

la soddisfazione delle situazioni sostanziali accertate e può farlo attraverso:

- l'esecuzione forzata in senso proprio;
- l'esecuzione indiretta;

c) *tutela cautelare*. Nell'ambito del procedimento cautelare il giudice deve impedire che l'eccessiva durata del processo danneggi la parte che ha ragione. La tutela cautelare *non* è *autonoma* ed è *provvisoria*, ossia dura per un periodo di tempo determinato ed è concessa senza che il giudice compia una cognizione completa della causa (esempio n. 4).

Il giudice che svolge la funzione giurisdizionale può essere:

- *togato*: ossia un magistrato di carriera, selezionato mediante pubblico concorso;
- *onorario*: ossia un giudice nominato senza concorso le cui funzioni sono limitate nel tempo che, sovente, è incaricato di questioni "meno gravose" (esempio n. 5).

Il decreto legislativo n. 7 del 15 gennaio 2016, ha introdotto una nuova figura giuridica, rilevante sul piano del diritto civile e diritto processuale civile, in vigore dal 6 febbraio 2016.

Si tratta dei cosiddetti illeciti con sanzioni pecuniarie civili, di competenza del giudice civile.

In base a quanto stabilito dall'art. 8 del citato decreto: 1. Le sanzioni pecuniarie civili sono applicate dal giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno. 2. Il giudice decide sull'applicazione della sanzione civile pecuniaria al termine del giudizio, qualora accoglia la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa. 3. La sanzione pecuniaria civile non può essere applicata quando l'atto introduttivo del giudizio è stato notificato nelle forme di cui all'articolo 143 del codice di procedura civile, salvo che la controparte si sia costituita in giudizio o risulti con certezza che abbia avuto comunque conoscenza del processo. 4. Al procedimento, anche ai fini dell'irrogazione della sanzione pecuniaria civile, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili con le norme [del presente capo].

#### ■ ■ ■ ■ ESEMPIO

1. Andrea e Nicola sono proprietari di due fondi confinanti. Tra loro sorge una contestazione circa l'esistenza di una servitù di passaggio a favore del fondo di Nicola. In tal caso il diritto di Nicola trova soddisfazione nel semplice accertamento del giudice circa l'esistenza o meno del suo diritto a passare nel terreno di Andrea.

2. Marco è creditore di Bruno per una somma di denaro. Il diritto di Marco è pacifico e non contestato, ma non soddisfatto finché Bru-

no non paga la somma in questione. Ecco la necessità dell'intervento del giudice che condanni Bruno al pagamento.

3. I casi di sentenze costitutive sono differenti (ad esempio quelle che riguardano la risoluzione dei contratti, la rescissione, l'annullamento dei negozi). Si ricordi, inoltre, che lo stesso effetto ottenuto da tale tipo di provvedimento giudiziale, si può ottenere, a volte, anche stragiudizialmente (è il caso del licenziamento).

4. Nel caso di diritto agli alimenti il giudice può stabilire che il coniuge anticipi l'erogazione di questi. Il provvedimento definitivo assorbità quello provvisorio cautelare.

5. Il giudice di pace è un giudice onorario, il cui incarico è conferito a seguito di determinati requisiti soggettivi e dopo aver espletato un periodo di tirocinio.

#### ■ ■ ■ ■ GIURISPRUDENZA

◆ Non sussiste un vizio di costituzione dell'organo giudicante in rapporto alla sua natura di giudice onorario, atteso che i giudici onorari possono decidere ogni processo e pronunciare qualsiasi sentenza per la quale non vi sia espresso divieto di legge, con piena assimilazione dei loro poteri a quelli dei magistrati togati, sottolineando che l'art. 106 Cost. prevede la nomina di giudici onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli con piena parificazione. E, più nello specifico, che, ai sensi dell'art. 43-bis del r.d. n. 12 del 1941, i giudici onorari chiamati ad integrare i collegi nei tribunali ordinari, possono svolgere anche funzioni di appello (7849/2011).

#### SEZIONE I DELLA GIURISDIZIONE E DELLA COMPETENZA IN GENERALE

#### ■ ■ ■ ■ COMMENTO

La giurisdizione è l'attività dello Stato diretta all'attuazione della norma giuridica e si realizza mediante la *competenza* attribuita agli organi giudicanti. La competenza è, dunque, la porzione di giurisdizione che spetta ad un singolo giudice nei confronti degli altri organi giudicanti.

L'accertamento della giurisdizione è pregiudiziale rispetto all'accertamento della competenza, in quanto una decisione che verta sull'esistenza o meno della competenza presuppone un accertamento (antecedente) sull'esistenza di giurisdizione.

**1. Giurisdizione dei giudici ordinari.** – La giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di

legge (25, 102, 103 Cost.; 585 c.n.), è esercitata dai giudici ordinari (1) secondo le norme del presente codice (37).

(1) *Si vedano gli artt. 1 R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario); 2907, 2908 c.c.*

#### ■■■■ COMMENTO

Il legislatore ha stabilito che i giudici ordinari, genericamente, esercitano la giurisdizione civile secondo le norme del codice, salve speciali disposizioni di legge. Ciò significa che nell'ordinamento italiano i giudici sono diversi e che il codice disciplina solo l'attività dei giudici ordinari, per i quali la Costituzione [Cost. 110-113] detta una serie di garanzie. La norma in esame riprende quanto stabilito dall'art. 102, comma 1 della Costituzione: "la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario".

