

GIURISDIZIONE E COMPETENZA.
RILIEVO DELL'INCOMPETENZA E
DISCIPLINA DELLA CONNESSIONE

Relatore:

dott. Raffaele FRASCA

pretore della Pretura circondariale di Monza

Sommario: 1. Premessa – 2. L'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 5 e dell'art. 40 c.p.c. ed i processi a cui esso si applica – 3. Considerazioni generali sul nuovo testo dell'art. 5 c.p.c. alla luce degli orientamenti interpretativi sul vecchio testo – 4. I casi che il nuovo art. 5 consente di risolvere – 5. I casi che l'art. 5 lascia o lascerebbe insoluti. L'ipotesi del mutamento di qualificazione giuridica del rapporto controverso – 6. Il caso della c.d. competenza sopravvenuta – 7. L'art. 5 c.p.c. e il mutamento, la modifica e la riduzione della domanda – 8. L'art. 5 e la disciplina della modifica della competenza per ragioni di connessione – 9. L'art. 5 ed i giudizi di impugnazione. La soppressione di Uffici giudiziari. "Relatività" del valore dell'art. 5 – 10. La duplice novellazione della norma dell'art. 40 c.p.c. e i tempi diversi della sua entrata in vigore – 11. L'incidenza sulla competenza soltanto della novellazione riguardante il giudice di pace – 12. La connessione avanti ai giudici togati – 13. L'ipotesi in cui fra le cause connesse ve n'è almeno una soggetta al rito ordinario e l'ipotesi in cui ve n'è almeno una rientrante fra quelle di cui agli articoli 409 e 442 c.p.c. – 14. L'ipotesi in cui le cause connesse sono soggette tutte a differenti riti speciali – 15. Le ipotesi di connessione a cui la normativa dei nuovi terzo, quarto e quinto comma dell'art. 40 si applica la nozione di rito speciale – 16. Conseguenze della violazione della nuova normativa avanti ai giudici togati – 17. La connessione riguardo alle controversie di competenza del giudice di pace – 18. Connessione fra processi soggetti al vecchio rito e processi soggetti al nuovo rito – 19. Riflessi della decretazione d'urgenza sul secondo comma dell'art. 40 c.p.c.

1. Premessa.

Come d'accordo con il prof. Acone, il tema della mia relazione riguarderà – naturalmente con riferimento alla riforma del processo civile – le questioni relative alla giurisdizione ed alla disciplina della connessione e non si occuperà delle questioni relative alla competenza, sia in senso statico che dinamico, se non per eventuali implicazioni sui temi direttamente trattati.

L'ambito della relazione, così delimitato, comporta essenzialmente l'esame di due norme, le quali sono state modificate dalla riforma del processo civile (tuttora in corso d'opera), o, se si vuole, in corso di smantellamento per effetto della controriforma espressasi nella nota decretazione d'urgenza (dd.ll. n. 238/95 e 347/95, ormai decaduti per mancanza di conversione, e, vigente fino al 20 dicembre 1995 ed in attesa di problematica ed improbabile conversione, d.l. n. 432/95).

Si tratta delle norme dell'art. 5 e dell'art. 40 c.p.c.

La prima concerne la giurisdizione, la seconda la connessione.

Per la verità la riforma del processo civile ha inciso anche su un'altra norma che riguarda la giurisdizione, cioè sull'art. 367 c.p.c., che è stato novellato opportunamente con la soppressione del vecchio principio della sospensione necessaria del giudizio, nel quale fosse stata sollevata questione di giurisdizione, a seguito della mera proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione. Principio che, com'è noto, si era prestato a consentire veri e propri abusi, essendo accaduto di

frequente che la parte interessata solo ad una lunga durata del processo scorrettamente ed infondatamente proponesse istanza di regolamento preventivo di giurisdizione per ottenere la sospensione del processo in attesa della – non certo sollecita, dati i carichi di lavoro della Corte – pronuncia della Cassazione. Non essendo il tema della relazione esteso al regolamento di giurisdizione, della novellazione dell'art. 367 non mi occuperò.

2. L'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 5 e dell'art. 40 c.p.c. ed i processi a cui esso è applicabile.

1) Mi sembra opportuno dar conto preliminarmente, sia del momento in cui le nuove norme dell'art. 5 e dell'art. 40 sono entrate in vigore, sia dei processi a cui hanno già trovato o trovano (e troveranno) applicazione.

2) Il nuovo art. 5 c.p.c.:

a) è entrato in vigore (insieme ad una serie di altre norme della l. 353/90) a far tempo dall'1 gennaio 1993 per i processi iniziati a far tempo da quella data: ciò, in forza dell'art. 92 primo comma primo inciso della l. 353/90, come modificato dall'art. 5 della l. n. 477/92, la quale, com'è noto, fece entrare in vigore, a far tempo appunto dall'1 gennaio 1993, talune norme della l. 353/90;

b) è divenuto applicabile ai processi pendenti già alla data dell'1 gennaio 1993 a far tempo dal 22 aprile 1995, a seguito della modifica dell'art. 90 della l. 353/90 (come emendato dall'art. 4 del d.l. 7 ottobre 1994 n. 571, convertito nella l. 6 dicembre 1994, n. 673), operata dall'art. 1 del d.l. 21 aprile 1995, n. 121, con la quale venne capovolta la scelta pregressa della applicazione della nuova disciplina processuale della riforma a quei processi, stabilendosi l'inverso principio della continuazione dell'applicazione ad essi del vecchio rito, ma nel contempo sancendosi delle eccezioni, limitatamente a quelle stesse norme divenute applicabili dall'1 gennaio 1993 ai processi pendenti a partire da quella data.

Il d.l. n. 121/95 decadde per mancata conversione, ma, com'è risaputo, venne reiterato con modifiche, che, però non riguardarono l'art. 90 citato, dapprima con il d.l. 21 giugno 1995, n. 238, poi con quello 9 agosto 1995 n. 347, entrambi decaduti, ed infine con il d.l. 18 ottobre 1995, n. 432 in vigore dal 21 ottobre 1995 ed in attesa di conversione: è evidente che nel periodo antecedente il 21 ottobre 1995, le disposizioni dei precedenti decreti legge innanzi citati sono da considerare *tamquam non esset*. Tuttavia, si dovrebbe reputare che il nuovo testo dell'art. 5 sia divenuto comune applicabile ai processi pendenti già all'1 gennaio 1993, in forza dell'entrata in vigore a far tempo dall'1 maggio 1995 della disposizione del secondo inciso del primo comma dell'art. 92 della l. 353/90, come modificato dall'art. 6 del citato d.l. n. 571/94 convertito nella l. n. 673/94. Tale secondo inciso, infatti, stabiliva che ai processi pendenti all'1 gennaio 1993 continuassero a trovare applicazione al 30 aprile 1995 le disposizioni del vecchio rito (e, quindi, il vecchio art. 5) e, pertanto, letto a contrario comportava che dall'1 maggio 1995 trovassero applicazione le nuove norme della l. 353/90 e tra queste il novellato art. 5. A seguito della caducazione del d.l. n. 121/95 (e poi dei dd.ll. n. 238/95 e n. 347/95), l'art. 92 suddetto è divenuto applicabile in questa lettura a contrario ai processi pendenti all'1 gennaio 1993 a far tempo dall'1 maggio 1995. Sostanzialmente il risultato voluto dai dd.ll. n. 121/95, 238/95 e n. 347/95 ed ora disposto dal d.l. n. 432/95, cioè quello di determinare l'applicazione dell'art. 5 anche ai processi pendenti all'1 gennaio 1995, non risente della caducazione dei primi tre fra quei decreti.

Dunque, il nuovo art. 5, prescindendo dalle vicende della decretazione d'urgenza è applicabile a far tempo dall'1 maggio 1995 a tutti i processi civili, siano essi stati pendenti a quella data o siano essi stati iniziati da o dopo quella data.

3) La vicenda dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 40 c.p.c. è, se possibile, più complessa.

Infatti, il legislatore della riforma del processo civile ha novellato l'art. 40 con due diverse leggi. Dapprima l'art. 3 della l. 353/90 prevede l'introduzione, dopo i primi due commi originari della norma, di un terzo, un quarto ed un quinto comma. Successivamente, l'art. 19 della l. n. 374/91 istitutiva del giudice di pace, prevede l'introduzione di un sesto ed un settimo comma.

Ora, la vicenda dell'entrata in vigore dei nuovi commi terzo, quarto e quinto dell'art. 40 ricalca assolutamente in tutti i suoi passaggi quella innanzi riferita a proposito dell'art. 5 e, pertanto, la situazione attuale è nel senso che, indipendentemente dalle vicende della decretazione d'urgenza di cui si è detto, i tre commi in discordo trovano oggi applicazione a tutti i processi civili, siano essi stati pendenti alla data dell'1 maggio 1995 siano essi stati iniziati da o dopo quella data.

Il sesto e settimo comma dell'art. 40, viceversa, sono entrati in vigore a far tempo dall'1 maggio 1995, in forza dell'art. 49 della l. n. 374/91, come modificato dall'art. 13 del d.l. n. 571/94 convertito nella l. n. 673/94. In forza di tale modifica, l'art. 49 disponeva appunto l'entrata in vigore a partire dall'1 maggio 1995. È da notare che mentre il sesto comma della norma, autorizzando la possibilità della proposizione congiunta di una domanda attribuita al giudice di pace e di una competenza del pretore o del tribunale, avanti ad uno di questi ultimi giudici, ha potuto trovare applicazione soltanto a nuovi processi iniziati dall'1 maggio 1995 in poi, perché solo da allora è stata introdotta la competenza del giudice di pace, viceversa, il settimo comma potrebbe essere ritenuto applicabile allorché una causa di competenza del giudice di pace, connessa per i motivi di cui al sesto comma con altra già pendente avanti al pretore od al tribunale alla data dell'1 maggio 1995, sia proposta dopo tale data. Il giudice di pace dovrebbe rilevare la connessione e rimettere le parti avanti al pretore od al tribunale. In conseguenza, la norma dell'art. 40 settimo comma verrebbe a disciplinare una situazione in parte "pendente" alla data dell'1 maggio 1995.

3. Considerazioni generali sul nuovo testo dell'art. 5 c.p.c. alla luce degli orientamenti interpretativi sul vecchio testo.

Il vecchio art. 5 c.p.c. recitava che "la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti dello stato medesimo". Il nuovo testo dell'art. 5 suona allo stesso modo, ma con l'aggiunta, dopo la parola "riguardo" delle parole "alla legge vigente e" e dopo la parola "mutamenti" delle parole "della legge o". La modificazione così operata ha introdotto un'importante innovazione del nostro ordinamento processuale civile, o, meglio, ha introdotto un'innovazione radicale atta ad incidere su come l'art. 5 vecchio testo veniva interpretato. Interpretazione che costituiva il c.d. "diritto vivente". L'innovazione è rappresentata dalla espressa astensione del noto principio della perpetuatio iurisdictionis ai mutamenti della giurisdizione e della competenza derivanti direttamente da innovazioni della legge, sopravvenuti al momento della proposizione della domanda giudiziale.

In questo fenomeno, che si esprime con la formula mutamenti dello stato di diritto rilevante ai fini dell'individuazione di competenza e giurisdizione, rientrano una serie di ipotesi e precisamente:

a) la modificazione legislativa di un elemento legale della fattispecie normativa che attribuisce la competenza o la giurisdizione, cioè della nozione del c.d. criterio di collegamento (ad es., il legislatore modifica il concetto di residenza, ipotesi rilevante ai fini della competenza per territorio, ed in base alla modifica la controversia, che prima apparteneva al giudice adito, risulta attribuita ad un diverso giudice);

b) la modificazione legislativa dell'intera fattispecie attributiva della competenza o della giurisdizione (ad es., il legislatore modifica una regola di competenza per materia, per cui la controversia che al momento della domanda apparteneva al giudice adito risulti attribuita ad altro giudice);

c) la modificazione legislativa della estensione della circoscrizione giudiziaria del giudice adito che scaturisca a seguito della creazione di un nuovo ufficio giudiziario, per cui una “fetta” della competenza territoriale di un certo ufficio passa ad altro ufficio, ovvero a seguito dell’attrazione nella circoscrizione di un ufficio esistente di una fetta della competenza territoriale dapprima spettante ad altro limitrofo ufficio, che sia stato soppresso.

Più dubbio è, invece, se nel fenomeno debba farsi rientrare l’ipotesi in cui la legge qualifica in modo diverso da quello vigente all’atto della domanda il rapporto controverso, di modo che, pur non essendo incisa in via diretta la regola di collegamento attributiva della competenza o della giurisdizione, il rapporto appaia riconducibile alla competenza o giurisdizione di altro giudice (es.: un rapporto di lavoro pubblicistico viene da una nuova legge qualificato come privatistico).

Ora, i mutamenti dello stato di diritto rilevante per l’individuazione di giurisdizione e competenza, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, condiviso, peraltro, da una parte della dottrina (1), venivano ritenuti estranei all’ambito del vecchio art. 5. Tale orientamento veniva giustificato sulla base del rilievo che tale norma si riferiva espressamente ai soli mutamenti dello stato di fatto rilevante ai fini della determinazione della competenza e della giurisdizione (ad es., cambiamento di residenza nel corso del processo da parte del convenuto).

Con una certa coerenza la giurisprudenza riteneva, pertanto:

aa) che l’art. 5 fosse inapplicabile nel caso di *ius superveniens* in ordine alla legge direttamente modificatrice della giurisdizione o della competenza, con la conseguenza che, se in base alla legge nuova fosse sopravvenuto il difetto della giurisdizione ovvero della competenza del giudice adito, essa doveva senz’altro rilevarsi (naturalmente in assenza di disposizioni transitorie contrarie e sempre che secondo il regime processuale la possibilità di sollevare la relativa questione non fosse già preclusa) (2);

bb) che, sempre per l’inapplicabilità dell’art. 5, al contrario, nell’ipotesi di mutamento della legislazione sulla giurisdizione o competenza che avesse determinato la sopravvenuta giurisdizione o competenza del giudice adito, non potesse farsi dichiarazione del difetto originario della giurisdizione o della competenza (sempre in assenza di disposizioni transitorie contrarie);

cc) che, ancora una volta per la inapplicabilità dell’art. 5, nel caso di mutamento di qualificazione giuridica del rapporto controverso importante mutamento della giurisdizione l’intervento di una legge attributiva della giurisdizione ad un giudice diverso da quello adito imponesse sempre (in difetto di diritto transitorio in senso contrario) la declinatoria della giurisdizione (3).

Orientamenti non sempre univoci sussistevano, invece, a proposito di quei mutamenti dello stato di diritto riguardanti elementi della fattispecie legale attribuita della giurisdizione o della competenza ovvero casi di mutamento delle circoscrizioni giudiziarie, quali quelli derivanti dalla costituzione di una nuova Corte d’Appello con conseguente mutamento del c.d. foro erariale (4).

Il nuovo testo dell’art. 5 c.p.c., con il chiaro riferimento ai mutamenti della legge e la previsione della loro irrilevanza potrebbe sembrare idoneo a risolvere tutti i casi appena indicati. Ma questa è soltanto un’impressione superficiale, ancorché si debba concordare con chi ha propugnato un’interpretazione quanto più alta possibile della nuova norma (5).

