

# Sull'ambito applicativo e su alcuni effetti del nuovo regime dell'incompetenza (art. 38 c.p.c.)

*Modestino Acone*\*

SOMMARIO: 1. Il nuovo regime dell'incompetenza e sue incongruenze. – 2. L'ambito di applicazione dell'art. 38 c.p.c.: processo ordinario di cognizione, processo esecutivo e processi speciali. – 3. *Segue*: l'art. 38 c.p.c. e la così detta competenza funzionale per grado. – 4. Le ripercussioni sistematiche: il carattere necessariamente unitario della decisione sulla competenza. – 5. *Segue*: la presunta abrogazione del regolamento di competenza d'ufficio. – 6. *Segue*: la pronunzia implicita sulla competenza.

## 1. IL NUOVO REGIME DELL'INCOMPETENZA E SUE INCONGRUENZE

L'art. 38 c.p.c., come novellato dalla L. n. 353 del 1990, ha indubbiamente “s drammatizzato” le questioni di competenza nel processo civile (così adeguandosi ai processi penale e amministrativo). Non vi sono più criteri forti o semiforti, ma soltanto criteri deboli o semideboli – come s'è detto di recente – poiché anche per quelli per i quali è possibile il rilievo d'ufficio, questo è ristretto in un rigido termine di decadenza (la prima udienza di trattazione) che ne riduce la rilevanza *in limine litis*. Di qui una considerazione d'ordine generale e se si vuole di carattere dommatico: la competenza, intesa come la quantità di funzioni giurisdizionali che ciascun giudice può esercitare in rapporto agli altri giudici dello stesso ordine, non è più riguardabile come un' indefettibile prerogativa del giudice che pronunzia in merito alla domanda o, se si vuole fingere, occorre considerare che accanto alla competenza in senso statico deve ricono-

---

\* Prof. ord. nell'Università di Salerno.

scersi una competenza in senso dinamico che si acquisisce in corso di giudizio dal giudice originariamente incompetente ma divenuto competente per l'avvenuta decadenza a sollevare la questione di competenza. Decadenza – si badi – che non si riferisce soltanto all'iniziativa di parte, ma pure all'esercizio dei poteri del giudice.

Non v'è dubbio che al fondo di questa valutazione del legislatore v'è la maturata convinzione che un giudice vale l'altro, essendo tutti diversi soltanto per la diversità delle funzioni; sicché non deve menare scandalo che un giudice originariamente incompetente possa legittimamente provvedere sulla domanda una volta che non è scattato il meccanismo per il rilievo dell'incompetenza predisposto dal legislatore. Né si commette errore se si afferma che la tendenza in parole rende definitivamente inaccettabili quelle posizioni di pensiero che ancora parlano della competenza come di un presupposto processuale che, come tale, dovrebbe sussistere all'inizio del processo e perdurare fino alla decisione della causa.

Un collegamento dell'art. 38 c.p.c. con l'art. 25 Cost. schiude poi uno scenario estremamente interessante circa il rapporto tra l'attuale regime della incompetenza e la garanzia del giudice naturale (l'indagine è stata di recente compiuta con riferimento in special modo alla questione della competenza interna), finendo le norme sulla competenza con l'aver la prevalente funzione di norme poste a salvaguardia del principio del giudice naturale, in quanto volte ad escludere che l'attore possa scegliere il giudice a lui più gradito, e ad imporgli il giudice precostituito per legge.

Cosa certa è che, una volta abbandonata la regola della rilevabilità anche ufficiosa in ogni stato e grado del processo dell'incompetenza riguardante i cd. criteri assoluti, occorre scrutinare non solo quali sono le conseguenze della nuova disciplina sui processi ordinari, ma pure se possano continuarsi a postulare le regole dell'art. 38 c.p.c. come applicabili ad ogni tipo di processo, in molti dei quali è davvero improbabile reperire una udienza omologa a quella dell'art. 183 c.p.c.

La seconda notazione che il nuovo testo dell'art. 38 c.p.c. sollecita si riferisce alla “mancata riforma”, in coerenza con l'evidenziato principio di “sdrammatizzare” le questioni di competenza, di tutta la disciplina relativa alla pronuncia sulla competenza. Si è così realizzata una vera e propria incongruenza: alla accentuata – e di molto – possibilità di ipotesi di competenza acquisita *in itinere* non ha affatto corrisposto la modifica della decisione con sentenza delle questioni di competenza, per cui è stato mantenuto in vita il sistema dei controlli che era coerente solo con il

disegno originario del legislatore. Alla edulcorazione del regime dell'incompetenza avrebbe dovuto fare da contrappunto la possibilità di una decisione con ordinanza, con una *translatio* (anche ufficiosa) e senza controlli di alcun genere – proprio perché un giudice vale l'altro –, in modo da pervenire il più rapidamente possibile alla pronuncia di merito cui il processo deve naturalmente tendere se vuole essere erogatore di giustizia.

