

**GIUSTIZIA CIVILE**

Anno LV Fasc. 10 - 2005

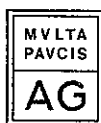
Viviana Battaglia

---

**LE QUESTIONI DI COMPETENZA E IL  
MERITO DELLA CAUSA**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

IL PUNTO SU

[1572/12]

LE QUESTIONI DI COMPETENZA  
E IL MERITO DELLA CAUSA

SOMMARIO: 1. La regola secondo cui la competenza si determina dalla domanda. Esame della giurisprudenza. — 2. L'intreccio tra competenza e merito. — 3. La decisione sulla competenza nel sistema del novellato art. 38 c.p.c.

1. *La regola secondo cui la competenza si determina dalla domanda. Esame della giurisprudenza.* — Un principio ormai consolidato è quello secondo cui la competenza si determina dalla domanda. Ed è ovvio (in prima approssimazione) che sia così, stante che la domanda è il primo atto del processo di cognizione e su di essa deve pronunciare, ai sensi dell'art. 99 c.p.c., il giudice competente (1).

Il principio in questione si trova oggi espressamente enunciato nell'art. 10, comma 1, c.p.c. per la determinazione della competenza per valore; la giurisprudenza tende ad estenderlo ad ogni altro criterio attributivo di essa. Ed infatti, secondo l'orientamento prevalente della Corte di cassazione:

a) la competenza per materia si determina in base al contenuto sostanziale della domanda (*petitum e causa petendi*) — salvo che risulti *ictu oculi* un'artificiosa prospettazione finalizzata a sottrarre la causa al giudice precostituito per legge —, senza che rilevino a tal fine le eccezioni del convenuto volte ad inficiare i fatti dedotti dall'attore a fondamento della sua pretesa (2).

Dette eccezioni — osserva la Suprema Corte —, in quanto attinenti al merito della controversia, non possono incidere (anche) sulla competenza *ratione materiae*, poiché altrimenti si imporrebbe al giudice lo svolgimento degli stessi accertamenti in fatto necessari nel corso del processo per giudicare della fondatezza della domanda (3).

(1) V. già in passato, per tutti, CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, rist. an., Napoli 1965, 493 ss.; MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano s.d., 37 ss.; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova 1943, 96 ss.

(2) Cfr. Cass. 28 marzo 1981 n. 1798; Cass. 14 giugno 1983 n. 4075; Cass. 16 maggio 1983 n. 3377; Cass. 16 ottobre 1985 n. 5090, in questa *Rivista*, 1986, I, 66, con nota di FERRONI, *Società cooperative e rito del lavoro*; Cass. 18 febbraio 1986 n. 981; Cass. 12 dicembre 1986 n. 7459; Cass. 19 novembre 1991 n. 13365; Cass. 27 agosto 1991 n. 9172, cit.; Cass. 7 ottobre 1993 n. 9929; Cass. 2 novembre 1995 n. 11374, cit.; Cass. 20 novembre 1995 n. 12009, in *Foro it.*, 1996, I, 1322; Cass. 15 febbraio 1996 n. 1158; Cass. 27 marzo 1996 n. 2740, cit.; Cass. 5 dicembre 1997 n. 12368, cit.; Cass. 5 dicembre 1997 n. 12376; Cass. 6 agosto 1997 n. 7277; Cass. 26 maggio 1997 n. 4662, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 940, con nota di GREGORIO; Cass. 21 marzo 1997 n. 2509; Cass. 6 aprile 1998 n. 3546, in *Foro it.*, 2000, I, 603, con nota di CAPPONI; Cass. 23 giugno 1999 n. 6404, in *Gazz. giur.*, 1999, n. 32, p. 46; Cass. 18 aprile 2000 n. 5033.

(3) Talvolta la Suprema Corte ha precisato che le eccezioni del convenuto « possono assumere il ruolo di fonte complementare degli elementi determinativi della competenza, che non possa già radicarsi, in concreto, sulla base della domanda » (cfr. Cass. 25 giugno 1987 n. 5604; Cass. 2 novembre 1995 n. 11374; Cass. 21 marzo 1997 n. 2509; Cass. 10 gennaio 2000 n. 152).

La conseguenza della riferita impostazione — che impone di tenere nettamente distinte le questioni di competenza dal merito della lite — è che le contestazioni del convenuto aventi ricadute (anche) sul merito dovranno essere esaminate solo per la sua decisione e, ove accolte, dovranno condurre ad una sentenza di rigetto e non ad una declaratoria di incompetenza (4).

L'indirizzo giurisprudenziale testé descritto ha trovato larga applicazione soprattutto nel contenzioso del lavoro, ove a partire dal 1980 la Suprema Corte ha affermato a chiare lettere che ai fini della competenza per materia del pretore, in funzione di giudice del lavoro, è sufficiente che l'attore deduca l'esistenza di un rapporto astrattamente riconducibile all'elencazione di cui all'art. 409 c.p.c., mentre del tutto irrilevanti al fine in questione sono le eccezioni formulate dal convenuto, quali, ad esempio, quelle relative alla natura societaria del rapporto fatto valere (5). Si tratta, all'evidenza, di contestazioni attinenti (anche) al merito della pretesa, e che pertanto — seguendo il ragionamento del Supremo Collegio — possono determinare, in ipotesi, solo il rigetto della domanda (6).

