

G/6 I-100

IL GIUSTO PROCESSO CIVILE

Rivista quadrimestrale diretta da

GIAMPIERO BALENA, AUGUSTO CHIZZINI

FRANCO CIPRIANI

SERGIO MENCHINI, GIROLAMO MONTELEONE

h

3/2006



Edizioni Scientifiche Italiane

INCOMPETENZA TERRITORIALE DEROGABILE E LITISCONSORZIO NECESSARIO

CORTE COSTITUZIONALE; sentenza 8 febbraio 2006, n. 41; Pres. MARINI, Est. VACCARELLA; Vernieri ed altri c. Soc. Muscariello; interv. Pres. cons. ministri.

Intervento in causa e litisconsorzio – Litisconsorzio necessario – Incompetenza – Eccezione proposta da uno soltanto dei convenuti – Inefficacia – Incostituzionalità (Cost., artt. 24, 25; cod. proc. civ., artt. 38, 102).

È incostituzionale il combinato disposto degli artt. 38 e 102 c.p.c., nella parte in cui, in ipotesi di litisconsorzio necessario, consente di ritenere improduttiva di effetti l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile non proposta da tutti i litisconsorti convenuti.

1. Con la sentenza in epigrafe¹ la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 38 c.p.c., in combinato disposto con l'art. 102 dello stesso codice, nella parte in cui non consente di accogliere – perché improduttiva di effetti – l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile sollevata da uno, o da alcuni, soltanto dei litisconsorti necessari convenuti in giudizio.

Come osservato nella pronuncia in esame, la lettera degli artt. 38 e 102 c.p.c. non impone affatto di ritenere che, in caso di litisconsorzio necessario passivo, l'eccezione in parola debba essere proposta da tutti i convenuti a pena di inefficacia, derivando ciò da una errata interpretazione delle citate norme ad opera della giurisprudenza di legittimità; la quale interpretazione, ponendosi come «assolutamente dominante e consolidata», configura secondo la Corte costituzionale una ipotesi di

¹ Che leggesi in *Foro it.*, 2006, I, c. 973 ss., con nota di COSTANTINO, *Eccezione di incompetenza, litisconsorzio necessario, inscindibilità delle cause*, e in *Giur. it.*, 2006, p. 107.

ius receptum, di diritto vivente, sul quale poter esercitare il sindacato di legittimità costituzionale.

Ciò premesso, il Giudice delle leggi sanziona il cennato orientamento giurisprudenziale, ritenendolo una «*palese violazione del precetto per cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge ritenere inefficace l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile, per ciò solo che essa è sollevata da taluno soltanto dei litisconsorti convenuti in causa inscindibile*».

2. Per meglio comprendere la rilevanza della sentenza in commento, occorre anzitutto esaminare l'indirizzo giurisprudenziale da essa censurato.

La S.C. – soprattutto in relazione ad ipotesi di litisconsorzio necessario tra assicuratore ed assicurato, convenuti per il risarcimento dei danni provocati dalla circolazione stradale (art. 23 L. 24 dicembre 1969 n. 990)² – aveva costantemente affermato che l'eccezione di incompetenza per territorio derogabile sollevata da uno solo dei convenuti «*resta priva di effetti nei confronti di tutti (ed anche dello stesso convenuto che l'ha sollevata), in ragione della incontestabilità della competenza ratione loci del giudice adito nei confronti del convenuto che non ha proposto, ancorché lo stesso sia rimasto contumace, l'eccezione, attesa la natura dispositiva di questa, ed in conseguenza del carattere inscindibile della causa*»³.

² Ed ora ex art. 144, 3° comma, D. Leg.vo 7 settembre 2005 n. 209. Si osserva che anche la controversia, nel corso della quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, era di tale specie.