La giurisdizione, in Italia, viene infatti ripartita tra:

a) *giudici ordinari*, ossia:

- Giudice di pace [7];
- Tribunale ordinario [9; 50 bis];
- Corte d'Appello [163];
- Corte di Cassazione [360];
- Magistrato di sorveglianza;
- Tribunale di sorveglianza.

b) *giudici speciali* [37] che non fanno invece parte dell'autorità giudiziaria ordinaria. Per di più, in forza dell'articolo 102 della Costituzione, non è possibile procedere all'istituzione di nuovi giudici speciali rispetto a quelli già esistenti.

I giudici speciali, in genere, si interessano solo di una specifica materia, come fanno, ad esempio, la Corte dei Conti ed il Tribunale Superiore delle Acque. I Tribunali Amministrativi Regionali (TAR) ed il Consiglio di Stato quali giudici amministrativi, anche se non appartenenti all'autorità giudiziaria ordinaria, hanno, invece, una competenza generale in ambito di interessi legittimi. Questi ultimi possono conoscere anche questioni inerenti a diritti soggettivi, se la decisione delle medesime è presupposto necessario per decidere una controversia riguardante un interesse. Il giudice amministrativo può conoscere anche le questioni inerenti al diritto soggettivo al risarcimento del danno causato dalla lesione di un interesse legittimo [c.c. 2043].

Di contro, come è già stato detto, la giurisdizione civile si occupa della tutela dei diritti soggettivi. Non di rado, però, può sindacare anche sull'esercizio del potere della Pubblica Amministrazione (P.A.). Ciò avviene solo nel caso in cui la controversia per la quale il giudice è adito non abbia ad oggetto direttamente l'atto della

p., quale manifestazione del potere della stessa, ma un'altra questione riguardante un diritto soggettivo, e la verifica della legittimità dell'atto amministrativo rivesta carattere pregiudiziale ai fini della pronuncia. In tal caso solo ed esclusivamente perché si tratta di diritto soggettivo la competenza spetta al giudice ordinario: questi, se ritiene l'atto illegittimo, può disapplicarlo o decidere *tamquam non esset* (come se non ci fosse). La cognizione in ordine alla legittimità o meno di un atto amministrativo non può essere oggetto principale di un processo civile, ma deve essere svolta in via incidentale. L'eventuale disapplicazione rimane, quindi, circoscritta al caso di specie (esempio n. 1).

La giurisprudenza ritiene che la giurisdizione delle Commissioni Tributarie sia un'autonoma giurisdizione speciale (Corte costituzionale n. 215 del 1976); essa ha ad oggetto le liti tra lo Stato e/o enti pubblici ed i contribuenti. Al nuovo processo tributario (introdotto con D.Lgs. 546/92), si applicano in quanto compatibili le norme del codice di procedura civile.

c) *sezioni specializzate*: sono organi degli uffici giudiziari ordinari caratterizzate dalla specializzazione di alcuni membri che sono chiamati a farne parte. Questi ultimi non appartengono alla magistratura, ma sono dotati di particolari competenze. Sono considerate sezioni specializzate:

- i tribunali per i minorenni;
- i tribunali regionali per le acque;
- le sezioni di appello per i minorenni;
- le sezioni specializzate agrarie e le sezioni dell'appello di Roma per i reclami contro le decisioni dei commissari liquidatori di usi civili.

La ripartizione delle controversie:

- tra giudici speciali e giudici ordinari va considerata una *questione di giurisdizione*;
- tra le sezioni specializzate e le sezioni ordinarie va considerata una *questione di competenza*.

Dall'analisi dell'articolo in questione si evince che il giudice ordinario incontra dei *limiti alla sua giurisdizione* inerenti:

a) *la persona del convenuto*: partendo dalla considerazione che "...lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità..." [disp. prel. 16] ne consegue che lo straniero può sempre essere attore davanti ai giudici italiani, ma non sempre può essere convenuto. Infatti l'art. 3, L. n. 218 del 1995 dispone che: "...la giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'articolo 77 del codice di procedura civile e ne-

gli altri casi in cui è previsto dalla legge.” (c.d. *criterio di collegamento*).

La giurisdizione italiana sussiste anche quando le parti l'abbiano convenzionalmente accettata con atto scritto (ex art. 4, L. n. 218 del 1995), o quando il convenuto non eccepisca il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo.

La materia in ambito comunitario è stata ampliata dal Regolamento CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, entrato in vigore il 2 marzo 2002 (esempio n. 2);

b) la *Pubblica Amministrazione*: nel caso in cui una delle parti sia la P.A. (in qualità di convenuto) e la questione in esame riguardi situazioni diverse dai diritti soggettivi, non è più competente il giudice ordinario, ma quello amministrativo (esempio n. 3). La P.A. in virtù dei propri poteri autoritativi, non ha bisogno di adire un giudice per la tutela dei propri diritti.

c) gli *organi giurisdizionali speciali*: il giudice ordinario non ha giurisdizione nei confronti dei giudici speciali, delle sezioni specializzate, della Corte Costituzionale, della Corte di Giustizia dell'UE, ecc.

d) gli *altri poteri pubblici*: per il principio di legalità gli organi pubblici non possono avere altri poteri che quelli attribuiti loro dalla legge. Ciò significa che il giudice ordinario non può avere giurisdizione nei confronti di un altro pubblico potere.