È stato acutamente osservato che il nuovo testo dell'art. 38 è una sorta di legge-ponte “giacché serve a fare acquisire consapevolezza in ordine ai contenuti di un nuovo intervento in ordine ai conflitti di competenza”. L'interprete deve perciò esaminare partitamente la disciplina per analizzare anzitutto i risultati sicuramente conseguiti con la riforma, e per indicare le questioni problematiche insorte per effetto del nuovo testo dell'art. 38 c.p.c., non rinunciando a proporre, già per il presente, soluzioni all'unisono con la linea di tendenza sopra messa in rilievo.

## 2. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'ART. 38 C.P.C.: PROCESSO ORDINARIO DI COGNIZIONE, PROCESSO ESECUTIVO E PROCESSI SPECIALI

La prima osservazione non può non attenersi alla definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 38 c.p.c.: la norma si riferisce al solo processo ordinario di cognizione di primo grado oppure anche (alla competenza per i) gradi ulteriori e ai processi speciali (ove, beninteso, non vi siano norme particolari)?

La questione, venuti meno i criteri forti, assume un rilievo straordinario, sia perché la competenza per materia per i processi speciali finisce per essere “semidebole” e quindi pone problemi prima sconosciuti, soprattutto quando s'atteggiava a requisito di ammissibilità della tutela, sia perché la mancata previsione normativa della competenza funzionale per grado non può essere supplita con l'equiparazione ai criteri per i quali l'incompetenza era rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, rendendo così all'interprete necessaria la ricerca di una nuova e diversa disciplina.

Procediamo con ordine. È vero anzitutto che anche nel processo ordinario di cognizione di primo grado non tutte le questioni astrattamente definibili come di competenza ricadano sotto l'art. 38 c.p.c. Mi riferisco alle questioni relative al rapporto tra i giudici all'interno di uno stes-

so ufficio giudiziario anche quando questo ha rilevanza esterna (si pensi alle attribuzioni dei capi degli uffici giudiziari, ai rapporti tra giudice istruttore e collegio, ai rapporti tra la pretura circondariale e le sezioni distaccate della stessa). La opinione, giustificata unicamente sul piano del diritto positivo, che nega rilievo, ai fini della competenza, alla c.d. competenza interna all'ufficio giudiziario, merita ancora di essere condivisa e non risulta per nulla scalfita dalla modifica legislativa; anzi trova una forte ulteriore conferma sia nell'art. 274 *bis*, ultimo comma, – che riporta la violazione della disposizione che regola il rapporto tra giudice istruttore e collegio alla nullità *ex artt.* 158 e 161 c.p.c. –, sia alla L. n. 30 del 1989 – che per i criteri di distribuzione degli affari giudiziari tra pretura circondariale e sezioni distaccate (o tra le stesse sezioni) prevede una disciplina specifica che è parimenti caratterizzata da un provvedimento (ordinanza) da emettere immediatamente non oltre la prima udienza e rapporta la violazione della norma all'art. 158 c.p.c., la quale finisce per avere, ancora una volta, una funzione insospettata.

Non appare in questo quadro giustificato – ma anzi si rivela, come a me appare, del tutto anomalo – il rapporto tra sez. spec. agrarie e tribunale ordinario che la giurisprudenza si ostina ad equiparare ad una questione di competenza per materia: è abbastanza improbabile che, di fronte all'ultimo comma dell'art. 38 c.p.c., si possa continuare a far parola dell'eccezione di incompetenza non infondata *prima facie*, la quale suppone l'autosufficienza della mera affermazione del convenuto. Pertanto è auspicabile che vi sia una rimediazione di questo problema e, alla luce della sopravvenuta disciplina della ripartizione delle cause fra pretura circondariale e sezioni distaccate della stessa, si consideri la questione come regolata dagli artt. 158 e 161 c.p.c.

Naturalmente non ricadono sotto la previsione dell'art. 38 c.p.c. le questioni di rito (426, 427 c.p.c. e 48, L. n. 392 del 1978).

Più difficile è stabilire se l'art. 38 c.p.c. è norma generale e come tale si riferisce anche ai procedimenti speciali di cognizione, dove è talvolta assai arduo rinvenire una prima udienza di trattazione. Quanto al processo di ingiunzione, nella fase senza contraddittorio è assolutamente impensabile applicare l'art. 38 c.p.c., che è invece richiamabile nel giudizio di opposizione con la conseguenza che l'incompetenza, tempestivamente rilevata od eccepita, deve essere dichiarata dal giudice dell'opposizione, il quale, oltre ad annullare il decreto ingiuntivo, dovrebbe individuare il giudice competente davanti al quale il processo potrebbe venire riassunto. Più lineare è l'applicabilità al procedimento per convalida di sfratto

