

NUMERO 1 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

ANTONIO BRIGUGLIO

L'ordinanza "decisoria" sulla competenza ed il modo per giungervi: un compromesso con le Sezioni Unite affinché l'economia processuale giovi a tutti



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	p.2
VINCENZO CERULLI IRELLI	
<i>Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione . . .</i>	p.5
FEDERICO ROSELLI	
<i>Categorie civilistiche e giudizio di legittimità</i>	p.49
FRANCESCO MACARIO	
<i>Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale</i>	p.59
ANTONIO BRIGUGLIO	
<i>L'ordinanza "decisoria" sulla competenza ed il modo per giungervi: un compromesso con le Sezioni Unite affinché l'economia processuale giovi a tutti</i>	p.89
STEFANO DELLE MONACHE	
<i>Profili civilistici della "negoziante assistita"</i>	p.105
DANIELE VATTERMOLI	
<i>Il fideiussore nel concorso tra i creditori del debitore principale.</i>	p.129
PIETRO ZANELLI	
<i>La pubblicità immobiliare di atti e convenzioni per vincoli di interesse pubblico: una norma di origine giurisprudenziale</i>	p.155
ACHILLE ANTONIO CARRABBA	
<i>Testamento e destinazione patrimoniale (una "lettura" per incrementare l'utilizzazione degli atti di cui all'art. 2645-ter c.c.).</i>	p.177

L'ordinanza “decisoria” sulla competenza ed il modo per giungervi: un compromesso con le Sezioni Unite affinché l'economia processuale giovi a tutti

Dopo la riforma del 2009, quando il giudice decide *solo* sulla sua competenza (affermandola o negandola) la forma di tale decisione non è più quella della sentenza, bensì quella della ordinanza, impugnabile con il regolamento di competenza necessario.

Le Sezioni Unite hanno ora ribadito che l'ordinanza che afferma la competenza può essere impugnata con il regolamento di competenza soltanto ove abbia carattere effettivamente “decisorio” sulla questione di competenza e dunque se sia preceduta tendenzialmente dallo stesso *iter* che conduce ad una normale sentenza. Altrimenti si tratterà di una ordinanza non impugnabile e non vincolante per il giudice che la ha emanata.

Quando la si prenda in esame, sul piano complessivo e sistematico, questa tesi, nella sua sostanza, appare nondimeno compatibile con l'adozione di un procedimento semplificato per la emanazione della ordinanza che decide sulla competenza (ciò purché questo procedimento consenta comunque di attribuire ad essa carattere effettivamente decisorio).

After the 2009's reform, when the Court of first instance decides only on Venue Jurisdiction (affirming or denying it) the form of the decision is no longer that of the Judgment (i.e. "Sentenza"), but that of the Ordinance (i.e. "Ordinanza"). This Ordinance can only be challenged with the "Regulation of Competence" ("Ricorso per regolamento di competenza") before the Court of Cassation.

The United Chambers of the Supreme Court have just confirmed that the Ordinance stating that on Venue Jurisdiction, can be challenged with the "Regulation of Competence" only if it is actually a "decision" on the question of Jurisdiction and that is, if it is obtained by using the same process that leads to a normal Judgment. Otherwise it will be a non-binding and non-appealable Ordinance and therefore revocable by the Court of first instance which took the decision.

The Author examines that thesis on a overhall basis. He affirms that it is compatible with the adoption of a simplified procedure for issuing the Ordinance which states on Jurisdiction. This provided that this procedure still allows to attribute "decisional" character to that Ordinance.

Sommario: 1. Ordinanza invece di sentenza: a *modus procedendi* invariato o è possibile una semplificazione? – 2. Quel che conta (per le Sezioni Unite) è che sia riconoscibile una ordinanza davvero decisoria, anche quale oggetto di regolamento non abusivo (economia processuale *dopo* l'ordinanza). – 3. Il rispetto del contraddittorio sulla questione di competenza e l'interpretazione adeguatrice delle norme sulla fase decisoria. – 4. Economia processuale anche *prima* della ordinanza decisoria sulla competenza. – 5. Linee guida (elasticamente) compatibili con le Sezioni Unite.

1. - Ordinanza invece di sentenza: a *modus procedendi* invariato o è possibile una semplificazione?

