

Cass. civ., Sez. Unite, Sent., (data ud. 23/09/2008) 09/10/2008, n. 24883*COMPETENZA E GIURISDIZIONE CIVILE › Regolamento di giurisdizione**PROCEDIMENTO CIVILE › Nullità**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA › Giurisdizione › riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo***Intestazione****REPUBBLICA ITALIANA****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE****SEZIONI UNITE CIVILI**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CARBONE Vincenzo - Primo Presidente

Dott. VELLA Antonio - Presidente di sezione

Dott. VIDIRI Guido - Consigliere

Dott. MERONE Antonio - rel. Consigliere

Dott. SALME' Giuseppe - Consigliere

Dott. RORDORF Renato - Consigliere

Dott. LA TERZA Maura - Consigliere

Dott. AMOROSO Giovanni - Consigliere

Dott. TIRELLI Francesco - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del Ministro pro tempore, **AGENZIA DELLE ENTRATE**, in persona del Direttore pro tempore, elettivamente domiciliati in **ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12**, presso l'**AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO**, che li rappresenta e difende ope legis;

- ricorrenti -

contro**FONDAZIONE OPERA (OMISSIS)** - ONLUS, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in **ROMA, VIA ANTONIO BERTOLONI 29**, presso lo studio dell'avvocato **PETTINATO Salvo**, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato **NICOLA CANESSA**, giusta procura speciale del notaio Dott. Paolo Giunchi di Cesena, rep. 156589 del 16/05/07, in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 72/04/05 della Commissione Tributaria regionale di **BOLOGNA**, depositata il

09/07/05;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/05/08 dal Consigliere Dott. Antonio MERONE;

uditi gli avvocati Daniela GIACOBBE dell'Avvocatura Generale dello Stato, Salvo PETTINATO;

udito il P.M., in persona dell'Avvocato Generale Dott. NARDI Vincenzo, che ha concluso, previa declaratoria, in via preliminare, della giurisdizione del Giudice tributario e del difetto di legittimazione attiva del Ministero delle Finanze, rigetto, nel merito, del ricorso.

Svolgimento del processo

1.1. La Fondazione Opera (OMISSIS) ha impugnato, dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di Bologna, il provvedimento con il quale l'Agenzia delle Entrate (nonostante il parere contrario espresso dall'Agenzia delle ONLUS) ha disposto la cancellazione della fondazione stessa dall'Anagrafe Unica, di cui al [D.Lgs. n. 460 del 1997, art. 11](#), essendo emerso, a seguito di verifica, che l'attività svolta non era diretta a favore di soggetti anziani in condizioni di assoluto e grave disagio e che mancava la condizione del perseguimento esclusivo delle finalità di solidarietà sociale di cui al citato [D.Lgs. n. 460 del 1997, art. 10](#), comma 1, lett. b).

A sostegno dell'originario ricorso, la Fondazione eccepiva:

a) che ai sensi del [D.Lgs. n. 460 del 1997, art. 10](#), comma 1, lett. a, nn. 1, 2 e 4, le ONLUS sono tali se svolgono attività di assistenza sociale e socio-sanitaria, a prescindere dalle condizioni di svantaggio dei destinatari delle stesse, purchè sussista il fine solidaristico;

b) che l'attività svolta dalla Fondazione è rivolta a persone anziane, le quali per condizioni psicologiche, familiari e sociali o per particolari esigenze di assistenza hanno difficoltà a rimanere nel proprio nucleo familiare e che le prestazioni sono erogate da strutture che operano in regime di convenzione con l'Azienda USL di (OMISSIS), consentito soltanto per "attività di assistenza sociale e socio-sanitaria";

c) che, comunque l'Agenzia delle Entrate non aveva tenuto conto del parere contrario alla cancellazione, espresso dall'Agenzia per le ONLUS. La CTP ha accolto il ricorso e la Commissione tributaria regionale dell'Emilia Romagna ha rigettato l'appello proposto dall'Agenzia delle Entrate.

2. Avverso quest'ultima decisione propongono ricorso per cassazione il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia delle Entrate, i quali denunciano:

a) il difetto di giurisdizione del giudice tributario, adito in violazione del [D.Lgs. n. 546 del 1992, artt. 2 e 19](#), in quanto il provvedimento di cancellazione della Fondazione dall'albo delle ONLUS non rientra tra quelli espressamente indicati dal [D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 19](#), e non attiene ad un rapporto tributario, ma incide sullo status giuridico complessivo dell'ente, al quale sono collegati anche, ma non solo, effetti fiscali che, comunque, nella specie non sono in discussione;

b) la violazione e falsa applicazione del [D.Lgs. n. 460 del 1997, artt. 10 e 11](#), anche sotto il profilo del vizio di motivazione, in quanto erroneamente la CTR ha ritenuto che la solidarietà sociale può manifestarsi anche nei confronti di persone benestanti, che hanno bisogno di assistenza per le più disparate situazioni personali di disagio (che non siano perciò necessariamente di natura economica), considerando irrilevanti le circostanze;

- che gli ospiti delle strutture gestite dalla fondazione erano tenuti a pagare una cospicua retta per il loro mantenimento, senza alcun ausilio pubblico;

- che gli utili realizzati non venivano utilizzati per abbattere il costo delle rette;

- che la fondazione aveva partecipato alla costituzione di una società commerciale (s.r.l.).

La Fondazione resiste con controricorso con il quale eccepisce il difetto di legittimazione attiva del Ministero dell'Economia e delle Finanze, la tardività della eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito e la inammissibilità del secondo motivo, inteso ad ottenere una diversa valutazione dei fatti già esaminati con congrua motivazione dai giudici di appello. Nel merito deduce che la circostanza che l'attività veniva svolta con criteri di economicità e che da essa derivassero avanzi di gestione era irrilevante, perchè il fine di lucro non si identifica con l'economicità della gestione.

Con ordinanza del 27 luglio 2007, la quinta sezione civile di questa Corte, alla quale il ricorso è stato originariamente assegnato, rilevata la sussistenza di una questione di giurisdizione, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente, per l'assegnazione a queste SS.UU..

Entrambe le parti hanno depositato memorie ai sensi dell'[art. 378](#) c.p.c..

Motivi della decisione

2.1. Preliminarmente, va dichiarato inammissibile il ricorso del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che non era parte nel giudizio di appello ([Cass. SS.UU. 3116/2008, 3118/2008](#)).

