

**SULLA SORTE DEL DECRETO INGIUNTIVO
EMESSO DA GIUDICE
PRIVO DI COMPETENZA O DI GIURISDIZIONE**
(differenze tra la *translatio iudicii* ex art. 50 c.p.c. e la *translatio actionis* ex art. 11 c.p.a.) *

GIUSEPPE VIGNERA

SOMMARIO: 1. Premessa: la “continuità orizzontale” tra la fase monitoria e la fase oppositiva del procedimento d’ingiunzione nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione. – 2. La *communis opinio* sulle conseguenze della dichiarazione di incompetenza del giudice dell’ingiunzione. – 3. Riesame della questione alla luce di Cass., sez. un., 13 gennaio 2022, n. 927, e dell’affermata continuità procedimentale tra le due fasi dell’unico processo introdotto con il ricorso ex art. 638 c.p.c. – 4. *Segue*: confutazione dell’argomentazione basata sulla c.d. competenza funzionale del giudice dell’opposizione. – 5. *Segue*: la sopravvivenza dell’opposto decreto in caso di tempestiva riassunzione del processo ex art. 50, comma 1°, c.p.c. – 6. Le (diverse) conseguenze dell’accertato difetto di giurisdizione del giudice dell’ingiunzione: i limiti della c.d. *translatio iudicii* prevista dall’art. 59 l. n. 69 del 2009 e dall’art. 11 c.p.a. – 7. *Segue*: l’efficacia conservativa prevista dall’art. 59 l. n. 69 del 2009 e dall’art. 11 c.p.a. quale conseguenza di una semplice *translatio actionis* (e non *iudicii*). – 8. *Segue*: caducazione dell’opposto decreto per accertato difetto di giurisdizione del giudice dell’ingiunzione.

1. Premessa: la “continuità orizzontale” tra la fase monitoria e la fase oppositiva del procedimento d’ingiunzione nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione.

Il procedimento speciale disciplinato dagli artt. 633-656 c.p.c. [qualificabile come procedimento d’ingiunzione in senso lato ⁽¹⁾] si compone (come tutti ben sanno) di due fasi:

* “La scienza del diritto ... ha sempre inteso che il suo compito è quello di portare un decisivo contributo per eliminare il naturale nemico del diritto che è l’arbitrio” (Flavio Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, p. 126).

a) una necessaria (c.d. procedimento monitorio o d'ingiunzione in senso stretto), costituita dal “*complesso degli atti processuali compresi fra il ricorso per ingiunzione (art. 638) e la notificazione del ricorso stesso e del decreto d'ingiunzione (art. 643), ovvero fra il ricorso ed il decreto di rigetto della domanda di ingiunzione (art. 640)*”⁽²⁾;

b) una eventuale (c.d. procedimento di opposizione), che inizia solo in caso di proposizione da parte dell'ingiunto dell'opposizione (tempestiva *ex art. 645 c.p.c.* o tardiva *ex art. 650*) e che si conclude con la sentenza di rigetto oppure di accoglimento (totale o parziale) dell'opposizione stessa (art. 653).

L'individuazione del rapporto intercorrente tra queste due fasi costituisce l'oggetto di una delle questioni più controverse in dottrina e in giurisprudenza⁽³⁾: tanto da potersi dire che qualunque opinione trova sempre qualche precedente conforme, così ingenerando *in subiecta materia* la più assoluta incertezza e consentendo alla Suprema corte di decidere di volta in volta ... *ad libitum*.

Maggioritario, tuttavia, è stato negli ultimi anni quell'orientamento giurisprudenziale che, nel postulare la “continuità orizzontale” della fase di opposizione rispetto a quella (monitoria) precedentemente svoltasi *inaudita altera parte*, riconosce *apertis verbis* il carattere **unitario** del procedimento speciale disciplinato dagli artt. 633-656 c.p.c., ravvisando nella fase ingiuntiva *stricto sensu* e nella fase oppositiva due sub-procedimenti di un **unico processo** (ingiuntivo in senso lato)⁽⁴⁾.

Unico processo:

- nel quale “*la domanda è proposta col ricorso per ingiunzione e l'opposizione sostituisce la comparsa di risposta assumendone il contenuto e la funzione*”⁽⁵⁾;

(1) SCIACCHITANO, voce *Ingiunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, pp. 505, 506, 521.

(2) GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, p. 31.

(3) Sull'esame critico delle diverse opinioni espresse al riguardo rinviamo a VIGNERA, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 720, spec. p. 741 ss.

(4) Conf. in dottrina BALBI, voce *Ingiunzione (procedimento di)*, in *Enc. giur.*, XVII, pp. 2-3, 10-11; CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 194 ss.; NICOLETTI, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pp. 981, 945; SCIACCHITANO, *op. cit.*, p. 521.

A tale ricostruzione avevamo dato e continuiamo a dare la nostra adesione, avendo cercato di dimostrarne *funditus* la validità sistematica ne *La relazione strutturale*, cit.

(5) Così Cass., 11 febbraio 1995, n. 1552.

Sul tema v. esemplificativamente Cass., 1° febbraio 2007, n. 2217: “*Il procedimento che si apre con la presentazione del ricorso e si chiude con la notifica del decreto di ingiunzione non costituisce un processo autonomo rispetto a quello aperto*”

- alla cui base vi è una “unica e comune azione”, quella ordinaria di condanna esercitata, peraltro, in forme speciali (*recte*, con le modalità *ex art. 638 c.p.c.*).

Orbene!

Codesto orientamento sembra destinato a diventare “diritto vivente” a séguito della recente sentenza 13 gennaio 2022, n. 927, che è stata resa a sez. un. dalla Corte di cassazione **proprio** allo scopo di risolvere definitivamente e univocamente la questione sulla natura del rapporto tra le due fasi *de quibus* ⁽⁶⁾.

A tal fine la suprema Corte ha con chiarezza affermato che *“l’opposizione prevista dall’art. 645 c.p.c. non è una actio nullitatis o un’azione di impugnativa nei confronti dell’emessa ingiunzione, ma un ordinario giudizio sulla domanda del creditore che si svolge in prosecuzione del procedimento monitorio, non quale giudizio autonomo, ma come fase ulteriore – anche se eventuale – del procedimento iniziato con il ricorso per ottenere il decreto ingiuntivo”*.

Da ciò deriva che:

- poichè *“l’opposizione di cui all’art. 645 cod. proc. civ. non è un’impugnazione del decreto ingiuntivo, volta a farne valere vizi ovvero originarie ragioni di invalidità”* ⁽⁷⁾, a séguito della stessa (opposizione) il

dall’opposizione, ma dà luogo a una fase di un unico giudizio, in rapporto al quale funge da atto introduttivo, in cui è contenuta la proposizione della domanda, il ricorso presentato per chiedere il decreto di ingiunzione”.

In termini analoghi v. tra le più recenti Cass., 26 ottobre 2000, n. 14126; 18 ottobre 2002, n. 14818; 18 novembre 2003, n. 17440; 23 settembre 2004, n. 19126; nonché sez. un. (ord.), 1° ottobre 2007, n. 20596, secondo cui *“oggetto dell’opposizione è la stessa lite, i cui termini soggettivi ed oggettivi sono definiti nella domanda d’ingiunzione”*.