#### ■ ■ ■ ■ ■ ESEMPIO

1. Emilio ha un fondo attiguo a quello di Michele sul quale ha una servitù di passaggio. Il Comune, in occasione dell'approvazione del nuovo piano regolatore generale, elimina il vincolo di edificabilità assoluta, dichiarando il solo fondo di Michele edificabile. Così Michele costruisce un palazzo eliminando la strada che serviva il fondo di Emilio.

Emilio cita in giudizio Michele, davanti al giudice ordinario, per aver eliminato la servitù, chiedendo in via principale la reintegra della situazione *quo ante* ed incidentalmente una valutazione di legittimità del provvedimento comunale che aveva dichiarato edificabile solo il fondo di Michele.

La questione ricade sotto la giurisdizione del giudice ordinario perché Emilio vanta un diritto reale su cosa altrui leso ingiustamente.

2. Se un cittadino italiano fa domanda di dichiarazione giudiziale di paternità nei confronti di un cittadino straniero residente all'estero, la giurisdizione del giudice italiano va valutata secondo il criterio di collegamento del domicilio

o della residenza in Italia. Per tale motivo si ritiene che il giudice italiano abbia giurisdizione solo nel caso in cui il convenuto abbia dimora o residenza in Italia.

3. Emilio, il proprietario del fondo di cui all'esempio n. 1, decide di agire anche nei confronti della Pubblica Amministrazione. Propone, quindi ricorso di fronte al giudice amministrativo, impugnando per illegittimità l'atto che elevava da assolutamente inedificabile ad edificabile solo il fondo di Michele, attiguo al suo. Egli, infatti, sostiene che, nel precedente piano regolatore, i due fondi facevano parte di un'unica zona omogenea, perciò anche nel nuovo piano dovevano avere uguale destinazione. Chiede, quindi, che la destinazione del suo fondo passi da assolutamente inedificabile ad edificabile. Dato che Emilio, questa volta, vanta nei confronti della P.A. un interesse legittimo ad agire, impugnando direttamente l'atto amministrativo, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

#### ■ ■ ■ ■ ■ GIURISPRUDENZA

◆ La sentenza del giudice del merito che abbia accolto, sia pure non integralmente, la domanda proposta dal cittadino nei confronti di una società straniera, nonostante l'eccezione di carenza di giurisdizione del giudice italiano da questa proposta, contiene il riconoscimento, implicito, della giurisdizione del giudice italiano e, quindi, di infondatezza dell'eccezione sollevata dalla parte convenuta, trattandosi di questione la cui soluzione positiva rappresentava un presupposto logico della decisione adottata (17209/2003).

◆ Proposto ricorso ex art. 19 D.Lgs. 5/2003, qualora il tribunale, in composizione monocratica, abbia dichiarato con ordinanza la propria incompetenza per territorio, non ricorre violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa se la Corte d'appello, dopo avere ritenuto nullo il provvedimento – e avendo espressamente reputato ammissibile l'impugnazione con statuizione non censurata con il ricorso per cassazione, sulla quale si è formato il giudicato – decida nel merito, senza rimettere la causa al primo giudice e senza ammettere le prove articolate dall'appellato soltanto in quanto prive dei relativi requisiti di ammissibilità e di rilevanza, dovendo consistere la rinnovazione del procedimento dichiarato nullo nell'espletamento dell'attività istruttoria non svolta in primo grado, possibile, nel rito societario, anche in fase di appello, essendo quest'ultima il primo grado a cognizione piena del relativo processo (19238/2008).

◆ A norma dell'art. 103 Cost., l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione in materia di contabilità pubblica non ha carattere cogente ed assoluto, ma solo tendenzialmente generale, sicché la concreta individuazione delle singole fattispecie necessita della "interpositio legislatoris"; ne consegue che – pur dovendosi riconoscere, alla stregua della normativa vigente e di alcune pronunce della Corte costituzionale, che non sussistono ragioni per escludere la responsabilità amministrativa dei magistrati qualora vi sia un comportamento riconducibile ad ipotesi di reato – la controversia promossa dal Procuratore regionale della Corte dei conti, nei confronti di un magistrato ordinario, per il danno colposamente arrecato all'Amministrazione a seguito del ritardato dissequestro di due autoveicoli affidati in custodia giudiziale, è devoluta alla giurisdizione del g.o., e non della Corte dei conti, non essendo configurabile alcuna ipotesi di reato e trattandosi di danno causato – alla luce della legge 13 aprile 1988 n. 117 – nell'esercizio delle funzioni giudiziarie (12248/2009).

◆ Appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario e costituisce controversia individuale di lavoro, ex art. 409 c.p.c., la domanda proposta da un dipendente pubblico – il cui rapporto risulti, "ratione temporis", contrattualizzato – diretta a far valere, nei confronti del proprio datore di lavoro, il diritto di accedere a taluni documenti del proprio fascicolo personale, poiché mira a tutelare una situazione soggettiva che trova la sua fonte nel rapporto di lavoro e non la pretesa, spettante a qualsiasi interessato, di conseguire l'accesso a documenti amministrativi che lo riguardano, con la conseguenza che la stessa resta sottratta all'operatività sia dell'art. 25 l. 7 agosto 1990, n. 241 (che devolve al giudice amministrativo la cognizione delle controversie relative alla tutela del diritto di accesso da parte di chiunque vi abbia interesse), sia dell'art. 152, comma 13, del d.lg. 30 giugno 2003, n. 196, secondo cui le controversie in materia di trattamento di dati personali sono definite dall'autorità giudiziaria ordinaria con sentenza ricorribile solo per cassazione (S.U. 2397/2014).