4. I casi che il nuovo art. 5 consente di risolvere.

La nuova formulazione dell’art. 5 non è apparsa alla dottrina, nonostante gli auspici della Relazione Acone-Lipari alla l. 353/90 (6), idonea a risolvere tutte le ipotesi di mutamento dello stato di diritto, incidenti sulla giurisdizione e sulla competenza nel senso della loro irrilevanza sui giudizi pendenti. Non si pone in discussione in dottrina che in base al nuovo art. 5 dovranno considerarsi irrilevanti:

A) i mutamenti legislativi concernenti elementi legali della fattispecie attributiva della giurisdizione o della competenza (ad es.: una legge che modifichi il concetto di domicilio o di sede sociale rilevante in ipotesi per l'attribuzione della competenza territoriale; una legge che, l'intervento in un momento nel quale la questione di competenza territoriale derogabile fosse ancora rilevabile ex art. 38 novellato, a modifica dell'ultimo inciso dell'art. 15 c.p.c. attribuisce la competenza territoriale nelle controversie immobiliari di diritto reale concernenti immobili ricadenti in due circoscrizioni giudiziarie a quel giudice nella cui circoscrizione si trovi la maggior parte dell'immobile): di conseguenza, resterà ferma la competenza o la giurisdizione del giudice adito in quanto originariamente sussistenti secondo la previgente disciplina. L'importanza dell'innovazione arrecata dal nuovo testo dell'art. 5 c.p.c. in proposito non va sottovalutata, poiché nella giurisprudenza applicativa del vecchio testo dell'art. 5, talvolta accadeva che, traendo pretesto dalla mancata previsione dell'irrelevanza dei mutamenti legislativi, si sancisse la rilevanza sui processi in corso di mutamenti della disciplina legislativa della fattispecie legale attributiva della competenza o della giurisdizione, come ad esempio accadde: 1) in casi di verifica del cambiamento della nazionalità di una parte, presupposto della giurisdizione; 2) in casi in cui la costituzione di una nuova Corte d'Appello aveva determinato la conseguente configurabilità di un nuovo foro erariale relativamente a cause nelle quali fosse stata parte un'amministrazione statale; 3) in casi in cui fosse venuto meno il presupposto della giurisdizione rappresentato dal fatto che la controversia aveva radice con un certo territorio passato ad altro Stato (per es., il Dodecanneso) (7). La lettura della casistica giurisprudenziale rende particolarmente apprezzabile la novellazione dell'art. 5, che fa giustizia di prassi giurisprudenziali, le quali, attribuendo rilievo a mutamenti legislativi come quelli in discorso finivano per risolversi, laddove comportavano la declinatoria della giurisdizione o della competenza con obiettivo spreco di attività processuale;

B) i mutamenti legislativi concernenti l'intera fattispecie attributiva della giurisdizione o della competenza, cioè il criterio di attribuzione della giurisdizione o della competenza nel caso di ius superveniens secondo cui il giudice adito non sarebbe più competente o non avrebbe più giurisdizione (si pensi, ad esempio: ad una legge che attribuisse la competenza per materia sul tipo di controversia, cui appartenga quella pendente avanti ad un certo giudice ad altro giudice, ad una legge che stabilisca che il giudice avanti al quale trovasi pendente la controversia di un certo valore, è competente solo per un valore ridotto; ad una legge che regoli il c.d. foro generale della competenza territoriale ex art. 18 c.p.c. attribuendo rilievo non più al luogo della residenza del convenuto, ma a quello della residenza dell'attore);

C) i mutamenti legislativi concernenti modifiche della competenza territoriale scaturenti da modificazione o costituzione di uffici giudiziari (es.: creazione di nuova Corte d'Appello): in assenza di norme transitorie che attribuiscono la competenza sui processi in corso al nuovo ufficio, competente rimarrà quello vecchio avanti a cui i processi pendevano.

5. I casi che l'art. 5 lascia o lascerebbe insoluti. L'ipotesi del mutamento di qualificazione giuridica del rapporto controverso.

1) Un notevole disaccordo permane in dottrina, viceversa, su una serie di altre ipotesi riconducibili certamente alla nozione del mutamento dello stato di diritto rilevante ai fini della determinazione della competenza e della giurisdizione.

Vediamo di quali ipotesi si tratta.

Molto discussa, infatti, continua ad essere in primo luogo l'ipotesi del mutamento della qualificazione giuridica del rapporto dedotto in giudizio, comportante indirettamente mutamento della giurisdizione. Si tratta del caso in cui una nuova legge attribuisce al rapporto dedotto in giudizio una qualificazione in base alla quale, secondo i criteri di riparto della giurisdizione, le relative controversie spetterebbero non più alla giurisdizione di altro giudice. In questo caso il mutamento della giurisdizione non consegue all'intervento di una norma che in modo diretto regola diversamente da prima la giurisdizione su un certo tipo di rapporti, ma è una conseguenza indiretta

del cambiamento della qualificazione giuridica del rapporto, nel senso che la nuova qualificazione, valutata al lume delle regole di riparto della giurisdizione, evidenzia appunto un mutamento del giudice fornito di giurisdizione.

Come esempio paradigmatico di questa ipotesi si può addurre (almeno fino a quando non scatterà la competenza dell'a.g.o., cioè del pretore ex art. 33 del decreto legislativo 23 dicembre 1993, n. 546) quello della norma legislativa che configuri direttamente un certo rapporto di pubblico impiego come rapporto di lavoro privatistico o anche quello in cui una legge muti la natura del datore di lavoro da pubblica in privata o viceversa, con il conseguente "trascinamento" della relativa qualificazione nell'uno o nell'altro senso dei rapporti lavorativi (8).

2) Una parte della dottrina, sulla scorta del rilievo che in simili casi si verificherebbe un mutamento della domanda giudiziale relativa al giudizio pendente, cioè un mutamento afferente agli elementi intrinseci alla domanda giudiziale, reputa che essi non sarebbero regolati dall'art. 5 pur nella sua nuova stesura. Ora, che l'art. 5 sia inapplicabile allorché si verifichi un mutamento degli elementi stessi della domanda è innegabile (e meglio ne dirò nel paragrafo successivo), posto che riferendosi tale norma per individuare il momento determinante della giurisdizione e della competenza proprio alla domanda giudiziale appare di tutta evidenza che il principio della perpetuatio ch'essa proclama, sancendo l'irrelevanza dei mutamenti dello stato difatto e dello stato di diritto successivi alla sua proposizione, non può valere quando muta proprio l'atto processuale che è assunto come momento della determinazione e, quindi, far sorgere la perpetuatio. Il mutamento o la modificazione della domanda giudiziale automaticamente si concretano in un nuovo momento di determinazione della giurisdizione e della competenza.

Senonché, tale idoneità è da riconoscere esclusivamente alla proposizione o modificazione dell'originaria domanda ad iniziativa della parte, posto che la domanda cui allude l'art. 5 è la domanda come atto posto in essere della parte. Solo se l'art. 5 riferisse il momento di determinazione della giurisdizione all'oggetto della domanda, piuttosto che alla domanda tout court, sarebbe corretto inferire la conseguenza che in generale l'oggettivo mutamento degli elementi della domanda, indipendente dalla volontà dell'attore, sfugga all'ambito di applicazione dell'art. 5.

Ora, la nuova qualificazione giuridica del rapporto che sposti la giurisdizione è idonea ad incidere oggettivamente sulla domanda, cioè senza iniziativa della parte attrice. È sufficiente riflettere che la questione di giurisdizione integra un'eccezione rilevabile d'ufficio e ad istanza di parte e, quindi, sollevabile da soggetti diversi dall'attore, cioè da chi la domanda abbia proposto. Il rilievo della questione è indubbio che, "colorando" la domanda, determini un oggettivo mutamento della qualificazione giuridica della stessa rilevante (se non si ritiene applicabile l'art. 5) ai fini della giurisdizione. Ed allora, immaginare che l'art. 5 sia inapplicabile sulla base dell'argomento che il principio della perpetuatio non rilevi quando la modificazione o il mutamento della domanda comportano la necessità di assumere un nuovo momento di determinazione della giurisdizione, sembra una prospettiva erronea, laddove parifica all'ipotesi in cui la modifica o il mutamento della domanda dipenda da iniziativa dell'attore (che è l'unica contemplata implicitamente dall'art. 5 come eccezione all'operare della perpetuatio) la ben diversa ipotesi in cui l'oggetto della domanda sotto il profilo della natura della situazione giuridica rilevante ai fini della giurisdizione muti o si modifichi direttamente per la sopravvenienza di una legge che dia a quella situazione diversa qualificazione.

In altri termini, dire che in tali casi l'art. 5 non può trovare applicazione perché è mutata o modificata la domanda stessa significa escludere la perpetuatio non tanto a causa di un mutamento della domanda, quanto a causa di un mutamento legislativo, il quale di per sé comporta la modificazione o il mutamento della domanda stessa. Significa attribuire rilievo all'effetto piuttosto che alla sua causa.

3) La dottrina che esclude l'applicabilità dell'art. 5 c.p.c. al caso di cui ci si occupa, non a caso, per limitare le conseguenze gravissime della sua interpretazione (cioè la declinatoria della giurisdizione

da parte del giudice avanti al quale penda il processo), cerca di correggere la “rotta”, adducendo che è tutto da dimostrare che una nuova regolamentazione della situazione giuridica oggetto della domanda dedotta in giudizio, tale da comportare un mutamento della giurisdizione con riferimento all’ipotesi che la situazione venisse dedotta in giudizio dopo il mutamento, sia idonea ad arrecare automaticamente un mutamento della domanda che, relativamente a quella situazione sia stata già proposta in giudizio. Anche se tale domanda, come nel caso ipotizzato del rapporto di lavoro, riguardi un rapporto pendente sia prima che dopo il mutamento della qualificazione rilevante ai fini della giurisdizione, l’efficacia del mutamento di qualificazione non potrà che dispiegarsi – si dice – che per l’avvenire (9). Cioè: a partire dal momento dell’entrata in vigore della nuova legge qualificatoria il rapporto sarà da considerare diversamente qualificato ed idoneo a far nascere diritti deducibili in giudizio avanti al diverso giudice cui sia stata, attraverso la nuova qualificazione, attribuita la giurisdizione. Ma le situazioni giuridiche dedotte nel giudizio già pendente all’epoca dell’entrata in vigore della nuova legge resteranno immuni dalla nuova prospettiva qualificatoria. E, pertanto, la loro qualificazione giuridica non sarà toccata dalla nuova legge e neppure sarà necessario che l’attore modifichi la propria domanda adeguandola alla mutata prospettiva qualificatoria. Sarebbe da escludere, cioè che l’attore abbia bisogno di far constare in giudizio la trasformazione del rapporto importante l’indiretto mutamento della giurisdizione, poiché il “chiesto” fatto valere con la domanda originaria non potrebbe che concernere il modo di essere del rapporto anteriore alla trasformazione della sua qualificazione e resterebbe indifferente alla mutata qualificazione del rapporto stesso.

Così ragionando, cioè restando esclusivamente sul piano della modificazione della domanda ad iniziativa dell’attore, sembrerebbe corretto affermare che l’art. 5 è inapplicabile, ma non tanto perché si fuoriesce dal suo ambito di applicazione, quanto perché non v’è bisogno di applicarlo, cioè di ricorrere alla perpetuatio per far restare i processi pendenti avanti al vecchio giudice. La domanda, infatti, resta indifferente al mutamento di qualificazione della situazione che ne è oggetto. Potrebbe, semmai, sembrare che un problema di adeguamento e, quindi, di modificazione della domanda al ius superveniens in ordine al modo di essere del rapporto abbia a sorgere in quelle situazioni in cui la nuova disciplina del rapporto, per espressa previsione legislativa sia applicabile anche alle situazioni giuridiche pendenti e lo sia proprio a proposito dell’oggetto della domanda ovvero, essendo la domanda relativa, ad effetti giuridici destinati ad operare anche in futuro (e non essendosi il legislatore preoccupato di dettare disposizioni sulla permanenza della giurisdizione del giudice cui in precedenza competeva la giurisdizione). In questi casi l’attore sarebbe “costretto” a modificare la propria domanda adeguandola alla nuova qualificazione del rapporto rilevante ai fini della giurisdizione e, pertanto, l’art. 5 novellato apparirebbe destinato a non operare, perché il mantenimento della giurisdizione, una volta adeguata la domanda alla nuova disciplina, risulta impossibile ed essa deve essere declinata ponendosi un problema di rilevanza di un nuovo momento di determinazione della giurisdizione, in ragione del fatto che la domanda è stata modificata. Più che un’ipotesi in cui l’art. 5 riesce inapplicabile, si verificherebbe un’ipotesi in cui esso deve trovare applicazione rispetto ad un nuovo momento di determinazione della giurisdizione (10).

4) Peraltro, la stessa dottrina che argomenta nei sensi appena riferiti è consapevole che la soluzione offerta nel senso di sdrammatizzare la proclamata inapplicabilità dell’art. 5 perde valore, se si abbandona la premessa da cui parte cioè che il mutamento di qualificazione del rapporto incidente sulla giurisdizione si verifichi ex nunc, cioè dal momento dell’entrata in vigore della nuova legge di qualificazione e, quindi, solo per quella parte del rapporto destinata a durare successivamente o per gli effetti di esso richiesti successivamente. Non si esita, infatti, ad affermare che, se alla legge di nuova qualificazione del rapporto, sulla base di un’ontologica impossibilità di configurare lo stesso rapporto soggetto ad una qualificazione fino ad un certo momento e poi ad altra qualificazione successivamente a quella legge, si attribuisca l’effetto di qualificare il rapporto giuridico nel senso che comporta una diversa giurisdizione ex tunc, allora “venendo ad intendersi il rapporto di lavoro

“trasformato” come se fosse ab origine, da sempre, o pubblico o privato, difficilmente si sfuggirebbe ... alla declinatoria di giurisdizione, ove la trasformazione intervenisse pendente iudicio” (11).

A mio sommo avviso, le evidenti conseguenze negative in termini di spreco di attività processuale che comporta la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 5 all'ipotesi del mutamento di qualificazione giuridica del rapporto incidente sulla giurisdizione, consigliano di affermare al contrario la sua piena applicabilità in ogni caso per garantire la perpetuatio avanti al giudice già adito. Infatti, il presupposto da cui muove la pur autorevole dottrina dell'inapplicabilità, cioè che l'art. 5 non possa venire in considerazione in ogni caso di mutamento della domanda appare erroneo.

Invero, soltanto quando sia direttamente il mutamento (o la modificazione) della domanda a determinare una situazione per cui la giurisdizione non appaia più riferibile al giudice adito, ma ad altro giudice è corretto affermare che l'art. 5 non può garantire la perpetuatio. Ciò, per il fatto stesso che si impone il rilievo di un nuovo momento di determinazione della giurisdizione ai sensi dell'art. 5 stesso.