³ Cfr. Cass. 4 ottobre 2004, n. 19802, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Competenza civile*, n. 121, richiamata in motivazione; Cass. 22 luglio 2004, n. 13796, *ibidem*, n. 123; Cass. 27 novembre 2002, n. 16749, *ivi*, Rep. 2002, voce *cit.*, n. 127; Cass., 20 novembre 1990, n. 11197, in *Corr. giur.*, 1991, p. 550 ss., con nota di GUARNERI, *Giudizio litisconsortile ed eccezione di incompetenza di un solo convenuto*; Cass. 14 giugno 1986, n. 3959, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 576 ss., con nota di ZUPANO, *Litisconsorzio necessario ed eccezione di incompetenza territoriale proposta da uno solo dei convenuti*. Analogamente, in dottrina, FRANCHI, *Difetto di giurisdizione, incompetenza, litispendenza*, in *Commentario al codice di procedura civile* diretto da ALLORIO, I, Torino, 1973, p. 387; LEVONI, *Competenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 134; ACONE-SANTULLI, *Competenza*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, p. 12. *Contra*, FABBRINI, *Contributo alla teoria dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, pp. 302-303; ZUPANO, *op. cit.*, pp. 580-581 e 583 ss.; ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990, pp. 62-64; MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, Milano, 1993, p. 717 ss.; MONTESANO-ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001, p. 212 ss.

Secondo la S.C., quindi, l'inefficacia della *exceptio uti singuli* nelle ipotesi summenzionate si fonderebbe su due distinte e connesse ragioni: da un lato, il consolidamento della competenza in capo al giudice adito, determinatosi in forza di un accordo tacito tra i convenuti inerti – i quali, cioè, non abbiano sollevato l'eccezione ex art. 38, 2° comma, c.p.c. – ed il comune attore; dall'altro, l'inscindibilità della causa che, rientrando pacificamente nell'alveo dell'art. 102 c.p.c.⁴, non può trasmigrare parzialmente innanzi ad altro giudice.

Ne consegue – sempre ad avviso della S.C. – che l'accordo di deroga della competenza territoriale intervenuto in corso di causa con taluno dei litisconsorti convenuti vincola anche quello che, attraverso la espressa e rituale eccezione, non aderisca a tale accordo ed esiga che il *simultaneus processus* si svolga innanzi al giudice territorialmente competente per legge. Ne consegue altresì che l'eccezione suddetta perde efficacia nei confronti di tutti, cosicché il giudice è liberato dal dovere di pronunciarsi su di essa.

Il riferito orientamento suscita non pochi dubbi e perplessità. Invero:

a) anzitutto non sembra che nel nostro ordinamento l'omessa o irrituale proposizione dell'eccezione di cui all'art. 38, 2° comma, c.p.c. costituisca tecnicamente un accordo derogatorio tacito della competenza *ratione loci*.

Ed infatti, l'art. 29 c.p.c. consente la designazione convenzionale di un foro territoriale, in deroga a quello stabilito dalla legge, alla duplice condizione che il relativo accordo *risulti da atto scritto e si riferisca ad uno o più affari determinati*. Tale accordo, peraltro, non attribuisce al giudice designato competenza esclusiva, se non quando ciò sia *espressamente* stabilito (art. 29, cpv.). La deroga, inoltre, può risultare anche da un atto unilaterale, qual è l'elezione di domicilio di cui al successivo art. 30 c.p.c., per il quale la legge impone gli stessi requisiti formali di cui al citato art. 29 c.p.c. (*forma scritta e specificazione del rapporto*, che la parte intende sottoporre al foro prescelto: art. 47 c.c.). Infine, l'art. 1341, 2° comma, c.c., annovera tra le clausole cc.dd. vessatorie anche quelle che derogano alle norme sulla competenza territoriale dell'autorità giudiziaria, subordinandone l'efficacia all'onere formale della *specifica approvazione per iscritto*.

⁴ È la legge, infatti, ad imporre che l'azione per il risarcimento dei danni provocati dalla circolazione di veicoli e natanti si propone nei confronti dell'assicuratore e dell'assicurato.

Dal complesso delle riportate norme si ricava che nel nostro ordinamento la deroga alla competenza *ratione loci* ha contenuto negoziale ed è ammessa solo in virtù di una dichiarazione di volontà *esplicita* (vale a dire consacrata in forma scritta), manifestata anteriormente alla pendenza del giudizio.