Si aggiunge, però, che il giudice è comunque libero di qualificare la domanda introduttiva sotto il profilo giuridico, non essendo vincolato alla sua enunciazione formale (7), pur prescindendo da ogni indagine sulla sua fondatezza (salvo il caso di prospettazione manifestamente pretestuosa), e dunque dalle eccezioni del convenuto che impongano tale indagine.

È importante, però, rammentare che l'indirizzo giurisprudenziale in commento presenta alcune significative (ed apparenti) eccezioni.

Particolarmente indicativa, al riguardo, è Cass. 24 gennaio 1997 n. 1025 (8), in cui si afferma che « la competenza (per materia) del giudice adito non si determina soltanto dalla domanda e dalle allegazioni in essa contenute, ma occorre tener conto anche delle difese opposte dal convenuto, accertando in maniera dialettica e sulla base delle reciproche prospettazioni, la situazione giuridica esistente tra le parti »; in caso contrario — precisa la Suprema Corte — l'attore resterebbe « sostanzialmente arbitro di prescegliersi il giudice innanzi a cui deve celebrarsi il processo, finendo in tal modo con il vanificare il principio della predisposizione del giudice naturale ».

Sulla stessa scia si pongono, poi, altre due pronunce di poco successive a quella testé menzionata, ove si afferma in modo altrettanto chiaro e preciso che per individuare il giudice competente per materia non è sufficiente la mera prospet-

(4) Cfr. Cass. 9 novembre 1983 n. 6658; Cass. 12 dicembre 1986 n. 7459; Cass. 25 marzo 1986 n. 2125; Cass. 7 luglio 1987 n. 6319; Cass. 12 ottobre 1987 n. 7561.

(5) Cfr. Cass. 13 febbraio 1990 n. 1059; Cass. 19 agosto 1991 n. 8917; Cass. 27 agosto 1991 n. 9172, cit.; Cass. 20 novembre 1995 n. 12009, in *Foro it.*, 1996, I, 1322; Cass. 27 marzo 1996 n. 2740, cit.

(6) Ferma la possibilità dell'esercizio, davanti al giudice competente, di altra azione fondata sulla diversa qualificazione del rapporto fatto valere. V., ad esempio, Cass. 12 ottobre 1987 n. 7561; Cass. 17 luglio 1987 n. 6319.

(7) Che la domanda sia soggetta *in iure* alla libera attività qualificatoria del giudice è principio assolutamente pacifico. V., sul punto, Cass. 19 agosto 1991 n. 8917; Cass. 27 agosto 1991 n. 9172, in *Foro it.*, 1992, I, 1805, con nota di richiami di FARNARARO; Cass. 20 aprile 1994 n. 3775; Cass. 2 novembre 1995 n. 11374; Cass. 26 settembre 1995 n. 10188; Cass. 27 marzo 1996 n. 2740; Cass. 5 dicembre 1997 n. 12368, *ivi*, 1998, I, 1512.

(8) In *Guida al diritto*, 1997, n. 12, p. 28, con nota critica di TESTONE, *Il convincimento del giudice non può fondarsi sul solo atto introduttivo della domanda*; in *Mass. giur. lav.*, 1997, 300, con nota critica di CENTOFANTI, *La competenza si determina dalla domanda: un principio ancora valido?*; in *Riv. dir. proc.*, 1998, 870, con nota di CAPPONI, *Il controllo preliminare della competenza e la prospettiva del nuovo art. 38 c.p.c.*; in *Giur. it.*, 1998, 453, con nota di CROCI, *Sul significato della regola « la competenza si determina dalla domanda »*.

zione dell'attore, dovendosi tener conto anche delle eventuali eccezioni e deduzioni proposte dalla controparte (9). Né va trascurata l'esistenza di altre pronunce più risalenti nel tempo, di contenuto sostanzialmente identico (10).

Ma la deroga più vistosa all'indirizzo giurisprudenziale prevalente si rinviene nell'ambito del contenzioso agrario. Qui, infatti, sin dal 1960 (11) la Suprema Corte è ferma nel ritenere che rientrano nella competenza *ratione materiae* delle sezioni specializzate agrarie le controversie nelle quali, « in base alla domanda dell'attore o alle eccezioni del convenuto », la decisione della causa implichi un accertamento positivo o negativo dei rapporti qualificabili come agrari, « sempreché non appaia *ictu oculi* infondata la tesi volta a ricondurre il rapporto controverso nell'ambito di quelli contemplati dalla speciale legislazione vincolistica » (12). Ciò significa che l'eccezione del convenuto, se non manifestamente infondata, è di per sé in grado di determinare lo spostamento di competenza in favore della sezione specializzata agraria, e dunque di incidere sulla competenza per materia.

