

IL GIUDICE D'APPELLO PUÒ PRONUNCIARE IN RESCISSORIO,
DOPO AVERE DICHIARATO LA INCOMPETENZA
DEL PRIMO GIUDICE?(*)

1. - Il tribunale, adito in sede d'appello *ex art. 43 c.p.c.* avverso una sentenza pretorile, aveva dichiarata la incompetenza del primo giudice e quindi, ritenuta la propria competenza come *iudex prioris instantiae*, aveva deciso nel merito.

Di qui era derivato un'appello ulteriore alla Corte contro la sentenza del tribunale, per la parte riguardante il solo merito.

La Corte di Milano ha cominciato col porsi il problema se tale appello fosse ammissibile, dopo che la causa era già passata attraverso una fase di gravame.

Essa ha subito visto che la soluzione dipendeva dal diverso modo, con cui si fosse valutata la sentenza del tribunale, relativa al merito: se come decisione in rescissorio, in seconda istanza o se come pronunzia di primo grado.

Nel primo caso l'appello sarebbe stato ritenuto inammissibile, nel secondo invece ammissibile.

È naturale che *ictu oculi* la questione potesse sembrare già risolta dallo stesso tribunale, che aveva ritenuto di pronunziare coi poteri del giudice di primo grado e non d'appello.

Ma, a ben vedere, la valutazione del tribunale doveva ritenersi fondata alla condizione che esso avesse avuto i poteri di pronunziare in 1° grado,

(*) Da «Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Civili», 1954, p. 680.

Lo scritto annota la seguente massima:

CORTE D'APPELLO di Milano, 16 marzo 1954, Pres. Taccone, Rel. Tinebra, Travaglini c/ Coop. Amalia:

«Se il tribunale adito, in grado di appello, ritiene l'incompetenza del giudice inferiore che ha pronunciato in primo grado e decide a sua volta sul merito, la sentenza non è ulteriormente impugnabile con l'appello».

se avesse avuto tali poteri doveva essere escluso l'altro corno del dilemma e cioè: che avesse il concorrente potere di decidere in rescissorio, come giudice d'appello.

La indagine si riporta così a stabilire se il giudice d'appello, dopo avere ritenuto la incompetenza del primo giudice, debba egualmente pronunciare nel merito, come giudice d'appello.

Se una tale soluzione dovesse essere scartata, potrebbe essere riconosciuto al giudice d'appello, che sia anche giudice competente in primo grado — come nella fattispecie — il potere di giudicare in prima istanza, trattenendo la causa.

Nell'un caso quindi la sentenza sarebbe da valutarsi resa comunque in fase d'appello, nell'altro in primo grado e di qui la ricorribilità *ex art.* 360 c.p.c. dell'una, la appellabilità dell'altra.

Una tale impostazione del problema è l'unica esatta. Né varrebbe l'obiettare che, nel caso di specie, pendevano avanti il tribunale due istanze: una di riforma ed un'altra di decidere in prima istanza, e che il tribunale ha finito col pronunciare su quest'ultima, omettendo di decidere sulla prima. E la pronunzia del tribunale doveva essere considerata resa in primo grado.

Una tale osservazione non tiene conto che ancora oggi non è affatto pacifico in dottrina⁽¹⁾ ed in giurisprudenza⁽²⁾ che occorre un'istanza, perché il giudice d'appello, che sia anche competente in primo grado, abbia a decidere in tale veste.

Il problema si riduce all'interrogativo: il giudice d'appello, che ritenga incompetente quello di primo grado, pronuncerà egualmente nel merito, in fase di gravame?

La risposta, si riduce in ultima analisi a stabilire se l'appello *ex art.* 43 c.p.c. abbia natura alternativa o meno, così che il magistrato d'appello ove ritenga la incompetenza del primo giudice, abbia a spogliarsi della causa, od invece debba egualmente trattenerla e pronunciare, salva la rinnovazione *ex art.* 354 ult. comma c.p.c.

L'esame concerne pertanto la questione se la domanda di riforma nel merito debba considerarsi subordinata al mancato accoglimento della domanda di rescissione per incompetenza od invece ne prescinda.

(¹) Nel senso che occorra la istanza: ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, II, p. 339; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, II, p. 220; CONIGLIO, *Giudice d'appello che pronuncia sul merito come giudice di primo grado*, in questa *Rivista*, XXVI p. 296; nel senso che non occorra: D'ONOFRIO, *Commento al c.p.c.*, II, p. 508.