Si inseriscono nello stesso filone anche quelle pronunce, che a proposito dell’opposizione parlano di *“prosecuzione”* (Cass., 11 giugno 1993, n. 6531; 11 febbraio 1995, n. 1552) o di *“continuazione orizzontale”* (Cass., 30 marzo 1998, n. 3316) o di *“ulteriore sviluppo”* (Cass., 7 aprile 1987, n. 3355; 26 marzo 1991, n. 3258) del giudizio già pendente ed iniziato con il ricorso del creditore.

Per altri precedenti si rinvia alla motivazione di Cass., sez. un., 13 gennaio 2022, n. 927, di cui parleremo tra poco.

⁽⁶⁾ Sta, infatti, scritto nella surricordata pronuncia delle sez. un.: *“Con ordinanza interlocutoria n. 13556/2021 del 18 maggio 2021, pronunciata all’esito dell’adunanza del 25 novembre 2020, la Terza Sezione civile, rilevata la sussistenza di questione di diritto non decisa in senso univoco da precedenti pronunce della Corte, quanto alla natura di impugnazione o di ordinario giudizio di cognizione del procedimento per opposizione a decreto ingiuntivo, questione incidente anche sulla operatività del mutamento del rito ai sensi dell’art. 4 del d.lgs. n. 150 del 2011, ha rimesso il ricorso al Primo Presidente per l’assegnazione alle Sezioni unite”*.

⁽⁷⁾ Così, in motivazione, Cass. (ord.), 15 dicembre 2021, n. 40110 (sulla cui scia si sono poste le sez. un. con la sentenza testé ricordata), che aggiunge correttamente e

giudice non deve verificare affatto se l'ingiunzione sia stata emessa o meno validamente, ma deve accertare soltanto l'esistenza o meno del diritto di credito fatto valere dal creditore con il ricorso *ex art. 633 e 638 cod. proc. civ.*;

- oggetto del giudizio conseguente all'opposizione **non è l'atto-decreto ingiuntivo, ma il rapporto** giuridico sostanziale dedotto con quel ricorso;

- la mancanza delle condizioni di ammissibilità *ex art. 633-636 c.p.c.* è irrilevante ai fini della definizione del giudizio, che deve concludersi con il rigetto dell'opposizione ogniqualvolta la pretesa creditoria del ricorrente risulta comunque fondata.

Sperando che tale orientamento si affermi definitivamente anche perché dotato di una solida base logico-sistematica ⁽⁸⁾, alla sua stregua sono destinate ad essere finalmente accantonate:

A) le (ormai desuete) concezioni postulanti una “continuità verticale” tra la fase monitoria e la fase di opposizione, nella quale (opposizione) si ravvisa una vera e propria impugnazione del decreto ingiuntivo, che a sua volta per alcuni è di natura sostitutiva ⁽⁹⁾ e per altri è di tipo rescindente ⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾;

coerentemente: “*Pertanto la sentenza che decide il giudizio deve accogliere la domanda dell'attore (il creditore istante), rigettando conseguentemente l'opposizione, qualora riscontri che i fatti costitutivi del diritto fatto valere in sede monitoria, pur se non esistenti al momento della proposizione del ricorso, sussistono tuttavia in quello successivo della decisione*”.

⁽⁸⁾ Per più approfondite considerazioni sul tema rinviamo a VIGNERA, *La relazione strutturale*, cit., *passim*.

Alla predetta sentenza delle sez. un. si è espressamente uniformata Cass. (ord.), 14 giugno 2022, n. 19164.

⁽⁹⁾ GARBAGNATI, *op. cit.*, *passim*, spec. p. 127 ss., 210 ss.

⁽¹⁰⁾ LORENZETTO PESERICO, *Opposizione a decreto ingiuntivo e competenza*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, p. 759, spec. pp. 780, 787 ss., 792.

⁽¹¹⁾ Non mancano, peraltro, peregrine varianti della concezione impugnatoria dell'opposizione, quali per esempio quella che considera l'opposizione una “*impugnazione processuale*” e quella che ravvisa nella stessa una impugnazione meramente rescindente (eliminatória): sulle quali rinviamo alla nota 12.

Qui ci limitiamo ad aggiungere che altra e più aggiornata versione dell'opposizione-impugnazione è stata presentata con il dire che l'opposizione stessa, “*essendo attivabile ad iniziativa dell'ingiunto ed essendo destinata ad accertare in modo pieno, e per la prima volta, se la condanna monitoria sia conforme al diritto (sostanziale e processuale), è un giudizio di impugnazione che si struttura con i caratteri, i contenuti e le scadenze proprie del procedimento di primo grado: è, in sintesi, un'impugnazione di primo grado*” (RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, pp. 80 ss., 339 ss.; conf. TEDOLDI-MERLO, *L'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Il procedimento d'ingiunzione*, diretto da Capponi, Bologna, 2009, pp. 463, 465 ss.).

B) le concezioni [trovanti ancora (specialmente nella sua articolazione *sub* B4) un qualche séguito esplicitamente in dottrina ed implicitamente in giurisprudenza] sull'autonomia della fase monitoria rispetto al giudizio di opposizione, nella quale (opposizione) a sua volta si ravvisa:

B1) o un'azione di accertamento della (sola) legittimità del decreto al momento della sua pronuncia ⁽¹²⁾;

B2) oppure un'azione di accertamento (solo) della sussistenza del credito con riferimento alla situazione di fatto esistente al momento della decisione sull'opposizione ⁽¹³⁾;

B3) oppure un'azione di accertamento sempre della legittimità del decreto ed eventualmente (a scelta dell'opponente, se lo stesso deduce pure motivi di merito) anche della sussistenza del credito ⁽¹⁴⁾;

L'originalità di codesta impostazione, nondimeno, sta **solo** nella sua suggestiva qualificazione (“*impugnazione di primo grado*”) perché nella sostanza si è in presenza di una mera rielaborazione (verbale) di opinioni già da tempo espresse (v. specialmente MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1995, III, pp. 190-191: “*Il meccanismo introduttivo di questa fase è del tutto identico al meccanismo introduttivo di un'impugnazione ... Sennonché, le caratteristiche proprie dell'impugnazione subiscono, a questo punto, una profonda attenuazione o anomalia, poiché una volta introdotto, il giudizio di opposizione costituisce un giudizio di primo grado*”).

Per le nostre obiezioni alle varie visioni impugnatorie dell'opposizione rinviando a VIGNERA, *La relazione strutturale*, cit., p. 751 ss., ai cui argomenti più recentemente ne abbiamo aggiunto altri (*Brevi note sulla relazione non impugnatoria delle due fasi del procedimento d'ingiunzione in senso lato*, in *Arch. loc.*, 2018, p. 252, *passim*).

⁽¹²⁾ LIPARI, *Manca di presupposti processuali nel processo ingiuntivo e pronunzia nel merito*, in *Circolo giur.*, 1932, II, p. 1; RICCI, *Difetto di un presupposto del procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, pp. 328, 337.

