ha, infatti, previsto l'assunzione di giudice ausiliari integranti i collegi d'appello scelti, tra gli altri, tra i magistrati ordinari, contabili e amministrativi e gli avvocati dello Stato a riposo o tra i magistrati onorari. A tali giudici si applica la disciplina delle incompatibilità e delle ineleggibilità prevista per i magistrati ordinari e gli stessi acquisiscono lo stato giuridico di magistrati onorari, con diritto a percepire un'indennità onnicomprensiva.

giudizio quelli offerti dall'art. 102, secondo comma Cost., il quale consente quelle sole Sezioni specializzate che siano istituite "presso" gli organi giudiziari ordinari: termine questo con il quale si è voluto significare l'esistenza di un nesso organico di una compenetrazione istituzionale tra le une e gli altri". Ha osservato ancora la Corte come, trattandosi di determinare quali siano gli "indizi sufficienti" a far ritenere la presenza di tale nesso organico, gli stessi non possano desumersi "da elementi meramente formali o esteriori (come sarebbe la denominazione attribuita all'organo, o la sua localizzazione nella stessa sede degli altri uffici giudiziari - ordinari, o tanto meno menzione che di esso e dei suoi componenti si faccia negli annuari o calendari giudiziari) poiché, se così fosse, sarebbe facile al legislatore operare una *fraus constitutionis* dando vita, sotto false apparenze, a quelle giurisdizioni speciali che non hanno più diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento".

Se, dunque, come si desume dalla Costituzione, nell'interpretazione che ne ha dato la Corte Costituzionale, la sezione specializzata deve essere considerata non già un *tertium genus* fra la giurisdizione speciale e quella ordinaria, ma una 'specie' di quest'ultima, occorre far riferimento, nell'individuare i suoi tratti essenziali, "ai caratteri funzionali e strutturali che appaiono meglio indicati ad accostarla ad essa". Per quanto attiene ai primi, la Corte ha ritenuto che, nel silenzio della legge in ordine, ad esempio, al procedimento da seguire avanti la sezione specializzata, si debbano applicare le regole ordinarie del codice di rito rilevante, mentre "dal punto di vista della struttura poi, le Sezioni non possono essere sottratte alla sorveglianza dei capi degli uffici giudiziari ai quali sono collegate".

La Consulta è intervenuta sul tema anche successivamente a proposito della natura di giudice speciale o di sezione specializzata del Tribunale di sorveglianza, affermando dapprima, in continuità con i principi espressi dalla pronuncia prima citata, che uno degli indici della qualificazione di un'autorità giudiziaria come sezione specializzata è da rinvenirsi nel fatto che la stessa sia sottoposta, al pari di tutti gli uffici giudiziari del distretto in cui è inserita, "sotto la sorveglianza del Presidente della Corte d'appello", e successivamente che "l'esame condotto unicamente sul dato testuale di cui all'art. 102, secondo comma, Cost. è inadeguato a risolvere il problema della individuazione del criterio discrezionale fra giudici speciali e sezioni specializzate, sicché non può non essere insicuro ed inappagante il risultato". In particolare, la Corte ha ritenuto che pietra angolare dell'ordinamento giudiziario sia il C.S.M., essendo a questo riservati, per espresso dettato della Costituzione (artt. 104-107), tutti i poteri in ordine allo *status* di tutti i magistrati ordinari, siano giudicanti o requirenti, collegiali o monocratici, professionali od onorari: "Ed in coerenza con l'attribuzione della totalità dei poteri sui singoli magistrati si deve riconoscere che spetta ad esso di deliberare anche i "provvedimenti riflettenti gli organi giudiziari", oltre che il pubblico ministero.." omissis "La constatazione che tali poteri possono e devono essere esercitati esclusivamente dal C.S.M., ed esclusivamente sui magistrati ordinari e sugli organi giudiziari ordinari, rivela l'esistenza di un collegamento istituzionale di questi con quello. Ma allora questo rapporto, se può e deve correre, secondo il preciso e lucido disegno del costituente, solo fra magistrati ed organi giudiziari ordinari, da un lato, e C.S.M., dall'altro, assume il valore di sicuro indice di riconoscimento della giurisdizione ordinaria. Esso consente, insomma, di affermare che appartengono alla giurisdizione ordinaria gli organi giudicanti riconducibili al Consiglio superiore della magistratura" (C. Cost. n. 4/1986).