(²) Nel senso della indispensabilità della istanza: Cass., 5 marzo 1948, n. 350 in *Rep. giur. it.*, 47-48 v. *Appello civile* 9; 6 febbraio 1950, n. 307, in *Rep. giur. it.* 1950 voce cit. p. 329; *contra*: App. Firenze, 2 luglio 1953, in *Giur. it.* 1954, II, p. 437.

Nell'un caso il processo nella fase di gravame si concluderà con una sentenza meramente rescindente e la causa dovrà ripercorrere il cammino del primo grado avanti il giudice competente; nell'altro invece si concluderà con una pronunzia nel merito di conferma o di riforma e la causa rimarrà presso il giudice d'appello

2. - Un tale problema non avrebbe potuto neppure porsi sotto l'impero dell'abrogato codice di procedura civile, giacché l'art. 493 espressamente vietava al magistrato d'appello di scendere all'esame del merito, ove avesse ritenuto incompetente il primo giudice.

Si era ivi sollevata la stessa questione se l'appello avesse avuto carattere alternativo o inscindibile, a proposito di un'altra fattispecie: quella in cui si deducesse la nullità formale del primo giudizio, per motivi che non riguardavano la competenza. E mentre la prevalente dottrina⁽³⁾ e giurisprudenza⁽⁴⁾ ritenevano che, per il principio della conversione dei motivi di nullità in mezzi di gravame, il giudice d'appello potesse pur trattenere e decidere la causa in rescissorio, il Liebman⁽⁵⁾, traendo partito proprio dall'art. 493 c.p.c., sostenne che il magistrato di gravame, ove avesse accolto la domanda di nullità, doveva spogliarsi del processo e rimettere la causa al primo giudice.

Era infine ritenuto, a proposito del gravame sulla competenza, che il giudice d'appello ove fosse stato occasionalmente competente in primo grado, ben poteva trattenere e decidere la causa in tale veste su istanza di parte⁽⁶⁾. Il vigente codice di procedura del 1940 ha introdotto in questa materia parecchie innovazioni. Mentre sotto la precedente legislazione, il rimedio dell'appello era apprestato sia per impugnare una sentenza di mera competenza, sia una decisione e della competenza e del merito, col nuovo codice, esso è espressamente escluso per la prima categoria (art. 42 c.p.c.) mentre è previsto in via concorrente colla istanza di regolamento, per la seconda categoria di pronunzie (art. 43 c.p.c.). Il divieto dell'art. 493 c.p.c. abr. non è stato riprodotto in modo espresso. Infine il codice di

(³) MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, IV, n. 306, p. 474; MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, IV, nn. 859-864, pp. 787-794.

(⁴) Cass., 27 maggio 1936, n. 1825, Cassaniti c. Fazio; Cass., 6 giugno 1936, n. 1185, Meinardi c. Saglio, che si citano a titolo esemplificativo della giurisprudenza costante.

(⁵) LIEBMAN, *La nullità della domanda e il giudizio d'appello*, in *Giur. it.*, 1932, pp. 1639-1645.

(⁶) MORTARA, *op. cit.*, p. 339; MATTIROLO, *op. cit.*, pp. 769-770 ed autori ivi citati.

rito vigente ha risolto il problema del carattere alternativo o meno dell'appello, in punto di nullità, del processo di primo grado, affermando che il giudice deve pronunciare sempre in rescissorio e non rimettere al primo giudice, salvo ipotesi eccezionali e tassative.

Cionondimeno la prevalente dottrina⁽⁷⁾ e giurisprudenza⁽⁸⁾ continua a ritenere che il divieto, già formulato dall'art. 493 c.p.c. abr., sia operativo anche sotto l'impero dell'attuale legislazione processuale e con esso l'appello abbia carattere alternativo.

È quindi ammesso, sulle orme di quanto è ritenuto a proposito dell'art. 493 c.p.c. abr., che il giudice d'appello possa pronunciare nel merito solo come giudice di prima istanza, se il caso voglia che lo sia egli medesimo, purché vi sia un'istanza di parte.

Su quest'ultimo requisito, come si è già detto, peraltro si discute.

In generale questa interpretazione viene giustificata col principio del doppio grado di giurisdizione.

Si vedrà in seguito che questo richiamo non coglie pienamente la realtà del fenomeno, giacché non solo un grado verrebbe saltato, ma bensì tutti e due i gradi della giurisdizione.