◆ Ogni giudice, anche qualora dubiti della sua competenza, deve sempre verificare innanzitutto, anche di ufficio, la sussistenza della propria giurisdizione (S.U. 29/2016).

◆ Qualora il privato abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, successivamente annullato, in via di autotutela od "ope iudicis", senza che si discuta della legittimità dell'annullamento, la controversia

relativa ai danni subiti dal privato rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perché ha ad oggetto non già la lesione di un interesse legittimo pretensivo, bensì una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del patrimonio, pregiudicato dalle scelte compiute confidando sulla legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato (S.U. 6885/2019).

**2. (1) [Inderogabilità convenzionale della giurisdizione.]** – La giurisdizione italiana non può essere convenzionalmente derogata a favore di una giurisdizione straniera, né di arbitri (810 ss.) che pronuncino all'estero (832 ss.), salvo che si tratti di causa relativa ad obbligazioni tra stranieri o tra uno straniero e un cittadino non residente né domiciliato (43 c.c.) nella Repubblica e la deroga risulti da atto scritto].

(1) *Articolo abrogato dall'art. 73 della L. 31 maggio 1995, n. 218, con decorrenza dal 1° settembre 1995. Si veda l'art. 4 della citata L. n. 218/1995.*

**3. (1) [Pendenza di lite davanti a giudice straniero (2).]** – La giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza davanti a un giudice straniero della medesima causa (39) o di altra con questa connessa (31 ss., 40)].

(1) *Articolo abrogato dall'art. 73 della L. 31 maggio 1995, n. 218, con decorrenza dal 1° settembre 1995. Si veda l'art. 7 della citata L. n. 218/1995.*

(2) *Con la L. 21 giugno 1971, n. 804, è stata ratificata e resa esecutiva in Italia la Convenzione internazionale ed annesso Protocollo firmata a Bruxelles il 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e le decisioni in materia civile e commerciale.*

**4. (1) [Giurisdizione rispetto allo straniero.]** – Lo straniero può essere convenuto davanti ai giudici della Repubblica:

1) se quivi è residente o domiciliato (43 c.c.) anche elettivamente (47 c.c.) o vi ha un rappresentante (1387 c.c.) che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77, oppure se ha accettato la giurisdizione italiana, salvo che la domanda sia relativa a beni immobili (812 c.c.) situati all'estero (37);

2) se la domanda riguarda beni esistenti nella Repubblica o successioni ereditarie di cittadino italiano o aperte (456 ss. c.c.) nella Repubblica, oppure obbligazioni (1173 ss. c.c.) quivi sorte (1182 c.c.) o da eseguirsi (1326 ss. c.c.);

3) se la domanda è connessa (31 ss.) con altra pendente davanti al giudice italiano, oppure ri-

guarda provvedimenti cautelari (669 bis ss.) da eseguirsi nella Repubblica o relativi a rapporti dei quali il giudice italiano può conoscere (14 c.n.);

4) se, nel caso reciproco, il giudice dello Stato al quale lo straniero appartiene può conoscere delle domande proposte contro un cittadino italiano].

(<sup>1</sup>) *Articolo abrogato dall'art. 73 della L. 31 maggio 1995, n. 218, con decorrenza dal 1° settembre 1995. Si vedano gli artt. 3 e 10 della citata L. n. 218/1995.*

**5. (<sup>1</sup>) Momento determinante della giurisdizione e della competenza.** – La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo.

(<sup>1</sup>) *Articolo così sostituito dall'art. 2 della L. 26 novembre 1990, n. 353, a decorrere dall'1 gennaio 1993.*

#### ■■■■ COMMENTO

Le norme sulla giurisdizione e competenza presuppongono che il giudice, affinché possa decidere se sia competente o meno, deve conoscere preliminarmente la situazione di fatto dedotta in giudizio. Tale situazione può modificarsi nel tempo, così come possono cambiare le norme in tema di giurisdizione e competenza.

L'articolo in commento, così sostituito dalla L. n. 353 del 1990, in vigore dal 1° gennaio 1993, enuncia il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, secondo cui la giurisdizione e la competenza si determinano in riferimento alla legge vigente ed allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, senza che possano rilevare gli eventuali mutamenti successivi.

Il principio è teso a scongiurare che al mutare del fatto storico possa mutare anche l'applicazione della norma processuale. Per garantire ciò l'ordinamento "blocca" la norma ed il fatto rilevanti per la sussistenza della giurisdizione e della competenza al momento della proposizione della domanda (esempio).

Prima della riforma del 1990 venivano considerati bloccati solo i mutamenti dello stato di fatto; dopo la riforma il legislatore ha deciso di bloccare anche le modifiche legislative. Ciò perché tutti gli elementi utili al fine dell'identificazione del giudice competente (■►Libro I, Titolo I, Sezioni II, III, IV) possono mutare nel corso del processo, non solo (fattualmente) per volontà del convenuto, ma anche (politicamente) attraverso mutamenti di legge.

In definitiva il principio trova la sua *ratio* nel tentativo di evitare il vanificarsi della garanzia del giudice naturale precostituito per legge [Cost. 25].