2.2. Ancora in via preliminare, bisogna esaminare la questione di giurisdizione, sulla quale la giurisprudenza di merito, in assenza di pronunce di questa Corte, appare oscillante (propendono per la giurisdizione del giudice amministrativo: TAR Emilia Romagna, sez. Parma, 22.3.2004; idem 13.12.2005, nn. 577 e 552, [TAR Lazio, sez. 2[^], 16.11.2004, n. 13087](#); propendono per la giurisdizione del giudice tributario: [TAR Sicilia Palermo, sez. 1[^], 9.7.2007, n. 1772](#), TAR Marche 14.4.2004, n. 169, CTP Ancona, sez. 3[^], 27.9.2004, n. 106, CTR Lombardia, sez. 19[^] 28.2.2007, n. 13). Ancor prima, però occorre pronunciarsi sulla ammissibilità della eccezione di difetto di giurisdizione del giudice tributario, sollevata da una parte (l'Agenzia delle Entrate) la quale, soccombente in primo grado, ha appellato la sentenza di merito senza nulla eccepire circa la potestas iudicandi del giudice che l'ha pronunciata, essendosi limitata a contestare la sussistenza dei requisiti necessari per l'iscrizione della fondazione nell'albo delle ONLUS. E' noto, però, che l'[art. 329](#) c.p.c., comma 2, dispone che "L'impugnazione parziale importa acquiescenza alle parti della sentenza non impugnite". Se i giudici tributar avessero espressamente affermato la propria giurisdizione (su istanza di parte o di ufficio) contestualmente alla decisione di merito, la mancata impugnazione della relativa statuizione, avrebbe determinato l'effetto dell'accettazione della stessa da parte dell'appellante e / o del passaggio in giudicato (esplicito) del relativo capo della sentenza con l'effetto preclusivo di cui all'[art. 324](#) c.p.c., nonostante il disposto dell'[art. 37](#) c.p.c., comma 1, in forza del quale "Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo".

Infatti, a partire da [Cass. SS.UU. 28.4.1976 n. 1506](#), (anticipata da [Cass. sez. 1[^], 8.9.1970 n. 1298](#), sulle orme di [Cass. SS.UU. 22.7.1960 n. 2084](#)) si è consolidato il principio secondo cui, qualora il giudice decida espressamente sia sulla giurisdizione sia sul merito e la parte impugni solo sul merito, è precluso al giudice di appello e alla Cassazione il rilievo d'ufficio della questione di giurisdizione e alla parte interessata non è consentito introdurla in sede di legittimità se non l'abbia proposta anche in appello, essendosi formato il giudicato interno sulla questione (tra le tante: [Cass. SS.UU. 28.3.2006 n. 7039](#), Sez. L. 8.8.2003 n. 12002, [SS.UU. 9.7.1997 n. 6229](#)). Tale giudicato interno, secondo numerose pronunce (v. [Cass. sez. un. 8.8.2001 n. 10961](#), Sez. L. 12.4.1984 n. 2377, [SS.UU. 24.2.1982. n. 1151](#), [SS.UU. 17.11.1978 n. 5330](#), [SS.UU. 1506/1976](#)), si forma per effetto di un fenomeno di acquiescenza, ai sensi dell'[art. 329](#) c.p.c., comma 2; altre pronunce, invece, pur giungendo alla medesima conclusione, non fanno leva sull'[art. 329](#) c.p.c., comma 2, ma sulla preclusione derivante dal giudicato ([Cass. SS.UU. 23.6.1983 n. 4295](#)).

2.3. Nella specie i giudici di merito non hanno dedicato un capo della sentenza alla questione della giurisdizione. Ma non per questo si può ritenere che la questione non sia stata affrontata e decisa.

Qualsiasi decisione di merito implica la preventiva verifica della potestas iudicandi; tale verifica, in assenza di formale eccezione o questione sollevata d i ufficio, avviene comunque d e plano (implicitamente) e acquista "visibilità" soltanto nel caso in cui la giurisdizione del giudice adito venga negata. In linea di principio, se la questione della giurisdizione non viene sollevata in alcun modo, significa che non vi è nessuna necessità che il giudice "mostri le proprie credenziali". Ma, il fatto che la decisione non sia "visibile", non significa che sia inesistente. Il giudice che decide il merito ha anche già deciso di poter decidere. La progressione logica che porta al giudizio di merito presuppone la soluzione delle questioni di giurisdizione e di competenza, anche quando la decisione sulla potestas iudicandi implica la preventiva ricostruzione del rapporto sostanziale dedotto in giudizio e del quadro normativo di riferimento. La dottrina meno recente riteneva che in materia di giurisdizione non sussistesse un ordine logico preconstituito, posto che gli elementi della fattispecie influiscono sulla identificazione del giudice competente. Quella stessa dottrina riteneva che il giudicato sulla giurisdizione si formava soltanto se sul punto fosse stata sollevata una autonoma questione pregiudiziale, oggetto di specifico contraddittorio tra le parti (pregiudiziale tecnica e non soltanto logica). La tesi era che, se la questione non veniva espressamente sollevata, la stessa non poteva considerarsi risolta (come se la mancata formalizzazione della questione annullasse l'ordine logico della formulazione del giudizio). E' sbagliato, osservava ancora quella dottrina, ritenere che i dubbi non sollevati siano stati risolti in modo implicito: il giudice che non dubita non decide, ovvero decide senza riflettere e, quindi, è inaffidabile.

Può anche accadere che un giudice privo di giurisdizione si ritenga competente senza porsi per nulla il problema, ma si tratta di casi certamente marginali ai quali può porre rimedio la "vigilanza" delle parti. Eventuali accordi illeciti tra le parti (intesi a radicare la giurisdizione per ragioni di comodo presso un giudice incompetente e non particolarmente solerte) non possono essere contrastati negando valore al giudicato implicito: non basterebbe neanche il giudicato esplicito. Di regola, però, se nessuno pone la questione di giurisdizione e il giudice pronuncia la sentenza di merito, significa che la potestas iudicandi è pacifica, nessuno la contesta e perciò non merita un apposito dibattito. La tesi secondo la quale soltanto in caso di dubbio espresso possa riconoscersi la forza certificatrice del giudicato appare illogica, perchè esclude tale vis proprio quando la questione non presenta alcun margine di incertezza e viene decisa de plano. Sarebbe come dire che la verità di un fatto evidente è meno certa di un fatto originariamente dubbio, o come affermare che il giudicato sul merito si forma soltanto in relazione alle circostanze di fatto che abbiano formato oggetto di prova e non invece in relazione ai fatti notori o non contestati.

L'assunto secondo il quale soltanto le decisioni che scaturiscono da un apposito dibattito partecipano degli effetti previsti dall'[art. 324](#) c.p.c., oltre ad offrire il fianco alla incongruenza logica sopra evidenziata (per cui soltanto la certezza che sia figlia del dubbio merita il sigillo del giudicato e non invece le "certezze" di cui nessuno abbia mai dubitato) si pone anche in evidente contrasto con le regole dell'economia processuale, perchè ciascuna parte, quand'anche nessuno dubitasse della potestas iudicandi del giudice adito, se volesse proseguire il giudizio senza il rischio di imprevedibili regressioni successive, sarebbe costretta a provocare un contraddittorio sul punto. Senza considerare che, in linea di principio, la certezza del giudicato talora deriva non dall'accertamento dei fatti ma soltanto dalla impossibilità di accertarli, in quanto sopperisce la regola di giudizio dell'onere della prova: il dubbio resta nonostante la decisione. Ne deriva che, sul piano del valore di verità, appare più affidabile la decisione che non sia passata attraverso il travaglio del dubbio, che non quella che sia frutto del contraddittorio risolto iuxta alligata et probata e non in base al principio di verità materiale.