Non poteva però mancare chi traesse dal nuovo sistema motivo per andare di contrario avviso e così ritenere che l'appello *ex art. 43 c.p.c.* non ha mai carattere alternativo, e che il giudice d'appello dovrebbe pur sempre pronunciare nel rescissorio in fase di gravame, senza alcuna rimessione della causa al primo grado.

Il Pocherra⁽⁹⁾ ed ora sulla sua scorta la Corte di Milano hanno sostenuto la interpretazione, qui accennata.

Il primo spunto è stato offerto dalla diversa funzione dell'appello *ex art. 43 c.p.c.* rispetto a quello, previsto dal codice di rito del 1865.

Mentre prima l'appello serviva per appellare anche solo sulla competenza, nell'attuale sistema serve solo per appellare sulla competenza insieme col merito.

Ed il Pocherra ha così ragionato: «se per appellare sulla competenza, devo appellare anche il merito, segno è che il gravame non ha carattere alternativo e non può considerarsi deciso se non con una pronunzia in

(7) ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, II, p. 476; ZANZUCCHI, *op. cit.*, II, p. 220; CONIGLIO, *op. cit.*, pp. 296 s.; REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, n. 158, p. 71; D'ONOFRIO, *op. cit.*, I, p. 318; MONTESANO, *Sentenza di secondo grado che dichiara la incompetenza del primo giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, p. 189.

(8) Cassazione, 12 maggio 1947, n. 735 e giurisprudenza ivi richiamata, in questa *Rivista*, XXVI, p. 296.

(9) POCHERRA, *Sui poteri del giudice d'appello che dichiara la incompetenza del primo giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, II, p. 228.

rescissorio». In altri termini l'argomento può essere così espresso: dal momento che non si può appellare sulla sola competenza, una pronuncia solo su questa non può concludere la fase d'appello.

È stato anche rilevato che non è a causa dell'impugnazione che ci si grava sul merito, ma è a causa del gravame sul merito che si sceglie l'appello⁽¹⁰⁾. Chi pertanto sosterrrebbe la tesi contraria, finirebbe per postulare in tesi ciò che dovrebbe essere dimostrato in ipotesi.

Il secondo spunto è stato tratto dalla omissione nel vigente codice di rito di una norma analoga a quella dell'art. 493 c.p.c. abr.

Si è, a questo proposito, detto: se il divieto *ex art. 493 c.p.c. abr.* non è stato riprodotto, vuol dire che per lo meno esso non sussiste più.

Naturalmente rimaneva il richiamo al principio del doppio grado di giurisdizione, come ostacolo da superare.

Il Pocherra ha replicato che esso doveva considerarsi rispettato anche nella ipotesi che il giudice d'appello pronunciasse in rescissorio, dopo avere ritenuta la incompetenza dello *iudex prioris instantiae*, perché una pronuncia di primo grado c'era pur stata, anche solo limitatamente alla competenza, se intorno ad essa il magistrato di gravame doveva provvedere⁽¹¹⁾.

Il giudice d'appello lavorava già su una pronuncia di primo grado.

Egli ha osservato poi che il principio del doppio grado doveva ritenersi violato, solo laddove è prevista espressamente una rimessione al primo giudice: nel caso della declaratoria della incompetenza, nessuna norma sancisce un prosieguo del genere⁽¹²⁾.

Infine il terzo e più grave argomento è stato, sia dal Pocherra che dalla Corte di Milano, tratto dall'art. 354 c.p.c., in relazione al principio della conversione dei motivi di nullità in mezzi di gravame.

Si è sopra riferito che sotto l'impero dell'abrogato codice di procedura civile era sorta la questione del carattere alternativo dell'appello in relazione a nullità diverse dalla competenza, nelle quali era incorso il giudizio di primo grado.

Ed il Liebman — è stato detto — trasse proprio dall'art. 493 c.p.c. abr. il criterio per ammettere il carattere alternativo.

Il Pocherra e la Corte di Milano hanno rovesciato l'argomento: dal momento che il codice di rito, a differenza di quello precedente, risolve in modo espresso questo problema, adottando il principio opposto a quello arguibile dall'art. 493 c.p.c. abr. e peraltro nulla dispone per lo appello sul

⁽¹⁰⁾ Pocherra, *op. cit.*, p. 230.

⁽¹¹⁾ Pocherra, *op. cit.*, p. 231.

⁽¹²⁾ Pocherra, *op. cit.*, p. 230.

punto della competenza *ex art. 43 c.p.c.*, esso deve decidersi alla stregua dell'art. 354 c.p.c. vigente.