Mere varianti terminologiche di questa concezione (ravvisante di fatto nell'opposizione una *actio* o *querela nullitatis*) possono considerarsi quella individuante nell'opposizione una impugnazione a critica libera (fondata, cioè, su un qualunque motivo di rito e/o di merito) con carattere meramente rescindente (eliminatore) (SOCCI, *Condizioni di ammissibilità del decreto ingiuntivo e conseguenze della loro inesistenza nel giudizio di opposizione*, in *Giur. merito*, 1984, I, pp. 846, 850 ss.); e quella che qualifica l'opposizione come “*impugnazione processuale*” (TOMEI, voce *Procedimento di ingiunzione*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1996, p. 559, *passim*, il quale a p. 580 osserva in particolare che, poiché “*non si può ... nemmeno pensare che l'opposizione assuma diverso peso e valore a seconda dei motivi, di rito o di merito, che vengano adottati a fondamento*”, l'accoglimento dell'opposizione stessa porta sempre e solo alla revoca del decreto, senza possibilità alcuna di accertamento del credito).

⁽¹³⁾ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968, pp. 14-15, 77 ss.

⁽¹⁴⁾ REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, pp. 15, 30; e sostanzialmente ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, VI, 1, Torino, 1962, p. 130 ss., 5 ss.

B4) oppure ancora un'azione di accertamento tanto della legittimità del decreto quanto della sussistenza del credito ⁽¹⁵⁾.

2. La *communis opinio* sulle conseguenze della dichiarazione di incompetenza del giudice dell'ingiunzione.

Se sarà pienamente fedele alla sua funzione nomofilattica e se si sottrarrà all'ansia della “deflazione a tutti i costi” dei ricorsi pendenti ⁽¹⁶⁾, la Corte di cassazione non potrà fare a meno di riesaminare alla luce del predetto insegnamento delle sez. un. la sua consolidata giurisprudenza sulle

⁽¹⁵⁾ D'ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, II, Torino, 1941, p. 163.

Espressa da questo autore in modo esemplarmente icastico, la sua opinione sulla duplicità dell'oggetto e della funzione del c.d. giudizio di opposizione è stata successivamente riformulata da altri in modo più articolato: v., per esempio, BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2019, p. 243, secondo cui “*il giudizio di opposizione ha una natura composita e un oggetto essenzialmente duplice: anzitutto, pur dando luogo ad un processo di primo grado, opera come una vera e propria impugnazione del decreto pronunciato inaudita altera parte; nel contempo, però, introduce un ordinario processo di cognizione, avente ad oggetto (quanto meno) la domanda di condanna già posta a fondamento del ricorso per ingiunzione, nonché eventualmente le ulteriori domande ad essa connesse*” (così sostanzialmente aggiornando l'ancor più articolata opinione di ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli 1964, p. 67 ss.; e di PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, p. 613).

⁽¹⁶⁾ In tale “ansia” (ma forse non solo in essa ...) può ravvisarsi la ragione, per la quale non di rado i ricorsi per cassazione vengono decisi con la passiva riproduzione di frammenti di precedenti pronunce mercè l'abusato cliché “*costituiscono ormai principi consolidati nella giurisprudenza di questa Corte*”: principi dei quali, però, non ci si cura sempre di verificarne la permanente validità alla stregua di sopravvenuti mutamenti giurisprudenziali o addirittura normativi.

Uno sconcertante esempio di tale “passività motivazionale” è costituito da Cass., sentenza 16 gennaio 2013, n. 951, così massimata: “*La notificazione del decreto ingiuntivo oltre il termine di quaranta giorni dalla pronuncia comporta, ai sensi dell'art. 644 cod. proc. civ., l'inefficacia del provvedimento, vale a dire rimuove l'intimazione di pagamento con esso espressa e osta al verificarsi delle conseguenze che l'ordinamento vi correla, ma non tocca, in difetto di previsione in tal senso, la qualificabilità del ricorso per ingiunzione come domanda giudiziale; ne deriva che, ove su detta domanda si costituisca il rapporto processuale, ancorché su iniziativa della parte convenuta (in senso sostanziale), la quale eccepisca quell'inefficacia, il giudice adito, alla stregua delle comuni regole del processo di cognizione, ha il potere-dovere non soltanto di vagliare la consistenza dell'eccezione (con le implicazioni in ordine alle spese della fase monitoria), ma anche di decidere sulla fondatezza della pretesa avanzata dal creditore ricorrente*”. Orbene!

Tale massima è assolutamente conforme alla motivazione, dalla cui lettura si desume che la decisione della Corte riguardava un ricorso per ingiunzione depositato il 19 maggio 1999: ergo, quando era già da anni in vigore l'art. 8, comma 3-bis, del d.l. 18 ottobre 1995, n. 432 (convertito con modificazioni nella l. 20 dicembre 1995, n. 534), che aveva sostituito nell'art. 644 c.p.c. le originarie parole “*quaranta giorni*” con le attuali “*sessanta giorni*”! E questa sarebbe nomofiliachia?

conseguenze dell'accertato difetto di competenza del giudice dell'ingiunzione: (giurisprudenza) secondo la quale il provvedimento che definisce il c.d. giudizio di opposizione con la dichiarazione di incompetenza del giudice dell'ingiunzione determina l'accoglimento in rito dell'opposizione stessa e la contestuale caducazione dell'opposto decreto.

A paradigma di codesta giurisprudenza si può additare una recente ordinanza della suprema Corte ⁽¹⁷⁾, i cui punti salienti riportiamo qui di séguito con nostre sintetiche “controdeduzioni”:

a) *“il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, risolvendosi in un giudizio ordinario di primo grado, come testualmente previsto nel comma 2° dell'art. 645 c.p.c., non si esaurisce nel controllo di legittimità in ordine alla ricorrenza o meno dei presupposti e delle speciali condizioni di ammissibilità del provvedimento monitorio, ma si estende alla cognizione piena circa la sussistenza o meno del diritto di credito fatto valere dal ricorrente; ne segue che la verificata validità del decreto ingiuntivo non esclude l'accoglimento nel merito dell'opposizione proposta dall'ingiunto e, per contro, la ritenuta invalidità del decreto stesso non*

⁽¹⁷⁾ Parliamo di Cass. (ord.), 22 dicembre 2021, n. 41230, la cui ampia motivazione, tuttavia, si risolve (per l'appunto) nella pedissequa riproduzione di passi estrapolati dal testo di precedenti decisioni.

Lo stesso *iter* argomentativo è stato ancor recentemente percorso da Cass. (ord.), 14 gennaio 2022, n. 1121; e da Cass (ordd.), 15 febbraio 2022, nn. 4902 e 4903 (redatte dallo stesso estensore). La deliberazione di tali decisioni, tuttavia, è avvenuta prima della pubblicazione della surricordata pronuncia delle sez. un.: e si giustifica, pertanto, il fatto che esse non abbiano tenuto conto dei principi espressi in quella pronuncia.