In realtà, non bisogna confondere la successione cronologica delle attività di cognizione del giudice, con il quadro logico della decisione complessiva adottata in esito alle attività cognitive, all'interno del quale si collocano i passaggi impliciti o espliciti che portano alla decisione finale (una sorta di stratificazione da assestamento). Questi passaggi, che nel giudizio monocratico non sono scanditi da un apposito rituale, sono plasticamente raffigurati nella prescrizione dell'[art. 276](#) c.p.c., comma 2, in

forza del quale il collegio, sotto la direzione del presidente, "decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa" (la disposizione, richiamata dagli [artt. 131](#) e [141](#) disp. att. c.p.c., riguarda anche i giudizi di appello e di cassazione). Vi è dunque un preciso obbligo di legge di decidere prima ("gradatamente") le questioni pregiudiziali (logiche o tecniche) e poi ("quindi") il merito. Pertanto, non si può affermare che, in mancanza di una specifica statuizione, la questione di giurisdizione (presente in ogni causa) non sia stata affrontata. Se il giudice ha deciso il merito, in forza del combinato disposto dell'[art. 276](#) c.p.c., comma 2, e [art. 37](#) c.p.c. (che impone la verifica di ufficio della potestas iudicandi), si deve ritenere che abbia già deciso, in senso positivo, la questione pregiudiziale della giurisdizione. La regola della decisione per gradi appartiene alla natura stessa del processo e la si ritrova espressamente sancita anche nella disciplina del processo penale. L'[art. 527](#) c.p.p., comma 1, dispone infatti, analogamente all'[art. 276](#) c.p.c., che il collegio, sotto la direzione del presidente, decide separatamente le questioni preliminari e ogni altra questione relativa al processo;

soltanto se l'esame del merito non risulti precluso sono poste in decisione le questioni di fatto e di diritto concernenti l'imputazione.

Anche l'[art. 279](#) c.p.c., comma 2, e [art. 187](#) c.p.c., commi 2 e 3, indicano quale sia la progressione naturale che il giudice deve seguire nel decidere le questioni, nella quale quelle di merito vengono sempre dopo quelle attinenti alla giurisdizione.

In definitiva, la decisione sul merito implica la decisione sulla giurisdizione e, quindi, se le parti non impugnano la sentenza o la impugnano ma non eccepiscono il difetto di giurisdizione, pongono in essere un comportamento incompatibile con la volontà di eccepire tale difetto e, quindi, si verifica il fenomeno della acquiescenza per incompatibilità con le conseguenti preclusioni sancite dall'[art. 329](#) c.p.c., comma 2, e dall'[art. 324](#) c.p.c.. Naturalmente, queste considerazioni valgono anche in relazione al processo tributario, al quale si applicano le norme del codice di procedura civile, per quanto non previsto dal [D.Lgs. n. 546 del 1992](#) (art. 1, comma 2, e art. 49): "Anche al processo tributario - caratterizzato, al pari di quello civile, dalla necessità della difesa tecnica e da un sistema di preclusioni, nonché dal rinvio alle norme del codice di procedura civile, in quanto compatibili - è applicabile il principio generale di non contestazione che informa il sistema processuale civile (con il relativo corollario del dovere del giudice di ritenere non abbisognavoli di prova i fatti non espressamente contestati), il quale trova fondamento non solo negli [artt. 167](#) e [416](#) cod. proc. civ., ma anche nel carattere dispositivo del processo, che comporta una struttura dialettica a catena, nella generale organizzazione per preclusioni successive, che caratterizza in misura maggiore o minore ogni sistema processuale, nel dovere di lealtà e di probità previsto dall'[art. 88](#) cod. proc. civ., il quale impone alle parti di collaborare fin dall'inizio a circoscrivere la materia effettivamente controversa, e nel generale principio di economia che deve sempre informare il processo, soprattutto alla luce del novellato [art. 111](#) Cost.. Nè assumono alcun rilievo, in contrario, le peculiarità del processo tributario, quali il carattere eminentemente documentale dell'istruttoria e l'inapplicabilità della disciplina dell'equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo" ([Cass. 1540/2007](#)).

Ne deriva che in ogni processo vanno individuati "due distinti e non confondibili oggetti del giudizio, l'uno (processuale) concernente la sussistenza o meno del potere-dovere del giudice di risolvere il merito della causa e l'altro (sostanziale) relativo alla fondatezza o no della domanda" ([Cass. 2002/6737](#)). Stante l'obbligo del giudice di accertare l'esistenza della propria giurisdizione prima di passare all'esame del merito o di altra questione ad essa successiva, può legittimamente presumersi che ogni statuizione al riguardo contenga implicitamente quella sull'antecedente logico da cui è condizionata e, cioè, sull'esistenza della giurisdizione, in difetto della quale non avrebbe potuto essere adottata.

Anche la giurisprudenza più recente ha, d'altronde, concordato sul punto, pur precisando che la impugnazione della statuizione sul merito riaprirebbe il dibattito pure sulla questione di giurisdizione,

sia perchè la rimetterebbe comunque in discussione e sia perchè non sarebbe ipotizzabile il passaggio in giudicato di una pronuncia implicita quando è ancora sub iudice quella espressa che la contiene. Nessuna delle due anzidette ragioni risulta realmente decisiva.

Non la prima, perchè colui che si limita a chiedere la riforma della decisione di merito non rimette affatto in discussione anche la giurisdizione ma, al contrario, con il suo comportamento la riconosce, aderendo e/o prestando acquiescenza alla pronuncia implicita su di essa.

E nemmeno la seconda, perchè l'accertamento della giurisdizione non rappresenta un mero passaggio interno della statuizione di merito, ma costituisce un capo autonomo che è pienamente capace di passare in giudicato anche nel caso in cui il giudice si sia pronunciato solo implicitamente sul punto: "Una volta che il giudice di primo grado abbia in modo espresso pronunciato sulla giurisdizione, tale questione non può più formare oggetto di rilievo d'ufficio nell'ulteriore corso del processo, ma solo di motivo di impugnazione;

sicchè analogamente, ove il giudice d'appello, pur ancora dalle parti investito della questione di giurisdizione, abbia o messo o pronunciarsi in via pregiudiziale, rendendo direttamente (ed unicamente) la decisione di merito, è precluso nel giudizio di cassazione l'esame d'ufficio della questione medesima ove nessuna delle parti abbia più censurato tale pronuncia con specifico motivo di ricorso per Cassazione, con conseguente passaggio in giudicato della stessa nella parte in cui il giudice d'appello ha ritenuto la sua giurisdizione" (Cass. 34/1999).