Stando così le cose, non si vede come e perché la mancata o irrituale eccezione di incompetenza *ex art. 38, 2° comma, c.p.c.* – e, dunque, un semplice comportamento omissivo del convenuto – possa essere giuridicamente parificata a una deroga al foro legale derivante dall'accordo espresso delle parti sul punto.

È ovvio che in ambedue le ipotesi (accordo derogatorio/omessa o irrituale eccezione di incompetenza) la conseguenza pratica è la stessa: la controversia resta incardinata innanzi a giudice diverso da quello territorialmente competente per legge. L'identico effetto, però, si riconnette a due cause profondamente diverse: un negozio giuridico formale, nel primo caso; l'omessa eccezione nel termine di legge, nel secondo⁵.

b) In ogni caso, quand'anche si volesse ammettere l'esistenza di un accordo tacito di deroga della competenza territoriale tra l'attore ed il convenuto inerte, giammai detto accordo potrebbe vincolare i litisconsorti convenuti, che ad esso si oppongono sollevando l'eccezione *ex art. 38, 2° comma, c.p.c.* Esso, infatti, è, «rispetto ad essi, *res inter alios acta* (argomento dagli artt. 1372 c.c. e 29 c.p.c.)»⁶, e pertanto non può paralizzare l'esercizio del loro diritto di difesa.

La *quaestio*, dunque, è stabilire se l'eccezione in discorso espliciti o meno i propri effetti anche nei confronti dei litisconsorti passivi, che non l'abbiano sollevata.

La risposta al quesito non può che essere positiva per le ipotesi di

⁵ Si rammenta, però, che la dottrina dominante ravvisa nella mancata o irrituale eccezione *ex art. 38, 2° comma, c.p.c.* una forma di deroga convenzionale del foro stabilito *ex lege*. Così, SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, p. 136, per il quale la mancata eccezione di incompetenza nei termini indicati dall'art. 38 costituisce «una forma indiretta di accordo»; LEVONI, *Competenza*, cit. p. 126, secondo il quale l'omessa eccezione in discorso «dà luogo ad un successivo negozio processuale derogatorio»; ROCCO, *Competenza civile*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, pp. 759-760, secondo cui «il foro dispositivo è quello che può essere eccezionalmente stabilito dalle parti e può essere tale o per accordo delle parti, o per tacita adesione alla competenza dell'organo giurisdizionale adito, mantenendo il silenzio e non sollevando, nei modi e nel tempo dovuti, la eccezione di incompetenza per territorio»; ACONE-SANTULLI, *Competenza*, cit. pp. 5 e 11-13. *Contra* MONTESANO-ARIETA, *op. cit.*, pp. 216-217.

⁶ Così MENCHINI, *op. cit.*, p. 719.

litisconsorzio necessario, mentre a diversa conclusione può pervenirsi ove si tratti di litisconsorzio facoltativo. In quest'ultimo caso, infatti, il principio di autonomia delle cause connesse consente di riconoscere all'eccezione di incompetenza territoriale sollevata da uno solo dei convenuti effetti limitati alla controversia, della quale egli è parte, con conseguente possibilità di scioglimento del cumulo⁷.

Nei casi di cui all'art. 102 c.p.c., invece, è proprio l'inscindibilità della causa – pur richiamata dalla S.C. – a rendere sufficiente l'eccezione di incompetenza di uno solo dei convenuti affinché «sorga in capo al giudice l'obbligo di accertare la propria competenza in base ai criteri astratti, cioè, di verificare la sussistenza del dovere decisorio sul merito della domanda proposta necessariamente nei confronti di una pluralità di parti»⁸.