Quando, invece, il mutamento della giurisdizione non risulta l'effetto diretto del mutamento o della modifica della domanda, ma si colloca a monte in dipendenza della qualificazione legislativa nuova del rapporto, rispetto alla quale il mutamento o la modifica della domanda costituisca solo atto conseguente, sostenere la necessità che rilevi un nuovo momento di determinazione della giurisdizione significa attribuire rilevanza, per impedire la perpetuatio, proprio a quel mutamento della legge che l'art. 5 nuovo testo vuole irrilevante. La modifica o il mutamento della domanda, infatti, sono l'effetto del mutamento legislativo e non di una libera iniziativa dell'attore. E questo è tanto vero che, essendo la questione di giurisdizione rilevabile d'ufficio o dal convenuto, la nuova qualificazione del rapporto oggetto del giudizio può e deve essere introdotta nel processo dello stesso giudice, che deve rilevare le questioni rilevabili d'ufficio, e può essere introdotta dal convenuto. Anche se si accetta l'idea che il mutamento di qualificazione operi ex nunc sul rapporto oggetto del giudizio pendente ed anche se tale oggetto non postuli effetti destinati a prodursi in futuro e, quindi, “colorati” direttamente dalla nuova qualificazione del rapporto ed anche se si ipotizza che la sentenza che statuisce sul rapporto produca i suoi effetti, ancorché prodottisi, sul piano del diritto sostanziale, in un momento anteriore al verificarsi della nuova qualificazione legislativa e precisamente dal momento della domanda, riesce difficile escludere che quantomeno dal momento dell'entrata in vigore della nuova legge quegli effetti non ricevano essi stessi la nuova “colorazione” e, quindi, al momento della decisione, appaiono comunque riconducibili alla nuova giurisdizione (12).

L'ipotesi fatta dalla dottrina da cui sui dissente, cioè che in difetto di una modifica della domanda da parte dell'attore, che potrebbe non essere necessaria, la “trasformazione” della qualificazione del rapporto possa rimanere irrilevante resta, dunque, evanescente. Non senza, poi, che si debba rilevare che di norma saranno molti di più i casi in cui comunque, in relazione al suo oggetto, il “chiesto”, cioè il petitum del giudizio pendente si proietti necessariamente in un momento di durata del rapporto successivo all'intervento della legge di mutamento della sua qualificazione. E, quindi, molti di più saranno i casi in cui la modifica della domanda e l'adeguamento alla nuova situazione qualificatoria sarà necessaria, anche al di là del rilievo del giudice o della controparte della nuova qualificazione.

Solo l'applicazione dell'art. 5 sarà idonea in tali casi a scongiurare la declinatoria della giurisdizione e, pertanto, essa si impone, se si vuole evitare lo sconcio delle declinatorie di giurisdizione intervenute magari a processo ormai arrivato in secondo grado. Il presupposto teorico per postulare l'applicazione dell'art. 5 è evidente: basta riflettere che laddove l'art. 5 esige che sia la domanda il momento della determinazione della giurisdizione allude chiaramente alla domanda quale atto posto in essere dall'attore liberamente, mentre, laddove la domanda viene adeguata al mutamento di qualificazione del rapporto sarebbe assurdo e contrario alla ratio della regola della

perpetuatio ipotizzare che si verifichi un nuovo momento di determinazione della giurisdizione. L'obiettivo mutare della giurisdizione in questi casi non discende direttamente dalla domanda, come quando di sua iniziativa ed in assoluta libertà l'attore operi una emendatio libelli o una mutatio libelli su cui (ammesso che sia possibile nel nuovo rito) la controparte accetti il contraddittorio. Si tratta di situazioni obiettivamente diversissime. In queste ultime v'è un'iniziativa di parte, che è consentita dall'ordinamento od assentita dalla parte. Nella situazione del mutamento della qualificazione del rapporto l'iniziativa della parte è, quando c'è, l'effetto del mutamento della legge. E l'art. 5 proprio contro le conseguenze del mutamento della legge sulla giurisdizione vuole apprestare una garanzia di perpetuatio della giurisdizione del giudice già adito.

Va, dunque, nettamente affermato che l'art. 5 è idoneo a regolare il mutamento della qualificazione del rapporto dedotto in giudizio, importante un mutamento della giurisdizione (13).

Per completezza va rilevato, a questo punto, che, indipendentemente dalla validità della soluzione qui sostenuta un relevantissimo caso di mutamento della qualificazione del rapporto incidente sulla giurisdizione è stato risolto dal legislatore con opportune norme transitorie: alludo alla attribuzione al pretore in funzione di giudice del lavoro della giurisdizione sulla quasi totalità delle controversie in materia di pubblico impiego. Si veda l'inciso finale del terzo comma dell'art. 33 del decreto legislativo 23 dicembre 1993, n. 546, che sancisce espressamente la permanenza della giurisdizione amministrativa sui processi pendenti al momento in cui la nuova giurisdizione entrerà in vigore, con obiettiva ripetizione del principio che, a mio avviso, sarebbe potuto emergere dall'applicazione dell'art. 5 novellato.

6. Il caso della c.d. competenza sopravvenuta.

1) Radicali contrasti vi sono anche dopo la novellazione dell'art. 5 sull'ipotesi del mutamento della disciplina attributiva della competenza e della giurisdizione che importi la sopravvenienza della competenza o della giurisdizione del giudice adito, le quali, secondo la disciplina precedente, esistente al momento della proposizione della domanda, non sussistevano.

In tale caso l'applicazione del nuovo principio dell'art. 5 che rende irrilevanti i mutamenti della legge regolatrice della competenza o della giurisdizione, sopravvenuti alla proposizione della domanda, dovrebbe implicare, a stretto rigore, il rilievo della incompetenza o del difetto di giurisdizione e, quindi, l'abbandono del principio cui si ispirava la giurisprudenza nel vigore del vecchio art. 5. Proprio in questo senso si è espressa una parte notevole della dottrina (14).

2) Un'altra parte della dottrina, forte di autorevoli adesioni (15), ha, invece, sostenuto la perdurante validità del principio della competenza sopravvenuta, in ossequio al principio generale di economia processuale (16), del quale si reputa che l'art. 5 sia un'espressione, laddove serve (ma, come vedremo, solo tendenzialmente) a conservare il processo e, quindi, l'attività processuale svolta avanti al giudice originariamente adito, rendendo ininfluenza il mutamento dello stato di fatto o di diritto rilevante per la determinazione della competenza e della giurisdizione sopraggiunto nel corso del processo. Sotto tale profilo, il sopravvenire di una legge che attribuisca al giudice adito quella competenza o quella giurisdizione che al momento della domanda non aveva in base alla legge vecchia, opererebbe allo stesso modo di come opera la regola dell'irrilevanza del mutamento legislativo che, invece, sottragga la competenza o la giurisdizione al giudice adito. Nell'uno come nell'altro caso, infatti, il processo resterebbe sempre avanti a quel giudice.

A nulla rileverebbe l'argomento a contrario desumibile, ad avviso dell'opposto orientamento, dalle previsioni espresse negli artt. 90 comma terzo della l. 353/90 e 43 della l. 374/91 (istitutiva del Giudice di Pace), secondo le quali i giudizi pendenti avanti al Pretore alla data del 30 aprile e dell'1 maggio 1995, relativi a controversie ora attribuite ex art. 8 nuovo testo c.p.c. alla sua competenza, sono comunque definiti dal pretore, ancorché non fossero di sua competenza secondo la vecchia legislazione. Si sostiene che tali espresse previsioni sarebbero il sintomo che l'art. 5 non può essere letto nel senso dell'inapplicabilità all'ipotesi del mutamento legislativo che determini la competenza

sopravvenuta del giudice in precedenza incompetente e, quindi, come implicante l'irrilevanza di quel mutamento. Esse, cioè, fornirebbero una sorta di argomento a contrario ad una lettura in questo senso dell'art. 5. Ma l'argomento potrebbe benissimo essere rovesciato, nel senso che si potrebbe obiettare che il legislatore ha sancito espressamente nell'ipotesi del terzo comma dell'art. 90 e nell'art. 43 l'applicazione del principio della competenza sopravvenuta, proprio perché il nuovo testo dell'art. 5 avrebbe altrimenti escluso tale possibilità, mentre, se l'avesse consentita non vi sarebbe stato bisogno di due disposizioni che sarebbero state meramente ripetitive del precetto già discendente dall'art. 5. Certo, se si valorizza come preteso significato che riveste la nuova formulazione dell'art. 5 la funzione di assicurare la permanenza del processo avanti al giudice avanti al quale trovasi radicato, per il tramite della sancita irrilevanza dei mutamenti della legge regolatrice della competenza e della giurisdizione, le ragioni di analogia legis che militano a favore di un'estensione dei principi applicati dalle due norme innanzi citate, appaiono prevalenti su quelle che patrocinano un loro intendimento come accezioni alla regola espressa dall'art. 5, letto come se fosse espressione dell'esigenza di favorire la perpetuatio iurisdictionis e mai di impedirla.

3) Ragionando sempre con i normali criteri di interpretazione si dovrebbe, poi, rilevare che un dato che suggerisce la regola dell'art. 90 e dell'art. 43 citati è assolutamente ambivalente, nel senso che potrebbe essere confermativo sia dalla validità dell'una che dell'altra interpretazione. Alludo al fatto che l'ipotesi contemplata dalle due norme (della quali la seconda è sostanzialmente ripetitiva della prima) rappresenta l'unico caso in cui, a seguito della riforma si è potuta verificare la fattispecie della sopravvenienza della competenza rispetto a giudizi già pendenti prima. Invero, essendo stato il conciliatore soppresso e lasciato in carica solo per i processi pendenti e non avendo, quindi, subito un aumento di competenza, l'unico giudice di primo grado che ha visto aumentata (per aumento si intende qui anche l'attribuzione di una competenza per materia) la propria competenza è stato proprio il pretore. Ora, il fatto che l'ipotesi della competenza sopravvenuta del pretore fosse l'unica che si poteva verificare a seguito della riforma è ambivalente a livello interpretativo, perché la relativa previsione da un lato si presta ad essere intesa come mera ripetizione dell'ipotetica regola generale dell'art. 5, per il fatto stesso che il legislatore non ha ommesso di disciplinare altre ipotesi, che avrebbero potuto essere regolate dall'art. 5 letto in senso contrario, dall'altro lato ed in senso opposto si presta, proprio per il fatto che l'ipotesi disciplinata era unica ad essere significativa dell'intenzione del legislatore di escludere che l'art. 5 avrebbe altrimenti garantito lo stesso effetto. Il rebus interpretativo appare, dunque, difficilmente dipanabile, senza ricorrere ad una opzione di valore.

4) Debbo avvertire a questo punto che la scelta della soluzione favorevole al principio della competenza sopravvenuta, una volta giustificata sotto il profilo che l'essenza dell'art. 5 starebbe nel garantire che il processo permanga avanti al giudice adito, è foriera di conseguenze che la dottrina che la sostiene non ha valutato e che ben difficilmente si sarebbe disposti ad accettare. Infatti, se l'art. 5 esprime la regola della perpetuatio "a senso unico" per i mutamenti della legge regolatrice della giurisdizione e della competenza, cioè nel senso che vuole assicurare essenzialmente che il processo permanga avanti al giudice adito, sia che fosse competente o fornito di giurisdizione ab origine sia che lo diventi nel corso del giudizio, la stessa regola "a senso unico" dovrebbe valere oltre che le altre ipotesi di mutamento dello stato di diritto, anche i mutamenti dello stato di fatto. Si dovrebbe allora ritenere che, qualora la competenza o la giurisdizione non fossero state sussistenti all'atto della domanda, in relazione ad un determinato stato di fatto, e poi, nel corso del giudizio tale stato di fatto si sia verificato, il giudice non debba declinare la competenza o la giurisdizione. Così, introdotta una domanda da Tizio contro il convenuto Caio avanti al giudice incompetente territorialmente secondo il foro generale del convenuto (residenza) e quelli eventualmente concorrenti, il cambiamento di residenza del convenuto, che venga a risiedere nella circoscrizione del giudice adito, dovrebbe escludere la declinatoria della competenza.

Certo, la lettura del testo dell'art. 5 non fornisce (e non forniva prima della novella) alcun indice per reputare che la regola della perpetuatio debba funzionare a "senso unico", cioè solo nel senso in cui garantisca la permanenza della competenza del giudice adito originariamente competente e fornito di giurisdizione e poi vistesene privare. Nessun indice esclude nell'art. 5 che la regola della perpetuatio della giurisdizione e della competenza esistenti al tempo della domanda in capo a giudice diverso da quello adito valga anche nel caso in cui sopravvenga la competenza o la giurisdizione di quest'ultimo giudice. Va rilevato anzi che l'art. 5 non dice che i mutamenti dello stato di fatto o della legge rilevanti per la competenza e la giurisdizione del giudice adito sono irrilevanti solo se idonei a determinare il venir meno della sua competenza o giurisdizione.

5) A mio modesto avviso la regola della competenza sopravvenuta, al di là della sua correttezza sul piano interpretativo, meriterebbe oggi di essere abbandonata sulla base di altre considerazioni, anche desumibili dalla recente novità della decretazione d'urgenza innovativa della competenza e – more solito – reiterata ormai per ben tre volte (dd.ll. n. 238/95, 347/95 e 432/95). Detta regola confligge chiaramente con il principio del giudice naturale precostituito di cui all'art. 25 della Costituzione, laddove consente al legislatore di far divenire competente un giudice che non era competente al momento della instaurazione del giudizio e che, quindi, non era il "giudice naturale". Se è vero che la Corte Costituzionale non ha mai voluto censurare come violatrici della regola dell'art. 25 leggi modificatrici della competenza relativamente ai giudizi in corso, ancorché la migliore dottrina fosse di avviso assolutamente contrario (17), si potrebbe comunque reputare che un'interpretazione dell'art. 5 nel senso che consenta la regola della competenza sopravvenuta quantomeno non meriti di essere sostenuta perché poco conforme all'art. 25 Cost. latamente inteso, di modo che sarebbe lasciato intero al legislatore il peso di prevedere espressamente la sua operatività caso per caso.

Se poi, si riflette sulla recente "novità" della modifica della competenza per decreto legge e si considera che ormai ben due decreti legge sono decaduti (il n. 238 ed il n. 347/95) ed altri ne decadranno, una volta reiterati, e si tiene conto che l'applicazione della regola della competenza sopravvenuta comporta la sostanziale "salvezza" dei processi instaurati vigente un decreto legge decaduto in forza della sopravvenienza di un nuovo decreto legge (così sembrerebbe dovere accadere a proposito dell'inopinato aumento della competenza pretorile a cinquanta milioni), con sostanziale elusione (prima che un'eventuale legge di conversione, ex art. 77 Cost., faccia salvi gli effetti dei decreti decaduti) della regola della caducazione degli effetti del decreto legge non convertito, non può non sembrare inquietante la prospettiva che il potere esecutivo, attraverso la prassi di decreti legge reiterati per lungo tempo, possa incidere sulla competenza civile, magari per favorire l'attribuzione di una categoria di processi ad un certo giudice piuttosto che ad un altro, per un lungo periodo di tempo prima della conversione in legge.

Credo, dunque, di dovere esprimere un'opzione decisa a favore dell'esclusione della riconducibilità del principio della competenza sopravvenuta alla regola dell'art. 5. Questa soluzione avrebbe il pregio di lasciare al legislatore (ed anche al provvisorio legislatore governativo per decreto legge) la responsabilità di stabilire l'attribuzione della competenza o della giurisdizione al giudice che originariamente non era competente.