2.4. Resta ora da verificare se, e come, l'assunto del giudicato implicito sulla giurisdizione possa conciliarsi con la regola secondo la quale il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo (art. 37 c.p.c., comma 1).

Intanto, sul piano metodologico, va precisato che, trattandosi di norma che appare *ictu oculi* in contrasto con il generale principio di economia processuale, come meglio si vedrà, deve essere interpretata in senso restrittivo e residuale. In mancanza dell'art. 37 c.p.c., i soggetti processuali sarebbero stati maggiormente responsabilizzati nella verifica della questione di giurisdizione, non potendola poi sollevare successivamente. Le parti che consapevolmente non sollevano l'eccezione di difetto di giurisdizione hanno evidentemente la riserva mentale di formularla successivamente in base ad un calcolo di convenienza (*secundum eventum litis*), quindi la loro inerzia ha un fine palesemente dilatorio e non meritevole di tutela. Le parti che, invece, non ritengono che sussista un problema di giurisdizione, per ben due gradi di giudizio, ma lo sollevano poi soltanto in sede di giudizio di legittimità, o non hanno svolto il loro compito in maniera diligente o "tentano" la carta estrema della "distruzione processuale": in entrambi i casi non meritano tutela.

Quanto alla rilevabilità di ufficio del difetto di giurisdizione direttamente nel giudizio di Cassazione, vi osta un elemento letterale ed uno sistematico. L'art. 37 c.p.c., prevede la rilevabilità in ogni "stato e grado del processo", con terminologia che non si attaglia al giudizio di legittimità, che non può essere definito un grado del processo, ma semmai un momento di verifica della legittimità dell'intero giudizio di merito, nei limiti dei motivi dedotti. Sul piano sistematico va rilevato che il giudizio di cassazione è tendenzialmente limitato alle sole questioni prospettate dalle parti (oggi nei ristretti limiti del quesito di diritto), con la sola eccezione dei casi in cui la Corte intenda esercitare di ufficio la funzione di nomofilachia e delle questioni rilevabili di ufficio ma relative al ricorso. In altri termini la Corte conosce le nullità in quanto dedotte con il ricorso.

L'avvento del principio della ragionevole durata del processo comporta l'obbligo di verificare la razionalità delle norme che non prevedono termini per la formulazione di eccezioni processuali per vizi che non si risolvono in una totale carenza della tutela giurisdizionale, come ad esempio i vizi attinenti al principio del contraddittorio. Questa Corte "ritiene che la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo imponga all'interprete una nuova sensibilità e un nuovo approccio

interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche e soprattutto, per il suo impatto operativo sulla realizzazione del detto obiettivo costituzionale" (Cass. 4 4636/2007).

L'art. 37 c.p.c., dunque, va letto ed interpretato nel contesto delle altre regole processuali e della "sostenibilità" degli effetti cronologici.

In particolare, occorre tenere conto:

a) della regola della coerenza dei comportamenti delle parti (art. 329 c.p.c.), per cui l'acquiescenza alla pronuncia sulla giurisdizione comporta la impossibilità di sollevare successivamente l'eccezione di difetto di giurisdizione;

b) del dovere di responsabile collaborazione delle parti per contenere i tempi processuali: il principio costituzionale di ragionevole durata del processo si rivolge non soltanto al giudice quale soggetto processuale, in funzione acceleratoria, ma anche e soprattutto al legislatore ordinario ed al giudice quale interprete della norma processuale, rappresentando un canone ermeneutico imprescindibile per una lettura costituzionalmente orientata delle norme che regolano il processo, nonché a tutti i protagonisti del giudizio, ivi comprese le parti, le quali, soprattutto nei processi caratterizzati dalla difesa tecnica, debbono responsabilmente collaborare a circoscrivere tempestivamente i fatti effettivamente controversi (Cass. 1540/2007);

c) della preclusione derivante dal giudicato, che opera, come si è detto, anche nei confronti del giudice di legittimità (Cass. 34/1999).

L'evoluzione giurisprudenziale, nel quadro della interpretazione sistematica, porta alla conclusione che la portata precettiva dell'art. 37 c.p.c., deve essere contenuta in limiti più ristretti di quelli autorizzati dalla lettera della legge (lex plus dixit quam voluit).

Occorre ora chiedersi se, tenuto conto del mutato quadro normativo- sistematico, delle esigenze di coerenza del sistema e di tempestività delle decisioni, non sia legittimo ritenere che la norma non operi anche in presenza di un giudicato implicito sulla giurisdizione.

Sul piano della coerenza del sistema, sarebbe del tutto ingiustificato ritenere che il giudicato implicito non abbia lo stesso effetto preclusivo del giudicato esplicito, posto che incombe su tutti i soggetti del rapporto processuale l'obbligo di controllare il corretto esercizio della potestas iudicandi, fin dalle prime battute processuali, proprio in forza dell'art. 37 c.p.c., anche quando la questione non venga espressamente sollevata. In altri termini, il giudice deve innanzitutto "autolegittimarsi" (art. 276 c.p.c., comma 2) ed eventualmente rilevare subito il difetto di giurisdizione (art. 37 c.p.c.) e, quindi, il suo silenzio equivale ad una pronuncia positiva, così come il silenzio delle parti vale acquiescenza (art. 329 c.p.c.): una sorta di trilaterale "silenzio assenso" giurisdizionale.

L'evoluzione del quadro legislativo, ordinario e costituzionale, mostra l'affievolimento della centralità del principio di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, accompagnata dalla simmetrica emersione della esigenza di sburocratizzare la giustizia, non più espressione esclusiva del potere statale, ma servizio per la collettività, che abbia come parametro di riferimento l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del prodotto-sentenza, in un mutato contesto globale in cui anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza (si parla infatti di concorrenza degli ordinamenti giuridici).

Ritiene il Collegio che la norma abbia subito una profonda e progressiva erosione ad opera del legislatore ordinario e delle nuove indicazioni ermeneutiche venute dal legislatore costituzionale (oltre che della ricordata giurisprudenza).

Ne deriva che la portata dell'art. 37 c.p.c., riacquista la sua massima espansione soltanto quando il tenore della decisione (che attenga al rito o al merito) sia tale da escludere qualsiasi forma di implicita

delibazione sulla giurisdizione. Ciò in quanto, se c'è una decisione (implicita o esplicita) errata sulla giurisdizione, questa non può e non deve (posto che i tempi morti del processo non possono premiare chi ne è causa) sfuggire al triplice (attore- convenuto-giudice) costante controllo imposto dall'[art. 37 c.p.c.](#).

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

2.5. Il sistema originario consentiva la massima espansione semantica all'[art. 37 c.p.c.](#), comma 1, essendo inserito in un contesto caratterizzato dal principio di inderogabilità delle regole sulla potestas iudicandi, sia con riferimento alla giurisdizione che con riferimento alla competenza per materia, per valore e territoriale inderogabile (quella cioè ripartita sulla base di criteri di ordine pubblico).