Dopo le modifiche introdotte dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, la questione di competenza (come quelle di litispendenza e continenza) è decisa tendenzialmente con ordinanza (v. i nuovi artt. 39, 40, 42, 43, 50, 279, comma 1); "tendenzialmente" perché nulla, come è ovvio, impedisce la perdurante

emanabilità di una sentenza che decida insieme sulla competenza (affermandola) e sul merito o su altra questione di rito: l'art. 43 è stato infatti modificato sostituendo – onde individuare l'oggetto del regolamento facoltativo – alla parola sentenza la parola neutra, o meglio comprensiva dell'una e dell'altra forma, "provvedimento"; e l'art. 279, primo comma, è stato modificato nel senso che il collegio, e dunque anche il giudice istruttore in funzione di giudice unico, pronuncia ordinanza quando decide "soltanto" questioni di competenza.

Dunque: ordinanza sarà sempre il provvedimento declinatorio della competenza, ed infatti di "ordinanza" dice l'art. 42 quale oggetto del regolamento di competenza necessario.

Sentenza sarà sempre il provvedimento definitivo del giudizio che decida, insieme alla affermata competenza, altre questioni di merito o di rito salvo il remotissimo caso in cui il giudice istruttore, nella medesima; ordinanza *ex art.* 307, quarto comma, con la quale dichiara l'estinzione, risolva *expressis* anche questione circa la propria competenza affermandola.

Ordinanza ovvero sentenza potrà essere il provvedimento non definitivo del giudizio a seconda che esso decida soltanto sulla competenza ovvero anche su altre questioni.

Fermo questo quadro, le Sezioni Unite (21 settembre 2014, n. 20449 ¹) intervengono ora su due quesiti parzialmente correlati, ridimensionando apparentemente gli auspici o le aperture per lo meno possibilistiche della ordinanza di rimessione (n. 18577 del 2013) e di una parte della dottrina, nonché la prassi di molti giudici di merito riguardo ad un mutamento non solo del *nomen* del provvedimento (da sentenza ad ordinanza, entrambe ormai sinteticamente motivate in modo assai poco distinguibile), ma anche del *modus procedendi* onde pervenire al provvedimento, più semplice e rapido quello che metta capo alla ordinanza ². Si pongono invece, le

¹ Vedila, fra l'altro, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 2, con ampia ed intelligente nota, sostanzialmente adesiva, di R. TISCINI, *Ordinanza sulla competenza, regolamento e fase decisoria*, che ho letto in bozze per la cortesia dell'Autrice.

² V. SALVANESCHI, *La riduzione dei tempi del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1560 ss., spec. 1567; A. GIUSSANI, *Le novità in materia di scelta del giudice*, in M. TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, 47; F. DANOVI, *La nuova disciplina dell'incompetenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1343 ss., spec. 1350; S.

Sezioni Unite, sul solco della propria precedente giurisprudenza (v. soprattutto Cass., sez. un., n. 11675 del 2008), la quale, allora e cioè prima del 2009, in modo assai scontato ribadiva che non ogni fiato del giudice pur espressamente ed isolatamente affermativo della competenza è impugnabile con regolamento e comporta, se non impugnato, la *Selbstbindung*, non insomma quello che si incorpori in provvedimento puramente ordinatorio, bensì solo quello che si incorpori in provvedimento decisorio.

Allora un tale provvedimento (non puramente ordinatorio bensì) decisorio sulla sola competenza era sempre e necessariamente sentenza, e la precisazione delle Sezioni Unite, alquanto scontata appunto, aveva solo lo scopo pratico di evitare che a qualcuno venisse il dubbio che un provvedimento (ordinanza) puramente ordinatorio potesse avere, riguardo alla competenza, sostanziale contenuto di sentenza ai fini della impugnabilità mediante regolamento e, altrimenti, della vincolatività interna al processo, rappresentando oltretutto, in relazione ad entrambi i profili, incongrua sorpresa per le parti.

Oggi la forma canonica di una tale pronuncia “decisoria” sulla competenza può ben essere quella della ordinanza, ma essa deve restare distinguibile da un provvedimento (il quale avrà invariabilmente anch’esso forma di ordinanza) puramente ordinatorio che incorpori avviso esplicito o implicito sulla questione di competenza. Di talché le attuali Sezioni Unite, con ben maggiore portata pratica ed istruttiva, si interrogano e danno responso sui seguenti e parzialmente connessi due profili:

BOCCAGNA, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Napoli, 2009, 22; A. RONCO, *I mutamenti nel sistema della competenza*, in *Giur. it.*, 2009, 1570 ss., spec. 1572. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Varese, 23 aprile 2010, in www.tribunale.varese.it; Trib. Lamezia Terme, 27 dicembre 2010, in www.ilcaso.it; Trib. Piacenza, 20 gennaio 2011, *ivi*; Trib. Lamezia Terme, 2 aprile 2012, *ivi*.