In relazione all'iter argomentativo seguito dalla Corte costituzionale nel delineare i tratti distintivi delle 'sezioni specializzate', articolato sulla base dell'esame testuale e sistematico delle norme costituzionali rilevanti e dei lavori dell'Assemblea costituente, si appalesano i profili di possibile incompatibilità dell'istituendo Tribunale superiore dei conflitti con i principi desumibili dalla Carta costituzionale.

Il primo aspetto di criticità riguarda proprio la collocazione del Tribunale superiore dei conflitti, composto anche da magistrati appartenenti alle magistrature speciali e sottoposti,

come si dirà, ai rispettivi statuti ordinamentali, presso la Corte di Cassazione, massimo organo di vertice della giurisdizione ordinaria.

L'art.1, lett. f), della proposta di legge prevede, infatti, espressamente che spetti a ciascun organo di autogoverno (della magistratura ordinaria e di quelle speciali) la designazione, per la quota di rispettiva competenza, dei giudici che dovranno comporre il Tribunale superiore dei conflitti; ciò a conferma del legame di appartenenza dei predetti alle giurisdizioni di rispettiva provenienza. D'altra parte, la legge delega non contiene disposizioni dalle quali sia dato desumere che, per la durata dell'incarico, detto legame sia reciso o, comunque, reso compatibile con la sottoposizione dei magistrati amministrativi e contabili al potere organizzativo e direttivo del Primo Presidente e all'Organo di autogoverno della magistratura ordinaria.

Né rileva la circostanza che i magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti svolgerebbero le funzioni di giudice nel Tribunale dei conflitti "*in via esclusiva*" (art.1, lett. g del progetto di legge), in quanto essi conserverebbero, come detto, la qualità di magistrati amministrativi o contabili, dal che è logico desumere che essi sarebbero soggetti, per ciò che attiene al loro *status*, ai rispettivi organi di autogoverno, non diversamente dal caso in cui il magistrato (ordinario o appartenente ad altre giurisdizioni) sia collocato fuori ruolo.

Ma ulteriori elementi evidenziano la criticità del Tribunale dei Conflitti rispetto all'impianto costituzionale vigente.

Come già più volte evidenziato, l'art. 111, comma 8, Cost., prevede espressamente che "*Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*".

Tale disposizione, come osservato da autorevole dottrina⁸, conferma che "*il significato complessivo dell'art. 111 è dato dalla riaffermazione, a livello costituzionale, del ruolo che la Corte di cassazione già svolgeva secondo l'indicazione di principio enunciata dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, ossia la funzione c.d. di nomofilachia da un lato e il controllo del «rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni» dall'altro lato*".

La formulazione della norma, nella parte relativa alla previsione del ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, presuppone concettualmente l'alterità fra tali consessi e la Corte stessa. Palese è che detta alterità risulterebbe inevitabilmente compromessa dalla creazione di un nuovo giudice unico in materia di giurisdizione a composizione integrata, poiché questa superebbe l'impostazione del Costituente che attribuisce alla sola Cassazione, quale organo di vertice della magistratura ordinaria, la competenza a decidere sulle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per motivi inerenti alla giurisdizione.

Né, in senso contrario, appare possibile argomentare che nessuna norma costituzionale disciplina la composizione dei collegi della Cassazione competenti a pronunciarsi sulle questioni di giurisdizione

Con riguardo a tale profilo, deve osservarsi che, se è vero che la Costituzione non detta regole specifiche per la composizione dei collegi della Cassazione chiamati a decidere sulle questioni di giurisdizione (a livello di legge ordinaria è stato previsto dall'art. 374 c.p.c. unicamente la devoluzione delle questioni sulla giurisdizione alle Sezioni Unite), è però altrettanto vero che, sulla base dell'art. 102, comma 1 Cost., vige il principio generale secondo cui "*la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*", dal che consegue che, con le sole eccezioni previste dagli artt. 102, comma 2, 106, comma 3, la composizione di una sezione della Corte di Cassazione non può che avvenire nel rispetto del suindicato principio.

⁸ V. Denti, Norme sulla giurisdizione, in Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Tomo IV, La magistratura, Zanichelli editore, 1987, (pag.37).

A fronte di quanto osservato, non vale a sminuire l'importanza delle evidenziate problematiche di compatibilità del Tribunale superiore dei conflitti con l'impianto costituzionale la circostanza che già esista nell'ordinamento un organo giudicante composto da magistrati ordinari (quattro consiglieri della Corte di Cassazione) e amministrativi (quattro consiglieri di Stato), oltre che da tecnici (tre membri effettivi del Consiglio superiore dei lavori pubblici, non aventi funzioni di amministrazione attiva): il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche⁹.