Suscita, invece, profondo sconcerto Cass. (ord.), 10 giugno 2022, n. 18753, la quale, pur essendo stata deliberata (nella camera di consiglio del 5 maggio 2022 e quindi) **oltre 3 mesi dopo** la pubblicazione della surricordata pronuncia delle sez. un., ha trascurato totalmente i principi potenzialmente innovativi *in subiecta materia* enucleabili da quella pronuncia, risolvendo la questione *sub iudice* con uno sbrigativo e supino richiamo di decisioni del ... **2006, 2007 e 2009**, così scrivendo: *“la dichiarazione di incompetenza del giudice che ha emanato il decreto ingiuntivo, pronunciata dallo stesso giudice funzionalmente competente ex art. 645 c.p.c., determina in ogni caso la caducazione del decreto, della quale non possono disporre né quel giudice né le parti (Cass. n. 16744 del 2009; Cass. n. 11748 del 2007); il giudice dell'opposizione che accolga (non importa se a torto o a ragione) l'eccezione di incompetenza sollevata con l'atto di opposizione, deve, pertanto, necessariamente ed esplicitamente revocare il decreto ingiuntivo che, in ragione della ritenuta incompetenza, aveva in precedenza pronunciato, onde impedire al decreto stesso di produrre gli effetti provvisori di cui esso è capace in pendenza dell'opposizione (cfr. Cass. n. 6106 del 2006) sicché ove, al contrario, pur essendosi dichiarato incompetente, abbia con statuizione esplicita negato tale revoca, respingendo la richiesta in tal senso formulata dall'opponente, tale provvedimento, se impugnato in cassazione per violazione di legge, dev'essere, in parte qua cassato”*.

Letto ciò, l'autore di queste note è tentato di dismettere anche la penna dopo aver dismissedo la toga...

osta alla condanna dell'opponente nei cui confronti sia comunque accertata, nelle forme del processo ordinario e, quindi, nella pienezza del contraddittorio, la fondatezza della pretesa creditoria dell'ingiungente": così (obiettiamo noi) riproponendo in modo stantio quella concezione sulla duplicità dell'oggetto e della funzione dell'opposizione⁽¹⁸⁾, la quale (concezione) è ormai "agonizzante" perché *apertis verbis* accantonata dalla surricordata pronuncia di Cass., sez. un., 13 gennaio 2022, n. 927, secondo cui l'opposizione apre una "fase ulteriore – anche se eventuale – del procedimento iniziato con il ricorso per ottenere il decreto ingiuntivo", il cui oggetto è **soltanto** l'esistenza del diritto fatto valere con quel ricorso e **non** anche la validità dell'ingiunzione;

b) "la sentenza con cui il giudice in sede di opposizione a decreto ingiuntivo dichiara l'incompetenza territoriale del giudice che ha emesso il decreto ... contiene, ancorché implicita, la declaratoria di invalidità del decreto ingiuntivo": affermazione che (a nostro avviso) è frutto anch'essa della concezione dell'opposizione quale *actio nullitatis* e/o quale azione di impugnativa dell'emessa ingiunzione, la quale (concezione), invece, è stata "bocciata" dalla sentenza delle sez. un. appena ricordata;

c) "la tempestiva riassunzione ex art. 50 c.p.c. davanti al giudice dichiarato competente è da riferire non alla causa di opposizione al decreto ingiuntivo ... che appartiene alla competenza funzionale ed inderogabile del giudice che ha emesso l'ingiunzione e non tollera quindi la *translatio iudicii*": enunciazioni, codeste, che appaiono totalmente inaccettabili non solo perché (come tra poco diremo) non ha senso parlare di una "causa di opposizione" quale giudizio autonomo "governato" da una sua specifica regola sulla competenza (che sarebbe – come solitamente ed erroneamente si sostiene – quella contenuta nell'art. 645), ma anche perché con altra "fondamentale e ignorata" pronuncia a sez. un. la suprema Corte ha insegnato che **il carattere funzionale e inderogabile di una competenza non impedisce affatto la *translatio iudicii* prevista dall'art. 50 c.p.c. con il suo annesso effetto pienamente conservativo**⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ V. il punto *sub* B4) del par. precedente e gli autori richiamati nella nota 15.

⁽¹⁹⁾ V. Cass., sez. un., 14 settembre 2016, n. 18121, secondo cui "l'appello proposto davanti ad un giudice diverso, per territorio o grado, da quello indicato dall'art. 341 c.p.c. non determina l'inammissibilità dell'impugnazione, ma è idoneo ad instaurare un valido rapporto processuale, suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente attraverso il meccanismo della *translatio iudicii*": e ciò, malgrado il riconosciuto carattere "funzionale ed inderogabile" della competenza del giudice dell'impugnazione.

In motivazione, infatti, le sez. un. scrivevano: "E invero, su un piano concettuale, non sembra possibile negare che la norma (art. 341 c.p.c.) che detta i criteri per l'individuazione del giudice legittimato a ricevere l'appello, preveda, in realtà, una ipotesi di 'competenza', intesa come frazione dell'intero esercizio della funzione giurisdizionale. Si tratta, peraltro, di una competenza sui generis, in ragione della contemporanea previsione di criteri d'individuazione sia in senso verticale (giudice

3. Riesame della questione alla luce di Cass., sez. un., 13 gennaio 2022, n. 927, e dell'affermata continuità procedimentale tra le due fasi dell'unico processo introdotto con il ricorso ex art. 638 c.p.c.

Abbiamo accennato al fatto che le conclusioni della Corte di cassazione sulle conseguenze dell'accertata incompetenza del giudice dell'ingiunzione ⁽²⁰⁾ costituiscono lo strascico di quelle "moribonde" concezioni (che, tuttavia, si tende a "rianimare" alla bisogna) ⁽²¹⁾ postulanti l'autonomia del c.d. giudizio di opposizione rispetto al procedimento monitorio *stricto sensu* e, in particolare, ravvisanti nell'opposizione l'atto introduttivo di una **autonoma** "causa di opposizione" al decreto ⁽²²⁾.

Poiché, tuttavia, il diritto vivente (o "in avanzata gestazione") conseguente a Cass., sez. un., 13 gennaio 2022, n. 927, va in senso diametralmente opposto a quelle concezioni, è doveroso riesaminare la questione alla luce di esso (diritto vivente).

Così facendo, logica e coerenza impongono di dire quanto segue:

superiore) che orizzontale (giudice che ha sede nella circoscrizione di quello che ha pronunciato la sentenza); e alla quale, proprio in considerazione dei suoi tratti peculiari, appare confacente la qualifica di 'competenza funzionale', attribuitale dalla dottrina prevalente e recepita da queste Sezioni unite nella sentenza 22 novembre 2010, n. 23594, nella quale è stato affermato che l'individuazione del giudice di appello, ex art. 341 c.p.c., attiene a una competenza territoriale del tutto sui generis, che prescinde dai comuni criteri di collegamento tra una causa e un luogo: dipende indefettibilmente dalla sede del giudice a quo, sicché è dotata di un carattere prettamente funzionale che impedisce il definitivo suo radicamento presso un giudice diverso, per il fatto che la questione non sia stata posta in limine litis".

Dopo una isolata statuizione successiva in senso contrario emessa da Cass. (ord.), 5 marzo 2018, n. 5092, il predetto insegnamento delle sez. un. è stato ribadito da Cass. (ord.) 3 aprile 2018, n. 8155; e (ord.), 21 luglio 2020, n. 15463.

Sulla *translatio iudicii* nei rapporti tra arbitri e giudici v. per tutti ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato lite pendente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 233.