Stando così le cose, può senz'altro affermarsi che il principio secondo cui la competenza per materia si determina (soltanto) dalla domanda non è affatto pacifico, e che la proclamata esigenza di tenere nettamente distinte le questioni di competenza dal merito della lite non sempre può avere un riscontro concreto;

b) la competenza per territorio si determina dalla domanda così come proposta, a prescindere dal suo fondamento e dalle eccezioni o difese del convenuto che, integrando fatti impeditivi della domanda medesima, incidono sul merito della causa (13).

Così, ad esempio, qualora la parte, convenuta in giudizio per l'adempimento di una obbligazione contrattuale eccepisca l'incompetenza territoriale del giudice adito, affermando che il contratto in contestazione si sarebbe perfezionato e/o avrebbe dovuto avere esecuzione in luogo diverso, il problema della competenza deve essere risolto alla stregua della sola prospettazione dell'attore, attenendo al merito l'accertamento relativo al luogo in cui il contratto si è effettivamente perfezionato o in cui deve avere esecuzione (14).

Anche con riferimento al criterio del territorio, dunque, la Suprema Corte

(9) Cfr. Cass. 3 giugno 1997 n. 4938; Cass. 10 settembre 1997 n. 8843, in *Not. giur. lav.*, 1997, 672.

(10) V., fra le tante, Cass. 27 aprile 1981 n. 2518, in cui si afferma che « il principio di ordine generale, secondo cui la competenza si determina dalla domanda, deve interpretarsi nel senso che la domanda costituente l'oggetto del giudizio non si concreta solo nella pretesa dell'attore così come formulata nell'atto introduttivo del giudizio, occorrendo, al fine indicato, riferirsi anche all'intero ambito della controversia, talché il giudice deve avere riguardo all'intera contestazione che è destinata a rappresentare l'oggetto della decisione con effetto di giudicato e che è individuata dalla domanda dell'attore, dalle eccezioni del convenuto, dalle eventuali domande ed eccezioni formulate da e contro terzi che siano intervenuti nello stesso giudizio volontariamente e coattivamente ».

(11) Cfr. Cass. 11 luglio 1960 n. 1859, in *Giur. agr. it.*, 1960, 162.

(12) V., da ultimo, Cass. 3 ottobre 1997 n. 9671; Cass. 8 aprile 1998 n. 3637; Cass. 11 febbraio 1999 n. 1169, in *Foro it.*, 2000, I, 603, con nota di CAPPONI; Cass. 26 maggio 2000 n. 6970, in *Dir. giur. agr. ambiente*, 2000, 522.

Per un'ampia rassegna di giurisprudenza in materia, cfr. CAPPONI, *Note in tema di rapporti tra competenza e merito. Contributo allo studio dell'art. 38 c.p.c.*, Torino 1997, 77 ss.; nonché Id., *La competenza per materia nel sistema del controllo preliminare della competenza (con particolare riferimento al contenzioso del lavoro e a quello agrario)*, in *Foro it.*, 2000, I, 603 ss.

(13) Cfr. Cass. 7 ottobre 1993 n. 9929; Cass. 30 maggio 1997 n. 4821; Cass. 5 marzo 1999 n. 1877.

(14) V., da ultimo, Cass. 11 luglio 2003 n. 10966, in cui si afferma altresì l'irrilevanza, ai fini della competenza territoriale, delle eccezioni con cui si contesti la conclusione o la validità del contratto; Cass. 27 gennaio 1998 n. 789; Cass. 26 luglio 2001 n. 10226; Cass. 22 maggio 2003 n. 8121, in *Guida al diritto*, 2003, n. 31, p. 49, secondo cui nessun rilievo sulla determinazione del *forum destinatae solutionis* previsto dall'art. 1182, comma 3, c.c. può attribuirsi all'eccezione del convenuto che neghi l'esistenza dell'ob-

afferma l'esigenza di tenere separate le questioni concernenti il merito della causa da quelle relative alla competenza, giungendo così alla medesima conclusione già vista per la competenza per materia: ove il giudice, in accoglimento dell'eccezione del convenuto, accerti l'insussistenza del fatto giuridico dedotto dall'attore e radicante la competenza giudiziale, non dovrà emettere declaratoria di incompetenza ma rigettare la domanda.

Ma anche in rapporto al criterio del territorio non mancano pronunce contrarie ai principi testé esposti. Ad esempio, Cass. 1° luglio 1994 n. 6269 (15) afferma che detto principio « non è formulato con carattere di generalità, ma è enunciato solo con riferimento alla competenza per valore [...] per la competenza per territorio il sistema vigente ha previsto criteri di collegamento diversi (generalmente dettati da motivi soggettivi ed oggettivi), la cui esistenza deve essere verificata di volta in volta dal giudice ».

È pacifico, inoltre, che ove la competenza territoriale si radichi su criteri di collegamento c.d. « esterni », vale a dire totalmente svincolati dal merito della lite (ad esempio, luogo di residenza del convenuto), la questione non possa essere decisa sulla base delle sole affermazioni dell'attore, dovendosi tener conto anche delle difese del convenuto, nonché delle prove da questi eventualmente prodotte in ordine ai fatti che influiscono sulla individuazione del giudice competente (16).