Ed infatti, detto Tribunale, istituito ben prima dell'entrata in vigore della Carta fondamentale (con il D.L.L.T. 20 novembre 1916, n. 1664 e successivamente, modificato, per assicurare un doppio grado di giurisdizione sui diritti soggettivi, dal R.D. 9 ottobre 1919, n. 2161), è stato mantenuto nell'attuale sistema grazie alla previsione di cui alla VI disposizione transitoria della Costituzione.

In aggiunta deve evidenziarsi che contro le decisioni rese dal Tribunale superiore delle acque pubbliche in unica istanza (art. 142 T.U.) è ammesso il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione per motivi non esclusivamente attinenti alla giurisdizione (secondo l'interpretazione corrente dell'art. 201 T.U. incentrata sull'art. 111 Cost - recentemente Sez. Un. n. [28220](#) del 06/11/2018); ciò che consente di affermare come lo stesso si stagli, nel circuito della tutela giurisdizionale dei diritti, quale plesso giurisdizionale di assoluta originalità, che si pone a metà strada tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa.

Alla luce di quanto sopra illustrato, appare evidente come il richiamo a detto Tribunale nel "*Memorandum delle tre giurisdizioni*" del 15 maggio 2017 al fine di legittimare l'istituzione del Tribunale superiore dei conflitti non valga ad eliminare le problematiche sopra evidenziate: al contrario può dirsi che sia proprio l'assoluta specialità del Tribunale superiore delle acque, unita alla sua istituzione nel sistema precostituzionale, a rendere evidente la non ripetibilità, a Costituzione invariata, dell'esperienza di un giudice speciale a composizione mista.

In conclusione, pare potersi affermare come la composizione del Tribunale superiore dei conflitti, non già con esperti o tecnici o con magistrati onorari, ma con magistrati amministrativi e contabili, sottratti ai poteri costituzionalmente riconosciuti al Consiglio Superiore della magistratura e a quelli del Capo dell'ufficio nel quale il Tribunale è organicamente inserito, renda evidente come lo stesso non possa essere qualificato come autorità giurisdizionale ordinaria.

La non riconducibilità del Tribunale superiore dei conflitti nella giurisdizione ordinaria in ragione dell'assenza di un nesso organico e di una compenetrazione istituzionale tra lo stesso e la Corte di Cassazione, nonché la sottrazione della materia della giurisdizione alla cognizione della Suprema Corte, cui è costituzionalmente attribuita, ostano alla qualificazione dello stesso come sezione della Corte di Cassazione, presentando piuttosto i caratteri di un giudice speciale, la cui istituzione deve, pertanto, ritenersi vietata dall'art. 102 Cost.

⁹ Dal punto di vista storico, con il D.L.L.T. 20 novembre 1916, n. 1664, venne istituito il "*Tribunale delle acque pubbliche*" (art. 34), cui fu assegnata una competenza eterogenea (controversie relative alla demanialità delle acque, ai limiti dei loro corsi, alvei e sponde, alle derivazioni ed utilizzazioni di acque pubbliche, ai ricorsi avverso i provvedimenti definitivi adottati dall'amministrazione in materia di acque pubbliche, ecc.). Allo scopo, poi, di assicurare un doppio grado di giurisdizione alle controversie sui diritti soggettivi, che prima del 1916 erano attribuite ai tribunali ordinari, con gli artt. 65 e 66 del R.D. 9 ottobre 1919, n. 2161 (successivamente riprodotti negli artt.138 e 139 T.U. 11 dicembre 1933, n. 1775), vennero istituiti otto tribunali regionali (T.R.A.P.) ed il "*Tribunale Superiore delle acque pubbliche*" (T.S.A.P.), al quale vennero devolute in sede di impugnazione le cause decise in primo grado dai Tribunali regionali, ferma restando la sua giurisdizione in unico grado sulle controversie in materia di interessi legittimi (indicate nell'art. 143 del T.U.).

I T.R.A.P. sono incardinati come sezione della Corte d'appello, alla quale sono aggregati tre funzionari dell'ex Genio civile e giudicano con l'intervento di tre votanti, di cui uno è il membro tecnico; l'ufficio di cancelleria è lo stesso della sezione della Corte d'appello presso la quale il T.R.A.P. è costituito.