Il legislatore del 1940 avrebbe così finito per improntare il sistema sul punto ad un principio rovescio a quello del codice del 1865.

L'art. 493 non sarebbe stato riprodotto, non già per mera omissione, ma perché esso sarebbe escluso dall'art. 354 c.p.c., che impone la non rimessione al primo giudice.

Sembra poi di sentire soggiungere: a che cosa mette capo infine la incompetenza se non alla nullità degli atti e quindi della sentenza?

E non è, una tale sentenza nulla, *sussumibile*, come ogni altro tipo, sotto il dettame dell'art. 161, 1° comma, c.p.c.?

La fattispecie più vicina alla pronuncia del giudice incompetente è indubbiamente quella prevista dall'art. 158 c.p.c.

Per quest'ultima si applica, senza discussione, in quanto appellata, la norma dell'art. 354 c.p.c.

La Corte di Milano sembra che abbia voluto conferire all'art. 354 c.p.c. una efficacia diretta rispetto al caso dell'appello *ex art. 43 c.p.c.*

L'art. 354 c.p.c. recita: «fuori dei casi previsti dall'art. precedente, ecc.».

E siccome la fattispecie dell'appello per incompetenza non rientra nella previsione dell'art. 353 c.p.c. essa pertanto dovrebbe considerarsi compresa in quella dell'art. 354 c.p.c.

Sin qui gli argomenti adottati per affermare la inscindibilità dell'appello sulla competenza e sul merito, anche nel caso che sia ritenuta dal giudice di gravame la incompetenza del primo giudice.

Si tratta di vedere se essi siano fondati: a mio sommo avviso essi non resistono ad una critica seria.

3. - È opportuno cominciare dall'ultimo e più grave argomento invocato: il richiamo all'art. 354 c.p.c.

Deve essere anzitutto escluso che l'art. 354 c.p.c. possa riguardare in modo diretto la fattispecie dell'appello contro una sentenza, emessa da un giudice incompetente.

Al contrario esso postula *ex necessitate* che la sentenza appellata sia stata pronunciata da un giudice competente in primo grado.

Si consideri che l'art. 354 c.p.c. si pone, sia pure per escluderla, il problema della rimettibilità della causa al primo giudice, cioè a quello che ha emesso la sentenza appellata.

Orbene perché un tale problema sorga è necessario presupporre che esso possa essere logicamente ipotizzato: cioè che il primo giudice possa essere validamente reinvestito dell'esame della causa.

E questo non è il caso del giudice, che, viene ritenuto incompetente, da quello d'appello.

Forse che il legislatore poteva porsi il quesito di rimettere, dopo la pronuncia di incompetenza del primo giudice, la causa, per la seconda volta, al giudice incompetente?

La riprova del resto su questo terreno la si ha nelle fattispecie tassative in cui l'art. 354 c.p.c. dispone la rimessione al primo giudice.

Si ipotizzi il caso che la notifica della citazione sia nulla o che occorra integrare il giudizio con la chiamata di un interessato.

Ove la sentenza sia gravata per incompetenza del giudice *a quo*, per un vizio qui descritto e nel merito, dovrà il giudice d'appello rimettere la causa al magistrato che ritenga incompetente in primo grado, perché ordini la integrazione del contraddittorio, ecc.?

Ma ciò significherebbe né più né meno che violare le norme relative alla competenza giudiziaria, per poi paradossalmente riconoscere di bel nuovo al terzo chiamato il diritto di gravarsi in ordine alla competenza in sede d'appello od avanti il Supremo Collegio.

Ed il giudice al quale la causa verrebbe rimessa non avrebbe il potere-dovere di dichiararsi incompetente, dopo che lo stesso magistrato d'appello per tale lo ha ritenuto?

È dunque evidente che l'art. 354 c.p.c. non solo non prevede ma addirittura esclude dalla sua sfera di applicazione la fattispecie di un processo svoltosi davanti ad un giudice, che sia stato, in linea di gravame, ritenuto incompetente.

Lo stesso art. 353 prevede il caso in cui il giudice conciliatore venga ritenuto competente in appello, malgrado si sia dichiarato incompetente in prime cure.

Ed è il caso rovescio a quello che si vorrebbe ritenere considerato.

4. - L'art. 354 c.p.c. non può ritenersi applicabile, anche per quello che si è detto, all'appello *ex art. 43 c.p.c.* neppure sotto il profilo del principio della conversione dei motivi di nullità in mezzi di gravame.