(la udienza per la comparizione dell'intimato potrebbe equivalere all'udienza *ex art.* 183 c.p.c.). Quanto al processo di fallimento, l'art. 38 c.p.c. risulta inapplicabile alla fase prefallimentare; l'eccezione o il rilievo sollevato nel giudizio di opposizione alla sentenza dichiarativa finiscono poi per divenire requisito di validità della sentenza dichiarativa. Prudenza ancora maggiore occorre per il processo esecutivo: manca il *pendant* dell'art. 183 c.p.c., manca l'omologo dell'art. 50 c.p.c. Processo cautelare: vi è ora il comma 1 dell'art. 669 *septies* c.p.c. il quale, nell'ipotesi di rigetto, non prevede preclusioni alla riproponibilità dell'istanza. Quanto al provvedimento positivo, vi è solo il reclamo secondo la nota decisione della Corte costituzionale. Per l'arbitrato rituale, come ho sostenuto in un recente scritto, ritengo che siano maturi i tempi per riportare questo processo all'ordinario giudizio di cognizione.

### 3. *SEGUE: L'ART. 38 C.P.C. E LA COSÌ DETTA COMPETENZA FUNZIONALE PER GRADO*

Una particolare attenzione merita la questione dell'applicabilità dell'art. 38 c.p.c. alla competenza funzionale per grado. Nella perdurante assenza di indicazione legislativa, l'interprete non può più appagarsi equiparando la disciplina ai c.d. criteri forti, per dedurne la rilevanza *ex officio* in ogni stato e grado del processo. L'intervenuta modifica del comma 1 dell'art. 38 c.p.c., con l'abolizione dei criteri forti, ha fatto venire meno l'appagamento dell'interprete e lo ha posto di fronte alla responsabilità di rinvenire le basi giuridiche positive dell'assimilazione della competenza per gradi agli altri criteri di competenza e di individuare eventualmente nuovi e diversi limiti al rilievo d'ufficio dell'incompetenza funzionale per grado. Ed è stata proprio quest'ultima la prospettiva schiusa dai primi interpreti, i quali hanno lasciato intravedere la possibilità di continuarne a ritenere la rilevanza in ogni stato e grado del processo, con ciò negando l'applicazione dell'art. 38 c.p.c.

L'altra prospettiva – quella di ritenere l'errore sul giudice dell'impugnazione o dell'opposizione non riconducibile ad una questione di competenza e dunque non rimediabile, pur essendo degna della massima considerazione e di un approfondimento che non è possibile in questa sede, ha contraria la tradizione della giurisprudenza teorica e pratica, e conduce al catastrofico risultato di impedire la conservazione degli effet-

ti della impugnazione e/o dell'opposizione, escludendo l'applicazione del meccanismo della trasmigrazione della causa previsto dall'art. 50 c.p.c., norma questa espressione non ultima del principio fondamentale della tendenza del processo verso pronunzie di merito, e pervenendo, attraverso la inammissibilità dell'impugnazione, al passaggio in giudicato della sentenza impugnata (che può essere anche una pronunzia di rito o addirittura dichiarativa dell'estinzione del processo). E ciò in contrasto con la considerazione che anche nel nostro caso si tratta di errore sull'individuazione del giudice – ancorché di grado ulteriore o dello stesso grado – per cui non fa difetto la *eadem ratio* (riconosciuta, del resto, a partire dal Chiovenda).

Un cinquantennio e passa di applicazione dell'art. 50 c.p.c., consente di fissare gli orientamenti che si sono venuti delineando: a) la rilevata tendenza del processo a pronunzie di merito ha indotto ad applicare anche all'atto di appello il principio del cosiddetto effetto conservativo della proposizione della domanda a giudice incompetente, per cui il giudice non dovrà dichiarare inammissibile il gravame, ma dovrà dichiarare la propria incompetenza ed indicare il giudice competente per l'appello, dinanzi al quale le parti potranno riassumere la causa nel termine dell'art. 50, non in quello per appellare, né nel termine ridotto di cui all'art. 428 c.p.c.; b) tale principio non si applica: ba) all'ipotesi di proposizione di una impugnazione diversa da quella consentita (ad es. ricorso per cassazione anziché appello) e bb) a quella in cui l'appello risulta diretto ad un giudice di grado inferiore o uguale a quello che ha pronunziato la sentenza impugnata, perché in entrambi i casi l'errore cade sul tipo di impugnazione e sul grado del giudizio, non sulla competenza del giudice; c) la riassunzione deve tempestivamente avvenire davanti al giudice indicato come competente da quello erroneamente adito o tale dichiarato dalla Corte, altrimenti il processo si estingue e la sentenza impugnata passa in giudicato.