⁽²⁰⁾ Perplesità su tali conclusioni avevamo espresso già ne *La relazione strutturale*, cit., pp. 771-772.

⁽²¹⁾ Così, infatti, sembra fare in motivazione Cass. (ord.), 18 febbraio 2022, n. 5340: pronunciata, quindi, dopo la predetta Cass., sez. un., 13 gennaio 2022, n. 927.

⁽²²⁾ Di (autonoma) "causa di opposizione" parlano *ex professo* (tra le più recenti) Cass. (ord.), 22 dicembre 2021, n. 41230; e (ord.), 14 gennaio 2022, n. 1121.

Dell'opposizione quale "atto introduttivo del giudizio di opposizione", a loro volta, parlano esplicitamente (per esempio) Cass., 15 febbraio 1990, n. 1442, in motivazione; e 12 luglio 2000, n. 9233.

Cass., 31 maggio 2006, n. 13001, infine, in motivazione dice chiaramente che "l'opposizione al decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario e autonomo giudizio di cognizione".

a) una volta affermata l'unitarietà procedimentale tra la fase monitoria e quella di opposizione ⁽²³⁾, entrambe integrano un **unico processo**, nel quale *“la domanda è proposta col ricorso per ingiunzione e l'opposizione sostituisce la comparsa di risposta assumendone il contenuto e la funzione”* ⁽²⁴⁾;

b) conseguentemente, la “ordinanza” ⁽²⁵⁾ che accerta l'incompetenza del giudice adito con il ricorso ex art. 638 c.p.c. reca **non** già “la

⁽²³⁾ Oltre alla suindicata Cass., sez. un., 13 gennaio 2022, n. 927, è doveroso ricordare per la sua esemplare chiarezza Cass. (ord.), 16 novembre 2017, n. 27234, nella cui motivazione sta scritto quanto segue: *“La manifesta infondatezza delle ulteriori deduzioni del ricorrente discende proprio dalla ricostruzione che del giudizio di opposizione forniva Cass., sez. un., 7 luglio 1993, n. 7448, ... la quale chiariva come il procedimento di opposizione all'ingiunzione risultasse costruito dal sistema codicistico di rito non come mero giudizio di accertamento della validità del decreto ingiuntivo, ma come ordinario processo di cognizione che ha inizio con il ricorso del creditore”*.

⁽²⁴⁾ Così puntualmente Cass., 28 settembre 1994, n. 7892; nello stesso senso v. pure PROTO PISANI, *Opposizione a decreto ingiuntivo, continenza e connessione: una grave occasione mancata delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 1992, I, cc. 3286, 3289, secondo cui l'opposizione *“è comparsa di risposta nella parte in cui costituisce l'atto di impulso processuale del convenuto sostanziale tramite il quale il processo iniziato col ricorso del creditore ex art. 638 ed avente ad oggetto il diritto da questi fatto valere prosegue secondo le forme di un processo di cognizione piena di primo grado dopo l'emanazione di un provvedimento sommario di condanna”*.

⁽²⁵⁾ A proposito di tale provvedimento abbiamo parlato volutamente di “ordinanza” perché contestiamo quanto sta scritto in Cass. (ord.), 10 giugno 2019, n. 15579, così massimata: *“In sede di opposizione a decreto ingiuntivo, il provvedimento recante la dichiarazione di incompetenza del giudice che ha emanato il decreto monitorio non è una decisione soltanto sulla competenza, ma presenta un duplice contenuto, di accoglimento in rito dell'opposizione e di caducazione, per nullità, del decreto, con la conseguenza che ad esso non si applica la previsione della forma conclusiva dell'ordinanza, di cui all'art. 279, comma 1°, c.p.c., come modificato dall'art. 46 della l. n. 69 del 2009”*.

Ed invero, la (asserita, ma da noi esclusa: come vedremo) caducazione dell'opposto decreto non costituirebbe affatto il contenuto di una *“decisione su una questione”* diversa da quella sulla competenza, ma integrerebbe soltanto un effetto **“automatico e necessario”** della dichiarazione di incompetenza, (effetto) sulla cui produzione non si dovrebbe *“decidere”* alcunché: così come avviene, per esempio, rispetto alla statuizione sulle spese processuali (in ordine alla quale, anzi, il giudice deve valutare se disporre un'eventuale compensazione o determinare il *quantum* dovuto dalla parte soccombente sulla questione della competenza), la quale (statuizione sulle spese) non impedisce l'adozione della forma dell'ordinanza per la contestuale pronuncia declinatoria della competenza (v. in tal senso le ordinanze di Cass., 18 ottobre 2011, n. 21565; e 17 marzo 2017, n. 7010).

Sulla dichiarazione di nullità del decreto quale (asserito, ma da noi escluso: come vedremo) *“effetto necessario”* della dichiarazione di incompetenza v. Cass. (ord.), 24 ottobre 2016, n. 21422 (che richiama in motivazione numerose pronunce conformi) e più recentemente Cass. (ord.), 7 ottobre 2020, n. 21530.

BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2018, p. 203 nota 30, precisa comunque (e giustamente) che la forma dell'ordinanza prevista al riguardo dall'art.

dichiarazione di incompetenza del giudice che ha emanato il decreto monitorio"⁽²⁶⁾, quanto piuttosto la **"dichiarazione di incompetenza del giudice di quell'unico giudizio introdotto con il ricorso ex art. 638 c.p.c."**, che è comprensivo sia della fase monitoria sia della fase oppositiva;

c) a séguito di codesta dichiarazione di incompetenza (del giudice di "quell'unico giudizio introdotto con il ricorso ex art. 638 c.p.c."), pertanto, il decreto ingiuntivo non resta affatto caducato, ma "sopravvive" (e, quindi, non può essere né revocato né annullato né dichiarato nullo) perché la riassunzione della causa ex art. 50 c.p.c. determina la prosecuzione di quel **medesimo** processo ingiuntivo (in senso lato) svoltosi davanti al giudice incompetente e la conservazione di **tutti** gli atti compiuti;

d) insegna, infatti, da sempre la suprema Corte che, *"quando a norma dell'art. 50 c.p.c. la riassunzione della causa davanti al giudice dichiarato competente avviene nel termine fissato nella sentenza dal giudice e, in mancanza, in quello"* di tre mesi⁽²⁷⁾ *"dalla comunicazione del provvedimento che dichiara l'incompetenza del giudice adito, il processo continua davanti al nuovo giudice; ne consegue che la translatio iudicii, disposta dalla legge sulla base della struttura unitaria del processo e del principio dell'unità della giurisdizione, comporta una valida costituzione dell'intero procedimento e dei relativi atti anche istruttori, in ordine ai quali l'incompetenza del giudice prima adito che li abbia disposti ed espletati non può, di per sé sola, indurre alcun effetto invalidante"*⁽²⁸⁾;

e) l'effetto "integralmente conservativo" della riassunzione *de qua*, pertanto, determina la "sopravvivenza" (o, parafrasando la Cassazione, la persistente validità) **anche** del decreto ingiuntivo emesso dal giudice incompetente: *quod erat demonstrandum!*

279, comma 1°, c.p.c. dopo la sua sostituzione ex art. 46, comma 9°, lett. a, l. 18 giugno 2009, n. 69, *"mira soltanto a semplificare la stesura del provvedimento per il giudice, senza incidere sul regime di stabilità del provvedimento medesimo, che è pur sempre analogo a quello della sentenza"*.

