

## 1. La “disponibilità” della competenza territoriale semplice: la derogabilità e il regime dell’eccezione di incompetenza

Sin dal codice del 1865, la disciplina della competenza territoriale in ambito civile risulta caratterizzata da due aspetti: dal principio generale della derogabilità e, salvi i casi di competenza inderogabile, da modalità di contestazione all’interno del processo divergenti da quelle relative agli altri criteri di riparto.

La derogabilità del riparto orizzontale di competenza – ovverossia dei criteri di distribuzione del potere di risolvere controversie fra giudici dello stesso tipo distribuiti sul territorio – costituisce ancora oggi la regola ai sensi dell’art. 28 c.p.c. sebbene i casi di inderogabilità siano numerosi e non confinati alle ipotesi espressamente previste dalla legge<sup>1</sup>.

Il rilievo dell’incompetenza territoriale semplice che è oggi regolato dall’art. 38 c.p.c., d’altra parte, è sempre stato affidato all’iniziativa esclusiva del convenuto e sottoposto ad una preclusione processuale collocata

---

<sup>1</sup> Sul carattere eccezionale della inderogabilità della competenza territoriale v. ad es. Attardi, *Giurisdizione e competenza in generale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, vol. I, Torino, 1973, 95; Santulli, Acone, voce *Competenza (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 5. L’individuazione di ipotesi di competenza territoriale inderogabile non previste dalla legge avviene nella prassi (a dispetto del dettato dell’art. 28 c.p.c.) principalmente attraverso il ricorso alla categoria della c.d. competenza funzionale e dunque sulla base dell’idea, condivisa da una larga parte della dottrina, che in alcuni casi anche il riparto di competenza territoriale sia determinato in ragione delle funzioni svolte dal giudice e con la finalità di garantire una maggiore accuratezza della decisione. In argomento v., nella dottrina meno risalente, Giussani, voce *Competenza (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, versione on line, 2015; Iannicelli, in Vaccarella, Verde (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997, I, 273 ss. e in senso critico, anche per riferimenti, Rascio, *In tema di competenza funzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 136 ss. e spec. 148 secondo il quale la determinazione in via interpretativa di competenze territoriali inderogabili perché funzionali costituisce un’operazione arbitraria e non legittima; secondo l’autore infatti il carattere eccezionale della inderogabilità della competenza territoriale ne impedisce una estensione analogica e lascia aperta in materia solo la via della normazione primaria. Ritiene incongrua la riconduzione della incompetenza territoriale inderogabile alla incompetenza funzionale anche Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2017, 417.

all'inizio del processo e che, dal 2009, coincide esplicitamente con il momento del deposito tempestivo della comparsa di costituzione e risposta<sup>2</sup>.

Fino alla riforma del 1990, la differenza con il rilievo delle altre categorie di incompetenza era particolarmente netta non solo sul piano della disponibilità dell'eccezione ma anche sotto il profilo temporale: l'incompetenza per materia, quella per territorio inderogabile e quella per valore erano infatti rilevabili anche d'ufficio; le prime due in ogni stato e grado del processo, quella per valore nel solo giudizio di primo grado.