III. Questioni e conflitti di giurisdizione nella disciplina attuale.

Anche l'esame dell'impatto dell'introduzione del Tribunale dei conflitti nel sistema processuale consolidato sulla risoluzione delle questioni e dei conflitti di giurisdizione evidenzia diversi profili problematici dell'istituto.

La sussistenza della potestà decisionale del giudice adito, costituendo presupposto processuale della domanda, è una preconditione per addivenire ad una pronuncia di merito.

Le questioni di giurisdizione, tutte accomunate del tema del "limite" della potestà decisionale del giudice, sono varie e riguardano il rapporto tra giudici di ordini diversi, quello tra giurisdizione e amministrazione e, infine, quello tra giudice ordinario e giudice straniero.

Il difetto di giurisdizione è *relativo* quando la controversia è devoluta ad un giudice appartenente ad un plesso giurisdizionale diverso.

Il difetto di giurisdizione, invece, è *assoluto* quando alcun giudice ha il potere di giudicare sulla domanda proposta oppure quando questi, nel pronunciare la sentenza, travalica i limiti del sindacato giurisdizionale, invadendo la sfera riservata alla pubblica amministrazione o al legislatore.

In quest'ultima ipotesi, la questione di giurisdizione si configura come eccesso di potere giurisdizionale, per sconfinamento nella sfera del merito quando il giudice, con la sua decisione, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità, compia una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto impugnato, ovvero quando la decisione finale esprima, anche indirettamente, la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito (Cass., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23302).

L'ipotesi dell'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera riservata al legislatore si realizza, invece, allorché il giudice speciale non si limiti ad una erronea interpretazione di una norma esistente, ma ne fornisca un'interpretazione del tutto svincolata dalla sua portata semantica, esercitando di fatto un'attività di produzione normativa che non gli compete.

Infine, secondo un orientamento della Corte di Cassazione, non condiviso dalla Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 6/2018, l'eccesso di potere giurisdizionale potrebbe declinarsi anche nelle forme dell'"arretramento" allorché, per effetto dello stravolgimento delle regole di diritto processuale, la decisione del giudice speciale si traduca in un diniego sostanziale di giustizia (Cass., Sez. Un., n. 24468/2013).

Il difetto di giurisdizione è rilevabile su istanza di parte o d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, quando si pone nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali (art. 37 c.p.c.).

La risoluzione delle questioni di giurisdizione può avvenire, in via preventiva, con lo strumento del regolamento preventivo di giurisdizione oppure, in via successiva, attraverso gli strumenti ordinari d'impugnazione delle sentenze.

III.1. Il regolamento preventivo di giurisdizione.

La questione di giurisdizione può essere risolta in via anticipata, senza attendere l'esito del grado di giudizio, con il regolamento preventivo di giurisdizione.

Il ricorso (art. 41 c.p.c.), ammissibile nelle ipotesi di cui all'art. 37 c.p.c. (difetto assoluto di giurisdizione o difetto di giurisdizione del giudice ordinario rispetto ai giudici speciali) e con le forme di cui agli artt. 365 e ss. c.p.c., costituisce lo strumento per ottenere, in pendenza del giudizio, l'immediata definizione della questione mediante ricorso diretto alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione prima che la causa sia decisa dal giudice nel merito.

Il codice del processo amministrativo (art. 11, d.lgs. n. 104/2010), di giustizia contabile (art. 16, d.lgs. n. 174/2016) e del processo tributario (art. 3, d.lgs. n. 546/1992) dispongono similmente che nei relativi giudizi è ammesso il regolamento preventivo di giurisdizione previsto dall'art.41, primo comma, del codice di procedura civile.

In sostanza, fin quando la causa non è decisa in primo grado, se è sollevato regolamento preventivo di giurisdizione, la Corte di Cassazione emana, in forma di ordinanza, una decisione definitiva e vincolante sulla giurisdizione.

Mentre in passato la proposizione di tale rimedio comportava l'automatica sospensione del giudizio, con evidente allungamento anche strumentale dei tempi del processo, attualmente la sospensione è disposta dal giudice solo se ritiene l'istanza non manifestamente inammissibile o la contestazione non manifestamente infondata; tuttavia, nel caso in cui il giudizio non sia sospeso, la stabilità della sentenza emessa dal giudice di merito, nelle more della definizione della questione di giurisdizione, è condizionata alla conferma del potere giurisdizionale da parte delle Sezioni Unite.