Il criterio per la determinazione della competenza deve essere fissato in base all'oggetto della domanda proposta dall'attore ed in base all'esposizione dei fatti posti a suo fondamento (salvo che non risulti evidente un'artificiosa prospettazione finalizzata a sottrarre la causa al giudice precostituito per legge), dovendo essere considerate del tutto irrilevanti, rispetto al suddetto fine, le contestazioni formulate dal convenuto e, soprattutto, le contrarie prospettazioni dei fatti allegati da quest'ultimo, le quali possono essere utilizzate dal giudice solo come fonte complementare del proprio convincimento (così Cassazione n. 11374 del 1995) (esempio n. 2).

Riassumendo, il nuovo testo dell'articolo in commento, che trova applicazione in tutti i processi da qualunque momento pendenti, stabilisce che la competenza si determina, oltre che in forza dello stato di fatto esistente, anche in base alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, senza che possano avere rilievo i mutamenti successivamente intervenuti nel corso del giudizio.

La giurisprudenza maggioritaria ammette un'*eccezione* alla regola della *perpetuatio iurisdictionis* nel caso in cui la domanda venga proposta di fronte ad un *giudice incompetente*, il quale (per successione di legge) divenga, in un secondo momento, competente. In pratica, per ragioni di economia processuale, la norma in esame non trova applicazione, in quanto il giudice dovrebbe arrestare il processo per poi riassumerlo di fronte a sé una volta divenuto competente. Alla luce di ciò è consentito al giudice di decidere direttamente la causa nel merito.

Infine il principio di cui all'articolo in oggetto non opera laddove la norma che detta i criteri determinativi della giurisdizione venga dichiarata costituzionalmente illegittima, atteso il carattere retroattivo delle pronunce della Corte costituzionale che ne comporta l'immediata applicabilità nei giudizi in corso, con il solo limite del giudicato sulla giurisdizione (così Cassazione S.U. n. 21635 del 2004).

Le Sezioni unite della Cassazione hanno altresì affermato che il principio sancito dall'articolo in commento, secondo cui i mutamenti di legge intervenuti nel corso del giudizio non assumono rilevanza ai fini della giurisdizione, la quale si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, si riferisce esclusivamente all'effetto abrogativo de-

terminato dal sopravvenire di una nuova legge, e non anche all'effetto di annullamento dipendente dalle pronunce di incostituzionalità. Tale efficacia retroattiva, che si arresta esclusivamente di fronte al giudicato od al decorso dei termini di prescrizione o decadenza stabiliti per l'esercizio di determinati diritti, non contrasta con il principio costituzionale di ragionevole durata del processo, in quanto l'opportunità di evitare lo spreco di attività conseguente alla rinnovazione del processo non può prevalere sull'esigenza di evitare, a tutela del diritto di difesa del convenuto, l'esercizio di un potere giurisdizionale che, in relazione ad una determinata controversia, sia stato ritenuto contrario alla Costituzione (così Cassazione S.U. n. 11136 del 2016).

Inoltre sempre a Sezioni Unite la Cassazione ha stabilito il seguente principio di diritto: «La controversia, avente ad oggetto il compenso per un incarico di collaborazione affidato da una commissione parlamentare, instaurata prima del 20 dicembre 2005, data di entrata in vigore della deliberazione del Consiglio di Presidenza del Senato n. 180/2005, in materia di estensione della giurisdizione degli organi di autodichia agli atti e provvedimenti amministrativi non concernenti i dipendenti o le procedure di reclutamento del personale, esula dalla giurisdizione di tali organi, in applicazione della norma di cui all'art. 5 c.p.c. ed appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, riguardando il trattamento economico spettante ad un funzionario onorario, avente natura indennitaria e non retributiva e, pertanto, affidato alle libere e discrezionali determinazioni dell'autorità che procede alla investitura, di fronte alle quali il funzionario ha un mero interesse legittimo» (così Cassazione S.U., n. 5303 del 2018).

#### ■■■■ ESEMPIO

1. Chiara, cittadina italiana, nel 1989, citò in giudizio Adele, cittadina italiana domiciliata in Belgio. All'inizio del giudizio la giurisdizione nei confronti della convenuta era determinata sulla base del criterio della cittadinanza, perciò il processo si instaurava di fronte al giudice italiano. Nel corso del medesimo processo entrava in vigore una nuova legge secondo cui la giurisdizione doveva determinarsi in base al domicilio. Il giudice italiano, in virtù dell'articolo in commento, non perdeva nei confronti della convenuta, cittadina italiana domiciliata in Belgio, il suo potere giurisdizionale.

2. Luca e Mario stipulano un contratto simulato. Luca cita Mario ed allega la simulazione

assoluta del contratto stipulato. Ai fini della determinazione della competenza, si deve fare riferimento al negozio dedotto in giudizio ed asseritamente affetto da nullità per la denunciata simulazione, poiché è l'unica fattispecie negoziale oggetto di contestazione fra le parti e di decisione da parte del giudice. Così anche nel caso in cui venga allegata la simulazione relativa, la competenza deve essere determinata in base al negozio dissimulato indicato dall'attore.

#### ■■■■ GIURISPRUDENZA

◆ Ai fini della determinazione della competenza, l'art. 5 c.p.c., anche nella nuova formulazione introdotta dall'art. 2 della legge n. 353 del 1990, attribuisce valenza determinante non già al "decisum" bensì al "deductum" o, meglio, al "disputandum", e perciò alla valutazione della domanda, con ogni suo accessorio, al momento della relativa proposizione; ne consegue che, proposta dinanzi al Tribunale per i minorenni domanda di dichiarazione giudiziale di paternità e di condanna del genitore naturale al mantenimento del minore, la competenza del Tribunale per i minorenni resta ferma anche nell'ipotesi in cui venga successivamente dichiarata la cessazione della materia del contendere in relazione alla richiesta di dichiarazione giudiziale di paternità (8243/2000, rv. 537701).