⁽²⁶⁾ Così, invece, è solita affermare la suprema Corte: v. esemplificativamente le surricordate ordinanze 16 giugno 2019, n. 15579; e 14 gennaio 2022, n. 1121.

⁽²⁷⁾ Originariamente fissato in sei mesi, tale termine è attualmente di tre mesi a séguito della modifica dell'art. 50, comma 1°, c.p.c. operata dall'art. 45, comma 6°, lett. b, l. 18 giugno 2009, n. 69.

⁽²⁸⁾ Così inequivocabilmente Cass., sez. un., 29 ottobre 1986, n. 6337; nello stesso senso tra le più recenti Cass. (ord.), 1° marzo 2021, n. 5542.

4. (Segue) Confutazione dell'argomentazione basata sulla c.d. competenza funzionale del giudice dell'opposizione.

Se quanto or ora detto non bastasse, poi, potremmo aggiungere a sostegno della nostra conclusione le seguenti considerazioni:

a) non solo non ha senso parlare di una **autonoma “causa di opposizione”** (attesa la rimarcata unitarietà procedimentale tra fase monitoria e fase oppositiva), ma neppure ha senso parlare di quest'ultima (“causa di opposizione”) quale giudizio “governato” da una sua specifica regola sulla competenza, che sarebbe (come solitamente ed erroneamente si sostiene) quella contenuta nell'art. 645, comma 1°, c.p.c. (che dice soltanto “*l'opposizione si propone davanti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto*”): norma da cui si desume (sbagliando) che “*la causa di opposizione al decreto ingiuntivo ... appartiene alla competenza funzionale del giudice che ha emesso l'ingiunzione*”⁽²⁹⁾;

b) a parte il rilievo che il sostantivo “competenza” o l'aggettivo “competente” non risultano né dalla rubrica né dal testo dell'art. 645 c.p.c., è stato puntualmente dimostrato da chiarissimo studioso⁽³⁰⁾ che la norma in questione **non** pone affatto una regola sulla competenza del giudice, **ma fissa soltanto una “condizione di validità dell'atto di opposizione”**;

c) la norma sulla competenza *in subiecta materia*, pertanto, è quella e **solo** quella contenuta nell'art. 637 c.p.c., **che riguarda “l'intero**

⁽²⁹⁾ V. in tal senso *ex multis* in dottrina BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, 2018, p. 134; e in giurisprudenza la già ricordata Cass. (ord.), 22 dicembre 2021, n. 41230 (v. il par. 2 e la nota 17).

⁽³⁰⁾ V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 69, secondo cui “*i due indefettibili dati positivi*” (*recte*, l'art. 637, comma 1°, c.p.c., da cui si desume che la competenza ad emanare l'ingiunzione spetta al giudice competente per il merito; e l'art. 645, comma 1°, c.p.c., da cui si evince che l'opposizione va sempre proposta all'ufficio giudiziario dell'ingiunzione, sebbene questo sia incompetente per il merito), “*... che l'interprete non può ignorare, sono logicamente armonizzabili sol se il precetto, per il quale la opposizione deve essere proposta avanti all'ufficio giudiziario dell'ingiunzione, non sia riferito al provvedimento del giudice*” (cioè, alla pronuncia di merito) “*e inquadrato, quindi, nella categoria della competenza, ma sia ricollegato alla opposizione e riguardato come un presupposto di validità della medesima ...; l'onere di proporre l'opposizione al giudice dell'ingiunzione, se lascia impregiudicata la indagine sulla competenza del giudice a conoscere ... del merito, incide sulla opposizione e ne rappresenta presupposto o condizione d'ammissibilità... Ne deriva che la opposizione, proposta avanti ad ufficio giudiziario diverso da quello cui appartiene il giudice dell'ingiunzione è inammissibile; che, esulando la situazione in esame dalla categoria della competenza, il giudice adito non può dichiararsi incompetente e rimettere le parti al giudice competente, ma deve limitarsi a dichiarare inammissibile la opposizione ...; che la inammissibilità equivale alla carenza dell'opposizione e giustifica l'esecutorietà del decreto, da pronunciarsi dal giudice della ingiunzione (art. 647)”.*

procedimento comprensivo tanto della fase monitoria quanto della fase (eventuale) di opposizione”.

Pur ammettendo, infine (e per semplice ipotesi), che in base all’art. 645 c.p.c. “*la causa di opposizione al decreto ingiuntivo ... appartiene alla competenza funzionale del giudice che ha emesso l’ingiunzione*”⁽³¹⁾, ciò non impedisce affatto la *translatio iudicii* di cui all’art. 50 c.p.c. con l’annesso effetto conservativo **integrale** ivi previsto e unanimemente riconosciuto⁽³²⁾: e, quindi, con la sopravvivenza degli atti compiuti tanto nella fase monitoria (*id est*, del decreto ingiuntivo) quanto nella fase oppositiva (*in primis*, degli atti istruttori eventualmente disposti e assunti in tale fase).

5. (Segue) La sopravvivenza dell’opposto decreto in caso di tempestiva riassunzione del processo ex art. 50, comma 1°, c.p.c.

Alla stregua di tutto quanto precede possiamo così concludere:

- la dichiarazione di incompetenza fatta a séguito dell’opposizione a decreto ingiuntivo non costituisce un accoglimento in rito dell’opposizione stessa, ma si risolve in una mera pronuncia sulla competenza rispetto all’ordinario giudizio di condanna iniziato con il ricorso *ex art. 638*;
- quest’ultimo (il giudizio di condanna introdotto con il ricorso *ex art. 638 c.p.c.*) costituisce l’oggetto della riassunzione *ex art. 50 c.p.c.*;
- se viene ritualmente riassunto *ex art. 50, comma 1°, c.p.c.*, esso (giudizio di condanna iniziato con il ricorso *ex art. 638 c.p.c.*) continua innanzi al giudice dichiarato competente: con la sopravvivenza e persistente validità di **tutti** gli atti compiuti dal giudice dichiarato incompetente (ivi compreso il decreto ingiuntivo) o da lui disposti o davanti a lui compiuti;
- la mancata o intempestiva riassunzione di esso (giudizio di condanna iniziato con il ricorso *ex art. 638 c.p.c.*) determina *ex art. 50, comma 2°, c.p.c.* l’estinzione di quel giudizio e con essa la definitiva esecutività dell’opposto decreto prevista dall’art. 653, comma 1°, c.p.c.

⁽³¹⁾ V. sempre Cass. (ord.), 22 dicembre 2021, n. 41230, menzionata nella nota 17.

⁽³²⁾ V. la parte conclusiva del par. 2 e la nota 19, dove abbiamo richiamato Cass., sez. un., 14 settembre 2016, n. 18121, e le altre successive che ammettono la *translatio iudicii* anche in presenza di una competenza funzionale e inderogabile (nella specie, quella del giudice dell’appello).

Nello stesso senso v. in dottrina BALENA, *Istituzioni*, I, cit., p. 144 nota 71, dove si contesta il diverso orientamento giurisprudenziale “accantonato” dalla or ora ricordata sentenza delle sez. un.