Questi orientamenti prestano il fianco a qualche rilievo critico. In special modo l'affermazione *sub* bb) presenta una notevole incongruenza quando dice inammissibile l'appello proposto dinanzi allo stesso giudice o ad un giudice di grado pari a quello che ha pronunziato la sentenza impugnata, mentre ammette l'effetto conservativo nell'ipotesi in cui venga adito un giudice di merito "superiore" a quello che sarebbe competente per l'appello (ad es. la Corte di appello per impugnare la sentenza del pretore). Non vale opporre che in questo caso il giudice adito ha "funzione" di giudice di appello, dato che tale "funzione" certamente non ha nei con-

fronti della sentenza appellata; né serve ribattere che l'appello presuppone un giudice "superiore" cui deve necessariamente essere diretto, in quanto, a parte che "questo carattere dell'appello, anche se tradizionale nel nostro ordinamento, riflette pur sempre un dato positivo e non certamente ontologico dell'impugnazione", giudice "superiore" è solo il giudice del grado successivo a quello del giudice che ha pronunciato la decisione appellata, non potendo assumersi una nozione di "giudice superiore" del tutto priva di qualsiasi contatto con l'art. 341 c.p.c.

V'è pure il rischio di ingiustificate disparità di trattamento. Ne è riprova l'esperienza che la giurisprudenza viene facendo nel limitrofo campo della impugnazione per nullità del lodo arbitrale (artt. 827 e ss. c.p.c.). Di recente la Corte di appello (App. Roma 2 aprile 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 2279) ha dichiarato inammissibile la domanda di nullità del lodo rituale proposta al tribunale anziché alla Corte di appello – come stabilito dal novellato art. 828 c.p.c. – e riassunta nel termine fissato dal tribunale dichiaratosi incompetente; al contrario, la Cassazione (Cass. 22 dicembre 1988, n. 7018, *Foro it.*, Rep., 1988, voce *Competenza civile*, n. 163), nell'ipotesi identica, ha affermato che la domanda di nullità possa essere validamente riassunta dinanzi alla Corte di appello nel termine fissato dal giudice erroneamente adito o dalla legge. Identico contrasto si registra in dottrina.

Sembra quindi auspicabile che l'orientamento in esame venga rivisitato. O si afferma, in senso restrittivo, che l'effetto conservativo "in definitiva vale a sanare solo errori relativi alla competenza territoriale del giudice dell'impugnazione"; oppure se, con maggiore coerenza, si postula tale effetto anche nei casi di violazione delle regole di competenza funzionale per grado, occorrerà abbandonare ogni distinguo tra errore ed errore sulla individuazione del giudice dell'impugnazione, onde evitare il rischio di ingiustificate discriminazioni.

#### 4. LE RIPERCUSSIONI SISTEMATICHE: IL CARATTERE NECESSARIAMENTE UNITARIO DELLA DECISIONE SULLA COMPETENZA

Avendo delineato, per larghe linee, l'ambito applicativo tradizionale dell'art. 38 c.p.c. vediamo ora in quel misura il nuovo testo ha mutato il sistema, ossia quali sono le ripercussioni sistematiche dell'intervenuta modifica. Ne esaminiamo alcune.

La prima e forse la più importante è costituita a mio avviso dall'ingresso nel nostro ordinamento processuale del principio del carattere necessariamente unitario del giudizio sulla competenza, già sostenuto da alcuni scrittori, ma negato dalla prevalente dottrina e dalla unanime giurisprudenza: principio per vero difficilmente sostenibile di fronte al vecchio testo dell'art. 38, commi 1 e 2, c.p.c. che per alcuni criteri diceva l'incompetenza rilevabile *ex officio* nel corso del giudizio di primo grado e addirittura in ogni stato e grado del giudizio. Inoltre l'assenza di sanzioni per il mancato esercizio del potere-dovere di accertamento unitario della competenza da parte del giudice adito e la possibilità, per contro, del successivo rilievo dell'incompetenza, essendo il vincolo *ex art. 44 c.p.c.* limitato al solo criterio oggetto della declinatoria, rendevano arduo conferire alla pronuncia del giudice di merito un'efficacia preclusiva di ogni altra questione di competenza.

Ciò non toglie che queste opinioni si siano rivelate profetiche, tanto da assumere oggi, in un mutato contesto normativo, un'insospettabile attualità. Secondo il nuovo testo del comma 1 dell'art. 38 c.p.c. tutte le questioni di competenza rilevabili d'ufficio vanno proposte "non oltre la prima udienza di trattazione". La norma assume, ai nostri fini, uno straordinario rilievo perché, non solo sdrammatizza il problema della competenza del giudice orientando il processo verso la pronuncia di merito, ma anche perché incide direttamente su aspetti non secondari della disciplina della competenza (quali la sopravvivenza del regolamento di competenza di ufficio, la modificazione della competenza per ragioni di connessione, la connessione, la continenza, la c.d. competenza funzionale e via dicendo). Essa opera a mio avviso, una vera e propria rivoluzione copernicana proprio in riferimento alla portata oggettiva delle decisioni del giudice di merito sulla competenza, rilanciando il tema dell'unitarietà del giudizio sulla competenza e relegando al piano degli effetti e della stabilità la differenza con la statuizione della Corte sulla competenza. Lo sbarramento temporale al rilievo d'ufficio, se non rende necessaria la decisione immediata sulla competenza del giudice adito, neppure nel caso in cui è il giudice stesso a rilevare il vizio entro la prima udienza di trattazione, impone però a quest'ultimo, quando decide, di esaminare tutti i profili di competenza non preclusi dalla mancata eccezione o dall'omesso rilievo in *terminis*.