La incompetenza del giudice di primo grado trae indubbiamente seco la nullità dei provvedimenti istruttori e decisorii (ivi compresa la sentenza) resi dal giudice.

Si discute se tale invalidità sia radicale e non suscettibile di convalidazione alcuna, secondo l'opinione dell'Attardi⁽¹³⁾ o se invece gli atti nulli

(13) ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, pp. 142 ss.

operino una efficacia ultrattiva nella fase di riassunzione avanti il giudice competente, secondo il criterio recentemente espresso dal Sella⁽¹⁴⁾.

Non è però dal grado di tale invalidità che può trarsi partito per risolvere il problema presente.

Anche la sentenza viziata *ex art. 158 c.p.c.* è assolutamente nulla e il vizio è rilevabile d'ufficio, non diversamente da quella pronunciata da un giudice incompetente per materia o territorio *ex art. 28 c.p.c.*, e cionondimeno essa non importa la rimessione al primo giudice *ex art. 354 c.p.c.*

La pronuncia di un giudice incompetente esiste, se pur può passare in giudicato. La questione è un'altra: il principio della conversione dei motivi di nullità in mezzi di impugnazione non conduce, affatto, alla non rimessione al primo giudice.

L'art. 354 c.p.c. non è il necessario presupposto o la indispensabile conseguenza dell'art. 161, 1° comma, c.p.c.

L'art. 161, 1° comma, c.p.c. conduce all'applicazione dell'art. 354 c.p.c. nelle sole ipotesi in cui è prevista la sua applicazione.

Anche per i casi, in cui l'art. 354 c.p.c. contempla la rimessione, vale il principio della conversione dei motivi di nullità in mezzi di gravame!

E si è già visto che la fattispecie della sentenza resa da un giudice incompetente sfugge all'applicabilità dell'art. 354 c.p.c.

Or dunque l'art. 161, 1° comma, c.p.c. non porta a sostenere la tesi avanzata e dal Pocherra e dalla Corte di Milano.

Per sostenere la contraria tesi occorrerebbe supporre che la incompetenza giudiziaria si esaurisse nella nullità della sentenza e non fosse rilevabile come causa di essa: ciò non può essere in alcuna guisa condiviso.

5. - Infine l'art. 354 c.p.c. non assurge al valore di principio generale del sistema processuale vigente, in materia di appello.

Il vigente codice non diversamente che il precedente è caratterizzato dal principio del doppio grado di giurisdizione.

In relazione ad esso l'art. 354 c.p.c. rappresenta una norma speciale ed eccezionale.

Le fattispecie tassative in cui l'art. 354 c.p.c. dispone la rimessione non configurano delle eccezioni di specie al principio generale, che si vorrebbe costruire, ma bensì delle eccezioni rispetto ad una norma eccezionale, quale è l'art. 354 nella parte, in cui non prevede la remissione.

E sono un sintomo ed un'applicazione del tutt'ora valido principio del doppio grado.

⁽¹⁴⁾ P. SELLA, *Sulla efficacia degli atti istruttori compiuti davanti a giudice incompetente*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, p. 173.

La conclusione è pertanto che tassativo e non suscettibile di estensione analogica è l'art. 354 c.p.c. per la parte che riguarda il potere del giudice d'appello di pronunciare nel rescissorio, malgrado la nullità del primo giudizio.

Esso pertanto non può essere applicato al caso del gravame *ex art. 43 c.p.c.*

Qui oltretutto, il principio del doppio grado raffigura in forma macroscopica che non un grado solo viene ad essere saltato, ma bensì entrambi i gradi, giacché la incompetenza del primo giudice trae seco quella del giudice di gravame.

6. - Scartato quindi il più grave degli argomenti addotti a sostegno della inscindibilità dell'appello *ex art. 43 c.p.c.*, si tratta di vedere se sia fondato il ragionamento che ha tratto il Pocherra dalla stessa lettera dell'art. 43 c.p.c.

È indubbiamente vero che per appellare sulla competenza, devesi appellare anche il merito ma ciò non fa concludere che il giudice, ove ritenga la incompetenza del magistrato di prima istanza debba cionondimeno pronunciare nel rescissorio.

Il Pocherra suppone in tesi ciò che dovrebbe essere dimostrato in ipotesi, incorrendo nel vizio *usteron proteron* che rimprovera agli altri.