Ed è ovvio che sia così, se è vero (come è vero) che la competenza si determina dalla domanda⁹, e che questa, nelle ipotesi di litisconsorzio *ex art. 102 c.p.c.*, si propone necessariamente nei confronti di più parti. Ne consegue che, nei casi in questione, la deroga alla competenza *ratione loci* è ammessa solo se *tutte le parti del giudizio vi consentano*. In caso contrario, il conflitto originatosi a seguito all'eccezione di incompetenza di uno, o di alcuni, soltanto dei litisconsorti convenuti, non può risolversi che attraendo il *simultaneus processus* innanzi al giudice del foro stabilito *ex lege*; ciò che ha espressamente affermato la Consulta nella sentenza in commento, ravvisando nell'opposto orientamento della S.C. una palese violazione degli artt. 24 e 25 Cost.

c) Infine, non è superfluo osservare che per l'art. 38, 2° comma, c.p.c. l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile è inefficace *nelle sole ipotesi di intervenuta preclusione*¹⁰ ed incompletezza. Ad esse, dunque, la S.C. ne aveva aggiunto una terza – quella in cui l'eccezione *de qua*

⁷ In tal senso, cfr. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, p. 312 ss.

⁸ Così ARIETA, *op. cit.*, p. 63.

⁹ Sul citato principio e le sue applicazioni giurisprudenziali, si rinvia, da ultimo, a BATTAGLIA, *Le questioni di competenza ed il merito della causa*, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 381 ss.

¹⁰ In tal caso è più corretto qualificare l'eccezione come «inammissibile». Tuttavia la conseguenza pratica è sempre la sua inefficacia.

¹¹ Cfr., in argomento, MONTELEONE, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, Padova, 1984, p. 101 ss. Successivamente, con riguardo al giudizio di legittimità costituzionale sul c.d. diritto vivente, v. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994.

non sia proposta congiuntamente da tutti i litisconsorti necessari passivi – la quale, oltre a non essere prevista dalla legge, è anche logicamente inconsistente.

V'è da chiedersi, infatti, che senso abbia consentire al convenuto di contestare – sia pure entro rigorosi limiti temporali e con precise modalità – la competenza del giudice adito, e poi ritenere inefficace detta contestazione perché non proveniente anche dagli altri.

3. Come già osservato, oggetto del sindacato di legittimità costituzionale nel caso in esame non è il testo degli artt. 38 e 102 c.p.c. nella sua materialità, bensì l'interpretazione di tali norme consolidatasi in seno alla giurisprudenza della Corte di cassazione. Si parla, al riguardo, di «diritto vivente», proprio per sottolineare che una determinata disposizione di legge vive ormai nell'ordinamento (viene, cioè, costantemente applicata) nel significato ad essa attribuito da stabili orientamenti giurisprudenziali.

Sul punto giova osservare che in presenza di un diritto vivente non condiviso dal giudice *a quo*, perché sospettato di incostituzionalità, questi ha facoltà di scelta tra l'adozione, sempre consentita, di una diversa interpretazione, ovvero la proposizione della questione innanzi alla Corte Costituzionale.

Nel caso di specie il Tribunale ordinario di Napoli – adeguandosi al diritto vivente – ha optato per la seconda soluzione, e la Corte ha condiviso le censure di cui all'ordinanza di rimessione, emettendo sentenza interpretativa di accoglimento.

L'esito del giudizio di legittimità costituzionale avrebbe potuto essere anche una sentenza interpretativa di rigetto. Nulla, infatti, impediva alla Corte di fornire una diversa interpretazione, costituzionalmente orientata, degli artt. 38 e 102 c.p.c., non essendo essa obbligata a seguire quella denunciata dal giudice *a quo*. Com'è noto, però, le sentenze di rigetto non dispiegano una particolare efficacia vincolante e, soprattutto, non producono l'effetto *latu sensu* novativo dell'ordinamento vigente, che invece è proprio delle sentenze di accoglimento, alle quali l'art. 136 Cost. ricollega la caducazione delle norme dichiarate incostituzionali¹¹.

Con la sentenza in commento, dunque, la Corte ha prudentemente voluto eliminare dall'ordinamento il denunciato indirizzo giurisprudenziale, scongiurando così il futuro rischio di sue successive applicazioni.