La disposizione in esame, nella sua connotazione originaria, costituiva il fulcro di un sistema, di cui era anche norma di chiusura, in quanto individuava nell'esercizio della giurisdizione e nel suo riparto una tipica espressione della sovranità statale e del suo monopolio legislativo, insensibile ai comportamenti e alla volontà degli utenti della giustizia (salvo particolarissime eccezioni). Infatti, l'[art. 2 c.p.c.](#), stabiliva il principio della inderogabilità convenzionale della giurisdizione, che non affievoliva neanche in caso di litispendenza internazionale: "La giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti a un giudice straniero della medesima causa o di altra con questa connessa" ([art. 3 c.p.c.](#)). L'[art. 37 c.p.c.](#), comma 2, poi, estendeva la regola della rilevanza di ufficio in ogni stato e grado del procedimento anche al difetto di giurisdizione del giudice italiano anche nei confronti dello straniero.

Già nell'assetto originario, comunque, nonostante le rigidità del sistema (che sacrificava al mito della inderogabilità della giurisdizione ogni principio di economia processuale), il legislatore riteneva auspicabile che la questione pregiudiziale sulla giurisdizione venisse decisa immediatamente, per evitarne la riproposizione in ogni stato e grado del giudizio, con il rischio di vanificare poi il lavoro svolto, proprio perchè la cultura del tempo (e l'[art. 2 c.p.c.](#)) non consentiva di derogare alle regole sulla giurisdizione, in considerazione dell'interesse pubblico sotteso al corretto esercizio della potestas iudicandi (testimoniata anche dalla inderogabilità prevalente delle regole sulla competenza). A tal fine il legislatore ha previsto il regolamento preventivo di giurisdizione disciplinato dall'[art. 41 c.p.c.](#), in forza del quale, finchè la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ciascuna parte può chiedere alle sezioni unite della Corte di cassazione che risolvano le questioni di giurisdizione di cui all'[art. 37 c.p.c.](#) Si tratta di un istituto che, in regime di inderogabilità delle norme sulla giurisdizione ([art. 2 c.p.c.](#)), tendeva già ad evitare che i tempi del processo si protraessero nella sola ricerca del giudice competente.

Con il tempo, i vari ordini dei giudici esistenti in Italia hanno visto sempre più sfumare il loro iniziale carattere di mondi autonomi e separati, non comunicanti fra loro ed ispirati a meccanismi su cui le parti non potevano influire.

Basta ricordare l'abrogazione dell'[art. 2 c.p.c.](#) (in tema di inderogabilità delle norme sulla giurisdizione),

avvenuta in forza della [L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 73](#). La stessa legge ha anche abrogato l'[art. 3 c.p.c.](#) e [art. 37 c.p.c.](#), comma 2 (art. 73) e d h a introdotto il principio secondo cui la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano può dipendere anche dall'accordo delle parti o dal comportamento del convenuto, che comparso nel processo, non sollevi alcuna obiezione al riguardo (art. 4). Una sorta di "portabilità" della giurisdizione che ha dato luogo al fenomeno del c.d. "forum shopping" (per cui, in taluni casi, colui che debba far valere una pretesa in sede giudiziaria, può scegliere di rivolgersi al tribunale che applica la legge a lui più favorevole). Il fenomeno, che testimonia della evoluzione in senso dispositivo della giurisdizione intesa come oggetto del processo, ha assunto notevoli dimensioni, al punto che il legislatore comunitario è intervenuto più volte per arginarlo e per fissare criteri di collegamento per la individuazione della legge da applicarsi di volta in volta, nell'ambito del progetto volto a creare uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia (v. regolamento 44/2001, che disciplina la competenza internazionale dei giudici e il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni emesse in un altro Stato membro, [regolamento 864/2007/CE](#) sulle norme applicabili alle obbligazioni extracontrattuali di tipo civile e commerciale, e da ultimo il regolamento 593/2008, in tema di obbligazioni contrattuali transfrontaliere). Il fenomeno del forum shopping testimonia, dunque, il superamento del monopolio statale della disciplina della giurisdizione e delle rigidità connesse, che appaiono incompatibili con l'avvento della "concorrenza internazionale e sopranazionale degli ordinamenti giuridici". Questa premia la bontà e la celerità del servizio giustizia (attraendo investimenti e shoppers), quando venga affrancata dai viziosi meccanismi processuali, in cui talora resta intrappolata la giurisdizione (per riportare il pensiero di una recente dottrina). I regolamenti comunitari, lungi dal voler ripristinare i monopoli statali della giurisdizione sono stati adottati per esigenze di certezza del diritto e per evitare "abusi di giurisdizione".

Per meglio testimoniare questa perdita di anelasticità e di impermeabilità della giurisdizione, giova ricordare ancora, sul piano interno, che in forza della [L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6](#), le controversie sui diritti devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si possono deferire ad arbitri e, attraverso l'impugnazione del lodo, possono approdare dinanzi al giudice ordinario.

La Corte costituzionale, poi, nella sentenza n. 77 del 12.3.2007, ha affermato che "Il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi - comprensibile in altri momenti storici ... - è certamente incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali. Se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi. Questa essendo la essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti - per giunta innervantesi su un riparto delle loro competenze complesso ed articolato - è tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l'errore del giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale. Una disciplina siffatta, in quanto potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale e comunque tale da incidere sulla sua effettività, è incompatibile con un principio fondamentale dell'ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta. Al principio per cui le disposizioni processuali non sono fine a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito, si ispira pressochè costantemente - nel regolare questioni di rito - il vigente codice di procedura civile, ed in particolare vi si ispira la disciplina che all'individuazione del giudice competente - volta ad assicurare, da un lato, il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale e, dall'altro lato, l'idoneità (nella valutazione del legislatore) a

rendere la migliore decisione di merito - non sacrifica il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa".

Queste affermazioni della Corte costituzionale, anticipate dalle Sezioni Unite nella sentenza del 22.2.2007 n. 4109, rv. 595428, seppur riferite al diverso tema della "translatio iudicii", sembrano idonee a giustificare un'interpretazione adeguatrice dell'[art. 37](#) c.p.c., comma 1, tenuto conto che l'ordine costituzionale (dei criteri di riparto) delle giurisdizioni non è affatto messo in discussione da una interpretazione della predetta norma che impedisca una regressione del processo allo stato iniziale, con conseguente vanificazione di due pronunce di merito e allontanamento sine die di una valida pronuncia sul merito. Come acutamente ha rilevato il Consiglio di Stato (Sez. 4[^], 2008/1059), l'affermazione del principio della translatio iudicii davanti a un giudice di un diverso ordine, ha fortemente assimilato il difetto di giurisdizione a quello di competenza.