In senso contrario, fra gli altri, A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, 224; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2013, vol. I, 122 e vol. II, 178; G. VERDE, *Diritto processuale civile. Parte generale*, Bologna, 2010, vol. I, 70.

All’indomani della novella del 2009 ed in primissima approssimazione, avevo sostenuto (A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell’ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, 259 ss., spec. 262), e qui intendo ribadire più argomentatamente, che «la decidibilità con ordinanza» potesse comportare «ben più efficacemente in senso acceleratorio l’eliminazione dello scambio di conclusionali e repliche», non già l’eliminazione della precisazione delle conclusioni.

a) Qual è il *modus procedendi* che deve necessariamente condurre ad una ordinanza "decisoria" della questione di competenza in senso affermativo della competenza medesima? Rispondono le Sezioni Unite, divergendo appunto da prassi e dottrina non certo univoche ma diffuse: il *modus procedendi* è quello stesso che mena alla sentenza, la causa dovendo essere trattenuta in decisione, o rimessa ove del caso al collegio, previa precisazione integrale delle conclusioni, scambio di conclusionali e repliche e/o eventuale discussione orale, e con la consueta investitura dell'organo decidente di "tutta la causa".

b) Qual è l'ordinanza affermativa della competenza impugnabile con il solo regolamento necessario o altrimenti idonea al giudicato interno? Rispondono le Sezioni Unite, ed è ovvio: quella davvero "decisoria" della questione di competenza; ogni altra nella quale pur si immedesima una "presa di posizione" del giudice, foss'anche esplicita, sulla propria competenza con conseguente adozione di misura ordinatoria, resta sempre revocabile e modificabile siccome non soggetta ad apposita impugnazione. Aggiungono le Sezioni Unite (ribadendo Cass. n. 10594 del 2012, ord.), il che è però meno ovvio pur se comprensibile e non solo in virtù del c.d. criterio dell'"apparenza" (*bon à tout faire* e ondivago) bensì per ragioni di semplice buon senso: altresì impugnabile col regolamento necessario, e perciò vincolante se non impugnata, è la ordinanza che il giudice stesso, pur non avendo seguito quel *modus procedendi* canonico, abbia considerato e qualificato «in termini di assoluta oggettiva inequivocità ed incontrovertibilità» come «decisoria (e dunque definitiva davanti a sé)», ad esempio «nel caso che conclami il convincimento (pur in sé erroneo) di poter decidere definitivamente la questione, senza preventivamente invitare le parti alla precisazione delle conclusioni (anche di merito) e senza assumere in decisione (potenzialmente) l'intera controversia».

2. - Quel che conta (per le Sezioni Unite) è che sia riconoscibile una ordinanza davvero decisoria, anche quale oggetto di regolamento non abusivo (economia processuale *dopo* l'ordinanza).

Mi permetto di considerare – ed è questo il tema che proverò a svolgere – persuasivo e cogente l'approdo *sub b*); corrispondente invece ad una sorta

di *soft law* e ragionevolmente aggirabile l'approdo *sub a*), pur nel rispetto del sostanziale indirizzo delle Sezioni Unite ³. Intervenute non per comporre un contrasto di giurisprudenza interno alla Corte (entrambe le risposte erano state già pressoché univocamente anticipate) ⁴, ma per dipanare un ordito un tempo lineare, eppur fattosi oggettivamente intricato, come dottrina e prassi applicative dimostrano, dopo la novella del 2009, le Sezioni Unite affermano un nucleo di verità inossidabile, e lasciano nelle frange qualche perplessità nonché la sensazione, qui forse inevitabile, di non voler (poter) governare appieno ciò che accade sotto di loro: l'importante – per le Sezioni Unite, ed anche questo è in certa misura comprensibile – è che i regolamenti di competenza non aumentino.