◆ Nell'ipotesi di controversia in materia di lavoro ex art. 409 c.p.c. la sentenza emessa in primo grado dal tribunale all'epoca incompetente, per essere la causa di competenza del pretore con funzione di giudice del lavoro e che era pertanto invalida secondo la legge in vigore all'epoca della pronuncia, deve essere dichiarata valida in sede di impugnazione in forza dell'efficacia sanante dei mutamenti di diritto intervenuti nel corso del giudizio di gravame, tenuto conto altresì della nuova formulazione di cui all'art. 5 c.p.c. introdotta dall'art. 2 della legge n. 353 del 1990 che trova fondamento in ragioni di economia processuale essendo il tribunale divenuto giudice unico di primo grado e pertanto competente in base allo "ius superveniens" (2450/2001, rv. 543954).

◆ La controversia, proposta anteriormente al 10 agosto 2000, inerente ai compensi e al rimborso delle spese erogate per prestazioni sanitarie rese in regime di convenzione stipulata tra un'Azienda (unità) sanitaria locale e un'istituzione privata, ai sensi della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (o rese secondo il successivo sistema dell'accreditamento), appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario ove, senza coinvolgere la validità della convenzione

o la determinazione del suo contenuto, riguardi indennità, canoni od altri corrispettivi, mentre non incide su tale determinazione la circostanza che la domanda possa implicare la modificazione di provvedimenti autoritativi dell'Amministrazione, trattandosi di questione che rileva sotto il diverso profilo dei limiti interni delle attribuzioni del giudice ordinario. In relazione a tali controversie, infatti, non trova applicazione né la disciplina sulla giurisdizione dettata dall'art. 33 (e 45, diciottesimo comma) del D.Lgs. n. 80 del 1998, dichiarata illegittima, "in parte qua", dalla sent. n. 292 del 2000 della Corte Costituzionale, né la disciplina, sostitutiva di quella dichiarata illegittima, e priva di efficacia retroattiva, di cui all'art. 7 della legge n. 205 del 2000, perché – entrata in vigore solo a partire dal 10 agosto 2000 – vi osta il principio della "perpetuatio iurisdictionis" di cui all'art. 5 c.p.c. (7160/2003, rv. 562850).

◆ Anche successivamente all'istituzione del giudice unico, è ammissibile il ricorso per Cassazione, proposto antecedentemente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 51 del 1998, per far valere il vizio di violazione delle norme sulla competenza già denunciato nel corso del giudizio di merito (8923/2001, rv. 547850).

◆ Il principio della "perpetuatio iurisdictionis", secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della domanda, senza che abbiano effetto eventuali successivi mutamenti, trova applicazione solo nel caso di sopravvenuta carenza di giurisdizione del giudice originariamente adito, ma non pure quando il mutamento sopravvenuto dello stato di diritto o di fatto comporti, invece, l'attribuzione della giurisdizione al giudice che ne era privo al momento dell'instaurazione del giudizio (17635/2003).

◆ In forza del D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, con cui l'ufficio del pretore è stato soppresso e le relative competenze sono state trasferite al tribunale ordinario, giudice unico di primo grado, senza eccezione per le controversie in materia di lavoro e di previdenza ed assistenza obbligatorie, vengono a perdere rilevanza giuridica le questioni di competenza tra pretore e tribunale basate sulla precedente disciplina in materia. Ne consegue che la sopravvenuta competenza, per effetto di detto "ius superveniens", del tribunale, svolge effetti sananti in ordine alla sua originaria incompetenza, la quale non è più idonea ad inficiare la pronuncia emessa da detto tribunale, ed in fase di impugnazione della Corte d'Appello, tanto più che il principio di economia processuale, di cui è parte l'interes-

se (ora coperto dalla garanzia costituzionale di cui all'art. 111 Cost.) alla spedita definizione dei giudizi, vieta qualsiasi inutile reiterazione di attività processuali, e quindi preclude l'emanazione di una pronuncia che, nel cassare la sentenza perché emanata da un giudice incompetente, abbia l'effetto di rimettere le parti davanti allo stesso giudice divenuto "medio tempore" competente (11228/2003, rv. 565231).

◆ Quando viene dedotto in giudizio un rapporto obbligatorio, ai fini dell'individuazione del foro del convenuto e in particolare del foro della sede di una persona giuridica, il fatto che la sede della stessa fosse in un determinato luogo al momento dell'insorgenza del rapporto dedotto in giudizio è irrilevante, assumendo rilievo esclusivamente, ai sensi dell'articolo 5 del c.p.c., la sede del momento di introduzione della lite (453/2007).