Il regolamento preventivo è considerato un istituto di natura straordinaria ed eccezionale e, pertanto, è ritenuto non azionabile in ipotesi diverse da quelle espressamente contemplate dal citato art. 37 c.p.c. (Cass., [Sez. Un., n. 13569/2016](#)).

Quanto all'efficacia della pronuncia sulla giurisdizione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione, essa, non contenendo alcuna statuizione sul merito della pretesa azionata, è idonea a divenire cosa giudicata solo sulla questione di giurisdizione e non anche sul profilo concernente la fondatezza della domanda ([C. St., 24.11.2014, n. 5804](#)).

III.2. Il ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 1.

Nell'ipotesi in cui non venga esperito il regolamento preventivo, la questione di giurisdizione viene decisa con la sentenza che definisce il grado di giudizio, soggetta agli strumenti di impugnazione ordinari.

Se la parte intende, infatti, coltivare l'eccezione di difetto giurisdizione, in modo da evitare che si formi un giudicato interno sulla questione, dovrà proporre appello e successivamente, in caso di rigetto, ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 1, c.p.c. a mente del quale possono essere impugnate alle Sezioni Unite (art. 374 c.p.c.), per motivi di giurisdizione, le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado.

Analogo rimedio devolutivo di questioni sulla giurisdizione è disciplinato dall'art. 362, comma 1, c.p.c. che prevede l'impugnabilità delle sentenze di appello o rese in unico grado dal giudice speciale per motivi inerenti alla giurisdizione. Tale norma risulta superata dall'art. 111, comma 8, Cost. che prevede espressamente la ricorribilità per motivi di giurisdizione delle sentenze dei giudici speciali.

III.3. I conflitti di giurisdizione (art. 362, comma 2 c.p.c.).

L'articolo 362, comma 2, del codice di procedura civile prevede che i conflitti di giurisdizione, positivi o negativi, possono essere sollevati in ogni fase del giudizio e che la loro decisione spetti alla Corte di cassazione a Sezioni Unite (art. 374 c.p.c.), anche quando le sentenze pronunciate siano passate in giudicato.

Il conflitto può determinarsi tra due giudici speciali o tra giudici speciali ed ordinari, mentre qualora il conflitto si verifichi tra giudici ordinari si versa in ipotesi di conflitto di competenza riconducibile all'[art. 45](#) c.p.c.

In materia penale, il conflitto di giurisdizione intercorre tra giudice ordinario e speciale allorché, ai sensi dell'art. 28 c.p.p., in ogni stato e grado del processo, essi prendano o ricusino di prendere cognizione del medesimo fatto attribuito alla stessa persona.

Quanto alla portata applicativa della citata norma, la Corte di legittimità ne ha esteso l'applicazione anche in assenza di un'ipotesi di conflitto propriamente inteso quando “*il giudice italiano rinunci alla giurisdizione a favore dell'Autorità giudiziaria straniera*” (es. Cass., Sez. VI, n. 56953 del 21/09/2017).

Proseguendo nella disamina dei rimedi devolutivi delle questioni di giurisdizione alla Corte di cassazione, occorre rammentare che l'art. 41 c.p.c. prevede che il prefetto, nel caso in cui l'amministrazione non sia parte in causa, possa proporre regolamento preventivo di giurisdizione fino a quando la causa non è decisa con sentenza passata in giudicato.

La disposizione, di scarsa applicazione e di controversa vigenza¹⁰, disciplina una forma del tutto particolare di regolamento di giurisdizione che si può proporre in ogni stato e grado del processo, finché la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato (così, Cass. 4 aprile 1969, n. 1103).

III.4. La *translatio iudicii*.

Fino ad un decennio fa, sul presupposto della separatezza e incomunicabilità tra i plessi giurisdizionali, il codice di rito non prevedeva espressamente la possibilità di sanare l'eventuale difetto di giurisdizione.

La Corte costituzionale ha poi dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'[art. 30, L. 6.12.1971, n. 1034](#), nella parte in cui non prevedeva che, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione, gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta dinanzi al giudice privo di giurisdizione venissero conservati, a seguito di pronuncia declinatoria, rimettendo al legislatore la disciplina attuativa del principio in essa espresso di conservazione della domanda ([C. Cost. 12.3.2007, n. 77](#)).