Il nucleo di verità inossidabile è rappresentato dal responso *retro* sintetizzato *sub b*), e cioè dalla constatazione di come, anche oggi che la forma del provvedimento decisorio della questione di competenza è (può essere) quella della ordinanza, non ogni ordinanza sfiorante o menzionante questione di competenza sia impugnabile con il regolamento, bensì solo quella che la questione “decide”: non dunque, ad esempio, quella con cui il G.I., nel disporre la consulenza tecnica o nel fissare i termini *ex art.* 183, si lasci scappare un «ritenuta l'infondatezza della eccezione di incompetenza territoriale sollevata da parte convenuta nella comparsa di risposta, fissa/disporre (...)». Una simile ordinanza resta ciò che era prima: provvedimento semplicemente ordinatorio ove pur si segnala espressamente il momentaneo “accantonamento” ⁵ della questione di competenza, consi-

³ *Soft law* per forza di cose, come è già intuitivo dall'appendice che le stesse Sezioni Unite aggiungono all'enunciato *sub b*); in parte e ragionevolmente meritevole di essere aggirata, quanto allo scambio di conclusionali e repliche (non quanto alla precisazione delle conclusioni), perché, come vedremo, ciò corrisponde anzitutto a buon senso e non tradisce affatto lo spirito della pronuncia delle Sezioni Unite (che altrimenti risulterebbe assai poco persuasiva).

⁴ V. per opportuni riferimenti lo scritto di R. TISCINI, *Ordinanza sulla competenza, regolamento e fase decisoria*, cit., par. 1 e nota 5, ove anche il richiamo alla ordinanza di rimessione (n. 18577 del 2013) della VI sez. civ., la quale, auspicando soluzione diversa da quella poi adottata dalle Sezioni Unite, giustifica l'investitura di queste ultime e la particolare importanza della questione di massima sulla base appunto del contrasto fra la posizione consolidata presso la Cassazione e «l'interpretazione prevalente affermatasi in dottrina».

⁵ È ovvio che il momentaneo accantonamento potrebbe risultare in via ancora più esplicita e letterale dall'ordinanza istruttoria [«ritenuto che allo stato ogni verifica sulla questione di competenza può essere rinviata alla definitiva decisione (...)», *et similia*]; così come è ovvio che nell'esempio proposto nel testo l'«accantonamento» risulterebbe comunque, in via di elementare interpretazione ed al di là del tenore letterale del sintagma «ritenuta l'infondatezza»,

derata, in via di pura delibazione, non idonea a definire il giudizio, con salvezza di ogni ripensamento del medesimo G.I.

Altrimenti – e visto oltretutto che il passo sarebbe poi breve verso la considerazione di una decisione implicita sulla questione di competenza ove quel cenno espresso non vi fosse – il regolamento di competenza si trasformerebbe un mezzo sostanzialmente “preventivo”. E le conseguenze in termini di diseconomia processuale sarebbero ravvisabili non solo e non tanto riguardo al *surplus* di incombenze per la Corte di Cassazione, ma soprattutto, e come le Sezioni Unite non mancano di rammentare, quanto a possibile uso dilatorio e distorto del regolamento di competenza ad ogni piè sospinto ⁶.

Va subito osservato che, fermo questo nucleo inossidabile di verità, non pare davvero che vi sia invece il rischio di una trasformazione surrettizia del regolamento di competenza in mezzo preventivo e di diseconomia processuale sol perché si scelga, riguardo al *distinto* problema cennato al paragrafo precedente *sub a*), una soluzione diversa da quella apparentemente affermata dalle Sezioni Unite; una soluzione cioè che semplifichi ed abbrevi le incombenze prodromiche alla vera e propria ordinanza “decisoria” sulla questione di competenza, rendendole meno gravose rispetto alle normali incombenze che attengono alla fase decisoria con sentenza, e perciò risultando per altro verso giovevole alla economia processuale.

Quel che conta è infatti che la ordinanza “decisoria” sulla competenza sia chiaramente individuabile come tale, sì da evitare che le parti impugnino con il regolamento ogni e qualsiasi ordinanza che accenni di straforo alla competenza. Mentre nessuno può ragionevolmente pensare che, sol perché l'*iter* processuale per giungere ad una tale ordinanza si cristallizzi come

dal complesso dell'ordinanza e dal fatto che quella «ritenuta infondatezza» non sia punto argomentata.

⁶ In realtà l'uso “distorto e dilatorio” corrisponderebbe alla semplice scelta della parte convenuta di non far passare in giudicato la affermazione della competenza. Il regolamento infatti sarebbe invariabilmente *necessario*, perché se la forma dell'ordinanza dovesse comunque (cioè che le Sezioni Unite giustamente negano) prevalere sulla connotazione puramente ordinatoria e “istruttoria”, ciò accadrebbe solo quanto alla affermazione della competenza ed in virtù dei semplici nuovi indici normativi (malintesi) introdotti nel 2009, e non varrebbe invece quanto ai residui contenuti ordinatori del medesimo provvedimento; di guisa che appunto non potrebbe dirsi che esso ha “pronunciato” sulla competenza “insieme col merito” ai sensi e per gli effetti dell'art. 43 c.p.c.

più semplice, i giudici di merito siano indotti a frazionare più spesso di quanto oggi non accada il percorso decisorio indulgendo allegramente in pronunce non definitive sulla competenza impugnabili col regolamento necessario e così accrescendo (ma di quanto poi?) il potenziale carico di lavoro della Suprema Corte.