Il presupposto è poi errato perché, se fosse vero, proverebbe troppo e cioè che la fase d'appello non potrebbe mai concludersi con una pronuncia di improcedibilità della istanza, di natura meramente rescindente. Il vero si è che abbiamo almeno un caso di gravame *ex art. 43 c.p.c.*, in cui il magistrato d'appello non può pronunciare in rescissorio. Si faccia l'ipotesi che nel giudizio di primo grado sia rigettata la eccezione di incompetenza *ratione litispendentiae ex art. 39 c.p.c.* e il giudice abbia pronunciato nel merito. Il soccombente può utilmente appellare *ex art. 43 c.p.c.* sia sulla competenza sia nel merito. È indubbio che il giudice di gravame, ove ritenga fondata l'eccezione di litispendenza, non possa scendere all'esame del merito. Ed allora si vedrà che la circostanza che per appellare sulla competenza debbasi appellare anche il merito non rileva e non offre alcun argomento risolutivo nel senso della inscindibilità dell'appello.

È quindi da riconoscersi all'appello *ex art. 43 c.p.c.* il carattere alternativo.

La interpretazione sofistica tratta dal Pocherra si rivela poi aberrante perché essa condurrebbe ad escludere che l'appello possa servire come mezzo di gravame in ordine alla competenza.

Infatti quale effetto si potrebbe fare derivare dall'appello, in punto di competenza, se la causa, anche ove fosse accolto, continuasse pur sempre ad essere trattata dal medesimo giudice di gravame, competente in linea

d'appello rispetto al giudice incompetente in primo grado, per poi venire decisa nel rescissorio?

Nessuna diversità si coglierebbe rispetto all'appello da giudice competente, anziché incompetente.

La questione di incompetenza non rivelerebbe.

La causa, in una tale ipotesi, non avrebbe mai a riprendere il suo cammino avanti i suoi giudici competenti, ma verrebbe decisa in modo definitivo da quel medesimo magistrato, che l'avrebbe pur decisa ove avesse ritenuto la competenza, in luogo della incompetenza del primo giudice!

Ed allora a che scopo appellare sulla competenza e pronunciare su di essa? È infatti evidente che la competenza del primo giudice è il necessario presupposto della competenza del giudice di gravame.

Si faccia l'ipotesi che sia appellata una sentenza del tribunale di Varese, per affermarsi che invece competente territorialmente era il tribunale di Roma. Ora è evidente che se la Corte di Milano competente in via di gravame rispetto al tribunale di Varese ma non rispetto a quello di Roma, potesse e dovesse pronunciare in rescissorio, si finirebbe per rendere priva di alcuna giuridica rilevanza la questione sulla competenza. Il tribunale di Varese verrebbe presupposto necessariamente siccome competente, mentre è stato ritenuto incompetente. Lo stesso caso si può fare ad ogni altro motivo di incompetenza. *Quid iuris* se la causa dovesse essere decisa in linea di appello anche nel merito dal tribunale su gravame contro una sentenza del pretore, in cui deducevasi che invece competente era il giudice conciliatore, oltre al merito?

Ora una siffatta tesi finirebbe per togliere sì carattere alternativo all'appello, ma sopprimendo la parte di esso che riguarda la competenza, per ridurlo al solo merito.

Ed il concorso tra istanza di regolamento di competenza e appello ex art. 43 c.p.c. verrebbe soppresso riducendolo alla sola istanza di regolamento!

Che possa trarsi una siffatta conclusione dell'art. 43 c.p.c. nessuno può seriamente pensare.

7. - La tesi che il giudice d'appello possa e debba pronunciare in rescissorio, pur ove ritenga la incompetenza del primo giudice, va scartata anche per un'altra serie di considerazioni.

Se fosse vero l'assunto, ne deriverebbe che la incompetenza del primo giudice sarebbe, per così dire, assorbita dalla competenza nel rescissorio del giudice d'appello e quindi non avrebbe ulteriore rilevanza, neppure per valutare la correttezza della pronunzia, pur inutile, del giudice d'appello in ordine alla competenza.

Lo stesso appello, in quanto investirebbe del rescissorio un giudice competente, finirebbe per precludere ogni ulteriore impugnazione sulla incompetenza del giudice di prima istanza.

Ora l'art. 43 c.p.c. prevedendo che possa, pur pendente l'appello, essere proposta la istanza di regolamento di competenza esclude *a priori* che una tale efficacia preclusiva sia da riconoscersi alla introduzione dell'appello. Ma è anche da escludersi che la incompetenza del primo giudice debba considerarsi preclusa dalla intervenuta pronuncia nel rescissorio del giudice d'appello. Soccorre in questo senso la esperibilità del ricorso al Supremo Collegio, sia a norma dell'art. 360 n. 2, sia dell'art. 43 c.p.c.