7. L'art. 5 c.p.c. e il mutamento, la modifica e la riduzione della domanda.

La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che al principio dell'art. 5 sia estranea la fattispecie in cui la domanda introduttiva di giudizio sia, su libera iniziativa della parte, emendata (cioè modificata: il momento della preclusione di tale attività è ora stabilita dall'art. 183 c.p.c.) o mutata (ipotesi questa non prevista dalla nuova disciplina processuale e neppure dalla vecchia, ma che, nel vigore di quest'ultima si riteneva possibile, se la controparte vi avesse prestato acquiescenza;

nel nuovo rito, se le preclusioni si intendono, come mi pare, rilevabili d'ufficio, sembra arduo ipotizzare la possibilità di un mutamento della domanda).

Non si può, cioè immaginare che, verificatesi tali attività, la regola dell'art. 5 imponga la permanenza del processo avanti al giudice adito anche se esso, in relazione alla domanda mutata o modificata non sia provvisto di giurisdizione o di competenza. Infatti, l'art. 5 fa riferimento alla domanda come momento determinante della giurisdizione e della competenza e se l'ordinamento consente il mutamento e la modifica della domanda non può che divenire rilevante un nuovo momento di determinazione della competenza e della giurisdizione (18).

Qualche notazione merita l'ipotesi del mutamento soggettivo della domanda per effetto di successione nel processo (art. 110 e 111 c.p.c.). Autorevole dottrina, immaginando la possibilità astratta che, a seguito di tale evento si possa porre un problema di mutamento della competenza o della giurisdizione (es.: succedono al convenuto, evocato in giudizio secondo il foro generale dell'art. 18 gli eredi, rispetto ai quali tale foro è presso altro giudice; muore il convenuto italiano e gli succedono eredi stranieri), sembra, a differenza che per le ipotesi di mutamento o modifica oggettiva della domanda, opinare, se mal non abbiamo inteso il suo pensiero, che l'art. 5 in tal caso opererebbe, poiché i mutamenti dei requisiti della residenza e della nazionalità di cui ai riportati esempi sarebbero irrilevanti ai sensi di detta norma (19).

Ma a me sembra che non vi sia alcun bisogno di invocare l'art. 5 in tali casi, posto che la prosecuzione del giudizio avanti al giudice adito a condizione che la sua competenza e giurisdizione sussistesse con riferimento alla domanda nei suoi termini soggettivi originari è prevista dalla legge: l'art. 110 dice, infatti, che il processo prosegue contro o è proseguito dal successore universale, mentre l'art. 111, per il caso di intervento del successore a titolo particolare e di estromissione concordata del suo dante causa dice che il processo prosegue.

Una qualche considerazione merita, infine, l'ipotesi della c.d. riduzione della domanda, la quale non rappresenta nient'altro che una specie della modifica della domanda. La giurisprudenza del Supremo Collegio in modo costante tratta quest'ipotesi – almeno sotto il profilo della motivazione della soluzione prescelta – in modo diverso da quella della modifica della domanda, poiché argomenta dall'art. 5 c.p.c. l'irrilevanza ai fini della competenza (chè immaginare una rilevanza ai fini della giurisdizione non sembra possibile) della riduzione, sia nel senso di escludere che essa possa servire a mantenere la causa avanti al giudice adito che non era competente sulla domanda originaria, sia nel senso di escludere che essa possa far venire meno la competenza del giudice adito a favore di quello inferiore, nell'ambito della cui competenza la domanda ridotta rientrasse (20). La dottrina critica il riferimento all'art. 5 come non pertinente e, sulla base del principio che la domanda è monopolio esclusivo della parte, reputa che in tali casi le soluzioni dovrebbero essere opposte (21).

In effetti, il riferimento dell'art. 5 è fuor di luogo ed inutile, bastando in tali casi, rispettivamente a giustificare la declinatoria della competenza a favore del giudice superiore con riguardo alla domanda su cui non sussisteva la competenza prima della riduzione, nonché a mantenere la competenza avanti al giudice adito e ad escludere la rimessione al giudice inferiore nella cui competenza rientrerebbe la domanda "ridotta", il rilievo già svolto da Chiovenda (22) che il giudice "pronuncia anche sulla parte della domanda ridotta, dichiarandola non dovuta o non più dovuta in base alla riduzione" e, dunque, aggiungo, per la prima delle ipotesi appena fatte dovendo considerare la competenza con riguardo alla domanda nella sua dimensione originaria.

D'altro canto, anche nel caso della modifica della domanda che non importi riduzione e determini una nuova competenza o giurisdizione è da vedere se il giudice adito, nel rimettere la causa al diverso giudice munito di competenza o giurisdizione debba procedervi come se la domanda nella sua consistenza originaria più non esistesse. Basta ipotizzare che quel giudice sia stato adito per ragioni di materia o nel presupposto della sua giurisdizione per percepire che, nel rimettere la domanda come modificata al diverso giudice competente o provvisto di giurisdizione, debba nel contempo decidere sulla domanda nella sua consistenza originaria rilevandone, proprio in ragione

dell'oggettivo riconoscimento della sua infondatezza implicato dalla modificazione, l'infondatezza. La modificazione della domanda originaria nient'altro significa se non il riconoscimento che in quei termini essa era infondata e l'unico giudice che per ragioni di competenza per materia o di giurisdizione può dichiararlo è quello dato.

8. L'art. 5 e la disciplina della modifica della competenza per ragioni di connessione.

Si sostiene da parte della dottrina e della giurisprudenza che l'art. 5 rilevarebbe anche in caso di connessione di cause. Nel senso che, ove per qualsiasi ragione si verifichi una separazione fra le cause connesse, il mantenimento della causa che, in forza del nesso di connessione con la causa c.d. attraente, era stata appunto attratta nella competenza del giudice competente su quest'ultima, nell'ambito della competenza di quel giudice si giustificerebbe proprio in base alla norma dell'art. 5. tale norma renderebbe irrilevante il mutamento dello stato di fatto conseguente alla separazione (23).

Un'autorevole dottrina ha ritenuto inesatto il richiamo all'art. 5 sulla base dell'assunto che non rilevarebbero ai sensi di quella norma le modificazioni dell'oggetto del processo, cioè, se mal non abbiamo inteso, perchè la situazione creatasi sarebbe simile a quella della modifica o mutamento della domanda che impone un nuovo momento determinante della competenza. Questa dottrina, tuttavia, recupera in buona sostanza gli effetti che produrrebbe l'applicazione dell'art. 5, sostenendo che, essendovi due previsioni espresse limitatamente (artt. 103, secondo comma, art. 104, secondo comma c.p.c.) di connessione, nelle quali, per espressa previsione di legge, si può far luogo alla rimessione della causa attratta al giudice di competenza inferiore (con rilievo della sola competenza per valore), si dovrebbe escludere a contrario, che una rimessione possa avvenire in tutte le altre ipotesi di connessione nelle quali si verifichi la situazione di separazione od altra simile (24).

A me pare, però, che la dottrina tradizionale e la giurisprudenza (25) abbiano ragione a postulare l'applicazione dell'art. 5. Mi spinge a questa conclusione lo stesso rilievo che, a proposito del mutamento della qualificazione giuridica del rapporto mi indusse, in dissenso da Oriani, a sostenere che l'art. 5 trova applicazione a quell'ipotesi: il rilievo è che secondo l'art. 5 un problema di nuovo momento determinante della giurisdizione si può porre solo in ragione del mutamento o della modifica della domanda ad iniziativa della parte. Le ipotesi che qui si considerano, laddove determinano una modifica dell'oggetto del giudizio e, quindi, dell'ambito delle domande da decidersi, non sono il frutto di iniziativa di parte, ma di provvedimenti del giudice. Se l'art. 5 non fosse applicabile e non sancisse l'irrilevanza della mutata situazione ai fini della competenza la competenza sulla causa attratta dovrebbe essere declinata. In quest'ottica le disposizioni degli artt. 103 secondo comma e 104 secondo secondo c.p.c. vanno considerate come vere e proprie deroghe all'art. 5 c.p.c. e come tali non sono suscettibili, data la loro natura di previsioni speciali di estensione, oltre le ipotesi che regolano, alle altre fattispecie di connessione.

9. L'art. 5 ed i giudizi di impugnazione. La soppressione di uffici giudiziari. "Relatività" del valore dell'art. 5.

1) Si è esattamente notato che l'art. 5 è applicabile anche ai giudizi di impugnazione, ma con l'avvertenza che quale momento determinante della competenza su di essa va considerato quello della proposizione della impugnazione e non della domanda di primo grado (26).

2) Resta estranea all'art. 5 l'ipotesi in cui un ufficio giudiziario venga soppresso senza che il legislatore abbia l'accortezza di prevedere la sua permanenza fino allo smaltimento dei processi pendenti (27) oppure una traslatio degli stessi processi avanti ad altro ufficio.

3) Per altro verso e concludendo sul tema della giurisdizione occorre avvertire che la novità della norma dell'art. 5 non va sopravvalutata. Essendo, infatti, il c.p.c. una legge ordinaria, appare evidente che il principio introdotto potrà essere derogato da eventuali leggi di modificazione della giurisdizione e della competenza che espressamente prevedano l'applicabilità della modifica ai processi pendenti. In definitiva l'efficacia del principio opererà soltanto qualora la nuova legge nulla dica in ordine alla sua immediata applicabilità ai processi pendenti (28).

10. La duplice novellazione della norma dell'art. 40 c.p.c. e i tempi diversi della sua entrata in vigore. L'incidenza sulla competenza soltanto della novellazione riguardante il giudice di pace.

1) L'art. 5 della l. 353/90 ha aggiunto ai due commi di cui constava il vecchio art. 40 c.p.c. altri tre commi, che sono diventati il terzo, il quarto ed il quinto. Essi sono venuti a disciplinare opportunamente una situazione che nel vecchio rito processuale non trovava alcuna espressa regolamentazione. Si tratta dell'ipotesi in cui, ricorrendo le fattispecie di connessione di cui agli articoli 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c., si realizzi avanti allo stesso giudice il c.d. *simultaneus processus* fra controversie le quali sono soggette a riti processuali diversi.

Vediamo subito a quali processi si applicano i nuovi tre commi in discorso e da quando.

In forza all'art. 92 comma primo l. 353/90 primo inciso di detta legge come novellato dall'art. 2 comma 5 della l. 477/92, l'art. 5 l. 353/90 entrò in vigore fin dall'1 gennaio 1993 per i processi instaurati da quella data in poi.

Per i processi instaurati già e, quindi, pendenti alla suddetta data l'applicazione dell'art. 5 doveva scattare ed in concreto è scattata dal 30 aprile 1995, in forza dell'art. 92 primo comma secondo inciso l. 353/90 nel testo novellato dall'art. 6 del d.l. n. 571/94 convertito nella l. n. 673/94, il quale disponeva che le norme della legge n. 353/90 entrate in vigore dall'1 gennaio 1993 trovassero applicazione ai processi pendenti a far tempo dal 30 aprile 1995.

Peraltro, con una serie di successivi decreti legge (n. 121/95, n. 238/95, n. 347/95, tutti decaduti, n. 432/95) in sede di novellazione dell'art. 90 l. 353/90, nel rovesciare in linea generale la scelta del legislatore originario di quella legge, che era stata nel senso di conservare per i processi pendenti l'applicazione delle regole del nuovo rito, la si è voluta, invece, mantenere limitatamente alle norme già fatte entrare in vigore per i soli processi iniziati dall'1 gennaio 1993. E, nell'ambito di questa scelta si è espressamente prevista l'applicazione dell'art. 5 in discorso ai processi già pendenti a quella data. La mancata conversione finora di ben tre decreti legge è rimasta a questo scopo priva di effetti, poiché l'art. 5 è comunque entrato in vigore in forza del riferito disposto dell'art. 92 primo comma secondo inciso.

Dunque, attualmente tutti i processi civili sono soggetti alla disciplina dei nuovi commi terzo, quarto e quinto dell'art. 40.

2) Va semmai segnalato che, durante il periodo compreso fra l'1 gennaio 1993 ed il 30 aprile 1995, l'applicazione dell'art. 5 ai processi iniziati dopo l'1 gennaio 1993 si è risolta in una vera e propria stortura, laddove, non essendo ancora entrata in vigore la competenza per materia generale del pretore sulle cause di locazione di immobili urbani (ora prevista dall'art. 8 c.p.c. nuovo testo) ed essendo rimasta in essere la frammentazione della competenza locativa tra pretore e tribunale con riti diversi a seconda del tipo di controversie anche davanti allo stesso giudice, la prevalenza del rito ordinario su quello speciale di cui all'art. 46 l. 392/78 ora abrogato (sancita, come vedremo, dal quarto comma dell'art. 40), ha potuto comportare (e mi è capitato di doverlo disporre) che una causa da trattare con quel rito speciale fosse attratta nel rito ordinario, salvo, poi, peraltro, alla sola condizione che il processo fosse stato ancora pendente al 30-4-95, in forza della norma dell'art. 90 quarto comma l. 353/90 (nel testo risultante dalla novellazione attualmente vigente, di cui al d.l. n.

432/95; che nell'originaria stesura della norma, comunque entrata in vigore dal 30 aprile 1995, si trattava del secondo comma), ritornare al rito speciale del nuovo art. 447bis c.p.c. attraendo a sua volta la causa già soggetta al rito ordinario nel rito speciale.

3) All'art. 40 novellato dall'art. 5 della l. 353/90 l'art. 19 della legge n. 374/91, istitutiva del giudice di pace, ha aggiunto altri due commi che sono entrati in vigore dall'1 maggio 1995 in forza dell'art. 49 di detta legge siccome modificato dall'art. 13 del d.l. n. 571/94 convertito nella l. 673/94.

Tali ulteriori due commi disciplinano la connessione con riguardo al giudice di pace.

11. L'incidenza sulla competenza soltanto della novellazione riguardante il giudice di pace.

1) La ragione giustificativa e gli effetti di ognuna delle due novellazioni dell'art. 40 c.p.c. appaiono di segno diverso.

La novellazione dell'art. 40 espressasi con i nuovi terzo, quarto e quinto comma (29) è stata occasionata dalla volontà del legislatore di intervenire a risolvere una serie di questioni che si erano verificate, in assenza di una specifica regolamentazione sul rito da considerarsi prevalente, nei casi in cui, in forza delle regole di modificazione della competenza per ragioni di connessione od anche indipendentemente da quelle modificazioni, avanti ad uno stesso giudice si fossero trovate riunite cause soggette a differenti riti processuali. Sotto la spinta della proliferazione dei riti speciali, talora avvenuta in modo dissennato, cioè, come sulle locazioni, per "pezzi di rapporto" e non con riguardo a rapporti giuridici completi, dottrina e giurisprudenza erano state costrette ad inventare in questo caso soluzioni non sempre tranquillanti ed appaganti. E laddove la questione relativa al rito processuale si intrecciava con questioni di competenza che, secondo le regole della modificazione della competenza per ragioni di connessione enunciate in detti articoli, non consentivano la possibilità del *simultaneus processus*, i risultati erano stati veramente sconcertanti (30).

Ora, va subito posto in chiaro che l'innovazione introdotta con il terzo, il quarto ed il quinto comma dell'art. 40 prevede un criterio di risoluzione dell'intreccio fra cause connesse soggette a riti diversi esclusivamente per il caso che le cause, in forza delle regole dettate dagli articoli richiamati debbano essere trattate dallo stesso giudice. La nuova normativa ha, cioè per oggetto esclusivamente una situazione in cui, in applicazione degli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c., le cause connesse soggette a differenti riti processuali comunque si siano venute a trovare davanti alla cognizione dello stesso giudice.