Insomma la ordinanza “decisoria” sulla sola competenza contenente affermazione della medesima è destinata a restare una *rara avis*, anche ove vi si possa giungere con un *modus procedendi* semplificato; e ciò per la consueta ragione che essa corrisponde pur sempre ad un *ripensamento* (statisticamente raro) del giudice inizialmente orientato in senso declinatorio tanto da trattenere la causa in decisione.

3. - Il rispetto del contraddittorio sulla questione di competenza e l'interpretazione adeguatrice delle norme sulla fase decisoria.

Paralelo è altro rilievo: il *modus procedendi* per così dire normale e più complesso, che le Sezioni Unite sembrano richiedere [v. il responso sintetizzato al par. 1 *sub a*)] anche ai fini della emanazione della ordinanza decisoria sulla competenza, non ha nulla a che vedere con il rispetto del contraddittorio.

Esso è – nella prospettiva implicita delle Sezioni Unite – solo un segno distintivo sicuro del carattere “decisorio” della ordinanza.

Tant'è vero che le stesse Sezioni Unite ammettono che quel *modus procedendi* possa essere intenzionalmente bypassato dal giudice che così “conclami” comunque la “decisorietà” della ordinanza, senza che quest'ultima, a questo punto, ed anche se affermativa della competenza e assoggettabile a regolamento necessario, dia luogo a nient'altro, in tal caso, che alla regolazione della competenza ad opera della Cassazione: non certo cioè ad un sindacato per violazione del contraddittorio. E del resto, se il giudice bypassa, intenzionalmente o anche non intenzionalmente, il segmento “precisazioni delle conclusioni/scambio di conclusionali e repliche” e declina con ordinanza la propria competenza, il carattere “decisorio” di questa sarà con sicurezza affermabile in considerazione del solo fatto che essa definisce il grado di giudizio; e parimenti nessuno vorrà sostenere che in sede di regolamento necessario, unico mezzo per sindacare quella

ordinanza, possa avere autonomo rilievo, rispetto alla regolazione della competenza comunque commessa alla Cassazione, la pregressa violazione nel contraddittorio sulla questione di competenza, rilevata d'ufficio o sollevata dal convenuto che essa sia stata.

In ogni caso: disporre lo scambio di conclusionali e repliche estese al merito non vale certo a tutelare il contraddittorio sulla questione di competenza, bensì a costringere le parti ad una attività inutile (ed il più delle volte meramente ricopiativa degli scritti introduttivi) quando il giudice trattenga la causa in decisione in ragione della questione di competenza davvero *in limine* e prima ancora di aver svolto attività istruttoria o addirittura prima ancora di disporre lo scambio delle memorie *ex art.* 183 c.p.c.; soluzione quest'ultima che molti giudici istruttori adottano sia nella cause a decisione monocratica sia in quelle a decisione collegiale, del che ovviamente le Sezioni Unite non mostrano di preoccuparsi. Né potrebbero perché questa possibilità è ammessa ormai da tempo dal quarto comma dell'art. 187, il quale, nell'attuale versione successiva alla novella del 2006, prevede che «i termini di cui all'art. 183, ottavo comma» ma in realtà (e secondo ragionevole estensione della espressione letterale sbadatamente limitativa) anche i termini di cui all'art. 183, sesto comma⁷, «non concessi prima della rimessione al collegio» (o del trattenimento della causa in decisione) «sono assegnati dal giudice istruttore su istanza di parte nella prima udienza dinanzi a lui», ove la causa ritorni in istruttoria a seguito di decisione non definitiva. Ma allora appunto: che senso ha che le parti si scambino conclusionali e repliche sul merito se la causa è andata in decisione, sulla questione di competenza, prima ancora dello scambio delle memorie *ex art.* 183?

D'altro canto proprio il quarto comma dell'art. 187 mi pare abbia eroso di fatto la portata della *investitura* del collegio (ed ovviamente del giudice istruttore in funzione di giudice unico) riguardo «a tutta la causa» di cui all'art. 189, secondo comma. Il quale è nato in tutt'altro contesto sistematico complessivo ed è oggi ed in realtà da tempo da leggersi: «la rimessione investe il collegio di tutta la causa anche quando avviene a norma dell'art.