Il che dimostra, *a contrario*, l'esistenza di casi in cui le eccezioni e le difese del convenuto sono indispensabili per l'individuazione del giudice competente a pronunciare sul merito della domanda;

c) la competenza per valore, infine, si determina con esclusivo riferimento alla domanda introduttiva, e non in base all'oggetto dell'indagine attraverso la quale si debba valutare il fondamento della domanda medesima (17). Irrilevanti, dunque, ai fini della competenza *de qua* sono le contestazioni del convenuto in ordine, ad esempio, all'esistenza e alla validità del rapporto contrattuale sul quale è basata la domanda (18). In altri termini, ai fini della competenza rileva il *deductum* e non il *decisum*.

Il percorso argomentativo seguito dalla Suprema Corte è sempre lo stesso: netta scissione tra questioni di competenza e merito; conseguente irrilevanza, ai fini della competenza, delle eccezioni del convenuto incidenti sul giudizio di fondatezza della domanda; rigetto della domanda ove le suddette eccezioni vengano accolte.

Descritto il panorama giurisprudenziale sull'argomento in esame, occorre ora analizzarne più attentamente il contenuto alla luce delle vigenti disposizioni in

---

bligazione dedotta dall'attore, atteso che il problema dell'effettiva sussistenza di essa attiene al merito della lite.

Le eccezioni cui s'è fatto qui riferimento attengono esclusivamente al merito della lite, e pertanto corretto appare l'orientamento della Suprema Corte che nega ad esse qualsiasi rilievo ai fini della competenza. Ma se il convenuto eccepisce che il contratto in contestazione si è perfezionato o deve avere esecuzione in luogo diverso da quello dedotto dall'attore, l'eccezione incide chiaramente anche sulla competenza, onde l'indirizzo in esame suscita in questa parte serie perplessità.

(15) In *Corr. giur.*, 1994, 1488, con nota critica di COLLIA, *Regolamento di competenza, foro convenzionale e competenza per territorio*. Conf. Pret. Avezzano, 13 giugno 1989, in questa *Rivista*, 1990, I, 249, in tema di competenza territoriale del pretore giudice del lavoro.

(16) Così, ad esempio, Cass. 10 giugno 1976 n. 2131, sulla possibilità di un'istruzione probatoria sull'effettivo domicilio del convenuto.

(17) Cfr. Cass. 8 agosto 1984 n. 4639; Cass. 3 marzo 1999 n. 1789; Cass. 18 luglio 2000 n. 9439; Cass. 8 marzo 2001 n. 3398, in *Foro it.*, 2001, I, 3246; Cass. 14 maggio 2004 n. 9251.

(18) Così, ad esempio, Cass. 2 aprile 2002 n. 4638.

materia di competenza giudiziale, e più in generale della disciplina e dell'interna articolazione dell'ordinario processo di cognizione.

2. *L'intreccio tra competenza e merito.* — Giova subito osservare che le norme attributive della competenza giudiziale — che si inquadrano nella garanzia del « giudice naturale », elargita dall'art. 25, comma 1, cost. — si basano quasi tutte su criteri attinenti al merito della pretesa. Esse, cioè, individuano il giudice competente in ragione dei presupposti costituenti il fondamento della domanda, onde può affermarsi che competenza e merito sono, nel sistema di legge, strettamente connessi.

L'ipotesi in cui più evidente è la stretta interferenza tra rito e merito è costituita senza dubbio dalla competenza per materia. Essa, infatti, viene attribuita dal legislatore in base all'oggetto e al titolo di determinate controversie (locazioni, azioni possessorie, rapporti di lavoro subordinato, questioni di stato e di famiglia, rapporti di vicinato ecc.), e dunque in base a ciò che per definizione costituisce il merito della lite.

Si pensi, ad esempio, alle cause di valore indeterminabile attribuite, ai sensi dell'art. 9 c.p.c., alla competenza per materia del Tribunale. Secondo l'orientamento univoco della Suprema Corte, sono cause di valore indeterminabile non già quelle in cui la parte non abbia indicato l'ammontare economico della domanda (o quelle in cui il giudice per ragioni contingenti non riesce a determinare il valore), bensì quelle relative a diritti che sono intrinsecamente insuscettibili di valutazione economica (19).

Ciò significa chiaramente che la competenza, nell'esempio fatto, si determina in ragione della particolare natura del diritto, o rapporto giuridico, fatto valere, e dunque in base all'oggetto dell'indagine di merito che il giudice è chiamato a svolgere. *Idem* per tutte le ipotesi previste dagli art. 7 e 9 c.p.c., i quali stabiliscono, rispettivamente, la competenza per materia del giudice di pace e del Tribunale (20).

Ma identiche considerazioni valgono anche per la competenza territoriale. Ed infatti, esclusi i fori generali delle persone fisiche e delle persone giuridiche (art. 18 e 19 c.p.c.) — i quali sono determinati in base ad elementi c.d. « esterni » (residenza, domicilio, dimora, sede della persona giuridica) — tutti i fori speciali, concorrenti od esclusivi, di cui ai successivi art. 20-24 c.p.c. vengono individuati in base a criteri di merito.