Nel corso degli anni, la contestazione di tutti i tipi di incompetenza è stata collocata *in limine litis* fino ad arrivare all'attuale versione dell'art. 38 c.p.c. che, non senza alcuni aspetti di ambiguità, consente il rilievo d'ufficio dell'incompetenza per materia, valore e territorio inderogabile non oltre l'udienza di prima comparizione e trattazione ma preclude al contempo al convenuto di eccepire qualsiasi tipo di incompetenza (anche se rilevabile d'ufficio) oltre il deposito tempestivo della comparsa di costituzione e risposta<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sull'evoluzione della disciplina della competenza, con particolare riguardo al regime del suo rilievo in giudizio, da ultimo, v. Tiscini, *Modificazioni della competenza per ragione di connessione. Difetto di giurisdizione, incompetenza e litispendenza*, volume del *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Chiarloni, Bologna, 2016, 463 ss. anche per riferimenti. L'attuale formulazione dell'art. 38 c.p.c. ha sciolto definitivamente alcuni dubbi sollevati dalle precedenti versioni della norma. In particolare, la modifica al regime delle preclusioni introdotta con la riforma del 1995 – e nello specifico la novellazione degli artt. 167 e 180 c.p.c. con il conseguente spostamento in avanti del termine per il rilievo delle eccezioni in senso stretto – avevano posto dei problemi di coordinamento con la versione all'epoca vigente dell'art. 38 c.p.c. (che onerava il convenuto di eccepire l'incompetenza territoriale derogabile, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta) inducendo parte della dottrina e della giurisprudenza a ritenere che l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile potesse essere sollevata dal convenuto anche oltre il termine della comparsa di risposta in sede di costituzione tempestiva. Su questo specifico aspetto, anche per riferimenti alle varie posizioni della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca, v. Panzarola, *Il rilievo della eccezione di incompetenza territoriale derogabile ex art. 38, comma 2, c.p.c. da parte del convenuto tra la l. 26 novembre 1990, n. 353 e il d.l. 21 giugno 1995, n. 238 (reiterato e conv. in l. 20 dicembre 1995, n. 534)*, in *Giust. civ.*, 1998, 2513 ss.; Giussani, *L'incompetenza*, in Taruffo (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*, II ed., Torino, 2000, 196 ss.; Id., in Carpi, Taruffo, *Commentario breve al c.p.c.*, Milano, 2018, *sub* art. 38, secondo il quale il problema era già stato superato a seguito della nuova riforma del regime delle preclusioni introdotta con la l. n. 80/2005, e ancora Tiscini, *Modificazioni*, cit., 447 ss.

<sup>3</sup> Sull'impatto della riforma della l. n. 69/2009 sul regime della competenza, ed in

Nonostante l’evidente attenuazione delle differenze in ordine al rilievo dei vari tipi di incompetenza, ancora oggi l’unico tipo di incompetenza non rilevabile d’ufficio è quella per territorio semplice<sup>4</sup>.

La derogabilità della competenza per territorio semplice e la disponibilità in capo al convenuto della relativa eccezione di incompetenza rispondono, almeno in parte, ad una logica comune: entrambe si fondano sull’idea che il riparto orizzontale di competenza risponda ad interessi meramente privati, salvi i casi di competenza inderogabile in cui la distribuzione delle controversie sul territorio dipende da ragioni diver-

---

particolare del suo rilievo in giudizio, v. ad es. Proto Pisani, *La riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, V, cc. 226; Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1306 ss.; Giusani, *Le novità in materia di scelta del giudice nella l. n. 69/2009*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 1213 ss. ripubblicato successivamente, con aggiornamento giurisprudenziale, in *Efficienza della giustizia civile e cultura della riforma*, Milano, 2017, cap. V, nn. 5 e 6; Danovi, *La nuova disciplina dell’incompetenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1343 ss.; Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)*, in Alpa (a cura di), *Le modifiche al codice di procedura civile*, Napoli, 2009, 86 ss.; Id., in Chizzini, Balena, Caponi, Menchini, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, sub art. 38 c.p.c., 5 ss.; Trisorio Liuzzi, *Le novità in materia di competenza, litispendenza e connessione*, in *Foro it.*, 2009, V, cc. 253 ss.; Boccagna, *Le modifiche al primo libro del c.p.c.*, in *Dir. e giur.*, 2009, 221 ss. Da ultimo v. anche Consolo, *Spiegazioni*, cit., 416 e Tiscini, *Modificazioni*, cit., 454 ss. la quale in generale ravvisa la ratio della sollevazione dell’eccezione di incompetenza *in limine litis*, introdotta per la prima volta con la riforma del 1990 ma enfatizzata con la riforma del 2009, nell’erosione delle norme sul giudice naturale a favore della celerità dei giudizi (v. p. 446; su questa prospettiva v. *infra* nn. 11 e 12). Rispetto alla rimodulazione del regime del rilievo dell’incompetenza, parte della dottrina ha ravvisato un possibile indebolimento della preclusione prevista a carico del convenuto, osservando in particolare come lo stesso convenuto potrebbe, oltre lo scadere del termine a suo carico, sollecitare l’esercizio del potere di rilievo officioso al fine di ottenere ugualmente una pronuncia di incompetenza. In tal senso, v. Balena, in Chizzini, Balena, Caponi, Menchini, cit., 7; Id., *La nuova pseudo-riforma*, cit., 89 il quale tuttavia evidenzia come in caso di sollecitazione del potere officioso del giudice (a differenza dell’ipotesi di sollevazione tempestiva dell’eccezione) il convenuto non potrebbe dolersi, impugnandola, della conseguente statuizione del giudice (in tal senso v. anche Tiscini, *Modificazioni*, cit., 457); Salvaneschi, *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1565 ss.; Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell’ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 262.