⁷ V. – se vuoi – A. BRIGUGLIO, in A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007, I, 73.

187, secondo e terzo comma [a patto però che ciò sia processualmente possibile]».

Se lo scambio di memorie *ex art.* 183 pur richieste o ancora richiedibili, non è ancora avvenuto, l'alternativa del giudice investito della decisione a seguito di rimessione *ex art.* 187, secondo e terzo comma, non è più di regola triplice, bensì duplice: o pronuncia definitiva con accoglimento della eccezione impediente o pronuncia non definitiva con rigetto della eccezione impediente e rimessione in istruttoria affinché si riprenda dalle memorie *ex art.* 183, non potendosi invece, in assenza di queste, decidere con unica sentenza definitiva sulla questione pregiudiziale o preliminare e sul merito (salvi i casi limite in cui possa d'ufficio constatarsi l'inutilità assoluta delle memorie *ex art.* 183 e dunque la assenza nel caso concreto del diritto processuale delle parti al loro scambio: la domanda dell'attore, una volta risolta in senso non impediente la questione pregiudiziale, va respinta per impossibilità giuridica o comunque per sua radicale infondatezza, nel quadro giuridico di riferimento, sulla base degli stessi fatti affermati dall'attore e del tutto a prescindere da ogni loro possibile precisazione).

098

Sicché – per ciò che qui interessa – viene meno, o meglio cessa di essere imprescindibile, altro presupposto funzionale della obbligatoria necessità dello scambio di conclusioni e repliche quando la causa “va in decisione” sulla questione di competenza; presupposto funzionale, quello appunto connesso al tenore inalterato dell'art. 189, secondo comma, su cui pure le Sezioni Unite richiamano l'attenzione, ma senza troppa insistenza e forse senza aver adeguatamente soppesato l'incidenza dell'art. 187, quarto comma (nato ben dopo).

4. - Economia processuale anche *prima* della ordinanza decisoria sulla competenza.

Tutto ciò considerato, mi pare che anche dopo la recente pronuncia delle Sezioni Unite (meglio ancora se vi sarà occasione di altra pronuncia del medesimo supremo consesso che completi e chiarisca l'indirizzo) la sequenza che precede l'ordinanza decisoria sulla competenza possa essere legittimamente semplificata per lo meno quanto al risparmio di conclu-

sionali e repliche, e ferma la necessità dell'invito a precisare le conclusioni quale sintomo chiaro dell'avvio della causa in decisione (sia pur correlato all'insorgere di questione pregiudiziale potenzialmente impediente).

Quel che mi era parso possibile già all'indomani della novella del 2009⁸ e della introduzione della forma semplificata dell'ordinanza per la decisione sulla competenza, seguita insomma a sembrarmi possibile e lecito e perfino conforme allo spirito se non alla lettera delle recenti Sezioni Unite, le quali hanno di mira – come dicevo – essenzialmente la inequivoca caratterizzazione della ordinanza come decisoria, sufficientemente assicurata, quest'ultima, dall'invito a precisare le conclusioni.

Di guisa che una prassi giudiziaria che seguitasse ad orientarsi nel senso prospettato non sarebbe qualificabile come "erronea" ma di erroneità priva di sostanziali conseguenze, bensì e senza ipocrisie come perfettamente lecita e tale comunque da consentire la sicura distinzione fra ordinanza decisoria affermativa di competenza ed ordinanza non decisoria della questione di competenza (pur se in essa menzionata) e perciò comunque inimpugnabile col regolamento e non vincolante; senza neppure bisogno di dire – come le Sezioni Unite sono costrette ad ammettere – che il giudice, il quale onde emettere l'ordinanza sulla competenza diverga scientemente dalla sequenza normale prevista per l'emanazione di sentenza, sbaglia (per lo più innocuamente) ma "conclama" comunque il carattere decisorio dell'ordinanza.

Che il *modus procedendi* proposto comporti l'addomesticazione di svariate disposizioni preesistenti e letteralmente inalterate va ammesso senz'altro, ma vi si è appunto indotti dalla scelta normativa del 2009 – ove ci si sforzi di ritenerla non puramente nominale – di sostituire alla forma della sentenza quella della ordinanza, e vi si è autorizzati da quella norma fra le più ingiustamente sottovalutate che è scritta nell'art. 175, primo comma, c.p.c.: «Il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento»: poteri – *il va sans dire* – anche di interpretazione adeguatrice del sistema e di introduzione di prassi "economiche" purché rispettose del contraddittorio e della certezza e prevedibilità degli snodi processuali e dei loro effetti.