Si consideri, ad esempio, l'art. 20 c.p.c. che, sotto la rubrica « foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazione », precisa questa facoltatività nel senso che, per le cause suddette, è « anche » competente il giudice del luogo ove l'obbligazione è sorta (*forum contractus* e *forum delicti*) o deve essere eseguita (*forum destinatae solutionis*) (21). Tale disposizione, inoltre, va coordinata con le norme di diritto sostanziale che concernono il luogo dell'adempimento (art. 1182, 1498, 1510 c.c. ecc.).

Ora, è evidente che il presupposto indefettibile radicante la competenza territoriale di cui all'art. 20 c.p.c. è l'esistenza di un rapporto giuridico obbligatorio

(19) V., fra le tante, Cass. 18 luglio 2000 n. 9451; e Cass. 20 luglio 1999 n. 7757.

(20) Gli unici organi giudiziari tra i quali oggi, a seguito della soppressione dell'ufficio del pretore (art. 1 d. lgs. n. 51 del 1998) può sorgere una questione di competenza *ratione materiae*.

(21) Sull'argomento, cfr. DE CRISTOFORO, *Il foro delle obbligazioni*, Torino 1999, con l'illustrazione delle origini storiche e della *ratio* dell'art. 1182 c.c. In precedenza, SEGRÈ, *Della competenza per territorio*, in *Commentario al codice di procedura civile* diretto da ALLORIO, Torino 1973, 214 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano 1956, 118 ss.

tra le parti in causa, onde tale competenza si determina in base al merito della controversia.

La medesima conclusione vale per il foro esclusivo previsto dal successivo art. 21. Il comma 1 della citata disposizione, infatti, fissa la competenza per territorio in ragione di particolari categorie di controversie, identificate in base alla natura del diritto fatto valere (diritto reale o diritto obbligatorio) e all'oggetto di tale diritto (beni immobili). Analogamente il comma 2, facendo espresso riferimento alle azioni nunciative e possessorie, radica la competenza sulla base di una precisa posizione giuridica soggettiva (possesso o diritto reale) e ai fatti che ne determinano la violazione, attuale o semplicemente temuta. Né a conclusioni diverse può giungersi per gli art. 22, 23 e 24 c.p.c., che individuano il giudice territorialmente competente sempre in base all'oggetto e al titolo di determinate controversie (cause ereditarie; cause tra soci e condomini; cause relative alle gestioni tutelari e patrimoniali), e dunque in base al merito delle stesse.

La stretta connessione tra competenza e merito emerge chiaramente anche in rapporto al criterio del valore. Invero, le disposizioni di cui agli art. 10-17 c.p.c. dimostrano ancora una volta come il legislatore individui il giudice naturale in base al contenuto sostanziale della domanda o, in altri termini, in base alla domanda nel suo contenuto di merito.

L'art. 12, comma 1, ad esempio, si riferisce alle cause che hanno ad oggetto rapporti giuridici obbligatori, e stabilisce che in tal caso il valore si determina in base a quella parte del rapporto che è in contestazione.

La norma è stata al centro di un ampio e complesso dibattito dottrinale, per lo più incentrato sulla *questio* se la competenza da essa prevista dovesse determinarsi in base al concreto *petitum* (vale a dire la singola parte del rapporto in contestazione) (22) ovvero in base all'intero rapporto obbligatorio, di cui il convenuto avesse contestato, in ipotesi, l'esistenza o la validità (23). La questione, peraltro, è stata affrontata avendo di mira essenzialmente il problema dell'oggetto del giudizio e dei limiti oggettivi del giudicato (24); ciò che, a prescindere dalle diverse posizioni espresse in argomento, dimostra e conferma che il problema dell'individuazione del giudice competente è indissolubilmente intrecciato a quello relativo al merito della controversia.

Ulteriore e più evidente conferma in tal senso è offerta dall'art. 14 c.p.c., dedicato alla determinazione del valore delle cause relative a somme di denaro e beni mobili. Questa norma è di fondamentale importanza, poiché apporta una deroga al principio generale secondo cui la determinazione del valore ai fini della

(22) In tal senso, cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli 1954, 69; GIONFRIDA, *La competenza nel nuovo processo civile*, Trapani 1942, 214 ss.; SEGRÈ, *Della competenza per materia e valore*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, cit., 158 ss.; LEVONI, *Competenza nel diritto processuale civile*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino 1988, 118.

(23) Così REDENTI, *Diritto processuale civile*, 4<sup>a</sup> ed. a cura di VELLANI, II, Milano 1997, 130 ss., che ravvisa nella disposizione in esame un caso di accertamento incidentale *ex lege*; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano 1987, 99; CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 233 ss.; *contra*, MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 297 ss.; ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 495; ID., *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova 1975, 205 ss.