Per completare l'illustrazione della evoluzione del quadro legislativo verso una meno rigida disciplina delle regole sulla potestas iudicandi, occorre ricordare che l'[art. 38](#) c.p.c., sostituito dalla [L. n. 353 del 1990](#), [art. 4](#), stabilisce ora che l'incompetenza per materia, quella per valore e quella territoriale inderogabile non sono rilevabili oltre la prima udienza di trattazione. In origine, invece, la norma ricalcava, almeno in parte, il testo dell'[art. 37](#) c.p.c.: l'incompetenza per materia e quella per territorio inderogabile (trattandosi di criteri di attribuzione della cognizione dettati da ragioni di ordine pubblico, al pari di quelli relativi alla giurisdizione) era rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del processo (l'incompetenza per valore soltanto in ogni momento del giudizio di primo grado).

La riforma ha una doppia valenza. Il segnale dato dal legislatore è nel senso che i criteri di ripartizione della competenza, anche quando siano dettati da ragioni di ordine pubblico, devono essere conciliati con le esigenze di celerità del processo. Pertanto, il diritto delle parti interessate ed il dovere del giudice di rilevare l'eventuale incompetenza è stato assoggettato a due termini di decadenza. Il legislatore del 1990 non è andato oltre e non ha riformato simmetricamente l'[art. 37](#) c.p.c., perché soltanto successivamente, con la [L. n. 218 del 1995](#), è stato abrogato il principio della inderogabilità convenzionale della giurisdizione.

Oggi, nel mutato quadro normativo (interno ed internazionale) in tema di giurisdizione (non più inderogabile) e con l'avvento della costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo, il principio di economia processuale non può non produrre i suoi effetti anche in relazione ai tempi concessi per il consolidamento della giurisdizione. Non ha senso giocare una partita in un campo di cui solo successivamente possa essere verificata la praticabilità. Quindi, l'[art. 37](#) c.p.c., ha subito certamente una erosione di principio, nel senso che il contenuto letterale della norma deve cedere il passo alla odierna intenzione del legislatore (voluntas legis) frutto della evoluzione storica del sistema ([art. 12](#) preleggi, comma 1) che impone termini perentori per la verifica della potestas iudicandi. La riduzione degli spazi applicativi dell'[art. 37](#) c.p.c., è simmetrica alla "portata espansiva del nuovo dettato costituzionale", che fornisce ai giudici "uno strumento per verificare la tenuta e la portata delle singole norme del codice di rito e per garantirne una interpretazione costituzionalmente orientata" ([Cass. 20604/2008](#)).

Inoltre, la riforma dell'[art. 38](#) c.p.c., incide sulla portata dell'[art. 37](#) c.p.c., non soltanto in termini di principio, ma anche in termini di diretta riduzione degli spazi interpretativi di quest'ultima disposizione. Se fosse legittima, ma non lo è, l'eccezione secondo la quale il giudizio di merito non implica un giudizio sulla giurisdizione, alla quale le parti ed il giudice potrebbero "non aver pensato", la stessa eccezione non sarebbe comunque proponibile quando una sentenza si pronuncia *expressis verbis* sulla potestas iudicandi. Competenza e giurisdizione stanno tra loro in termini di contenenza e, quindi, il giudice che si pronuncia affermando la propria competenza, non può non aver verificato il presupposto della giurisdizione. Infatti, secondo la giurisprudenza di questa Corte, anche la pronuncia che declina la competenza implica l'affermazione della giurisdizione: "la pronuncia declinatoria della competenza presuppone, come antecedente logico giuridico, la positiva affermazione, ancorché implicita, della

giurisdizione, avendo a d oggetto u n accertamento subordinato, rispetto a l quesito pregiudiziale relativo all'esistenza della "potestas iudicandi" del giudice adito" (Cass. 26483/2007).

Conseguentemente, se la competenza del giudice adito (che implica la sussistenza della giurisdizione) non può più essere messa in discussione dopo il termine fissato dall'art. 38 c.p.c., non si vede poi come la giurisdizione possa essere rimessa in discussione sine die. In altri termini, se le esigenze di economia processuale impongono la verifica immediata della potestas iudicandi entro termini rigorosi, non si spiega una radicale diversità di disciplina, quando i criteri di riparto siano analoghi. Si deve propendere perciò per una interpretazione restrittiva dell'art. 37 c.p.c., per ragioni di coerenza del sistema e di lettura adeguatrice della norma alle innovazioni costituzionali. N è s i potrebbe osservare che, s e il legislatore ha modificato l'art. 38 c.p.c., senza intervenire anche sull'art. 37 c.p.c., significa che ha inteso mantenere una differente disciplina. Il rilievo non avrebbe pregio, perchè, come già accennato, il legislatore del 1990 è intervenuto i n u n sistema i n cui e r a ancora vigente l a inderogabilità convenzionale della giurisdizione (art. 2 c.p.c.). Nel mutato quadro normativo, gli effetti dell'art. 38 c.p.c., riformato, si proiettano necessariamente sulla portata dell'art. 37 c.p.c., nel senso che s e la verifica della competenza implica la verifica della giurisdizione, quando i tempi per la verifica della competenza sono esauriti coerenza vuole che siano esauriti anche quelli per la verifica della giurisdizione; ovvero, coerenza vuole che almeno questi ultimi non siano dilatati fino a l punto da essere incompatibili con la ragionevole durata del processo.

La differenza tra quanto dispone l'art. 38 c.p.c., e quanto dispone l'art. 37 c.p.c., è che questo consente di eccepire il difetto di giurisdizione anche dopo la scadenza dei termini previsti dall'art. 38 c.p.c. (non oltre la prima udienza di trattazione), e comunque mediante impugnazione della sentenza che, decidendo nel merito, abbia anche deciso (implicitamente o esplicitamente) sulla giurisdizione.

Inoltre, l'eccezione può sempre essere proposta (senza preclusioni) in tutti i casi in cui la sentenza non contenga statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come, a d esempio, quando l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo alla ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza impugnata risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione, (es. manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito per saltum, superando la progressione stabilita dal legislatore, per ragioni, anche in questo caso, di economia processuale. Entro questi limiti, il tenore letterale dell'art. 37 c.p.c., resta integro, salvo verifica di legittimità costituzionale, che in questa sede sarebbe irrilevante. N è il carattere marginale delle applicazioni residuali dell'art. 37 c.p.c., è argomento che possa indebolire l a bontà della interpretazione recepita dal collegio: un rilievo del genere, se fosse fondato, delegittimerebbe tutte le norme previste per disciplinare fattispecie poco ricorrenti, ma necessarie per la chiusura del sistema. Inoltre, sarebbe un rilievo "tardivo":

l'erosione dell'area semantica dell'art. 37 c.p.c., deriva d a l riconoscimento, oramai consolidato in giurisprudenza, della efficacia d e l giudicato interno sulla giurisdizione; riconoscimento che solo accidentalmente si è avuto prima in relazione al giudicato espresso e solo oggi in relazione al giudicato implicito. In altri termini, se, in linea di principio, il giudicato interno sulla giurisdizione è idoneo a sterilizzare il contenuto precettivo dell'art. 37 c.p.c., non rileva poi che tecnicamente si tratti di giudicato espresso o implicito, trattandosi d i qualificazione che attiene a l la fenomenologia del giudicato e non ai suoi effetti.