⁸ A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione*, cit., 259 ss., spec. 262.

In questo caso, oltretutto, la ricostruzione sistematica e adeguatrice indotta dall'art. 175, primo comma, si risolve in realtà – per singolare paradosso – o se si vuole ha ulteriore appiglio in una considerazione ultraletterale ed a suo modo a-sistematica (cioè tetragona rispetto al sistema quale si è evoluto con la sostituzione di “ordinanza” a “sentenza” in funzione però pur sempre decisoria) dell'insieme di disposizioni che prevedono lo scambio di conclusionali e repliche ed in particolare lo scambio di conclusionali e repliche estese a tutti i profili del giudizio ed anche al merito: esse si riferivano e si riferiscono alla decisione con sentenza, e non alla decisione con ordinanza qual è (può essere) ormai quella sulla sola questione di competenza.

Che questa ricostruzione sia intesa al “più sollecito” (ma anche “leale” se in concreto rispettosa del contraddittorio sulla *sola* questione di competenza) svolgimento del procedimento è indubbio: si risparmiano fino ai 60 + 20 giorni previsti per lo scambio di conclusionali e repliche, a fronte di una eventualità (diseconomica) che la causa ritorni in istruttoria e che conclusionali e repliche debbano essere nuovamente e comunque scambiate, la quale eventualità (i) in primo luogo risulta – come si è già ricordato e come è a tutti noto – statisticamente remota in relazione alla prognosi di presumibile fondatezza della eccezione impediente che ha determinato l'avvio sui binari decisorii, (ii) in secondo luogo comporterebbe comunque diseconomia ed anzi maggiore diseconomia anche se l'ordinanza (non declinatoria) sulla competenza fosse preceduta da conclusionali e repliche e per di più estese al merito, che appunto dovrebbero essere poi reiterate.

Mentre l'ipotesi ipereconomica – che sarebbe resa processualmente possibile dal tradizionale scambio di conclusionali e repliche estese al merito – di un collegio o perfino di un giudice unico che si avvedano, una volta investiti della decisione sulla competenza ad istruttoria non effettuata⁹ o addirittura a memorie *ex art.* 183 non ancora scambiate, che la causa è in realtà decidibile definitivamente nel merito appare non già statisticamente remota ma davvero rarissima.

⁹ Se l'istruttoria si è svolta è ovvio che nessun giudice istruttore, pur intimamente e nel frattempo convintosi della propria incompetenza, considererebbe il trattenimento in decisione o la rimessione al collegio come effettuati nel senso dell'art. 187, terzo comma.

È perciò evidente che il *modus procedendi* proposto è altresì conforme al principio costituzionale della ragionevole durata. Il quale – nella prospettiva dell'ultimo *arrêt* delle Sezioni Unite da cui si sono prese le mosse – non sembra passata di moda, al di là dell'invito perfino scontato, ad “utilizzarlo la cautela”¹⁰. Sembra piuttosto che sotto tale cautela le Sezioni Unite intendano, ed ancor qui giustamente, una utilizzazione della ragionevole durata che approdi ad esiti interpretativi “economizzanti” giovevoli al sistema-giustizia nel suo complesso e non alla economia processuale *egoistica* dell'ufficio che a quegli esiti intende pervenire.

Mi pare dunque che, tenendo ferma la previa precisazione delle conclusioni come marchio formale di decisorietà della ordinanza sulla competenza, e perciò l'argine al proliferare di regolamenti, il risparmio di conclusionali e repliche possa e debba essere perfettamente accettato anche nella logica delle Sezioni Unite.

5. - Linee guida (elasticamente) compatibili con le Sezioni Unite.

Sul piano pratico, ed in conclusione, le linee guida che si suggeriscono, e che – si ripete – si considerano rispettose dello spirito se non della lettera della recente pronuncia delle Sezioni Unite, sono le seguenti.

Il giudice istruttore che intenda trattenere in decisione o rimettere la causa al collegio in ragione di questione di competenza, rilevata dalla parte o d'ufficio, da risolversi presumibilmente in senso impediante e definitorio, farà precisare le conclusioni su tutta la causa, ciò che oltretutto può giovare anche alla miglior soluzione della questione di competenza¹¹.