(24) Secondo SATTA (*op. cit.*, 97 ss.), invece, la norma costituisce la puntuale applicazione del principio che il valore si determina dal *petitum* (art. 10 c.p.c.), e « prescinde dalla estensione della cosa giudicata, che può anche comprendere l'intero rapporto, di valore superiore all'oggetto della domanda. Esempio: la domanda di risoluzione del contratto come presupposto della restituzione della caparra, o di accertamento del contratto come presupposto del pagamento di una somma residua ».

competenza non influisce sulla decisione di merito (art. 10, comma 1, c.p.c.). L'ultimo comma, infatti, stabilisce che, ove il convenuto non contesti tempestivamente il valore dichiarato dall'attore, o presunto, questo rimane fissato entro la competenza del giudice adito anche agli effetti del merito. Ciò significa che, se il giudice dovesse accorgersi nel corso del giudizio che il valore della causa eccede i limiti della sua competenza, non potrà più dichiararsi incompetente per valore ma dovrà egualmente pronunciare sulla domanda entro il valore dichiarato o presunto. Si tratta, all'evidenza, di un caso — sia pure eccezionale — in cui la competenza non solo si determina in base al merito ma, addirittura, lo condiziona.

Quanto finora esposto consente di fissare un primo punto fondamentale: nel sistema legale di ripartizione della competenza, ciò che rileva ai fini della corretta individuazione del giudice è il merito della controversia, il quale si individua non solo a mezzo del *petitum* e della *causa petendi* della domanda introduttiva (ad eccezione — si ripete — dei fori generali di cui agli art. 18 e 19 c.p.c.), ma anche in base alle difese e/o eccezioni del convenuto, così come imposto dal principio del contraddittorio (25).

Logico corollario del superiore (e finanche ovvio) rilievo è che il giudice, accertata l'insussistenza di quei rapporti o diritti che individuano la competenza e che costituiscono altresì il fondamento della pretesa attorea, dovrà dichiararsi incompetente, e non rigettare la domanda (26). Ciò per la semplice ed evidente ragione che anche una pronuncia di rigetto nel merito presuppone una valutazione positiva della competenza. Altrimenti opinando, la violazione dell'art. 99 c.p.c. sarebbe macroscopica.

La menzionata disposizione, infatti, affermando che « chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente », pone la competenza come condizione di legalità della pronuncia di merito. In altri termini, essa ci dice che solo il giudice competente ha il potere di decidere chi ha ragione e chi ha torto, e non un qualsiasi giudice che comunque disponga di tutti gli elementi per definire nel merito la controversia.

Sulla base delle premesse ora poste è, però, possibile attribuire alla giurisprudenza, solo apparentemente di contrario avviso, il suo reale significato e valore processuale. Ed infatti, a ben vedere non si è trattato in realtà di scindere le questioni di competenza da quelle di merito, operazione logicamente e giuridicamente impossibile, ma di scindere il momento, o la fase, processuale della decisione sulla competenza da quello della decisione del merito.

Tale divaricazione temporale è il portato ineluttabile della struttura binaria del codice del 1940, che ha introdotto in forma generalizzata la distinzione tra fase istruttoria e fase decisoria della lite.

In virtù di detta distinzione, ogni controversia, indipendentemente dal fatto che sia o meno di pertinenza collegiale, deve essere preliminarmente istruita (anche nelle ipotesi, non infrequenti, in cui di istruzione non vi sia bisogno) e poi finalmente decisa.

In sostanza, l'organo (sia esso giudice unico o collegio) non può subito esercitare il potere decisorio (e, addirittura, di tale potere nelle cause di pertinenza

(25) Cfr. SATTI, *Diritto processuale civile*, Padova 1981, 28 s. L'autore, a proposito della regola generale di cui all'art. 10, comma 1, c.p.c., afferma che « per domanda s'intende non soltanto il *petitum*, ma la domanda nel complesso dei suoi elementi costitutivi: *personae*, *causa petendi*, *petitum*, ed anzi quale risulta dalla combinazione della domanda dell'attore con l'eccezione del convenuto (ad esempio, art. 12 e 13 c.p.c.).

(26) *Contra*, BUONCRISTIANI, *Giurisdizione, competenza, rito e merito*, in *Dir. proc. civ.*, 1994, 187 ss.



collegiale il giudice istruttore è sprovvisto: cosa che in passato avveniva sempre), dovendo egli svolgere necessariamente una serie di attività prodromiche alla decisione di merito, le quali, peraltro, richiedono lo svolgimento di una pluralità di udienze.

Da tale struttura processuale deriva il difficile e complesso problema di un soddisfacente coordinamento tra la fase istruttoria e quella decisoria, dal quale a sua volta nasce l'ulteriore problema del momento entro cui risolvere l'insorta questione di competenza. Per la soluzione di esso coesistono due norme: il novellato art. 38 c.p.c. e il preesistente art. 187 c.p.c., sulla cui interpretazione e sul cui coordinamento sono sorti notevoli contrasti in dottrina ed in giurisprudenza.