Ne consegue che i nuovi commi terzo, quarto e quinto dell'art. 40 c.p.c. non contengono assolutamente alcuna regola di competenza. In particolare non sono applicabili, quando, in forza delle regole di cui agli artt. 31-36 c.p.c. non possa realizzarsi la trattazione delle cause connesse innanzi al medesimo giudice.

Pertanto, se delle cause connesse soggette a riti diversi secondo le regole di cui agli articoli 31, 32, 34, 35 e 36 non può realizzarsi la trattazione da parte di uno stesso giudice perché una delle competenze su alcuna di quelle cause è tale da non potere essere derogata per le ragioni della connessione, cosa che rileva in via assolutamente preliminare al problema del rito, le nuove norme in commento non possono rilevare in alcun modo.

2) Un'autorevole dottrina è, invece, di diverso avviso. Essa, dall'omologazione del trattamento della questione di competenza per valore a quella di competenza per materia e per territorio inderogabile, emergente dall'art. 38 c.p.c. nuovo testo, ha dedotto che, ai fini dell'applicazione delle norme degli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c. sulle c.d. modificazioni della competenza per ragioni di connessione, si dovrebbe reputare ora raggiunta una piena assimilazione fra la competenza per materia (ed anche quella territoriale inderogabile) e la competenza per valore.

Secondo la lettura che di quelle norme era prevalsa in dottrina (31) ed in giurisprudenza le modificazioni della competenza per ragioni di connessione:

- a) non potevano mai comportare deroghe alla competenza per materia o per territorio inderogabile (32) (per esemplificare si legga l'art. 32, che, alludendo alla sola competenza per valore, esclude l'ipotesi che la domanda di garanzia sia di competenza per materia di giudice diverso da quello della causa principale);
- b) potevano sempre comportare deroghe alla competenza per territorio derogabile;
- c) potevano comportare deroghe alla competenza per valore solo a favore del giudice di competenza superiore, salve le eccezioni previste dall'art. 31 e 32, norme autorizzate anche della deroga a favore del giudice di competenza inferiore (33).

Viceversa, alla luce dell'identità di trattamento fra competenza per materia e per territorio inderogabile e competenza per valore, si dovrebbe ora reputare che le norme in questione consentano anche la deroga ai primi due tipi di competenza, poiché dove la legge nelle norme in questione ha previsto la deroga della competenza per valore si dovrebbe reputare abbia voluto consentire implicitamente anche la deroga alla competenza per materia e territorio inderogabile (34).

La tesi, pur autorevole, non mi pare condivisibile, perché la previsione di un momento identico di rilevazione delle questioni di competenza per materia, valore e territorio inderogabile non potrebbe essere interpretata come significativa della volontà del legislatore di abrogare implicitamente le previsioni che negli artt. 31-36 assegnano una diversa rilevanza alla competenza per materia rispetto a quella per valore. È sufficiente osservare che non ricorrono indici per ritenere che vi sia stata né un'abrogazione per incompatibilità, né un'abrogazione per regolamentazione nuova dell'intera materia (art. 15 delle disp. att. al c.c.).

A tacer d'altro, la stessa collocazione dell'art. 38 in un punto del codice successivo a quello degli artt. 31-36 esclude queste possibilità, non senza che si debba pure ricordare che l'orientamento interpretativo nel vecchio rito era consolidatissimo e che, se il legislatore avesse voluto innovare l'ordinamento eliminandone la possibilità, lo avrebbe fatto in modo espresso o almeno esplicito.

Si aggiunga che nella nuova norma dell'art. 40 e precisamente nella stesura risultante dalla novellazione operata dalla l. 474/91 sull'istituzione del giudice di pace con l'introduzione dei commi sesto e settimo, il legislatore ha espressamente disciplinato, invece, l'ipotesi della connessione fra causa attribuita alla competenza per materia del giudice di pace e causa attribuita alla competenza del pretore o del tribunale, prevedendo in tal caso la derogabilità della competenza per materia del giudice di pace per tutte le norme degli artt. 31, 32, 34, 35 e 36.

Ora, se già da tali norme si fosse dovuto evincere, dopo la parificazione del regime di rilevazione fra le c.d. competenze "forti" (materia e territorio inderogabile) e quella per valore, la derogabilità anche della competenza per materia, nel senso della possibilità di uno spostamento per le ragioni della connessione anche di cause regolate da quelle competenze, il legislatore non avrebbe avuto ragione di richiamare le norme degli artt. 34, 35 e 36, dal cui combinato disposto si evince, secondo la dottrina e la giurisprudenza tradizionali, l'inderogabilità della competenza per materia. L'effetto della deroga alla competenza per materia del giudice di pace a favore della competenza del pretore e del tribunale nelle ipotesi previste da quelle norme sarebbe già stato deducibile dagli artt. 34, 35 e 36 interpretati nel senso voluto dalla dottrina che si critica. Il legislatore della l. n. 373/91 avrebbe avuto bisogno di richiamare soltanto le norme degli artt. 31 e 33, in quanto tali norme consentendo rispettivamente l'attrazione della causa accessoria presso il giudice inferiore munito di competenza per materia sulla principale e l'attrazione della causa di garanzia avanti al giudice inferiore tout court avrebbero comportato l'attrazione di cause di competenza dei giudici togati avanti al giudice di pace.

Di fronte ad un intervento specifico, il quale manifestamente ha presupposto che l'applicazione delle norme degli artt. 34, 35 e 36 avrebbe comportato la possibilità che il processo simultaneo potesse non avere luogo, nei casi in cui la causa attraenda fosse stata di competenza del giudice di pace, nel mentre non avrebbe avuto senso ove già l'interpretazione delle dette norme avesse escluso

quella possibilità e garantito comunque la rimessione dell'intero processo avanti al giudice superiore, mi pare difficile dubitare dell'intenzione del legislatore di non avallare la pur autorevole tesi all'esame (35).

Ne discende che l'effetto dei commi terzo, quarto e quinto dell'art. 40 è ben più modesto di quello che la dottrina aveva sollecitato a svolgere per pervenire proprio ai risultati voluti dalla dottrina da cui si è appena dissentito. Esso si risolve nella sola previsione di una regola di scioglimento della situazione di intreccio fra diversi riti delle cause connesse a "giochi" ormai definiti quanto alla competenza.

Sicché, in quei casi in cui una delle cause connesse e soggette a riti diversi e precisamente quella non attraente ai fini della modificazione della competenza, sia soggetta ad un criterio di competenza per materia o per territorio inderogabile, il processo simultaneo continua a non poter avvenire.

3) Gli ultimi due commi dell'art. 40 che disciplinano la connessione con riguardo al giudice di pace – va subito notato – a differenza dei tre precedenti pongono regole di vera e propria competenza, laddove sostanzialmente disciplinano in modo autonomo le modificazioni della competenza per ragioni di connessione allorché la connessione (sempre limitatamente alle ipotesi previste dalle citate norme degli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c.) concerna una causa di competenza del giudice di pace ed altra di competenza di un giudice togato (pretore e tribunale).

12. La connessione avanti ai giudici togati.

In ordine alla nuova normativa di cui ai nuovi terzo, quarto e quinto comma della norma introdotti dalla l. 353/90, ribadito il rilievo che concernono soltanto i giudici togati, va anzitutto osservato che con l'espressione "cumulativamente proposte" il legislatore ha inteso alludere all'ipotesi che delle cause connesse soggette a riti diversi si realizzi il c.d. cumulo iniziale. Questo caso ha luogo allorché il cumulo si sia realizzato in uno dei modi di cui gli articoli da 31 a 35 c.d.c. e l'applicazione delle regole ivi previste abbia consentito:

- a) o che il cumulo sia stato conservato avanti allo stesso giudice adito (il che accade sempre nei casi di cui agli artt. 31 e 32, mentre può accadere nei casi di cui agli artt. 34, 35 e 36;
- b) o che il cumulo si sia conservato avanti ad un giudice di competenza superiore, attraverso la trasmigrazione del processo avanti a lui (il che può accadere nei casi di cui agli artt. 34, 35 e 36);
- c) o che il cumulo si sia realizzato ab origine avanti al giudice superiore in forza della congiunta proposizione della causa attraente e della causa attenda avanti di lui (il che può accadere sempre nelle ipotesi di cui agli artt. 34, 35 e 36).

Viceversa, con l'espressione "successivamente riunite" il legislatore ha inteso riferirsi all'ipotesi in cui la pendenza fra cause soggette a riti diversi avanti allo stesso giudice si sia realizzata a monte dell'art. 40 primo comma c.p.c., cioè successivamente alla loro separata proposizione avanti a giudici diversi, oppure ai sensi dell'art. 274 c.p.c., cioè con separati atti introduttivi proposti avanti allo stesso giudice, competente per entrambe, ma con diversi riti processuali (cumulo successivo) (36).

Il legislatore allude consapevolmente ad una riunione delle cause connesse, proprio perché nelle ipotesi ora dette la riunione viene in definitiva resa possibile per la presenza delle disposizioni in commento. Esse sono dirette ad indicare appunto come debba avvenire la trattazione e, nel dettare la regola in ordine al rito che prevale, legittimano la riunione delle cause, in quanto risulta possibile individuare con quale tra i diversi riti cui sono soggette le cause che potranno essere trattate.

Nella previgente disciplina l'assenza di una regola in ordine al rito che doveva prevalere costringeva, invece, la maggioranza degli interpreti e la giurisprudenza ad escludere la possibilità stessa della riunione successiva. Infatti, in assenza di una regola legislativa le diversità dell'un rito

processuale dall'altro inducevano a negare la possibilità stessa di un'unitaria trattazione. Ciò, era vero, d'altro canto, anche per l'ipotesi del cumulo iniziale.

13. L'ipotesi in cui fra le cause connesse ve n'è almeno una soggetta al rito ordinario e l'ipotesi in cui ve n'è almeno una rientrante di cui agli articoli 409 e 442 c.p.c.

Il nuovo terzo comma dell'art. 40 c.p.c. disciplina anzitutto il caso in cui il cumulo iniziale o successivo che si realizza fra cause soggette a riti processuali diversi comprenda almeno una causa che rientri fra le controversie di cui all'art. 409 o 442 c.p.c., cioè sia una causa di lavoro o previdenziale. Il chiaro riferimento alla tipologia di controversie e non al rito processuale in sé e per sé esclude qualsiasi possibilità di intendere la norma come se volesse alludere a tutte le controversie soggette al c.d. rito del lavoro. E, del resto, i lavori preparatori (si veda la relazione Acone-LiPari al disegno di legge approvato dal Senato il 28-2-1990) sono chiari nel senso che si è inteso alludere alle sole controversie di lavoro e previdenziali.

Pertanto, nell'ipotesi di connessione fra una causa da trattarsi secondo il rito del lavoro in materia di locazione ai sensi del nuovo art. 447-bis c.p.c. ed una causa da trattarsi con il rito ordinario la trattazione congiunta avverrà secondo quest'ultimo rito, in forza della regola generale dettata dal terzo comma all'esame.

Questa scelta del legislatore non mi sembra opportuna, soprattutto ove si tenga conto che in tal modo viene meno la possibilità per il giudice di utilizzare i poteri probatori d'ufficio, ora previsti dal terzo comma dell'art. 447-bis citato. E ciò, in una materia "calda" e pervasa in maniera rilevante dai conflitti sociali per il bene "casa", non può non suonare come una stonatura. Sì da non rendere del tutto infondato un dubbio di legittimità costituzionale, sotto il profilo della mancata garanzia di quelle stesse modalità della giurisdizione ritenute dallo stesso legislatore funzionali alla sua effettività per le controversie locative (37).

Va notato che la rilevanza assorbente data dal terzo comma al rito del lavoro nel caso che fra le cause connesse ve ne sia una ex artt. 409 e 442 c.p.c. esclude la possibilità di leggerlo come se si riferisse al solo caso in cui fra di esse ve ne sia almeno una soggetta al rito ordinario. Viceversa, anche nel caso che le cause connesse siano tutte soggette a riti speciali, se ve n'è una rientrante fra quelle ex artt. 409 o 442, prevarrà sempre il rito del lavoro (38).

Il terzo comma della norma, accanto all'ipotesi che vi sia fra le cause connesse una causa di lavoro o previdenziale, prevede quello che, non essendovene, vi sia invece almeno una causa di rito ordinario. In questo caso la trattazione dovrà avvenire secondo il rito ordinario.

La regola generale voluta dal legislatore è, dunque, quella della prevalenza del rito ordinario.

14. L'ipotesi in cui le cause connesse sono soggette tutte a differenti riti speciali.

Il nuovo quarto comma dell'art. 40 prevede l'ipotesi in cui la connessione concerna solo cause soggette a differenti riti speciali e nessuna di esse rientri fra quelle di cui agli artt. 409 e 442 c.p.c. In questa ipotesi (che è difficile rendere concreta (39) sono dettati con relazione di subordinazione due criteri.

In prima battuta si applica il rito processuale della causa in ragione della quale viene determinata (evidentemente ex artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c.) la competenza sulle cause cumulate. Nei casi in cui le ipotesi di connessione previste da tali norme non pongano problemi di competenza, per essere tutte di competenza del medesimo giudice (es.: proposta una domanda principale soggetta alla competenza del giudice adito con un certo rito speciale si realizza la sua riunione ad altra causa pregiudiziale nel senso di cui all'art. 34 c.p.c. soggetta alla competenza di quel giudice, ma con altro rito), l'applicazione del criterio potrà farsi in maniera "virtuale". Prevarrà, cioè, il rito della causa

che avrebbe, ai fini della competenza, esercitato la funzione “attraente”, qualora si fosse posto un problema di modificazione della competenza per ragioni di connessione (nel caso della connessione ex art. 34 appena ipotizzato, prevarrà così il rito della causa pregiudiziale).

In subordine si applicherà, invece, il rito previsto per la causa di maggior valore. Quest’ultima ipotesi – sempre nel caso che la prassi riveli qualche concreto caso di connessione del tipo all’esame – potrà dare luogo a problemi nel caso che le cause connesse siano tutte di valore indeterminabile (40) oppure eguale (41).

15. Le ipotesi di connessione a cui la normativa dei nuovi terzo, quarto e quinto comma dell’art. 40 si applica la nozione di rito speciale.

1) La dottrina ha evidenziato che le ipotesi di connessione cui si applica la nuova normativa dei commi terzo, quarto e quinto sono soltanto quelle delle norme degli artt. 31, 32, 34, 35 e 36.

La nuova disciplina non si applica, pertanto: a) alla connessione ex art. 33; b) alla connessione ex art. 104 c.p.c.; c) alla connessione per garanzia impropria, ove si consideri questa come una figura di connessione (42), posto che ad essa, secondo la dottrina e la giurisprudenza non si applica l’art. 32 c.p.c.

In dottrina ci si è posti, inoltre, il problema della possibile applicazione della nuova normativa in ipotesi in cui ricorrano nessi di connessione fra controversie ai sensi degli artt. 32, 33, 34, 35 e 36 ed una di esse sia di competenza del tribunale fallimentare, proponendosi in base al principio della vis attractiva concursus che in deroga alla normativa in commento prevalga sempre il rito fallimentare. Alla questione accenno in nota (43).