A quest'ultimo riguardo va precisato che pronuncia di estinzione va fatta dal giudice del processo estinto (cioè, da quello innanzi al quale la causa avrebbe dovuto essere riassunta), il quale vi provvede anche d'ufficio (v. art. 307, comma 4°, c.p.c.) allorché la causa sia stata bensì riassunta davanti a lui, ma tardivamente; oppure, in mancanza di riassunzione, a séguito di azione della parte interessata proposta con atto riassuntivo del processo (estinto) al solo fine di ottenere una declaratoria in proposito ⁽³³⁾.

6. Le (diverse) conseguenze dell'accertato difetto di giurisdizione del giudice dell'ingiunzione: i limiti della c.d. *translatio iudicii* prevista dall'art. 59 l. n. 69 del 2009 e dall'art. 11 c.p.a.

Quanto abbiamo appena detto a proposito della dichiarazione di incompetenza non ci pare estensibile alla sentenza dichiarativa del difetto di giurisdizione del giudice (ordinario) dell'ingiunzione: come passiamo a dimostrare.

Com'è noto, Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, ha dichiarato "*l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (Istituzione dei tribunali amministrativi regionali), nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a séguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione*".

Con la stessa sentenza la Consulta sollecitava altresì l'emanazione di una "*disciplina legislativa che, con l'urgenza richiesta dall'esigenza di colmare una lacuna dell'ordinamento processuale, ... sarà vincolata solo nel senso che essa dovrà dare attuazione al principio della conservazione degli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione nel giudizio ritualmente riattivato – a séguito di declinatoria di giurisdizione – davanti al giudice che ne è munito Nel rispetto di tali limiti costituzionali, il legislatore ordinario – ferma l'esigenza di disporre che ogni giudice, nel declinare la propria giurisdizione, deve indicare quello che, a suo avviso, ne è munito – è libero di disciplinare nel modo ritenuto più opportuno il meccanismo della riassunzione*".

⁽³³⁾ V. in tal senso (con riferimento all'ordinario processo di cognizione) Cass., 13 novembre 1986, n. 6651; 10 marzo 1994, n. 2322; e 12 aprile 2001, n. 5491; nonché BALENA, *Istituzioni*, II, cit., p. 234, che invece esclude (esattamente) una azione autonoma in un diverso giudizio.

Tale disciplina è stata data prima con l'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69, e poi con l'art. 11 c.p.a. (codice del processo amministrativo, approvato con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) ⁽³⁴⁾.

Orbene, sebbene a proposito dell'art. 59, comma 2°, l. n. 69 del 2009 e dell'art. 11, comma 2°, c.p.a. dottrina ⁽³⁵⁾ e giurisprudenza ⁽³⁶⁾ siano solite parlare di *translatio iudicii*, quella divisata dalle norme in questione non è affatto equiparabile alla *translatio* prevista dall'art. 50, comma 1°, c.p.c.

Come passiamo a dimostrare.

7. (Segue) L'efficacia conservativa prevista dall'art. 59 l. n. 69 del 2009 e dall'art. 11 c.p.a. quale conseguenza di una semplice *translatio actionis* (e non *iudicii*).

La non assimilabilità alla *translatio* prevista dall'art. 50 c.p.c. di quella descritta nelle disposizioni summenzionate è resa evidente dalle seguenti considerazioni:

a) a differenza dell'art. 50, comma 1°, c.p.c., né nell'art. 59 l. n. 69 del 2009 né nell'art. 11 c.p.a. si parla *sic et simpliciter* di “*processo che continua davanti al nuovo giudice*”;

b) i predetti artt. 59 e 11, invece, prevedono soltanto che “*sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda*” ⁽³⁷⁾ originaria in

⁽³⁴⁾ Si ritiene solitamente che l'art. 59 (redatto, peraltro, “*con ambiguità ed imprecisioni*”: BALENA, *Istituzioni*, I, cit., p. 123) abbia una portata generale, riferendosi nel suo comma 1° al “*giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o*” di pertinenza di altri “*giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione*”; mentre l'art. 11 c.p.a. “*ha inteso ritoccare la disciplina dell'art. 59 ... limitatamente ai rapporti tra il giudice amministrativo ed altro giudice italiano, che può essere ovviamente anche quello ordinario*” (BALENA, *op. ult. cit.*, p. 126).

Al riguardo ci limitiamo a rimarcare che l'art. 11 c.p.a. non solo ha depurato l'art. 59 di talune improprietà e/o ambiguità (sul punto v. (BALENA, *op. loc. ult. cit.*); ma ha anche introdotto disposizioni “nuove” rispetto a quelle contenute nell'art. 59 (v. il comma 5°, che consente la rimessione in termini per errore scusabile rispetto alle preclusioni o decadenze intervenute; e il comma 7° sulla “*sorte*” delle misure cautelari emesse dal giudice privo di giurisdizione), che possono considerarsi applicabili analogicamente pure alle ipotesi di difetto di giurisdizione previste dall'art. 59.

⁽³⁵⁾ V. per tutti PALMA, *Processo amministrativo e translatio iudicii*, Torino, 2017, *passim*.

⁽³⁶⁾ V. per esempio le motivazioni di Cass. (ord.), 21 febbraio 2013, n. 4484; sez. un. (ord.), 18 dicembre 2014, n. 26655; sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19787; sez. un., 14 settembre 2016 n. 18121; (ord.), 6 giugno 2017 n. 14059; sez. un., 21 dicembre 2018, n. 33210; sez. un. (ord.), 26 febbraio 2021, n. 5513; (ord.), 5 marzo 2021, n. 6118; sez. un. (ord.), 14 gennaio 2022, n. 1086.

⁽³⁷⁾ Su tali effetti è sufficiente rimandare alle classiche pagine di CERINO-CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da Allorio, II, Torino 1980, p. 278 ss.

caso di tempestiva riproposizione della domanda stessa (art. 59, comma 2°) o del giudizio (art. 11, comma 2°) innanzi al giudice indicato nella pronuncia declinatoria della giurisdizione ⁽³⁸⁾; e che in tali casi (di riproposizione della domanda o del giudizio) “*le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova*” (art. 59, comma 5°; e art. 11, comma 6°);

c) il testo dell’art. 50, comma 1°, c.p.c. (“*il processo continua davanti al nuovo giudice*”) è, invece, riprodotto alla lettera dall’art. 15, comma 4°, c.p.a. rispetto alla riassunzione conseguente alla dichiarazione di incompetenza ⁽³⁹⁾: di guisa che la “vera” *translatio iudicii* prevista da codeste norme (art. 50 c.p.c. e art. 15 c.p.a.) integra inequivocabilmente un fenomeno contenutisticamente e giuridicamente diverso dalla *translatio* di cui ai suindicati artt. 59 e 11;

d) quest’ultima, più esattamente, in considerazione della sua potenzialità conservativa **limitata** quasi esclusivamente agli effetti processuali e sostanziali della domanda, potrebbe tutt’al più definirsi *translatio actionis* (della sola domanda introduttiva, quindi, e non dell’intero giudizio).