Un problema del genere, invece, non si poneva nel vigore del codice del 1865, per il quale la causa veniva subito assunta in decisione in tutti i suoi aspetti, sia di rito che di merito. Tant'è che di esso non si trova traccia nella letteratura giuridica del tempo.

**3. La decisione sulla competenza nel sistema delineato dal novellato art. 38 c.p.c.** — Com'è noto, l'art. 4 l. n. 353 del 1990 ha profondamente modificato il testo dell'art. 38 c.p.c., nel senso di sottoporre ad una rigida preclusione il rilievo dell'incompetenza nel processo civile. Il novellato comma 1, infatti, pone il limite della prima udienza di trattazione per il rilievo, anche d'ufficio, dell'incompetenza per materia, valore e territorio nei casi previsti dall'art. 28 c.p.c. (27); il comma 3 prevede, infine, che « le questioni di cui ai commi precedenti » — vale a dire tutte le questioni di competenza, purché ritualmente sollevate — sono decise, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e, se necessario, assunte sommarie informazioni.

Alla luce della riportata norma, la netta scissione tra la decisione delle questioni di competenza e quella del merito della lite — spesso affermata dalla giurisprudenza alla stregua di un principio generale, valido in ogni caso — è consentita in una sola ipotesi: quella in cui la prima delle due decisioni venga emessa *in limine litis*, ossia entro la fase processuale indicata dall'art. 183 c.p.c.

In caso contrario, ammettendo cioè che la *quaestio* di competenza possa essere esaminata congiuntamente al merito, detta scissione deve escludersi sia logicamente che giuridicamente, e il processo deve concludersi nel senso della declinatoria ove il giudice si ritenga incompetente per qualunque ragione ricavabile sia dalle difese delle parti sia dal materiale istruttorio acquisito.

Ma procediamo con ordine. Anzitutto la scelta tra le due cennate opzioni non sembra affatto libera. Sembra, invece, che sulla questione di competenza il giudice debba pronunciarsi immediatamente (cioè non oltre la prima udienza di trattazione), essendogli inibita la possibilità del successivo esame congiunto al merito, tutt'ora prevista dall'art. 187, comma 3, c.p.c.

Tanto si ricava sia dalla regola del comma 1 dell'art. 38, che individua il termine preclusivo della prima udienza di trattazione per il rilievo, su eccezione di parte o *ex officio*, dell'incompetenza, sia dalla previsione di un modello istruttorio « sommario » ai fini della decisione separata sulla questione di rito (art. 38, comma

(27) Nel vigore dell'originario art. 38 l'incompetenza per materia e territorio inderogabile era rilevabile in ogni stato e grado del processo, mentre quella per valore lo era in primo grado.

Pressoché inalterata è rimasta la disciplina relativa all'incompetenza territoriale derogabile, rilevabile solo su eccezione di parte, da proporre, a pena di decadenza, in comparsa di risposta.

3) (28). Non avrebbe senso, infatti, prevedere un termine così ristretto per il rilievo dell'incompetenza e un'istruzione sommaria per la decisione sulla relativa questione, se la sua decisione potesse essere liberamente rinviata alla conclusione del processo.

In sostanza, con la riforma dell'art. 38 il legislatore del 1990 ha voluto impedire che « anche l'incertezza circa la violazione dei criteri di competenza sottratti ad interferenza delle parti, quindi inderogabili e di ordine pubblico, abbia a trascinarsi lungo tutto l'arco del giudizio, con il pericolo che l'incompetenza venga dichiarata a conclusione della causa, o addirittura dopo ripetute pronunce di merito di grado diverso » (29). In altri termini, la legge vuole che lo scrutinio giudiziale sull'incompetenza non superi la barriera preclusiva della prima udienza di trattazione proprio per evitare che la sua dichiarazione avvenga ad istruttoria conclusa, con grave ed evidente danno all'economia dei giudizi.

Il nuovo art. 38, pertanto, risulta incompatibile con la previsione dell'art. 187, comma 3, c.p.c., che continua a prevedere il potere discrezionale del giudice di accantonare la questione preliminare sulla competenza, riservandosi di deciderla unitamente al merito; ciò, peraltro, secondo un sistema « illiberale » (30), sottratto a qualsiasi controllo ad opera delle parti, che si fonda proprio sul potere di valutazione dell'istruttore (o comunque del giudice unico) circa la fondatezza o meno della questione di rito.

L'interpretazione qui accolta non trova unanimità di consensi in dottrina. Molti studiosi sostengono la perfetta compatibilità tra l'art. 38 e l'art. 187, comma 3, c.p.c. (31), essenzialmente preoccupati delle conseguenze negative derivanti da un provvedimento immediato sulla competenza. Detto provvedimento, infatti, qualunque veste esteriore abbia, è impugnabile col regolamento di competenza, la cui proposizione comporta la sospensione del processo ai sensi dell'art. 48 c.p.c., con pregiudizio per la parte che aspira ad una rapida conclusione del processo. Da qui l'interpretazione — ispirata dal principio di economia dei giudizi — secondo la quale, non essendo stato modificato il sistema del possibile rinvio al merito della questione di competenza *ex art. 187, comma 3, c.p.c.*, il giudice sarà in ogni caso libero di non pronunciarsi *in limine litis* su di essa.