2) Gli interrogativi che in via generale sollecita la norma sono due.

Il primo riguarda la possibilità di estendere la sua applicazione ad ipotesi di connessione diverse da quelle che essa contempla.

Il secondo concerne l’individuazione della nozione di rito speciale ai fini della sua applicazione.

Quanto alla prima questione a mio modesto avviso non v’è che da prendere atto che la norma è nata male perché ha trascurato di considerare che esigenze di trattazione unitaria di processi connessi, assolutamente analoghe in termini di razionalità a quelle che hanno consigliato di rendere superabile la diversità di rito nei casi di cui agli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c., sussistono in numerosi altri casi di connessione. L’esigenza che ha indotto a garantire il processo simultaneo nelle ipotesi di connessione contemplate da quelle norme va, infatti, rinvenuta nella natura (almeno di norma) (44) “forte” della connessione, cioè in un suo modo di essere tale che l’ordinamento non sopporta il rischio che dal mancato svolgimento del processo simultaneo scaturiscano giudicati contrastanti sul piano pratico (45). Ma quel tipo di connessione sussiste anche in altri casi e soprattutto in caso di processo litisconsortile c.d. unitario (46) o di processi pur posti in essere fra le stesse parti che siano fra loro connessi secondo un nesso di c.d. pregiudizialità per incompatibilità fra le tutele richieste in ognuno dei giudizi (es.: domande contrapposte avanti ad oggetto l’accertamento positivo della sussistenza di un contratto locativo di immobile urbano e l’accertamento positivo di un contratto agrario), sempre che questa ipotesi non sia riconducibile alla continenza o all’art. 34 c.p.c.

Ebbene, mi sembra che di fronte alla struttura della norma dell’art. 40, che elenca una serie di casi, sia difficile argomentare la possibilità sia di un’interpretazione estensiva, sia di un’interpretazione analogica, ancorché non siano mancati tentativi in tal senso (47).

Non resta che prendere atto che la norma è nata, come ho detto, male, perché meglio avrebbe fatto a sancire in generale regole sul rito applicabile con riguardo genericamente all’ipotesi di processi connessi, riuniti o cumulativamente proposti.

Tuttavia, dato che nelle ipotesi escluse è difficilissimo ipotizzare che le cause connesse siano soggette a riti diversi, il problema che pone la tecnica usata dal legislatore va sdrammatizzato.

3) Quanto alla nozione di rito speciale rilevante ai sensi della norma in discorso, osservo:

- a) che i commentatori sono d'accordo nel ritenere che per rito speciale si debba intendere un rito che ha forme speciali rispetto a quello ordinario, ma si caratterizza pur sempre come qualità della cognizione che assicuri nel senso di rito a cognizione "piena";
- b) che ciò esclude che la norma in commento e prima ancora la stessa disciplina della modificazione della competenza per ragioni di connessione possa trovare applicazione all'ipotesi in cui uno dei processi, tra cui intercorra uno dei nessi ipotizzati dagli artt. 31, 32, 34, 35 e 36, sia un procedimento speciale anche quanto alla natura della cognizione, che sia sommaria (es.: procedimento cautelare; procedimento possessorio);
- c) che la stessa conclusione deve affermarsi a proposito del caso della connessione fra un procedimento soggetto alla cognizione piena ed un procedimento che abbia una fase preliminare a cognizione sommaria cui solo dopo debba seguire la cognizione piena, fintanto che quest'ultimo penda nella fase sommaria (es.: procedimento per convalida di sfratto; procedimento monitorio prima dell'opposizione ex art. 645 c.p.c.; procedimento ex art. 28 l. 300/70 (48));
- d) che non v'è problema di diversità di rito nelle ipotesi di trattazione simultanea di processi per connessione fra una causa soggetta al rito ordinario previsto per il procedimento avanti al tribunale ed una causa soggetta a quello stesso rito ex art. 311 c.p.c., ma con le previsioni speciali dettate per il procedimento avanti al pretore e per il procedimento avanti al tribunale, come pure nel caso di connessione fra causa pretorile e causa di competenza del giudice di pace. In tali casi, che si avranno nelle ipotesi di cui ai commi sesto e settimo dell'art. 40, vertendosi in fattispecie in cui la causa pretorile e quella di competenza del giudice di pace non sono soggette ad un rito speciale, ma – appunto ex art. 311 c.p.c. – al rito ordinario con talune previsioni speciali, si è fuori dalle fattispecie in cui le cause connesse sono soggette a riti diversi. Il processo simultaneo avrà luogo con il rito del giudice avanti al quale si realizzi il cumulo, cioè il tribunale o il pretore.

16. Conseguenze della violazione della nuova normativa avanti ai giudici togati.

Il nuovo quinto comma dell'art. 40 dispone che nel caso in cui sono state violate le regole sul rito fissate dal nuovo terzo comma della norma, si applicano gli articoli 426, 427 e 439, cioè si provvede al cambiamento del rito processuale ed al passaggio alla trattazione con il rito che doveva essere osservato a norma del terzo e quarto comma c.p.c.

Il richiamo all'art. 439 implica che il cumulo fra cause di rito diverso potrà porsi anche in appello.

In dottrina ci si è domandati per quale ragione non risulti richiamato al quinto comma anche il caso di cui al quarto comma sulla connessione fra cause soggette a diversi riti speciali, ma a ragione si è concluso che l'omissione è innocua (49) e che, dunque, il quinto comma vada applicato anche all'ipotesi del quarto comma, la quale, del resto, è una specificazione del criterio generale di cui al terzo comma.

Anche l'uso da parte del terzo comma dell'espressione "trattata" è innocuo, nel senso che non significa certo che non si sia voluto fare riferimento all'ipotesi di cumulo iniziale che determinò fin dal sorgere del processo la scelta di un rito sbagliato.

17. La connessione riguardo alle controversie di competenza del giudice di pace.

Come si è detto l'art. 19 della l. 374/91 ha aggiunto altri due commi, il sesto ed il settimo, i quali, per la verità finiscono con il dare, esorbitando dalla funzione della norma dell'art. 40, una vera e propria nuova disciplina delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione ex artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c. con riguardo alle controversie attribuite alla competenza del giudice di pace, in deroga a quanto risulta da quelle stesse norme.

Infatti, il nuovo sesto comma della norma precisa che, ove le ipotesi di connessione ex artt. 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c. vengono a verificarsi con riguardo ad una controversia attribuita al giudice di pace, sia inizialmente, cioè con un cumulo di domande nello stesso atto introduttivo del giudizio, sia successivamente attraverso la proposizione con giudizi separati di ognuna della controversie, sussista in ogni caso sempre una vis attrattiva della competenza del giudice togato, sia esso il pretore o il tribunale (in sede monocratica o collegiale).

Per cui si può ed anzi si deve dal momento stesso della proposizione delle domande giudiziali verificare una deroga alla competenza del giudice di pace, sia essa stabilita per materia, valore, territorio derogabile od inderogabile, a favore di quella del giudice togato. E ciò – si badi – anche quando l'applicazione dei criteri di modificazione della competenza previsti dagli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 imporrebbe che la vis attrattiva sia esercitata dal giudice di pace. Per esemplificare: in caso di connessione fra causa principale e causa accessoria, se la causa accessoria rientra nella competenza per valore del tribunale o del pretore, la modificazione della competenza avrà luogo a favore dei giudici togati.

In tal modo, com'è stato notato, la competenza del giudice di pace finisce per caratterizzarsi, anche laddove è fissata per materia o per materia o valore congiuntamente, come una competenza del tutto debole, destinata a cedere nelle ipotesi di connessione innanzi indicate alla competenza del giudice togato. E tale debolezza è talmente marcata che, ricorrendo le ipotesi di connessione in discorso ed essendo rispetto ad entrambe le cause connesse attrice la stessa parte (si pensi ad un'ipotesi cumulo fra domanda principale di competenza del giudice di pace e domanda accessoria di competenza del giudice togato), il cumulo potrà direttamente realizzarsi con la proposizione dell'azione avanti al giudice togato (50).

Un'interrogativo che ci si deve porre è se la proposizione della causa connessa di competenza del giudice di pace debba o possa avvenire direttamente avanti al giudice togato separatamente, cioè dopo che davanti al giudice togato sia stata già proposta l'altra causa "attraente". D'accordo con la Merlin (51) lo escluderei, perché il sesto comma mi sembra che alluda chiaramente al caso di proposizione congiunta, laddove dice che la proposizione deve avvenire "affinché siano decise nello stesso processo". Tale inciso, una volta che si consideri come la prospettiva della riunione, nel caso di proposizione separata, pur sempre abbisogna di un provvedimento che determina l'insorgere del processo unico, mi sembra non ammettere la successiva proposizione separata.

Anche i nuovi sesto e settimo comma dell'art. 40 non si applicano alle ipotesi di connessione non contemplate ed in particolare alla connessione ex art. 33 c.p.c., alla connessione ex art. 104 c.p.c. ed a quella per garanzia impropria (52).

Le disposizioni del sesto e settimo comma non si applicano alle ipotesi di connessione fra cause tutte di competenza del giudice di pace, che resteranno disciplinate dalle stesse norme che disciplinano l'identico fenomeno allorché si verifichi fra cause di competenza del giudice professionale e precisamente: a) dall'art. 273 e dall'art. 274 se le cause connesse pendano avanti allo stesso ufficio del giudice di pace; b) dall'art. 40 primo e secondo comma c.p.c. se le cause connesse pendano avanti ad uffici del giudice di pace diversi; c) dall'art. 39 nei casi in cui si abbia litispendenza o continenza (53).

Nell'ipotesi che in forza dell'applicazione delle norme sulla connessione si verifichi che avanti al giudice togato o davanti al giudice di pace si trovino riunite una causa che dovrebbe decidersi secondo equità ed altra che dovrebbe decidersi secondo diritto, si è a ragione sostenuto che l'intera controversia deve decidersi secondo diritto, perché vengono meno quelle ragioni di economia di giudizio che fanno prevedere per una controversia la decisione secondo equità (54).

Circa la forma con cui il giudice di pace dovrà pronunciare la connessione ai sensi del settimo comma della norma si è ritenuto che sia quella dell'ordinanza in difetto di contestazioni fra le parti e la sentenza ove vi siano contestazioni (55).

Va notato che sulla scelta del legislatore di configurare la competenza del giudice di pace come “debole” non sono mancate le critiche ed i preannunci di questioni di costituzionalità rispetto alla disciplina dei commi sesto e settimo dell’art. 40 (56).

Un’ultima notazione va svolta per dissentire dalla tesi enunciata da una dottrina (57), nel senso di subordinare, per il caso che la connessione si realizzi davanti al giudice di pace, l’operatività delle norme in discorso, nei casi degli artt. 35 e 36, all’ipotesi che il giudice di pace non ritenga possibile procedere alla decisione separata della causa di sua competenza (cioè della domanda principale) con la tecnica della condanna con riserva. Per esempio, investito il giudice di pace di una domanda di condanna per un credito di lire tre milioni e proposta dal convenuto domanda di compensazione con un credito del dieci milioni contestato, il giudice di pace potrebbe, qualora la domanda principale sia di facile e pronta soluzione, decidere su di essa con riserva e rimettere al pretore la domanda di compensazione, con piena applicazione dell’art. 35.

Ancorché lodevolmente ispirata all’esigenza di preservare la competenza del giudice di pace contro una voluta elusione mediante la proposizione ad arte di domande di competenza del giudice togato, la tesi è preclusa dall’imperatività del settimo comma dell’art. 40, che non subordina la rimessione al giudice togato all’ipotesi che non sia possibile la condanna o decisione con riserva ai sensi dell’art. 35 e 36. La norma, infatti, fa riferimento alla mera proposizione delle cause connesse quale presupposto del “deve” con cui ingiunge la rimessione dell’intero processo cumulativo.

18. Connessione fra processo soggetto al vecchio rito e processo soggetto al nuovo rito.

Un’ipotesi di connessione fra riti processuali diversi che risulta assolutamente non regolata e che si è venuta a creare a seguito della scelta del legislatore della decretazione d’urgenza, più volte richiamata (dd.ll. n. 121/95, 238/95 e 347/95, ormai decaduti, e d.l. n. 432/95, attualmente vigente) è rappresentata dal caso in cui si vengano a trovare pendenti avanti allo stesso giudice due processi, connessi per una qualsiasi ragione, comunque idonea a consentirne la riunione, uno dei quali sia soggetto al vecchio rito (con l’eccezione delle norme indicate nell’art. 90 primo comma l. 353/90, come novellato dalla decretazione d’urgenza) e l’altro al nuovo rito.

È possibile la riunione in un caso simile?

Mi sembra che meglio avrebbe fatto il legislatore a disciplinarlo. È chiaro che si tratta di un caso che non è riconducibile ad alcuna delle ipotesi di cui ai commi terzo, quarto e quinto dell’art. 40, perché si è in presenza di due riti che entrambi sono “ordinari”.

Credo che la risposta al quesito debba senz’altro essere negativa, posto che la diversità fra i due riti è marcata, sia laddove nel nuovo sono state introdotte preclusioni alle allegazioni ed alle deduzioni probatorie, ben più rigide (anche dopo la inopinata novellazione della decretazione d’urgenza) di quelle del vecchio rito, sia laddove diversissime sono le modalità della decisione della causa fra i due riti stessi.

Sarebbe, comunque, opportuno che l’ipotesi fosse disciplinato in sede di conversione del d.l. n. 432/95, se del caso prevedendo la prevalenza del rito nuovo, previa ordinanza di conversione, sulla falsariga di quella che era prevista nell’originario art. 90 l. 353/90, quando la scelta del legislatore era stata nel senso di assoggettare i processi vecchi al nuovo rito.

19. Riflessi della decretazione d’urgenza sul secondo comma dell’art. 40 c.p.c.

Un problema interpretativo al quale, per finire, voglio accennare discende dalla scelta della cennata decretazione d’urgenza di scindere nel rito di cognizione ordinario la prima udienza di comparizione (cioè quella indicata nella citazione) dalla prima udienza di trattazione.

Com'è noto a far tempo dal d.l. n. 238/95 ed ora in forza del d.l. n. 432/95, è stato novellato l'art. 180 c.p.c. e si è previsto in esso una sorta di limitato programma della prima udienza di comparizione e quindi, dopo il suo esaurimento, la fissazione necessaria dell'udienza di ex art. 183 novellato, cioè della prima udienza di trattazione.

Ebbene, il secondo comma dell'art. 40 c.p.c. prevede che entro "la prima udienza" debba essere eccepita dalle parti o rilevata d'ufficio dal giudice la questione di connessione. In difetto, si matura chiaramente una preclusione.

Ora, nella nuova situazione (58) di scissione fra prima udienza di comparizione ex art. 180 c.p.c. e prima udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c. a quale delle due udienze si deve reputare faccia riferimento l'art. 40 secondo comma, che continua a parlare di "prima udienza".

Credo che la risposta sia obbligata nel senso che si deve intendere il riferimento come relativo alla prima udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c., sia perché il programma dell'art. 180 non comprende (vedi il primo comma) la questione di connessione, sia e soprattutto perché la rilevabilità delle questioni di competenza, esclusa quella di territorio derogabile (che si preclude nel termine per il deposito della comparsa di risposta), si preclude soltanto nella prima udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c., posto che l'art. 38 parla appunto di prima udienza di trattazione. Non avrebbe senso che le questioni di connessione, che implicano la soluzione di problemi di competenza si precludano prima delle questioni di competenza stesse.