Quasi contestuale è la pronuncia delle S.U. della Suprema Corte (Cass., S.U., n. 4109/2007) con la quale era stato già affermato che la *traslatio iudicii* opera anche in ipotesi di pronunce sulla giurisdizione, sia in caso di ricorso ordinario [ex art. 360, comma 1, n. 1 c.p.c.](#), sia in caso di regolamento preventivo di giurisdizione proponibile dinanzi al giudice ordinario, amministrativo, contabile o tributario.

In applicazione di tale principio, si rende possibile la prosecuzione del giudizio, erroneamente iniziato davanti ad un giudice sprovvisto di giurisdizione, innanzi a quello effettivamente munito del potere giurisdizionale.

In questo contesto, superando il previgente sistema di incomunicabilità tra le giurisdizioni, l'art. 59 della legge n. 69 del 2009 ha regolato la *translatio iudicii*, dettando disposizioni sugli effetti sostanziale e processuali della domanda proposta al giudice privo di giurisdizione e sulla regolazione della stessa.

Per consentire al giudice adito di negare la propria giurisdizione e, al contempo, impedire plurime negazioni della giurisdizione, il comma 3 dell'art. 59 ha disciplinato il cd. regolamento di giurisdizione d'ufficio. La stessa disposizione è contenuta all'art. 11 del Codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104 del 2010).

¹⁰ L'istituto, ritenuto da una precedente pronuncia delle S.U. non più operante, a seguito dell'abrogazione ad opera dell'art. 274, comma 1, lett. a), d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (S.U., 27.7.1998, n. [7340](#)), è stato riabilitato da una più recente sentenza delle S.U., n. 26035 del 20/11/2013, nella quale è stato affermato che, essendo esso finalizzato unicamente a regolare i rapporti fra il giudice ordinario e P.A. per evitare sconfinamenti del primo nella sfera riservata alla seconda, esso non può estendersi alle ipotesi di contestazione della giurisdizione del giudice contabile esercitata al di fuori dei limiti di cui al R.D. 12 luglio 1934, n. 1214.

La Corte di Cassazione (S.U., sent. n. 16883 del 05/07/2013) ha chiarito che tali norme non hanno comunque abrogato il rimedio dei conflitti di giurisdizione previsto dall'art. 362, comma 2, c.p.c. trovando esso applicazione in alcune ipotesi.

III.5. Considerazioni critiche di natura processuale.

Sulla base di quanto sopra esposto deve ritenersi che l'istituzione del Tribunale superiore dei conflitti determinerebbe l'insorgenza di criticità di natura processuale.

Innanzitutto, la proposta di legge intende riconoscere al Tribunale superiore dei conflitti una competenza estesa all'intera materia delle questioni di giurisdizione e non limitata ai soli conflitti tra giudice ordinario, amministrativo e contabile, mentre la composizione di detto organo è stata prevista con la sola partecipazione dei giudici ordinari, amministrativi e contabili. Tale discrasia tra la composizione ristretta e la competenza ampia appare irragionevole, non comprendendosi, da un canto, quale apporto specialistico possano arrecare i giudici amministrativi e contabili nel decidere sul rapporto tra giudice penale ordinario e tribunale penale militare o sui limiti della giurisdizione penale nazionale rispetto all'autorità giudiziaria straniera e, dall'altro, le ragioni dell'esclusione degli appartenenti alle altre giurisdizioni speciali¹¹.

Perplessità devono esprimersi anche in relazione all'incidenza che l'istituzione del Tribunale superiore dei conflitti potrebbe avere sull'attuale sistema processuale che consente, con le eccezioni di seguito indicate, la proposizione congiunta delle questioni di giurisdizione e di legittimità.

Al riguardo va dato conto che le decisioni dei giudici ordinari e dei giudici speciali, con esclusione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti (art. 111, comma 8 Cost.), sono ricorribili per cassazione sia per motivi di legittimità che di giurisdizione.

Come in precedenza esposto, il percorso 'ascensionale' della questione di giurisdizione verso la Corte Suprema è attualmente collegato alle strategie processuali delle parti che possono: a) devolvere immediatamente la questione con il regolamento preventivo di giurisdizione; b) impugnare la sentenza che afferma o declina la giurisdizione con gli strumenti ordinari; c) prestare acquiescenza alla sentenza, proseguendo il giudizio innanzi al giudice di cui è dichiarata la giurisdizione; infine, d) denunciare, ai sensi dell'art. 362, comma 2, c.p.c. l'eventuale conflitto positivo o negativo di giurisdizione. Mentre nei casi di cui alle lett. a), c) e d) la questione di giurisdizione resta isolata dalla decisione sulle questioni di merito e sulle altre di legittimità, nel caso sub b), alla Corte di Cassazione la questione di giurisdizione può essere devoluta unitamente ad altri vizi di legittimità.