È facile, però, obiettare che l'attentato al principio di economia dei giudizi non può essere scongiurato con il ricorso all'art. 187, comma 3. Tale disposizione, anzi, crea i presupposti di lungaggini e perdite di tempo ancor più gravi di quelle derivanti dalla proposizione del regolamento *ex art. 47 c.p.c.* avverso una pronuncia immediata sulla competenza. Ed infatti, se si consente al giudice di rinviare al merito la questione di competenza (ciò su cui si avanzano le più serie riserve), si deve altresì accettare l'eventualità di una controversia che, giunta ad esempio in Cassazione, debba ricominciare daccapo per la tardiva dichiarazione di incompe-

(28) Così, all'indomani della l. n. 353 del 1990, ATTARDI, *Le preclusioni nel giudizio di primo grado*, in *Foro it.*, 1990, V, 388; ID., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova 1991, 30 ss.; MANDRIOLI, *Le modifiche del processo civile*, Torino 1991, 25 ss.; CAPPONI, *Commento agli art. 2-6 l. 26 novembre 1990 n. 353, in Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Corr. giur.*, 1991, n. 1, 25; TAVORMINA, « *Riforma urgente* » e *procedimenti avanti la Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 1028 ss.

(29) Così MONTELEONE, *Il nuovo art. 38 c.p.c. Norma ambigua di difficile applicazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 722; ID., *Diritto processuale civile*, Padova 2002, 70 ss.

(30) Così CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, comma 3, c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 24 ss.

(31) Cfr., per tutti, ORIANI, *Il nuovo art. 38 c.p.c.*, in *Foro it.*, 1991, V, 334 ss.; IANNICELLI, *La « preliminarità » della decisione del nuovo art. 38 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 197 ss., testo e note.

tenza (32); in ogni caso il regolamento di competenza sarebbe sempre proponibile contro la decisione emessa a conclusione del processo.

Accedendo alla prospettiva qui criticata, l'art. 38 c.p.c. — riscritto all'evidente scopo di eliminare i dubbi sulla competenza nella fase iniziale del processo, e dunque di sfoltire il corso del giudizio da impedimenti di natura processuale — costituirebbe una norma inutile, foriera soltanto di dubbi interpretativi.

In conclusione, alla luce dell'art. 38 c.p.c. sembra potersi affermare che le questioni di competenza non solo devono essere rilevate entro la prima udienza di trattazione, ma entro tale fase devono essere anche decise.

In tal modo, infatti, si otterrebbe un provvedimento ai soli fini della competenza, suscettibile di passare in autorità di cosa giudicata formale se non tempestivamente impugnato, e dunque idoneo a rendere definitiva ed incontestabile la statuizione sul punto.

Se, invece, continua a ritenersi operante l'art. 187, comma 3, c.p.c., attribuendo al giudice la facoltà insindacabile di rinviare alla decisione di merito l'esame della questione di competenza, non si vede come e perché i due aspetti, tra loro sicuramente connessi, possano essere oggetto di esame separato. In tal caso, infatti, l'intera controversia in tutti i suoi aspetti, sia di rito che di merito, approda alla fase decisoria, con conseguente impossibilità per il giudice di scindere alcunché. Egli, pertanto, dovrà esaminare e decidere la questione di rito (indebitamente sottratta alla preclusione processuale imposta dall'art. 38, comma 1) manifestando il proprio convincimento sulla base di tutto il materiale istruttorio acquisito e di tutte le difese esposte dalle parti, statuendo in conseguenza. Non potrà, invece, pronunciare nel merito — come afferma la giurisprudenza — se non incorrendo in un'insanabile contraddizione logica e in una evidente violazione di legge.

Seguendo l'orientamento della Suprema Corte, infatti, si imporrebbe al giudice un esercizio di « strabismo » che, nel medesimo contesto, faccia apparire sussistenti (ai fini della competenza) ed insussistenti (ai fini del merito) gli stessi elementi del giudizio di fatto (33). Inoltre, per le ragioni già enunciate *supra*, tale orientamento può condurre alla violazione delle norme determinative della competenza giudiziale, le quali si collegano al principio della domanda, al principio del contraddittorio, al diritto di difesa e alla garanzia del giudice naturale.

Si tratta di principi fondamentali del nostro ordinamento, che non possono essere soppressi in ossequio ad esigenze di celerità processuale, che poi in realtà si rivelano illusorie. Per garantire il rispetto del principio di « ragionevole durata » dei processi occorre, invece, cercare di eliminare le vere radici delle lungaggini processuali che affliggono la giustizia civile: cosa che si può ottenere solo attraverso una complessiva e ragionata riforma del codice vigente, non con la sua violazione più o meno surrettizia.

VIVIANA BATTAGLIA

(32) Così, MONTELEONE, *Il nuovo art. 38 c.p.c.*, cit., 722 e, in particolare, nt. 10.

(33) Così TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano 1991, 29.