<sup>4</sup>Sottolinea questa perdurante distinzione Consolo, *Spiegazioni*, cit., 416.

se, latamente riconducibili ad un interesse generale e pubblico e talora dipendenti dalla funzione del giudice e dalla sua maggiore idoneità ad assicurare una decisione accurata<sup>5</sup>.

La competenza territoriale semplice è dunque un criterio di riparto c.d. debole che giustifica l'attribuzione ai privati di un potere di disposizione che può essere esercitato all'interno del processo ma anche a prescindere dalla sua pendenza<sup>6</sup>.

Il potere di deroga della competenza si esercita infatti anche sul piano "sostanziale", ai sensi dell'art. 29 c.p.c. relativo all'accordo di deroga, sebbene esso abbia sempre ad oggetto un effetto processuale (la determinazione del giudice competente a decidere una determinata controversia)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Sulla *ratio* delle regole di competenza territoriale v. ad es. Gionfrida, voce *Competenza in materia civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, 70; Segrè, *Della competenza per territorio*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, I, 1, Torino, 1973, 214 ss.; Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 188; Iannicelli, *op. cit.*, 187; anche in prospettiva storica e comparatistica, De Cristofaro, *Il foro delle obbligazioni. Profili di competenza e giurisdizione*, Torino, 1999, *passim* e spec. 17-129. Sulla riconduzione della competenza territoriale inderogabile alla categoria della competenza funzionale cfr. *supra*, nota 1.

<sup>6</sup> Sulla distinzione fra competenze assolute (rispondenti ad interessi pubblici) e competenze relative (disponibili e derogabili dalle parti) v., nella dottrina coeva al codice del 1865, Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario italiano*, I, Torino, 1902, 14 s.; Mortara, *Manuale della procedura civile*, Torino, 1901, I, 80 s. Sulla corrispondente distinzione fra criteri forti e criteri deboli di competenza e sulla sua progressiva attenuazione v. invece nella dottrina contemporanea da ultimo Tiscini, *Modificazioni*, cit., spec. 439 ss. Cfr. anche Consolo, *Spiegazioni*, cit., 416.

<sup>7</sup> Sulla natura e sulla disciplina dell'accordo extraprocessuale di deroga, che viene ricondotto variamente alla categoria dei negozi giuridici ad effetti processuali, v. ad es. Acone, *Accordo processuale di proroga della competenza e condanna alle spese*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, II, 690; Segrè, *Della competenza per territorio*, cit., 294 s.; Bessone, *Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga della competenza*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1965, II, 1064 ss. e spec. 1089 secondo il quale il patto di deroga pur avendo carattere "volitivo" non costituisce un negozio giuridico di carattere sostanziale, essendo connesso funzionalmente ad un procedimento giurisdizionale e volto alla produzione di effetti giuridici di carattere processuale; lo stesso autore esclude al contempo che il patto di deroga possa essere qualificato come atto processuale, non operando la successione di una situazione del processo ad un'altra ma piuttosto precedendo una serie di susseguenti situazioni processuali. Va peraltro rimarcato come la deroga extraprocessuale alla competenza, pur non riverberandosi su una situazione giuridi-

A processo pendente invece la derogabilità della competenza dà luogo ad alcune fra le fattispecie che, alcuni anni or sono, un'autorevole dottrina ha qualificato come di competenza in senso dinamico, fondate cioè sulla pendenza e sullo svolgimento del processo in deroga ai criteri astratti (o c.d. statici) di competenza predeterminati dalla legge<sup>8</sup>.