Ciò potrebbe vanificare quell'accentramento presso il Tribunale superiore dei conflitti di tutte le questioni di giurisdizione che costituisce lo scopo della riforma.

Ed invero, non risulta chiaro, alla luce dei principi di delega, come si intendano risolvere quei casi in cui il ricorso sia congiuntamente proposto per questioni di legittimità e di giurisdizione.

Ed infatti, mentre la legge, alla lettera a), delega il Governo ad istituire il Tribunale superiore dei conflitti, attribuendogli la competenza su ogni questione di giurisdizione, alla lettera b) demanda, invece, all'Esecutivo di attribuire a tale organo, "*in via esclusiva*", solo la cognizione dei "*conflitti di giurisdizione*" e del "*regolamento preventivo di giurisdizione*", ed infine, alla lettera c) prevede che sia "*ammissibile*" il ricorso al Tribunale superiore dei conflitti anche quando esso miri alla declaratoria del difetto assoluto di giurisdizione. La

¹¹ Lo stesso è a dirsi anche per le questioni di giurisdizione che concernono, ad esempio, i rapporti tra la Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della magistratura e l'autorità giudiziaria ordinaria. Risulta altresì poco giustificabile la competenza del Tribunale superiore dei conflitti relativamente alle questioni di giurisdizione in materia tributaria.

lettura combinata degli indicati criteri direttivi induce a ritenere che il Governo, mentre è vincolato ad attribuire al Tribunale superiore dei conflitti la cognizione in ordine ai conflitti di giurisdizione e alle questioni sollevate in via preventiva, avrà invece una discrezionalità nel disciplinare tutti gli altri casi in cui potrà venire in rilievo una questione di giurisdizione.

Nel dare attuazione alla delega, quindi, il legislatore delegato, escluso che possa attribuire al Tribunale superiore dei conflitti la competenza a decidere anche in ordine ai vizi di legittimità, potrebbe, in via del tutto astratta, alternativamente:

I) attribuire la sola questione di giurisdizione al Tribunale superiore dei conflitti, devolvendo le altre questioni alla Corte di cassazione in composizione non mista;

II) sottrarre al Tribunale superiore dei conflitti la decisione sulla giurisdizione quando la sentenza di merito è impugnata anche per motivi diversi da quello di giurisdizione.

La prima opzione si tradurrebbe in un ‘appensantimento’ del sistema delle impugnazioni, comportando una scissione della decisione sulla giurisdizione da quella sui vizi di legittimità, con negative ricadute sui tempi di durata del processo. Ed invero, in una siffatta ipotesi, occorrerebbe devolvere la prima questione al Tribunale superiore dei conflitti; in caso di affermazione positiva della giurisdizione del giudice ordinario (o dei giudici speciali diversi da quelli amministrativi e contabili), il fascicolo dovrebbe essere trasmesso alla Corte di Cassazione in composizione ordinaria e fissato per la decisione sui vizi di legittimità; e ciò a prescindere dalla difficoltà, non infrequente, di distinguere nettamente il motivo di giurisdizione da quello di legittimità.

La seconda opzione, di devoluzione dell’intera questione alla Cassazione a composizione ordinaria, finirebbe, da un lato, per determinare il venir meno della finalità giustificatrice della istituzione dell’organo unico e accentrato di nomofilachia sulla giurisdizione; dall’altro lato, lascerebbe alle parti la scelta del giudice competente a decidere, proponendo la questione di giurisdizione preventivamente o successivamente e, in quest’ultimo caso, solo per motivi di giurisdizione o anche motivi di legittimità.

Conclusivamente l’istituzione del Tribunale superiore dei conflitti a composizione mista risulta inidonea a delineare un unico giudice dell’intera materia della giurisdizione, mentre la sua composizione allargata ai soli giudici amministrativi e contabili è incongruente rispetto ai conflitti di giurisdizione che coinvolgono gli altri giudici speciali.

IV. La risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura del 24 gennaio 2018.

I profili problematici sopra evidenziati in relazione alla compatibilità con la Costituzione del Tribunale dei conflitti sono stati, peraltro, già evidenziati dal Consiglio Superiore della Magistratura nella risoluzione adottata in data 24 gennaio 2018, all’esito della sottoscrizione del citato *Memorandum* da parte dei vertici delle tre giurisdizioni superiori.