(1) La cui correttezza teorica fu invano combatuta da Oriani, la "perpetuatio iurisdictionis" (art. 5 c.p.c.), in Foro It., 1989, V, c. 35 e ss.), il quale mise in evidenza che, come emergeva dai lavori preparatori per il c.p.c. del 1942, il legislatore, nel dettare l'art. 5 vecchio testo aveva inteso recepire l'insegnamento di Chiovenda (sulla "perpetuatio iurisdictionis", in Saggi di diritto processuale civile, Roma, 1930, I, 271 e ss.), secondo il quale la perpetuatio doveva concernere anche i mutamenti legislativi, cioè il c.d. ius superveniens in tema di competenza e giurisdizione. Secondo Oriani l'unico caso certo in cui non poteva trovare applicazione l'art. 5 vecchio testo era quello della soppressione dell'ufficio giudiziario avanti al quale il giudizio fosse stato pendente (senza naturalmente, caso molto ipotetico, che il legislatore avesse provveduto a determinare il nuovo giudice competente avanti al quale riassumere il giudizio), mentre qualche dubbio poteva sussistere sull'ipotesi del mutamento di qualificazione giuridica del rapporto, come meglio vedremo in prosieguo. Per lo stato della dottrina prima della riforma vedi sempre lo scritto di Oriani.

(2) Per la verità, la conclusione che al mutamento legislativo resistesse la preclusione formatasi sulla questione di competenza o giurisdizione non era neppure pacifica. La giurisprudenza della Cassazione, infatti, dopo i primordi dell'applicazione del c.p.c. del 1942, si era consolidata nel senso di ritenere che il mutamento legislativo incidesse sul processo anche allorquando la questione di competenza o di giurisdizione fosse stata oggetto, alla stregua della vecchia disciplina, di decisione con sentenza passata sul punto in cosa giudicata o dalla statuizione regolatrice della Cassazione in sede di regolamento di competenza o di giurisdizione: vedi per esaurienti citazioni Oriani, op. cit., 75, nota 159.

(3) Come sottolinea Oriani (in AA.VV., Commento a cura di Tarzia e Cipriani, in Le nuove leggi civili commentate, 1992, p. 3, testo e note n. 4 e 5) tale orientamento non era, peraltro, del tutto esclusivo, poiché talvolta la Suprema Corte aveva ammesso l'applicabilità dell'art. 5: vedi gli esempi che fa lo stesso Oriani, del quale vedi pure lo scritto Novità e conferme in tema di "perpetuatio iurisdictionis", nota a Cass. 4 maggio 1989, n. 2088, in For. It., 1990, I, 2946. Il caso più eclatante in cui si era da ultimo manifestato l'orientamento contrario all'applicazione dell'art. 5 vecchio testo era stato, com'è noto, quello del passaggio delle controversie relative al rapporto di lavoro dei dipendenti dell'Ente Ferrovie dello Stato, divenuto azienda autonoma, al Pretore in funzione di Giudice del lavoro (l. 17 maggio 1985, n. 210). L'assenza di norme di diritto transitorio

aveva comportato, in ossequio al detto orientamento, che i processi pendenti avanti al Giudice amministrativo, nella cui giurisdizione in precedenza quelle controversie rientravano, fossero chiusi con declaratoria del difetto di giurisdizione, con evidente dispendio di attività processuale. A proposito di mutamenti della legge attributiva della competenza, invece, l'orientamento che reputava inapplicabile l'art. 5 aveva avuto modo di manifestarsi con identiche conseguenze di spreco di attività processuale a proposito dell'art. 68 l. n. 184/83, che si limitò a disporre la devoluzione al tribunale per i minorenni delle controversie sulle azioni di dichiarazione naturale di paternità o maternità naturale relative ai minori, senza prevedere norme di diritto transitorio: vedi in proposito Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 39.

(4) In proposito vedi l'ampia rassegna di oriani, *La "perpetuatio iurisdictionis"*, cit., 43 e ss.

(5) Giussani, in *Le riforme della giustizia civile*, a cura di Taruffo, Torino, 1993, 185.

(6) Vedila in *Foro It.*, 1990, V, 406 e ss. La Relazione espressamente assume come motivo di opportunità della riforma dell'art. 5 proprio la vicenda delle controversie di lavoro ferroviario, cui si è accennato alla nota 3.

(7) Un'esauriente panorama di applicazioni giurisprudenziali, le quali, estremizzando il riferimento del vecchio art. 5 allo stato di fatto, reputavano rilevanti sul processo in corso i mutamenti legislativi della regolamentazione legislativa degli elementi legali della fattispecie attributiva della competenza in casi come quelli di cui nel testo ed in numerosi altri, venne svolta da oriani, *La "perpetuatio iurisdictionis"*, cit., 44 e ss.

(8) Estranei all'ipotesi di cui nel testo ed inadatti a comportare l'applicazione dell'art. 5 c.p.c. sono le seguenti altre ipotesi: a) quella del mero mutamento nel corso del giudizio della ricostruzione giurisprudenziale della giurisdizione sul rapporto (es.: la Corte di Cassazione configura come pubblicistico un rapporto che prima veniva configurato come privatistico, o viceversa). Ben si potrà invocare l'applicazione del nuovo orientamento e, dunque, postulare la declaratoria della giurisdizione, vertendosi in tema di mera questione di interpretazione; b) quella di cui nel corso del giudizio sopravvenga una legge di interpretazione autentica (e, dunque, retroattiva) che stabilisca una qualificazione giuridica del rapporto dedotto in giudizio opposta a quella secondo la quale era stato adita la giurisdizione del giudice avanti a cui pende il processo: anche in tale caso l'art. 5 non può rilevare, poiché la retroattività della legge di interpretazione autentica comporta che fin dal momento della domanda il rapporto appaia dedotto avanti ad un giudice privo di giurisdizione; c) quella in cui, dedotta avanti ad un certo giudice una domanda relativa ad un rapporto giuridico (per esempio, di lavoro) già cessato con un certo ente, la qualificazione di questo ente muti in modo tale che, se il rapporto fosse stato ancora esistente, sarebbe mutata pure la sua natura, con conseguente mutamento della giurisdizione: in questo caso non v'è bisogno che operi l'art. 5, poiché il mutamento della natura dell'ente risulta del tutto irrilevante sulla natura del rapporto dedotto in giudizio, posto che questo era già cessato quando si verificò il mutamento. Queste ipotesi erano state individuate da oriani, *La "perpetuatio iurisdictionis"*, cit., 60 e ss., nel vigore del vecchio testo dell'art. 5 e restano pienamente valide anche a proposito del suo nuovo testo.

(9) Se, infatti, il mutamento di qualificazione operi ex tunc, come nel caso della legge di interpretazione autentica ipotizzato sub nota precedente, siamo fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 5, come ivi si è rilevato.

(10) La dottrina cui si allude nel testo è quella enunciata da oriani, in *La "perpetuatio iurisdictionis"*, cit. e soprattutto in *Commento* a cura di Tarzia, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit., 4-5. In particolare, di detto illustre autore si consideri il passo di quest'ultima opera in cui, riferendosi al mutamento della qualificazione giuridica del rapporto egli osserva che: "o – come normalmente

avviene – l’oggetto del processo rimane immutato, ignorando legittimamente il giudice la “trasformazione” verificatasi nel corso del processo, ed allora la giurisdizione resta definitivamente fissata sulla base dell’originaria domanda. O invece – ma si tratta di ipotesi del tutto marginali – nel corso del processo vengono ad essere sollecitati provvedimenti sul presupposto dell’avvenuta “trasformazione”, che viene quindi conosciuta ed accertata dal giudice; ed allora, come avviene per tutte le domande nuove proposte nel corso del giudizio, se ne deve tenere conto al fine di stabilire chi è il giudice fornito di giurisdizione”. Sulle orme dell’insegnamento di Oriani, si pone Proto Pisani, la nuova disciplina del processo civile, Napoli, 1992, 39 e ss., sulle orme di Oriani, op. da ult. cit., 66 e ss. Vedi pure Giacotti, in Le riforme del processo civile, a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, 21; Verde, Profili del processo civile, Napoli, 1991, pp. 77-78.

(11) Le parole riportate nel testo sono di Oriani, La “perpetuatio iurisdictionis”, cit., 69. nello stesso senso Proto Pisani, ibidem.

(12) Per esempio, se si sta discutendo nel processo pendente di arretrati di stipendio riesce difficile immaginare che, a far tempo dal momento della nuova legge di qualificazione (e salvo ch’essa disponga espressamente in senso diverso) il relativo credito non diventi soggetto al regime previsto per i crediti nascenti dal rapporto sulla base del quale la giurisdizione risulti mutata. Non a caso Cass. sez. un. 1 marzo 1990, n. 1583 si attirò gli strali giustificatissimi di Vaccarella (in La giurisdizione: presupposto processuale o modo di essere del diritto sostanziale dedotto in giudizio?, in Giust. civ., 1990, I, 1499), laddove affermò la permanenza della giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie di lavoro con dipendenti delle FF.SS., allorché il rapporto di lavoro fosse cessato anteriormente all’entrata in vigore della l. 17 maggio 1985, n. 210 (che prevede la devoluzione delle controversie di lavoro del nuovo ente ferroviario all’a.g.o.), pur nel caso in cui la domanda giudiziale fosse stata proposta dopo l’entrata in vigore di quella legge. Giustamente il Vaccarella rilevò l’errore della sentenza, laddove omise di considerare la giurisdizione come presupposto processuale da valutare al momento della domanda, in ossequio al principio *tempus regit actum*, sostenendo, invece, che il diritto fatto valere si fosse trascinata la pregressa tutela giurisdizionale in punto di giurisdizione (quasi notò l’illustre autore – come una chiocciola si trascina la propria casa). Questa vicenda, se possibile, evidenzia ancora più l’erroneità dell’ipotizzare che il mutamento di qualificazione del rapporto resti irrilevante per il periodo anteriore sul rapporto ancora pendente al momento in cui interviene.

(13) Nel senso dell’applicabilità dell’art. 5 sembra Luiso, (in Consolo, Luiso, Sassani, La riforma del processo civile, Milano, 1991, 8-9. in modo deciso vedasi: A. Finocchiaro, *Perpetuatio iurisdictionis* e *ius superveniens* in tema di giurisdizione e di competenza, in Giust. civ., 1991, II, 331-332; Attardi, Le nuove disposizioni sul processo civile, Padova, 1991, p. 43, testo e nota. Vedi, inoltre, Giussani, op. cit., 197 e ss., che costituisce la soluzione positiva, se mal non ho inteso il suo pensiero, proprio sul rilievo che il mutamento della domanda che comporta un nuovo momento di determinazione della giurisdizione sia solo quello dipendente dalla libera iniziativa dell’attore di modificare o mutare la domanda.

(14) In questo senso si vedano: A. Finocchiaro, op. cit., 333; Nicita, Appunti sulla competenza nel nuovo rito civile, in Giust. civ., 1991, II, 269; Giussani, in Carpi-Colesanti-Taruffo, Commentario breve al c.p.c.. Appendice di aggiornamento, Padova, 1991, 11; GIANCOTTI, op. cit., 21-22 testo e note Montesano-Arieta, Il nuovo processo civile, Napoli, 1991, 3.

(15) Verde, Profili del processo civile, Napoli, 1991, 78; Oriani, Novità e conferme, cit., 2545 ed in Le nuove leggi civili commentate, cit., 7-8; nello stesso senso Attardi, op. cit., 43; Proto Pisani, op. cit., 41; Tarzia, Lineamenti del nuovo processo civile di cognizione, Milano, 1991, 10.

(16) Su cui vedi in generale Comoglio, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, 81 e ss.

(17) Vedi Corte Cost. 5 maggio 1967 n. 56, in *Foro It.*, 1967, I, 1115, e 8 aprile 1976, n. 72, *ivi*, 1976, I, 1161, nonché le ulteriori citazioni di giurisprudenza e dottrina che fa Giussani, *op. cit.*, 190, nota 40.

(18) Per tutti Oriani, La “perpetuatio iurisdictionis, *cit.*, 40 e ss., cui rinvio per ampi richiami di dottrina e giurisprudenza.

(19) Ancora Oriani, *op. da ult. cit.*, 41, nota 29.

(20) Per ampi riferimenti vedi Oriani, *op. cit.*, 42, nota 33.

(21) Ancora Oriani, *Ibidem*, per esaustivi riferimenti. Tale autore, peraltro, dopo avere ipotizzato che nel caso di riduzione della domanda ad un valore che comporterebbe la competenza del giudice inferiore, debba avere luogo la rimessione del giudizio avanti a lui (cc. 42-43, nota 34), esclude questa conseguenza sulla base di altra argomentazione, desunta dagli artt. 103 secondo comma e 104 secondo comma c.p.c. (c. 58).

(22) Chiovena, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965 (ristampa), 495.

(23) Attardi, *Della giurisdizione e della competenza in generale*, in *Commentario del c.p.c.*, edito da Allorio, Torino, 1973, I, 91; Tarzia, *il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, 73; Satta, *Commentario al c.p.c.*, I, Milano, 1959, 128 e 145; Andrioli, *Commento al c.p.c.*, I, Napoli, 1957, 38. L'assunto è, peraltro, risalente a Chiovena e Mortara.

(24) Oriani, *op. cit.*, 55-58.

(25) Vedino le citazioni fatte dallo stesso Oriani, *op. cit.*, cc. 55-56, nota 102.

(26) Vedi Luiso, *op. cit.*, 9-10, il quale esclude che “l'art. 5 voglia bloccare al momento della proposizione dell'atto introduttivo(del giudizio di primo grado)... la determinazione della (futura) competenza dei giudici di impugnazione” e correttamente esemplifica osservando che mentre se muta il giudice competente per l'impugnazione nel corso della sua pendenza il mutamento non rileva, al contrario se esso avviene prima che essa penda se ne dovrà tenere conto.

(27) Come, invece, ha avuto cura di prevedere per la soppressione degli Uffici del Giudice Conciliatore: vedi l'art. 44 l. 374/91.

(28) Lo rilevò esattamente Capponi, in *Il Corriere giuridico*, 1991, n. 1, p. 23. Per ulteriori approfondimenti sulla norma in commento si veda infine Giussani, in *Le riforme della giustizia civile*, a cura di M. Taruffo, Torino, 1993, 186 e ss.

(29) I quali, a ben vedere, certamente nel periodo dall'1 maggio 1995 al 22 giugno 1995 ed allo stato (cioè fino a che non verranno fatti salvi gli effetti dei decaduti dd.ll. n. 238/95 – appunto entrato in vigore il 22 giugno 1995 – e n. 347/95) fino al 22 ottobre 1995 (data di entrata in vigore del d.l. n. 432/95 attualmente vigente), hanno potuto trovare applicazione anche davanti al giudice di pace, in caso di connessione fra cause soggette a riti diversi tutte di competenza del giudice di pace (es.: connessione fra una causa di opposizione a sanzione amministrativa già di effimera competenza del giudice di pace ed una causa ordinaria).