Non si vede infatti perché mai dovrebbe essere dato alle parti il rimedio del ricorso alla Corte di Cassazione contro la pronuncia del giudice d'appello, in punto di competenza del primo giudice, se poi la competenza nel rescissorio fosse fuori discussione.

La statuizione della Suprema Corte in ordine alla competenza *ex art.* 382, 2° comma, c.p.c. può avere un senso ed una funzione, in quanto essa possa cassare, ove lo ritenga, anche la sentenza, eventualmente pur nel merito, del magistrato d'appello e così rimettere la causa avanti il giudice, competente in primo grado.

Ma allora si vedrà che, per logica inferenza, la incompetenza del primo giudice non può ritenersi attratta dalla ipotetica competenza nel rescissorio del magistrato d'appello e quindi preclusa, sibbene essa è tale da indurre la invalidità anche della fase d'appello.

La conseguenza è pertanto che deve negarsi al magistrato d'appello la competenza a scendere all'esame del merito, in seconda istanza, ove ritenga la incompetenza del primo giudice.

Quest'ultima trae seco la incompetenza del giudice d'appello a decidere nel rescissorio.

Il magistrato di gravame deve quindi limitarsi a pronunciare, ove lo ritenga, la incompetenza del giudice di prima istanza, anche perché essa è il presupposto della propria: in tale caso egli rimetterà la causa avanti il giudice competente in primo grado.

Questa conclusione si trae anche dall'art. 43 c.p.c. laddove prevede la sospensione del giudizio d'appello, pendente la istanza di regolamento di competenza. È infatti qui evidente che, dopo la pronuncia della Corte regolatrice, il giudizio non possa essere riassunto avanti il magistrato d'appello, presso il quale era quiescente, ma davanti il giudice designato, siccome competente in primo grado.

Una siffatta conseguenza implica che la incompetenza del primo giudice tragga seco anche la incompetenza del magistrato di gravame, pur relativamente al rescissorio. Né infine può trarsi un'argomento, come ha

fatto il Pocherra⁽¹⁵⁾, dal fatto che il vigente codice di rito non disciplini il seguito del processo, dopo la pronunzia di incompetenza del primo giudice, per presupporre che esso rimanga presso il giudice d'appello per il rescissorio.

La disciplina del seguito del processo è data dall'art. 50 c.p.c., che è una norma di carattere generale⁽¹⁶⁾.

8. - Si è sopra detto che, a ben vedere, ove si convenisse nella tesi del Pocherra, peraltro contraddittoria nelle sue conclusioni⁽¹⁷⁾, ed ancor più in quella della Corte di Milano, verrebbero saltati entrambi i gradi della giurisdizione, e non uno solo.

In verità un grado potrebbe essere ritenuto sussistente, in linea meramente teorica, nella ipotesi di coincidenza del giudice d'appello con quello competente in prime cure, in quella prevista dall'art. 465 c.p.c. ed infine nel caso di appello per incompetenza territoriale ad un giudice, nella cui circoscrizione si trovino tanto quello incompetente che quello competente in primo grado.

Fuori di questi casi ne l'uno né l'altro grado potrebbero essere considerati rispettati, in relazione alle norme sulla competenza giudiziaria.

Si è già fatto il caso del gravame, in cui si sostenga la incompetenza territoriale di un giudice ed a favore di un altro, appartenente alla circoscrizione di altro giudice d'appello.

Si può ipotizzare anche la specie di fatto che una causa, appartenente alla cognizione per valore del tribunale, venga introdotta avanti il giudice conciliatore, o viceversa.

In questi casi il processo né in primo né in secondo grado, secondo la tesi della Corte di Milano, potrebbe essere mai deciso dai propri giudici di prima e seconda istanza.

In verità anche nelle fattispecie in cui, per mera coincidenza, parrebbe che un grado sia rispettato, a ben vedere così non è.

Infatti nell'un caso si deciderebbe in sede di gravame e non di primo grado e nell'altro il giudice d'appello non assumerebbe la veste di superiore gerarchico rispetto a giudice competente, e quindi non eserciterebbe i relativi poteri; ma bensì relativamente al giudice incompetente.

⁽¹⁵⁾ POCHERRA, *op. loc. cit.*

⁽¹⁶⁾ Cass., 15 marzo 1949, n. 532, in *Rep. giur. it.*, 1950, v. *Appello civile*, 247; 13 luglio 1950, n. 1886, *ivi voce cit.*, pp. 248-249.