In detta risoluzione, il Consiglio esprimeva il “*massimo apprezzamento nei confronti di ogni sforzo volto ad accrescere gli spazi di riflessione ed elaborazione comune al fine di realizzare una effettiva armonizzazione dell’esercizio della funzione nomofilattica, anche mediante la creazione di strumenti di raccordo permanente formati da rappresentanti delle diverse giurisdizioni intesi a creare un sistema unico di trasmissione di precedenti e di contributi scientifici*”, ma evidenziava che l’auspicata armonizzazione delle funzioni di nomofilachia avrebbe dovuto realizzarsi “*nell’operare dei rispettivi organismi di studio, con la circolazione di modelli ed esperienze, con l’osmosi dei saperi e con il dibattito scientifico, come pure auspicato nel Memorandum, e, quindi, con il superamento del deficit organizzativo nella predisposizione di momenti istituzionali di raccordo e di confronto su questioni controverse*”.

Lo stesso Consiglio riteneva “*preclusa la strada*”, concretizzatasi nel progetto di legge in commento, “*di procedere, a Costituzione invariata, alla integrazione dei collegi delle*

Sezioni Unite della Corte di Cassazione con magistrati di altre giurisdizioni, ove si tratti di risolvere questioni attinenti alla giurisdizione, questioni che per definizione non possono dar luogo a nomofilachie divergenti, poiché per dettato costituzionale (art. 111, ottavo comma, Cost., che eleva al rango di disposizione costituzionale quella funzione di tribunale dei conflitti che già l'art. 3, n. 3, della legge 31 marzo 1877, n. 3781 attribuiva alle sezioni unite civili della Corte di cassazione) la funzione regolatrice della giurisdizione spetta esclusivamente alla Corte di cassazione, cui si accede per concorso tra i magistrati ordinari, con la sola eccezione, prevista dalla Costituzione all'art. 106, dei giuristi nominati per meriti insigni dal Consiglio Superiore della Magistratura”.

Osservava, ancora, il Consiglio come i contrasti di orientamenti giurisprudenziali tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato fossero conseguenti non solo al “numero abnorme di controversie”, ma altresì “all’ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva in capo ai giudici amministrativi rispetto all’originario impianto costituzionale, che attribuisce la cognizione sui diritti soggettivi in via generale al giudice ordinario e solo in “particolari materie”, ai sensi dell’art. 103, secondo comma, Cost., e cioè in via residuale, al giudice amministrativo”.

Infine, veniva rilevato come il legislatore, attraverso un ricorso massiccio alla riserva di cui alla citata disposizione costituzionale, avrebbe, dunque, “sbiadito quel carattere di eccezionalità e residualità caratterizzante l’area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con possibili conseguenze, tutte da approfondire, anche sull’ambito della ricorribilità per cassazione delle decisioni del giudice amministrativo”.

V. Conclusioni

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, appare evidente come la proposta di legge in esame presenti criticità dal punto di vista ordinamentale e processuale difficilmente superabili.

Assorbente è la considerazione che l’intervento proposto non appare attuabile senza una modifica delle norme costituzionali. Dovendo escludersi che il Tribunale superiore dei conflitti possa essere qualificato come sezione specializzata della Corte di Cassazione in ragione della non assoggettabilità di tutti i suoi componenti al governo autonomo consiliare ed ai poteri organizzativi e direttivi del Dirigente dell’Ufficio, l’accentramento in capo a tale organo dell’intera materia della giurisdizione appare quindi difficilmente conciliabile con il disposto degli artt. 102, co.2 e 111, co.8 Cost.

In ogni caso:

- la devoluzione di tutte le questioni di giurisdizione al Tribunale superiore dei conflitti richiederebbe il superamento, difficilmente ipotizzabile, del vigente sistema che consente di definire le questioni di giurisdizione sia con il regolamento preventivo sia all’esito del giudizio, impugnando la sentenza congiuntamente per motivi di giurisdizione e per motivi di legittimità, attualmente decisi unitariamente dalla Corte di Cassazione;

- la composizione allargata ai soli giudici amministrativi e contabili non sarebbe, comunque, congruente con la devoluzione a tale organo di questioni di giurisdizione in materie alle quali gli stessi sono estranei, come quella penale, tributaria o relativa al limite della giurisdizione del giudice ordinario italiano rispetto a quello straniero».

Il presente parere viene trasmesso al Ministro della giustizia.