(30) Per un'ampia ed approfondita panoramica e disamina della problematica si vedano: Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 296 e ss. e, più di recente, quanto lo stesso illustre autore osservò in Andrioli-Barone-Pezzano-Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, sec. ed 1987, 377 e ss.; Tarzia, *Connessione di cause e processo simultaneo*, in *Riv. dir.*

proc. civ., 1988, 397 e ss., riprodotto in *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989, 211 e ss.

(31) Per tutti Balbi, *Connessione e continenza nel diritto processuale civile*, in *Digesto delle disc. privatistiche*, III, cit. 457 e ss. La sola autorevole voce contraria era stata quella di Fabbrini (*Connessione*, voce dell'Enciclopedia Giuridica Treccani, VIII, Roma, 1988, 8 e ss.), che, peraltro, ammetteva la derogabilità della competenza per materia nei soli casi di connessione per pregiudizialità-dipendenza.

(32) Sulla competenza per territorio inderogabile qualche contrasto si era comunque manifestato: vedi le citazioni che fa Oriani, op. cit., 20, testo e note.

(33) Nei sensi di cui nel testo vedi in modo chiaro Merlin, *Le linee generali della l. 353/90*; gli interventi in materia di giurisdizione, di competenza e di connessione, anche con riferimento alla normativa sul giudice di pace, in *Quaderni del C.S.M.*, n. 73, 1994, *La riforma del processo civile*, I, 138.

(34) Vedi l'analitica esemplificazione che da tale assunto trae il Proto Pisani, op. cit., 22-23.

(35) In senso contrario alla tesi del Proto Pisani vedi: Tarzia, op. cit., 26, nota 34; Rampazzi, op. cit., 38. Una posizione più articolata e per così dire intermedia assume Oriani (op. cit., 19 e ss.), secondo il quale la tesi del Proto Pisani potrebbe ora condividersi a proposito della competenza per territorio inderogabile (come, del resto, a suo avviso, già in precedenza) ed a proposito della competenza per materia per la sola ipotesi della connessione per pregiudizialità dipendenza già individuate dal Fabbrini (vedi sopra la nota 17). Lo stesso Oriani (op. cit., 20-21) sembra propenso ad estendere la tesi del Proto Pisani alla competenza funzionale del tipo di quella sull'opposizione a decreto ingiuntivo, mentre la esclude per quella per gradi. Infine, Oriani sostiene che alla luce della nuova disciplina dovrebbe essere rivisto l'orientamento giurisprudenziale che a proposito della continenza reputava inapplicabile la sua disciplina ed impossibile il *simultaneus processus* in deroga alla competenza per materia o funzionale, op. cit., 21-22.

(36) Peraltro, non è mancato chi ha dubitato dell'applicabilità della norma ai casi in cui la riunione si realizzi ex art. 274 c.p.c., pur alla fine superando il dubbio: vedi Nela, in *Le riforme del proc. civ.*, a cura di S. Chiarloni, cit., 52 e ss. Esattamente è stato notato dalla Merlin, op. cit., 140-141) che l'ambito di applicazione dei commi terzo, quarto e quinto non coincide con quello dell'art. 40 primo comma, che è più ristretto, essendo limitato alle ipotesi in cui il cumulo si realizzi per riunione dopo la proposizione delle cause connesse avanti ai giudici diversi. Sempre la Merlin (ibidem) rileva che i tre commi in discorso potranno riguardare di fatto anche quei casi che la giurisprudenza della Suprema Corte continua a ricondurre al concetto di continenza ex art. 39 secondo comma, invece che a quello di connessione: in termini vedi *Commentario al c.p.c.*, a cura di Carpi-Colesanti-Taruffo, Padova, 1991, sub art. 39. Infine la stessa Merlin (sulle orme di Attardi, op. cit., 271) sottolinea la possibilità di applicazione dei commi in discorso anche nel caso della riunione ex art. 274/bis c.p.c., laddove sia possibile ipotizzarla in relazione a fattispecie di cause soggette a riti diversi: tale possibilità concernerebbe il caso di connessione fra causa attribuita alla competenza del giudice istruttore in funzione di giudice unico e giudizi di competenza collegiale che abbiano una fase sommaria camerale finché questa dura (c.d. procedimenti camerale su diritti: es., separazione nella fase sommaria). Ma l'ipotesi non ha ragion d'essere se si esclude che le norme in discorso riguardino la connessione fra riti di cui uno sia soggetto ad una cognizione sommaria.

(37) Autorevolmente nello stesso senso vedi Tarzia, *Lineamenti*, cit., 36 e Verde (Di Nanni), *Codice di procedura civile*. Legge 26 novembre 1990, n. 353, Torino, 1991, 16.

(38) Concussione assunta dalla prevalente dottrina, ma non pacifica: vedi per ragguagli Merlin, op. cit., 153, testo e note.

(39) Per un tentativo di esemplificazione vedi Luiso, in Consolo-Luiso-Sassani, La riforma del proc. civ., cit., 24, che fa riferimento all'ipotesi che una delle cause connesse riguardi una causa di opposizione a sanzione amministrativa, un giudizio in materia di contenzioso elettorale ed un procedimento soggetto al rito camerale in materia di diritti, ma non individua le altre cause connesse a ciascuna di esse soggette a rito speciale. L'unica ipotesi che riesco a rendere concreta (una volta escluso che sia un rito speciale rilevante ai fini della norma in commento quello camerale) potrebbe essere quella di connessione fra una causa di accertamento del contratto locativo ed un'opposizione a sanzione amministrativa ex art. 12 del d.l. n. 59/78 convertito nella legge n. 191/78. La Merlin, op. cit., 162, fa l'esempio della connessione fra causa di opposizione a sanzione amministrativa e causa di amministrazione straordinaria di una grande impresa ex art. 3 l. 95/1979.

(40) Lo nota Capponi, in Il Corriere Giuridico, n. 1, 1991, 28, oppure eguale.

(41) Per la verità, a maggior precisazione di quanto osservato nel testo, va detto che il nesso fra i criteri del rito della causa attraente e del rito della causa di maggior valore dovrebbe essere letto, in modo più puntuale, osservandosi che il primo criterio può operare in maniera "virtuale" nel caso di cause connesse di competenza del medesimo giudice solo nei casi dell'art. 31 e 32, mentre, laddove si tratti dei casi dell'art. 34, 35 e 36 opera sempre e soltanto il criterio del maggior valore. Ciò, in ragione del fatto che tali norme non prevedono un criterio ontologico di individuazione della causa attraente, ma lo fanno dipendere anche dalla competenza. Così, nell'art. 34 la causa attraente è quella pregiudiziale se trattasi di causa attribuita alla competenza per valore o materia del giudice superiore, mentre è la causa dipendente (pregiudicata) se la pregiudiziale sia di competenza per valore di un giudice inferiore (es.: la pregiudiziale è di competenza del pretore e la pregiudicata di competenza del tribunale) o di competenza per territorio derogabile di altro giudice. È evidente che se trattasi di cause connesse tutte di competenza del medesimo giudice è impossibile individuare la causa attraente "virtuale" nella pregiudiziale o nella pregiudicata. Nel caso dell'art. 35 il giudice adito per la principale, avanti al quale sia proposta domanda soggetta alla competenza per valore del giudice inferiore, resta competente anche su questa: nel caso in cui su entrambe le domande sia competente lo stesso giudice è evidente che non potrebbe trovare applicazione né il criterio di attrazione della causa da parte della competenza del giudice superiore né quello di attrazione della causa di competenza del giudice inferiore, perché virtualmente non sarebbe possibile fare tali riferimenti. In sostanza, per le ipotesi degli artt. 34, 35 e 36 il criterio che troverà applicazione sarà sempre quello subordinato del maggior valore, mentre il criterio principale del rito della causa "attraente" potrà trovare applicazione solo se la riunione si sia verificata fra procedimenti soggetti già alla competenza di giudici diversi.

(42) Per più ampi svolgimenti rimandiamo a Nela, op. cit., 56 e ss.

(43) Vedi per approfondimenti Nela, op. cit., 60 e ss. e Tarzia, op. cit., 37 e ss., testo e note. Il Nela dopo avere rilevato, a nostro avviso esattamente, che non può condividersi l'assunto di chi (Luiso, in Consolo-Luiso-Sassani, La riforma, cit., 26) ha sostenuto che la connessione fra cause fallimentari e cause ordinarie si diversificherebbe dalle ipotesi di connessione ex art. 40 terzo comma e dopo avere soggiunto – con altrettale esattezza – che (contrariamente a quanto pensa autorevole dottrina: Proto Pisani, La nuova disciplina, cit., 35, che esclude la possibilità di mutamenti del rito quando la connessione si verifichi fra il procedimento di verifica dello stato passivo ed una causa ordinaria, esattamente assumendo che la connessione opera solo fra giudizi a cognizione piena) un problema di connessione può sorgere certamente se si verificassero situazioni di connessione fra cause ordinarie estranee alle controversie fallimentari e causa di opposizione allo stato passivo, ha evidenziato come si possono verificare fattispecie rientranti certamente nelle ipotesi di connessione contemplate dall'art. 40 terzo comma citato (es.: fallimento convenuto con rivendica in opposizione allo stato passivo, ex art. 98 l. fall., il quale chiami in garanzia – con

azione che è ordinaria – il terzo venditore per essere garantito avverso l'evizione (connessione per garanzia); azione ex art. 34 del fallimento di un'accomandita semplice volta a far dichiarare con efficacia di giudicato che colui che avanzi verso il passivo fallimentare pretesi diritti fondati sul rapporto di lavoro subordinato con la società era un socio accomandante della società fallita (connessione per pregiudizialità); azione di compensazione del curatore in sede di opposizione allo stato passivo, relativa a credito del fallito contro colui che a sua volta abbia fatto valere un controcredito (connessione per compensazione); domanda del curatore di declaratoria della nullità del contratto posto a base di una pretesa creditoria di ammissione al passivo fallimentare, che sia stata opposta (connessione per riconvenzione). Una volta rilevata la possibilità di ipotesi di connessione rilevanti ex art. 40 terzo comma c.p.c., il Nela osserva che, essendo la competenza fallimentare ex art. 24 l. fall. inderogabile, uno spostamento della competenza e del rito avanti al giudice ordinario non sarà possibile e propone, con scelta che sembra condivisibile, di adottare la soluzione inversa, cioè quella dell'attrazione sempre e comunque della causa ordinaria nella competenza fallimentare, sulla scorta di un'interpretazione estensiva dell'art. 24 della l. fallimentare e sulle orme di quanto propugnato dalla prevalente dottrina del processo del lavoro a proposito dei problemi di attrazione di cause di lavoro nella competenza fallimentare (su cui vedi Pezzano, in Andrioli-Barone-Pezzano-Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, cit., 1094 e ss.). L'attrazione di competenza avrebbe, poi, come naturale corollario quello della prevalenza del rito fallimentare su quello ordinario, quale implicazione funzionale della vis attractiva concursus e, quindi, con deroga ai principi del terzo e del quarto comma dell'art. 40 c.p.c., rispetto ai quali l'art. 24 e la sua implicazione quanto al rito sarebbe *lex specialis*.

(44) Chè, infatti, non si è mancato di sottolineare che non in tutti i casi in cui trovano applicazione gli articoli richiamati quella ragione di connessione è “forte”: sulla questione vedi Merlin, op. cit., 144 e ss.

(45) La distinzione fra “connessioni forti” e “connessioni deboli” è di Fabbrini, *Connessione*, cit. ed è analoga a quella che altra autorevole dottrina ha terminologicamente fatto fra “connessione per subordinazione” e “connessione per coordinazione”. Alludo al Tarzia, *Connessione di cause*, cit., 44 e ss. e *Lineamenti*, cit., 33 e ss.

(46) Su cui da ultimo vedi Menchini, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, I, Milano, 1993.

(47) Soprattutto da parte della Merlin, op. cit., 147 e ss., ma anche del Proto Pisani, *La nuova disciplina*, cit., 33.

(48) In proposito vedi nello stesso senso Merlin, op. cit., 156-157. Come si è osservato sopra nella nota 43 (aderendo all'opinione di Proto Pisani in proposito) è quella indicata nel testo la ragione che limita le questioni di rito nelle controversie fallimentari. Quanto osservato nel testo esclude recisamente che si possa dare simultaneo processo fra un processo ed altro processo (in senso lato) soggetto al rito camerale, fintanto che la relativa fase dura e non si determina la prosecuzione con il rito della cognizione piena: es., procedimento di divorzio, di separazione. Nel medesimo senso Tarzia, *Lineamenti*, cit., 35 e Merlin, op. cit., 157-158.

(49) Attardi, *La nuove disp. sul proc. civ.*, cit., 28 e Nela, op. cit., 68.

(50) Questo impone di considerare le ipotesi di competenza per materia del giudice di pace nel modo più lato possibile, perché altrimenti la competenza del giudice di pace resterà virtuale. Così, per Bucci-Crescenza-Malpica, *Manuale pratico della riforma del proc. civ.*, Padova, 1991, 9, la proposizione di una domanda di risarcimento danni in cumulo con l'inibitoria delle immissioni di competenza del giudice di pace comporterebbe la derogabilità della competenza del giudice di pace;

se la causa di risarcimento danni si fa rientrare essa stessa nell'ambito della competenza per materia, come ho notato nel commento dell'art. 7 novellato, questa deroga non si verifica.

(51) Merlin, op. cit., 169.

(52) Per tutti in proposito vedi Luiso, in Consolo-Luiso-Sassani, La riforma del proc. civ., II, Milano, 1993, 244 e ss.

(53) In questi sensi Luiso, op. cit., 252.

(54) Luiso, op. cit., 253. nello stesso senso Tarzia, Lineamenti, cit., 41-42 ed Acone-Caproni-Cechella-Manzo, Il giudice di pace, cit., 133.

(55) Luiso, op. cit., 254. Rileviamo che secondo questo illustre autore contro tale sentenza sarebbe ammesso regolamento di competenza. La tesi è stata enunciata nel presupposto che l'art. 46 c.p.c. sia stato tacitamente abrogato dal legislatore e non modificato con la sostituzione della parola giudice di pace a quella conciliatore ex art. 39 l. 374/91. Ma la tesi (enunciata sulla scia di Olivieri, Il regolamento di competenza resta applicabile nei giudizi davanti ai giudici di pace?, in Giust. civ., 1992, II, 281 e ss.), non ci convince, pur non essendo questa la sede per dar conto di tale dissenso.

(56) Riassuntivamente vedi Luiso, op. cit., 254-255.

(57) Merlin, op. cit., 170-171. Questa stessa autrice (e con lei Proto Pisani, op. cit., 437; contra, invece, Luiso, op. cit., 247 e ss.) pensa che al giudice di pace non sia applicabile il secondo comma dell'art. 40, ma con argomenti che non mi convincono. Semmai, valorizzando quanto dirò nel successivo paragrafo n. 19 a proposito dell'individuazione della prima udienza cui allude l'art. 40 secondo comma, può reputarsi che si debba intendere avanti al giudice di pace un qualcosa di analogo all'udienza ex art. 183, cioè un'udienza di effettiva trattazione, che potrebbe anche non essere la prima in senso cronologico.

(58) Mi permetto di rinviare sul processo civile dopo la decretazione d'urgenza a quanto scrivo in D'Aietti-Frasca-Manzi-Miele, Processo civile: la decretazione d'urgenza, di imminente pubblicazione (ed. Pirola, Milano).