L'inesistenza di un momento di rilievo dell'incompetenza successivo alla pronuncia del giudice adito rende evidente che la *ratio* della norma è anche quella di realizzare la condizione per l'accertamento unitario e

definitivo della competenza (salve l'impugnazione con l'istanza di regolamento o, per i criteri di materia e di territorio inderogabile, la proposizione del regolamento d'ufficio). La riflessione del nuovo testo del comma 1 dell'art. 38 c.p.c. sulla sentenza si manifesta appunto coll'imporre in ogni caso al giudice di merito l'esame "unitario" e la decisione di tutte le questioni di competenza non precluse e con il conferire, nella declinatoria, all'indicazione del giudice competente una funzionalità non più limitata alla singola questione. In questo senso anche la sentenza del giudice di merito ormai "regola la competenza" e la portata della decisione della Suprema Corte sulla competenza finisce per apparire meno "straordinaria" di quanto lo fosse prima della riforma del 1990.

##### 5. *SEGUE*: LA PRESUNTA ABROGAZIONE DEL REGOLAMENTO DI COMPETENZA D'UFFICIO

Una presunta ripercussione sistematica è stata, invece, postulata in ordine all'art. 45 c.p.c., nel senso di ritenere abrogato il regolamento di competenza di ufficio.

Partendo dalla premessa che il complesso normativo degli artt. 44 e 45 c.p.c. trovava il suo presupposto nella netta differenziazione di disciplina del rilievo dell'incompetenza tra criteri "forti" – per i quali al rilievo ufficioso in ogni stato e grado del processo corrispondeva razionalmente la possibilità per il giudice *ad quem* di richiedere il regolamento di ufficio (art. 45 c.p.c.) – e criteri "deboli" – per i quali al rilievo ufficioso limitato nell'ambito del primo grado o alla mera possibilità di tempestiva eccezione della parte era altrettanto razionalmente collegata l'incontestabilità della decisione del giudice *a quo* sulla competenza (art. 44 c.p.c.) –, è stato affermato che la generalizzata scomparsa, a seguito della nuova formulazione del comma 1 dell'art. 38 c.p.c., dei criteri di competenza "forti" o "assoluti" ha fatto venire meno il presupposto essenziale per la configurabilità del regolamento di competenza d'ufficio, comportandone l'abrogazione per incompatibilità ed ha reso applicabile in relazione a tutti i criteri di competenza il principio dell'incontestabilità della decisione del giudice *a quo* sulla competenza di cui all'art. 44 c.p.c. L'art. 45 c.p.c. sarebbe ormai "una norma senza contenuto", "un vero e proprio guscio vuoto, spolpato dalle innovazioni introdotte su punti che ne costituivano il fondamento imprescindibile", sicché si sa-

rebbe compiuto per intero quel processo rinnovatore teso ad eliminare la regola *Kompetenz-Kompetenz* e, dunque, a sdrammatizzare le questioni di competenza, dando pieno riconoscimento all'aspirazione del processo a concludersi con pronunzie di merito. Nello stesso ordine di idee si è sostenuto, meno radicalmente, che un'attuale vitalità all'art. 45 c.p.c. può residuare solo se si ammette la sopravvivenza di un regime di rilevanza assoluta dell'incompetenza funzionale per gradi.

La tesi, pur se comportante una obiezione di notevole peso, non può essere condivisa. Va, in primo luogo, opposto un ostacolo di tipo strettamente esegetico: l'art. 89 della L. n. 353 del 1990 ha espressamente elencato le norme che venivano abrogate, per cui un'abrogazione implicita dell'art. 45 c.p.c. appare assai difficilmente sostenibile. In secondo luogo non può condividersi l'assunto che il conflitto di competenza sia indissolubilmente collegato con il regime dell'incompetenza: pur se è innegabile che l'italico compromesso venne basato sulla distinzione tra i criteri di competenza, va sottolineato che l'art. 45 c.p.c. appare più funzionale alla salvaguardia del *Kompetenz-Kompetenz*, cui il legislatore del 1940 apportò una deroga limitata ai soli criteri di valore e di territorio derogabile. A ben guardare il regime dell'incompetenza non coincideva neppure allora con quello dell'efficacia della sentenza sulla competenza pronunziata dal giudice adito, come è dimostrato dal fatto che l'art. 44 c.p.c. poneva sullo stesso piano la competenza per valore e quella per territorio derogabile che nell'art. 38 c.p.c. erano diversamente trattate.