Del resto, se quelle norme (art. 59 l. n. 69 del 2009 e art. 11 c.p.a.) avessero inteso prevedere una *translatio iudicii* in senso proprio (*id est*, la prosecuzione dello **stesso** giudizio svoltosi innanzi al giudice privo di giurisdizione), in tal caso:

A) la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda sarebbe stata *in re ipsa* (non avrebbe, cioè, necessitato di un’espressa previsione);

B) le prove raccolte davanti al giudice privo di giurisdizione sarebbero state utilizzabili nel giudizio riproposto non quali semplici “*argomenti di prova*” (come stabiliscono le norme citate), ma **pienamente**: come avviene, invece, in presenza della “vera” *translatio iudicii* prevista dall’art. 50 c.p.c. ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Era questo il “contenuto minimo e indefettibile” della disciplina legislativa sollecitata da Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77: v. *retro* par. 6.

⁽³⁹⁾ Così recita tale disposizione: “*Il giudice provvede con ordinanza, nei casi di cui ai commi 2 e 3. Se dichiara la propria incompetenza, indica il giudice ritenuto competente. Se, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione di tale ordinanza, la causa è riassunta davanti al giudice dichiarato competente, il processo continua davanti al nuovo giudice*”.

L’estinzione del processo prevista dall’art. 50, comma 2°, c.p.c., a sua volta, per il giudizio amministrativo trova il suo *pendant* nell’art. 35, comma 2°, lett. a, c.p.a.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cass., sez. un., 29 ottobre 1986, n. 6337, e più recentemente Cass. (ord.), 1° marzo 2021, n. 5542 (ricordate entrambe nella nota 28).

V. pure BALENA, *Istituzioni*, I, cit., p. 144, il quale, dopo aver ricordato che la riassunzione ex art. 50 c.p.c. “*permette – secondo l’opinione prevalente – il recupero e*

Più corretto ci pare affermare, quindi, che nei casi qui considerati “*il giudizio instaurato con la (tempestiva) riproposizione della domanda è un giudizio nuovo e diverso*” rispetto a quello svoltosi innanzi al giudice privo di giurisdizione⁽⁴¹⁾, del quale sopravvive soltanto l’efficacia di taluni atti e più precisamente:

- a) della domanda introduttiva, di cui si conservano tutti gli effetti processuali e sostanziali;
- b) degli atti di istruzione probatoria, che però sono utilizzabili solo come argomenti di prova;
- c) delle misure cautelari, le quali conservano un’efficacia limitata ai trenta giorni successivi alla pubblicazione della sentenza dichiarativa del difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate (v. art. 11, comma 7°, c.p.a.).

Tutti gli altri atti posti in essere dal giudice privo di giurisdizione, invece, restano caducati: **compreso** l’eventuale decreto ingiuntivo.

8. (Segue) Caducazione dell’opposto decreto per accertato difetto di giurisdizione del giudice dell’ingiunzione.

Esclusa (*de iure condito*) la possibilità di una *translatio iudicii* in senso proprio in presenza di una declaratoria del difetto di giurisdizione del giudice adito, si può conclusivamente affermare che l’accertata carenza di

l’utilizzazione di alcune attività (in particolare quelle d’istruzione probatoria) già compiute dinanzi al giudice a quo”, nella nota 73 aggiunge: “Tale soluzione è, dunque, diversa da quella prevista dall’art. 59 della l. n. 69/2009 in caso di translatio iudicii conseguente ad una sentenza declinatoria di giurisdizione; ma la differenza ben può giustificarsi con la maggiore gravità del difetto di giurisdizione rispetto all’incompetenza”.

A nostro avviso, invece, tale differenza:

- a) si giustifica proprio con il fatto che il giudizio instaurato con la tempestiva “*riproposizione della domanda*” ex art. 59, comma 2°, l. n. 69 del 2009 è un giudizio “**nuovo e diverso**” rispetto a quello svoltosi innanzi al giudice privo di giurisdizione;
- b) costituisce, pertanto, applicazione del principio generale, secondo cui “*il giudice del merito è libero, in difetto di particolari divieti normativi, di desumere argomenti di prova o elementi indiziari atti a fornire utili e concorrenti elementi di giudizio dalle risultanze istruttorie acquisite in un diverso procedimento fra le stesse o altre parti*” (così Cass., 27 marzo 1982, n. 1917; nello stesso senso Cass., 20 dicembre 1990, n. 12091; 9 aprile 1993, n. 4337; 20 dicembre 1994, n. 10972; 30 maggio 1996, n. 5013; e 25 febbraio 2002, n. 2737).

⁽⁴¹⁾ Così (e con ulteriori argomenti) BALENA, *Istituzioni*, I, cit., pp. 125-126, il quale a tal fine dimostra pure che quelle che “*restano ferme*” ex art. 59, comma 2°, l. n. 69 del 2009 e art. 11, comma 2°, c.p.a. sono solo le preclusioni e le decadenze “*già eventualmente verificatesi prima dell’instaurazione del processo davanti al giudice privo di giurisdizione*”.

giurisdizione del giudice che ha emanato il provvedimento monitorio ⁽⁴²⁾ provoca una decisione di accoglimento in rito dell'opposizione, alla quale consegue l'immediata ed automatica caducazione del decreto opposto ⁽⁴³⁾.

Attesa codesta caducazione del decreto, poi, è ovvio che la successiva estinzione del processo divisata dall'art. 59, comma 4°, l. n. 69 del 2009 (e conseguente alla "inosservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio") non può determinare quella definitiva efficacia esecutiva del decreto prevista dall'art. 653, comma 1°, c.p.c. in caso di dichiarazione di estinzione del processo: per la semplice ragione che, al momento dell'estinzione, quel decreto non esisteva più ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Per prevenire una censura di astrattezza delle superiori considerazioni, si ricorda che l'art. 118 c.p.a. consente l'utilizzazione del procedimento monitorio "nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale", rispetto alle quali espressamente richiama le disposizioni del "Capo I del Titolo I del Libro IV del codice di procedura civile", aggiungendo che "per l'ingiunzione è competente il presidente o un magistrato da lui delegato" e che "l'opposizione si propone con ricorso" (v. per tutti TOCCI, *Il procedimento per decreto ingiuntivo nel processo amministrativo nell'ordinamento giuridico italiano*, disponibile sul sito https://www.ambientediritto.it/wp-content/uploads/2020/06/IL-PROCEDIMENTO-PER-DECRETO-INGIUNTIVO-NEL-PROCESSO-AMMINISTRATIVO_Tocci.pdf

⁽⁴³⁾ Queste conclusioni valgono *a fortiori* in caso di difetto assoluto di giurisdizione del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo: v. Cass., sez. un. (ord.), 21 settembre 2018, n. 22433, nella cui motivazione sta scritto che "la dichiarazione del difetto di giurisdizione del giudice che ha emanato il decreto monitorio, da parte di questa Corte, non può limitarsi alla pronuncia di una decisione soltanto sulla giurisdizione, ma essa comporta anche l'accoglimento, in rito, dell'opposizione e la caducazione per nullità del decreto".

⁽⁴⁴⁾ Per analoga conclusione (ma sulla base di premesse parzialmente diverse) v. Cass., 21 agosto 2015, n. 17062, in motivazione.