◆ Il principio stabilito dall'art. 5 c.p.c., secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, senza che abbiano effetto i successivi mutamenti, va interpretato in conformità alla sua ratio che è quella di favorire, non già di impedire la "perpetuatio iurisdictionis". Pertanto, ove sia stato adito un giudice privo di giurisdizione al momento della proposizione della domanda, il difetto di giurisdizione non può essere dichiarato qualora la stessa sia sopravvenuta per effetto di una disposizione sopravvenuta. (Nella specie era stata chiesta, innanzi al giudice amministrativo, la nullità o inefficacia di contratti stipulati a seguito della contestata aggiudicazione. In pendenza dell'istanza di regolamento era sopravvenuto l'art. 7 d.lg. n. 53 del 2010 che ha aggiunto al comma 1 dell'art. 244 d.lg. n. 163 del 2006 la precisazione che la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o alle sanzioni alternative. Hanno ritenuto pertanto, le Sezioni Unite la giurisdizione dei giudici amministrativi, evidenziando, comunque, che – peraltro – già prima del ricordato intervento legislativo del 2010 le stesse Sezioni Unite avevano ritenuto in materia la giurisdizione dei giudici amministrativi) (20776/2010).

◆ È ricorribile per cassazione, e non già appellabile, la sentenza pronunciata dal g.d.p. in materia di contratti di massa nel caso in cui la domanda giudiziale, il cui valore non ecceda 1100 euro, sia stata proposta prima dell'entrata in vigore del d.l. 8 febbraio 2003 n. 18, convertito, con modificazioni, nella l. 7 aprile 2003 n. 63, restando definitivamente fissato a quel

momento il criterio di giudizio (secondo equità) in ragione del principio di irrilevanza dei mutamenti di fatto e di diritto sopravvenuti alla proposizione della domanda stessa. Infatti, la norma di diritto transitorio di cui all'art. 1 bis del citato decreto, che è stata introdotta con la legge di conversione ed ha inciso direttamente sul d.l., ha specificato che, per i contratti di massa, la trasformazione del criterio di giudizio, non più equitativo ma secondo diritto, e il conseguente rimedio dell'appello, si applicano soltanto ai giudizi promossi successivamente all'entrata in vigore del d.l. convertito, in tal modo confermando, peraltro, il generale principio secondo il quale tale criterio ed il connesso rimedio impugnatorio non hanno efficacia retroattiva (22813/2010).

◆ Spetta al giudice italiano la giurisdizione con riguardo all'istanza di fallimento presentata nei confronti di società di capitali, già costituita in Italia che, dopo il manifestarsi della crisi dell'impresa, abbia trasferito all'estero la sede legale, nel caso in cui i soci, chi impersona l'organo amministrativo ovvero chi ha maggiormente operato per la società, siano cittadini italiani senza collegamenti significativi con lo Stato straniero, circostanze che, unitamente alla difficoltà di notificare l'istanza di fallimento nel luogo indicato come sede legale, lasciano chiaramente intendere come la delibera di trasferimento fosse preordinata allo scopo di sottrarre la società dal rischio di una prossima probabile dichiarazione di fallimento (S.U. 15880/2011).

◆ L'iscrizione del trasferimento della sede dell'impresa all'estero nel registro delle imprese dopo la presentazione dell'istanza di fallimento rende la relativa delibera inopponibile al creditore istante e ne determina l'insensibilità rispetto al corso della procedura, ai sensi dell'art. 5 c.p.c. (S.U. 15872/2013).

◆ Ai sensi dell'art. 38 disp. att. cod. civ. come novellato dall'art. 3 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, il Tribunale per i minorenni resta competente a conoscere della domanda diretta ad ottenere la declaratoria di decadenza o la limitazione della potestà dei genitori ancorché, nel corso del giudizio, sia stata proposta, innanzi al Tribunale ordinario, domanda di separazione personale dei coniugi o di divorzio, trattandosi di interpretazione aderente al dato letterale della norma, rispettosa del principio della "perpetuatio jurisdictionis" di cui all'art. 5 cod. proc. civ., nonché coerente con ragioni di economia processuale e di tutela dell'interesse superiore del minore, che trovano fondamento

nell'art. 111 Cost., nell'art. 8 CEDU e nell'art. 24 della Carta di Nizza (2833/2015).

◆ Ai fini della determinazione della competenza (nella specie, competenza territoriale per l'equa riparazione da irragionevole durata del processo), l'art. 5 c.p.c., quando esclude la rilevanza dei mutamenti normativi in corso di causa, va interpretato in conformità alla "ratio" di favorire – non già di impedire – la "perpetuatio iurisdictionis", sicché, ove sia stato adito un giudice incompetente al momento della domanda, l'incompetenza non può essere dichiarata se quel giudice è diventato competente in forza di una legge entrata in vigore nel corso del giudizio (nella specie, la l. n. 208 del 2015, che ha modificato l'art. 3 della l. n. 89 del 2001) (4059/2016).

◆ Nei procedimenti di cui agli artt. 330 e 333 c.c., il principio della "perpetuatio iurisdictionis", in forza del quale la competenza territoriale del giudice adito rimane ferma, nonostante lo spostamento in corso di causa della residenza anagrafica o del domicilio del minore, a seguito del trasferimento del genitore con cui egli convive, prevale, per esigenze di certezza e di garanzia di effettività della tutela giurisdizionale, su quello di "prossimità", ove il provvedimento in relazione al quale deve individuarsi il giudice competente sia quello stesso richiesto con l'istanza introduttiva o con altra che si inserisca incidentalmente nella medesima procedura. (Nella specie, la S.C. ha accolto il regolamento di competenza d'ufficio sollevato dal Tribunale per i minorenni di Brescia, dinanzi al quale era stato riattivato, nei medesimi termini originari, il procedimento "de potestate" dopo la pronuncia di incompetenza del Tribunale per i minorenni di Bologna, adito dal P.M., motivata sul trasferimento, in corso di causa, della madre, insieme alle minori, in un comune in provincia di Brescia) (7161/2016).