Le stesse ragioni valgono per negare fondamento all'opposta tesi che dall'equiparazione del rilievo dell'incompetenza per valore a quello dell'incompetenza per materia e per territorio inderogabile, disposta dal nuovo comma 1 dell'art. 38 c.p.c., trae la conseguenza dell'estensione del regolamento di competenza d'ufficio anche alla declinatoria di incompetenza per valore: la diversa *ratio* (pur nell'ambito di un sistema basato su valori comuni) delle due disposizioni non permette che la modifica del regime dell'incompetenza (riduca o) accresca l'ambito applicativo del conflitto di competenza.

Questo va sollevato, in conformità con la giurisprudenza formatasi con riguardo all'art. 428 c.p.c., nel limite temporale della prima udienza di trattazione e dell'esercizio delle difese sul punto, ancorché si tratti di causa di competenza del tribunale con riserva di collegialità, essendo in tal caso dovere del giudice istruttore effettuare il rilievo nel termine citato ed attribuzione del collegio sollevare il conflitto ove condivide la scelta del giudice istruttore.

Non è certo contestabile però che il nuovo art. 38 c.p.c. ha provocato uno squilibrio nell'originario disegno del legislatore del 1940 di disciplinare i vari aspetti del regime di insorgenza e di definizione delle questioni di competenza. Sarebbe però altamente opinabile ogni interpretazione abrogativa non basata su di una seria *voluntas legis*, mentre appare sufficientemente chiaro che l'avvenuta modifica della disciplina dell'incompetenza ha avuto la sola dichiarata finalità di ridurre la vitalità delle questioni di competenza nel corso del processo di primo grado, non quella di incidere su altri profili che attengono alla efficacia delle decisioni del giudice di merito sulla competenza. Ciò posto, va pure aggiunto che, dal punto di vista della politica del diritto, erano ben maturi i tempi per eliminare il regolamento d'ufficio e per far sì – senza che se ne potesse menare scandalo – che sulla competenza una sola pronuncia, quella del giudice adito, fosse sempre vincolante per il giudice della riasunzione ove non impugnate nei termini con il regolamento di competenza ad istanza di parte. In tal modo, senza compiere alcun attentato al disposto dell'art. 25 Cost., la disciplina dell'art. 44 c.p.c. sarebbe divenuta applicabile a tutti i criteri di competenza (salva la previsione di una disciplina residuale per i casi in cui comunque si verifica un conflitto reale di competenza).

## 6. *SEGUE*: LA PRONUNZIA IMPLICITA SULLA COMPETENZA

Un'importante ripercussione sistematica dell'art. 38 c.p.c. novellato si ha in tema di pronuncia implicita sulla competenza.

6.1. Naturalmente tale questione suppone risolta in senso affermativo quella della perdurante applicabilità dell'art. 187, comma 3, c.p.c. che concede al giudice istruttore il potere di disporre che le questioni di competenza siano decise unitamente al merito. E ciò perché l'ultimo comma dell'art. 38 c.p.c. rende generale la regola *olim* contenuta nell'art. 14 c.p.c., secondo la quale il giudice decide, ai soli fini della competenza, “in base a quello che risulta dagli atti e, quando sia reso necessario dall'eccezione del convenuto o dal rilievo del giudice, assunte sommarie informazioni”. Ormai dottrina e giurisprudenza, sulla scorta dell'esperienza maturata nel corso del processo del lavoro, concordano nel concedere al giudice istruttore che la questione di c. venga decisa unitamen-

te al merito e lo fanno, come è stato giustamente osservato, per evidenti esigenze pratiche, onde scongiurare appunto il rischio che la modifica del 1° dell'ultimo comma dell'art. 38 c.p.c. lungi dal provocare un rapido accantonamento della questione di competenza, potrebbe essere l'occasione per il litigante in mala fede per procrastinare la lite, attraverso la proposizione del regolamento di competenza che comporta ancora la sospensione automatica del processo originario. In pratica, il g.i. non deciderà in via autonoma sulla competenza ogni volta che non abbia sufficiente certezza che l'eccezione di parte è fondata o che il suo rilievo di ufficio non è campato in aria.

6.2. A tale ultimo proposito, occorre stabilire quale sia il momento finale per la sollevazione (delle eccezioni e) del rilievo di ufficio e qui viene in considerazione il D.L. 18 ottobre 1995, n. 412 (convertito, poi, in legge 20 dicembre 1995, n. 534). Con la scomposizione della fase iniziale del processo di cognizione in due differenti prime udienze (artt. 180 e 183 c.p.c.) e con la previsione (art. 183, commi 4 e 5 c.p.c.) di una fase "scritta" con scambio di memorie e di repliche. Orbene, a mio avviso, le parti hanno tempo sino al deposito delle memorie *ex art.* 183, comma 5, per sollevare le eccezioni di incompetenza di cui al comma 1 dell'art. 38 (quella di cui al comma 2 va proposta con la comparsa di risposta, a meno che non sia conseguenza delle domande o delle eccezioni formulate dalle parti all'udienza dell'art. 183 c.p.c.). Il rilievo di ufficio del giudice, che suppone ormai esibiti tutti gli atti ed assunte le sommarie informazioni, andrebbe riconosciuto anche alla udienza successiva, ma la formulazione dell'art. 183, comma 3 c.p.c., non lo consente.