¹⁰ Sebbene condivida pienamente l'affermazione che Roberta TISCINI (*Ordinanza sulla competenza, regolamento e fase decisoria*, cit., in fine) dedica a tale richiamo, nella sostanza auspicandone una valenza reattiva e preventiva rispetto ad utilizzazioni disinvolute o addirittura folkloristiche del principio della ragionevole durata, non sono affatto sicuro che nella sentenza *de qua* le Sezioni Unite rinneghino foss'anche implicitamente la dottrina del giudicato implicito cristallizzata nella celebre sentenza del 9 ottobre 2008, n. 24833, dottrina che (a prescindere dalla sua condivisibilità o meno) può ben correre su un piano parallelo ma diverso rispetto alle ultime puntualizzazioni circa l'ordinanza sulla competenza.

¹¹ In considerazione della comune e condivisibile opinione (pur con la necessità di alcune precisazioni e distinzioni, e nonostante qualche confusione giurisprudenziale) circa l'ineoperatività del principio *ex art. 5 c.p.c.* rispetto all'*emendatio libelli* sopravvenuta (cfr. per tutti R. ORIANI, *La perpetuatio iurisdictionis*, in *Foro it.*, 1989, V, 35 ss. spec. 40 ss.; per ulteriori riferimenti anche giurisprudenziali v. E. VULLO, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, Milano, 2013, I, *sub art. 5*, 317-318).

Vale la pena di osservare che siffatta precisazioni delle conclusioni – ossequio formale minimo alle Sezioni Unite e funzionale alla connotazione comunque “decisoria” dell’emananda pronuncia anche se non definitiva – dovrà se possibile essere richiesta alle parti all’impronta e senza ossequio a quel feticcio privo di cittadinanza nel codice che è il “rinvio ad apposita udienza di p.c.”¹², come si conviene soprattutto ad una decisione che andrebbe, assunta, nell’un senso o nell’altro, rapidamente ed *in limine*. Fatte precisare le conclusioni¹³, il giudice istruttore potrà non disporre lo scambio di conclusionali e repliche e semmai le limiterà alla illustrazione della questione di competenza (non così ovviamente quando sembri opportuno decidere unitamente a quella di competenza altre questioni pregiudiziali o preliminari da risolvere con sentenza, o quando nel rimettere al collegio l’istruttore percepisca come possibile, pur se a suo avviso non particolarmente probabile, che il collegio ritenga la causa comunque matura per la decisione di merito ove affermata la competenza).

Solo si preoccuperà, l’istruttore, del contraddittorio sulla questione di competenza, ed ancor qui senza feticci e con cura consona alla maggior o minor semplicità della questione. E dunque ben potrà considerare chiuso il discorso se le parti abbiano già in proposito detto e contraddetto nelle memorie *ex art.* 183, o anche e sufficientemente in via orale all’udienza; ovvero, e a seconda dei casi, potrà assegnare termine per note, o fissare apposita discussione anche *ex art.* 281-*series*.

Ed insomma: non guasta certo un po’ di elasticità, antiformalismo e *case management* (sia pure di medio profilo) all’interno di un sistema di regole

¹² “Vediamo per che cosa *veniva* la causa” è la frase tipica del giudice o dell’avversario in vena di dilazione mentre scorrono il verbale dell’udienza precedente. “Ah non *veniva* per p.c., dunque si rinvii” (a tre, sei mesi, un anno, un anno e mezzo ...). Ma le cause non “vengono”, bensì “vanno”, o meglio dovrebbero andare senza indugi puerili, e se vi è maturità per la decisione, in relazione ad una qualsiasi delle ipotesi *ex art.* 187, e non vi sono reali esigenze di contraddittorio, sollecitate da una o più parti, che inducano ad una pausa di riflessione prima della precisazione delle conclusioni, queste possono ben essere precisate non appena quella “maturità” si palesi ed anche al termine della udienza di assunzione della prova.

¹³ Che poi perfino l’omissione della precisazione delle conclusioni, da un lato, non impedisca di qualificare la successiva ordinanza sulla competenza come provvedimento decisorio (se declinatoria o se pur non declinatoria sia in qualche modo possibile – come ammettono le Sezioni Unite e nei termini in cui lo ammettono – riconoscerle una conclamata *intentio* decisoria), e dall’altro lato non rilevi autonomamente nella sostanza in quella sede impugnatoria (v. anche retro del testo), è altra storia che non esclude la via fisiologica sopra considerata.

che sarà pure sclerotico e perciò poco confidente nella discrezionalità giudiziale (rispetto ad altri), ma lo è poi meno di quanto non sian usi a credere i nostri stessi giudici; soprattutto quando si tratti di assumere, ormai con ordinanza, una decisione che non è il fine del sistema di tutela giurisdizionale, bensì solo un modesto incidente di percorso.