---

ca sostanziale, sia accompagnata da particolari cautele: oltre ai requisiti previsti dall'art. 29 c.p.c., la giurisprudenza richiede la specifica approvazione per iscritto della relativa clausola se inserita in condizioni generali di contratto o nei contratti conclusi per adesione o su moduli e formulari; con riguardo ai contratti di consumo, inoltre, la derogabilità della competenza viene subordinata alla prova della specifica contrattazione e al suo non essere determinata da significativi squilibri fra le parti. In argomento si rinvia per riferimenti a Passanante, in Carpi, Taruffo, *Commentario breve*, cit., *sub* artt. 20 e 29 e Giussani, voce *Competenza*, cit., n. 2.

<sup>8</sup> V. Arieta, *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990, *passim* e spec. 6 ss. Sul pensiero di questo autore v. anche *infra* nel testo e in nota. Può in proposito essere utile rimarcare che in tempi relativamente recenti il fenomeno della competenza c.d. dinamica sembra aver travalicato i confini del giudizio ordinario di cognizione incidendo sui rapporti fra tutela cautelare e di merito. Un fenomeno di competenza dinamica – non riguardante la sola competenza territoriale derogabile e per questo trattato solo marginalmente in questa sede – può infatti ricondursi all'orientamento giurisprudenziale in base al quale, qualora nel giudizio cautelare la competenza sia stata esplicitamente stabilita dal giudice ovvero non eccepita dalla parte resistente o non rilevata d'ufficio, la stessa si radica innanzi al foro della cautela e vi permane anche con riguardo al successivo giudizio di merito. In tal senso v. ad es. Cass. 8-3-2007, n. 5335; Cass. 9-2-2009, n. 3119 e da ultimo Cass. 24-7-2017, n. 18264. Sulla base di questo orientamento, e alle condizioni in esso indicate, pertanto, il resistente soccombente nella fase cautelare non potrebbe incardinare il giudizio di merito presso il giudice che ritenga corretto ma solo innanzi al foro della cautela; in caso di fori concorrenti, al resistente sarebbe in particolare preclusa la possibilità di avviare il giudizio di merito innanzi ad uno dei fori impiegabili in base alla legge ma che sia diverso da quello scelto dal ricorrente cautelare. *Contra*, nel senso che la causa di merito conseguente a provvedimento cautelare *ante causam* possa sempre essere radicata in base ai criteri di competenza fissati dalla legge e dunque innanzi ad un giudice diverso da quello della cautela, v. in giurisprudenza, ad es., Cass. 9-12-2010, n. 24869; Cass. 8-6-2012, n. 9416; Cass. 26-5-2014, n. 11778; Cass. 20-1-2015, n. 797 in cui si osserva come nel giudizio cautelare non operi il regime delle preclusioni relativo alle eccezioni e al rilievo d'ufficio dell'incompetenza stabilito dall'art. 38 c.p.c. In dottrina in senso critico rispetto all'orientamento sopra richiamato v. ad es., anche per riferimenti, Guarnieri, *Provvedimento cautelare ante causam, litispendenza e individuazione del giudice competente per il merito: vecchi e nuovi prodigi della lampada di aladino*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 537 ss.; Id., *Ricorso d'urgenza ante causam e giudizio di merito: si riaccende la lampada di Aladino*, *ivi*, 2018, 1373 ss.; cfr. anche Recchioni, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, 339 ss.