Sorge pure a questo punto anche la questione dell'utilizzazione delle prove assunte ai fini del merito per la decisione sulla questione di competenza accantonata. A mio avviso non può distinguersi tra i criteri di territorio e di valore – ritenuti criteri statici o neutri – per cui si ammette che non si tenga conto delle prove successivamente assunte – ed il criterio di materia in cui si consente una valutazione in base a prove assunte *ex post* perché l'art. 38 c.p.c. non distingue. È vero che questo criterio tiene conto delle caratteristiche della controversia che spesso non si evidenziano chiaramente se non dopo la completa istruzione della causa, ma a me pare sufficiente garanzia quella, rinvenuta dalla giurisprudenza, di respingere la domanda sotto il profilo giuridico prospettato dall'attore ai fini della competenza, senza pregiudizio per un'ulteriore e diversa domanda giudiziale basata su di un diverso profilo.

### 6.3. E veniamo alla pronuncia implicita sulla competenza.

Grave questione è sorta nei casi in cui la sentenza abbia deciso il merito della causa o una questione *litis ingressum impediens* senza pronunciare esplicitamente sulla competenza. È proponibile in questo caso il regolamento facoltativo di competenza? In altre parole, per l'ammissibilità del regolamento, la decisione sulla competenza può anche essere "implicita"?

Subito dopo l'entrata in vigore del codice di rito emersero nette le due opinioni estreme: a) di chi rispose affermativamente, argomentando dal fatto che, per decidere nel merito, il giudice aveva necessariamente dovuto risolvere (positivamente) la questione della propria competenza; b) di chi al contrario affermò che la pronuncia non può ricorrere "quando nulla si dice" – una decisione "implicita" non può essere giammai una "pronuncia senza pronuncia" – e soprattutto che, precludendo, nel caso di mancata impugnazione nel punto della competenza, ogni questione di competenza, siffatta pronuncia "implicita" avrebbe ostacolato inconcepibilmente la regola del comma 3 dell'art. 38 c.p.c., comportante l'obbligo per il giudice di dichiarare, anche d'ufficio ed in ogni stato e grado del processo, l'incompetenza per materia e per territorio inderogabile.

La dottrina prevalente isolò queste due posizioni e, capovolgendo proprio quest'ultima obiezione, ridusse l'ambito concettuale della pronuncia implicita, affermando che, dato il carattere derogabile degli altri criteri di competenza (art. 38, commi 2 e 3 c.p.c.), "di giudicato implicito nelle sentenze definitive e parziali possa parlarsi solo a proposito dell'incompetenza per territorio inderogabile e per materia, e della litispendenza (opinione che lasciava forse qualche dubbio per l'incompetenza per valore rispetto alla sentenza non definitiva di primo grado). La giurisprudenza si allineò su questa posizione limitando la pronuncia "implicita" sulla competenza ai soli criteri assoluti. L'orientamento, che si è soprattutto manifestato in riferimento ai procedimenti speciali, dove si è intrecciato con l'altro del provvedimento impugnabile, ha avuto forte espressione con l'introduzione del nuovo rito del lavoro, dato il regime di preclusione delle questioni di competenza (art. 428 c.p.c.), dove invece è venuto ad intrecciarsi con l'altro riguardante la possibilità per il giudice di riservare o meno la pronuncia sulla competenza assieme a quella di merito. Le sole limitazioni del concetto di decisione "implicita" sulla competenza sono state a) l'espressa riserva da parte del giudice di decidere sul punto unitamente alla sentenza conclusiva del giudizio e b) la delibazione *prima facie* della questione di competenza al solo fine, ad

es., dell'ammissione di mezzi istruttori. La giurisprudenza ha, invece, continuato a sostenere, senza alcuna limitazione alle sentenze definitive, che, in assenza di un'espressa riserva di provvedimento successivo sulla competenza, si ha decisione implicita quando è riscontrabile un'attività del giudice univocamente indicativa del convincimento della propria competenza.