⁽¹⁷⁾ Infatti egli ritiene che il giudice d'appello, ove ritenga di confermare l'appellata sentenza nel merito, non possa pronunziarsi, se giudica incompetente il primo magistrato, mentre ammette la pronunzia in rescissorio nel caso che intenda riformarla.

9. - La conclusione non può essere quindi che una sola: il giudice d'appello, ove ritenga la incompetenza del primo giudice, non può mai scendere all'esame del merito, né pronunciare in rescissorio.

Nel caso di specie la sentenza del tribunale di Milano doveva essere valutata siccome resa in primo grado.

La conseguenza era che l'appello, che la Corte ha ritenuto inammissibile, doveva al contrario essere giudicato pienamente ammissibile.

Ci si permetta però a questo punto di dubitare della opportunità e dell'esattezza del criterio sin qui seguito dalla prevalente dottrina: che il giudice d'appello, ove ritenga l'incompetenza del primo giudice e la propria in tale sede, possa pronunciare nel merito.

Sia inteso che, con questo, non si vuole rimettere in discussione il problema della valutazione della sentenza del tribunale, ma solo avvertire che, secondo chi scrive, lo stesso tribunale doveva astenersi dal pronunciare nel merito, insieme colla competenza.

Il tribunale avrebbe dovuto limitarsi a dichiarare incompetente il primo giudice con una sentenza di natura rescindente e quindi rimettere la causa avanti a sé stesso come giudice di primo grado.

Spettava alla parte diligente il riassumerla avanti tale giudice.

In questo senso condivido l'opinione, recentemente espressa dal Montesano⁽¹⁸⁾. In effetti perché il giudice d'appello possa decidere in prima istanza, occorrerebbe che sia passata in giudicato la decisione in ordine alla competenza del primo giudice o comunque preclusa la impugnazione ex art. 360 n. 2 e art. 43 c.p.c. al Supremo Collegio.

Se si conviene nell'opinione prevalente, accadrebbe che la pronunzia in primo grado interverrebbe quando non è ancora cominciato a decorrere il termine per la impugnazione della sentenza per la parte del gravame relativa alla competenza. Ciò equivale a riconoscere al giudice il potere di scendere all'esame del merito come magistrato di prima istanza, quando non è ancora intervenuta la sentenza d'appello sulla competenza del primo giudice.

Una ipotesi di sentenza resa in parte come giudice d'appello ed in parte come giudice di primo grado, metterebbe poi capo al pasticcio di più gravami sulla competenza, ed anche diversi tra loro.

Può essere infatti ipotizzato il caso che il giudice d'appello ritenga la propria competenza in primo grado e la incompetenza dello *iudex a quo*, decidendo il merito su istanza dell'appellato, quando magari l'appellante sostenga che competente era un giudice, diverso pur da quello d'appello.

(18) MONTESANO, *op. loc. cit.*

CAPITOLO PRIMO

Di qui la possibile simultaneità di più gravami: *ex parte appellantis* col rimedio fornito dall'art. 43 c.p.c. relativamente alla competenza in primo grado del giudice d'appello, ed *ex parte appellati* col ricorso in Cassazione ex art. 360 n. 2 c.p.c. relativamente alla negata competenza dello *iudex a quo*. Né è da riconoscersi alla istanza subordinata dell'appellato, di decidere in primo grado, valore precluso del ricorso al Supremo Collegio, proprio perché trattasi di una istanza subordinata.

E che dire se il giudice d'appello, dopo avere dichiarata la incompetenza del primo giudice, avesse anche disatteso la istanza di decidere in prime cure, in quanto si fosse ritenuto incompetente lui medesimo?

Come si vede questa strada è irta di pericoli e di difficoltà: essa conduce ad un conflitto abnorme di competenza tra il primo giudice e quello d'appello, che si ritenga competente in primo grado.

E il più grave dei pericoli è dato dalla possibile equivocazione dell'unica sentenza, resa in parte in grado d'appello ed in parte in primo grado.

La sorte toccata alla pronunzia del tribunale di Milano è quanto mai eloquente!

Il meglio è quindi lo scindere le due vesti che possano occasionalmente coincidere nel medesimo giudice: pronunziare prima sulla competenza del primo giudice, ove lo si ritenga incompetente, quindi rimettere davanti a sé stesso la causa, che dovrà essere riassunta dalla parte più diligente.