Pertanto:

a) fino a quando la causa non sia decisa nel merito in primo grado, il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti, anche dopo la scadenza dei termini previsti dall'art. 38 c.p.c. (anche s e sarebbe opportuno un intervento legislativo di coordinamento);

b) entro lo stesso termine le parti possono chiedere il regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c.;

- c) la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione;
- d) le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si è formato il giudicato implicito o esplicito;
- e) il giudice può rilevare anche di ufficio il difetto di giurisdizione, fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato implicito o esplicito.

2.6. Occorre ora verificare la compatibilità della soluzione prospettata con i parametri costituzionali, nel senso che la riduzione degli spazi processuali per eccepire il difetto di giurisdizione potrebbe confliggere con il principio del giudice naturale precostituito per legge cui nessuno può essere sottratto (art. 25 Cost., comma 1) o con le altre norme costituzionali sulla giurisdizione (artt. 111 e 113 Cost.).

Quanto al rispetto principio del giudice naturale, in forza del quale nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge, la Corte Costituzionale è già stata investita della questione proprio in relazione allo sbarramento previsto dell'art. 38 c.p.c., riconoscendone la legittimità (ord. 128/1999). Il giudice delle leggi ha escluso che l'art. 38 c.p.c., ponendo un limite temporale alla rilevabilità dell'incompetenza e consentendo la trattazione della causa da parte di un giudice carente del potere giurisdizionale, nei casi in cui l'incompetenza non sia tempestivamente rilevata, si ponga in contrasto con il principio della precostituzione del giudice, in quanto permette la sostituzione del giudice naturale con altro giudice, il quale verrebbe ad acquisire il potere giurisdizionale non in forza di una previsione normativa, ma per una mera omissione delle parti le quali potrebbero anche accordarsi per scegliere un giudice incompetente. La Corte ribadisce che, come più volte ha avuto modo di affermare, al legislatore deve riconoscersi la più ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali e nell'articolazione del processo, fermo il limite della ragionevolezza e, quindi, il legislatore può legittimamente introdurre limitazioni alla possibilità di rilevare i vizi di competenza a vantaggio dell'interesse all'ordine ed alla speditezza del processo. Non rileva che le parti possano scegliere un giudice incompetente, rinunciando a sollevare la relativa eccezione, posto che comunque il giudice ha l'obbligo di procedere alla verifica preliminare della potestas iudicandi.

Mutatis mutandis, il ragionamento della Corte vale anche in relazione alla possibilità di limitare nel tempo la rilevabilità del difetto di giurisdizione.

Quanto alle norme sulla giurisdizione, l'art. 111 Cost., comma 8, prevedendo l'impugnabilità delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti con ricorso in Cassazione, stabilisce i limiti esterni del ricorso, ma non riguarda la disciplina delle preclusioni interne. Così pure, l'art. 113 Cost., comma 3, nello stabilire che la legge determina quali organi di giurisdizione possano annullare gli atti della pubblica amministrazione, fa salvo il rispetto dei limiti sostanziali e procedurali previsti dalla legge (se così non fosse, neanche il giudicato esplicito parziale sulla giurisdizione metterebbe al riparo dalla riproposizione della questione). Comunque, alla luce della citata giurisprudenza della Corte Costituzionale, il principio del giusto processo e della sua ragionevole durata assume valore prevalente rispetto ad altre prescrizioni costituzionali, nei limiti in cui gli altri principi di garanzia siano comunque assicurati.

Il principio della ragionevole durata del processo, invece, diventa l'asse portante della nuova lettura dell'art. 37 c.p.c., la quale, peraltro, trova conforto, come già osservato, anche sul piano della comparazione sistematica con l'art. 38 c.p.c..

In altri termini, il principio di ragionevole durata del processo, per quanto rivolto al legislatore, ben può fungere da parametro di costituzionalità con riguardo a quelle norme processuali le quali - rispetto al fine primario del processo che consiste nella realizzazione del "diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa" (v. Corte Cost. n. 77 del 2007 cit.) - prevedano rallentamenti o tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo

all'altro, formalità superflue non giustificate da garanzie difensive nè da esigenze repressive o di altro genere. E' vero che il principio della ragionevole durata "dev'essere temperato con le esigenze di tutela di altri diritti e interessi costituzionalmente garantiti rilevanti nel processo ...", la cui attuazione positiva, ove sia frutto di scelte assistite ... da valide giustificazioni, non è sindacabile sul terreno costituzionale" (in tal senso, [Corte Cost.](#)

[11.12.2001 n. 399](#)), ed è anche vero che le disposizioni processuali concernenti l'individuazione del giudice competente sono volte a assicurare il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale, ma pur sempre a condizione di non sacrificare il diritto della parte ad una valida decisione di merito in tempi ragionevoli (in tal senso [Corte cost. n. 77/2007](#) cit.). Nel bilanciamento tra i valori costituzionali della precostituzione per legge del giudice naturale ([artt. 25 e 103 Cost.](#)) e della ragionevole durata del processo, si deve tenere conto che una piena ed efficace realizzazione del primo ben può (e deve) ottenersi evitando che il difetto di giurisdizione del giudice adito possa emergere dopo che la causa sia stata decisa nel merito in due gradi di giudizio. L'[art. 37](#) c.p.c., comma 1, nell'interpretazione tradizionale, basata sulla sola lettera della legge, non realizza un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e produce una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela ([artt. 24 e 111 Cost.](#)), in quanto comporta la regressione del processo allo stato iniziale, la vanificazione di due pronunce di merito e l'allontanamento sine die di una valida pronuncia sul merito.

In definitiva, la norma il cui tenore letterale sembra consentire che un vizio procedurale immediatamente rilevabile possa essere fatto valere per saltum soltanto dopo che il processo abbia esaurito i gradi di merito, con l'effetto di riportare a zero tutta l'attività svolta, non può essere ascritta tra quelle che assicurano la ragionevole durata del processo e, quindi, va interpretata utilizzando i riferimenti sistematici e costituzionali che consentano di contenerne la portata nei limiti dei parametri di ragionevolezza utilizzati dal legislatore per istituti analoghi.

2.7. Nel merito, il ricorso non può trovare accoglimento.

Denunciando la violazione del [D.Lgs. n. 460 del 1997](#), [artt. 10 e 11](#), e vizi di motivazione, l'Agenzia delle Entrate formula diverse censure nei confronti della sentenza impugnata.