◆ L'art. 38, comma 1°, disp. att. c.c., disciplinante la competenza del Tribunale per i Minorenni, si colloca nell'ampia riflessione della dottrina e della giurisprudenza sulla sovrapposibilità tra i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli minori quando incidono sulla titolarità e l'esercizio della responsabilità genitoriale e quelli previsti dagli artt. 330 e 333 c.c. Si ritiene al riguardo che la norma in questione, pur esprimendo un netto favor per la concentrazione delle tutele presso un unico giudice, non comporta l'applicazione di detto principio in senso assoluto, stabilendo che detta attrazione operi soltanto quando il giudizio relativo al conflitto sia stato promosso prima del-

l'azione rivolta in via principale all'ablazione o alla limitazione della responsabilità genitoriale, dovendosi nell'ipotesi inversa, mantenere l'interpretazione testuale della norma, e quindi la competenza del tribunale per i minorenni, presso il quale è stato già incardinato il giudizio relativo alla responsabilità genitoriale. Ciò in virtù del dato testuale della norma, nel rispetto del principio della "perpetuatio jurisdictionis" di cui all'art. 5 c.p.c., nonché in coerenza con ragioni di economia processuale e di tutela dell'interesse superiore del minore nel non disperdere l'efficacia degli accertamenti già svolti e la conoscenza già acquisita dal giudice specializzato nella concreta situazione di fatto (6430/2017).

◆ Non integra motivo di giurisdizione, per cd. eccesso di potere giurisdizionale, la prospettazione secondo cui il Consiglio di Stato, nel decidere su un ricorso contro una sentenza di primo grado del T.A.R., abbia ritenuto di disattendere il motivo di appello con cui si postulava che, per effetto di successive vicende fattuali, la situazione giuridica soggettiva, la cui tutela a suo tempo era stata correttamente introdotta davanti al giudice amministrativo, per appartenere alla sua giurisdizione, era divenuta qualificabile in diverso modo, tale da giustificare la tutelabilità davanti al giudice ordinario e il venir meno dell'interesse a ricorrere davanti al giudice amministrativo (S.U. 13977/2017).

◆ In tema di interdizione legale conseguente alla condanna a pena detentiva, l'individuazione del tribunale competente per l'apertura della tutela non è soggetta a modifiche, neppure in presenza di successivi provvedimenti organizzativi delle modalità di espiazione della pena, poiché trova applicazione l'art. 5 c.p.c., secondo cui il momento determinante della competenza ha riguardo allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda (24415/2023).

◆ Il principio di irrilevanza delle sopravvenienze, stabilito dall'art. 5 c.p.c., essendo diretto a favorire la perpetuatio jurisdictionis e non ad impedirli, non trova applicazione ove il fatto sopravvenuto abbia attribuito la giurisdizione al giudice italiano adito, che, al momento della proposizione della domanda, ne era privo, rimanendo così dinanzi a lui incardinato il giudizio (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che, con riferimento a due domande connesse, aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano sull'intero giudizio, non avvedendosi che la rinuncia della domanda rientrante nella giurisdizione del giudice stra-

niere aveva fatto venir meno la forza attrattiva sulla domanda connessa, non oggetto di rinuncia, sulla quale tornava ad espandersi la giurisdizione del giudice italiano) (Cass. civ., S.U., 7 febbraio 2024, n. 3453).

**6. Inderogabilità convenzionale della competenza.** – La competenza non può essere derogata per accordo delle parti, salvo che nei casi stabiliti dalla legge (28-30, 339, 360).

#### ■■■■ COMMENTO

La norma riguarda la *deroga per accordo sulla competenza di un giudice*, enunciando il principio dell'*inderogabilità pattizia*.

La deroga per accordo è un patto raggiunto tra le parti con il quale esplicitamente non si riconosce competenza o giurisdizione ad un determinato giudice (precostituito per legge, ex art. 25 Cost.), designandone un altro od attribuendo ad un giudice scelto competenza e giurisdizione sulle liti che possono insorgere tra quelle parti (esempio).

Tali accordi possono essere anteriori al giudizio oppure risultare successivi all'instaurazione del processo nei limiti di quanto consente la legge.

Il principio di *inderogabilità pattizia* sancisce che le parti non possono accordandosi, disapplicare norme inerenti alla giurisdizione od alla competenza, né, tanto meno, introdurre nuove norme in tema.

Si può derogare pattizamente alle norme su giurisdizione e competenza solo quando ciò è ammesso per legge.

La legge n. 218 del 1995 (diritto privato internazionale) permette alle parti di istituire regole diverse da quelle previste dall'ordinamento:

- l'art. 4 consente una deroga alle norme sulla giurisdizione nei confronti del convenuto;
- ai sensi dell'art. 3 la giurisdizione italiana sussistente può essere convenzionalmente esclusa dalle parti con atto scritto, ma solo in presenza di diritti disponibili;
- al di fuori dei casi previsti dall'art. 3 la giurisdizione italiana sussiste se le parti l'hanno accettata con atto scritto.

Per quanto riguarda la competenza, invece, la legge consente accordi espliciti sulla deroga unicamente in relazione al criterio del territorio e con esclusione delle materie previste dall'art. 28, al contrario non è mai derogabile la competenza per valore e materia.

L'invalidità della deroga può essere fatta valere dalla parte non oltre la prima udienza di trattazione [■►183].