Occorre ora domandarsi se ed in quale misura il venir meno, a seguito della riforma del 1990, dei c.d. "criteri forti" – l'incompetenza per materia e per territorio inderogabile (alle quali viene equiparata quella per valore) è adesso rilevabile anche d'ufficio non oltre la prima udienza di trattazione – incide sul problema della pronuncia implicita sulla competenza. Sembra di poter osservare che lo spazio per concepire una pronuncia implicita sulla competenza, se si è in un certo senso ristretto, non è venuto del tutto meno. Si consideri, infatti, che la dottrina prevalente trae proprio dalla illimitata (nel tempo) rilevabilità *ex officio* dell'incompetenza il fondamento della pronuncia implicita; tanto vero che per l'incompetenza per valore – allora rilevabile d'ufficio nel corso del giudizio di primo grado – l'escludeva, argomentando dalla impossibilità di configurarla in relazione alle pronunzie che non definivano il giudizio e, quindi, non consumavano il potere di rilievo ufficioso dell'incompetenza. Ora che il nuovo testo dell'art. 38, comma 1, c.p.c., per tutti e tre gli anzidetti criteri, impone al rilievo ufficioso lo sbarramento della prima udienza di trattazione, è anzitutto verosimile che il giudice, in assenza di una eccezione di parte, formalizzerà tempestivamente tale rilievo – e ciò, doverosamente per permettere il contraddittorio sulla insorta questione –, ma in tal caso una pronuncia implicita sulla competenza è ipotizzabile solo se il giudice, effettuato il rilievo, deciderà le altre questioni o ammetterà i mezzi istruttori senza dichiarare l'accantonamento della decisione sulla questione di competenza; se, invece, il giudice non esternerà in alcun modo il rilievo dell'incompetenza e, nel contempo, provvederà ad istruire la causa e/o a decidere questioni o il merito, potrà pure continuare ad affermarsi che, così facendo, si è implicitamente ritenuto competente, ma frattanto avrà operato la preclusione della prima udienza di trattazione che, per essere neutralizzata, esige un esplicito rilievo sulla competenza da parte del giudice adito.

Il possibile spazio per una pronuncia implicita sulla competenza va dunque riferito, come già accadeva per il processo del lavoro, alla sola ipotesi di avvenuto rilievo di ufficio (o anche di sollevata eccezione della parte) *in terminis* dell'incompetenza non seguiti da una puntuale deci-

sione del giudice e neppure da una esplicita dichiarazione di accantonamento della questione. Non giova osservare, per allontanare il “fantasma” della pronuncia implicita sulla competenza, che in siffatti casi deve piuttosto parlarsi di violazione dell’art. 187, comma 3, c.p.c. o di omissione di pronuncia, perché tutto sta nello stabilire se possa o meno escludersi l’impugnabilità del provvedimento con il regolamento di competenza.

Sono state già poste in evidenza le conseguenze negative sulla funzionalità del processo del perpetuarsi, dopo la riforma, dell’orientamento, divenuto rilevante in relazione al nuovo processo del lavoro, che assume la violazione dell’art. 420 c.p.c. quale substrato per ritenere il provvedimento (ordinanza) decisione implicita sulla competenza e quindi impugnabile con il regolamento. Sono state pure individuate le possibili reazioni, tutte postulanti o l’intervento della Corte costituzionale – per il possibile contrasto con l’art. 3 Cost. dell’art. 48 c.p.c. rispetto all’art. 279, comma 4, c.p.c. – o quello del legislatore – con l’eliminazione del regolamento facoltativo e la limitazione di quello necessario alla sola pronuncia declinatoria. Sul piano del diritto positivo vigente è doveroso riaffermare con forza, onde scongiurare rischi di un uso strumentale del regolamento, che l’ordinanza con cui il giudice dispone la prosecuzione del processo, senza nulla stabilire in merito all’insorta questione di competenza, può solo significare la scelta di inviare l’esame della stessa, essendo “solo la scelta della decisione separata sulla competenza che deve essere espressamente manifestata dal giudice”.

Nel caso di sentenza non definitiva potrà continuare a darsi rilievo alla tesi di Allorio che, dall’inesistenza (pur nel processo di cognizione ordinario riformato) di fasi rigide e successive e di una distinzione di momenti tra trattazione di requisiti processuali e trattazione del merito, trae la conseguenza che non si potrebbe mai ritenere preclusa – per supposta implicita decisione – l’attività diretta al controllo delle questioni processuali.

Infine, nell’ipotesi di pronuncia che giudica sul merito, venuto meno anche l’argomento desunto dal vecchio testo del comma 1 dell’art. 38 c.p.c., appare assai facile prevedere che sarà riconosciuta la decisione implicita sulla competenza e quindi l’impugnabilità con il regolamento facoltativo.

Di certo il più importante campo di applicazione rimarrà quello dei processi speciali, anche se per i procedimenti cautelari, la nuova disciplina uniforme porta ad escludere l’ammissibilità del regolamento, as-

sorbito dalla illimitata reiterabilità dell'istanza cautelare e soprattutto dalla reclamabilità, ormai generalizzata, dal provvedimento. Sul terreno degli altri processi speciali continuerà, invece, a porsi il dilemma rispetto al provvedimento emanato *inaudita altera parte*, non essendo in tal caso individuabile un momento preclusivo del rilievo del giudice: ciò porta a concludere che il problema in esame viene interamente a coincidere con la questione della prevalenza del contenuto decisorio del provvedimento agli effetti dell'impugnazione con il regolamento di competenza. Nei casi in cui, invece, il provvedimento speciale è emanato nel contraddittorio delle parti, l'operare della preclusione ex art. 38, comma 1, c.p.c. conduce a risultati non diversi da quelli sopra passati in rassegna con riguardo al processo ordinario di cognizione (ad es., per l'ordinanza ex art. 665 c.p.c.).