Innanzitutto, la ricorrente sostiene che la CTR abbia errato nel considerare che il fine di solidarietà sociale non possa essere perseguito se non nei confronti di soggetti che versino in condizioni di svantaggio economico e, quindi, contrariamente a quanto afferma la CTR, il fatto che gli ospiti della Casa per anziani, facente parte della struttura assistenziale, pagassero delle rette, talora anche cospicue, doveva essere considerato un chiaro segnale della assenza del fine solidaristico. La tesi è in contrasto con il chiaro dettato legislativo, in forza del quale si intende che vengono perseguite finalità di solidarietà sociale quando le cessioni di beni e le prestazioni di servizi siano dirette ad arrecare benefici a persone svantaggiate in ragione di condizioni fisiche, psichiche, economiche, sociali o familiari ([D.Lgs. n. 460 del 1997](#), [art. 10](#), comma 2, lett. a), recante norme sul Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale). Quindi, le attività possono essere considerate rientranti tra quelle aventi finalità di solidarietà sociale anche a prescindere dalla sussistenza di una situazione di svantaggio economico del beneficiario. Tale situazione di svantaggio è soltanto una tra quelle previste dal legislatore in via alternativa e la ricorrente non contesta che i destinatari delle prestazioni potessero versare in condizioni di svantaggio di altro tipo.

Evidentemente, l'Agenzia delle Entrate collega, erroneamente, il requisito che deve sussistere nei confronti dei beneficiari delle prestazioni, con il divieto di distribuzione di utili che grava sul soggetto erogante ([art. 10](#) cit., comma 1, lett. d). Il fatto che le prestazioni vengano fornite dietro corrispettivo non fa venir meno il fine solidaristico, sempre che venga rispettato il citato divieto (unitamente a tutte le altre prescrizioni previste dal citato [art. 10](#)) e che i destinatari versino in una delle indicata

condizioni di svantaggio.

Si possono condividere, perciò, le considerazioni della CTR, secondo la quale la solidarietà non si manifesta soltanto con il sostegno economico, in quanto ben può manifestarsi nei confronti di persone anziane che "per condizioni psicologiche, familiari, sociali o per particolari necessità assistenziali risultino impossibilitate a permanere nel nucleo familiare di origine". Pertanto "non appare incompatibile con il fine solidaristico di una Onlus lo svolgimento di attività dietro pagamento". Sempre che, occorre aggiungere, attraverso il pagamento non si realizzi, accanto all'intento solidaristico, anche un fine di lucro (stante il precetto che impone l'esclusività del fine solidaristico: art. 10 cit., comma 1, lett. b). L'accertamento del perseguimento di finalità estranee alla solidarietà e/o della realizzazione di utili impiegati in attività istituzionali o connesse (art. 10 cit., comma 1, lett. e), attiene al merito della causa. Nella specie la CTR rileva che "L'elemento sostanziale che è alla base della controversia di cui è causa, va ricercato nella effettiva attività svolta, se, cioè, l'attività della Fondazione Opera (OMISSIS) sia riconducibile o meno all'attività di assistenza sociale e socio-sanitaria. Risulta in atti che le competenti autorità hanno riconosciuto espressamente che l'attività svolta dalla fondazione sia di carattere socio-assistenziale a favore di persone anziane, che gli adempimenti contabili che devono rigorosamente essere rispettati dalle Onlus sono stati correttamente attuati e che la Fondazione non ha provveduto, nemmeno indirettamente alla distribuzione di utili o di avanzi di gestione".

In fatto, la CTR ritiene che sulla base della documentazione acquisita siano stati rispettati tutti i parametri e le condizioni di legge per beneficiare dello speciale regime giuridico previsto per le Onlus.

L'Agenzia delle Entrate, denuncia che la CTR non ha tenuto conto della documentazione prodotta, dalla quale risultava che la Fondazione ha realizzato cospicui utili che non ha mai impiegato per contenere i prezzi delle rette, rimasti sempre al livello di quelli di mercato.

La ricorrente afferma genericamente che tale documentazione sarebbe stata indicata nell'atto di appello e consisterebbe nei bilanci e nelle dichiarazioni fiscali, dei quali non si dice altro. La censura è inammissibile per carenza di autosufficienza (v., ex multis, [Cass. 15952/2007](#), [15808/2008](#)). E' pur vero che la CTR ha ricostruito i fatti sulla base di una motivazione molto sintetica, ma la inammissibilità della censura non consente di entrare nel merito della stessa.

Parte ricorrente censura la motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui la CTR afferma che la circostanza che la Fondazione abbia partecipato alla costituzione di una srl non sarebbe inconciliabile con il fine esclusivamente solidaristico, non potendosi escludere che gli utili realizzati venissero poi utilizzati "nel rispetto delle disposizioni statutarie e delle normative Onlus".

La censura non è condivisibile perchè, come si evince dal [D.Lgs. n. 460 del 1997](#), art. 10, comma 1, lett. d) ed e), la realizzazione di utili non esclude il fine solidaristico dell'attività; occorre, però, che gli utili stessi vengano impiegati per la realizzazione di attività istituzionali o connesse (cit. D.Lgs. n. 460, art. 10, comma 1, lett. e)) o che, comunque, non vengano distribuiti (cit.

D.Lgs. n. 460, art. 10, comma 1, lett. d)).

La prove dell'indebito utilizzo degli utili, nella specie, doveva essere fornita dall'Agenzia delle Entrate (attrice in senso sostanziale) che ha proceduto alla cancellazione della Fondazione dall'albo delle Onlus, assumendo che a seguito di verifica era stato accertato che non sussistevano più i presupposti che ne legittimavano l'iscrizione. L'Agenzia delle Entrate doveva provare i fatti in base ai quali ha ritenuto che fossero venuti meno i presupposti per mantenere l'iscrizione della Fondazione nell'albo delle Onlus (nella specie, la indebita distribuzione di utili).

Legittimamente, quindi, la CTR rileva che in mancanza della prova di un indebito utilizzo degli utili, il solo perseguimento di questi non è sufficiente a determinare la perdita dello status di Onlus.

Infine, la ricorrente denuncia che erroneamente la CTR ha utilizzato, come indizio del perseguimento

del fine di solidarietà socio- assistenziale e socio-sanitaria, la circostanza che la fondazione operava in regime di convenzione con la locale USL, posto che le USL si occupano soltanto di attività sanitaria. A parte la considerazione che non sempre risulta chiaro il confine tra attività meramente sanitarie ed attività socio-sanitarie (per cui non è escluso che queste ultime possano rientrare nel raggio di azione delle USL) va rilevato che non si tratta di un elemento utilizzato in maniera non determinante (altra è la ratio decidendi) che, comunque, implica valutazioni che attengono al merito della convenzione.

2.8. Conseguentemente, il ricorso va respinto. Sussistono giuste ragioni per compensare le spese del giudizio di legittimità, per la novità delle questioni prospettate, sia sul piano processuale che sul piano sostanziale.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso del Ministero dell'Economia e delle Finanze, rigetta il ricorso dell'Agenzia delle Entrate e compensa tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 23 settembre 2008.

Depositato in Cancelleria il 9 ottobre 2008